

الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي وقانون الجزاء الكويتي دراسة مقارنة

الدكتور/ وليد خالد الربيع
قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

ملخص:

هذا البحث الموجز يسلط الضوء على موقف الفقه الإسلامي من مسألة عقوبة من يمتنع من بذل المساعدة للمحتاج، ويرفض إغاثة الملهوف، مع ما قد ينتج عن ذلك من إزهاق للأنفس وتلف للأموال، مع بيان موقف قانون الجزاء الكويتي منها من خلال الدراسات القانونية المعاصرة، ثم المقارنة بينهما، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف.

المقدمة:

جاءت الشريعة الإسلامية لتقرر الأخلاق الحميدة، وترسخ الصفات الحسنة، وتدعو إلى السلوك القويم، فتزكية النفوس وتهذيبها من مقاصد البعثة الشريفة كما قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ كَانُوا مِنْ قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُبِينٍ﴾^(١)، قال ابن كثير: "بعث الله محمداً - صلوات الله وسلامه عليه - بشرع عظيم كامل شامل لجميع الخلق، فيه هدايتهم، والبيان لجميع ما يحتاجون إليه من أمر معاشهم ومعادهم، والدعوة لهم إلى ما يقربهم إلى الجنة، ورضا الله عنهم، والنهي عما يقربهم إلى النار وسخط الله، وجمع له تعالى - وله الحمد والمنة - جميع المحاسن ممن كان قبله، وأعطاه ما لم يعط أحداً من الأولين، ولا يعطيه أحداً من الآخرين، فصلوات الله وسلامه عليه دائماً إلى يوم الدين" ^(٢).

ومن الأخلاق الفاضلة التي دعت إليها الشريعة الغراء نصر المظلوم، وإعانة الملهوف، والتفريج عن المكروب، ومساعدة المحتاج، وقد كان ذلك من خلق النبي

(١) سورة الجمعة: ٢

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣٦٣/٤

الكريم - صلى الله عليه وسلم - قبل البعثة وبعدها كما قالت له خديجة رضي الله عنها: "كلا، والله ما يخزيك الله أبداً، إنك لتصل الرحم، وتحمل الكل، وتكسب المعدوم، وتقري الضيف، وتعين على نوائب الحق" ^(١)، قال ابن حجر: "استدلت على ما أقسمت عليه بأمر استقرائي وصفته بأصول مكارم الأخلاق، لأن الإحسان إما إلى الأقارب أو إلى الأجانب، وإما بالبدن وإما بالمال، وإما على من يستقل بأمره أو من لا يستقل، وذلك كله مجموع فيما وصفته به" ^(٢).

وقد ندبنا النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى إعانة المسلمين، ومساعدة المحتاجين، وأخبر بعظم الثواب لمن قام بذلك، فعن عبد الله بن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة" ^(٣).

وعن أبي موسى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "على كل مسلم صدقة" فقالوا: يا نبي الله فمن لم يجد؟ قال: "يعمل بيده فينفع نفسه ويتصدق" قالوا: فإن لم يجد؟ قال: "يعين ذا الحاجة الملهوف" قالوا: فإن لم يجد؟ قال: "فليعمل بالمعروف، وليمسك عن الشر فإنها له صدقة" ^(٤).

وغير ذلك من النصوص الكثيرة التي تحث على الإحسان إلى الآخرين، ودفع حاجتهم، وتقديم الغوث لهم، والعمل على إنقاذهم من الشدائد بما يقدر عليه الإنسان من غير مشقة ولا ضرر.

مشكلة البحث:

وهنا يرد سؤال يفرضه الواقع، وهو ما جزاء من يمتنع عن بذل المساعدة للمحتاج، ويفرض إغاثة الملهوف، مع ما قد ينتج عن ذلك الامتناع من إزهاق للأنفس وتلف للأموال؟ فهل يترتب على ذلك إثم أخروي فقط؟ أو أن الشريعة الإسلامية

(١) أخرجه البخاري كتاب بدء الوحي حديث (٣)، ومسلم (١٦٠)، والكل: هو من لا يستقل بأمره، ومعنى (تكسب المعدوم): أي: الفقير، وقولها: (تعين على نوائب الحق): هي كلمة جامعة لما تقدم ولما لم يتقدم من صفات الخير ومكارم الأخلاق (فتح الباري ١/٢٦٣)

(٢) فتح الباري ١/٢٦٣

(٣) أخرجه البخاري كتاب المظالم باب لا يظلم المسلم المسلم حديث (٢٤٤٢)، ومسلم كتاب البر والصلة باب تحريم الظلم حديث (٢٥٨٠)

(٤) أخرجه البخاري كتاب الزكاة باب على كل مسلم صدقة حديث (١٤٤٥)، ومسلم كتاب الزكاة باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف حديث (١٠٠٨)

تتوسع بالمؤاخذة لتشمل المسؤولية الدنيوية عما نتج عن هذا الامتناع من أضرار قد تصيب الأنفس والأموال؟

ومن هنا يأتي هذا البحث الموجز ليقدم بعض الإجابات لهذه الأسئلة الواقعية، ويسلط الضوء على موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة من خلال المذاهب الفقهية والموازنة بينها، ثم بيان موقف قانون الجزاء الكويتي منها من خلال الدراسات القانونية المعاصرة، ثم المقارنة بينهما، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى أربعة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: تعريف الجريمة السلبية.

المبحث الثاني: الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: الجريمة السلبية في قانون الجزاء الكويتي.

المبحث الرابع: مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الجزاء الكويتي في الجريمة السلبية.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.

أما منهج البحث:

سلكت في هذا البحث الموجز المنهج الاستقرائي والمنهج الاستنباطي والمنهج المقارن، من خلال تتبع مذاهب الفقهاء وبيان ما قرروه من أحكام الجريمة السلبية، 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 الجزاء الكويتي من هذه المسألة.

سادساً: عقد مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الجزاء 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 نافعاً مفيداً للباحث ومن اطلع عليه، وبالله التوفيق.

المبحث الأول تعريف الجريمة السلبية

المطلب الأول تعريف الجريمة لغة واصطلاحاً

أولاً - تعريف الجريمة في اللغة:

الجريمة في اللغة لها عدة معان منها الذنب والجناية، وأصل كلمة الجريمة في اللغة: القطع، قال ابن فارس: "الجيم والراء والميم أصل واحد يرجع إليه الفروع، فالجرم: القطع، ويقال لصرام النخيل: الجرام، وقد جاء زمن الجرام.

ومما يرد إليه قولهم: جرم أي: كسب، لأن الذي يحوزه فكأنه اقتطعه، وفلان جريمة أهله أي: كاسبهم. والجرم والجريمة: الذنب، لأنه كسب، والكسب اقتطاع" (١).

ويذهب المناوي إلى أن الجرم أصله قطع الثمر عن الشجر، ثم استعير لكل اكتساب مكروه، ولا يكاد يقال في عامة كلامهم للكسب المحمود، وقال الفيومي: الجرم - بالضم - اكتساب الإثم (٢).

ونذكر في لسان العرب عدة معان للجرم منها: القطع، يقال: جرمه يجرمه جرماً: قطعه، وشجرة جريمة: مقطوعة، ومنها: الجرم - بالضم - التعدي، والجرم: الذنب، وهو الجريمة (٣).

ويفرق المعجم الوسيط بين الجريمة بالمعنى العام والمعنى الخاص فيقول: "الجريمة بوجه عام: كل أمر إيجابي أو سلبي يعاقب عليه القانون، سواء أكان مخالفة أم جنحة أم جناية.

وبوجه خاص: الجناية، والجمع جرائم، من الفعل جرم جرماً: أذنب، يقال: جرم نفسه وقومه وجرم عليهم وإلهم: جنى جناية، وأجرم: ارتكب جرماً" (٤).

ثانياً - تعريف الجريمة في الاصطلاح الفقهي:

الجريمة في الاصطلاح الفقهي لها إطلاقان:

(١) معجم مقاييس اللغة مادة (جرم) ٤٤٦/١

(٢) التوقيف ص ٢٣٩ مادة (جرم)

(٣) لسان العرب مادة (جرم) ٩٠/١٢

(٤) المعجم الوسيط مادة (جرم) ١٢٣/١

الإطلاق الأول - في الاصطلاح العام:

قال الشيخ أبو زهرة: "الجريمة في الاصطلاح العام: فعل ما نهى الله عنه، وعصيان ما أمر الله به، أو هي عصيان ما أمر الله به بحكم الشرع الشريف، ولهذا تكون الجريمة والإثم والخطيئة بمعنى واحد؛ لأنها جميعاً تنتهي إلى عصيان الله تعالى فيما أمر ونهى، وسواء أكان ذلك العصيان عقوبته دنيوية أم كانت عقوبته أخروية" (١).

الإطلاق الثاني - في الاصطلاح الخاص:

قال الماوردي: "الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير" (٢).

قال الشيخ أبو زهرة: "وذلك لأن الفقهاء ينظرون إلى المعاصي من ناحية سلطان القضاء عليها، وما قرره الشارع من عقوبات دنيوية، فيخصصون اسم الجرائم بالمعاصي التي لها عقوبة ينفذها القضاء" (٣).

وقال عبد القادر عودة: "وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة".

فالجريمة إذن هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه.

ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة، ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزئية، ومفرداً جزءاً، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة.

وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجنائية، والجنائية لغة: اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه، تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم دون غيره (٤).

أما في الاصطلاح الفقهي: فالجنائية اسم لفعل محرم شرعاً، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك، لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجنائية على

(١) الجريمة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٢

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١٩، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٥٧

(٣) الجريمة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٢

(٤) معجم مقاييس اللغة ٤٨٢/١ مادة (جنى)، لسان العرب ١٥٤/١٤ مادة (جنى)

الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه، بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص.

وإذا غرضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء أمكننا أن نقول: إن لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة^(١).

ثالثاً - تعريف الجريمة في الاصطلاح القانوني:

يلاحظ أن قانون الجزاء الكويتي - كنهج غالبية التشريعات الجزائية - لم يتضمن تعريفاً للجريمة، وأحال ذلك إلى فقهاء القانون وشراحه الذين ذهبوا إلى أن الجريمة هي سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون، أو الامتناع عن فعل أمر به القانون.

وعلى هذا الأساس فالجريمة سلوك إنساني، ولتجسيد هذا السلوك ينبغي أن يكون هناك إرادة وسلوك إنساني (فعل) سلبي أو إيجابي أي: عمل أو امتناع عن فعل، وأن تتجه الإرادة للقيام بعمل جرمه القانون، أو الامتناع عن القيام بعمل أمر به القانون مع توفر الإرادة بهذا الامتناع، أي: أن يتزامن هذا الفعل أو الامتناع عن الفعل بوجود نص قانوني يجرم هذا الفعل، وأن تكون الأسباب كافية لإحداث النتيجة الجرمية لهذا الفعل أو الامتناع عن القيام به^(٢).

فالجريمة في القانون: سلوك مخالف لأوامر ونواهي قانون العقوبات، شريطة أن ينص هذا القانون صراحة على تجريم ذلك السلوك^(٣).

يلاحظ مما سبق: أن الشريعة تتفق تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة، فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها إما عمل يحرمه القانون، وإما امتناع عن عمل يوجب القانون، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية إلا إذا كان معاقباً عليه طبقاً للتشريع الجنائي^(٤).

(١) التشريع الجنائي ٦٧/١

(٢) شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي د. فاضل نصر الله ص ٩٦-٩٩

(٣) الموسوعة الجنائية الإسلامية ص ٢٨٨

(٤) التشريع الجنائي ٦٧/١

المطلب الثاني تعريف الجريمة السلبية

أولاً - تعريف الجريمة السلبية في الاصطلاح الفقهي:

مصطلح (الجريمة السلبية) حديث الاستعمال في الفقه الإسلامي، حيث لا نجد له ذكراً في كتب الفقه التراثية، وإن كان معناها وحقيقتها محل دراسة الفقهاء السابقين كما سيأتي، لذا سيقصر التعريف على المراجع المعاصرة التي تناولت هذا المفهوم بالبيان والإيضاح.

قال عبد القادر عودة: "تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية: بحسب ما إذا كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب، أو بحسب ما إذا كان الفعل مأموراً به أو منهيّاً عنه.

والجريمة الإيجابية: تتكون من إتيان فعل منهي عنه كالسرقة والزنا والضرب. والجريمة السلبية: تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة. وأكثر الجرائم إيجابية وأقلها الجرائم السلبية" (١).

قال الشيخ أبو زهرة: "الجرائم إما أن تكون فعلاً منهيّاً عنه، وإما أن تكون تركاً لواجب مأمور به، فترك الزكاة جريمة بالترك، وترك الأذان كذلك جريمة بالترك".

ثم بين - رحمه الله - أن الترك قد يترتب عليه أذى بالفعل لغيره، فإن من يترك شخصاً حتى يموت جوعاً قد ارتكب جريمة بتركه، وكذلك من يترك أعمى يتردى في بئر وهو يستطيع الأخذ بيده وهدايته قد ارتكب جرماً، وهكذا.

وعلى ذلك تكون الجرائم قسمين: جرائم سلبية، وجرائم إيجابية، أو جرائم بالترك، وجرائم بالفعل، فالزنا والسرقة والقذف والغصب كلها جرائم إيجابية، ومن الجرائم السلبية ما ذكرنا من الامتناع عن بعض المطلوبات، ومنها ما يكون القصد ارتكاب جريمة إيجابية (٢).

ويعبر بعض الباحثين عن الجرائم السلبية (بجرائم الامتناع)، ويوضح أن سلوك المتهم اتخذ صورة سلبية، أي: صورة إحجامه - في ظروف معينة - عن إتيان فعل إيجابي يفرضه عليه الشارع في هذه الظروف.

(١) التشريع الجنائي الإسلامي عودة ٨٦/١

(٢) الجريمة ص ١١٢

وتقابل جرائم الامتناع بذلك جرائم الارتكاب أو (الجرائم الإيجابية)، وهي التي تفترض أن سلوك المتهم اتخذ صورة إيجابية، أي: صورة إتيانه نشاطاً اتسم بالحركة الديناميكية.

ويعرف الامتناع بأنه إحجام شخص عن إتيان عمل إيجابي معين، متى كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة، كان هناك واجب شرعي يلزم بإتيان هذا العمل، وكان في استطاعة المكلف إتيانه^(١).

ويرى بعض الباحثين أن الجرائم السلبية "هي عبارة عن الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، أو كل إحجام أو امتناع يحرمه الشارع، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة، والامتناع عن إخراج الزكاة، والامتناع عن أداء الصلاة.

فهي عدم القيام بالفعل المطلوب شرعاً، سواء أكان بنية مقصودة أم غير مقصودة عن طريق السهو أو النسيان أو الخطأ، مما أدى الترك أو الامتناع أو السلبية إلى نتيجة إجرامية من جراء عدم القيام بالفعل المطلوب شرعاً، وما أدى إلى اعتباره جريمة في نظر الشريعة الإسلامية"^(٢).

ثانياً - تعريف الجرائم السلبية في الاصطلاح القانوني:

يتفق شراح قانون الجزاء الكويتي^(٣) على أن السلوك الإجرامي يتنوع إلى عدة أشكال، فقد يكون هذا النشاط عن طريق بذل أو تدخل لا يسمح به القانون، وهنا نكون أمام جريمة أو سلوك إجرامي ذي مظهر إيجابي يسمى بالجريمة الإيجابية، وفيها يقدم الفاعل على ارتكاب فعل يجرمه القانون ويضع له عقوبة نظير القيام به.

أما الجريمة السلبية فتكون على العكس من ذلك، فهي أمر أو خطاب موجه للأفراد صادر من قبل المشرع عن طريق النص القانوني للقيام بأداء فعل معين ونص على عقوبة جزائية نظير عدم القيام به.

فالجريمة هنا لا تقع إلا إذا اتخذ الفاعل مظهراً من مظاهر السلبية وعدم القيام بالفعل، ومثال ذلك الامتناع عن أداء الشهادة أمام القضاء، فهنا قام الفاعل باتخاذ موقف سلبي عما يتطلبه القانون، ولذلك تسمى هذه الجريمة بالجريمة السلبية.

(١) جرائم الامتناع د. أشرف عبد القادر ص ١٢، ٥٦، جرائم الامتناع في قانون العقوبات، عبد الفتاح مراد ص ٣٠

(٢) نظرية الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي، داود نعيم داود ص ٢٥

(٣) الوجيز في شرح القواعد العامة لجزاء الكويتي، د. فايز الظفيري ص ٥٨، شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم العام - د. عبد الوهاب حومد ص ١٢٩، شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، د. مبارك النوييت ص ٥٧

ومثال الجرائم الواقعة بالترك هي جرائم التعريض للخطر الوارد ذكرها في المادة ١٦٦ جزء والمادة ١٦٧ جزء.

وتتحدث هذه المواد عن كل شخص يلزمه القانون برعاية شخص آخر عاجز عن أن يحصل لنفسه على ضروريات الحياة للأسباب الواردة في هذه المواد، سواء كان هذا الملتزم هو الوالد أو الطبيب أو الممرض، وامتنع عن القيام بهذه الرعاية، وأقضى ذلك إلى وفاة المجني عليه أو إلى إصابته بأذى، فإنه يعاقب حسب قصده الجنائي فيما إذا كان عمدياً أو غير عمدي.

هذا ويثار فقهيّاً إمكانية تحقق الجريمة الإيجابية عن طريق اتخاذ موقف سلبي، أو ما يعبر عنه بالجريمة الإيجابية الواقعة بالترك، ومدى إمكانية تحققها، وتتميز عن الجريمة السلبية بأن القانون يتطلب فيها نتيجة مادية معينة تظهر في العالم الخارجي بسبب هذا الامتناع، وليس مجرد امتناع سلبي.

وفي هذه المسألة - فكرة العقاب على الجرائم السلبية - اختلفت آراء الفقهاء كما اختلفت التشريعات:

فذهب رأي قديم في الفقه الألماني إلى أن الجريمة الإيجابية لا تقع بالترك، لأن الترك عدم ولا يمكن أن يكون سبباً لنتيجة إيجابية.

غير أن الفقه الألماني الحديث يرى أن الترك كالفعل يصلح سبباً للجريمة الإيجابية إذا كان على الممتنع التزام قانوني بإتيان فعل فيمتنع عن إتيانه، فذهب الفقه الألماني إلى وجوب معاقبة المجرم الذي ارتكب جريمته بطريق سلبي كالمجرم الذي ارتكب جريمته بالإيجاب تماماً، وذلك كالوالدة التي تمتنع عمداً من إرضاع طفلها رغبة في التخلص منه بالموت، ومحول طريق القطارات في السكك الحديدية الذي لا يحول القضيب قبل قدوم القطار بقصد إحداث حادث، ومن كلف حراسة أعمى ورآه يتردى في بئر فتركه عامداً حتى تردى فيها.

ويشترط أولئك الفقهاء الألمان لكي تكون العقوبة على جريمة الترك كعقوبة جريمة الإيجاب أن يكون التارك مطالباً قانوناً بالفعل الذي يكون فيه صيانة المجني عليه من الأذى، فإذا لم يكن مطالباً بالفعل بحكم القانون فإنه لا يعاقب فيه على الترك؛ لأنه ما خالف القانون، بل خالف المبادئ الإنسانية من إحسان ومروءة، لأن هذه لا يفرض القانون عقوبة على تركها^(١).

(١) شرح القواعد العامة، د. مبارك النوييت ص ٥٧، الجريمة للشيخ أبو زهرة ص ١٢٠، ١١٩.

وقد حسم المشرع الكويتي هذه المسألة بنصوص بينتها المادتان (١٦٦ و١٦٧) من قانون الجزاء، وهذان النصان يشمellan صور حدوث القتل العمد بالترك، وكذلك الإيذاء الجسماني العمد، ولكنها لا تضع قاعدة مطلقة في شأن وقوع القتل العمد بالترك أو ارتكاب الجريمة الإيجابية بالترك.

وعند التمعن في هذين النصين نجد أن المشرع الكويتي يأخذ بالتفرقة التي قال بها بعض الفقهاء بين الامتناع المخالف لحكم في القانون أو في الاتفاق، وبالتالي فإنه - وفقاً للتشريع الكويتي - يصلح أن يكون سببا في إحداث الجريمة العمدية^(١).

التمييز بين الجرائم الإيجابية والجرائم السلبية:

يرى بعض الباحثين^(٢) أن الفعل - في معنى السلوك الإنساني، أو التصرف الإنساني إزاء ظروف معينة - قد يكون إيجابياً متمثلاً في حركة عضوية إرادية، وقد يكون سلبياً متمثلاً في محض امتناع، وإذا كان الفعل - في هذا المدلول الواسع - عنصراً من عناصر الركن المادي للجريمة، فمؤدى ذلك بالضرورة أن بعض الجرائم يقوم ركنها المادي بفعل إيجابي أي: ارتكاب، وبعضها يقوم ركنها المادي بفعل سلبي أي: امتناع.

وعلى أساس من هذا الاختلاف في صورة أحد عناصر الركن المادي للجريمة تقسم الجرائم إلى قسمين: الجرائم الإيجابية ويطلق عليها كذلك تعبير جرائم الارتكاب، والجرائم السلبية ويطلق عليها تعبير جرائم الامتناع.

ويرى بعض الباحثين أنه لا يوجد أي فرق بين جرائم الارتكاب وجرائم الامتناع من الناحية القانونية، ولكن الضمير العام يستفزع جرائم الأفعال؛ لأنها تقع تحت الأعين وتلقي الرعب في المشاهدين، في حين أن جرائم الامتناع تمر دون أن يشعر بها أحد تقريباً^(٣).

ويرى آخرون أن العبرة في جرائم الترك وجرائم الإيجاب هو بالنتيجة التي أدى إليها السبب سواء أكان بالترك أم بالفعل، فالقانون يهتم عادة في وصف الجريمة ببيان النتيجة الضارة المقصودة، ولكنه لا يهتم بالوسيلة التي يلجأ إليها الفاعل للوصول إلى هذه النتيجة، فجميع الوسائل لديه سواء، إلا إذا نص على خلاف ذلك فاعتبر الوسيلة

(١) شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، د. فاضل نصر الله ص ١١٧

(٢) جرائم الامتناع، د. أشرف عبد القادر ص ١٦ - ١٨

(٣) شرح قانون الجزاء الكويتي، د. عبد الوهاب حومد، ص ١٢٩

عنصراً في الجريمة، فالقانونون يتكلم على القتل والضرب والجرح أي: على نتائج لأنواع السلوك الإجرامي، لا يهتم أن يكون بطلق ناري، أو بآلة حادة، أو بالامتناع عن إطعام المجني عليه، لأن النشاط في الحالتين يرتب أثراً واحداً في العالم الخارجي، فكل تفرقة بين وسيلتين لا تكون مقبولة^(١).

ويمكن القول بأن فائدة التمييز بين الجريمة الإيجابية والجريمة السلبية تكون من حيث الناحية العملية، وذلك في حالة الشروع، إذ ليس من طبيعة الجرائم السلبية أن يتوافر فيها الشروع، لعدم تصور البدء بالتنفيذ فيها، لأنها لا تقع إلا كاملة أو لا تقع على الإطلاق، وهذا بعكس الجرائم الإيجابية التي يمكن أن يتحقق فيها الشروع^(٢).

التمييز بين الجرائم السلبية البسيطة والجرائم السلبية ذات النتيجة:

يقسم بعض الباحثين الجرائم السلبية - أي: جرائم الامتناع - إلى قسمين: جرائم امتناع بسيطة، وجرائم امتناع ذات نتيجة أو جرائم ارتكاب عن طريق الامتناع.

ومعيار التفرقة بين هذين النوعين هو وجود النتيجة الإجرامية بين عناصر الركن المادي للجريمة أو انتفاؤها.

فالجرائم السلبية البسيطة يقوم ركنها المادي بامتناع مجرد لا تعقبه نتيجة إجرامية، أي أن نص التجريم يقتصر على الإشارة إلى الامتناع، فيقرر من أجله العقوبة، وتعتبر الجريمة تامة به، ولا يشير إلى نتيجة إجرامية ما، ومثال ذلك جريمة امتناع القاضي عن الحكم في الدعوى، وجريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في حضنته، وجريمة الامتناع عن دفع النفقة الزوجية.

أما الجرائم السلبية ذات النتيجة فتفرض ركنها المادي امتناعاً أعقبته نتيجة إجرامية، ويعني ذلك أن الركن المادي لهذه الجرائم يتطلب النتيجة الإجرامية من بين عناصره. مثال ذلك:

امتناع الأم عن إرضاع طفلها أو عن ربط حبله السري إذا أدى ذلك إلى وفاته.
وامتناع قائد الأعمى عن تنبيهه إلى خطر مما أفضى إلى إصابته بجروح،

(١) الجريمة ص ١٢٢

(٢) شرح القواعد العامة، د. فاضل نصر الله ص ١١٥

وامتناع عامل الإشارات في السكة الحديد عن إعطاء إشارة تحذير إلى قطار مما أدى إلى حدوث تصادم.

وبتحليل الركن المادي لهذه الجرائم يتضح قيامه على عنصر سلبي هو الامتناع، وافترضه بعد ذلك عنصراً إيجابياً هو النتيجة الإجرامية باعتبارها - من الناحية المادية - تغييراً في الأوضاع الخارجية.

فالفواة إذا أعقبت امتناع الأم عن الإرضاع لا تختلف في مدياتها عن الوفاة إذا أعقبت خنق الطفل أو ضربه بآلة حادة.

ويرى البعض أن الامتناع حقيقة طبيعية لا قانونية، لكونه عدم حركة أو سكون أو لا فعل، أو هو سلوك إرادي، ولكن الإرادة لا تدفع الحركة إلى العالم الخارجي، بل تنحصر وظيفتها في أن تمسك بهذه الحركة في الوقت الذي يوجب فيه القانون أن يتحرك.

وقد حاول البعض التوفيق بين المعنيين الطبيعي والقانوني للامتناع بأن عرف الامتناع بأنه: التخلي عن أداء عمل واجب قانوناً، وهذا التعريف ينطوي على عنصرين: أحدهما: طبيعي واقعي يتصل بالجاني.

والآخر: شرعي يتصل بالقانون.

والأول يمثل جوهر السلوك، أما الثاني فيمثل كله، ولذلك فإن نظرية الامتناع ذات شقين؛ فهي ليست ذات حقيقة طبيعية خالصة، ولا هي ذات حقيقة شرعية خالصة، ولكنها ذات حقيقة طبيعية شرعية في آن واحد^(١).

ويقرر الشيخ أبو زهرة اتفاق الفقهاء على أن الترك جريمة كالفعل، إلا أنه يفرق بين نوعين من الترك:

أولهما: ترك يقصد به ارتكاب جريمة، أو هو ترك يحمل في نفسه معنى الإيجاب، كمن يحبس شخصاً ويمنعه عن الطعام والشراب حتى يموت، فإنه بلا شك ترك قصد به القتل، وكذلك من يترك سرقة مولود بعد قطعها حتى يموت هو ترك في معنى الإيجاب لأنه قتل، وكذلك كل ترك يترتب عليه جريمة إيجابية يعد مرتكباً لجريمة تستحق عقاباً.

والثاني: تكون الجريمة في الترك نفسه، بأن يكون الأمر مطلوباً، والامتناع معصية في ذاتها، كما ذكرنا في ترك الزكاة، فإن ذلك الترك جريمة، وفي القسم الأول

(١) جرائم الامتناع، د. أشرف عبد القادر ص ١٦-١٨

قد يكون ذات الترك جريمة، ولكن ترتب على الترك جريمة أخرى، فمن طلب الماء يجب سقيه، فلو استطاع أن يذهب إلى مكان آخر، ويستسقي منه تكون معصية، ولكن ليست في هذه المعصية جريمة قتل، بل هي جريمة دونها^(١).

ويقرر الشيخ عبد القادر عودة أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوي تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة، لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقاً لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة ما دام لا يخرج على نصوصها أو روحها فالشريعة والقانون يتفقان تماماً في هذه النقطة.

ولكن الشريعة تخالف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسؤولاً عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع، ولا شك أن الشريعة منطقية في هذا التوسع، لأن الشرائع والقوانين جميعاً بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه، ولا معنى لأن ينص في الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع، فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق دولي فأولى به أن يسأل عن واجب يفرضه العرف ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات.

وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية من القرن السابع، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر، فكأن القوانين لم تجئ إلا بما سبقتها إليه الشريعة^(٣).

(١) الجريمة ص ١١٣

(٢) المائة: ١

(٣) التشريع الجنائي ٩٠/١

المبحث الثاني الجرائم السلبية في الفقه الإسلامي

تقدم أن الجرائم السلبية في الفقه الإسلامي هي عبارة عن كل امتناع عن إتيان فعل مأمور به شرعاً، أو كل إحجام أو امتناع يحرمه الشارع، وهذه الجرائم لها صور عديدة منها:

الامتناع عن أداء الصلاة، والامتناع عن إخراج الزكاة، وامتناع الشاهد عن أداء الشهادة، وحبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله، الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق، أو إنسان أحاطت به النار، أو أقدم على افتراسه سبع، ومثل من أمكنه إنقاذ شخص من الهلاك كمن كان معه طعام وكان غيره مضطراً إليه فامتنع من بذله له، وكذلك من وجد أعمى كاد أن يتردى في بئر، أو وجد إنساناً كاد أن يغرق، والطبيب أو الممرضة اللذان يمتنعان عن إعطاء الدواء للمريض فيموت، ونحوها من صور يمتنع فيها الشخص من واجب مطلوب منه شرعاً أن يقوم به فينتج عن امتناعه ضرر إما في النفوس أو في الأموال.

وقد تناول الفقهاء هذه الصور بالبحث والمناقشة في بيان مدى مسؤولية الممتنع عن تلك النتيجة، وما يتبع ذلك من ضمان النفوس والأموال، وسيقتصر البحث هنا على مسؤولية الممتنع في حالة موت الشخص المحتاج للمساعدة وما يترتب على ذلك من ضمان بالقصاص أو الدية.

المطلب الأول مسؤولية الممتنع الدينية

قال الشيخ أبو زهرة: "لقد قرر الفقهاء بالإجماع أن ما يكون مطلوباً بأمر الشارع يعد أثماً بتركه، ويعد تركه جريمة، هو موضع مؤاخذه في الدين"^(١).

وقد اتفق العلماء على وجوب مساعدة المحتاج، وأن من امتنع عن المساعدة يأثم ديانة^(٢)، وقد استدلووا بعدة أدلة منها:

(١) الجريمة ص ١١٣

(٢) الاختيار ١٧٥/٤، الفتاوى الهندية ٣٣٨/٥، والمبسوط ٢٧١/٣٠، المنتقى ١٤٠/٣، جواهر الإكليل ٢١٥/١، روضة الطالبين ٢٨٥/٣، المجموع ٤٥/٩، مغني المحتاج ٤٠٩/٤، كشف القناع ١٩٨/٦، شرح منتهى الإرادات ٤١٣/٣، المحلى ٥٢٣/١٠

١ - قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(١).

قال القرطبي: "وهو أمر لجميع الخلق بالتعاون على البر والتقوى؛ أي: ليعن بعضكم بعضاً، وتحاثوا على ما أمر الله تعالى واعملوا به، وانتهوا عما نهى الله عنه وامتنعوا منه؛ وهذا موافق لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "الدال على الخير كفاعله"^(٢)، وقد قيل: الدال على الشر كصانعه. ثم قيل: البر والتقوى لفظان بمعنى واحد، وكرر باختلاف اللفظ تأكيداً ومبالغة، إذ كل بر تقوى وكل تقوى بر. قال ابن عطية: وفي هذا تسامح ما، والعرف في دلالة هذين اللفظين أن البر يتناول الواجب والمندوب إليه، والتقوى رعاية الواجب، فإن جعل أحدهما بدل الآخر فبتجاوز.

وقال ابن خويز منداد في أحكامه: "والتعاون على البر والتقوى يكون بوجوه؛ فواجب على العالم أن يعين الناس بعلمه فيعلمهم، ويعينهم الغني بماله، والشجاع بشجاعته في سبيل الله، وأن يكون المسلمون متظاهرين كاليد الواحدة، المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم، ويجب الإعراض عن المتعدي وترك النصرة له ورده عما هو عليه، ثم نهى فقال: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ وهو الحكم اللاحق عن الجرائم، وعن العدوان وهو ظلم الناس"^(٣).

وقال ابن كثير: "يأمر تعالى عباده المؤمنين بالمعونة على فعل الخيرات، وهو البر، وترك المنكرات وهو التقوى، وينهاهم عن التناصر على الباطل، والتعاون على المآثم والمحارم.

قال ابن جرير: الإثم: ترك ما أمر الله بفعله، والعدوان: مجاوزة ما حد الله في دينكم، ومجاوزة ما فرض عليكم في أنفسكم وفي غيركم"^(٤).

٢ - قال تعالى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(٥).

(١) سورة المائدة: ٢

(٢) أخرجه الترمذي في أبواب العلم، باب أن الدال على الخير كفاعله، حديث رقم (٢٨٢١)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح الترمذي ٣٤٠/٢ رقم (٢١٥١)

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤٧/٦

(٤) تفسير القرآن العظيم ٦/٢

(٥) سورة المائدة: ٣٢

نقل الطبري عن مجاهد في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا﴾ قال: "من أنجأها من غرق أو حرق فقد أحياها" (١).

قال القرطبي: "وفي قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا﴾ تجوز؛ فإنه عبارة عن الترك والإنقاذ من هلكة، وإلا فالإحياء حقيقة - الذي هو الاختراع - إنما هو لله تعالى" (٢).

وقال الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: "ومعنى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا﴾ من استنقذها من الموت، لظهور أن الإحياء بعد الموت ليس من مقدور الناس، أي: ومن اهتم باستنقاذها والذب عنها فكأنما أحيا الناس جميعاً بذلك التوجيه الذي بيناه آنفاً، أو من غلب وازع الشرع والحكمة على داعي الغضب والشهوة فانكف عن القتل عند الغضب" (٣).

وقال ابن حزم: "ومما كتبه الله تعالى أيضاً علينا استنقاذ كل متورط من الموت إما بيد ظالم كافر، أو مؤمن متعد، أو حية أو سبع، أو نار أو سيل، أو هدم أو حيوان، أو من علة صعبة نقدر على معاناته منها، أو من أي وجه كان، فوعدنا على ذلك الأجر الجزيل الذي لا يضيعه ربنا تعالى، الحافظ علينا صالح أعمالنا وسيئه" (٤).

٣ - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم: رجل حلف على سلعة لقد أعطى بها أكثر مما أعطى، وهو كاذب، ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال رجل مسلم، ورجل منع فضل مائه فيقول الله: اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يدك" (٥).

قال النووي: "لا شك في غلظ تحريم ما فعل وشدة قبحه، فإذا كان من يمنع فضل الماء للماشية عاصياً، فكيف بمن يمنعه الأدمي المحترم؟" (٦).

٤ - عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: بينما نحن في سفرٍ مع

(١) جامع البيان للطبري ٥٤١/٤

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١٤٧/٦

(٣) التحرير والتنوير ١٧٨/٦

(٤) المحلى ٢١١٩م/١١

(٥) أخرجه البخاري واللفظ له في كتاب المساقاة باب (من رأى أن صاحب الحوض والقربة أحق بمائه) حديث (٢٣٦٩)، وأخرجه بلفظ آخر في باب (إثم من منع ابن السبيل من الماء) حديث (٢٣٥٨)، ومسلم كتاب الإيمان باب (بيان غلظ تحريم إسبال الإزار، والمنع بالعطية، وتنفيق السلعة بالهلف) حديث (١٠٨)

(٦) المنهاج بشرح صحيح مسلم بن الحجاج ص ٢٠٢

النبي - صلى الله عليه وسلم - إذ جاء رجلٌ على راحلة له، فجعل يصرفُ بصره يميناً وشمالاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من كان معه فضلٌ ظهرٍ فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل زاد، فليعد به على من لا زاد له" فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لا حق لأحدٍ منا في فضل^(١).

٥ - عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "من منع فضل ماء، أو كلاً، منعه الله فضله يوم القيامة"^(٢).

وعن أبي هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلاً"^(٣).

قال الشافعي: "ففي هذا الحديث ما دل على أنه ليس لأحد أن يمنع فضل مائه، وإنما يمنع فضل رحمة الله بمعصية الله، فلما كان منع فضل الماء معصية لم يكن لأحد منع فضل الماء، وفي هذا الحديث دلالة على أن مالك الماء أولى أن يشرب به ويسقي وأنه إنما يعطي فضله عما يحتاج إليه؛ لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً منعه الله فضل رحمته"، وفضل الماء الفضل عن حاجة مالك الماء.

فلو أن جماعة كان لهم مياه ببادية فسقوا بها واستقوا، وفضل منها شيء فجاء من لا ماء له يطلب أن يشرب أو يسقي إلى واحد منهم دون واحد لم يجز لمن معه فضل من الماء، وإن قل منعه إياه إن كان في عين، أو بئر، أو نهر، أو غيل؛ لأنه فضل ماء يزيد ويستخلف، وإن كان الماء في سقاء، أو جرة، أو وعاء ما كان، فهو مختلف للماء الذي يستخلف فلصاحبه منعه، وهو كطعامه إلا أن يضطر إليه مسلم والضرورة أن يكون لا يجد غيره بشراء، أو يجد بشراء، ولا يجد ثمناً فلا يسع عندي والله أعلم منعه؛ لأن في منعه تلفاً له، وقد وجدت السنة توجب الضيافة بالبادية والماء أعز فقداً وأقرب من أن يتلف من منعه وأخف مؤنة على من أخذ منه من الطعام، فلا أرى من منع الماء في هذه الحال إلا آثماً إذا كان معه فضل من ماء في وعاء، فأما من وجد غنى عن الماء بماء غير ماء صاحب الوعاء فأرجو أن لا يخرج من منعه"^(٤).

(١) أخرجه مسلم كتاب اللقطة باب استحباب المواساة بفضول المال حديث (١٧٢٨)

(٢) أخرجه أحمد وصححه الألباني (صحيح الجامع ٦٥٦٠)

(٣) أخرجه البخاري كتاب المساقاة باب (من قال: إن صاحب الماء أحق بمائه) حديث (٢٣٥٤)،

ومسلم كتاب المساقاة باب (تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة) حديث (١٥٦٦)

(٤) الأم للشافعي كتاب إحياء الموات ٥١/٤

٦ - عن عبد الله بن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة" (١).

قال ابن حجر: " (ولا يسلمه) بضم أوله يقال: أسلم فلان فلانا إذا ألقاه إلى الهلكة ولم يحمه من عدوه، وهو عام في كل من أسلم لغيره، لكن غلب في الإلقاء إلى الهلكة.

وقوله: (ولا يسلمه) أي: لا يتركه مع من يؤذيه ولا فيما يؤذيه، بل ينصره ويدفع عنه، وهذا أخص من ترك الظلم، وقد يكون ذلك واجباً وقد يكون مندوباً بحسب اختلاف الأحوال، وزاد الطبراني من طريق أخرى عن سالم: "ولا يسلمه في مصيبة نزلت به" (٢).

وقال النووي: "ويدخل في كشف الكربة وتفريجها من أزالها بماله، أو جاهه، أو مساعدته، والظاهر أنه يدخل فيه من أزالها بإشارته، ورأيه، ودلالته" (٣).

٧ - عن أنس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً"، فقال رجل: يا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنصره إذ كان مظلوماً، أفرأيت إذا كان ظالماً كيف أنصره؟ قال: "تحجزه أو تمنعه من الظلم، فإن ذلك نصره" (٤).

وفي هذا دليل على وجوب نصر المظلوم، والنصر بمعنى الدفاع عن الغير أي دفع ما يضره، قال ابن بطال: "النصر عند العرب الإعانة، وتفسيره لنصر الظالم بمنعه من الظلم من تسمية الشيء بما يؤول إليه، وهو من وجيز البلاغة" (٥).

٨ - عن أبي موسى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "على كل مسلم صدقة" فقالوا: يا نبي الله فمن لم يجد؟ قال: "يعمل بيده فينفع نفسه ويتصدق"

(١) أخرجه البخاري، كتاب المظالم باب لا يظلم المسلم المسلم، حديث (٢٤٤٢)، ومسلم، كتاب البر والصلة باب تحريم الظلم، حديث (٢٥٨٠)

(٢) فتح الباري ١٢٥٣/٢

(٣) شرح مسلم ص ١٨٤٥

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الإكراه باب يمين الرجل لصاحبه، حديث (٦٩٥٢)،

(٥) فتح الباري ١٢٥٣/٢

قالوا: فإن لم يجد؟ قال: "يعين ذا الحاجة الملهوف" قالوا: فإن لم يجد؟ قال: "فليعمل بالمعروف، وليمسك عن الشر فإنها له صدقة" ^(١).

قال ابن حجر: "قوله: 'يعين ذا الحاجة الملهوف' أي: بالفعل أو القول أو بهما" ^(٢)، وقوله: "الملهوف" أي: المستغيث، وهو أعم من أن يكون مظلوماً أو عاجزاً" ^(٣).

٩ - عن أبي سعيد الخدري: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا ضرر ولا ضرار" ^(٤). ومعنى الحديث أن الإنسان لا يجوز له أن يضر نفسه ولا غيره، فلم يقتصر - صلى الله عليه وسلم - على نفي الضرر في الشريعة، بل أتبعه بالنهي عن إضرار العباد بعضهم لبعض، فالمكلف منهي عن كل فعل يترتب عليه إضرار الآخرين، سواء قصد صاحبه الإضرار أم لم يقصد.

يوضح ذلك ابن رجب بقوله: "المراد إلحاق الضرر بغير حق، وهذا على نوعين: أحدهما: أن لا يكون في ذلك غرض سوي الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه، وقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في مواضع. والنوع الثاني: أن يكون له غرض آخر صحيح؛ مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً فيتضرر الممنوع بذلك" ^(٥).

المطلب الثاني مسؤولية الممتنع القضائية

اختلف الفقهاء في حدود مسؤولية الممتنع عن مساعدة غيره حتى ترتب على ذلك الموت، هل يضمن ذلك ويعاقب عقاب القاتل؟ أو يعاقب عقاب دون القاتل بالدية أو بالتعزير؟

- (١) أخرجه البخاري، كتاب الزكاة باب على كل مسلم صدقة، حديث (١٤٤٥)، ومسلم، كتاب الزكاة باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، حديث (١٠٠٨)
- (٢) فتح الباري ٣/٢٦٥١
- (٣) فتح الباري ١/٨٨٠
- (٤) أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام باب (من بنى في حقه ما يضر جاره) حديث (٢٣٤٠).
- (٥) وصحه الألباني (صحيح الجامع ٧٥١٧)
جامع العلوم والحكم باختصار ص ٢٨٨

سبب اختلاف الفقهاء:

ويمكن إرجاع سبب اختلاف الفقهاء إلى مسألة ثبوت القصاص هل يشترط فيه المباشرة أو يمكن أن يثبت القصاص بالتسبب أيضاً؟

فمن يوجب القصاص بالامتناع لا يفرق بين المباشر والمتسبب، ومن لا يوجب القصاص بالامتناع يفرق بين المباشر والمتسبب، فالقصاص فيه مماثلة ومساواة، والامتناع قتل بالتسبب، ولا مساواة ولا مماثلة بين المباشرة والتسبب، فلا يساوى بينهما في العقوبة، هذا من وجه.

ومن وجه آخر فإن القصاص يحتاج إلى توفر قصد القتل أو قصد العدوان لدى الجاني، والقصد أمر خفي فأقام الحنفية مكانه مظنته، وهو القتل بالمحدد أو المدب فقط، وبناء عليه لم يوجبوا القصاص في القتل السلبي، أما جمهور الفقهاء فإن مظنة القتل عندهم بما يغلب على الظن به غالباً، فمن طين على شخص أو حبسه في بيته يقتل غالباً فيعتبر قتلاً متعمداً عند الجمهور فأوجبوا القصاص^(١).

وفيما يلي عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم والمناقشة والترجيح.

المذهب الأول: لا ضمان ولا قصاص على الممتنع، ولكن يعزر.

وهو مذهب أبي حنيفة^(٢) والشافعية^(٣)، ودليلهم:

أن منعه لم يكن فعلاً يتعلق به الضمان، إذ لم يحدث منه فعل مهلك، لكنه يَأْثَمُ. فأبو حنيفة يقول: إن حبسه وتطبيق الباب عليه لا يوجب إتلافه، وإنما أُلْثِفَ معنى آخر؛ وهو الجوع الذي هاج من طبعه وبعد الطعام عنه، ولا صنع للجاني في ذلك، فلو ضمن إنما يضمن بجانيته عليه بتأخير حبسه، والحر لا يضمن باليد". قال الشيخ أبو زهرة مبيناً الأسس التي قام عليها رأي الإمام أبي حنيفة ومن وافقه، وأنها تتكون من عناصر ثلاثة:

"أولها: أن العبرة عندهم في الجريمة بالجريمة المباشرة، فالقتل تكون الجريمة فيه إذا باشرها، أو تسبب فيه بفعل ترتب عليه الموت لا محالة، واتصل الموت بالفعل الذي كان سبباً في القتل، وكان الفعل اعتداءً، فمن حفر بئراً في الطريق العام أو حفرة

(١) نظرية الجريمة السلبية ص ١٣٥

(٢) البدائع ٢٣٥/٧، الاختيار ٢٦/٥، المبسوط ١٥٣/٢٥،

(٣) نهاية المحتاج ٢٥١/٧، الحاوي الكبير ١٧٣/١٥، روضة الطالبين ٢٨٥/٣، المجموع ٤٥/٩،

مغني المحتاج ٣٠٩/٤

فتردى فيها إنسان ومات فإن القتل سببه ذات الحفرة، والحفر كان اعتداءً، فيكون الحافر قاتلاً، وإذا وصف الحافر بأنه قاتل، فإنه في هذه الحال تجب الدية.

أما الترك حتى يموت غرقاً أو عطشاً أو يفترسه ذئب أو أسد فإن السبب في القتل ليس هو الترك، إنما هو الجوع والعطش، وليس بفعله، فلا يوصف بأنه قاتل.

ثانيها: إن الأساس في اتصاف الشخص بجريمة القتل أو الجنائية على النفس أو الأطراف بشكل عام هو أن يصدر عنه فعل إيجابي متصل بالنتيجة، وهي القتل أو نحوه، والتارك لا ينسب له عمل إيجابي، إذ السلب لا يعتبر فيه الشخص قد قام بعمل إيجابي في ذاته.

ثالثها: أن الاعتداء وصف للأفعال، وليس وصفاً للامتناع، فلا يمكن أن يكون الممتنع فاعلاً، وفوق ذلك فإن الاعتداء يكون معناه أن يتجاوز الشخص ماله من حقوق استمدها من الشارع، والزاد والماء ونحوها كلها حقوق للإنسان له أن يعطي منها ما شاء، ويمنع منها ما شاء، ومن يستعمل حقاً له لا يعد معتدياً أو مجرمًا، وإن كان يعد أثماً لا يعد مرتكباً جريمة القتل^(١).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

أولاً: إن قصر الجريمة في الأفعال الإيجابية يفتح باباً لاتخاذ الامتناع وسيلة لارتكاب الجرائم، لعدم وجود العقاب الرادع، كما أن الجريمة السلبية في بعض الأحيان تسبق بفعل إيجابي كإغلاق الباب، وترك الأبواب مفتوحة لتسهيل عملية السرقة ونحوه.

ثانياً: أما القول بعدم توفر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة فالجواب بأن رابطة السببية متوفرة ولم تنقطع، إذ لولا ترك الأبواب مفتوحة لما تمكن السارق من السرقة، ولولا الامتناع عن أداء الشهادة لما ترتب الضرر وضياع الحق، ولولا الحبس لتمكن المحبوس أو السجين من تناول ما يحفظ حياته.

ثالثاً: أما قصر الاعتداء على الأفعال فإن هذا ليس عليه دليل، والمهم تحقق الركن المادي بعناصره، سواء أكان إيجابياً أم سلبياً، وكما أن الاعتداء يحصل بالسلوك السلبي ويحصل المجرم على مبتغاه، ويحصل على النتيجة الإجرامية ذاتها، فما الفرق بين إنسان يقتل آخر بالسيف، وبين إنسان يقتل آخر بالامتناع عن تقديم الطعام والشراب له، وأيضاً فإن كليهما قد جاء بفعل إيجابي، الأول بالضرب، والثاني بالحبس

وإغلاق الأبواب، وكما أن الإمام أبا حنيفة نفسه أجاز للمضطر مقاتلة من عنده الماء إن منعه إياه بالسلاح ليأخذ قدر ما يندفع به الهلاك عنه.

رابعاً: إن الإمام أبا حنيفة يعتبر حافر البئر قاتلاً بالسبب، فمن حفر بئراً فوقه به إنسان فمات كان قاتلاً بسبب، ولا فرق بين من تسبب بقتل إنسان من خلال حفر بئر وبين من تسبب بقتل إنسان بالامتناع عن تقديم الطعام والشراب، فالممتنع والحافر كلاهما متسبب في الضرر أو حتى حدوث الوفاة، وكلاهما جاء بفعل إيجابي، الأول بالحفر، والثاني بالحبس وإغلاق الأبواب^(١).

المذهب الثاني: عليه الضمان بالقصاص إذا علم حاله وتعهد منعه.

وهو مذهب المالكية^(٢) والظاهرية^(٣)،

وهو قول صاحبين من الحنفية^(٤) إلا أنهما قالوا: عليه الدية، وهو قول أبي الخطاب من الحنابلة وقال: عليه الدية أيضاً^(٥).

- (١) نظرية الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي، داود نعيم ص ٨٧
- (٢) البهجة ٣٦٤/٢، منح الجليل ١٩/٩، وقال في التاج الإكليل بهامش مواهب ٢٤٠/٦: "العمد ما قصد به إتلاف النفس بآلة تقتل غالباً ولو بمثقل أو بإصابة بمقتل أو يطبق عليه بيتا أو يمنعه الغذاء حتى يموت جوعاً". وفي حاشية الدسوقي ٣٤٣/٤: "إن قصد القتل ليس شرطاً في القصاص وحينئذ فيقتص ممن منع الطعام والشراب ولو قصد بذلك التعذيب. ولفظ ابن عرفة: "من صور العمد ما ذكره ابن يونس عن بعض القرويين أن من منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه وأنه يموت إن لم يسقه قتل به وإن لم يلق قتله بيده" اهـ ظاهره أنه يقتل به سواء قصد بمنعه قتله أو تعذيبه.
- ومن [صور] منع الطعام أو الشراب منع الأم ولدها من لبنائها. قوله: (فإن قصدت موته قتلت وإلا فالدية على عاقلتها) أي فلا تقتل بمنعه مطلقاً بل حتى تقصد موته قياساً على ما مر في الأب من أنه لا بد مع الضرب من قصد الموت وإلا لم يقتل."
- (٣) المحلى ٥٢٢/١٠ قال ابن حزم: "إن الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لا ماء له ألبتة إلا عندهم، ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت، فهم قتلوه عمدا وعليهم القود بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا - كثروا أو قلوا - ولا يدخل في ذلك من لم يعلم بأمره، ولا من لم يمكنه أن يسقيه، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدر أن سيدرك الماء، فهم قتلة خطأ، وعليهم الكفارة، وعلى عواقلهم الدية ولا بد.

وهكذا القول، في الجائع، والعاري، ولا فرق - وكل ذلك عدوان، وليس هذا كمن اتبعه سبع فلم يؤوه حتى أكله السبع، لأن السبع هو القاتل له، ولم يمت في جنابته، ولا مما تولد من جنابته، ولكن لو تركوه فأخذه السبع - وهم قادرون على إنقاذه - فهم قتلة عمد، إذ لم يمت من شيء إلا من فعلهم - وهذا كمن أدخلوه في بيت ومنعوه حتى مات، ولا فرق وهذا كله وجه واحد - وبالله تعالى التوفيق".

(٤) بدائع الصنائع ٢٣٥/٧، المبسوط ١٥٣/٢٥ حاشية ابن عابدين ٣٤٩/٥

(٥) الإنصاف ٥٠/١٠، الفروع ١٢/٦، شرح منتهى الإرادات ٢٩٨/٣، المبدع ٣٣٩/٨

وقال المالكية: الضمان بالقصاص إذا تبين أن الممتنع قصد بامتناعه قتل من كان بحاجة إلى العون، أما إذا لم يقصد قتله بالامتناع فقد اختلفوا، فذهب بعضهم إلى أن الضمان يكون بالقصاص، وذهب آخرون إلى أن الضمان يكون بإيجاب الدية.

وأما إذا لم يعلم بذلك فقد قتله، إذ منعه ما لا حياة له إلا به، فهو قاتل خطأ، فعليه ما على قاتل الخطأ. ومما استدلووا به:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَنَعَاوِئُوا عَلَى الْيَرِّ وَالنَّفَوِئُ وَلَا نَعَاوِئُوا عَلَى الْإِنِّ وَالْعُدُونُ﴾^(١).
- ٢ - وقال تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَى﴾^(٢).
- ٣ - ويبين ابن حزم وجه الدلالة من هاتين الآيتين فيقول: "وبيقين يدري كل مسلم - في العالم - أن من استقاه مسلم - وهو قادر على أن يسقيه - فتعمد أن لا يسقيه إلى أن مات عطشا فإنه قد اعتدى عليه، بلا خلاف من أحد من الأمة، وإذا اعتدى فواجب - بنص القرآن - أن يعتدى على المعتدي بمثل ما اعتدى به - فصح قولنا بيقين لا إشكال فيه"^(٣).
- ٤ - إن الامتناع من بذل العون له إعانة على قتله، فعن أبي هريرة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله عز وجل مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله"^(٤).
- ٥ - عن الحسن أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه، فأدركه العطش فمات، فضمنهم عمر بن الخطاب ديته^(٥).
- ٦ - إن الضرورة قد جعلت للمضطر في طعام الممتنع حقاً، فصار منعه منه كمنعه من طعام نفسه، ولو منع إنساناً من طعام نفسه حتى مات جوعاً ضمن ديته، كذلك إذا منعه من طعام قد صار حقه متعلقاً به وجب أن يضمن ديته^(٦).

(١) سورة المائدة: ٢

(٢) سورة البقرة: ١٩٤

(٣) المحلى ٥٢٢/١٠

(٤) أخرجه ابن ماجه كتاب الديات باب (التغليظ في قتل مسلم ظلماً) حديث (٢٦٢٠) وهو حديث ضعيف. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير ١٤/٤: "في إسناده يزيد بن زياد وهو ضعيف". وقال الألباني: "ضعيف جداً" (ضعيف الترغيب والترهيب ١٣٠/٢ حديث (١٤٥٢))

(٥) المحلى ٥٢٢/١٠

(٦) الحاوي الكبير ١٧٣/١٥

أما دليل الصاحبين فهو كما قال ابن عابدين "وقالا عليه الدية؛ لأنه سبب يؤدي إلى التلف فيجب الضمان، وهو المختار في زماننا لمنع الظلمة من الظلم"^(١).

فالممتنع عندهما قد تسبب في الجريمة بفعله، حيث أدى فعله إلى منع الطعام والشراب عن المجني عليه، ولا حياة له بغيرهما فيكون بمنزلة حافر البئر في الطريق، فيكون قاتلاً بالتسبب فتجب الدية عليه، لأن القتل بالتسبب قتل معني، والقتل مباشرة قتل معني وصورة، فيكونان غير متساويين.

وقالا أيضاً: يشترط في القتل العمد أن تكون آلة القتل مما أعد للقتل، وهي ما يفرق الأجزاء، كالمحدد مما أعد للقتل، والوسيلة المستخدمة في القتل في الجريمة السلبية ليس مما أعد لذلك، لذلك لا يجب عليه القصاص، وإنما يجب الدية.

واستدل أبو الخطاب من الحنابلة بالقياس على مسألة من أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية، أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب، فهلك بذلك، أو هلكت بهيمته، فعلى المذهب عليه ضمان ما تلف به؛ لأنه سبب هلاكه، قال وكذلك هنا عليه الضمان لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه، كما لو منعه الطعام والشراب.

نوقش ما استدل به الصاحبان:

١ - القول بعدم المماثلة بين المباشر والمتسبب ليس عليه دليل، كما أنه يفتح باباً لارتكاب الجرائم، فالمهم تحقق قصد العدوان دون النظر إلى نوع الوسيلة المستخدمة.

٢ - الأصل في الآلة القاتلة أن تكون مما يقتل غالباً، والقتل بالامتناع عن تقديم الطعام والشراب ونحوه مع توفر القصد والعلم يقتل غالباً، إذن يجب القود^(٢). ونوقش استدلال أبي الخطاب بما قاله ابن قدامة: "بأنه لم يهلكه، ولم يكن سبباً في هلاكه، فلم يضمنه، كما لو لم يعلم بحاله.

وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح؛ لأنه في المسألة منعه منعاً كان سبباً في هلاكه، فضمنه بفعله الذي تعدى به، وهاهنا لم يفعل شيئاً يكون سبباً"^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤٩/٥

(٢) نظرية الجريمة السلبية ص ٨٨

(٣) المغني ٤٥/٩

المذهب الثالث: وجوب الضمان إذا طلب المضطر المساعدة، أما إذا لم يطلب فلا ضمان.

وهو مذهب الحنابلة^(١)، قال ابن قدامة: "وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره، فطلبه منه، فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال، فمات بذلك، ضمنه المطلوب منه؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قضى بذلك، ولأنه إذا اضطر إليه، صار أحق به ممن هو في يده، وله أخذه قهراً، فإذا منعه إياه، تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه، فلزمه ضمانه، كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك.

وإن لم يطلبه منه، لم يضمنه؛ لأنه لم يمنعه، ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه. وكذلك كل من رأى إنساناً في مهلكة، فلم ينجه منها، مع قدرته على ذلك، لم يلزمه ضمانه، وقد أساء^(٢). لأنه لم يتسبب إلى قتله بخلاف التي قبلها^(٣).

واختلفوا فيمن يتحمل ديته على وجهين:

- الأول: وهو ظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله؛ لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالباً.
- الثاني: وهو قول القاضي: تكون على عاقلته؛ لأن هذا لا يوجب القصاص، فيكون شبه العمد^(٤).

ويناقش هذا الاستدلال بأن التفريق بين من طلب الإعانة ومن لم يطلبها غير مؤثر، وذلك أن النتيجة واحدة وهي موت المحتاج للمساعدة مع إمكان إنقاذه بلا ضرر على الممتنع، وحق المضطر ثابت سواء أطلبه أم لم يطلبه ما دامت الضرورة قائمة، فثبتت حقه لا يتوقف على سؤاله، وإنما يثبت بناء على حاله كما قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَحْصَةِ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٥) وقال تعالى: ﴿فَمَنْ

(١) كشف القناع ١٥/٦، المغني ٤٥/٩، الإنصاف ٥٠/١٠، فرق الحنابلة بين حالتين من حيث وجوب الضمان:

الحالة الأولى: من أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية، أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب، فهلك بذلك، أو هلكت بهيمته، فعليه ضمان ما تلف به؛ لأنه سبب هلاكه.

الحالة الثانية: إن اضطر إلى طعام وشراب لغيره، فطلبه منه، فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال، فمات بذلك، فهذه المسألة هي التي جرى فيها التفصيل المذكور.

(٢) المغني ٤٥/٩

(٣) الفروع ٦/١٢، كشف القناع ١٥/٦، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٩٨، المبدع ٨/٣٣٩

(٤) المراجع السابقة

(٥) سورة المائدة: ٣

أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ ﴿١﴾ فأثبت أحكام الرخصة بمجرد قيام الضرورة بشروطها، وليس من شروطها طلب المضطر من غيره المساعدة.

الترجيح:

بعد عرض مذاهب الفقهاء وأدلتهم والمناقشة التي وردت على بعضها، يظهر أن القول بعدم الضمان مجانب للصواب، وذلك لأن الشريعة الإسلامية عظمت شأن الدماء بما ورد فيها من النصوص الشرعية والقواعد الكلية، وقال علي بن أبي طالب لعمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - فيمن مات من زحام يوم الجمعة أو في الطواف: "يا أمير المؤمنين، لا يُطَلِّد دم امرئ مسلم، إن علمت قاتله، وإلا فأعطه ديته من بيت المال" (٢).

وأيضاً لسد ذريعة التهاون في الدماء والجرأة على إزهاق الأرواح ولهذا قال ابن عابدين: "وقالا عليه الدية؛ لأنه سبب يؤدي إلى التلف فيجب الضمان، وهو المختار في زماننا لمنع الظلمة من الظلم" (٣).

أما القول بإيجاب القصاص على من امتنع من إعانة غيره، فهو قول مبالغ فيه، إذ لا تزهق نفس مسلم إلا بدليل قوي وحجة قاطعة كما جاء عن ابن مسعود - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة" (٤)، والقصاص إنما يثبت بشروط دقيقة في القاتل والمقتول والآلة، فليس مجرد الامتناع دليلاً على العمد والعدوان الموجب للقصاص، إلا إذا ثبت للقاضي أن الامتناع كان بقصد القتل العمد كامتناع الأم عن إرضاع طفلها بقصد قتله، وامتناع القابلة من ربط سرة المولود حتى يموت، ونحو ذلك مما يدل دلالة تقرب من القطع بأن الممتنع قاصد للقتل، فهنا يمكن الحكم بالقصاص إذا أمكن إثبات ذلك.

والذي يظهر أنه أقرب للرجحان مذهب من قال بأن عليه الدية، لأن ذلك قضاء عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بمحضر من الصحابة دون أن ينكر عليه أحد،

(١) سورة البقرة: ١٧٣

(٢) المغني ٩/١٠

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٩/٥

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الديات باب قول الله تعالى: ﴿أَنَ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ حديث (٦٨٧٨)، ومسلم، كتاب القسامة باب ما باح به دم المسلم حديث (١٦٧٦)

فكان شبه اتفاق من الصحابة على ضمان دم المسلم في هذه الحالة، وتكون على عاقلته لأنه أشبه بقتل الخطأ؛ لأن الممتنع لم يقصد قتله ولا إيذائه، وإلا للزم القصاص كما تقدم، وتقدير هذا الأمر يرجع إلى القاضي حيث يحدد الباعث على الامتناع هل هو القتل العمد أم الإيذاء أم غير ذلك، ويرتب العقوبة المناسبة بناء على ذلك.

المبحث الثالث

الجريمة السلبية في قانون الجزاء الكويتي

تقدم أن الجريمة السلبية في قانون الجزاء هي الامتناع عن القيام بأمر أوجب القانون على الشخص أن يقوم به تحت طائلة العقاب، فقانون الجزاء يأمر بالقيام ببعض الأعمال لأنه قانون أمر، فإذا لم تنفذ أوامره أي: امتنع الفاعل عن القيام بفعل ألزمه به القانون، ووقف منه موقفاً سلبياً فإنه يعاقب.

ونذكر قانون الجزاء الكويتي صوراً عديدة للجرائم السلبية (جرائم الامتناع) منها على سبيل المثال:

- ١ - الامتناع عن أداء الشهادة أمام القضاء (المادة ١٤٠).
- ٢ - الامتناع عن التبليغ عن الجرائم وعن منع وقوعها (المادة ١٤٣).
- ٣ - عدم تنفيذ أوامر الموظف العام في حالة الكوارث العامة (المادة ١٤٤).
- ٤ - الامتناع عن تقديم الرعاية المطلوبة وتعريض المجني عليه للخطر (المادتان ١٦٦، ١٦٧).

وحيث إن نطاق البحث هو الجرائم السلبية التي قد ينتج عنها موت المجني عليه، فستقتصر الدراسة على المواد القانونية التي تناولت هذا المجال لعدم الإطالة والتزام الموضوعية في البحث.

ويمكن حصر المواد ذات العلاقة بمجال البحث في المواد (١٤٤ - ١٦٦ - ١٦٧) وتفصيلها كما يأتي:

أولاً - المادة رقم ١٤٤ وتنص على أنه:

"يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع عمداً عن تقديم المساعدة إلى شخص يهدده خطر جسيم في نفسه أو في ماله، إذا كان هذا الخطر ناشئاً عن كارثة عامة كغرق أو حريق أو فيضان أو زلزال، وكان الممتنع عن تقديم المساعدة قادراً عليها، ولا يخشى خطراً من تقديمها، وكان الامتناع مخالفاً لأمر صادر وفقاً للقانون من موظف عام تدخل بناء على واجبات وظيفته للحيلولة دون تحقق هذا الخطر".

وبالتأمل في هذه المادة يلاحظ أن قانون الجزاء قد تضمن نصاً بشأن الامتناع عن تقديم المساعدة في حالة الكوارث العامة، حيث يلزم الفرد بتقديم المساعدة لشخص يهدده خطر جسيم، ويفرض عقوبة على هذا الموقف السلبي، فالمسؤولية هنا تقوم على أساس التضامن الاجتماعي، ومرد ذلك أنه لم تعد فكرة الحرية الفردية فكرة

مطلقة تخول الفرد العزلة والسلبية، ففي مجتمع الصراع والأناانية برزت الحاجة إلى التضامن الاجتماعي كضرورة حتمية لتخفيف حدة الصراع، وتلطيف المأساة الإنسانية، عن طريق إيقاظ دوافع الإيثار، وتغليب إيجابية المشاركة^(١).

ولكن لابد لتحقيق المساءلة القانونية من التأكد من توفر عدة شروط لكي يحمل هذا الشخص مسؤولية النتيجة العادية وهي الوفاة.

ويمكن تلخيص هذه الشروط كما جاءت في نص المادة (١٤٤) فيما يأتي:

- ١ - أن يكون الخطر ناشئاً عن كارثة عامة؛ كغرق، أو حريق، أو فيضان، أو زلزال.
- ٢ - أن يكون الممتنع قادراً على تقديم المساعدة.
- ٣ - أن لا يترتب على تقديم المساعدة إلحاق ضرر في نفسه أو غيره.
- ٤ - أن يوجد أمر قانوني يلزم بتقديم المساعدة.
- ٥ - أن يتعين عليه تقديم المساعدة بناء على طلب موظف عام موافق للقانون تدخل بناء على واجبات وظيفته.

وبناء عليه ففي حالة وفاة شخص عن طريق الغرق في البحر مثلاً، لا يسأل الشخص الواقف على الشاطئ لعدم وجود التزام قانوني يوجب عليه ضرورة إنقاذه وإلا وقع تحت طائلة القانون، لأن تحميل الفرد عبء الإنقاذ وفرض عقوبة على هذا الموقف السلبي يثير العديد من المسائل القانونية الشائكة التي لا نستطيع أن نرسم لها حدوداً واضحة سالمة من كل شك، فلا بد لتحقيق المساءلة القانونية أن نثبت أن تدخل هذا الشخص بالذات كان سيؤدي إلى عدم تحقق النتيجة، وأن هذا الشخص كان يعي ويدرك ذلك تماماً، وأنه كان باستطاعته التدخل دون أي خطر عليه^(٢).

كما أن الواقعة لا تندرج تحت الكارثة العامة، ولم يتعين على الشخص التدخل لعدم وجود أمر من موظف عام تدخل بناء على واجبات وظيفته، كرجل الإطفاء مثلاً حين يطلب من شخص قادر على السباحة أن يساعده في إنقاذ الغريق فيمتنع، ولا يترتب على ذلك ضرر بالمتنع.

ثانياً - المادة رقم ١٦٦ وتنص على أن:

"كل شخص يلزمه القانون برعاية شخص آخر عاجز عن أن يحصل لنفسه على ضرورات الحياة، بسبب سنه أو مرضه أو اختلال عقله أو تقييد حريته سواء نشأ

(١) شرح القواعد العامة، د. فاضل نصر الله ص ١٢٠

(٢) الوجيز في شرح القواعد العامة، د. فايز الخفيري ص ٥٩

الالتزام عن نص القانون مباشرة أو عن عقد أو عن فعل مشروع أو غير مشروع، فامتنع عمداً عن القيام بالتزامه، وأفضى ذلك إلى وفاة المجني عليه أو إلى إصابته بأذى يعاقب، حسب قصد الجاني وجسامة الإصابات، بالعقوبات المنصوص عليها في المواد ١٤٩ و ١٥٠ و ١٥٢ و ١٦٠ و ١٦٢ و ١٦٣.

فإن كان الامتناع عن إهمال لا عن قصد، وقعت العقوبات المنصوص عليها في المادتين ١٥٤ و ١٦٤^(١).

ويقتضي هذا النص بداهة - لمعاقبة الممتنع عن تدخله - أن يكون الشخص المطلوب مساعدته عاجزاً عن أن يحصل لنفسه ضرورات الحياة بسبب سنه، أو مرضه، أو اختلال عقله، أو تقييد حريته^(٢).

ويتضح لنا أن المادة ١٦٦ لا تعاقب الممتنع على القتل العمد بالترك إلا في الحالات التي بينها النص من أنواع الالتزام القانوني، فهو لا ينطبق على عامل الإشارة الذي يمتنع عن تحويل القطار بقصد إحداث كارثة للركاب، ولا على رجل الإنقاذ الذي يمتنع عمداً عن إنقاذ شخص يشرف على الغرق، وإن صحت مؤاخذتهم عن القتل الخطأ^(٣).

ومن البداهة القول أن الجاني لا يسأل عن جريمة القتل أو الإيذاء العمدي بالترك إلا إذا توفرت العلاقة السببية بين امتناعه عن القيام بالتزامه وبين النتيجة التي حدثت للمجني عليه^(٤).

ودلت المادة ١٦٦ على أنه يمكن أن تصل عقوبة الممتنع عن القيام بالتزامه إلى أقصى العقوبات وهي عقوبة الإعدام أو الحبس المؤبد في حال وفاة المجني عليه، إذا أمكن إثبات تعمد القتل، بإثبات توافر عنصري القصد الجنائي في حق الجاني، وهما العلم والإرادة استناداً إلى المواد ١٤٩، و ١٥٠^(٥).

(١) نص المادة ١٥٤: "من قتل نفساً خطأ أو تسبب في قتلها من غير قصد، بأن كان ذلك ناشئاً عن رعونة أو تفريط أو إهمال أو عدم انتباه أو عدم مراعاة اللوائح، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

نص المادة ١٦٤: "كل من تسبب في جرح أحد أو إلحاق أذى محسوس به عن غير قصد، بأن كان ذلك ناشئاً عن رعونة أو تفريط أو إهمال أو عدم انتباه أو عدم مراعاة اللوائح، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تجاوز ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(٢) شرح القواعد العامة، د. نصر الله ص ١١٨

(٣) شرح القواعد العامة، د. مبارك النويبت ص ٥٩

(٤) شرح القواعد العامة، د. نصر الله ص ١١٨

(٥) نص المادة ١٤٩: "من قتل نفساً عمداً يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد، ويجوز أن تضاف إليه غرامة لا تجاوز ألف ومائة وخمسة وعشرين ديناراً."

وفي حالة ترتب إصابات جسيمة بالمجني عليه بسبب امتناع الشخص الملزم قانوناً برعايته وتقديم المساعدة الواجبة له، فقد دلت المادة على إمكان ترتيب عقوبات قاسية تصل إلى الحبس مدة عشر سنوات حسب جسامته الأذى المترتب على الامتناع، استناداً إلى المواد ١٦٠، و١٦٢، و١٦٣^(١).

والأمثلة التي تدخل تحت الحالات التي يتناولها نص المادة (١٦٦) بالتجريم امتناع الممرضة عن حقن المريض بالدواء في الوقت المناسب بقصد إزهاق روحه، والسجان الذي يمتنع عن تقديم الطعام إلى السجين، أو الحارس لمجنون، وعدم مساعدة الرجل في مرحلة الشيخوخة، والأم إذا امتنعت عن إرضاع طفلها مع عدم

= ومع ذلك يعاقب فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا تقدمتها أو اقترنت بها أو تلتها جناية أخرى. (تم إضافة هذه الفقرة بموجب الأمر الأميري بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ مادة ثالثة).

وأما إذا كان القصد منها التأهب لفعل جنحة أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل أو مساعدة مرتكبها أو شركائهم على الهرب أو التخلص من العقوبة، فتكون العقوبة الإعدام أو الحبس المؤبد. (تم إضافة هذه الفقرة بموجب الأمر الأميري بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ مادة ثالثة).

نص المادة ١٥٠: "يعاقب على القتل العمد بالإعدام إذا اقترن بسبق الإصرار أو بالترصد".

(١) نص المادة ١٥٢: "كل من جرح أو ضرب غيره عمداً أو أعطاه مواد مخدرة، دون أن يقصد قتله، ولكن الفعل أفضى إلى موته، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنين، ويجوز أن تضاف إليه غرامة لا تجاوز عشرة آلاف روبية".

نص المادة ١٦٠: "كل من ضرب شخصاً أو جرحه أو ألحق بجسمه أذى أو أخل بحرمته الجسم، وكان ذلك على نحو محسوس، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تجاوز ألفي روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

نص المادة ١٦٢: "كل من أحدث بغيره أذى أفضى إلى إصابته بعاهة مستديمة يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليه غرامة لا تجاوز عشرة آلاف روبية".

يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تجاوز خمسة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا أفضت أفعال الاعتداء إلى إصابة المجني عليه بالأم بدنية شديدة أو إلى جعله عاجزاً عن استعمال عضو أو أكثر من أعضاء جسمه بصورة طبيعية خلال مدة تزيد على ثلاثين يوماً دون أن تفضي إلى إصابته بعاهة مستديمة".

نص المادة ١٦٣: "كل من ارتكب فعل تعدد خفيف، لا يبلغ في جسامته مبلغ الأفعال المنصوص عليها في المواد السابقة، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز ثلاثمائة روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وجود اب بقصد قتله، والأم التي تمتنع عن ربط الحبل السري لوليدها فافتراقه الأنفاس، ورجل المطافئ الذي يمتنع عن إنقاذ شخص حاصرته النيران فيموت محترقاً، والطبيب الذي يرفض إجراء العملية اللازمة لأحد مرضاه فيموت نتيجة ذلك، أو أنه يجري لمريضه العملية اللازمة ولكنه بعد ذلك يمتنع عن إخاطة موضع العملية، قاصداً من ذلك قتله، أما إذا امتنع عن ذلك إهمالاً فإنه يعاقب على أساس الخطأ، وامتناع سائق السيارة الذي يتسبب في حادث ولا يتوقف لإعانة المجني عليه قاصداً قتله فيموت^(١).

ثالثاً - المادة رقم ١٦٧ وتنص على أن:

"كل رب أسرة يتولى رعاية صغير لم يبلغ أربع عشرة سنة كاملة، وامتنع عن القيام بالتزامه من تزويد الصغير بضروريات المعيشة، فأقضى ذلك إلى وفاة الطفل أو إلى إصابته بأذى، يعاقب بالعقوبات المذكورة في المادة السابقة، حسب ما إذا كان الامتناع عمدياً أو غير عمدي، وحسب قصد الجاني وجسامته الإصابات، حتى لو كان الصغير عاجزاً عن تزويد نفسه بضروريات المعيشة".

يولي القانون رعاية الأسرة اهتماماً خاصاً، باعتبارها خلية المجتمع الأولى، فقرر مسؤولية الممتنع عن الوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه تجاه من يكون غالباً في حاجة ماسة إليها لتدبير ضروريات حياته، وذلك بنص المادة (١٦٧) كما تقدم^(٢).

وقد دلت هذه المادة على تحميل رب الأسرة المسؤولية القانونية تجاه المحتاجين للرعاية من أفراد أسرته، سواء أكان ذلك للصغير أو المريض أو العجز، ونحو ذلك من أسباب تقتضي مساعدتهم لتحصيل ضروريات الحياة، بحيث لا يقدرّون على تحصيلها بأنفسهم ولا بغيرهم إلا عن طريق رب الأسرة بنفسه أو بتفويض غيره، وتبقى المسؤولية القانونية في نهاية الأمر على عاتق رب الأسرة، فإذا ثبت أنه امتنع من تقديم المساعدة الضرورية لأفراد أسرته العاجزين فإنه يعاقب على ذلك عقوبات قاسية قد تصل إلى حد الإعدام أو الحبس المؤبد متى ما ثبت تعدد القتل بالامتناع، وتصل إلى الحبس مدة عشر سنوات في حال الامتناع إهمالاً وكسلاً كما أشارت إلى المادة ١٦٧ المذكورة، وما أحالت عليه من مواد قانون الجزاء الأخرى.

ولا يسأل الجاني حسب المادتين ١٦٦ و ١٦٧ عن جريمة القتل أو الإيذاء العمدي إلا إذا توفرت علاقة السببية بين امتناعه عن القيام بالتزامه وبين النتيجة التي

(١) شرح القواعد العامة، د. نصر الله ص ١١٩

(٢) المرجع السابق ص ١١٩

حدثت للمجني عليه، كما أنها تدل على أنه لا يسأل الشخص عن جريمة سلبية متى لم يوجد التزام على عاتقه بإتيان فعل في شأنها، فمن شاهد جاره يحترق ولا يناوله سلباً يهبط به إلى الأرض لينجو من النار لا يعاقب عن قتله^(١).

والفرق بين المادتين (١٦٦ و ١٦٧) أن مسؤولية الأب الممتنع عن تقديم الطعام إلى ابنه الذي يكفله حتى يموت وفقاً للمادة (١٦٧) تقوم على أساس نص القانون مباشرة.

في حين أن أساس جريمة الامتناع عن مساعدة الأشخاص العاجزين المنصوص عليها في المادة (١٦٦) هو المسؤولية العقدية، أو العمل المشروع وغير المشروع، فالطبيب الذي يمتنع عن علاج المريض دون مبرر قوي، والممرضة التي تمتنع عن إعطاء الحقنة للمريض، والسجان الذي يمتنع عن إطعام المساجين، فالمسؤولية هنا تقع على عاتق هؤلاء على أساس خطأ امتناع عقدي يتمثل في الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بينهم وبين الدولة، والطبيب الذي يقوم بإجراء عملية جراحية لشخص عمل مشروع، ثم يمتنع بعد ذلك عن إخطاة موضع العملية، ويؤدي ذلك إلى موته، وسائق السيارة الذي يصدم شخصاً في الطريق ويمتنع عن نقله إلى المستشفى لعلاج، الأمر الذي يؤدي إلى وفاته عمل غير مشروع^(٢).

ويرى بعض فقهاء القانون أن المشرع الكويتي قد تبنى مبدأ عاماً ولم يرد أن يقصر نطاق جرائم الارتكاب بالامتناع على الحالات التي تضمنها نص المادتين ١٦٦، ١٦٧ من قانون الجزاء الكويتي، لأن الحالات التي أشار إليها المشرع الكويتي تتضمن الغالبية في مجال تطبيق هذا المبدأ، ومن المحتمل أن يكون واضعو القانون قد ظنوا أن مجاله مقتصر عليها، بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يسانده منطق قانوني يعطيه النطاق العام الذي أقرته له القوانين التي تأثرت بالقانون الإنجليزي^(٣).

شروط تحقق الجريمة السلبية في قانون الجزاء الكويتي:

لكي يتحقق هذا النوع من الجرائم السلبية لابد من تحقق شروط وهي:

الشرط الأول: لابد من وجود التزام قانوني أعلن عنه، وعن طريق قاعدة قانونية جزائية تقرر عقوبة لكل من يخالف هذا الالتزام كما هو وارد في نصوص المواد (١٦٦-١٦٧) من قانون الجزاء الكويتي.

(١) شرح القواعد العامة، د. مبارك النوييت ص ٥٩

(٢) شرح القواعد العامة، د. نصر الله ص ١٢٠

(٣) جرائم الامتناع، د. مراد، ص ٥٦

الشرط الثاني: لا بد من تحقق نتيجة مادية ملموسة نتيجة هذا الترك أو الامتناع وعدم التدخل.

فلو تحقق الشرط - وهو وجود الالتزام - وحدث الامتناع، ولم تتحقق نتيجة مادية نظير هذا الامتناع فلا توجد جريمة، وإن جاز معاقبة الفاعل تحت نص المادة ١٤٤ من قانون الجزاء الكويتي متى تحققت شروطها.

وكذلك هو المنطق نفسه في حالة تحقق الشرط الثاني - وهو وجود نتيجة مادية - دون وجود التزام قانوني على الفرد، كما هو الحال في حالة وفاة شخص عن طريق الغرق في البحر فلا يسأل الشخص الواقف على الشاطئ لعدم وجود التزام قانوني يوجب عليه ضرورة إنقاذه إلا وقع تحت طائلة القانون^(١).

الشرط الثالث: أن يكون الشخص المطلوب مساعدته عاجزاً عن أن يحصل لنفسه ضرورات الحياة بسبب سنه، أو مرضه، أو اختلال عقله، أو تقييد حريته^(٢).

(١) الوجيز في شرح القواعد العامة، د. فايز الظفيري ص ٥٩

(٢) شرح القواعد العامة، د. نصر الله ص ١١٨

المبحث الرابع مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الجزاء الكويتي في الجريمة السلبية

يتناول هذا المبحث الموازنة بين الفقه الإسلامي وقانون الجزاء الكويتي، لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما في مسألة الجريمة السلبية وآثارها خصوصاً إذا ترتب على وقوعها موت المجني عليه، وستكون المقارنة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول المقارنة من حيث حقيقة الجريمة السلبية

تقدم أن الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي هي عدم القيام بالفعل المطلوب شرعاً، سواء أكان بنية مقصودة أم غير مقصودة عن طريق السهو أو النسيان أو الخطأ، فالجريمة السلبية في حقيقتها العامة عبارة عن الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة.

ومن الجرائم السلبية ما يكون مجرد امتناع عن بعض المطلوبات، ومنها ما يكون القصد منه ارتكاب جريمة إيجابية إذا كان الترك قد يترتب عليه أذى بالفعل لغيره، مثل من يترك شخصاً حتى يموت جوعاً، وكذلك من يترك أعمى يتردى في بئر وهو يستطيع الأخذ بيده وهدايته ومثل هذا الامتناع الذي ينتج عنه أضرار بالأرواح أو الأموال.

في حين نجد أن الفقه الوضعي قد اختلف في حقيقة الجريمة السلبية وإمكان تحققها، لاختلافهم في هل الترك - الذي هو عدم - يصلح لأن يكون سبباً لنتيجة إيجابية، وقد انتهت الغالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة، ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدأ على إطلاقه، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفاً في الأصل بالعمل، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف، ويستوي عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق.

ومع ذلك فإن كلمة الفقهاء في القوانين الوضعية تكاد تطبق على أنه إذا كان الترك الذي ترتبت عليه جريمة أو أذى لم يكن تركاً لواجب قانوني فرضه القانون لا تكون جريمة الترك كجريمة الفعل، بل يظهر أنه لا تكون جريمة، وذلك لأنه يجب أن يكون في الترك ابتداء عصيان القانون حتى تجري المؤاخذه، إذ إن القوانين لا تحاسب على مبادئ الإحسان والمروءة، ونحو ذلك من قواعد السلوك العام.

كما أن الترك الذي اعتبره القانون موجباً للعقاب ليس سلباً من كل الوجوه، بل فيه معنى الإيجاب^(١).

وقد أخذ قانون الجزاء الكويتي بالاتجاه الذي يقرر أن الامتناع المخالف لنص قانوني أو اتفاق عقدي ويترتب عليه موت المجني عليه، فإنه يصلح أن يكون سبباً في إحداث الجريمة العمدية، ويستحق العقوبات المنصوص عليها في قانون الجزاء، وهذا ما دلت عليه المادتان (١٦٦ و ١٦٧) من قانون الجزاء الكويتي.

ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوي تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة، لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقاً لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّكْرُ ءَامِنُونَ ءَوْفُونَ بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة ما دام لا يخرج على نصوصها أو روحها، فالفقه والقانون يتفقان تماماً في هذا الأمر^(٣).

إلا أن موقف الفقه الإسلامي من جرائم الامتناع أوسع وأشمل من القوانين الوضعية ومنها قانون الجزاء الكويتي، لأن وحدة السلوك في الشريعة من أهم المبادئ والقواعد الأساسية، فلا فرق بين سلوك إيجابي أو سلبي طالما قد نتج عنه إثم أو محظورات شرعية^(٤).

فالشريعة تخالف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسئولاً عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع، ولا شك أن الشريعة منطقية في هذا التوسع، لأن الشرائع والقوانين جميعاً بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه، ولا معنى لأن ينص في الاتفاقات على واجبات مقررمة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع، فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق دولي فأولى به أن يسأل عن واجب يفرضه العرف ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات^(٥).

(١) الجريمة ص ١٢١، التشريع الجنائي الإسلامي ٩١/١

(٢) سورة المائدة: ١

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي ٩٣/١

(٤) جرائم الامتناع، د. أشرف عبد القادر ص ٦٦٢

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي ٩١/١

المطلب الثاني

المقارنة من حيث عقوبة الجريمة السلبية

تقدم أن الفقه الإسلامي يرتب على الامتناع عن مساعدة الآخرين إثماً أخوياً ومسؤولية دينية، حيث عصى الممتنع أمر الله تعالى الذي يوجب إعانة المحتاجين، وإغاثة الملهوفين متى ما كان هذا الواجب متعيناً على الفرد، ويكون في استطاعته مساعدة طالب العون، ولا يلحقه ضرر جراء ذلك.

في حين أن سائر القوانين الوضعية - ومنها قانون الجزاء الكويتي - تكتفي بالجزاء الدنيوي، ولا تتعرض للجزاء الأخروي، ولا تتناول مسائل الأخلاق والمعروف والإحسان بين الناس، لأنها قوانين مادية قاصرة على الوقائع المحسوسة والعقوبات المادية، ولا تركز على الوازع الديني القائم على الإيمان بالله تعالى واليوم الآخر.

كما يلاحظ هنا أيضاً أن الفقه الإسلامي يرتب عقوبات في هذا النوع من الجرائم على مجرد الامتناع حتى لو لم يبلغ حد الشروع المعاقب عليه في القانون، باعتبار أن الامتناع في ذاته معصية، فمثلاً من طلب الماء يجب سقيه، فلو استطاع أن يذهب إلى مكان آخر ويستسقي منه فإن الامتناع عن السقي في حد ذاته يكون جريمة لأنه معصية، ولكنها ليست جريمة قتل أو شروع، بل هي جريمة دونها.

بل إن الشريعة لا تقف عند هذا الحد، إذ تذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، حيث من المقرر طبقاً لأحكامها أن المضطر إلى الطعام أو الماء له الحق أن يقاتل الممتنع، ويحصل منه على ما يقيم أوده، وأن قتل المضطر الممتنع فلا دية عليه، لأنه في موقع المدافع، وهذا لا تعرفه القوانين الوضعية^(١).

وأما بخصوص عقوبة الممتنع عن مساعدة المحتاج حتى ترتب على ذلك موت المجني عليه، فقد اتفق الفقهاء في الشريعة على أن الترك الذي يسبب محظورات شرعية يستحق عقوبة، والخلاف بينهم منحصر في شأن العقوبة لا في شأن التجريم، هل تنسب إلى جرائم القصاص، أم إلى جرائم التعزير؟^(٢)

ومن خلال تتبع مذاهب الفقهاء ظهر أنها تنقسم من حيث الجملة إلى ثلاثة اتجاهات، وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وشروحه، نجد اتجاه معظم شراح القانون يتلاقى مع مذهب أبي حنيفة في الجملة، فأبو حنيفة لم يعتبر أن

(١) جرائم الامتناع، د. مراد ص ٣٣

(٢) جرائم الامتناع، د. أشرف عبد القادر ص ٦٦٢

الجريمة بالترك تكون عقوبتها كعقوبة الجريمة بالفعل، وإن كان يفرض لها عقوبة، ولا يخلوها من معنى الإجرام.

والفقه الألماني يتقارب من مذهب مالك والظاهرية، وإن كان دونهما، لأنه اعتبر الترك جريمة إذا كان تركاً لواجب قانوني، بينما هذان المذهبان وغيرهما لا يفرقان في مثل هذه المسألة بين واجب قانوني وواجب ديني، لأن الواجب الديني إذا ترتب على تركه تعريض حياة للتلف يتحول إلى واجب قضائي، وإن ذلك مقرر حتى في مذهب أبي حنيفة، فأرضاع الأم ولدها واجب ديني عليها، ولكن إذا كان الولد لا يلزم إلا ثديها، أو لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به ظئراً لترضعه، ويخشى على الولد الهلاك، فإن ذلك الواجب ينتقل من مرتبة الواجب الديني المجرد إلى الواجب القضائي الذي يحكم به القضاء^(١).

وأما من حيث موقف قانون الجزاء الكويتي من عقوبة الممتنع من مساعدة طالب العون، فنجد أن قانون الجزاء الكويتي اتخذ مواقف مختلفة بحسب جسامة النتيجة المترتبة على الامتناع، وكذلك بحسب قصد الممتنع وباعثه على الامتناع.

فالمادة (١٤٤) من قانون الجزاء اكتفت بعقوبة الحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وبغرامة مالية لكل من امتنع عن تقديم مساعدة إلى شخص يهدده خطر جسيم في نفسه أو ماله، فهي تتفق نوعاً ما مع مذهب أبي حنيفة ومن وافقه الذي ذهب إلى الاكتفاء بالعقوبة التعزيرية دون القصاص ولا إيجاب الدية في حق الممتنع عن تقديم العون للمحتاج كما تقدم.

أما المادتان (١٦٦ و ١٦٧) من قانون الجزاء فتذهبان إلى إنزال عقوبات قاسية تصل إلى الإعدام في حق الممتنع عن تقديم المساعدة الواجبة التي يفرضها القانون أو الاتفاق العقدي لشخص محتاج لهذه المساعدة لعجزه عن القيام بمصالح نفسه لصغر أو مرض أو حبس أو غير ذلك من الأسباب، ونتج عن ذلك الامتناع موت المجني عليه، وثبت أن الممتنع قصد بامتناعه قتل المجني عليه، وهذا ما قرره مذهب المالكية والظاهرية من إلزام الممتنع بالقصاص إذا ثبت أنه قصد بامتناعه قتل من كان بحاجة إلى العون.

وبهذا يتضح أن قانون الجزاء الكويتي موافق لاتجاهات القوانين الوضعية كما تقدم، ويأخذ بأحسنها وأقربها إلى العدل والواقعية، كما أنه موافق لبعض المذاهب

(١) الجريمة ص ١٢٤، جرائم الامتناع ص ٦٢٢

الفقهية من حيث عقوبة الممتنع عن تقديم المساعدة للمحتاجين بالشروط المتقدمة، وإن لم يوافق الراجح من المذاهب الفقهية كما تقدم من حيث إلزام الممتنع الدية إذا ترتب على الامتناع موت المجني عليه.

الخاتمة:

وفي الختام أحمد الله تعالى إذ يسر وأعان على إتمام هذا البحث الموجز، وستتناول هذه الخاتمة أبرز وأهم النتائج التي توصل إليها البحث:

أولاً: سبق الفقه الإسلامي غيره من القوانين الوضعية في بحث الجريمة السلبية، حيث إن فقهاء المسلمين قد سبقوا إلى دراسة هذا الموضوع دراسة وافية من كل نواحيه، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر.

ثانياً: مفهوم الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي أوسع وأشمل من مفهومها في قانون الجزاء الكويتي، فالجريمة السلبية في الفقه الإسلامي هي عدم القيام بالفعل المطلوب شرعاً، فتشمل ما ترتب عليه نتيجة إجرامية كامتناع الأم عن إرضاع ولدها بقصد قتله، وما لم يترتب كلامتناع عن إخراج الزكاة.

ثالثاً: امتاز الفقه الإسلامي عن قانون الجزاء الكويتي بإثبات مسؤولية دينية وجزاء أخروي على الجريمة السلبية، حيث اتفق الفقهاء على وجوب مساعدة المحتاج، وأن من امتنع من ذلك يأثم بشروط ينبغي توافرها.

رابعاً: لم يختلف الفقهاء في ضرورة معاقبة من امتنع عن مساعدة المحتاج للعون ونتج عن ذلك هلاكه، واختلافهم إنما وقع في كيفية العقوبة هل تكون بالقصاص أم بالدية أم بالتعزير.

خامساً: إذا ثبت لدى القاضي بالحجج القضائية المقبولة أن الممتنع عن تقديم المساعدة للمحتاج قصد بامتناعه قتله عمداً وعدوان فإنه يستحق القصاص، أما إذا لم يثبت تعمده القتل فيثبت في حقه الدية، لقضاء الصحابة الكرام بذلك، وسداً لذريعة التهاون في الدماء المحرمة.

سادساً: قانون الجزاء الكويتي تضمن نصاً بشأن الامتناع عن تقديم المساعدة في حالة الكوارث العامة، حيث يلزم الفرد بتقديم المساعدة لشخص يهدده خطر جسيم، ويفرض عقوبة على هذا الموقف السلبي.

سابعاً: قانون الجزاء الكويتي لا يعاقب الممتنع عن تقديم المساعدة في غير الكوارث العامة إلا في الحالات التي بينها النص من أنواع الالتزام القانوني كما جاء في المادتين (١٦٦ و ١٦٧) من قانون الجزاء.

ثامناً: لثبوت العقوبة المنصوص عليها في قانون الجزاء الكويتي لابد من تحقق نتيجة مادية ملموسة نتيجة هذا الترك أو الامتناع وعدم التدخل.

تاسعاً: يتفق قانون الجزاء الكويتي في بعض جوانبه مع بعض المذاهب الفقهية الإسلامية.

المصادر والمراجع

أولاً - المصادر الشرعية:

- القرآن الكريم.
- تفسير القرآن الكريم.
- تفسير التحرير والتنوير- الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور - الدار التونسية للنشر.
- تفسير القرآن العظيم - إسماعيل بن كثير - دار المعرفة - بيروت - ١٩٨٢.
- 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.

الحديث الشريف وشروحه:

- جامع العلوم والحكم - عبد الرحمن بن رجب الحنبلي - دار المعرفة - بيروت.
- سنن ابن ماجه - محمد بن يزيد القزويني - دار الفكر.
- صحيح البخاري - محمد بن إسماعيل البخاري - المكتبة العصرية بيروت - ط ١ - ٢٠٠٢.
- صحيح مسلم - مسلم بن الحجاج النيسابوري - مكتبة الرشد الرياض.
- 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.

المذهب الحنفي:

- الاختيار لتعليل المختار - عبد الله بن محمود الموصلي - دار الكتب العلمية.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - أبو بكر بن مسعود الكاساني - دار الكتب العلمية.
- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) - محمد أمين ابن عابدين - دار إحياء التراث العربي.
- الفتاوى الهندية - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ط ٤
- المبسوط - محمد بن أبي سهل السرخسي - دار المعرفة.

المذهب المالكي:

- التاج والإكليل - محمد بن يوسف المواق - دار الفكر - ط ٣ - ١٩٩٢.
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، صالح عبد السميع الأزهرى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٩٤٧.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - محمد بن عرفة الدسوقي - دار إحياء الكتب العربية.
- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل - محمد بن محمد الحطاب - دار الفكر.
- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك - سليمان بن خلف الباجي - دار الكتاب العربي - بيروت - ط ٣ - ١٩٨٣.

المذهب الشافعي:

- الأحكام السلطانية - علي بن حبيب الماوردي - دار الفكر.
- الأم - محمد بن إدريس الشافعي - دار الفكر.
- 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.

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - محمد بن أبي العباس الرملي - دار إحياء التراث العربي.

المذهب الحنبلي:

- الأحكام السلطانية - محمد بن الحسين الفراء - دار الفكر - ط ٣ - ١٩٧٤.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - علي بن سليمان المرداوي - عالم الكتب - ط ٤ - ١٩٨٥.
- شرح منتهى الإرادات - منصور بن يونس البهوتي - عالم الكتب - ط ١ - ١٩٩٣.
- الفروع - لابن مفلح - عالم الكتب - بيروت - الطبعة الرابعة.
- كشف القناع عن متن الإقناع - منصور بن يونس البهوتي - دار الفكر.
- المغني - عبد الله بن أحمد بن قدامة - دار الكتب العلمية.

المذهب الظاهري:

- المحلى بالآثار - علي بن حزم - دار الفكر.

ثانياً - المراجع القانونية والمقارنة بالفقه الإسلامي:

- ترك إنقاذ المصاب في حوادث السير في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، د. عماد الزيادات - كلية الشريعة - الجامعة الأردنية.
- <http://islambudaa.com>
- التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٤، ١٩٨٥.
- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
- الجرائم السلبية في قانون العقوبات، محمد عبد الحميد الألفي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٣.
- جرائم الامتناع في قانون العقوبات، عبد الفتاح مراد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ١، ١٩٩٠.

- جرائم الامتناع بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. أشرف عبد القادر قنديل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط ١، ٢٠١٠.
- شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، د. عبد الوهاب حومد، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت ط ١، ١٩٧٢.
- شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، د. فاضل نصر الله، مؤسسة دار الكتب ط ١، الكويت ١٩٩٦.
- شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، د. مبارك عبد العزيز النويبتن ط ١، ١٩٩٧.
- قانون الجزاء الكويتي، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء السادس، إدارة الفتوى والتشريع، الكويت، ط ٢، ١٩٨٧.
- المسؤولية جزاء الامتناع عن تقديم الواجب العام عند الحاجة في الفقه والقانون، جمال زيد الكيلاني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث - العلوم الإنسانية - المجلد ١٩، الإصدار ١، ٢٠٠٥. <http://scholar.najah.edu>
- الموسوعة الجنائية الإسلامية، سعود بن عبد العالي الثبتي، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١، ١٤٢٤هـ.
- نظرية الجريمة السلبية في الفقه الإسلامي، داود نعيم داود رداد، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، ٢٠٠٧، <http://www.al-eman.com>
- الوجيز في شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، د. فايز الظفيري، ط ١، ٢٠٠٠م.

المعاجم اللغوية ومراجع المصطلحات:

- التوقيف على مهمات التعاريف - محمد عبد الرؤوف المناوي - دار الفكر المعاصر.
- لسان العرب - محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي - دار صادر.
- معجم مقاييس اللغة - أحمد بن فارس بن زكريا - دار إحياء التراث العربي.
- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - القاهرة.

انتقال ولاية النكاح إلى القاضي في الشريعة والقانون

الدكتور/ أحمد خالد العبيد
اختصاصي رقابة شرعية - هيئة أسواق المال
دولة الكويت

ملخص:

هذا البحث يتعلق بمسألة فقهية مهمة وهي مسألة الولاية في التزويج، ومعلوم أن الولاية في الأصل هي للأقارب بحسب ترتيبهم المعروف، ولكن قد تعرض بعض الأسباب فتنقل الولاية من القريب كالأب إلى القاضي، ومن أهم هذه الأسباب عدم وجود الولي من الأقارب، أو غيبته، ومنها العضل وهو الامتناع عن تزويج المرأة من الكفاءة المناسب لها، ويتناول هذا البحث هذه الأسباب بالدراسة التفصيلية مع مقارنة الآراء الفقهية بقوانين الأحوال.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، والصلاة والسلام على سيدنا ونبيينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

فهذا بحث في انتقال ولاية النكاح إلى القاضي - وهو النائب عن الإمام - أو متولي عقود الأنكحة، أذكر فيه الصور التي تنتقل الولاية فيها من الولي الأقرب إلى القاضي، وهي صور عديدة من أهمها صورتا العضل والغيبة، ولم أر من أقر هذا الموضوع بالبحث من المعاصرين، وإن كان الدكتور الفاضل نزيه حماد قد كتب في نظرية الولاية، لكنه لم يتوسع في هذا الجانب ولم يتكلم على أغلب هذه الصور.

وأسأل الله تعالى التوفيق لما يحبه ويرضاه،،،

التمهيد

معنى الولاية لغة واصطلاحاً:

أولاً - الولاية لغة:

الولي: ضد العدو، وفي المغرب: ولي اليتيم والقتيل مالك أمرهما، ومنه والي البلد. والمصدر: الولاية بالكسر، مأخوذ من الوَلَّى وهو القرب والدنو، يقال: وليه ولياً، أي دنا منه، وأوليته إياه، أي أدنيته منه، وتباعداً بعد ولي، وتولى فلاناً، أي اتخذه ولياً.

والولي فعيل، بمعنى فاعل من وليه إذا قام به، ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا﴾^(١).

وبمعنى مفعول في حق المطيع، ومنه: ولي الله^(٢).

ثانياً – الولاية اصطلاحاً:

تعددت تعريفات الفقهاء للولاية اصطلاحاً، فقد عرفها الحنفية عند تعريفهم للولي بقولهم: هي: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى^(٣).

وهذا التعريف قد ذكره غيرهم أيضاً، فذكره محمد بن عبد السلام الأموي المالكي حين عرف الولاية في كتابه «تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب»^(٤).

وذكره المناوي الشافعي في كتابه التوفيق على مهمات التعاريف^(٥).

وقد نقل المناوي تعريفاً آخر للولاية، نقله عن الحرالي وهو: «القيام بالأمر عن وصلة واصله»^(٦).

والمقصود هنا الولي في النكاح الذي يحصل منه إما بنفسه أو بوكيله العقد للنكاح^(٧).

(١) سورة البقرة، الآية (٢٥٧).

(٢) أنيس الفقهاء، للتهانوي (ص ١٤٤)، ط. مكتبة الرشد - الرياض. تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، (ص ٨٤٦)، ط. دار الضياء - الكويت. التوفيق على مهمات التعاريف للمناوي (ص ٧٣٤)، ط. دار الفكر، التعريفات للرجزاني (ص ٢٥٤).

(٣) أنيس الفقهاء (ص ١٤٤).

(٤) تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب (ص ٨٤٦).

(٥) التوفيق على مهمات التعاريف (ص ٧٣٤).

(٦) التوفيق على مهمات التعاريف (ص ٧٣٤).

(٧) الصاوي على الشرح الصغير (٢/ ٣٣٥)، الإمتاع على متن أبي شجاع (٢/ ١٠٣١)، ابن عابدين (٤/ ١٤٩).

المبحث الأول

اشتراط الولي في صحة عقد النكاح

نعرض في هذا المبحث لأختلاف الفقهاء في كون الولي ركنًا من أركان النكاح أو شرطًا في صحته أو شرطًا في جوازه ونفذه.

وقد اشتهر الخلاف في جواز تولي المرأة عقد النكاح.

وفيما يلي إيضاح ذلك، فنقول:

المعتمد عند المالكية والشافعية: أن الولي ركن من أركان عقد النكاح، فلا يصح النكاح بدون الولي بشرطه المعتمدة، فالولي عندهم من أركان عقد النكاح التي لا يتحقق وجوده إلا بها، والمُرَاد بالولي من له ولاية ولو تولّى العقد غيره بإذنه، وعده الحنابلة شرطًا في صحة النكاح.

ولا يصح عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة تولي عقد النكاح من أنثى، فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بغير إذنه، ولا غيرها لا بولاية ولا بوكالة، ولا تقبل النكاح لا بولاية ولا بوكالة^(١).

فلو زوجت امرأة نفسها، أو زوجت غيرها كبنتها وأختها، أو وكلت غير وليها في تزويجها ولو بإذن وليها، لم يصح النكاح في الصور الثلاث.

واستدل الجمهور على ذلك بعدة أدلة:

الأول: حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا نكاح إلا بولي"^(٢).

وجه الاستدلال: أن النفي هنا للحقيقة الشرعية بدليل ما ورد عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله: "أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل،

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣٣٥/٢. الإقناع للشربيني ١٠٣٢/٢، كشاف القناع ٥/٤٨، الإنصاف ٦٦/٨

(٢) خرجه أبو داود ٦٣٥/١، كتاب النكاح: باب في الولي، حديث ٢٠٨٥، والترمذي ٤٠٧/٣، كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث ١١٠١، والدارمي ١٣٧/٢، كتاب النكاح: باب النهي عن النكاح بغير ولي، وأحمد ٣٩٤/٤، وابن ماجه ٦٠٥/١، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ٨١.

فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ" (١).

ولا يُقالُ يُمكنُ حُملُ النِّفْيِ فِي قَوْلِهِ: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ " عَلَى نَفْيِ الْكَمَالِ - كما سيأتي عند الحنفية -، لِأَنَّ كَلَامَ الشَّارِعِ مَحْمُولٌ عَلَى الْحَقَائِقِ الشَّرْعِيَّةِ، أَيْ لَا نِكَاحَ مُوجُودٌ فِي الشَّرْعِ إِلَّا بِوَلِيِّ.

الدليل الثاني من المعقول: إِنَّ النِّكَاحَ لَا يَصِحُّ بِدُونِ وَلِيِّ لِعَدَمِ وُجُودِ شَرْطِهِ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ غَيْرَ مَأْمُونَةٍ عَلَى الْبُضْعِ لِنَقْصِ عَقْلِهَا وَسُرْعَةِ انْخِذَاعِهَا، فَلَمْ يَجَزُ تَفْوِضُهَا إِلَيْهَا كَالْمَبْدَرِ فِي الْمَالِ، وَلَمْ يَصَحَّ أَنْ تُوَكَّلَ فِيهِ وَلَا أَنْ تَتَوَكَّلَ فِيهِ، وَرَوَى هَذَا عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبِي هُرَيْرَةَ وَعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ (٢).

وقال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةً نَفْسَهَا أَيْ لَا تَمْلُكُ مُبَاشَرَةً ذَلِكَ بِحَالٍ لَا يَأْذِنُ وَلَا بغيرِهِ سَوَاءً الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ؛ إِنْ لَا يَلِيقُ بِمَحَاسِنِ الْعَادَاتِ دُخُولُهَا فِيهِ لِمَا قُصِدَ مِنْهَا مِنَ الْخِيَاءِ وَعَدَمِ ذِكْرِهِ أَصْلًا، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ (٣). قال الشافعي رضي الله عنه: وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (٤) أَصْرَحُ دَلِيلٍ عَلَى اغْتِبَارِ الْوَلِيِّ وَإِلَّا لَمَا كَانَ لِعَضْلِهِ مَعْنَى، وَلِخَبَرِ: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ "، وَرَوَى ابْنُ مَاجَةَ خَبَرٌ: " لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا " وَأَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ بِإِسْنَادٍ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ (٥).

إِلَّا أَنْ الْوَطْءَ فِي نِكَاحٍ بِشُهُودٍ بِلَا وَلِيِّ كَتَرُويجها نَفْسَهَا، يُوجِبُ مَهْرَ الْمَثَلِ لِفَسَادِ النِّكَاحِ وَلِلْخَبَرِ الْمَتَقَدِّمِ: " أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ ابْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ثَلَاثًا، فَإِنْ دَخَلَ

(١) أخرجه الشافعي في مسنده ١١/٢، رقم ١٩، وأحمد ٤٧/٦، ١٦٥، ١٦٦، وأبو داود ٢/٢٢٩، كتاب النكاح: باب في الولي، حديث ٢٠٨٣، والترمذي ٣/٣٩٨، كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث ١١٠٢، وابن ماجه ١/٦٠٥، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ١٨٧٩، وابن حبان في صحيحه ٩/٣٨٤-الإحسان رقم ٤٠٧٤، والحاكم في المستدرک ٢/١٦٨، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/١٠٥، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، والبغوي في شرح السنة ٥/٣٣، من حديث عائشة، قال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وصححه ابن حبان.

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني ١٤٧/٣.

(٣) سورة النساء، الآية (٣٤).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

(٥) أخرجه ابن ماجه ١/٦٠٥-٦٠٦، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث ١٨٨٢. والدارقطني في سننه (٢٨) وانظر: مغني المحتاج للشربيني ٣/١٤٧، الإقناع ٢/١٠٣٢، كفاية الأخيار ٤١٠.

بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا.."، وَلَا يُوجِبُ الْوُطْءُ فِي النِّكَاحِ الْمَذْكُورِ الْحَدَّ سِوَاءَ أَصَدَرَ مِمَّنْ يَغْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ أَمْ لَا لِشُبُهَةِ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، كَمَا سَيَأْتِي عِنْدَ ذِكْرِ رَأْيِ الْحَنَفِيَّةِ فِي الْمَسْأَلَةِ، لَكِنْ يُعَزَّزُ مُغْتَقِدُ تَحْرِيمِهِ لِارْتِكَابِهِ مُحَرَّمًا^(١).
وقد نص الحنابلة على أن الحاكم لو حَكَمَ بِصِحَّةِ هذا النكاح فإن هذا الحكم لم يُنْقَضْ، وذلك مراعاة لمن قال به وهو الحنفية^(٢).

وأما مذهب الحنفية فقد ذكروا فيه رَوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ:
الأولى: تَجُوزُ مُبَاشَرَةُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ عَقْدَ نِكَاحِهَا وَنِكَاحَ غَيْرِهَا مُطْلَقًا - أَيِ مَنْ كُفَّ أَوْ مِنْ غَيْرِ كُفٍّ - إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الْمُسْتَحَبِّ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ عِنْدَهُمْ.
ودليل الإمام أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ هُوَ الْكِتَابُ الْعَزِيزُ وَالسَّنَّةُ وَالِاسْتِدْلَالُ:

أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾^(٣)، وَجِهَ الْاسْتِدْلَالُ: أَنَّ آيَةَ الشَّرِيفَةِ نَصٌّ عَلَى انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِعِبَارَتِهَا فَكَانَتْ حُجَّةً.

وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرْجَعَا﴾^(٤).

وَجِهَ الْاسْتِدْلَالُ: أَنَّهُ تَعَالَى أَضَافَ النِّكَاحَ فِي قَوْلِهِ ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ إِلَيْهَا فَيَقْتَضِي تَصَوُّرَ النِّكَاحِ مِنْهَا، وَأَضَافَهُ إِلَى الزَّوْجَيْنِ فِي قَوْلِهِ ﴿أَنْ يَرْجَعَا﴾، أَيِ يَنْتَاكِحَا مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْوَلِيِّ.

وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَنْ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْصُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾^(٥).

وَالِاسْتِدْلَالُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ أَضَافَ النِّكَاحَ إِلَيْهِنَّ فَيَدُلُّ عَلَى جَوَازِ النِّكَاحِ بِعِبَارَتِهِنَّ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْوَلِيِّ.

(١) انظر: مغني المحتاج للشرييني ١٤٧/٣ بتصرف.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٦٦/٨، كشف القناع ٤٨/٥.

(٣) سورة الأحزاب، الآية (٥٠).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٣٠).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

وَالثَّانِي: أَنَّهُ نَهَى الْأَوْلِيَاءَ عَنِ الْمُنْعِ عَنْ نِكَاحِهِنَّ أَنْفُسَهُنَّ مِنْ أَرْوَاجِهِنَّ إِذَا تَرَاضَى الرُّوْجَانِ، وَالنَّهْيُ يَفْتَضِي تَصَوُّرَ الْمُنْهَيِّ عَنْهُ.
وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَا وَرَدَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا - عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ" (١).

وجه الاستدلال: وأن هذا قَطْعٌ لولاية الولي عنها.
وَوَرَدَ عَنْهُ أَيْضاً عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا" (٢)،
وَالْأَيِّمُ اسْمٌ لَامْرَأَةٍ لَا زَوْجَ لَهَا.

وَأَمَّا الاستدلال بالقياس فَهُوَ أَنَّهَا لَمَّا بَلَغَتْ عَنْ عَقْلِ وَحُرِّيَّةٍ صَارَتْ وَلِيَّةً نَفْسِهَا فِي النِّكَاحِ فَلَا تَبْقَى مُوَلِّياً عَلَيْهَا كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ إِذَا بَلَغَ، وَالْجَامِعُ أَنَّ وِلَايَةَ الْإِنِّكَاحِ إِنَّمَا تَبَيَّنَتْ لِلْأَبِ عَلَى الصَّغِيرَةِ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنْهَا شَرْعاً، لِكُونِ النِّكَاحِ تَصَرُّفاً نَافِعاً مُتَضَمِّناً مَصْلَحَةَ الدِّينِ وَالْدُّنْيَا، وَحَاجَتَهَا إِلَيْهِ خَالاً وَمَالاً، وَكَوْنِهَا عَاجِزَةً عَنْ إِحْرَازِ ذَلِكَ بِنَفْسِهَا وَكَوْنِ الْأَبِ قَادِراً عَلَيْهِ، وَبِالْبُلُوغِ عَنْ عَقْلِ زَالِ الْعُجْزِ حَقِيقَةً وَقَدَرَتْ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهَا حَقِيقَةً، فَتَزُولُ وِلَايَةُ الْغَيْرِ عَنْهَا وَتَبَيَّنَتْ الْوِلَايَةُ لَهَا، لِأَنَّ النِّيَابَةَ الشَّرْعِيَّةَ إِنَّمَا تَنْبُتُ بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ نَظَرًا فَتَزُولُ بِزَوَالِ الضَّرُورَةِ، وَإِذَا صَارَتْ وَلِيَّةً نَفْسِهَا فِي النِّكَاحِ لَا تَبْقَى مُوَلِّياً عَلَيْهَا بِالضَّرُورَةِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِسْتِحَالَةِ.
وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ: عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْهُ أَنَّهُ إِنْ عَقَدَتْ مَعَ كُفٍّ جَارَ وَمَعَ غَيْرِهِ لَا يَصِحُّ (٣).

وقد ناقش الحنفية أدلة الجمهور المارة:

أَمَّا حَدِيثُ "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ" وَحَسَنُهُ التِّرْمِذِيُّ وَحَدِيثُ "لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ" رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ، فَمُعَارِضٌ بِقَوْلِهِ "الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا" الَّذِي رَوَاهُ مُسْلِمٌ، وَالْأَيِّمُ مَنْ لَا زَوْجَ لَهَا بِكَرٍّ أَوْ لَا فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ إِلَّا مُبَاشَرَةُ الْعَقْدِ إِذَا رَضِيَتْ وَقَدْ جَعَلَهَا أَحَقَّ مِنْهُ بِهِ.
قال ابن عابدين: وَيَتَرَجَّحُ هَذَا بِقُوَّةِ السَّنَدِ وَالِاتِّفَاقِ عَلَى صِحَّتِهِ، بِخِلَافِ الْحَدِيثَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ فَإِنَّهُمَا ضَعِيفَانِ أَوْ حَسَنَانِ.

(١) أخرجه أبو داود ٥٧٨/٢ - ٥٧٩، كتاب النكاح: باب في الثيب، حديث ٢١٠٠، والنسائي ٦/

٨٥، كتاب النكاح: باب استئذان البكر في نفسها، حديث ٣٢٦٣، وابن حبان ٣٩٩م، الإحسان، رقم ٤٠٨٩، والدارقطني ٢٣٩/٣، رقم ٦٦، والبيهقي ١١٨/٧.

(٢) رواه مسلم ١٠٢٧/٢، كتاب النكاح: باب استئذان الثيب في النكاح، حديث ١٤٢١/٦٧.

(٣) انظر ما سبق في فتح القدير للكمال ابن الهمام ١٥٧/٣، حاشية الدر المختار ٢/٣٩٥.

أَوْ يَجْمَعُ بِالتَّخْصِصِ، أَوْ بَأَنَّ النَّفْيَ لِلْكَمَالِ، أَوْ بَأَنَّ يُرَادَ بِالْوَلِيِّ مَنْ يَتَوَقَّفُ عَلَى
إِذْنِهِ، أَيْ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِمَنْ لَهُ وَلَايَةٌ لِيَنْفِي نِكَاحَ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمَةِ وَالْمَعْتُوهِ وَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ،
وَالْمُرَادُ بِالْبَاطِلِ حَقِيقَتُهُ عَلَى قَوْلٍ مَنْ لَمْ يُصَحَّحْ مَا بَاشَرَتْهُ مِنْ غَيْرِ كُفٍّ، أَوْ حُكْمُهُ
عَلَى قَوْلٍ مَنْ يُصَحِّحُهُ أَيْ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُبْطِلَهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ سَائِعٌ فِي إِطْلَاقَاتِ النُّصُوصِ
وَيَجِبُ اذْتِكَابُهُ لِدَفْعِ الْمُعَارَضَةِ^(١).

(١) الدر المختار ٢/٣٩٥.

المبحث الثاني

شروط صحة الولاية

وَشَرَطُ صِحَّةِ الْوَلِيِّ الَّذِي يَتَوَلَّى الْعَقْدَ لِلزَّوْجَةِ سِتَّةٌ: الذُّكُورَةُ: فَلَا يَصِحُّ مِنْ أُنْثَى.

والثاني: الْحُرِّيَّةُ: فَلَا يَصِحُّ مِنْ عَبْدٍ وَلَوْ بِشَائِبَةٍ.

والثالث: الْبُلُوغُ: فَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مِنْ صَبِيٍّ.

والرابع: الْعَقْلُ: فَلَا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ وَمَعْتُوهٍ وَسَكَرَانَ.

والخامس: الْإِسْلَامُ فِي الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَتَوَلَّى عَقْدَ نِكَاحِهَا كَافِرٌ وَلَوْ كَانَ أَبَاهَا، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١)، وَأَمَّا الْكَافِرَةُ الْكُتَابِيَّةُ فَيَتَزَوَّجُهَا مُسْلِمٌ فَيَجُوزُ لِأَبِيهَا الْكَافِرِ أَنْ يَفْقِدَ لَهَا عَلَيْهِ، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٢).

والسادس: الْخُلُوفُ مِنَ الْإِحْرَامِ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، فَالْمُحْرِمُ بِأَحَدِهِمَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ تَوَلَّى عَقْدَ النِّكَاحِ.

السابع: العدالة: فلا ينعقد بولي فاسق لقوله: " لا نكاح إلا بولي مرشد"، وخالف في ذلك الحنفية والمالكية، فلا تُشترط العدالة في الولي عندهم، إذ فسقُه لا يُخرِجُه عَنْ الْوِلَايَةِ، فَيَتَوَلَّى غَيْرُ الْعَدْلِ عَقْدَ نِكَاحِ ابْنَتِهِ أَوْ ابْنَةِ أَخِيهِ أَوْ مَعْتُوقَتِهِ إِذَا لَمْ يُوْجَدْ لَهَا غَاصِبٌ نَسَبٍ، واختاره الغزالي من الشافعية إذا كانت الولاية ستنتقل إلى الحاكم الفاسق كما سيأتي^(٣).

إلا أن هذا الموضوع قد بحث فيه الحنفية في بعض صوره وهي إذا كان الفاسق متهتكاً موعلاً في الفسق، ولذا قال ابن عابدين: وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْفُسْقَ وَإِنْ كَانَ لَا يُسْلَبُ الْأَهْلِيَّةَ عِنْدَنَا، لَكِنْ إِذَا كَانَ الْأَبُ مُتَهَتِّكًا لَا يَنْفَعُ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِشَرَطِ الْمَصْلَحَةِ^(٤).

(١) سورة النساء، الآية (١٤١).

(٢) سورة الأنفال، الآية (٧٣).

(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٧، الدر المختار ٢/ ٣٩٥، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٣٣٥، الإقناع للشربيني ٢/ ١٠٣٢، كفاية الأخيار ٤١٠.

(٤) الدر المختار ٢/ ٣٩٥.

المبحث الثالث أقسام الولاية

أولاً - الولاية القاصرة:

تتمثل في ولاية الرجل العاقل البالغ الرشيد في تزويج نفسه من أمة امرأة، ولو بأكثر من مهر مثلها، أو كانت هي غير كفاء له، ولا يحق لأحد من الناس أن يعترض عليه^(١).

أما المرأة العاقلة البالغة ففي ثبوت هذا الحق لها خلاف بين الفقهاء تقدم قريباً.

ثانياً - الولاية المتعدية:

وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً أو اختياراً، فهي إذاً قسمان: ولاية إجبار، وولاية اختيار. وولاية الإجماع كاملة لعدم اعتبار رضا المولى عليه، وولاية الاختيار ناقصة؛ لأنه لا يكفي فيها رضا الولي؛ بل لابد فيها من رضا المولى عليه معه^(٢).

أ) ولاية الإجبار:

وهي قدرة الولي على عقد زواج موليته وتنفيذه عليها جبراً عنها. واختلف الفقهاء في محل هذه الولاية على النحو التالي:

١ - ذهب الحنفية إلى جواز إنكاح الولي موليته الصغيرة والمجنونة جبراً دون البالغة، فلا يجوز للولي أن يزوج موليته البالغة العاقلة، وإن كانت بكراً، بل لابد من استئذائها؛ لأن الولاية على الصغيرة إنما تثبت لقصور العقل، وبعد البلوغ يكمل العقل بدليل توجه الخطاب إليها^(٣).

ولا خيار للمرأة بعد بلوغها إذا زوجها الأب أو الجد وهي صغيرة، أما إذا زوجها غير الأب والجد، فلها الخيار إذا بلغت، إن شاءت أقامت على النكاح وإن شاءت فسخت النكاح، وكما تثبت هذه الولاية على الصغيرة، فإنها تثبت على الصغير أيضاً^(٤).

٢ - ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة وعلى البكر وإن كانت بالغة، وأما الثيب الصغيرة ففيها خلاف بينهم،

(١) الزواج وموجباته، د. محمد فوزي فيض الله (ص ٨٨).

(٢) السابق (ص ٩٢).

(٣) الدر المختار (١٤٩/٤)، الاختيار لتعليل المختار (٧٢/٣)، خلاصة الدلائل (٦١٨/١)،

التجريد للقُدوري (٤٣٠١/٩)، نظرية الولاية، د. نزيه حماد (ص ٨١).

(٤) انظر: خلاصة الدلائل (٦٢٢/١).

وقد علل المالكية الإجبار بعلتين (الصغر والبكارة)، فيجبر الأب الصغيرة وإن كانت ثيباً، والبكر وإن كانت بالغة، ولا خلاف بين هذا الفريق في عدم إجبار الثيب البالغة. وتثبت هذه الولاية للأب فقط عند المالكية والحنبلة، وتثبت للأب والجد عند الشافعية^(١).

ب) ولاية الاختيار:

تقدم الخلاف في ولاية المرأة تزويج نفسها فإذا ثبت هذا، وعلمنا ما تقدم من محل ولاية الإجبار فما دونه هو محل ولاية الاختيار، فإما أن يكون محلها البكر البالغة العاقلة، كما هو مذهب الحنفية، وإما أن تكون المرأة ثيباً بالغة فحينئذ لا يجوز لأحد أن يجبرها على الزواج اتفاقاً.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما يقارب رأي الجمهور في المادة (٣١)، حيث يقول: «الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها ولكن لا تبشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها فإن امتنع أو لم يوجد فلقاضي التوثيق».

أما قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٧) فقد نص على ما يوافق مذهب الحنفية، حيث تنص المادة على أنه: «إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد، وإلا فللولي فسخ النكاح».

ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني على قريب من ذلك، ولكنه خصه بالثيب فقط، فجاء في المادة (١٣) منه ما يلي: «لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً».

الولاية الخاصة والولاية العامة:

قسم بعض الفقهاء الولاية إلى قسمين: ولاية خاصة، وولاية عامة، وقد بين الفقهاء مرادهم بذلك على النحو التالي:

أ) الولاية الخاصة: المراد بها أنواع الولايات التي يحصل بها التزويج كالولاية بسبب القرابة أو الملك أو الولاء، إلا أن المالكية قد قسموا هذه الولاية تقسيماً حسناً:

(١) التوضيح على مختصر ابن الحاجب لخليل بن إسحاق (١١٨/٣)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٤١٥/٢)، الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦١/٢)، المهذب (٣٨/٢)، شرح منتهى الإرادات (١٤/٣)، نظرية الولاية (ص ٨١)، الزواج وموجباته (ص ٩٤).

- ١ - ولاية الأبوة: وتفيد الإجبار كما تقدم.
 - ٢ - ولاية خلافة الأبوة: وهي الوصاية، فإذا فوض الأب الولاية في إنكاح ابنته إلى الوصي ثبتت له الولاية، ولا نكاح للأولياء مع الوصي، بل وصي الوصي أولى من الأولياء.
 - ٣ - العصوبة: كالبنوة والأخوة والجدوة على ما سيأتي تفصيله.
 - ٤ - الولاء: فالمعتق يعد بمثابة العصباء عند فقدها.
 - ٥ - التولية: والمراد بها تزويج السلطان أو نائبه عند عدم الولي أو عضله على ما سنوضحه.
- وسنعود إلى بيان هذه الأقسام قريباً إن شاء الله.
- ب) الولاية العامة: وأكثر ما يطلقها الفقهاء ويعنون بها ولاية السلطان، أو من ينوب عنه في التزويج للأسباب التي سنتحدث عنها.
- وقد عرفها المالكية بأنها الولاية التي سببها الدين، والأصل في ثبوتها قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(١).
- ولا يقدم على العقد بالولاية العامة مع وجود أفراد الولاية الخاصة، فإذا أقدم عليها الأجنبي مع وجود أحد ممن له حق الولاية الخاصة؛ فللولي والسلطان فسخ النكاح^(٢).

(١) سورة التوبة، الآية (٧١).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/٤١٥)، الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٦١)، نهاية المحتاج (٢/٢٣٢).

المبحث الرابع أسباب الولاية

أولاً - الملك: فللمالك للأمة أن يجبرها على الزواج، وولي الأمة سيدها، وإن كان فاسقاً^(١).

ثانياً - القرابة: وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الأقرباء على النحو التالي:

(أ) مذهب الحنفية هو أن الولي هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث والحجب فيقدم الابن، ثم ابن الابن، وإن سفل، ثم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب.

فإن لم يكن هناك عصبه تنتقل ولاية النكاح للأم، ثم لأب، ثم لأم الأم، ثم للبنت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم لبنت بنت البنت، وهكذا، ثم للجد غير الصحيح، ثم للأخت الشقيقة، ثم للأخت لأب، ثم للأخت لأم، ثم لولد الأم، ثم لأولادهم، ثم لباقي نوي الأرحام العمات، ثم الأعمام لأم، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، ثم أولادهم بهذا الترتيب.

وقد خالف صاحبان أبو يوسف ومحمد في انتقال الولاية لغير العصباء وقالوا لا ولاية لغير العاصب^(٢).

(ب) **مذهب المالكية،** تقديم الابن، ثم ابنه، وإن بعد، ثم الأب، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم الجد أبو الأب، ثم العم الشقيق، ثم لأب، ثم أبناءهم، ثم عم الأب فابنه، ثم عم الجد، وفي قول: يقدم الجد على الأخ وابنه^(٣).

(ج) **الشافعية:** أولى الأقارب بالولاية هو الأب، ثم الجد، أبو الأب، وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم بنوهما، وإن سفلوا، ثم العم لأبوين، ثم لأب، ثم بنوهما، وإن سفلوا، ثم سائر العصباء، والترتيب في التزويج كالترتيب في الميراث، إلا في الجد، فإنه يقدم على الأخ، وإلا في الابن فإنه لا يزوج بالبنة، وإن قدم في الإرث^(٤).

(١) التوضيح لخليل ابن إسحاق (١١٣/٣)، مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف القناع (٥٣/٥).

(٢) الاختيار (٧٦/٣)، الدر المختار (١٨١/٤)، مجمع الأنهر (٤٠٤/١)، المادة (٣٦) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدري باشا، نظرية الولاية (ص ٨٥)، الزواج وموجباته (ص ٩٣).

(٣) الثمر الدواني (٤٦٨/٢)، الكافي لابن عبد البر (٦٦٩/١)، حاشية الدسوقي (٣٦٣/٢).

(٤) نهاية المحتاج (٢٣٢/٦)، مغني المحتاج للشربيني (١٠٧/٤).

د) **الحنابلة**: والأحق بها عندهم الأب، فأبوه وإن علا؛ لأن للجد إيلاءً وتعصياً، ثم الابن وابنه وإن نزل، فالأخ لأبوين كالميراث، ثم لأب فابن أخ لأبوين، فلأب، فعم، فابنه ثم بنوهما كذلك ثم أقرب عصة^(١).

ونلاحظ أن الجمهور قد اعتبروا الابن في الولاية خلافاً للشافعية، وذلك لحديث أم سلمة أن النبي - ﷺ - أرسل إليها، فقالت ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال النبي ﷺ: «ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك»، فقالت: قم يا عمر فزوج رسول الله^(٢).

أما الشافعية فقالوا إن كان الابن ابن عم أو معتقاً أو قاضياً زوج وإلا فلا ولاية له.

وأما حديث أم سلمة، فأجابوا عنه بأجوبة:

١ - أنه ليس المراد بعمر الوارد في الحديث، عمر ابن أم سلمة؛ لأنه كان صغيراً حينئذ، وعمره ثلاث سنين، فهو طفل لا يزوج، فالظاهر أن الراوي وهم، وأن المراد به عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لأنه من عصبتها واسمه موافق لابنها، فظنه الراوي أنه هو، ورواية الحديث بلفظ "قم فزوج أمك" باطلة.

٢ - أن نكاحه ﷺ لا يحتاج لولي أصلاً، فهو استطابة لهم.

٣ - بتقدير أنه ابنها، وأنه كان بالغاً، فالجواب أنه لم يكن لها ولي أقرب منه، وحينئذ فلا منع من تزويجه كما تقدم^(٣).

وقد نصت المادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، على أن «الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتامم الخامسة والعشرين هو العصة بالنفس على ترتيب الإرث».

كما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري مادة (٢١) أن «الولي في الزواج هو العصة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً».

وقد نص القانون الأردني صراحة على موافقة مذهب الحنفية على التفصيل المتقدم، فنصت المادة (٩) من الفصل الثاني من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن «الولي في الزواج هو العصة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة».

(١) مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف القناع (٥٣/٥)، شرح منتهى الإرادات (٦٦/٤).

(٢) رواه النسائي، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه (٣٢٥٤).

(٣) نهاية المحتاج (٢٣٢/٦)، مغني المحتاج (١٠٧/٤).

٣- السبب الثالث من أسباب الولاية: الولاء، فثبتت ولاية النكاح بولاء العتاقة لقول النبي ﷺ: «الولاء لحمّة؛ كلحمّة النسب، لا تباع ولا توهب»^(١).

ولأن النسب سبب ثبوت الولاية، فكذا يكون الولاء سبباً لها، ولأن المعتق يرث ويعقل فكان ولياً كذلك^(٢).

٤- الإمامة: فيزوج السلطان أو نائبه وهو القاضي؛ لقول النبي ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»^(٣).

ولأن السلطان نائب عن جماعة المسلمين^(٤).

قال الحنابلة: ولو كان الإمام أو الحاكم من بغاة استولوا على بلد؛ لأن يجري فيه حكم سلطانهم وقاضيه مجرى حكم الإمام والقاضي^(٥).

وسنبسط الكلام على هذا السبب في المبحث القادم - إن شاء الله تعالى.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (٧٩٩٠) (٣٤١/٤)، البيهقي في السنن الكبرى (٢٩٢/١٠)، وصححه الحاكم وابن حبان (٤٩٢٩).

(٢) ابن عابدين (٢٩٦/٢)، الدسوقي على الشرح الكبير (٢٥٩/٢)، نهاية المحتاج (٢٣٢/٦)، مغني المحتاج (١٠٨/٤)، مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف القناع (٣٥/٥).

(٣) رواه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وقال حديث حسن وابن ماجه (١٨٧٩)، وأحمد (٢٤٢٠٥)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) ابن عابدين (٢٩٦/٢)، الاختيار (٧٦/٣)، مجمع الأنهر (٤٠٤/١)، عقد الجواهر الثمينة (٤١٥/٢).

(٥) مطالب أولي النهى (٦٢/٧)، كشف القناع (٥٣/٥)، شرح منتهى الإرادات (٦٦/٤).

المبحث الخامس

أسباب انتقال الولاية إلى السلطان أو القاضي

تمهيد:

تقدم أن الولي إما أن يكون ولياً عاماً؛ كالسلطان أو نائبه، وإما أن يكون خاصاً، فحين يفقد الولي الخاص تكون الولاية للعام، أما إذا وُجد الخاص مستجمعاً للشروط، فيقدم على العام اتفاقاً، وحيث وجد من الخاص قريب وبعيد، كانت الولاية للقريب المستجمع للشروط دون البعيد ودون الحكام، فإن قام بالقريب مانع أخرجه عن الولاية بالكلية انتقلت للبعيد لا للحكام؛ لأن القريب حينئذ كالمفقود، وإن قام بالقريب مانع حسي أو شرعي من العقد ولم يخرج من الولاية بالكلية زوج الحاكم دون البعيد بطريق النيابة عن القريب كما سيظهر في الصور والأسباب التالية^(١).

١ - عدم الولي: وهذه الصورة متفق عليها إجمالاً، فقد نص الحنفية على انتقال الولاية للسلطان عند عدم الولي بالنسبة للصغيرة والمجنونة، وقد تقدم ذكر الخلاف حول ولاية البالغة^(٢).

وكذلك نص المالكية، لكن قال ابن القاسم: لا يزوجه حتى يسألها عن وليها، فإن ثبت أنه لا ولي لها زوجها^(٣).

قال الشافعية: عدم الولي بأن لم يوجد حساً سائر من تقدم من الأولياء، أو وُجد ولي، ولكن قام به مانع من التزويج، فتنتقل الولاية حينئذ إلى الحاكم^(٤).

واشترط له الشافعية أن يكون زواجها من كفاء، ولذا قال النووي: ولو طلبت من لا ولي لها أن يزوجه السلطان بغير كفاء ففعل لم يصح.

قال الرملي شارحاً له: لو طلبت فلم يجبه القاضي، فهل لها أن تحكم عدلاً ليزوجه منه للضرورة أو يمتنع عليه كالقاضي؟ محل نظر، والأوجه الأول لئلا يؤدي ذلك إلى فسادها^(٥).

(١) الثغر البسام عن معاني الصور التي يزوج فيها الحكام، لمحمد بن سليمان الكردي، (ص ٣-٤) مخطوط.

(٢) الاختيار (٧٦/٣)، الدر المختار (١٨٥/٤).

(٣) التوضيح لخليل بن إسحاق (١٤٢/٣)، عقد الجواهر الثمينة (١٧/٢).

(٤) الثغر البسام (ص ٧)، المفتاح لباب النكاح للسيد محمد بن سالم بن حفيظ مع شرحه للخطيب (ص ٣٨).

(٥) نهاية المحتاج (٢٥٥/٦).

وأيده الشهاب ابن حجر الهيتمي، وقال: هو الأقرب، ثم قال: ورأيت جمعاً متأخرين بحثوا أنها لو لم تجد كفواً وخافت الفتنة، لزم القاضي إجابتها قولاً واحداً للضرورة^(١).

ومقتضى ما ذكره عن الجمع المتأخرين عدم اعتبار الكفاءة في تزويج القاضي إذا خافت المرأة الفتنة على نفسها وهو وجيه.

وقد نصت المادة (٢٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ولاية القاضي عند عدم الولي من العصبه، فقالت: «الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتامم الخامسة والعشرين هو العصبه بالنفس على ترتيب الإرث، وإن لم توجد العصبه فالولاية للقاضي».

وكذلك جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري المادة (٢٤) وقانون الأحوال الشخصية القطري مادة (٣٢) أن «القاضي ولي من لا ولي له».

وقد جاء في المادة (٣٧) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قذافي باشا ما نصه: «السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له، ثم القاضي الذي كتب له بذلك في منشوره»، وهذا منصوص المذهب الحنفي، أي أن ينص السلطان على التولية للقاضي في منشوره^(٢).

قال شارح الأحكام، وهو محمد زيد الأبياني: "فإذا عدت جميع الأقارب من العصبات وغيرهم، فالذي يزوج الشخص الصغير ومن يلحق به مولى الموالاة إن وجد وهو الذي أسلم أبو الصغير على يديه.. فإن لم يوجد انتقلت الولاية إلى السلطان.

ولكن لما كان السلطان لا يتولى مثل هذه العقود فيتولاها القاضي الذي كتب له ذلك في منشوره، ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد فيتولاه نوابه إن أذن لهم بذلك"^(٣).

٢ - غيبة الولي:

اختلف الفقهاء في أثر غيبة الولي في انتقال ولاية التزويج على النحو التالي:

(١) انظر: تحفة المحتاج (٣٢٠/٧)، مغني المحتاج (١٤٢/٤)، مشكاة المصابيح شرح العدة والسلاح في أحكام النكاح لبنا مخرمة (ص١٥٧)، زيتونة الإلحاق في أحكام النكاح لباسودان (ص١٥٦).

(٢) انظر: فتح القدير (٢٨٧/٣)، الفتاوى الهندية (٤٤٨/٣).

(٣) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (١٢٥/١).

أ) ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الولي إذا غاب، فإن الولاية تنتقل إلى الأبعد، ولا تنتقل إلى السلطان أو القاضي.

وضبط الحنفية الغيبة بما يخاف معها فوت الكفاء، بأن لا ينتظر الكفاء في مثلها حضور الولي، ثم اختلفوا، فحددها أبو يوسف بمسيرة شهر، وعن محمد أنها مثل المسير من الكوفة إلى الري خمس عشرة مرحلة، وقال بعضهم إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل، والرسل في السنة إلا مرة واحدة فهي غيبة منقطعة، قال القدوري: وهذا صحيح؛ لأن الخاطب لا ينتظر سنة^(١).

وفي المادة (٤٠) من الأحكام الشرعية «لا ولاية للولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب المتوفرة فيه شروط الأهلية، فإذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفاء استطلاع رأيه جاز لمن يليه في القرب أن يزوج الصغيرة».

قال الشارح: المعول عليه - أي في ضبط الغيبة - أنها بحيث لا ينتظر الخاطب الكفاء أخذ رأي الولي الغائب القريب، ولو كان مختفياً في البلد الذي يحصل فيه العقد^(٢).

وضبط الحنابلة - الموافقون للحنفية في انتقال الولاية للأبعد لا للسلطان - الغيبة المتقطعة بأنها ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، سواء أكانت مسافة القصر أم دونها، وألحقوا بها ما إذا جهل مكانه بأن لم يعلم أقرب هو أم بعيد، ومنه أيضاً إذا علم أنه قريب ولم يحدد مكانه أو تعذرت مراجعته بأن كان مأسوراً أو محبوساً، وإن كان حبسه في مسافة قريبة، ففي هذه الأحوال كلها يزوج الأبعد عند الحنابلة ولا يزوج السلطان. وسيأتي ذكر بعض هذه الصورة مفردة عن الشافعية.

إلا أن الحنابلة قد استثنوا من ذلك وجود العضل من جميع الأولياء الأبعد فحينئذ يزوج القاضي، أما إذا زوج القاضي مع وجود ولي لها فلا يصح العقد^(٣).

وإنما تنقل الولاية على هذا القول للأبعد دون السلطان أو نائبه؛ لأن السلطان ولي من لا ولي لها كما تقدم في الحديث، وهذه المرأة لها أولياء، فلا يقدم عليهم السلطان^(٤).

(١) الاختيار للموصلي (٣/٧٨-٧٩)، الدر المختار (٤/١٨٩)، مجمع الأنهر (١/٤٠٥).

(٢) الأحكام الشرعية (١/١٢٩).

(٣) مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشف القناع (٥/٥٨)، هداية الراغب (ص ٤٥٥)، منتهى الإرادات (٤/٦٧).

(٤) انظر: الاختيار للموصلي (٣/٧٨)، الدر المختار (٤/١٨٩)، شرح الأحكام الشرعية (١/١٢٩).

ولا يبطل تزويج الأبعد بعودة الأقرب من غيبته؛ لأنه عقد صدر عن ولاية تامة فلا يبطل^(١).

وإلى هذا الاتجاه ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري، حيث نصت المادة (٢٣) بأنه: «إذا غاب الولي الأقرب ورأي القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه».

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة (١٢): «إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإن تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي».

ب) مذهب المالكية: إذا غاب الولي وكان له وكيل مفوض تولى الوكيل الزواج، وإن لم يكن له وكيل فيفرق بين الولي المجر - وقد تقدم معناه - وبين الولي غير المجر.

١ - فإن كان الولي مجبراً، بأن كانت المرأة صغيرة، فينظر:

- إن كانت الغيبة قريبة والمسافة بين الولي وبينها أقل من ثلاثة أشهر، فإنها لا تزوج حتى يعود، إذا كانت تجد نفقة كافية ولا يخاف عليها الفساد. ولو زوجت قبل عودته بدون إذنه وقع الزواج باطلاً، ووجب فسخه.
- أما إذا كانت لا تجد نفقة كافية أو خشي عليها الفساد فللقاضي تزويجها بالغة كانت أو غير بالغة.
- وإن كانت الغيبة بعيدة، والمسافة ثلاثة أشهر وقدرها بعضهم بالسفر من مصر للأندلس، فإن كان يرجى قدومه في كل وقت، فإنها لا تزوج حتى يعود ما دامت تجد النفقة ولا يخشى عليها الفساد، وإن كان لا يرجى قدومه فللقاضي دون غيره تزويجها.
- وقيل للقاضي أن يزوجه مطلقاً وإن كانت نفقتها جارية وإن لم يخف عليها.
- وقيل لا تزوج إلا إن استوطن ذلك البلد البعيد.
- وقيل لا تزوج حتى يستوطن وتطول إقامته كعشرين سنة.

(١) شرح الأحكام الشرعية (١/١٢٩).

– وقيل لا تزوج أبداً.

وهذه أقوال عند المالكية، والمشهور هو الذي نقلناه أولاً من التفصيل.

٢ – إذا كان الولي غير مجبر:

فإن غيبته غير بعيدة، وضبطت بأقل من ثلاثة أيام أرسل إليه القاضي وأمره بالحضور أو توكيل أحد عنه، فإن لم يحضر ولم يوكل أحداً زوجها الأبعد لا الحاكم.

وإن كان بين البلدين ثلاثة أيام أو أكثر فللقاضي أن يزوجه باعتباره وكيل الغائب، ولو زوجها الولي الأبعد صح مع الكراهية لاقتنائه على القاضي^(١).

(ج) مذهب الشافعية: إذا غاب الولي القريب مسافة القصر – وهي مرحلتان – ولم يكن له ولي في البلد زوج الحاكم، فإن كان له ولي قريب فوكيله مقدم على الحاكم.

وإذا كان الولي الغائب قريباً أي دون مسافة القصر، فإن الحاكم حينئذ لا يزوج إلا بعد استئذانه؛ لأنه حينئذ كالمقيم بالبلد، فإن تعذر استئذانه كان للحاكم أن يزوج حينئذ.

وللشافعية قول آخر وهو أن الحاكم يلي التزويج ولو كان الولي غائباً بمسافة قريبة – دون مسافة القصر – لئلا تتضرر المرأة بفوات الكفء الراغب^(٢).

وإذا ادعت المرأة غيبة وليها وأنها خالية من موانع النكاح، فإنها تصدق ويزوجه الحاكم حينئذ، لكن يستحب له أن يطلب منها بيعة بذلك، فإن لم تجد حلفها ندباً، فإن لم تأت بالبيعة ولا حلفت وألجأت مع ذلك في طلب التزويج بلا بيعة ولا يمين فإنها تجاب على الأوجه، كما ذكره الشهاب ابن حجر الهيثمي، وإن كان رأي القاضي تأخير زواجها لما يترتب على عدم الإجابة من المفساد، لكن مال الشمس محمد الرملي إلى أن القاضي إذا رأى تأخير زواجها فإن له ذلك احتياطاً للأنكحة^(٣).

(١) انظر: تفصيل ما تقدم من مذهب المالكية في: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٦٨)، تهذيب المدونة للبرادعي (٢/١٤٢)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٤١٧)، التوضيح لخليل (٣/١٥٤)، الكافي لابن عبد البر (٢/٦٧٣)، الزواج وموجباته، د. محمد فوزي فيض الله (ص ٩٧)، نظرية الولاية لنزيه حماد (ص ٨٥).

(٢) نهاية المحتاج (٦/٢٤٢)، مغني المحتاج (٤/١٢٥)، روضة الطالبين (٤/٧٠٧).

(٣) تحفة المحتاج (٧/٣٠٥)، نهاية المحتاج (٦/٢٤٢)، الثغر البسام (ص ١٢).

ويندب للقاضي إذا غاب الولي الأقرب وأراد تزويج المرأة أن يستأذن الولي الأبعد، أو يأذن القاضي للولي الأبعد ليعقد هو؛ خروجاً من الخلاف في هذه المسألة^(١).

٣ - فقد الولي:

وهذا هو السبب الثالث في انتقال ولاية التزويج للقاضي، فإذا فقد الولي بحيث لا تعلم وفاته ولا حياته، فإن الحاكم يزوج نيابة عنه^(٢).

وقد مر عن الحنابلة أنهم ألحقوا الفقد في الغيبة في الحكم، وأن الولاية تنتقل فيه إلى الأبعد لا إلى القاضي^(٣).

وكذلك الحكم عند المالكية - في قول - فإن الولاية تنتقل عند فقد الولي الأقرب وهو الولي المجرى إلى الأقرب، فالأقرب من الأولياء دون الحاكم؛ لأن الفقد بمثابة الموت، والولاية تنتقل بالموت إلى الأقرب، ولا كلام للحاكم مع وجود الأولياء، ولكن نقل الصاوي بأن حكم الفقد هو حكم الغيبة البعيدة، فيزوج فيها الحاكم، وهو ما صوبه بعض المؤرخين، وقال الصاوي: أي فرق بين الفقد والأسر وبعد الغيبة، فهو إذا موافق لما تقدم عن الشافعية^(٤).

وقيد الشافعية الحكم السابق بكون الفقد لم ينته إلى مدة يحكم فيها بموته فقالوا: يزوج الحاكم إلى أن تمضي مدة يغلب على الظن عدم حياته إليها، فحينئذ يجتهد القاضي في ذلك فإن حكم بموته، فإن الولاية حينئذ تنتقل إلى الأبعد فيزوج دون القاضي لأنه صار الولي القريب، فلا يزوج السلطان مع وجوده^(٥).

٤ - حبس الولي:

هذا هو السبب الرابع من أسباب انتقال الولاية إلى القاضي وهو قريب جداً من السببين السابقين، ولذلك ألحقه المالكية والحنابلة بهما في الحكم على نحو ما تقدم، وفصله عنهما كثير من الشافعية فأفردوه في الذكر وإن كان الحكم فيه وفيما قبله واحداً عندهم، وهو أن السلطان أو نائبه يزوجان في هذه الحالة نيابة عن الولي المحبوس.

(١) مشكاة المصابيح (ص ٣٣٢)، روضة الطالبين (٤/٧٠٨).

(٢) الثغر البسام (ص ١٠-١١)، المشكاة (ص ٣٣٥)، زيتونة الإلحاق (ص ١٥٩).

(٣) مطالب أولي النهى (٧/٦٨)، كشف القناع (٥/٥٨).

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٣٦٤).

(٥) الثغر البسام (ص ١٠-١١)، المفتاح مع شرحه (ص ٣٨).

وضبط الشافعية الحبس بحيث لا يصل إليه أحد إلا السجن، أما إذا لم يمنع من الوصول إليه في الحبس فإنه يباشر عقد النكاح بنفسه ولا تنتقل الولاية إلى غيره فضلاً عن انتقالها إلى السلطان^(١).

٥ - توارى الولي القريب:

وهذه الصورة الخامسة مما تنقل الولاية فيه للسلطان، وهي أيضاً مما أقرده الشافعية، وهو مماثل في الحكم لما سبق، وقريب في المعنى أيضاً منه، وذلك أن الولي القادر المستجمع لشرائط الولاية إذا توارى واختفى ولم يقدر عليه مع وجوده بصفة الكمال زوج الحاكم نيابة عنه، ولا تنتقل الولاية بتواريه إلى الأبعد وفيه أيضاً قرب من صورة العضل الآتية^(٢).

٦ - العضل:

وهذه هي الصورة السادسة مما تنقل الولاية فيه إلى السلطان حسب التفصيل الآتي:

تعريف العضل: هو الامتناع من تزويج^(٣).

وعرفه الحنابلة بأنه: منع المرأة من كفاء رضىته، ورغب فيها بما صح مهر^(٤). وإيضاح معناه أن يمتنع الولي وإن كان مجبراً من تزويج البالغة العاقلة إذا دعت إلى تزويجها من كفاء، ولو كان بمهر دون مهر المثل، وإن قال: لا أزوج إلا من هو أكفاً منه، أو أنه - أي الكفاء - أخوها من الرضاع أو حلف بالطلاق أنه لا يزوجه فلا نظر لمثل هذه الأمور، بل يعتبر عاضلاً^(٥).

شرط العضل: ذكر الشافعية شروطاً للعضل نذكرها على النحو التالي:

١ - أن تدعو المرأة إلى الزواج وتطلبه من الولي.

٢ - أن يكون الزوج الذي طلب الزواج به كفاً.

٣ - أن تكون المرأة بالغة.

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٦٤/٢)، مطالب أولي النهى (٦٨/٧)، كشف القناع (٥٨/٥)، الثغر البسام (ص١٦)، زيتونة الإلحاق (ص١٦٠)، تحفة المحتاج (٣٠٥/٧).

(٢) زيتونة الإلحاق (ص١٦١)، الثغر البسام (ص١٧).

(٣) مغني المحتاج (٢٥٢/٤)، التوضيح لخليل من إسحاق (١٤١/٣).

(٤) مطالب أولي النهى (٦٨/٧).

(٥) مغني المحتاج (١١٦/٤)، نهاية المحتاج (٢٣٤/٦).

- ٤ - أن تكون المرأة عاقلة.
- ٥ - أن يكون من دعت إليه معيناً لا مبهماً^(١).
- ومما يتصل بالشرط الثاني وهو الكفاءة أن المرأة إذا دعت إلى غير كفاء فإن الولي لا تلزمه الإجابة؛ لأن له حقاً في الكفاءة، ويؤخذ من ذلك أنها لو دعت إلى عنين أو محبوب لزمه إجابتها، فإن امتنع كان عاضلاً، إذ لاحق له في التمتع، بخلاف ما إذا دعت إلى أجذم أو أبرص أو مجنون، فلا تلزمه الإجابة؛ لأنه يعير بذلك.
- وليس له الامتناع من التزويج لنقص المهر أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت المرأة بذلك؛ لأن المهر محض حق لها.
- وإن دعت إلى كفاء ودعي إلى غيره، فلا تلزمه الإجابة، وقيل تجاب هي لإعافها واختاره السبكي وغيره^(٢).
- وشرط الحنفية لثبوت عضل الصغيرة أن يكون الزوج كفاً لها وأن يكون بمهر مثلها^(٣).
- وأما المالكية فاشتروا لتحقيقه في البكر أن يتحقق برد خاطب أو خاطبين فيقول له الحاكم، إما أن تزوجها أو زوجناها عليك، لقول النبي - ﷺ - : «لا ضرر ولا ضرار»^(٤).
- ثبوت العضل: يثبت العضل بالأمرين التاليين:
- ١ - امتناع الولي من التزويج.
- ٢ - سكوته بحضرة الحاكم بعد أمره به والخاطب والمرأة حاضران.
- ومعلوم أنه لا بد من حصوله بين يدي القاضي أو إقامة البينة عليه^(٥).
- أثر العضل:**
- العضل محرم، ويأثم العاضل؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾^(٦). ويترتب عليه الأمران التاليان:

- (١) المفتاح مع شرحه (ص ٤٠)، المشكاة لبأ مخزمة (ص ٣٣٣)، زيتونة الإلقاح (ص ١٥٩).
- (٢) مغني المحتاج (١١٦/٤)، فتح الرحمن شرح الزبد (٣٣٢/١)، النهاية (٢٣٤/٦).
- (٣) رواه ابن ماجه (ص ٢٣٤١)، والطبراني في الكبير (١١٥٧٦)، وأبو يعلى (٢٥٢٠)، وانظر: عقد الجواهر الثمينة (٤١٦/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
- (٤) نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، المفتاح مع شرحه (ص ٤٠).
- (٥) نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، المفتاح مع شرحه (ص ٤٠).
- (٦) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

١ - فسق الولي إن تكرر هذا العضل منه، وضبطه الشافعية بثلاث مرات، فإذا تكرر منه العضل - بتعريفه المار - ثلاث مرات فهو مفسق، وذلك بملاحظة عدم غلبة طاعاته معاصيه، كما هو مقرر في شرط العدالة، ولهذا أثر في انتقال الولاية، فإن حكم بالفسق فإن الولاية تنتقل عندهم للأبعد لا إلى السلطان كما سيأتي^(١).

٢ - انتقال الولاية، وقد اختلف الفقهاء في انتقال الولاية بسبب العضل على النحو التالي:

أ) ذهب الحنفية في المعتمد عندهم والشافعية والمالكية إلى أن العضل يتسبب في نقل الولاية إلى السلطان أو نائبه وهو القاضي، ولا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد. وإنما يزوج القاضي في هذه الصورة؛ لأن النكاح حق الولي، فإذا امتنع من وفائه وفاه الحاكم نيابة عنه.

ففي العضل ظلم المولية، والعاقل ظالم بالامتناع عن التزويج، فقام السلطان أو نائبه وهو القاضي، مقامه في رفع الظلم الواقع عن المولية^(٢).

وقد نص قانون الأحكام الشخصية الكويتي في المبحث الثاني «الولاية في الزواج» مادة (٣١)، على التالي: «إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا».

ب) ذهب الحنابلة إلى أن العضل يتسبب في نقل الولاية للأبعد ولا يزوج القاضي، إلا إذا عضل الأولياء جميعاً، أما إذا زوج مع وجود الولي، فالعقد غير صحيح، وقد ذهب إلى هذا الشافعية إذا وجد مقتضى الفسق في الولي، وهو تكرر العضل منه ثلاث مرات، فحينئذ يحكم بفسقه وتنتقل الولاية للأبعد^(٣).

وإلى هذا الاتجاه مال قانون الأحوال الشخصية القطري، حيث نصت المادة (٣١) منه على التالي: «يتم الزواج بإذن القاضي بولاية الولي الأبعد، إذا:

(١) نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، مغني المحتاج (١١٣/٤)، مطالب أولي النهى (٦٨/٧)، كشف القناع (٥٨/٥).

(٢) الدر المختار (١٩١/٤)، مجمع الأنهر (٤٠٥/١)، التجريد للقدوري (٤٣٣٥/٩)، المادة (٤١) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مغني المحتاج (١١٣/٤)، نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، التوضيح لخليل بن إسحاق (١٤١/٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٦٦).

(٣) مطالب أولي النهى (٦٨/٧)، كشف القناع (٥٨/٥)، هداية الراغب (ص ٤٥٥)، نهاية المحتاج (٢٣٤/٦)، مغني المحتاج (١١٣/٤).

أ - عضل الولي المرأة أو تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا.

ب - غاب الولي الأقرب وقدر القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج.

٧ - تعزز الولي:

وهذا السبب قريب جداً من معنى العضل وله حكم العضل، وقد أفردته بعض الشافعية بالذكر، فإذا تعزز الولي القريب عن مباشرة العقد، فإن تيسر إحضاره مجلس القاضي فإنه يحضر ويأمره القاضي بالتزويج، فإن زوج وإلا فهو عاضل وحكمه ما تقدم، وإن لم يتيسر إحضاره مجلس القاضي أقيمت البينة عليه فإذا قامت زوج القاضي على ما تقدم من الخلاف^(١).

٨ - إذا أراد القريب نكاح موليته، كأن رغب في الزواج من ابنة عمه مثلاً:

فإن كان في درجته ابن عم آخر زوجه لاشتراكه في الولاية، وإن لم يكن ثم من في درجته زوجه القاضي بالولاية العامة، ولا يزوجه الأبعد لحجبه به^(٢).

٩ - إحرام الولي:

وهو من الأسباب التي ذكرها الشافعية، فإذا أحرم الولي القريب بحج أو عمرة، فتنقل الولاية إلى الحاكم دون البعيد، لبقاء رشد القريب المحرم ونظره، وإنما منع من العقد تحريماً لما هو ملابس له من الإحرام بالنسك، فتأثير الإحرام يمنع الانعقاد للزواج مع بقاء الولاية.

ولو أحرم القاضي فلنوابه تزويج من في ولايته، بخلاف الولي إذا أحرم، فليس لوكيله أن يزوج بمقتضى الوكالة قبل التحليلين، لأن الموكل لا يملك ذلك فالوكيل كذلك من باب أولى^(٣).

١٠ - تزويج المجنونة البالغة:

وقد ذهب الحنفية إلى أن وليها الابن دون الأب^(٤). وذهب الشافعية إلى أن القاضي يزوجه عند فقد الأب والجد، وإنما يكون ذلك بسبب الحاجة، لا للمصلحة،

(١) انظر: الثغر البسام للكردى (ص١٨)، زيتونة الألقاح لبأ سودان (ص١٦٠).

(٢) انظر: الثغر البسام (ص١٤).

(٣) مشكاة المصابيح (ص٣٣٥)، مغني المحتاج (١٢٣/٤)، تحفة المحتاج (٣٠١/٧)، زيتونة الألقاح (ص١٦٠).

(٤) البحر الرائق (١٣٦/٣)، وانظر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مادة (٣٤).

والفرق أن المصلحة هي المتعلقة بالنفقة، فإن وجد من ينفق عليها فلا تزوج بداعي النفقة، وإنما تزوج إذا ظهرت الحاجة للزواج بالقرائن.

ويستقل القاضي بتزويجها دون بقية الأولياء الأبعد إذا فقد الأب والجدة، ويستحب له مع ذلك أن يستأذن أقاربها تطبيقاً لخواطريهم.

وإنما استقل القاضي بذلك لأن تزويجها يحتاج إلى نظر واجتهاد وهو ألصق به، وثمة قول آخر أن الولي القريب بعد الأب والجدة يزوجه بإذن السلطان أو القاضي^(١).

١١ - تشاجر الأولياء:

إذا كان الأولياء في درجة واحدة، وقصد كل التزويج وقد أذنت لهم في تزويجها، فإن أقدم أحدهم فزوجها صح تزويجه، وإن تنازعوا فإنها ترفع أمرها إلى القاضي فيزوجها، وقيل بل ينظر الحاكم في ذلك ويرده إلى من يعقده من هؤلاء الأولياء ولا يباشر العقد بنفسه وهو ما اعتمده المالكية^(٢).

وقد نصت المادة (٣١) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على الرجوع إلى القاضي في حال اختلاف الأولياء، حيث تقول: «إذا عضل الولي الفتاة، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا».

هل يزوج القاضي بالولاية العامة أو بالنيابة الشرعية عن الولي؟

ناقش الفقهاء هذه المسألة، ويدل على كل اتجاه عدد من النصوص، وذكر الشافعية الآثار المترتبة على هذا الخلاف:

أ - ضمن ذلك لو أراد القاضي نكاح من غاب عنها وليها، فإن قلنا إنه يزوج بالولاية العامة زوجها أحد نوابه، أو قاض آخر، أو بالنيابة لم يجز ذلك.

ب - لو كان للفتاة وليان والأقرب غائب، فإن قلنا بالولاية قدم على القاضي الولي الحاضر، أو بالنيابة الشرعية عن الولي قدم القاضي.

واعتمد الشافعية أن القاضي يزوج بالنيابة الشرعية التي تقتضيها الولاية العامة،

(١) الثغر البسام (ص٢١)، مشكاة المصابيح (ص٣٣٦)، زيتونة الإلفاح (ص١٦٣)، روضة الطالبين (٧٣٢/٤).

(٢) الجوهرة النيرة (٩/٢)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مادة (٤٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٧٣/٢)، التوضيح (١٤٤/٣)، الكافي لابن عبد البر (١/٦٧٢)، عقد الجواهر الثمينة (٤٢٦/٢)، الثغر البسام (ص٢٢)، تحفة المحتاج (٢٦٨/٧).

وهذا هو الأوجه في هذه المسألة، وقد صُرح في الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مادة (٤١) المتعلقة بالعضل على أن القاضي يزوج بالنيابة عن العاضل^(١).

آداب متعلقة بتزويج القاضي:

ينبغي للقاضي أن لا يقدم على التزويج في الأحوال السابقة حتى يبحث عن شروط صحة النكاح من الخلو عن الموانع، كالنكاح والعدة، وكذلك ينبغي له أن يبحث عن غيبة الولي، فإذا تبين له حصول ذلك بالشهادة المقبولة المعتبرة زَوْج المرأة وإلا ترك التزويج احتياطاً حتى يستوثق من هذه الأمور.

وإن علم القاضي أنها كانت مزوجة من شخص معين اشترط لصحة تزويجها إثبات فرقتها منه قبل تزويجها مَنْ تدعو إلى الزواج منه^(٢).

خاتمة بأهم نتائج البحث:

- ١ - الولي من أركان النكاح في الفقه الإسلامي، ولا تتولى المرأة البالغة هذه الولاية عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية.
- ٢ - تنقسم الولاية إلى ولاية قاصرة وولاية متعديّة، وتنقسم المتعديّة إلى ولاية إجبار وولاية اختيار.
- ٣ - ذهب القانون الكويتي للأحوال الشخصية إلى رأي متوسط في الولاية على المرأة، حيث ربط الولاية عليها ببلوغ سن الخامسة والعشرين، ثم لها حق النظر في أمرها ولكن دون مباشرة العقد بنفسها، وهو قريب من رأي الجمهور.
- ٤ - للولاية أسباب أهمها القرابة، والإمامة (أي تولي القاضي).
- ٥ - تنتقل الولاية للقاضي بأسباب عديدة أهمها: غيبة الولي، وعضله.
- ٦ - اختلف الفقهاء وكذلك القوانين للأحوال الشخصية في بعض هذه الأسباب كالغيبة والعضل، هل تنقل الولاية للولي الأبعد أو للقاضي.
- ٧ - يزوج القاضي في المسائل المتقدمة بالنيابة الشرعية عن الولي القريب.

(١) انظر: مغني المحتاج (١١٣/٤)، نهاية المحتاج (٢٣٥/٦)، تحفة المحتاج (٢٥٩/٧)، زيتونة الإلقاح (ص١٦٦)، مشكاة المصابيح (ص٣٣٩).

(٢) انظر: مشكاة المصابيح مع حاشيته المسماة النقول الصحاح (ص٣١٥)، تحفة المحتاج (٧/٣٠٥)، التوضيح لخليل أبي إسحاق (١٤٢/٣).

فهرس المراجع والمصادر

- ١ - الاختيار لتعليل المختار، للإمام عبد الله بن محمود الموصللي، ت٦٨٣هـ، تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة، دار المعرفة، بيروت.
- ٢ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد، القاهري، الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني (٩٧٧هـ). بيروت: دار الفكر. (١٤١٥هـ).
- ٣ - أنيس الفقهاء، للتهانوي ط. مكتبة الرشد - الرياض. تنبيه الطالب لفهم لغات ابن الحاجب، (ص٨٤٦)، ط. دار الضياء - الكويت.
- ٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني، ت٥٨٧هـ، ط. الثانية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥ - تحفة المحتاج. لعمر بن أحمد بن الملقن (٨٠٤هـ). تحقيق عبدالله بن سعاد اللحياني. دار حراء - مكة المكرمة. الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ).
- ٦ - التعريفات، للشريف علي بن محمد الجرجاني، ت٨١٦هـ، ط. الثالثة، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، دارالكتب العلمية، بيروت.
- ٧ - التوضيح في شرح التنقيح. تأليف: أحمد بن خلف بن حلولو القروي المغربي المالكي (٨٩٥هـ). المطبعة التونسية - تونس (١٣٣٨هـ).
- ٨ - التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، تأليف: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور (ت١٣٩٣هـ). مطبعة - تونس، الطبعة الأولى (١٣٤١هـ).
- ٩ - الثغر البسام عن معاني الصور التي يزوج فيها الحكام، لمحمد بن سليمان الكردي، مخطوط.
- ١٠ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، ت١٢٣٠هـ، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي.
- ١١ - حاشية الصاوي على الشرح الصغير - أحمد الصاوي ت: ١٢٤١هـ - دار المعارف - مصر مطبوعة بهامش الشرح الصغير.
- ١٢ - حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين- الشهير بابن عابدين، ت١٢٥٢هـ، ط. الثانية، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.
- ١٣ - سنن أبي داود. لسليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي، تحقيق محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر - بيروت.

- ١٤ - سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٥ - السنن الكبرى، للنسائي أحمد بن شعيب أبي عبد الرحمن النسائي، تحقيق الدكتور/ عبدالغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٦ - سنن النسائي، للإمام أحمد بن شعيب النسائي، ت ٣٠٣هـ، ط. الأولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، حققه مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دارالمعرفة، بيروت.
- ١٧ - شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي - المعروف بابن الهمام، ت ٨٦١هـ، ط. الثالثة، دار الفكر، بيروت.
- ١٨ - صحيح ابن حبان، لمحمد بن حبان بن أبي حاتم البستي (ت ٣٥٤هـ). تحقيق شعيب الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).
- ١٩ - صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل أبي عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق الدكتور مصطفى أديب البغا، دار ابن كثير - اليمامة، الطبعة الثالثة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
- ٢٠ - صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبي الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٢١ - عقد الجواهر الثمينة في مذاهب عالم المدينة: عبدالله بن محمد بن شاش، تحقيق: محمد أبو الأجفان، وعبدالحفيظ منصور، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٥م.
- ٢٢ - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير، للإمام محمد بن علي الشوكاني، ت ١٢٥٠هـ، ط. الأولى، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م، دار الخير، بيروت.
- ٢٣ - الكافي، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، ت ٦٣٠هـ، ط. الخامسة، ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م، تحقيق زهير شاويش، المكتب الإسلامي.
- ٢٤ - الكشف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، للإمام جار الله محمود بن عمر الزمخشري، ت ٥٣٨هـ، دار المعرفة، بيروت.
- ٢٥ - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، الطبعة الأولى، لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني. تحقيق علي عبد الحميد بلطجي - محمد وهبي سليمان. دمشق: دار الخير. (١٩٩٤هـ).
- ٢٦ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، دون تاريخ.

- ٢٧ - المسند، لأبي يعلى الموصلي (ت٣٠٧هـ)، تحقيق حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث - دمشق، الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).
- ٢٨ - المسند، للإمام أحمد بن حنبل أبي عبدالله الشيباني، (ت٢٤١هـ)، مؤسسة قرطبة - مصر.
- ٢٩ - مشكاة المصابيح، لمحمد بن عبدالله الخطيب التبريزي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت.
- ٣٠ - المصنف، لأبي بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، (ت٢٣٥هـ). تحقيق كمال يوسف الحوت. مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ).
- ٣١ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: العلامة مصطفى السيوطي الرحيباني (١١٦٥-١٢٤٣هـ) طبع على نفقة الشيخ علي بن عبد الله بن قاسم آل ثاني، الطبعة الثالثة (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م).
- ٣٢ - المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب أبي القاسم الطبراني، تحقيق حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم - الموصل، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م).
- ٣٣ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، للشيخ محمد بن محمد الشربيني، ت٩٧٧هـ، دار الفكر، بيروت.
- ٣٤ - المغني في الضعفاء، للإمام شمس الدين الذهبي (ت٧٤٨هـ). تحقيق نور الدين عتر.
- ٣٥ - الموطأ، للإمام مالك بن أنس أبي عبدالله الأصبحي (ت١٧٩هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي - مصر. دت.
- ٣٦ - نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية: لنزيه حماد، دار القلم - بيروت - ط. ١٩٩٤م.
- ٣٧ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس الرملي، ت١٠٠٤هـ، ط. الأخيرة، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م، دار الفكر، بيروت.
- ٣٨ - هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تأليف: عثمان أحمد النجدي الحنبلي (ت١٠٩٧هـ). تحقيق حسنين محمد مخلوف. دار الصابوني - سوريا. الطبعة الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٧م).

الشركة المهنية في القانون الكويتي

الدكتور/ فهد محمد الحبيني
دولة الكويت

ملخص:

تبدو أهمية الحاجة إلى تنظيم ممارسة المهنة من خلال جهود جماعية منظمة ظاهرة وأسلوباً مقنناً في بعض الأنظمة، ونظراً للصعوبات التي تحيط بممارسة المهنة بصورة فردية، فمن يمارس المهنة منفرداً لا يتمكن - في أغلب الأحوال - من إنجاز الخدمة المطلوبة بالسرعة المناسبة.

وعلى النقيض من ذلك فإن الذي يتعامل مع شركة يجد نفسه أمام فريق من المتخصصين على مستوى عالٍ من القدرة في إنجاز العمل بالسرعة المناسبة، مع إمكانية التصدي لحل المشكلات التي يتطلب حل الواحدة منها أكثر من جهد متخصص. يضاف إلى ذلك أن من يستعين بخدمات الشركة المهنية يستطيع أن يقاضيه؛ وصولاً إلى نوع من المسؤولية الجماعية. فقد أصبح تنظيم الشركة المهنية مطلباً مهنيّاً ملحاً، ومن أجل ذلك نظم المشرع الكويتي الشركة المهنية. فجاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على هذا الحدث القانوني المستجد؛ لبيان أحكام الشركات المهنية في القانون الكويتي من حيث تعريف الشركة المهنية وأركانها، وإجراءات تأسيسها، ومسؤولية الشركة، وأخيراً انقضاء الشركة.

مقدمة:

نظم المشرع الكويتي في قانون الشركات رقم ٢٥/٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم ٩٧/٢٠١٣ في الباب السادس منه الشركات المهنية، وأحال القانون على اللائحة التنفيذية بيان المهن التي يجوز لها تأسيس هذا النوع من الشركات، وضوابط حماية المتعاملين معها والأحكام المتعلقة بالتأمين ضد مخاطر هذه المهن.

والمشرع الكويتي نظم الشركات المهنية، نظراً لأن ممارسة المهن من خلال جهود جماعية منظمة غدت ظاهرة وأسلوباً متقناً في كثير من الأنظمة؛ لما في ذلك من فائدة ملموسة على الصعيد المهني وعلى الصعيد العام، فقد أصبح الأخذ بهذا الاتجاه - الشركات المهنية - مطلباً مهنيّاً ملحاً، من أجل ذلك نظم المشرع الشركة المهنية في الباب السادس منه في المواد من ٨٠ إلى ٨٤.

ومن ناحية عملية فمن يتعامل مع شركة يجد نفسه أمام فريق من المختصين على مستوى عالٍ من القدرة في إنجاز العمل، وعلى مستوى من الكفاءة يمكنه من التصدي للمشكلات التي يمكن أن يتطلب حل الواحدة منها أكثر من جهد متخصص في نطاق المهنة الواحدة، فالجماعة تفوق الفرد في إنجاز العمل بصورة أفضل.

والشركة المهنية تمثل بالنسبة للمتعاملين معها نوعاً من الضمان أقوى من الضمان الفردي، فمن يستعين بخدمات الشركة يستطيع أن يقاضي الشركة المهنية وصولاً إلى نوع من المسؤولية الجماعية، بدلاً من المسؤولية الفردية لرب المهنة خارج إطار هذا النوع من الشركات، كما تظهر أهمية الشركات المهنية أيضاً فيما توفره من مميزات لأعضائها، قد لا تكون لديهم - منفردين - المقدرة المالية والفنية لتوفير الإمكانيات اللازمة لممارسة المهنة.

وإزاء استحداث الشركة المهنية في القانون الكويتي، فإن مثل ذلك الحدث المستجد في النظام القانوني الكويتي، دفعنا إلى التعرض له بهذه الدراسة ولم نجد من سبق المشرع الكويتي في تنظيم الشركة المهنية سوى المشرع السعودي الذي نظمها في سنة ١٩٩١ بالمرسوم الملكي رقم م/٤ المؤرخ ١٨/٢/١٤١٢ هـ، لذلك سوف نتخذ التشريع السعودي في تنظيم الشركة المهنية كنموذج للمقارنة، وعليه فإن من المناسب تقسيم البحث إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشركة المهنية وأركانها.

المبحث الثاني: إجراءات تأسيس الشركة المهنية.

المبحث الثالث: مسؤولية الشركة المهنية.

المبحث الرابع: انقضاء الشركة المهنية.

المبحث الأول تعريف الشركة المهنية وأركانها

عرف قانون الشركات الكويتي الشركة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة في مال أو عمل؛ لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة"^(١).

ولم يعرف المشرع الكويتي الشركة المهنية، لكن يمكن تعريف الشركة المهنية بأنها: عقد بين شخصين أو أكثر من أصحاب مهنة واحدة تحت عنوان معين، للقيام بأعمال المهنة بصورة جماعية، تكون الشركة مسؤولة أمام الغير عن خطأ الشريك.

ولما كانت الشركة عقداً، فإنه يجب أن يتوافر في هذا العقد الأركان العامة وهي الرضاء والمحل والسبب، كما يجب أن يتوافر فيه أركان خاصة بعقد الشركة وهي تعدد الشركاء وتقديم الحصص واقتسام الأرباح ونية المشاركة بين الشركاء، بالإضافة إلى الأركان الشكلية وهي الكتابة والقيد في السجل وشهرها وجنسية الشركاء ونسبة رأس المال.

لذلك سوف نعرض لأركان الشركة على النحو التالي:

الأركان الموضوعية العامة في الشركة المهنية:

لما كانت الشركة عقداً فإنه يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة لانعقاد العقد وهي الرضاء والمحل والسبب، وسوف نشرح تلك الأركان على الترتيب التالي:

أولاً - الرضاء:

يلزم توافر الرضاء في كل عقد وهو التعبير عن إرادة المتعاقدين، ويتكون من الإيجاب والقبول، وبالتالي يجب أن ينصب الرضاء على شروط العقد جميعاً، كرأس مال الشركة وغرضها، ومقدار حصة كل شريك فيها وطبيعة هذه الشركة، وكذلك يجب أن ينصب الرضاء على الشكل القانوني للشركة^(٢).

لذلك اشترط المشرع أن تكون إرادة الشركاء سليمة وخالية من عيوب الرضاء

(١) المادة ٣ من قانون الشركات الكويتي رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٢ المعدل بالقانون رقم ٩٧/٢٠١٣١.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوي - الشركات التجارية في القانون المصري - دار النهضة العربية الطبعة الثانية ٢٠٠١، ص ٢٨.

وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن، فإذا شاب رضا الشريك أي عيب من هذه العيوب كان لهذا الشريك طلب إبطال عقد الشركة.

فيجوز لمن وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد، ولكن يجب أن يكون هذا الغلط جوهرياً، بحيث يكون هو الدافع إلى التعاقد، مثال ذلك أن يتعاقد شريك، وينضم إلى عقد الشركة معتقداً أنه شريك موصى، بينما العقد شركة تضامن، لأن التزامات الشريك تتوقف على نوع الشركة^(١) وبالتالي تكون مسؤوليته تضامنية عن كل ديون الشركة، الأمر الذي لم يكن يقبله لو علم بذلك، أو أن يكون الغلط منصباً على شخصية الشركاء وخاصة إذا كانت الشركة من شركات الأشخاص والتي يكون فيها لشخصية الشريك اعتبار مهم^(٢).

ويبطل عقد الشركة للتدليس في بعض الشركات إذا اتضح عدم ملكية أحد الشركاء للحصة العينية التي تعهد بتقديمها في الشركة، والتزم باقي الشركاء بتقديم حصصهم بناءً على ذلك، ثم اتضح كذب الشريك الملتزم بتقديم الحصة العينية^(٣).

أما الإكراه والاستغلال فحالاتها نادرة في مجال الشركات، والإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد بناءً على الرهبة التي يبعثها الإكراه في النفس فتحمله على التعاقد^(٤).

كذلك إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحاً، أو استغل سطوته الأدبية عليه كان العقد أيضاً قابلاً للإبطال^(٥).

ويضاف إلى ما سبق الغبن الذي يكون نتيجته غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فهو من عيوب الرضا الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال^(٦).

ويلزم في الرضا أن يكون الشريك أهلاً للتعاقد والدخول في الشركة، وإلا كان له طلب إبطال الشركة بالنسبة له، ويعتبر الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد وهو

(١) د. عبد الفضيل محمد أحمد الشركات. دار النهضة بدون سنة طبع ص ٣٩.

(٢) د. هاني صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري، دار النهضة الطبعة الثانية ٢٠٠٢ ص ٤٠٢.

(٣) د. محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق ص ٢٩.

(٤) ٢/١٥٦ مدني الكويتي.

(٥) ١٥٩ مدني كويتي.

(٦) ١٦٢ مدني كويتي.

إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة، وعدم إصابته بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة أو حجر عليه لسفه أو غفلة.

وبالإضافة إلى الأهلية العامة، يجب أن تتوافر بالشريك في الشركة المهنية الأهلية المهنية التي يتطلبها قانون تنظيم المهنة.

ثانياً – المحل:

يقصد بالمحل الغرض الذي من شأنه أنشئت الشركة، ويجب أن يكون للشركة غرض محدد أو أكثر، وأن تنقيد بالغرض المبين في عقدها، ويجيز القانون للشركة أن تمارس أعمالاً مشابهة أو مكملية أو لازمة أو مرتبطة بأغراضها^(١) وقد اشترط المشرع أن يكون هذا المحل مشروعاً غير مخالف للقانون أو النظام العام أو لحسن الآداب^(٢)، فإذا كان غرض الشركة الاتجار في الخمر والمخدرات أو القمار، فإن هذه الشركة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية المحل لمخالفته للنظام العام والآداب^(٣).

والغرض في الشركة المهنية هو ممارسة أعمال المهنة بصورة جماعية، وللشركة المهنية مباشرة جميع الأعمال المرتبطة بغرضها.

ثالثاً – السبب:

يقصد به السبب الدافع إلى تأسيس الشركة وهو تحقيق الربح، ويختلط دائماً المحل مع السبب؛ لذلك نجد بعض الفقهاء يجعل كل من المحل والسبب ركناً واحداً^(٤)، بينما يرى البعض الآخر – وهو الذي نؤيده – بأن المحل يختلف عن السبب، فالسبب دائماً في عقد الشركة هو رغبة الشركاء في تحقيق الربح^(٥). أما المحل فهو المشروع نفسه الذي التزم المتعاقدون بالمساهمة فيه بتقديم حصة من مال أو عمل، ولذا يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب.

الأركان الموضوعية الخاصة في الشركة المهنية:

لا يكفي لقيام عقد الشركة توافر الأركان الموضوعية العامة التي يستلزم

(١) ١/١٤ شركات كويتي.

(٢) ١٧٢ مدني كويتي.

(٣) د. صفوت بهنساوي. الشركات التجارية. دار النهضة العربية – بني سويف ٢٠٠٧ ص ٢٥.

(٤) د. سميحة القليوبي. الشركات التجارية. ١٩٩٣، دار النهضة. ص ٣١.

(٥) د. محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق ص ٣٠.

وجودها في عقد الشركة كونه من العقود، بل يجب توافر أركان موضوعية خاصة يستلزمها عقد الشركة، وتتمثل هذه الأركان في:

- تعدد الشركاء
- تقديم الحصص
- اقتسام الأرباح والخسائر
- نية المشاركة

وسنتحدث عن كل ركن من هذه الأركان بشيء من التفصيل

أولاً - تعدد الشركاء:

يظهر من تعريف الشركة الذي تعرضنا له إلزامية تعدد الشركاء، إذ تعرف الشركة بأنها عقد بين شخصين أو أكثر يساهمون في مشروع مهني، ومع ذلك قام المشرع بتحديد حد أعلى للشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث حددها بسقف أعلى وهو (٥٠) شريكاً، ولم يشترط المشرع بالشركات المهنية نوع الشركاء طبيعيين أو اعتباريين، بل يجيز القانون مشاركة الشخص الاعتباري في إنشاء الشركة المهنية، لكن يشترط أن يكون الشخص الاعتباري شركة مهنية^(١).

ثانياً - تقديم الحصص:

يلتزم كل شريك من الشركاء في الشركة بتقديم حصة في رأس مال الشركة حتى يكون شريكاً، وهذه الحصص قد تكون على أحد أشكال ثلاثة: فإما أن تكون حصة نقدية أو حصة عينية أو حصة عمل.

- ١ - الحصة النقدية: الغالب أن يقوم الشركاء بتقديم حصصهم في الشركة على شكل حصة نقدية - بحيث يتفق على دفع مبلغ من النقود في ميعاد معين بين الشركاء.
- ٢ - الحصة العينية: بالإضافة إلى أن الشريك قد يقدم حصة نقدية كحصة رأس المال، فإنه يمكنه كذلك تقديم حصته في رأس المال على شكل حصة عينية، سواء أكانت هذه الحصة عقاراً أم منقولاً، والحصة إما أن يقدمها الشريك على سبيل التملك أو على سبيل الانتفاع.

- ٣ - حصة العمل: بالإضافة إلى الحصة النقدية والحصة العينية، فإنه يجوز للشريك أن يقدم عمله كحصة لا تدخل في رأس مال الشركة والعمل الذي يصح اعتباره حصة

(١) ٨٠ شركات كويتي المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ٢٠١٣.

في الشركة، هو العمل اللازم لتحقيق أغراض الشركة، أما العمل غير اللازم لتحقيق أغراض الشركة، فلا يعد حصة عمل في الشركة^(١).

وليس ثمة ما يمنع في الأصل من أن يرتبط الشخص بعقد شركة وبعقد عمل خاص بالشركة في ذات الوقت، إذ لا تعارض في الواقع بين المشاركة التي تقوم على فكرة المساواة وبين رابطة العمل التي تقوم على فكرة التبعية^(٢).

والشركة المهنية تستلزم أن يساهم كل شريك بالعمل المهني، إذ لا يجوز أن يكتفي الشريك فقط بتقديم حصة من رأس المال، لأن الغرض من الشركة المهنية القيام بأعمال المهنة بصورة جماعية.

فالمشرع الكويتي في المادة ٨٠ من قانون الشركات نص " .. ويكون الغرض منها ممارسة أعمال المهنة عن طريق التعاون الجماعي بينهم..".

وهذا النص يدل على أن الشريك في الشركة المهنية يجب أن يساهم في العمل المهني الجماعي، ولا يكتفي بتقديم الحصة المالية.

والغرض يعرف بأنه النشاط الذي ستبشره الشركة، ويشكل جزءاً من إرادة كل شريك في عقد التأسيس، حيث يمثل هذا النشاط الهدف الذي سعى الشركاء لتحقيقه^(٣).

ثالثاً - اقتسام الأرباح والخسائر:

يتميز عقد الشركة بأن الشركاء يهدفون من وراء عملية تأسيس الشركة الاشتراك في تحقيق الربح والخسارة إذا ما تعرضت لها الشركة.

ولم ينظم المشرع الكويتي اقتسام الأرباح والخسائر في باب الشركة المهنية ولا في اللائحة التنفيذية، وترك تنظيمها للقواعد العامة في قانون الشركات.

فالشركاء بالشركة يجب أن يتقاسموا الربح والخسارة بقدر حصصهم، فإذا لم يعين عقد الشركة نصيب الشركاء في الأرباح أو الخسائر كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال^(٤)، وإذا تضمن عقد الشركة شرطاً ينص على

(١) د. طعمة الشمري. الشركات التجارية، الناشر المؤلف . الطبعة الثالثة ١٩٩٩، ص٩.

(٢) تمييز رقم ٩٢/١٦ تجاري جلسة ١٩٩٣/٦/٢٨، مجموعة القواعد القانونية القسم الثالث - المجلد الثالث يوليو ١٩٩٩ ص٣٠.

(٣) د. عبد الرافع موسى، الغرض في الشركة، بدون ناشر ص٦.

(٤) ٢/١٨ شركات كويتي.

حرمان أحد الشركاء من أرباح الشركة أو إعفائه من الالتزام بخسائرها، بطل هذا الشرط وصح العقد^(١)

وإذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الربح، كان نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشريك في الخسارة.

ويقع باطلاً كل شرط يعطي للشريك حق الحصول على فائدة ثابتة عن حصته في الشركة^(٢).

وإذا كانت حصة الشريك حصة من العمل، ولم يعين في عقد الشركة نصيبه في الربح أو الخسارة، كان له أن يطلب تقويم عمله، ويكون هذا التقويم أساساً لتحديد حصته في الربح أو الخسارة^(٣)

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من الاشتراك في الخسارة، لكن يشترط أن لا يكون قد تقرر له أجر عن هذا العمل^(٤)

وإذا قدم الشريك بالإضافة إلى عمله حصة نقدية أو عينية، كان له نصيب في الربح أو في الخسارة عن حصته بالعمل وعن حصته النقدية أو العينية^(٥).

والأرباح التي توزع على الشركاء هي الأرباح الصافية وليست الإجمالية^(٦)

وإذا منيت الشركة بالخسارة، فلا يجوز توزيع أرباح صورية، وإذا قامت الشركة بتوزيع أرباح صورية فإنه يجوز لدائن 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^(٧).

ولا يلزم الشريك برد الأرباح الحقيقية التي قبضها ولو منيت الشركة بخسائر في السنوات التالية^(٨).

(١) ٤/١٨ شركات كويتي.

(٢) ١/١٩ شركات كويتي.

(٣) ٢/١٩ شركات كويتي.

(٤) ٣/١٩ شركات كويتي.

(٥) ٢/١٩ شركات كويتي.

(٦) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق ص ٧٣.

(٧) ٢٠ شركات كويتي.

(٨) ٢/٢٠ شركات كويتي.

أما المشرع السعودي فنص على أن عقد الشركة بين كيفية توزيع صافي الإيراد على الشركاء، وفي حالة عدم ورود نص يحدد حصة كل شريك في صافي الإيرادات، توزع بالتساوي بين الشركاء بغض النظر عن نسبة المشاركة في رأس المال^(١).

رابعاً - نية المشاركة:

تعرف نية المشاركة على أنها انصراف إرادة الشركاء إلى التعاون الإيجابي؛ لتحقيق غرض الشركة على أساس من التعاون الجماعي والمساواة بين الشركاء، فكل شريك يجب أن يتوافر لديه هدف لإنجاح المشروع وتحقيق غايته، ويترتب البطلان عند عدم تحقق نية المشاركة^(٢).

ونية المشاركة يتعين أن تكون قائمة لدى الشريك منذ إبرام عقد التأسيس وطول عمر الشركة.

ويشترط لقيام الشركة أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعة، وأن يساهم كل شريك في هذه التبعة بمعنى أن يشارك في الربح والخسارة معا^(٣).

والفقه^(٤) يفرق عند التعرض لنية المشاركة بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، ويرى أن شركات الأشخاص يظهر فيها التعاون بصورة كبيرة، فالجميع يعمل بروح الفريق الواحد لأهمية الاعتبار الشخصي، أما في شركات الأموال، فدور المساهمين يتمثل في رقابة أعمال الشركة، بالإضافة إلى أن التعاون بين الشركاء على قدم المساواة دون أية علاقة تبعية لأحدهم.

ويجب في الشركة المهنية أن يكون هناك تعاون بين جميع الشركاء بدرجة كبيرة للقيام بأعمال المهنة، حيث يعمل الجميع بروح الفريق الواحد لإنجاح أعمال المشروع أياً كان شكل الشركة، وهذا ما تتميز به الشركة المهنية، فالغرض من تأسيسها هو ممارسة أعمال المهنة عن طريق التعاون الجماعي فيما بين الشركاء^(٥) بالإضافة إلى أن المشرع يقرر مسؤولية الشريك عن خطأ المهني أياً كانت مساهمته في الشركة.

وهذا ما يجعل الشركة المهنية تستلزم توافر نية المشاركة في العمل المهني

(١) ١٨(٨) من نظام الشركة المهنية السعودي (٨).

(٢) د. سميحة القليوبي، مرجع سابق ص ٧٤.

(٣) تمييز رقم ٧١٩/٢٠٠٥، تجاري جلسة ١١/٦/٢٠٠٦، مجموعته القواعد القانونية، القسم الخامس المجلد الثامن - أبريل ٢٠٠٩ ص ٧٩.

(٤) د. سميحة القليوبي، مرجع سابق ص ٧٤.

(٥) ٨٠ شركات كويتي.

الجماعي بالشركة من خلال المساهمة بالعمل المهني الجماعي، بالإضافة إلى نية الاشتراك في تقديم حصة في الشركة واقتسام النتائج في المشروع ربحاً أو خسارة.

الأركان الشكلية في عقد الشركة المهنية:

أولاً - الكتابة:

اشتراط المشرع الكويتي في قانون الشركات كتابة عقد الشركة في محرر رسمي وموثق وإلا كان باطلاً، وهذه الكتابة لازمة بالنسبة لجميع أنواع الشركات - ما عدا شركة المحاصة - التي لا تشترط لها كتابة لخصوصيتها القائمة على الاستتار. والكتابة تعد لازمة للانعقاد وليست لازمة للإثبات فقط، وعليه فإن عدم وجود هذه الكتابة في عقد الشركة يترتب عليه بطلان عقد الشركة.

كما تجدر الإشارة إلى أن اشتراط المشرع للكتابة ليس فقط عند انعقاد العقد فقط، بل أن هذه الكتابة لازمة أيضاً لأي تعديل من الممكن أن يطرأ على عقد الشركة^(١).

والكتابة لازمة للشركة المهنية، فالأخيرة لاكتسابها الشخصية المعنوية لا بد من الحصول على الترخيص وقيدتها في السجل الخاص وشهرها^(٢).

ثانياً - قيد الشركة في السجل الخاص وشهرها:

اشتراط المشرع الكويتي لقيام الشركة المهنية الترخيص من الوزارة - وزارة التجارة - وأن يتم قيد الشركة في السجل الخاص ويتم شهرها عن طريق قيدها بالسجل؛ وذلك حتى تكتسب الشركة الشخصية المعنوية وتستطيع مباشرة أعمالها، أما قبل الترخيص والقيد في السجل والشهر فإن هذه الشركة لا تكتسب الشخصية المعنوية، ولا يحتج بوجودها في مواجهة الغير، بل إن المشرع نص على عدم جواز مزاولة الشركة نشاطها إلا بعد الشهر، والحصول على التراخيص اللازمة لمزاولة النشاط^(٣) ويقصد المشرع من وراء اشتراط الشهر والقيد في السجل الخاص إلى إعلام الغير بهذه الشركات، وبكل ما يتعلق بها من حيث المدة والغرض والشكل القانوني لها ومسؤولية الشركاء.

ويستلزم المشرع السعودي قيد الشركة المهنية في السجل المعد لذلك بوزارة

(١) ٥ شركات كويتي، ٩٤ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي.

(٢) ٨١ شركات كويتي.

(٣) ٢٤ شركات كويتي.

التجارة، ويسمى سجل الشركات المهنية ويحدد بقرار من وزير التجارة طريقة شهر الشركات المهنية بالنسبة لإنشائها وانقضائها وكل تعديل يطرأ عليها^(١).

ويفرض المشرع السعودي على مديري الشركة خلال ثلاثين يوماً من تأسيسها، أن ينشروا ملخص عقد الشركة ورقم الترخيص في جريدة يومية توزع في المركز الرئيسي للشركة^(٢).

وكان من الأجدر لو أن المشرع الكويتي تطلب فوق قيد الشركة في السجل الخاص لاكتسابها الشخصية المعنوية، أن يطلب نشر عقد التأسيس في جريدة يومية حتى يتحقق علم أوسع بالشركة.

ثالثاً - جنسية الشركاء ونسبة رأس المال:

بالإضافة إلى الشروط الشكلية فإن المشرع الكويتي أيضاً - من واقع المصلحة الوطنية - استلزم في الشركات أن لا تقل نسبة رأس مال الكويتيين عن ٥١٪ من رأس مال الشركة^(٣).

وهذا الشرط متعلق بالنظام العام، ويترتب على عدم احترامه بطلان الشركة بطلاناً مطلقاً، كما أنه ليس لازماً للتأسيس فقط بل لاستمرارها أيضاً.

وعندما تكون الشركة قد استوفت كل الأركان التي ذكرت سابقاً، سواء أكانت الأركان الموضوعية العامة أم الأركان الموضوعية الخاصة أو الأركان الشكلية، فإنها تكون قد استوفت الشكل النهائي القانوني المتطلب، وبالتالي ينشأ لهذه الشركة كيان قانوني مستقل، وتكتسب الشركة الشخصية المعنوية، وتستطيع أن تمارس نشاطها الذي تكونت وأنشئت من أجله، ويصبح بإمكانها اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات^(٤).

(١) من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) من اللائحة التنفيذية من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٣) قانون التجارة الكويتي.

(٤) د. محمود مختار أحمد بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، الطبعة الثانية ٢٠٠٢.

بدون ناشر ص ٧٩.

المبحث الثاني

إجراءات تأسيس الشركة المهنية

نظم المشرع الكويتي إجراءات تأسيس الشركة المهنية من حيث الجهات المختصة بمنح التراخيص والبيانات المطلوبة والأشخاص الذين يحق لهم تأسيس الشركة المهنية، وشكل الشركة لذلك وإجراءات تأسيس الشركة لازمة لوجود الشركة وللاحتجاج بها على الغير؛ لأنه لا يحتج على الغير بوجود الشركة إلا من وقت استيفاء إجراءات قيدها وفقاً لأحكام السجل الخاص بها، كما يترتب على عدم استيفاء هذه الإجراءات عدم قبول ما ترفعه الشركة من دعوى.

وسوف نتناول إجراءات التأسيس على النحو التالي:

أولاً - الحصول على الترخيص بتأسيس الشركة:

نظم المشرع الكويتي عملية الحصول على ترخيص الشركة المهنية، فنص على أن: "يكون الترخيص بتأسيس الشركة المهنية من الوزارة - وزارة التجارة - بالتنسيق مع الجهات المختصة قانوناً بالإشراف على تنظيم شؤون المهنة التي تمارسها الشركة، ووفقاً للشروط والقواعد التي تقرها الوزارة في هذا الشأن^(١).

ونظم المشرع السعودي الشركة المهنية وأعطى وزارة التجارة الاختصاص بالترخيص بتأسيس الشركات المهنية، وتقدم طلبات الترخيص بالتأسيس وفقاً للائحة تنظم ذلك يصدرها وزير التجارة^(٢).

والمشرع الكويتي يستلزم أن ينشأ بالجهة المختصة بالإشراف على شؤون المهنة سجل خاص تقيد به الشركات المهنية التي تؤسس وفقاً لأحكام القانون، وهذه اللائحة يجب أن تدون به البيانات الآتية^(٣):

- ١ - اسم الشركة وعنوانها.
- ٢ - أسماء الشركاء وجنسياتهم وموطنهم.
- ٣ - عدد الأسهم أو الحصص المملوكة لكل شريك ونوعها والقيمة المدفوعة عن كل سهم أو حصة.

(١) ٨١ شركات كويتي.

(٢) ٧ من نظام الشركة المهنية السعودي .

(٣) ٩٢ من اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي.

٤ - أسماء المدراء أو مجلس الإدارة وسلطاتهم وأي تغييرات تطرأ على البيانات المسجلة فيه.

٥ - أي تغييرات تطرأ على البيانات المسجلة في السجل. ويخضع تأسيس الشركة لذات الإجراءات المقررة للشكل الذي اتخذته الشركة، على أن يرفق بطلب تأسيس الشركة كتاب يفيد موافقة الجهة المختصة قانوناً بالإشراف على تنظيم شؤون المهنة التي تمارسها الشركة على تأسيس الشركة، وبأنها ليست لديها تحفظات على مسودة عقد الشركة.

ويلاحظ أن قانون الشركات الكويتي ولائحته لم يتعرضوا للشخص المسؤول - كما فعل المشرع السعودي^(١) - عن تقديم طلب تأسيس الشركة للجهات المختصة، وكان من الأفضل لو حدد المسؤول عن تقديم طلب التأسيس، كأن يكون أحد الشركاء أو من يمثله.

ولا تقيد الشركة المهنية بالسجل التجاري، وإنما تقيد بالسجل الخاص المعد لهذا الغرض بالجهة المختصة قانوناً بالإشراف على تنظيم شؤون المهنة، ويستلزم المشرع شهر عقد الشركة عن طريق التأشير به في سجل خاص تعدده لهذا الغرض الجهة المختصة - المشرفة على تنظيم شؤون المهنة - ويشهر عقد الشركة وأي تعديلات تطرأ عليه والتنازل عن الحصة أو بيعها أو رهنها بالقيد في السجل المشار إليه، ولا تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية ولا يجوز أن تمارس أعمالها إلا بعد قيدها في هذا السجل^(٢).

ويلزم المشرع الكويتي الشركة المهنية تقديم بوليصة تأمين أو إبرام عقد تأمين مع شركات تأمين محلية أو عالمية لها فروع بدولة الكويت ضد الأعمال غير المشروعة أو الإهمال أو سوء السلوك، وضد الأخطاء المهنية التي ترتكب من الشركاء أنفسهم أو أحد الموظفين العاملين لديها؛ لتغطية أي تعويضات يطالب بها المتعاملون مع الشركة عن الأضرار التي قد تصيبهم من جراء تلك الأخطاء، وتكون صلاحية هذه البوليصة أو العقد لمدة تمتد لثلاثة أشهر بعد انتهاء ترخيص الشركة، ويتم تجديدها طوال مدة الشركة، على أن يكون الحد الأدنى لتغطية البوليصة خمسمائة ألف دينار كويتي، ما لم تشترط الجهة المشرفة على المهنة قيمة أعلى من هذا الحد.

(١) من اللائحة التنفيذية لنظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) ٩٤ من اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي.

ولا تمنح الشركة المهنية ترخيص مزاولة النشاط إلا بعد تقديم تلك البوليصة أو العقد^(١).

ويعطي المشرع للجهة المختصة قانوناً بالإشراف على تنظيم شؤون المهنة التي تمارسها الشركة إصدار شهادات عن البيانات المؤشر بها في السجل^(٢).

ثانياً - بيانات عقد تأسيس الشركة المهنية:

تستلزم اللائحة التنفيذية^(٣) في قانون الشركات الكويتي:

أن يشتمل عقد الشركة على البيانات الآتية:

- ١ - اسم الشركة المهني وعنوانها.
 - ٢ - مركز الشركة الرئيسي.
 - ٣ - الغرض من تأسيس الشركة.
 - ٤ - مدة الشركة إن وجدت.
 - ٥ - أسماء الشركاء وألقابهم وجنسياتهم ومؤهلاتهم العلمية ومحل إقامة كل منهم.
 - ٦ - طريقة إدارة الشركة والمسؤولين عن الإدارة وسلطاتهم.
 - ٧ - مقدار رأس المال وحصة كل شريك، وبيان عن كل حصة غير نقدية وطبيعتها والقيمة التي قومت بها، واسم مقدمها والشروط الخاصة بتقديمها وحقوق الرهن والامتياز المترتبة عليها إن وجدت.
 - ٨ - الأحكام الخاصة بتوزيع العائد بين الشركاء.
 - ٩ - السنة المالية للشركة.
 - ١٠ - الأحكام الخاصة بتصفية الشركة وقسمة أموالها.
- وتعتبر هذه البيانات الحد الأدنى، إذ يحق للوزارة بالتنسيق مع الجهات المختصة بالإشراف على تنظيم شؤون المهنة زيادة البيانات التي يشملها عقد الشركة^(٤).
- ويستلزم المشرع الكويتي أن يكون عنوان الشركة مستمداً من أغراضها وأسماء الشركاء، أو اسم أحدهم مع إضافة كلمة (شركاه أو وشريكه) حسب الأحوال، أي

(١) ٩٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي، ١٠ من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) ١٠٠ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي.

(٣) ٩٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي.

(٤) ٨٢ شركات كويتي.

يجب أن يحمل عنوان الشركة اسم لشخص - طبيعي أو اعتباري - هم الشركاء، مما يحظر معه تأسيس شركة مهنية تحمل اسم (مبتكر)^(١) على خلاف المشرع السعودي الذي يسمح بأن يكون عنوان الشركة المهنية مبتكراً^(٢).

ويجيز المشرع السعودي للشركة الاحتفاظ باسم الشريك ضمن اسم الشركة، وذلك بالاتفاق معه أو مع ورثته حسب الأحوال، في حال انسحاب الشريك أو عجزه عن العمل المهني أو وفاته حسب الأحوال^(٣).

لكن المشرع الكويتي نص صراحة على أن فقد الشريك صلاحية مزاوله المهنة يقتضي ذلك، التنازل خلال ستة أشهر عن حصصه أو أسهمه بالشركة، وإلا تم تقويم حصصه أو أسهمه، وتقوم الشركة باستردادهما، ويسري ذات الحكم على الشريك المتوفى، مالم يكن من بين ورثته من هو مرخص له بمزاولة المهنة، واتفق الورثة على حلولة محل مورثهم^(٤).

وهذا يعني أن يفقد الصلاحية يجب أن تنتهي علاقة الشريك بالشركة، ومن ضمن هذه الأمور الاسم، فيجب أن يزال عن الشركة اسم الشريك لأن هذه المهنة لصيقة بالشخصية، والاسم المهني مرتبط بصاحبه، فإن انقطاع صلة الشريك بالشركة يترتب عليه زوال الاسم، على خلاف الاسم التجاري الذي ممكن أن ينتقل ويقوم مالياً^(٥).

ثالثاً - الأشخاص الذين يملكون حق تأسيس الشركة:

أحال المشرع الكويتي في قانون الشركات إلى اللائحة التنفيذية بيان أصحاب المهن التي يجوز لها تأسيس الشركة المهنية، إذ حددت اللائحة^(٦) اصحاب المهن الحرة التي يجوز لهم تأسيس شركات مهنية فيما بينهم، وهم:

١ - المحاماة.

(١) ٨٠ شركات كويتي.

(٢) قرار وزير التجارة السعودي رقم ١٤٢٢/١٢٠، بالمادة الأولى منه "يجوز لكل شخص مرخص له بمزاولة مهنة حرة أن يتخذ له اسماً مبتكراً يقيد به في سجل المهن الحرة، مقروناً بتخصصه المهني واسمه الشخص، شريطة ألا يكون الاسم مقيداً بسجلات المهن الحرة".

(٣) ١١ من نظام الشركات المهنية السعودي.

(٤) ٩٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي.

(٥) د. حسني المصري، القانون التجاري الكويتي - الناشر دار الكتب - الكويت الطبعة الثانية ١٩٩٥ ص ٢٦٣.

(٦) ٩٠ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي.

٢ - المحاسبة.

٣ - الطب.

٤ - الهندسة.

٥ - الاستشارات المرخص بمزاولتها.

وإحالة المشرع على اللائحة لتحديد المهن التي يجوز لها تأسيس شركات مهنية عمل موفق، لأنه قد تظهر مهن في المستقبل، تحتاج لتكوين شركات مهنية فيكون من السهل إضافة المهنة الجديدة دون الحاجة لتعديل التشريع عن طريق السلطة التشريعية.

لكن يلاحظ أن المشرع في اللائحة التنفيذية أدخل على المهن ما ليس منهم - الاستشارات المرخص بمزاولتها - فالاستشارات ليست مهنة، ولم يعرف المشرع ما هو المقصود بالاستشارات المرخص بمزاولتها؟!.

فالمشرع يفرض أن تكون الشركة المهنية بين أصحاب مهنة واحدة ينظمها قانون قائم على شؤون المهنة - يبين شروط وضوابط مزاولتها، ثم لا بد من جهة تشرف على تنظيم شؤون المهنة، فكل المهن التي نصت عليها اللائحة لها جهات تشرف على تنظيم شؤونهم، باستثناء الاستشارات المرخص بمزاولتها لأنها ليست مهنة.

فالمشرع الكويتي قد جانبه الصواب في إدراج الاستشارات المرخص بمزاولتها ضمن المهن التي يجوز لها تأسيس الشركة المهنية - مما يجعلنا نرى إلغاء الفقرة الخامسة من المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية والتي أدخلت الاستشارات ضمن المهن التي يجوز لها تأسيس شركة مهنية لخروجها صراحة عن أحكام المادة ٨٠ من قانون الشركات الكويتي.

ولم يتعرض المشرع الكويتي لمشاركة الشخص الأجنبي في الشركة المهنية كما فعل المشرع السعودي^(١) عند تأسيس الشركات المهنية، وسكوت القانون عن ذلك لا يعني حرمان الأجنبي من المشاركة في تأسيس الشركة المهنية.

إلا أن الحاكم في هذه المسألة هو القانون الذي ينظم شؤون المهنة، فإن أجاز قانون المهنة للأجنبي ممارستها، حق له تبعاً لذلك إمكانية المشاركة في تأسيس الشركة المهنية، بشرط أن يكون رأس المال الكويتي يعادل ٥١٪ من رأس مال الشركة.

(١) ٢/١ نظام الشركة المهنية السعودي وتنص "...ويجوز للمهنيين السعوديين المرخص لهم مشاركة شركات مهنية أجنبية بالشروط التي يحددها وزير التجارة.

ويجيز المشرع السعودي للمهنيين السعوديين المرخص لهم مشاركة شركات مهنية أجنبية متخصصة^(١).

رابعاً - شكل الشركة المهنية:

نظم المشرع الكويتي في القانون^(٢) شكل الشركة المهنية، فنص على أن تتخذ الشركة المهنية أحد أشكال الشركات الآتية:

- ١ - شركة المساهمة المقفلة.
 - ٢ - الشركة ذات المسؤولية المحدودة.
 - ٣ - شركة التضامن.
 - ٤ - شركة التوصية البسيطة.
- وأخضع المشرع الشركة للقواعد المقررة لشكل الشركة التي تتخذها فيما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة للشركة المهنية.

واستبعد المشرع بعض أنواع الشركات من تأسيس الشركة المهنية لكونها لا تتفق وطبيعة الشركة المهنية، فشركة الشخص الواحد^(٣) تقوم على تخصيص الذمة المالية لشخص طبيعي أو اعتباري وهي تتعارض مع فكرة العمل الجماعي في الشركة المهنية، وشركة المساهمة العامة^(٤) تقوم على فكرة مشاركة الجمهور في رأس المال إذ من خصائص شركة المساهمة طرح أسهماً للجمهور للاكتتاب وتقبل أسهماً للتداول، وهي تتعارض مع قصر المساهمة على أصحاب المهنة الواحدة في الشركة المهنية.

فضلاً عن ذلك فإن شركة المساهمة المقفلة يراعى فيها المؤسسون إدخال قدر من الاعتبار الشخصي، والتعاون الجماعي بين المهنيين في الشركة المهنية يهتم قدر بالاعتبار الشخصي للشريك في الشركة.

أما شركة المحاصة^(٥) فهي شركة مستترة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية، والقانون يتطلب القيد والشهر لاكتساب الشخصية المعنوية للشركة المهنية.

واستبعد أيضاً المشرع شركة التوصية بالأسهم^(٦) لأن من خصائصها أن

(١) من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) ٢/٨٠ شركات كويتي.

(٣) ٨٥ شركات كويتي.

(٤) ١١٩ شركات كويتي.

(٥) ٧٨ شركات كويتي.

(٦) ٢/٦٢ شركات كويتي.

الأسهم قابلة للتداول، على خلاف التوصية البسيطة والتي من خصائصها عدم قابلية حصة الشريك للتداول.

في شكل الشركة المهنية قد قصره على شركة التضامن^(١) ويظهر ذلك من نصوص القانون السعودي إذ تنص المادة ١٢ منه:

"يقسم رأس مال الشركة إلى حصص متساوية، ويجوز أن تكون حصة الشريك نقدية أو عينية أو حصة بالعمل، ولا تدخل الحصة بالعمل في تكوين رأس المال، ولا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في صكوك قابلة للتداول".

وتنص المادة ١٥ من ذات القانون "يسأل المدير أو المديرون، بصفة شخصية أو بالتضامن، بحسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير عن مخالفة الأنظمة أو اللوائح، أو عقد الشركة، أو عن الخطأ في الإدارة...."

ويحظر المشرع السعودي أن تتحول الشركة المهنية إلى نوع آخر من أنواع الشركات، ولا يمنع المشرع الكويتي تحول الشركة لأي شكل قانوني آخر.

إذ تنص المادة ٢٨١ من قانون الشركات الكويتي "يجوز لأي شركة أن تتحول من شكل قانوني إلى آخر، ويكون التحول بقرار يصدر طبقاً للأحكام والإجراءات المقررة لتعديل عقد، وبشرط أن يكون قد مضى على قيدها السجل التجاري سنتان مائتان على الأقل^(٢).

ولا يتم تحول الشركة إلا بعد استيفاء الإجراءات المقررة لذلك واتخاذ إجراءات النشر والإعلان...."

ويظهر من هذا النص عدم إمكانية أي شركة مهنية التحول إلى شكل قانوني آخر، والسبب يرجع إلى أن المشرع اشترط لتحول الشركة من شكل إلى آخر أن يكون قد مضى على قيدها في السجل التجاري سنتان مائتان وهذا لا يتحقق للشركة المهنية، إذ لا يشترط قيدها في السجل التجاري بل لها سجل خاص تقيد فيه الشركة. وهذا يعد قصوراً في التشريع يقتضي التعديل، بأن يسمح للشركة المهنية بالتحول لشكل آخر في حدود الأشكال المقررة للشركة المهنية.

(١) من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) سقط حرف "في" بين كلمة قيدها والسجل التجاري عندما أعيد نشر قانون الشركات في الجريدة الرسمية بملحق العدد ١١٢٤ بتاريخ ٢٧/٣/٢٠١٣ بعد التعديل عليه، وكان حرف (في) موجوداً عند صدور القانون بعدد الجريدة الرسمي بملحق العدد ١١٠٧ بتاريخ ٢٩/١١/٢٠١٢.

المبحث الثالث مسؤولية الشركة المهنية

تختلف الجهة التي تتولى إدارة الشركة المهنية باختلاف شكل الشركة، وتختلف الجهة المسؤولة عن تعويض المتضرر حسب تغاير جهة الإدارة طبقاً لشكل الشركة، ويستلزم بحث المسؤولية التعرض لإدارة الشركة؛ لذلك سوف نعرض لإدارة الشركة حسب نوع الشركة، ثم نعرض لمسؤولية الشركة المهنية.

إدارة الشركة المهنية:

حدد المشرع الكويتي أشكالاً معينة من الشركات يجب أن تتخذها الشركة المهنية، وبتعدد شكل الشركة، تختلف جهة الإدارة المسؤولة عن أضرار الغير؛ لذلك سوف نستعرض إدارة الشركة حسب نوعها:

أولاً - الشركة المهنية التضامنية:

يتولى إدارة الشركة التضامنية مدير أو أكثر من بين الشركاء، يحدد عقد الشركة طريقة تعيينه وعزله وحدود سلطته في الإدارة، إذا تعدد المديرون ولم ينص عقد الشركة على حكم معين، صدرت القرارات بالأغلبية المطلقة لهم، وعند تساوي الأصوات يعرض المديرون الأمر على الشركاء للبت فيه، وتكون الموافقة عليه بأغلبية الشركاء^(١).

وإذا لم يتم تعيين مدير للشركة ولم يشترط عقد الشركة أن تكون إدارة الشركة للشركاء مجتمعين، يكون لكل شريك صلاحية الإدارة، ويكون من حق أي شريك الاعتراض على أي عمل يقوم به شريك آخر قبل تنفيذه، وفي هذه الحالة يعرض الأمر على الشركاء للبت فيه، وتكون الموافقة عليه بأغلبية الشركاء^(٢).

ولا يجوز للمدير القيام بالتصرفات التي تجاوز الإدارة العادية إلا بموافقة جميع الشركاء أو بنص صريح في عقد الشركة. ويسري هذا الحظر بصفة خاصة على التصرفات التالية:

- ١ - التبرعات.
- ٢ - كفالة ديون الغير.

(١) ٤٤ شركات كويتي.

(٢) ٤٥ شركات كويتي.

٣ - التحكيم بالصلح.

٤ - الصلح والإبراء^(١).

ولا يجوز عزل مدير الشركة إلا بالأغلبية اللازمة لتعديل عقد الشركة، ومع ذلك يجوز عزل أي مدير بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء إذا كانت هناك أسباب تبرر العزل، ويجب شهر عزل المدير وتعيين المدير الجديد، ولا يترتب على عزل المدير الشريك حل الشركة، ما لم ينص في عقد الشركة على خلاف ذلك.

وفي جميع الأحوال لا تدخل حصص المدير المطلوب عزله ضمن النصاب اللازم لاتخاذ قرار العزل، فإذا بلغت حصص المدير نصف رأس مال الشركة أو أكثر فلا يتم عزله إلا بحكم قضائي^(٢).

ثانياً - الشركة المهنية بصورة توصية بسيطة:

تتكون شركة التوصية البسيطة من فئتين من الشركاء:

١ - شركاء متضامنون يسألون بالتضامن في أموالهم عن كل التزامات الشركة وهم وحدهم الذين يتولون إدارتها، ويجب أن يكون جميع الشركاء المتضامنين من الكويتيين

٢ - شركاء موصون يشاركون في رأس مال الشركة بحصص مالية، ولا يكون أي منهم مسؤولاً عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته في رأس المال^(٣).

ثالثاً - الشركة المهنية ذات المسؤولية المحدودة:

يتولى إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة مدير أو أكثر من بين الشركاء أو من غيرهم يعين في عقد الشركة، وإذا لم يعين عقد الشركة المديرين عينتهم الجمعية العامة العادية للشركاء^(٤).

ويجوز عزل مدير الشركة بحكم قضائي - بناء على طلب شريك أو أكثر ممن يملكون ربع حصص رأس المال على الأقل - وذلك للأسباب التالية:

١ - إذا ارتكب عملاً من أعمال الغش.

٢ - إذا ارتكب خطأ ألحق بالشركة ضرراً جسيماً^(٥).

(١) ٤٦ شركات كويتي.

(٢) ٥٠ شركات كويتي.

(٣) ٥٦ شركات كويتي.

(٤) ١٠٣ شركات كويتي.

(٥) ١٠٤ شركات كويتي.

وإذا لم تحدد سلطات مدير الشركة في عقد الشركة أو في القرار الصادر عن الجمعية العامة للشركاء بتعيينه، كان للمدير سلطة كاملة في القيام بجميع الأعمال والتصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة^(١).

رابعاً - الشركة المهنية بصورة مساهمة مقفلة:

يتولى إدارة شركة المساهمة المقفلة مجلس إدارة، يجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس الإدارة عن ثلاثة أعضاء، كما يجوز أن يكون للشركة رئيس تنفيذي من بين أعضاء مجلس الإدارة أو من غيرهم^(٢).

والمشروع السعودي يعتبر كل شريك في الشركة مديراً لها ما لم يحدد عقد الشركة شريكاً أو أكثر يكون منوطاً به إدارة الشركة، كما أجاز أن يحدد المدير، أو المديرون في اتفاق مستقل، وترك النظام لعقد الشركة تحدد شروط تعيين المديرين وسلطاتهم ومكافآتهم ومدة إدارتهم للشركة وطريقة عزلهم^(٣).

ويمنع المشروع السعودي أن تتضمن سلطة المدير، أو المديرين إخضاع باقي الشركاء له في ممارستهم للمهنة^(٤).

ويلاحظ أن المشروع السعودي يستلزم أن يكون مدير الشركة أحد الشركاء ومن أصحاب المهنة، والسبب يرجع إلى أنه يتخذ الشركة التضامنية كشكل وحيد لتأسيس الشركة المهنية، على خلاف القانون الكويتي الذي يتعدد فيه شكل الشركة المهنية والذي يظهر فيه أنه لا يشترط أن يكون مدير الشركة من أصحاب المهنة، باستثناء شركة التضامن والتوصية البسيطة.

وعدم اشتراط أن يكون مدير الشركة من أصحاب المهنة أمر يحتاج لإعادة نظر، فإن من الأفضل أن يتولى إدارة الشركة المهنية من أصحاب المهنة من يرى فيه الشركاء الكفاءة لذلك.

مسؤولية الشركة المهنية:

يفرض القانون الكويتي على الشركات المهنية واجبات، يجب عليها الالتزام بها، وهي:

(١) ١٠٥ / ١ شركات كويتي.

(٢) ٢٦٥ شركات كويتي.

(٣) ١٣ من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٤) ١٤ من نظام الشركة المهنية السعودي.

فالمشرع الكويتي والسعودي لايجيز للشركة المهنية تقديم خدماتها لعملائها إلا من خلال شركائها وموظفيها، ولا يحق لها مباشرة نشاطها من خلال موظفي أي شركة أخرى تمارس ذات النشاط، وذلك كله ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك^(١).

ويلزم المشرع الكويتي الشركة المهنية تقديم بوليصة تأمين أو إبرام عقد تأمين مع شركات تأمين محلية أو عالمية لها فروع بدولة الكويت ضد الأعمال غير المشروعة أو الإهمال أو سوء السلوك، وضد الأخطاء المهنية التي ترتكب من الشركاء أنفسهم أو أحد الموظفين العاملين لديها، لتغطية أي تعويضات يطالب بها المتعاملون مع الشركة عن الأضرار التي قد تصيبهم من جراء تلك الأخطاء، وتكون صلاحية هذه البوليصة أو العقد لمدة تمتد لثلاثة أشهر بعد انتهاء ترخيص الشركة، ويتم تجديدها طوال مدة الشركة، على أن يكون الحد الأدنى لتغطية البوليصة خمسمائة ألف دينار كويتي، ما لم تشترط الجهة المشرفة على المهنة قيمة أعلى من هذا الحد.

والمشرع الكويتي يمنع الشركة من الحصول على ترخيص لمزاولة نشاطها إلا بعد تقديم تلك البوليصة أو العقد^(٢).

وهذا يسجل للمشرع الكويتي حماية للمتعاملين مع الشركة واهتمامه بهم عندما استلزم وجود التأمين للحصول على ترخيص الشركة.

كما تلتزم الشركة وفقاً للقانون الكويتي تزويد الجهة المشرفة على شؤون المهنة بنسخ من محاضر اجتماعات جمعياتها العمومية أو اجتماعات الشركاء، وكذلك نسخ من بياناتها المالية السنوية المعتمدة^(٣).

ويفرض المشرع الكويتي على الشركاء أثناء حياة الشركة التزامات تشكل قيوداً عليهما، إذ لا يجوز للشركاء حل الشركة أو تصفيتها قبل نهاية مدتها إلا بعد إخطار عملائها بفترة لا تقل عن ثلاثة أشهر قبل البدء في إجراءات الحل والتصفية، ولا يتم التأشير بقرار الحل أو التصفية في السجل المعد لذلك لدى الجهة المختصة بالإشراف على المهنة إلا بعد الإعلان^(٤).

كما لا يجوز للشريك طبقاً للقانون الكويتي والسعودي أن يكون شريكاً في أكثر

(١) من اللائحة التنفيذية قانون الشركات، المادة ٤ من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) من اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي.

(٣) من اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي.

(٤) من اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي.

من شركة مهنية واحدة، ولا أن يباشر المهنة لحسابه الخاص أو مستتراً من خلال شخص آخر^(١).

ولم يرتب المشرع الكويتي جزاء عند قيام الشريك بمزاولة المهنة لحساب نفسه أو مستتراً، وهذا الأمر يشكل قصوراً، فالمشرع السعودي ينص صراحة على أن الأتعاب التي حصل عليها الشريك تكون من حق الشركة^(٢) ويجب أن ينبه المشرع الكويتي لذلك وينص صراحة أن تكون الأتعاب حقاً خالصاً للشركة.

ونظم المشرع الكويتي أحكام المسؤولية في قانون الشركات وحدد مسؤولية كل شركة، وأحكام الرجوع عليها، واستحدث المشرع الكويتي في قانون الشركات الشركة المهنية ووضع لها أحكام خاصة في المسؤولية.

حيث نص في المادة ٨٠ من قانون الشركات الكويتي وتبين اللائحة التنفيذية ضوابط حماية المتعاملين معها.

وجاء في اللائحة التنفيذية في المادة (١٠٢) "يسأل كل شريك بصفته الشخصية عن خطئه المهني تجاه الشركة، وتسأل الشركة عن تعويض الغير عما أصابه من أضرار بسبب خطأ الشريك".

فالمشرع الكويتي في هذه المادة يضع أحكاماً للمسؤولية تشكل خروجاً على ما هو معروف في قانون الشركات، لذلك سوف نعرض:

أولاً: أحكام المسؤولية العامة في الشركة

ثانياً: أحكام المسؤولية الخاصة في الشركة المهنية

أحكام المسؤولية العامة في الشركة:

نظم قانون الشركات المسؤولين حسب نوع الشركة وحدد الجهة المسؤولة عن الإدارة، ورتب المسؤولية على وقوع أخطاء منها عندما يصيب الغير ضرر، والمشرع الكويتي حدد عدد من الشركات التي يمكن أن تتخذها الشركة المهنية ووفقاً لنظم المسؤولية في قانون الشركات الكويتي فإن المسؤولية تقع على كل شركة حسب نوعها على النحو التالي:

(١) ٩٨ من اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي، المادة ٣ من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) ٣ نظام الشركات المهنية السعودي " ... وإذا أخل أحد الشركاء بهذا الالتزام كانت الأتعاب التي حصل عليها من حق الشركة".

١ - الشركة المهنية التضامنية:

نظم المشرع الكويتي المسؤولية في شركة التضامن عندما قرر "يسأل المدير عن الضرر الذي يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير بسبب ما يصدر عنه من أخطاء في الإدارة أو بسبب قيامه بأعمال تخالف حكم القانون أو عقد الشركة، ويعتبر باطلاً كل شرط على خلاف ذلك" ^(١).

والمشرع السعودي يقصر تأسيس الشركة المهنية على شركة التضامن ويقرر مسؤولية المدير أو المديرين، بصفه شخصية أو بالتضامن، بحسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير عن مخالفة الأنظمة، أو اللوائح، أو عقد الشركة، أو الخطأ في الإدارة، وتحدد الجهة القضائية المختصة في حالة الحكم بالتعويض مع تعدد المديرين مقدار التعويض الذي يتحمله كل منهم" ^(٢).

٢ - الشركة المهنية بصورة توصية بسيطة:

نظم المشرع الكويتي المسؤولية في الشركة التوصية البسيطة عندما قرر "يتولى إدارة الشركة مدير أو أكثر يختارهم جميع الشركاء من بين الشركاء المتضامنين أو من الغير، ولا يجوز للشريك الموصي، ولو بناء على تفويض أو توكيل، التدخل في أعمال الإدارة وإلا أصبح مسؤولاً في جميع أمواله عن الالتزامات الناشئة عن الأعمال التي باشرها بالفعل لحساب الشركة، ولا يعد تدخلاً في أعمال الإدارة مراقبة تصرفات مديري الشركة والاطلاع على دفاتها وتقديم الآراء إليهم، والترخيص لهم في تصرفات تجاوز حدود سلطاتهم" ^(٣).

٣ - الشركة المهنية ذات المسؤولية المحدودة:

نظم المشرع الكويتي المسؤولية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عندما قرر بأن يكون المديرون مسؤولين بالتضامن تجاه الشركة والشركاء والغير عن مخالفتهم لأحكام القانون أو عقد الشركة أو الخطأ في الإدارة وفقاً للقواعد المنصوص عليها في باب شركة المساهمة بهذا القانون ^(٤).

(١) ٤٩ شركات كويتي.

(٢) ١٥ من نظام الشركة المهنية السعودي.

(٣) ٥٩ شركات كويتي.

(٤) ١٠٥ شركات كويتي.

٤ - الشركة المهنية بصورة مساهمة مقفلة:

نظم المشرع الكويتي المسؤولية في الشركة المساهمة المقفلة عندما قرر أن رئيس مجلس الإدارة وأعضائه مسؤولون تجاه الشركة والمساهمين والغير عن جميع أعمال الغش وإساءة أعمال السلطة، وعن كل مخالفة للقانون أو لعقد الشركة، وعن الخطأ في الإدارة^(١).

فالمسؤولية في الشركات السابقة لا تكون إلا لمدير الشركة الذي يتولى إدارتها. أما الشركاء والمساهمون فلا يديرون الشركة، ومن ثم لا يسألون إلا عن سداد حصصهم أو عن ديون الشركة، لكن عندما يكون الشريك متضامناً فإن الحكم مختلف كما سوف نعرض:

١ - المسؤولية الشخصية للشريك المتضامن:

ينظم المشرع الكويتي في قانون الشركات مسؤولية الشركاء عن التزامات الشركة، تبعاً لنوع الشركة، والشريك المتضامن في شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، يكونون مسؤولين عن ديون الشركة.

وأساس المسؤولية الشخصية للشريك المتضامن في شركة التضامن هي ما نصت عليه المادة ٣٣ من قانون الشركات بأن " ... يكون الشركاء فيها مسؤولين بصفة شخصية على وجه التضامن عن التزامات الشركة في جميع أموالهم."

وأساس المسؤولية الشخصية للشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة ما نصت عليه المواد (٥٦) شركات والتي قررت "تتكون شركة التوصية البسيطة من فئتين من الشركاء:

١ - شركاء متضامنون يسألون بالتضامن في أموالهم عن التزامات الشركة....

والمادة (٦١) من قانون الشركات تنص " يخضع الشريك المتضامن في هذه الشركة - شركة التوصية - للنظام القانوني الذي يخضع له الشريك في شركة التضامن..."

والمسؤولية الشخصية للشريك المتضامن، تجعل أموال الشريك جميعها ضامنة لديون الشركة أيّاً كان مقدارها وأيّاً كان مصدر هذا الالتزام^(٢).

(١) ١/٢٣٢ شركات كويتي.

(٢) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الشركات التجارية، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت ٢٠٠٩ ص ٦٠٩.

فالمشرع يعطي الخيار لدائني الشركة بالرجوع على الشركة في أموالها، أو الرجوع على أي شريك متضامن في الشركة في أمواله.

لكن تجدر الإشارة إلى أن المشرع وضع قواعد للرجوع على الشريك المتضامن وهي أنه "لا يجوز التنفيذ على أموال الشريك الخاصة قبل إنذار الشركة بدفع الدين ومضي خمسة عشر يوماً دون الوفاء..."^(١)

فالشريك المتضامن ليس له التمسك بالتجريد، أي بالرجوع على الشركة أولاً وتجريدها وعند عدم الوفاء يرجع عليه، وليس له التمسك بتقسيم الدين بين الشركاء المتضامين، لكن ما يملكه الشريك المتضامن هو الدفع بعدم الوفاء لعدم اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون.

فالشريك المتضامن مسؤوليته عن ديون الشركة غير محدودة، وإذا وفي أحد الشركاء بدين جاز له أن يرجع بما وفاه على الشركة، أو على باقي الشركاء كل بقدر حصته في الدين^(٢).

ومسؤولية الشريك الشخصية متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الإعفاء منها أو تقييدها، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك^(٣).

٢ - المسؤولية التضامنية للشركاء المتضامين:

نظم المشرع الكويتي المسؤولية التضامنية للشركاء في قانون الشركات، ونص في المادة ٣٣ منه على حكم في شركة التضامن يقضي "... ويكون الشركاء فيها مسؤولين بصفة شخصية وعلى وجه التضامن عن التزامات الشركة في جميع أموالهم.." ونص المشرع في حكم مماثل في شركة التوصية البسيطة عندما قرر في المادة (٥٦) شركات "تتكون شركة التوصية البسيطة من فئتين من الشركاء:

- شركاء متضامنون يسألون بالتضامن في أموالهم عن كل التزامات الشركة....."

فالشركاء المتضامنون ملتزمون بديون الشركة في جميع أموالهم، ولدائني الشركة الحق في الرجوع على الشركاء جميعهم بالدين أو الرجوع على أحدهم، وليس

(١) ١/٥٣ شركات كويتي.

(٢) ٥٣ / ٢ شركات كويتي.

(٣) ٢٣ شركات كويتي.

للشريك الدفع بالتجريد أو التقيسم، لكن يحق للشريك بعد سداد الدين أن يرجع على الشركاء بمقدار حصصهم.

والمشروع السعودي يقرر مسؤولية الشركاء مسؤولية شخصية وعلى وجه التضامن في مواجهة الغير عن ديون الشركة، ولا تجوز مطالبة الشركاء بديون الشركة قبل إعادتها وإعطائها مهلة كافية للوفاء، ومع ذلك يجوز أن ينص عقد الشركة في العلاقات بين الشركاء على النسبة التي يتحملها كل شريك من ديون الشركة^(١).

٣ - المسؤولية عن سداد حصص رأس المال:

ليس على الشريك ولا المساهم أي مسؤولية عن إدارة الشركة طالما لم يعينوا كمديري في الشركة أو أعضاء في مجلس إدارتها متى ما كانوا بعديين عن الإدارة، كانوا بعديين عن المسؤولين طالما لم يكن أحد منهم شريكاً متضامناً.

لكن المشروع الكويتي يقرر مسؤولية الشريك أو المساهم الغير مدير في حالة وحيدة هي مسؤوليته عن سداد حصصهم في رأس المال.

فالشريك الموصى في شركة التوصية البسيطة، لا يكون مسؤولاً عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته في رأس المال^(٢).

والشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لا يكون مسؤولاً عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته في رأس المال^(٣).

والمساهم في شركة المساهمة المقفلة، لا يكون مسؤولاً عن التزامات الشركة إلا في حدود القيمة الاسمية لما اكتتب فيه من أسهم^(٤).

فالشريك أو المساهم لا يجوز الرجوع عليهم بأية تعويضات إلا في حال عدم سدادهم لحصصهم في رأس المال، وفي حدود مساهمتهم في رأس المال.

فمدير الشركة أو مجلس الإدارة طبقاً للقواعد العامة هو المسؤول عن إدارة الشركة منفرداً، فإذا ما وقع خطأ منه سبب ضرر للغير، فإنه هو المسؤول وهو الذي مطالب بالتعويض متى ما خرج على أحكام القانون، وليس على الشركاء أو المساهمين أي التزام.

(١) ٢٢ نظام الشركة المهنية السعودي.

(٢) ٢/٥٦ شركات كويتي.

(٣) ٩٢ شركات كويتي.

(٤) ١١٩ شركات كويتي.

أحكام المسؤولية الخاصة في الشركة المهنية:

نظم المشرع الكويتي أحكاماً خاصة في مسؤولية الشركة المهنية، تتفق مع طبيعة الشركة المهنية من القيام بالعمل المهني بصورة جماعية، وحماية للمتعاملين معها.

لذلك سوف نعرض لأحكام المسؤولية الخاص على النحو التالي:

- ١ - مسؤولية الشريك تجاه الشركة
- ٢ - مسؤولية الشريك غير المحدودة عن الخطأ المهني
- ٣ - مسؤولية الشركة أمام الغير
- ٤ - مسؤولية الشريك أمام الغير

مسؤولية الشريك تجاه الشركة:

تقوم فكرة الشركة المهنية على القيام بأعمال المهنة بصورة جماعية، فكل من يشارك في تأسيس الشركة يساهم بالإضافة إلى المال بعمل يقوم به في الشركة، وهذا ما يميز الشركة المهنية بضرورة القيام بالعمل المهني للجميع، وهذا ما دفع المشرع إلى تقرير مسؤولية الشريك عن الخطأ المهني، إذ أن الأحكام العامة خاصة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمساهمة المقفلة أو الشريك الموصي في التوصية البسيطة لا يسألون ولا يجوز الرجوع عليها إلا في حدود حصصهم إذا لم يتولوا الإدارة، فالشركة المهنية تقوم على إدارة العمل الجماعي للمهنة، فالأحكام العامة في مسؤولية الشركة لا تتفق مع طبيعة الشركة المهنية التي تقتضي أن يقوم جميع من في الشركة من شركاء أو مساهمين بالعمل المهني، ولا تحقق الأحكام العامة في المسؤولية ضماناً للمتعاملين مع الشركة، مما جعل المشرع يقرر مسؤولية الشريك عندما نص في المادة ١٠٢ لائحة تنفيذية "يسأل كل شريك بصفته الشخصية عن خطئه المهني تجاه الشركة".

مسؤولية الشريك غير المحدودة عن الخطأ المهني:

لا يسأل الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة أو الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ولا المساهم في الشركة المساهمة المقفلة إلا بقدر مساهمتهم في رأس المال، فلا يجوز الرجوع عليهم عند مسؤولية الشركة، غير أن المشرع في الشركة المهنية خرج عن هذه القاعدة المقررة في قانون الشركات وقرر مسؤولية الشريك عن خطئه المهني، عندما نص في المادة ١٠٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات "يسأل كل شريك بصفته الشخصية عن خطئه المهني تجاه

الشركة... " دون تمييز بين أنواع الشركات، مما يترتب على ذلك أن الخطأ المهني الذي يقع من الشريك ملزم بتعويضه أيًا كان نوع الشركة وأيًا كان مقدار التعويض، مما يعني أن الشريك ملزم بالتعويض حتى لو تجاوز مقدار التعويض نصيبه في رأس مال الشركة.

مسؤولية الشركة المهنية أمام الغير:

نص قانون الشركات التجارية الكويتي في المادة ٨٠ منه على ضوابط حماية المتعاملين مع الشركة المهنية، وأحال إلى اللائحة التنفيذية بيان ضوابط حماية المتعاملين معها.

وبينت المادة ١٠٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات أحكام المسؤولية فنصت على الآتي "... وتسأل الشركة عن تعويض الغير عما أصابه من أضرار بسبب خطأ الشريك."

فالشركة باعتبارها كياناً قانونياً له الشخصية المعنوية مسؤولة عن تعويض الغير عما أصابه من ضرر بسبب الخطأ الذي وقع فيه المدير، إلا أن المشرع في الشركة المهنية استحدث حكماً خاصاً لها فقرر مسؤولية الشركة عن خطأ الشريك، وإن كان الأصل هو مسؤولية مدير الشركة الذي تسأل الشركة عن أخطائه، كون الشريك لا يدير الشركة، فالمشرع حماية للمتعاملين مع الشركة ونظراً لفكرة ممارسة العمل الجماعي في الشركة المهنية قرر مسؤولية الشركة عن خطأ الشريك، فكل خطأ مهني يقع منه تلزم فيه الشركة باعتبارها ضامنة، متى ما سبب ضرراً للغير، وأساس ذلك ما نصت عليه اللائحة التنفيذية للقانون التي قررت مسؤولية الشركة عن تعويض الغير عما أصابه من أضرار بسبب خطأ الشريك.

لكن يلاحظ أن الشركة وطبقاً لنص المادة ١٠٢ من اللائحة "... تسأل عن خطأ الشريك دون تحديد لنوع الخطأ مهني أو غير مهني، بينما نجد أن المسؤولية غير المحدودة للشريك مقرره فقط عن الخطأ المهني."

فهذا الاختلاف يظهر التناقض بين مسؤولية الشركة عن أعمال الشريك بصورة مطلقة سواء وقع الشريك في خطأ مهني أو غير مهني، وبين حقها في الرجوع بما أدته من تعويض، فلا يحق لها الرجوع على الشريك إلا عن الخطأ المهني.

لذلك نرى أن النص يحتاج إلى تعديل لإعادة الاتساق الفكري له، بحيث تصبح مسؤولية الشركة المهنية عن خطأ الشريك قاصرة على الخطأ المهني، أما الخطأ غير

المهني فلا يصح أن تكون الشركة المهنية ضامنة له، بل يجب أن يترك لقواعد المسؤولية المعروف في القانون المدني.

المسؤولية الشخصية للشريك أمام الغير:

لم ينظم قانون الشركات الكويتي ولا لائحته التنفيذية مسؤولية الشريك مباشرة أمام المضرور، وعدم تنظيم هذه المسألة لا تعني أن ليس للمضرور الحق مباشرة في الرجوع على المتسبب بالخطأ، فالقواعد العامة تبيح الرجوع على كل من تسبب بخطئه بضرر للغير، فالمادة ٢٢٧ من القانون المدني تنص على أن: "كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه".

فكل من ارتكب خطأ وسبب ضرراً للغير ملزم بالتعويض، فالشريك الذي يرتكب خطأً مهنيًا أو غير مهني ملزم بتعويض الغير عما أصابه من ضرر، فالغير له الحق بالرجوع على الشريك المتسبب بالضرر وإلزامه بالتعويض مباشرة.

فالأصل مسؤولية الشريك الشخصية لكن المشرع يعطي الحق (للغير) المضرور بالرجوع على الشركة باعتبارها ضامنة لأخطاء الشريك^(١).

(١) ١٠٢ اللائحة التنفيذية في قانون الشركات الكويتي.

المبحث الرابع انقضاء الشركة المهنية

كل شركة لها أجل تنقضي به، والشركة المهنية كحال الشركات تنقضي لذات الأسباب التي تنقضي بها الشركة، ويعرف انقضاء الشركة بانحلال عقدها وتصفية أموالها وتقسيمها بين الشركاء، إلا أن الشركة المهنية لها أسباب خاصة في الانقضاء، بالإضافة إلى الأسباب العامة في قانون الشركات التي نظمها المشرع الكويتي، لذلك سوف نعرض لأسباب الانقضاء العامة الواردة في قانون الشركات الكويتي، ثم نعرض لأسباب الانقضاء الخاصة بالشركة المهنية.

أولاً - الأسباب العامة^(١):

نظم المشرع الكويتي في قانون الشركات أسباب انقضاء الشركات، وحدد أسباب انقضاء الشركات وهي على النحو التالي:

١ - انقضاء المدة المحددة في عقد الشركة:

تنقضي الشركة بقوة القانون عند حلول الأجل المبين بالعقد^(٢) إلا أن الشركاء يملكون مد أجل الشركة قبل انتهائه، من خلال صدور قرار من الجمعية العامة للشركاء أو المساهمين الحائزين على أكثر من نصف أسهم أو حصص رأس المال. وإذا لم يصدر قرار المد، واستمرت الشركة في مزاولة نشاطها امتد عمر الشركة تلقائياً لمدة مماثلة للمدة المتفق عليها في العقد وبالشروط ذاتها، غير أن الشريك الذي لا يريد البقاء في الشركة، يملك الانسحاب منها بعد انتهاء مدتها، وتقوم حقوقه طبقاً للقانون^(٣).

لكن يلاحظ أن المشرع الكويتي في الشركة المهنية تحديداً، لم يستلزم أن تحدد مدة الشركة، إذ جاء باللائحة التنفيذية في المادة (٩٣) منه لقانون الشركات عند بيان ما يجب أن يشتمل عليه عقد الشركة في البند الرابع منه:

مدة الشركة إن وجدت

فهذا النص يظهر أن المشرع ترك مدة الشركة لتقدير المؤسسين من حيث

(١) ٢٩٧ شركات كويتي.

(٢) ١٦/١ شركات كويتي.

(٣) ١٦/٢ شركات كويتي.

وجود فترة زمنية للشركة من عدمه، فعند عدم بيان مدة الشركة المهنية في العقد فإن الشركة يصبح تاريخ انقضاءها مرهوناً بتحقيق أحد أسباب الانقضاء الأخرى.

٢ - انتهاء الغرض الذي أسست الشركة من أجله أو استحالة تحقيقه:

لكل شركة غرض تنشأ من أجله، والشركة تنقضي عند تنفيذ العمل، الذي هو الغرض الذي تأسست من أجله، فقد تنشأ شركة لإنشاء مطار، أو مرفق معين بالدولة، فعند انتهاء العمل من هذه المنشأة تنقضي الشركة لارتباط نهايتها بتنفيذ العمل، وتبعاً لذلك قد تنشأ شركة مهنية تابعة للشركة التي تقوم بعمل المرفق، بأن تقوم بجميع الأعمال القانونية اللازمة لهذا المرفق، ويقترب أجلها بانتهاء العمل في ذلك المرفق.

كما أن الشركة قد تنقضي عند استحالة تحقيق غرضها، بأن تنشأ شركة لعمل معين، ثم يظهر مانع يحول دون ممارسة ذلك النشاط، فإن الشركة تنقضي لاستحالة تحقيق غرضها، وإذا تأسست شركة مهنية تبعاً لذلك الغرض الذي استحالة تحقيقه فإن انقضاء الشركة لاستحالة تحقق الغرض، يترتب عليه انقضاء الشركة المهنية التي اقترنت بذلك الغرض.

٣ - هلاك جميع أموال الشركة، أو معظمها بحيث يتعذر استثمار الباقي استثماراً مجدياً:

تنقضي الشركة المهنية عند هلاك جميع أموالها أو معظمها، بحيث يتعذر استثمار الباقي استثماراً مجدياً.

فإذا فقدت الشركة جميع أموالها فإنها تصبح عاجزة عن الاستمرار في نشاطها، مما يترتب عليه انقضاء الشركة، وكذلك الأمر لو كان الهلاك يطول معظم أموال الشركة، بحيث يصبح من المستحيل الاستمرار بالقيام بالالتزامات القانونية والمالية على الشركة، أما الهلاك الجزئي فلا تنقضي معه الشركة طالما كان بالإمكان استمرارها بقيامها بدورها المهني وتسديدها للالتزامات المالية، وتحديد هلاك مال الشركة أو معظمه يترك للشركاء أولاً ثم للقضاء.

لكن يجب الأخذ بعين الاعتبار أن المقصود بتعذر استثمار الباقي من المال استثماراً مجدياً، هو عدم تمكن الشركة المهنية من القيام بنشاطها المهني اللازم لتحقيق غرضها، وليس المقصود الاستثمار التجاري والدخول في المضاربات.

٤ - إجماع الشركاء على حل الشركة قبل انتهاء مدتها:

تنقضي الشركة عند حلول الأجل الذي حدده الشركاء في عقد التأسيس، إلا أن الشركاء يملكون إنهاء الشركة بالاتفاق بينهم قبل حلول أجلها، ويتطلب القانون أن يكون هناك إجماع بين الشركاء على حل الشركة قبل انتهاء مدتها، وعند تحقق ذلك تنقضي الشركة، إلا أن المشرع أجاز أن تنقضي الشركة اكتفاء بأغلبية معينة يتم تحديدها في عقد التأسيس، لكن يشترط المشرع لانقضاء الشركة بالأغلبية دون الإجماع أن يرد في عقد تأسيس الشركة النصاب المطلوب في انقضاء الشركة.

٥ - اندماج الشركة في شركة أخرى:

تنقضي الشركة عند اندماجها في شركة أخرى، والاندماج يكون بناء على قرار يصدر من الشركاء أو المساهمين قبل انتهاء الأجل المحدد والاندماج له صورتان:

١ - الاندماج بطريق المزج

وهو اتفاق الشركاء أو المساهمين في شركتين أو أكثر على دمجها في شركة جديدة، ويترتب على ذلك انقضاء الشركتين المندمجتين، وقيام شركة جديدة لها شخصية معنوية مستقلة، وتصبح الشركة الجديدة مسؤولة عن جميع ديون والتزامات الشركة المندمجة وتؤول إليها جميع حقوقها^(١).

٢ - الاندماج بطريق الضم

وهو اندماج شركة في شركة قائمة، ويترتب على ذلك انقضاء الشركة المندمجة، وتبقى الشركة الدامجة متمتعة بشخصيتها المعنوية، وتؤول للشركة الدامجة جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة^(٢).

لكن تجدر الإشارة أن المشرع الكويتي ومن خلال اللائحة التنفيذية لقانون الشركات حظر على الشركات المهنية الاندماج^(٣).

وكان من الأفضل لو لم يحظر المشرع على الشركات المهنية الاندماج فيما بينهما، لأنه لا يوجد سبب مقبول لهذا المنع.

وعليه لا يمكن للشركة المهنية أن يكون أحد أسباب انقضائها الاندماج، طالما حظر الاندماج لازال سارياً.

(١) ٢/٢٨٦ شركات كويتي.

(٢) ١/٢٨٦ شركات كويتي.

(٣) ١٩٤ اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي.

٦ - شهر إفلاس الشركة:

تنقضي الشركة بشهر إفلاسها، وشهر إفلاسها أحد طرق انقضاء الشركة حسب ما نص عليها قانون الشركات^(١).

والشركة التي يجوز شهر إفلاسها هي الشركة التي تضطرب أعمالها المالية فتتوقف عن دفع ديونها التجارية^(٢).

ولا تنقضي الشركة بشهر الإفلاس إلا بحكم يصدر من المحكمة المختصة^(٣) بناء على طلب الشركة المدينة أو بناء على طلب دائئها أو طلب النيابة العامة، كما يجوز للمحكمة أن تحكم بالإفلاس من تلقاء نفسها^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن الشركة المهنية تخضع لنظام الإفلاس باعتبار أن الشركة تعتبر تاجراً، ولو كانت أعمالها غير تجارية^(٥).

إلا أن المشرع في الشركة المهنية قد خرج بحكم خاص على نظام الإفلاس عند تعرضه للشريك المتضامن، وقرر عدم خضوع الشريك المتضامن للإفلاس في شركة التضامن أو التوصية البسيطة، وذلك عندما نص على عدم اكتساب الشريك فيها صفة التاجر^(٦).

فالإفلاس نظام خاص بالتجار، يترتب عليه عدم خضوع غيرهم لأحكام الإفلاس الواردة بالقانون.

٧ - صدور قرار بإلغاء ترخيص الشركة لعدم مزاولتها لنشاطها أو لعدم إصدارها لبياناتها المالية لمدة ثلاث سنوات متتالية:

تنقضي الشركة عند إلغاء ترخيصها، وينص القانون على الإلغاء عند عدم مزاوله الشركة لنشاطها، ففي هذه الحالة يحق للوزارة أن تلغي ترخيص الشركة لعدم مزاولتها نشاطها، ويقتضي لإعمال هذا الحكم أن يكون عدم مزاولتها لنشاطها بصورة كلية وليست جزئية.

(١) ٢٩٧ شركات كويتي.

(٢) ٥٥٥ قانون التجارة الكويتي.

(٣) د. عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس في القانون الكويتي، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت سنة ٢٠٠٩ ص ٧٧.

(٤) ٥٥٦، ٥٥٧ قانون التجارة الكويتي.

(٥) ٢/١٣ قانون التجارة الكويتي.

(٦) ٨٠ شركات كويتي.

كما تنقضي الشركة عند عدم إصدار بياناتها المالية لمدة ثلاث سنوات متتالية، سواء أكانت أول ثلاث سنوات منذ إنشاء الشركة أم أية ثلاث سنوات أخرى من عمر الشركة.

٨ - صدور حكم قضاء بحل الشركة:

يجب المشرع الكويتي حل الشركة عن طريق القضاء، وبين المشرع في قانون الشركات حالات اللجوء للقضاء لحل الشركة، فالشركات جميعها - ماعد شركة المساهمة - يجوز حلها بحكم قضائي إذا طلب ذلك أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما يتعهد به أو لأي سبب آخر تقدر المحكمة أنه له من الخطورة ما يسوغ الحل.

فالمشرع يعطي القضاء سلطة واسعة في حال بحث أسباب حل الشركة التي قد تؤدي لحل الشركة، لكن سلطة القاضي في الحل في حال عدم وفاء الشريك بما تعهد به مقيدة، فهذه الحال الوحيدة يلزم القاضي بحل الشركة إذا طلب الشريك ذلك، دون أن يكون له تقدير في هذا الأمر.

أما الشركة المساهمة فإن حلها عن طريق القضاء يعتبر طريقاً استثنائياً، فالشركة إذا خسرت ثلاث أرباع رأس المال، ولم يقيم مجلس إدارة الشركة بدعوة الجمعية العامة غير العادية للنظر في استمرار الشركة أو حلها قبل الأجل المعين في عقدتها، أو اتخاذ غير ذلك من التدابير أو تعذر إصدار قرار في الموضوع، جاز للوزارة ولكل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة المختصة حل الشركة^(١).

"الأصل في الشركات التي تأخذ صورة شركة مساهمة هو الاستمرار في ممارسة نشاطها متى رغب في ذلك أغلبية الشركاء ولو عارض الآخرون؛ وذلك تسليطاً من المشرع للاستمرار والبقاء على الحل والانقضاء متى ارتبط ذلك بشركات ناجحة ذات سمعة تجارية طيبة وعائد مادي ملحوظ، إلا أن ذلك مقيد بعدم جواز زيادة أعباء المساهم أو المساس بحقوقه الأساسية التي يستمدّها بصفته شريكاً، وأنه إذا ما صدر قرار الجمعية العامة غير العادية مستوفياً لشروط صحته، وجب الالتزام به من جميع المساهمين سواء أكانوا حاضري الاجتماع أم غائبين أم مخالفين في الرأي لهذا القرار، باعتباره يمثل رأي أغلبية المساهمين، كما يلتزم مجلس الإدارة باتخاذ ما يلزم من إجراءات لتنفيذ هذا القرار"^(٢).

(١) ٣٠٢ شركات كويتي.

(٢) نقض تجاري مصري رقم ١١٤٨٩ لسنة ٧٨ جلسة ٢٠١١/٨/٣، موقع إلكتروني محكمة النقض المصرية.

وحق اللجوء للقضاء لحل الشركة متعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على عدم اللجوء للقضاء لحل الشركة، وكل اتفاق يقضي بذلك يكون باطلاً.

٩ - الحجز على حصة أحد الشركاء:

تنقضي شركة التضامن أو التوصية البسيطة إذا تم الحجز على حصة أحد الشركاء ولم يوافق الشركاء على انضمام الشخص الذي تقدم بأفضل عطاء كشريك مهني بالشركة، ولم تقم الشركة أو الشركاء باسترداد الحصة أو الوفاء بحقوق الدائن الحاجز^(١).

فالمشرع يقدر خطر الحجز على الحصة وما يترتب على ذلك من إجراءات تنفيذ قد تؤدي إلى بيع حصة من الشركة، فقرر حكماً خاصاً نظراً للاعتبار الشخصي للشريك في شركات الأشخاص، فقرر انقضاء شركة التضامن والتوصية البسيطة عند الحجز على حصة أحد الشركاء، لكن انقضاء الشركة للاعتبار الشخصي ليست من النظام، فيجوز استمرار الشركة بشرط صريح في عقد الشركة^(٢).

ثانياً - الأسباب الخاصة:

نظم المشرع الكويتي أحكاماً خاصة لانقضاء الشركة المهنية، نظراً لأهمية العمل الجماعي في المهنة، فقرر حل الشركة في حالة فقد جميع الشركاء بالشركة شروط مزاولة المهنة، ويتم تصفيتها وفقاً للقانون^(٣). فاستمرارية الشركة المهنية مرتبط بمدي توافر شروط المهنة للشركاء، فعند فقدان الشركاء لشروط المهنة تحل الشركة ويتم تصفيتها.

لكن الحكم يختلف فيما إذا كان فقد شروط مزاولة المهنة كان لأحد الشركاء وليس لجميع الشركاء، فلا تنقضي الشركة المهنية إذا اقتضرت الشركة - لأي سبب من الأسباب - على شريك واحد، إلا إذا بادر هذا الشريك خلال ستة أشهر بإدخال شريك آخر أو أكثر^(٤).

فالشركة إذا كانت من شخصين وفقد أحدهم شروط مزاولة المهنة فإن الشركة تقوم حكماً لمدة ستة أشهر من تاريخ فقدان الشريك شروط مزاولة المهنة، وعلى

(١) ١/٢٩٩ شركات كويتي.

(٢) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الناشر منشأة المعارف، بدون سنة طبع ص ٢٤٩.

(٣) ١٠٣ من اللائحة التنفيذية قانون الشركات الكويتي.

(٤) ٣٠٦ شركات كويتي.

الشريك الآخر الإسراع بإدخال شريك غيره، خلال تلك المدة، وإلا فإن الشركة تنقضي إذا مضت مدة الستة أشهر دون إدخال شريك بديل.

وتنص المادة ٣٠٧ من قانون الشركات في حال كان عدد الشركاء في الشركة المهنية أكثر من اثنين لا تنقضي الشركة المهنية بوفاة أحد الشركاء أو خروجه منها أو بفقده صلاحية مزاوله المهنة.

وفي حالة الوفاة لا تنتقل الحصة إلى الورثة، ويكون من حقهم استرداد قيمتها، ويجوز للشركاء أن يتفقوا على حلول الوريث الذي تتوافر فيه شروط الشراكة بالشركة محل مورثهم إذا رغب ذلك الوريث في الانضمام إلى الشركة، وذلك كله دون الإخلال بحقوق باقي الورثة تجاه ذلك الوريث، ويسري ذات الحكم من حيث استرداد الحصة في حالة فقد أحد الشركاء صلاحية مزاوله المهنة^(١).

وتقرر اللائحة التنفيذية لقانون الشركات في المادة ٩٥ أنه إذا فقد الشريك الصلاحية لمزاوله المهنة يمنح الشريك الذي فقد الصلاحية مهلة ستة أشهر للتنازل عن حصصه أو أسهمه بالشركة، وإلا تم تقويم حصصه أو أسهمه وتقوم الشركة باستردادهم، ويسري ذات الحكم على الشريك المتوفى، ما لم يكن من بين ورثته من هو مرخص له بمزاوله المهنة واتفق الورثة على حلوله محل مورثهم^(٢).

ويلاحظ أنه في حالة الوفاة ودخول أحد الورثة في الشركة تعارض بين المادة ٣٠٧ من قانون الشركات والمادة ٩٥ من اللائحة التنفيذية، فعند الوفاة في القانون يجوز دخول أحد الورثة المستوفي لشروط الشراكة محل المورث بشرط موافقه الشركاء في الشركة.

غير أننا نجد اللائحة تجيز دخول أحد الورثة محل المورث عند اتفاق الورثة دون اعتبار لإرادة الشركاء، وهذا الأمر يمثل تعارضاً واضحاً بين القانون واللائحة، صحيح أن القانون يسمو على اللائحة وتصم الأخيرة بعدم الشرعية، لكن هذا يقتضي تعديل اللائحة لتكون موافقة للقانون وغير معارضة له.

والشريك قد تنقضي شراكته في الشركة دون فقد الصلاحية، إذ يجوز للشريك أن يتنازل أو يبيع أو يرهن حصصه أو أسهمه، على أن تؤول في جميع الأحوال إلى أصحاب ذات المهنة، وحتى لو جبراً^(٣).

(١) ٣٠٧ شركات كويتي.

(٢) ٩٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات الكويتي.

(٣) ٨٣ شركات كويتي.

فالمشرع عندما أجاز للشريك التصرف في حصته أو أسهمه، لم يقيد هذا التصرف إلا بقيد وحيد هو أن يؤول ذلك التصرف إلى أصحاب ذات المهنة. وفي تقديره أن هناك قيداً لا يقل أهمية عن القيد السابق وهو شرط موافقة الشركاء على ذلك التصرف البيع أو التنازل، لأن مثل تلك التصرفات قد تلحق الشركة والشركاء بالضرر، فكان من المهم أخذ موافقة الشركاء بذلك مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك.

وما نطالب به كان موجوداً بالقانون رقم ٢٥/٢٠١٢^(١) إلا أن المشرع ألغى الفقرة التي تشترط موافقة الشركاء بالقانون رقم ٩٧/٢٠١٣ بحجة أن الأحكام المتعلقة بالتنازل عن الحصص والأسهم والمطبقة على الشكل الذي اتخذته الشركة، ستسرى في هذه الحالة.

ونحن نرى عدم صواب هذه الحجة لأن الشركة المهنية لها طبيعتها الخاصة والاعتبار الشخصي ذو أهمية بالغة فيها، فغرض الشركة القيام بأعمال المهنة بصورة جماعية، فقد لا يكون تحقيق هذا الغرض ممكناً إذا كان باب الدخول إلى الشركة مفتوحاً، حتى عند عدم رغبة الشركاء دخول أحد فيها، فضلاً عن ذلك فإن شركة المساهمة المقفلة تحديداً لا تضع قيوداً على التصرف بالأسهم^(٢)، فيستطيع المساهم أن يتصرف باسمه لمهني آخر حتى لو لم يرغب بذلك الشركاء، وهذا فيه افتتات على فكره العمل الجماعي بالشركة المهنية.

واشترط موافقة الشركاء في حال البيع أو التنازل تستلزمه بعض التشريعات العربية، إذ ينص قانون الشركة المهنية السعودي " .. وإذا كان التنازل للغير فيشترط موافقة باقي الشركاء مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك " ^(٣).

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٣ الملغية بموجب القانون رقم ٩٧/٢٠١٣ " ... وفي حالة التنازل أو البيع للغير يجب موافقة جميع الشركاء، وإذا لم يوافق الشركاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عرض الأمر عليهم يتعين على الشركة شراء الحصة أو الأسهم بالقيمة المعروضة، ويتم تخفيض رأس المال بمقدار الإسمية للحصة أو الأسهم.

(٢) تنص المادة ١٧١ شركات كويتي " لا يجوز للمؤسسين أن يتصرفوا في أسهمهم إلا بعد مضي سنتين ماليتين على الأقل من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري، ويستثنى في ذلك التصرف الذي يتم من أحد المؤسسين أو ورثته إلى أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية أو إلى مؤسس آخر... " .

(٣) ١٩ نظام الشركة المهنية السعودي.

والانسحاب أو التنازل أو البيع أو الرهن ولا يسرى في مواجهة الغير إلا بعد التأشير به في السجل المعد لذلك^(١).

الخاتمة والتوصيات:

تناول الباحث الشركة المهنية في القانون الكويتي، وتبين من خلال هذه الدراسة أن المشرع الكويتي خرج بأحكام الشركة المهنية عن بعض القواعد العامة في الشركات، فعند بحث تعريف الشركة المهنية وأركانها، تعرضنا للأركان الخاصة في الشركة المهنية، فتبين أن المشرع يستلزم أن يكون لدى الشريك في الشركة المهنية نية المشاركة في العمل المهني الجماعي بالشركة، من خلال المساهمة بالعمل المهني ذاته، بالإضافة إلى تقديم الحصص المالية واقتسام الأرباح والخسارة.

وعند دراسة الأركان الشكلية في عقد الشركة المهنية ظهر أن المشرع يتطلب قيد الشركة المهنية في سجل خاص لشهرها، حتى تكتسب الشخصية المعنوية، وكان من الأفضل لو أن المشرع الكويتي تطلب فوق قيد الشركة في السجل الخاص لاكتساب الشخصية المعنوية، أن يطلب نشر عقد التأسيس في جريدة يومية أسوة بالمشرع السعودي.

وعند بحث إجراءات تأسيس الشركة المهنية ثبت لنا أن المشرع الكويتي لم يتعرض - على خلاف المشرع السعودي - للشخص المسؤول عن تقديم طلب التأسيس للشركة للجهات المختصة، وكان من الأفضل لو حدد المسؤول عن تقديم طلب التأسيس كان يكون أحد الشركاء أو من يمثله.

وعند التعرض للأشخاص الذين يملكون حق تأسيس الشركة، تبين لنا أن المشرع قد جانبه الصواب في إدراج الاستشارات المرخص بمزاومتها ضمن المهن التي يجوز لها تأسيس الشركة المهنية، وطالبنا بإلغاء الفقرة الخامسة من المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية والتي أدخلت الاستشارات ضمن المهن التي يجوز لها تأسيس شركة مهنية لخروجها صراحة عن أحكام المادة ٨٠ من قانون الشركات الكويتي.

وتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الكويتي لم يتعرض لمشاركة الشخص الأجنبي في الشركة المهنية - كما فعل المشرع السعودي - وكان من الأفضل لو أن المشرع نظم مشاركة الأجنبي في الشركة المهنية، ووازن بين الاستفادة من العنصر الأجنبي في تطوير الخدمات القانونية، وحماية العنصر الوطني من المنافسة الأجنبية.

(١) ٨٤ شركات كويتي.

وعند بحث شكل الشركة المهنية، تبين أن المشرع الكويتي استبعد شكلين من الشركات لتأسيس الشركة المهنية، هما شركة الشخص الواحد، وشركة المساهمة العامة، لكونها لا تتفق وطبيعة الشركة المهنية، التي تستلزم العمل الجماعي بين أصحاب المهنة الواحدة، بينما المشرع السعودي يقصر تأسيس الشركة المهنية على شركة التضامن.

وعند كلامنا عن التحول ثبت عدم إمكانية أي شركة مهنية التحول إلى شكل قانوني آخر؛ لأن المشرع يشترط لتحول الشركة أن يكون قد مضى على قيدها في السجل التجاري سنتان، وهذا لا يتحقق للشركة المهنية، إذ لا يشترط قيدها في السجل التجاري، بل لها سجل خاص تقيد فيه الشركة. وهذا يعد قصوراً في التشريع يقتضي التعديل، بأن يسمح للشركة المهنية بالتحول لشكل آخر في حدود الأشكال المقررة للشركة المهنية.

وعند بحث مسؤولية إدارة الشركة المهنية، تعرضنا لإدارة الشركة، وتبين أن المشرع الكويتي - على خلاف المشرع السعودي - لم يشترط أن يكون مدير الشركة من أصحاب المهنة، وهذا أمر يحتاج إعادة نظر؛ لأن من الأصوب أن يتولى إدارة الشركة المهنية من أصحاب المهنة، من يرى فيه الشركاء الكفاءة لذلك.

وعند حديثنا عن مزاولة الشريك المهنة لحساب نفسه أو مستتراً، تكشف لنا أن المشرع الكويتي لم يرتب جزاء على ذلك، وهذا يعد قصوراً، وكان من الأفضل لو اتبع المشرع الكويتي القانون السعودي في جعل الأتعاب حقاً خالصاً للشركة لمن يزاول المهنة لحساب نفسه.

وعند دراسة مسؤولية الشريك تجاه الشركة، ثبت أن المشرع الكويتي يقر حكم خاص في المسؤولية يكون فيه الشريك مسؤولاً بصفته الشخصية عن خطئه المهني تجاه الشركة، ومسؤولية الشريك غير محدودة عن الخطأ المهني دون تمييز بين أنواع الشركات، لأن الأحكام العامة في مسؤولية الشركة لا تتفق مع طبيعة الشركة المهنية التي تستلزم أن يقوم جميع الشركاء بالعمل المهني.

وعند التعرض لمسؤولية الشركة المهنية أمام الغير، ظهر لنا أن المشرع وقع في تناقض عندما قرر مسؤولية الشركة عن أعمال الشريك بصورة مطلقة، سواء وقع الشريك في خطأ مهني أو غير مهني، وبين حقها في الرجوع بما أدته من تعويض، فلا يحق للشركة الرجوع على الشريك إلا عن الخطأ المهني، وانتبهنا إلى أن النص يحتاج إلى تعديل لإعادة الاتساق الفكري له؛ بحيث تصبح مسؤولية الشركة المهنية

عن خطأ الشريك قاصرة على الخطأ المهني، أما الخطأ غير المهني فلا يصح أن تكون الشركة المهنية ضامنة له.

وعند بحث أسباب الانقضاء العامة للشركة المهنية تبين أن المشرع الكويتي ومن خلال اللائحة التنفيذية لقانون الشركات حظر على الشركات المهنية الاندماج. وكان من الأفضل ولو لم يحظر المشرع على الشركات المهنية الاندماج فيما بينهما لأنه لا يوجد سبب مقبول لهذا المنع.

وعند التعرض لأسباب الانقضاء الخاصة للشركات المهنية تبين أنه في حالة الوفاة ودخول أحد الورثة في الشركة تعارض بين المادة ٣٠٧ من قانون الشركات، والمادة ٩٥ من اللائحة التنفيذية، فعند الوفاة فالقانون يجيز دخول أحد الورثة المستوفي لشروط الشراكة محل المورث، بشرط موافقة الشركاء في الشركة، لكن اللائحة تجيز دخول المورث المستوفي للشروط دون حاجة لموافقة، وهذا الأمر يمثل تعارضاً واضحاً بين القانون واللائحة يقتضي تعديل اللائحة لتكون موافقة للقانون وغير معارضة له.

وبمناسبة بحث حق الشريك في التصرف في حصته أو أسهمه تبين أن المشرع لم يقيد هذا التصرف إلا بقيد وحيد هو أن يؤول ذلك التصرف إلى أصحاب المهنة. وبينما أن هناك قيداً لا يقل أهمية عن القيد السابق وهو شرط موافقة الشركاء على ذلك التصرف البيع أو التنازل، لأن مثل تلك التصرفات قد تلحق الشركة والشركاء بالضرر، فكان من الضروري أخذ موافقة الشركاء بذلك - كما فعل المشرع السعودي - ما لم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك.

والله ولي التوفيق،،،

المراجع

- ١ - أحمد عبد الرحمن الملحم، الشركات التجارية، لجنة التأليف والتعريب والنشر جامعة الكويت ٢٠٠٩.
- ٢ - د. حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، الناشر دار الكتاب، الطبعة الثانية ١٩٩٥.
- ٣ - د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٨، دار النهضة العربية.
- ٤ - د. صفوت بهنساوي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بني سويف ٢٠٠٧.
- ٥ - د. طعمة الشمري، الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، الناشر المؤلف.
- ٦ - د. عبد الرافع موسي، الغرض في الشركة، بدون ناشر.
- ٧ - د. عبد الفضيل محمد أحمد. الشركات. دار النهضة العربية بدون سنة طبع.
- ٨ - د. عبد الفضيل محمد أحمد، الإفلاس في القانون الكويتي، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت سنة ٢٠٠٩.
- ٩ - د. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، الطبعة الثانية ٢٠٠١، دار النهضة العربية.
- ١٠ - د. محمود مختار أحمد بريري، الشخصية المعنوية للشركات التجارية، الطبعة الثانية ٢٠٠٢، بدون ناشر.
- ١١ - د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الناشر منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- ١٢ - د. هاني صلاح سري الدين، الشركات التجارية الخاصة في القانون المصري، دار النهضة العربية الطبعة الثانية ٢٠٠٢.

الأحكام

- ١ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية.
- ٢ - الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية.

نظام الانتخاب بالقائمة النسبية ومدى ملائمته للواقع اليمني

الدكتور/ عبدالرشيد عبدالحافظ عبدالواسع
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء
الجمهورية اليمنية

ملخص:

يتناول هذا البحث دراسة نظام الانتخاب بالقائمة النسبية وبيان مدى ملائمته لظروف الواقع اليمني في العصر الراهن، وذلك من خلال فصول ثلاثة: خُصص الفصل الأول لدراسة أنواع النظم الانتخابية بصورة موجزة، وجُعِل الفصل الثاني لدراسة نظام الانتخاب بالقائمة النسبية بشيء من التفصيل، ثم تم في الفصل الثالث بيان مدى ملائمة نظام الانتخاب بالقائمة النسبية للواقع اليمني في ظروفه الراهنة.

المقدمة:

للنظام الانتخابي دور بالغ الأهمية في التأثير على سير الانتخابات وتحديد نتائجها، بل وفي التأثير على جوانب سياسية واجتماعية أخرى في المجتمع، ومع ذلك فالملاحظ من تجارب مختلفة في بلدان عدة، وعلى نحو خاص في البلدان التي لم تترسخ فيها قواعد النهج السياسي الديمقراطي؛ غياب الوعي الكافي بخطورة أمر اختيار النظام الانتخابي، حيث لا ينظر إلى عملية اختيار النظام الانتخابي إلا من زاوية مصلحة ضيقة هي مدى قدرة هذا النظام على خدمة مصالح الطرف السياسي الذي يتولى مهمة اختيار النظام؛ فلا يتم اختيار النظام الانتخابي وفقاً لمتطلبات الحاجة الاجتماعية والوطنية، وإنما لغرض تلبية المصلحة الحزبية الضيقة للقوى التي تضطلع بمهمة الاختيار.

وقد تعددت الأنظمة الانتخابية في العصر الراهن، ولكل منها تطبيقاتها في البلدان المختلفة، ولا يمكن القول للوهلة الأولى إن هناك نظاماً انتخابياً معيناً يفضل نظاماً آخر بصورة مطلقة، بل ما يمكن قوله إن نظاماً ما قد يكون أكثر ملائمة من غيره لهذا الواقع أو ذاك.

وفي اليمن ظل نظام الفائز الأول، هو النظام المطبق في كل الدورات الانتخابية التي أُجريت منذ قيام دولة الوحدة عام ١٩٩٠ وحتى الآن، إلا أنه منذ بضع سنوات بدأت أصوات عديدة من بين السياسيين والقانونيين تتبنى الدعوة إلى استبدال نظام

القائمة النسبية بنظام الفائز الأول المطبق حالياً، أملاً في إصلاح انتخابي على طريق الإصلاح السياسي بصورة عامة. وتحاول هذه الدراسة بيان مدى ملاءمة نظام القائمة النسبية لواقع البلاد، في ظل ظروفها الراهنة.

وتتكون الدراسة من ثلاثة فصول: تناول الفصل الأول منها بيان أشكال النظم الانتخابية بإيجاز، وحُصِّص الفصل الثاني لدراسة نظام القائمة النسبية بشيء من التفصيل، ثم جُعل الفصل الثالث لدراسة مدى ملاءمة نظام القائمة النسبية لظروف الواقع اليمني.

الفصل الأول أشكال النظم الانتخابية

النظام الانتخابي هو مجموعة القواعد التي تحدد: أسلوب ممارسة الناخب لحقه في الاقتراع، وكيفية ترجمة الأصوات إلى مقاعد، وحجم الدائرة الانتخابية. حيث يتناول النظام الانتخابي بصورة أساسية ثلاثة أمور: الأمر الأول هو: أسلوب الاقتراع (أي هل يقوم الناخب بالتصويت لمرشح واحد أم لقائمة تتكون من عدد من المرشحين) والثاني: كيفية احتساب الأصوات التي تم الإدلاء بها في الانتخابات، وترجمتها إلى مقاعد (أي هل يتم مثلاً الأخذ بنظام الفائز بالأغلبية، أم يراعى التمثيل النسبي للأصوات مع المقاعد) والثالث: نطاق الدائرة الانتخابية وعدد ممثليها (أي هل يتم تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية صغيرة يكون لكل منها ممثل واحد، أم تقسم إلى دوائر أكبر يمثلها عدد من النواب، أم تكون الدولة كلها دائرة انتخابية واحدة).

وفي عصرنا الحاضر توجد عشرات من النظم الانتخابية المطبقة في البلدان المختلفة، يمكن تصنيفها في ثلاث عائلات رئيسية هي: عائلة نُظم الأغلبية، وعائلة نُظم التمثيل النسبي، وعائلة النظم المختلطة. وتتفرع عن هذه العائلات الثلاث نُظم عديدة لا حصر لها، حيث يمكن لأي دولة أن تقوم بتعديل أي نظام بما يتوافق مع ظروفها واحتياجاتها^(١)، وإلى جانب هذه العائلات الرئيسية الثلاث توجد مجموعة أخرى من النظم يصعب تصنيفها في إطار أي من هذه العائلات. وسنتطرق إلى هذه النظم بإيجاز في المباحث التالية.

المبحث الأول: نُظم الأغلبية.

المبحث الثاني: نُظم التمثيل النسبي.

المبحث الثالث: النظم المختلطة.

المبحث الرابع: نُظم انتخابية أخرى.

(١) انظر أندرو رينولدز وآخرين، أشكال النظم الانتخابية، تعريب أيمن أيوب، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٧، ص ١٧.

المبحث الأول نُظم الأغلبية

يقصد بنُظم الأغلبية: النظم الانتخابية التي يتم بموجبها اعتبار المرشح (أو القائمة) فائزاً بحصوله على أغلب أصوات الناخبين (سواء اشترط الحصول على الأغلبية المطلقة أم لا).

وهناك خمسة أنواع لنظم الأغلبية هي: نظام الفائز الأول، ونظام الكتلة، ونظام الكتلة الحزبية، ونظام الجولتين، ونظام الصوت البديل.

١ - نظام الفائز الأول: (FPTP) First Past the Post

يقصد بنظام الفائز الأول: النظام الانتخابي الذي تتم فيه الانتخابات على أساس دوائر انتخابية فردية، ويعتبر المرشح في هذه الدائرة فائزاً بحصوله على أعلى الأصوات بين المرشحين في الدائرة، دون اشتراط حصوله على الأغلبية المطلقة. ومن مزايا هذا النظام^(١):

- ١ - سهولة تطبيقه، حيث لا يحتاج الناخب سوى التأشير أمام اسم أو رمز أو صورة المرشح، بالإضافة إلى أن عملية فرز الأصوات تكون سهلة ويسيرة.
- ٢ - يتيح هذا النظام للناخب فرصة التعرف على المرشح عن قرب، وإقامة الصلات المباشرة معه، فيكون الاختيار عن معرفة حقيقية للمرشح، كما يمكن للناخب أن يحاسب ويعاقب المرشح بعدم التصويت له في الدورة القادمة إذا لم يف بوعوده التي قدّمها في الدورة السابقة.
- ٣ - يفرز حكومات قوية ومتماسكة، حيث يؤدي في الغالب إلى فوز أحد الحزبين الكبارين في البلاد بأغلبية تمكنه من تشكيل الحكومة، دون أن يكون مضطراً إلى الدخول في مساومات مع أحزاب أخرى صغيرة لتشكيل حكومة ائتلافية.
- ٤ - يفرز هذا النظام معارضة برلمانية قوية قادرة على القيام بدور فعّال في مراقبة الحكومة وتقديم نفسها كبديل حقيقي للحزب الحاكم.
- ٥ - يمكن لهذا النظام أن يساهم في خلق اصطفاة وطني يشمل العديد من الفئات الاجتماعية، خاصة عندما يقتسم العمل السياسي حزبان كبيران، ولا يكون أمام الناشطين السياسيين والناخبين من خيار سوى الالتجاء إلى أحد هذين الحزبين

(١) انظر: المرجع السابق، ص ٥٤-٥٥.

الكبيرين، فهو يشجع الأحزاب على أن تمتد نشاطها ليشمل نطاقاً أوسع من الفئات الاجتماعية المختلفة.

- ٦ - يمنح هذا النظام الفرصة للأفراد المستقلين لدخول البرلمان، وقد يكون من هؤلاء الأفراد عناصر كفأة ومؤثرة غير مستوعبة في الأحزاب السياسية القائمة.
- ٧ - يحول هذا النظام بين الأحزاب المتطرفة ودخول البرلمان، حيث لن تتمكن هذه الأحزاب من الفوز إلا إذا كان أنصارها يتجمعون في دائرة انتخابية واحدة. ومن عيوب هذا النظام^(١):

١ - مجافاته العدالة في ترجمة الأصوات إلى مقاعد، حيث يمكن أن يمنح هذا النظام بعض الأحزاب مقاعد تفوق كثيراً نسبة الأصوات التي حصلت عليها، ويمنح في نفس الوقت أحزاباً أخرى مقاعد أقل من نسبة الأصوات التي حصلت عليها، والأمثلة على ذلك كثيرة في العديد من الدول، فمثلاً في الانتخابات اليمنية الأخيرة عام ٢٠٠٣ حصل الحزب الحاكم على نسبة من المقاعد تساوي ٧٦٪ من مقاعد مجلس النواب مقابل حصوله على ٥٧,٨٪ فقط من الأصوات^(٢). وفي ليسوتو في انتخابات عام ١٩٩٨ حصل حزب باسوتو الوطني على ١٪ فقط من المقاعد مقابل حصوله على ٢٤٪ من الأصوات^(٣). وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا النظام يسمح بوجود التفاوت الكبير في قوة الصوت المعطى من دائرة إلى أخرى، وهو ما يجافي العدالة، فمثلاً في الانتخابات البرلمانية اليمنية التي أجريت عام ٢٠٠٣ فاز ممثل الدائرة (١٦٣) بحصوله على ٣٨٢٤٠ صوتاً، وفاز ممثل الدائرة (٢٧٤) مقابل حصوله على ١٢١٠ أصوات فقط^(٤).

- ٢ - يترتب على هذا النظام إهدار أعداد كبيرة من أصوات الناخبين، وقد يكون لذلك

(١) المرجع السابق، ص ٥٥-٥٦؛ عبدو سعد وعلي مقلد وعصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٢٠٢-٢٠٦؛ د. علي الصاوي وكريم السيد، النظم الانتخابية في البلاد العربية، في: النظم الانتخابية بين مصر والعالم، مجموعة بحوث من إصدار كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، تحرير د. عالية المهدي ود. محمد مصطفى كمال، ٢٠٠٣، ص ١٠٤.

(٢) محمد حسين الفرح، انتخابات اليمن البرلمانية والرئاسية متعددة الأحزاب، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٢٨٨، ص ٢٩٢.

(٣) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٤) انظر: فيصل سلطان الصوفي، الانتخابات النيابية، أرقام ودلالات، كتاب الميثاق رقم ٣، الصادر عن صحيفة الميثاق، ٢٠٠٣، ص ١٣١، ١٣٦.

- انعكاسات سلبية خطيرة، يسببها الشعور بالإحباط لدى الأحزاب الصغيرة وناخبها، الذين تهدر أصواتهم لتستولي الأحزاب الكبرى على المقاعد التي توازي هذه الأصوات، وهذا الشعور بالإحباط قد يدفع البعض إلى البحث عن أساليب أخرى غير ديمقراطية لإشباع حاجاتهم إلى المشاركة السياسية.
- ٣ - يجعل هذا النظام النائب الفائز أسير دائرته الانتخابية، وكل همّه مصالح دائرته فقط ليضمن وصوله إلى البرلمان مرة أخرى في الدورة القادمة، وقد يكون ذلك على حساب أداء دوره الحقيقي كنائب عن الشعب كله.
- ٤ - يقلص هذا النظام من فرص وجود تمثيل مناسب للمرأة في البرلمانات، حيث لا تخاطر الأحزاب السياسية بترشيح النساء خوفاً من قلة فرصهن في الفوز مقابل المرشحين الذكور.
- ٥ - يقلل من فرص حصول الأقليات على تمثيل مناسب لها.
- ٦ - لا يتيح هذا النظام للأحزاب السياسية حرية كاملة في اختيار الكفاءات المناسبة للعمل البرلماني، بل تظل خاضعة لضغوط الجهات والنقل العصبي أو المالي للمرشح، وعوامل أخرى.
- ٧ - يسهّل هذا النظام الرشوة الانتخابية، سواء من جانب ذوي الأموال أو من جانب السلطة، نتيجة لصغر الدائرة الانتخابية.
- ٨ - يسمح هذا النظام بالتلاعب في نتائج الانتخابات عن طريق التلاعب بحدود الدوائر الانتخابية وفقاً لمصالح الحزب الحاكم.
- وهذا النظام هو المطبق في المملكة المتحدة، وفي كثير من الدول التي كانت تاريخياً تحت تأثير بريطانيا، مثل: كندا، والهند، والولايات المتحدة الأمريكية^(١). ومن الدول التي تعتمد نظام الفائز الأول في العصر الراهن: اليمن، عمان، ماليزيا، بنغلاديش، نيبال، ملاوي، زامبيا، زيمبابوي، نيجيريا، كوتديفوار، كينيا، أوغندا، ليبيريا، إثيوبيا، تنزانيا، غانا، بوتسوانا، غرينادا، غامبيا، جامايكا، بورما، جزر البهاما، جزر كوك، جزر سليمان، سوازيلند، ترينيداد وتوباغو، الدومينيكا.

٢ - نظام تصويت الكتلة: (Block Vote (BV

يقصد بنظام تصويت الكتلة: النظام الانتخابي الذي يتم بموجبه تقسيم الدولة إلى عدة دوائر كبيرة نسبياً، بحيث تُمثّل كل دائرة بعدد معيّن من النواب، ويكون لكل

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ٥٣.

ناخب عدد من الأصوات يماثل عدد المقاعد المخصصة للدائرة، فبدلاً من أن يصوّت الناخب لمرشح واحد كما في الدائرة الفردية، يصوت هنا لعدد من المرشحين في هذه الدائرة الأوسع، المتعددة المقاعد.

وفي أغلب الدول التي تطبق نظام تصويت الكتلة، يكون متاحاً للناخب منح ما يراه من الأصوات في حدود المقاعد المخصصة للدائرة، أي يمكنه أن يصوت لصالح العدد المخصص للدائرة من المقاعد جميعاً أو يكتفي بالتصويت لعدد أقل من ذلك^(١).

ومن مزايا هذا النظام^(٢): أنه يتيح المجال لتقسيم البلاد إلى دوائر انتخابية متعادلة نسبياً، كما أنه يتيح للناخب حرية أكبر في التصويت فلا يلزمه بقائمة محددة، وهو لذلك يحفز الأحزاب السياسية على أن تكون أكثر فاعلية وتنظيماً؛ لتواجه الواقع الذي يفرضه هذا النظام، فهو لا يناسب إلا الأحزاب القوية والمتماسكة والمنظمة.

ومن عيوبه: أنه يؤدي إلى نفس الخلل الذي يصاحب نظام الفائز الأول من حيث عدم العدالة في التناسب بين الأصوات والمقاعد، بل إن هذا النظام يضخم من هذه الاختلالات بصورة أكبر من نظام الفائز الأول، وبالمذاق عند وجود أحزاب كبيرة ترشح لجميع المقاعد في الدائرة الانتخابية، ومن ثم يمكن أن تقصي كل المرشحين الآخرين في هذه الدائرة. ومن مساوئ هذا النظام أيضاً أنه يسهم في إيجاد تنافس بين مرشحي الحزب الواحد بسبب إتاحتها الفرصة للناخب أن يختار المرشحين كأفراد.

ومن البلدان التي تطبق نظام تصويت الكتلة: الكويت، سوريا، لبنان، فلسطين، جزر المالديف، جزر فوكلاند، غيرنسي، جيرسي، جزر كايمان، لاوس، موريشيوس، سانتهيلانة، تونغغا، توفالو.

٣ - نظام تصويت الكتلة الحزبية: Party Block Vote (PBV)

يقصد بنظام تصويت الكتلة الحزبية: النظام الانتخابي الذي يتم بموجبه تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية كبيرة نسبياً، لكل منها عدد معين من المقاعد، ويكون لكل ناخب صوت واحد يختار به إحدى القوائم الحزبية المغلقة المتنافسة في الدائرة. والحزب الذي تحصل قائمته على أعلى الأصوات يكون هو الفائز بجميع مقاعد الدائرة، ولا يلزم لفوز القائمة في هذا النظام حصولها على الأغلبية المطلقة من الأصوات الصحيحة للناخبين^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٤-٦٥.

(٣) المرجع السابق، ص ٦٩.

ويتميز هذا النظام بسهولة تطبيقه، كما أنه يتيح للأحزاب السياسية أن تقوم بترشيح كفاءات وعناصر متنوعة تغطي التنوع الاجتماعي القائم، بل قد يفرض القانون الانتخابي في بعض الدول هذا التنوع كما في سنغافورة مثلاً؛ حيث يجب على كل قائمة حزبية أن تضم مرشحاً واحداً على الأقل من كل من المالوي أو الهنود أو أية أقلية أخرى. أما عيوب هذا النظام فهي نفس عيوب نظام الفائز الأول، وأهمها ما تؤدي إليه من عدم العدالة في التناسب بين الأصوات التي حصلت عليها قوائم الأحزاب والمقاعد التي فازت بها^(١).

يطبق هذا النظام في: سنغافورة، جيبوتي، الكاميرون.

٤ - نظام الجولتين: Two-Round System (TRS)

يقصد بنظام الجولتين: النظام الانتخابي الذي يتم بموجبه إجراء الانتخابات من خلال جولتين، تفصل بينهما فترة زمنية قصيرة، تكون في الغالب أسبوعاً أو أسبوعين.

وتكون الحاجة إلى إجراء جولة ثانية من الانتخابات عندما يُشترط لفوز المرشح أو القائمة الحصول على نسبة معينة من الأصوات، كأن يُشترط الحصول على الأغلبية المطلقة من الأصوات الصحيحة للناخبين. ففي هذا النظام إذا حصل المرشح أو القائمة على الأغلبية المطلوبة تتم الانتخابات في الدائرة من الجولة الأولى، أما عند عدم الحصول على الأغلبية المطلوبة يتم إجراء جولة ثانية من الانتخاب.

وهناك عدة طرق يتم على أساسها إجراء انتخابات الجولة الثانية، أكثرها شيوعاً أن يجري الانتخاب في الجولة الثانية بين المرشحين الحاصلين (أو القائمتين الحاصلتين) على أعلى الأصوات في الجولة الأولى من الانتخابات. ولا شك أن أحد هذين المرشحين (أو إحدى القائمتين) سيحصل على الأغلبية المطلقة من الأصوات في هذه الجولة الثانية.

ومن الطرق الأخرى لإجراء انتخابات الجولة الثانية، ما هو موجود في فرنسا، حيث يحق لأي مرشح حصل على نسبة ١٢,٥٪ من الأصوات في الجولة الأولى الدخول في انتخابات الجولة الثانية، ومن ثم يمكن أن يكون عدد هؤلاء المرشحين في الجولة الثانية أكثر من اثنين، وحينئذ لا يُشترط حصول الفائز على الأغلبية المطلقة، بل يكفي حصوله على أعلى الأصوات.

(١) المرجع السابق، ص ٦٩.

ومن مزايا نظام الجولتين أنه يسمح للناخب بفرصة أخرى؛ إما لتثبيت مرشحه أو للتحويل نحو مرشح آخر، ثم أنه يحل مشكلة انقسام الأصوات بين الأحزاب المتقاربة في التوجهات، ومن مزاياه أيضاً أنه يحفز على التلاقي والائتلاف بين المرشحين الذين سيدخلون الجولة الثانية والمرشحين الآخرين لكسب أنصار المرشحين الذين خرجوا في الجولة الأولى. ومن عيوبه أنه يحمل نفس عيوب نظام الفائز الأول من عدم تحقيق التناسبية، وقد تكون عدم التناسبية أكبر في الجولة الثانية. ومن عيوبه أيضاً ما يسببه من أعباء وتكلفة مادية وعناء إجراء الجولة الثانية في فترة زمنية قصيرة بعد الانتهاء من الجولة الأولى، وما يؤدي إليه من تأخير إعلان النتائج النهائية، كما يكلف الناخب عبء الخروج مرة أخرى للاقتراع وهو ما قد يتسبب في عزوف البعض عن المشاركة في الجولة الثانية^(١).

ومن الدول التي تطبق هذا النظام: فرنسا، مصر، البحرين، موريتانيا، إيران، كوريا الشمالية، منغوليا، كوبا، هايتي، بيلاروسيا، قرغيزستان، تركمانستان، أوزبكستان، فيتنام، جمهورية أفريقيا الوسطى، الكونغو (برازافيل)، توجو، الجابون، جزر القمر، مالي.

٥ - نظام الصوت البديل: Alternative Vote (AV)

يقصد بنظام الصوت البديل أو نظام الاقتراع التفضيلي: النظام الانتخابي الذي يسمح للناخب بترتيب أفضليته للمرشحين في الدوائر الفردية وليس مجرد اختياره لمرشح واحد فقط. ففي ظل هذا النظام يقوم الناخب بترتيب المرشحين - بحسب الأفضلية لديه - بأرقام متتالية يضعها أمام اسم كل منهم. فيضع الرقم (١) أمام أفضل مرشحيه، والرقم (٢) أمام اختياره الثاني، والرقم (٣) أمام اختياره الثالث ... وهكذا. ولا يتحتم وفقاً لهذا النظام إلزام الناخب بإعطاء تفضيلاته لكل المرشحين.

ويعتبر المرشح فائزاً إذا حصل على الأغلبية المطلقة من الأصوات التي كان فيها مرشحاً أولاً، أما إذا لم يحصل أي من المرشحين على الأغلبية المطلقة يتم استبعاد المرشح الحاصل على أقل عدد من الأصوات، ويتم فحص الأوراق التي كان فيها مرشحاً أولاً (أي حصل فيها على أول رقم تفضيلي) ثم ينظر في التفضيل الثاني في هذه الأوراق، ويتم حصرها وإضافتها لصالح كل من المرشحين المتبقين، فإذا حصل أحد المرشحين على الأغلبية المطلقة يعلن فوزه بالمقعد، أما إذا لم يحصل

(١) المرجع السابق، ص ٧٧؛ عبود سعد وآخرون، مرجع سابق، ص ٢١٦.

أحدهم على الأغلبية المطلقة فيتم استبعاد المرشح الحاصل على أدنى الأصوات بعد العملية السابقة، ويتم تكرار العملية حتى يحصل أحد المرشحين على الأغلبية المطلقة^(١).

مثال توضيحي: نفترض أن عدد الأصوات الصحيحة التي شاركت في الانتخابات في الدائرة كانت ٣٠,٠٠٠ صوت، وتنافس في هذه الانتخابات أربعة مرشحين، حصل كل منهم على الأصوات التالية كمرشح أول: المرشح (أ) ١٢,٠٠٢ صوت، والمرشح (ب) ١٠,٠٠٠ صوت، والمرشح (ج) ٤,٥٠٠ صوت، والمرشح (د) ٣,٥٠٠ صوت. أي أن أيًا منهم لم يحصل على الأغلبية المطلقة من الأصوات. وفي هذه الحالة يتم استبعاد المرشح الرابع (د) الحاصل على أقل عدد من الأصوات، ويتم النظر في التفضيل الثاني في الأوراق التي كان فيها مرشحاً أول، ثم يتم إضافتها إلى أصوات المرشحين الآخرين المتبقين. ولنفترض أن الناخبين كانوا قد منحوا المرشحين الآخرين أصواتاً كمرشحين تفضيليين في المرتبة الثانية بعد المرشح الرابع على النحو التالي: المرشح (أ) ٣,٥٠٠ صوت، المرشح (ب) ١٠٠ صوت، المرشح (ج) ١٠٠ صوت، فإذا أضفنا هذه الأصوات إلى النتائج الأولى تصبح النتائج على النحو التالي:

- المرشح (أ) : $12,000 + 3,500 = 15,500$ صوتاً.

- المرشح (ب) : $10,000 + 100 = 10,100$ صوت.

- المرشح (ج) : $4,500 + 100 = 4,600$ صوت.

وبذلك يفوز المرشح (أ) لحصوله على الأغلبية المطلقة من الأصوات.

ومن مزايا هذا النظام أنه يجبر المرشحين على التعاون مع مرشحين آخرين قد يكونوا مفضلين لدى ناخبين آخرين، ومن ثم فهو يحفز المرشحين والأحزاب السياسية على الطرح الوسطي المعتدل وغير المتطرف أو الطائفي أو المناطقي، أي الطرح الذي لا يخاطب الأنصار فقط ولكن أيضاً من هم قريبون لهم. ومن عيوبه صعوبة تطبيقه وما يتطلبه من إجراءات معقدة في فرز الأصوات، وبالإضافة إلى ذلك فإنه قد يؤدي إلى نتائج غير تناسبية مثل نظام الفائز الأول^(٢).

ويطبق هذا النظام في كل من: أستراليا، فيجي، بابواغينيا الجديدة.

(١) أندرو رينولدز وآخرون، ص ٦٩-٧١؛ عبدو سعد، ص ٢١٨-٢١٩.

(٢) انظر: أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ٧١-٧٢؛ عبدو سعد وآخرون، مرجع سابق، ص ٣٢١.

المبحث الثاني نُظم التمثيل النسبي

يقصد بنظم التمثيل النسبي: الأنظمة الانتخابية التي تهدف إلى تحقيق التناسب بين الأصوات التي يتم إعطاؤها في الانتخابات وبين المقاعد الفائزة بهذه الأصوات. فمثلاً، في نظام التمثيل النسبي من خلال القوائم الحزبية، ينبغي أن تحصل القائمة الحزبية على عدد من المقاعد تتناسب مع عدد الأصوات التي حصلت عليها هذه القائمة. أي أنه إذا حصلت قائمة معينة على ٧٠٪ من الأصوات فينبغي أن تحصل على ٧٠٪ من المقاعد التي يتم التنافس عليها، وإذا حصلت قائمة على ٣٠٪ من الأصوات فينبغي أن تحصل على ٣٠٪ من المقاعد.

وهناك نوعان بارزان لأنظمة التمثيل النسبي: نظام القائمة النسبية، ونظام الصوت الواحد المتحول. وتتناول هنا نظام الصوت المتحول، أما نظام القائمة النسبية فسنتناوله بشكل مفصل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

نظام الصوت الواحد المتحول: Single Transferable Vote (STV)

نظام الصوت الواحد المتحول: هو أحد أنظمة التمثيل النسبي الذي لا يزال تطبيقه محصوراً في عدد محدود من الدول، وقد ابتكر هذا النظام في القرن التاسع عشر كل من توماس هاري في بريطانيا، وكارل أندراي في الدانمارك، كل على حدة^(١).

وكأحد أنظمة التمثيل النسبي فهو يُستخدم في إطار دوائر انتخابية متعددة المقاعد.

وفي هذا النظام يقوم الناخب بترتيب المرشحين على ورقة الاقتراع بحسب الأفضلية لديه، من خلال أرقام متسلسلة، كما في نظام الصوت البديل، وفي الغالب تكون عملية الترتيب اختيارية، بمعنى أن الناخب ليس ملزماً بترتيب كافة المرشحين، ويمكن له أن يختار مرشحاً واحداً فقط^(٢).

ويتم تحديد المرشحين الفائزين في هذا النظام وفقاً للخطوات التالية:

- ١ - يتم تحديد حصة أو حاصل انتخابي ينبغي على المرشح الوصول إليه ليعتبر فائزاً. ويتم احتساب هذا الحاصل الانتخابي من خلال المعادلة التالية:

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٠؛ عبدو سعد وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

$$\text{الحاصل الانتخابي (الحصة)} = \frac{\text{عدد الأصوات الصحيحة في الدائرة}}{\text{عدد المقاعد} + ١} + ١$$

- ٢ - يتم تجميع أوراق الاقتراع لكل مرشح على حدة، (أي الأوراق التي كان المرشح هو صاحب الأفضلية الأولى فيها) أي رقم (١) في الترتيب.
- ٣ - يتم جمع الأفضليات الأولى لكل مرشح. والمرشح الذي يصل إلى الحاصل الانتخابي أو يتجاوزه يعتبر فائزاً.
- ٤ - يتم بعد ذلك إحصاء الأفضليات الثانية التي سجلها الناخبون في ورقة الاقتراع الخاصة بالفائز، ويحتسب نصيب كل من المرشحين المتبقين في هذه التفضيلات.
- ٥ - يتم بعد ذلك توزيع الأصوات الزائدة لدى المرشح الفائز على المرشحين المتبقين؛ استناداً إلى نسبة الأصوات التي حصل عليها كل منهم - كمرشح ثاني - من عدد الأصوات التي حصل عليها المرشح الفائز، على النحو الذي سنراه في المثال القادم.
- ٦ - تتم إضافة الأصوات بعد ذلك إلى كل مرشح، فإذا وصل أي منهم إلى الحاصل الانتخابي أو تجاوزه يعتبر فائزاً، ويتم تكرار العملية مرة أخرى حتى الانتهاء من احتساب كل المقاعد، أما إذا لم يصل أي من المرشحين إلى الحاصل الانتخابي؛ فيتم استبعاد المرشح الحاصل على أدنى الأصوات بعد آخر عملية، وتضاف الأصوات التفضيلية الثانية في ورقته كاملة إلى بقية المرشحين بحسب استحقاق كل منهم.

وللتوضيح: نفترض على سبيل المثال أن دائرة انتخابية مخصص لها أربعة مقاعد، وفيها خمسة مرشحين، حصل كل منهم على الأصوات التالية: المرشح (أ) ٣٦ صوتاً، والمرشح (ب) ١٩ صوتاً، والمرشح (ج) ١٧ صوتاً، والمرشح (د) ١٣ صوتاً، والمرشح (هـ) ١٥ صوتاً.

فنقوم أولاً باحتساب الحاصل الانتخابي على النحو التالي:

$$\text{الحاصل الانتخابي (الحصة)} = \frac{١٠٠}{١ + ٤} = ٢١$$

وحيث إن المرشح (أ) قد حصل على أكثر من ٢١ صوتاً، فيعتبر فائزاً، ولكن بقي لديه ١٦ صوتاً زائداً، وهذه الأصوات الزائدة تُحوَّل إلى المرشحين الآخرين ذوي الأفضلية الثانية في أوراق الانتخاب التي كان فيها هذا الفائز مرشحاً أولاً.

فمثلاً إذا كانت الأفضلية الثانية في ورقة المرشح الفائز قد وزعت بين المرشحين المتبقين على النحو التالي: المرشح (ب) ١٨ صوتاً، والمرشح (ج) ٤

أصوات، والمرشح (د) ١١ صوتاً، والمرشح (هـ) ٣ أصوات؛ فإن تلك الأصوات الـ ١٦ الزائدة لدى المرشح الفائز توزع بنسبتها من هذه الأصوات على النحو التالي:

المرشح	الأصوات بحسب الأفضلية الثانية	نسبتها من أصوات الفائز كلها الـ (٣٦)	عدد الأصوات من الـ (١٦) صوتاً الزائدة
(ب)	١٨	٥٠٪	٨
(ج)	٤	١١,١١٪	٢ = ١,٧٧
(د)	١١	٣٠,٥٥٪	٥ = ٤,٨٨
(هـ)	٣	٨,٤٪	١ = ١,٣٤

وعند إضافة هذه الأصوات إلى أصوات المرشحين، تكون النتيجة على النحو التالي:

- المرشح (ب) = ١٩ + ٨ = ٢٧ صوتاً.
- المرشح (ج) = ١٧ + ٢ = ١٩ صوتاً.
- المرشح (د) = ١٣ + ٥ = ١٨ صوتاً.
- المرشح (هـ) = ١٥ + ١ = ١٦ صوتاً.

وبهذه النتيجة يفوز المرشح (ب) فقط لتجاوزه الحاصل الانتخابي المحدد بـ (٢١) صوتاً، ونقوم بعد ذلك بتكرار نفس العملية لملء المقعدين المتبقين، معتمدين على نتيجة المرشح الفائز أخيراً.

ومن مزايا هذا النظام أنه يسمح للناخب بالاختيار بين قوائم الأحزاب وأيضاً بين المرشحين في تلك القوائم، كما أنه يحقق درجة جيدة من التناسبية، وبالإضافة إلى ذلك فهو يتيح للمستقلين فرص الفوز. ومن عيوبه أنه نظام صعب ومعقد ويتطلب درجة عالية من الوعي والقدرة على القراءة والكتابة لدى الناخب، ويتطلب كفاءة عالية لدى الإدارة الانتخابية بسبب إجراءاته المعقدة، ولا يسمح بفرز الأصوات في مراكز الاقتراع، وهو ما قد يشوّش على نزاهة الانتخابات، ومن عيوبه أيضاً أنه قد يؤدي إلى انقسامات داخلية في الأحزاب حيث سيتنافس أعضاء الحزب فيما بينهم إلى جانب المنافسة مع المرشحين الآخرين من الأحزاب الأخرى^(١).

ومن الدول التي تعتمد هذا النظام: أيرلندا، ومالطا.

(١) انظر: أندرو رينولدز وآخرين، مرجع سابق، ص ١٠٥-١٠٦؛ عبو سعد وآخرين، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

المبحث الثالث النظم المختلفة

يقصد بالنظم المختلفة: النظم الانتخابية التي تقوم على الجمع بين نظامين انتخابيين مختلفين. حيث يتم مثلاً الجمع بين أحد نظم الأغلبية وأحد نظم التمثيل النسبي. وهناك صورتان لهذه النظم المختلفة: الصورة الأولى: نظام تناسب العضوية المختلفة، والصورة الثانية: النظم المتوازنة.

وفي نظام تناسب العضوية المختلفة ترتبط نتائج الانتخابات بكلا النظامين بعضهما ببعض، حيث يتم توزيع المقاعد الفائزة وفق نظام القائمة النسبية بعد احتساب المقاعد الفردية، لتحقيق التناسب بين المقاعد والأصوات - كما سنرى - أما في نظم الانتخاب المتوازي فينفصل النظامان عن بعضهما البعض بشكل كامل ويعملان بشكل مستقل تماماً، فلا يستند توزيع المقاعد في أي منهما على ما يحصل في النظام الآخر^(١).

١ - نظام تناسب العضوية المختلفة: Mixed Member proportional (MMP)

نظام تناسب العضوية المختلفة، هو النظام الانتخابي الذي يتم بموجبه انتخاب نسبة من أعضاء المجلس النيابي من خلال نظام الفائز الأول، والنسبة الأخرى من خلال نظام القائمة النسبية. حيث يتم عادة تقسيم البلاد إلى دوائر انتخابية متساوية لكل منها مقعد واحد، وتتنافس الأحزاب على هذه المقاعد الفردية، ومرشح الحزب الذي يحصل على أعلى الأصوات هو الذي يفوز بمقعد الدائرة. وتتنافس الأحزاب أيضاً على المقاعد الأخرى من خلال نظام القائمة النسبية.

ففي هذا النظام يُعطى الناخب ورقتي اقتراع، الأولى ينتخب بها مرشحه في الدائرة الفردية، والثانية ينتخب بها الحزب الذي يريد التصويت له، ويمكن أيضاً أن يُعطى الناخب ورقة واحدة يصوت فيها للحزب ولمرشح الدائرة الفردية أيضاً.

وفي ظل هذا النظام تقوم عملية احتساب مقاعد قائمة التمثيل النسبي بالتعويض عن عدم التناسب في انتخاب المقاعد الفردية، فمثلاً إذا حصل أحد الأحزاب على ٢٠٪ من الأصوات على المستوى الوطني في المقاعد التي تم التنافس عليها وفق نظام القائمة النسبية، فإنه يجب أن يحصل على ٢٠٪ من المقاعد، ويتم ذلك بأن تقوم أولاً

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ١٢٢.

باحساب عدد المقاعد التي يستحقها الحزب مقابل هذه النسبة، ثم نقوم بخصم المقاعد التي حصل عليها في الدوائر الفردية من هذه النسبة، ويعطى الباقي من القائمة التي دخل بها منافساً في نظام القائمة النسبية. فإذا كانت نسبة الـ ٢٠٪ تعطيه ٢٥ مقعداً مثلاً، وكان الحزب قد حصل على ١٠ مقاعد في الدوائر الفردية؛ فإنه يعطى من القائمة النسبية ١٥ مقعداً المتبقية له.

وبناءً على هذا فإن نسبة الأصوات التي تحصل عليها الأحزاب على المستوى القومي تشكل الأساس الحاسم لتحديد حصة كل حزب من المقاعد^(١).

أما إذا حصل حزب من الأحزاب في الدوائر الفردية على عدد من المقاعد تزيد عن المقاعد المستحقة له بحسب نظام القائمة النسبية فإنه يمكن أن يحتفظ بهذه المقاعد، وتضاف إلى المجلس النيابي مقاعد توازي عدد هذه المقاعد الزائدة، كما هو حاصل في انتخابات المجلس النيابي الألماني (البوندستاغ)^(٢).

ويتمتع نظام تناسب العضوية المختلطة بمزايا نظم التمثيل النسبي إلى جانب ميزة أخرى هي إتاحتها المجال لربط النواب بناخبهم من خلال التصويت في الدوائر الفردية. ومن عيوبه أنه قد يؤدي إلى إيجاد شريحتين مختلفتين من النواب إحداهما شريحة النواب الذين يكونون مسؤولين أمام ناخبهم في الدوائر الفردية، والشريحة الثانية الذين لا يشعرون بمثل هذه المسؤولية إلا تجاه الحزب فقط، وهم المرشحون على القوائم الحزبية.

ومن الدول التي تطبق نظام تناسب العضوية المختلطة: ألمانيا، إيطاليا، ألبانيا، المجر، المكسيك، بوليفيا، فنزويلا، ليسوتو، نيوزيلندا، زنجبار.

٢ - النظم المتوازية:

يقصد بالنظم المتوازية: النظم الانتخابية التي يتم فيها الجمع بين نظامين انتخابيين مختلفين، كأن يكون أحدهما من نظم التمثيل النسبي والآخر من نظم الأغلبية. وتختلف عن نظام تناسب العضوية المختلطة في أن هذين النظامين يعملان هنا (في ظل النظم المتوازية) باستقلال تام عن بعضهما، على عكس الحال في نظام تناسب العضوية المختلطة.

(١) د. كريستوف هارتمان، النظم الانتخابية المقارنة، التجربة الألمانية، في: النظم الانتخابية ما بين مصر والعالم، ص ١٤٧.

(٢) انظر: أندرو رينولدز وآخرين، مرجع سابق، ص ١٣؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ١٩٦.

وفي هذا النظام يمكن أن يكون للناخب ورقة اقتراع واحدة يصوّت فيها لكل من مرشحه وللحزب أيضاً، كما هو الحال في كوريا الجنوبية، ويمكن أيضاً أن يكون للناخب ورقتا اقتراع، أحدهما للانتخاب بموجب نظام الأغلبية والأخرى بموجب نظام التمثيل النسبي، كما هو الحال في كل من اليابان وليتوانيا وتايلاند^(١).

ومن مزايا النظم المتوازية أنها تعالج بعض مشاكل عدم التناسبية الناتج عن تطبيق أحد نُظم الأغلبية، كما أن النظم المتوازية تمكّن الأقليات والأحزاب الصغيرة من الحصول على تمثيل لها.

ومن مساوئ هذه الأنظمة أنها تفرز شريحتين مختلفتين من الممثلين كما في نظام تناسب العضوية المختلطة، كما أن هذه الأنظمة لا تحقق التناسب الكامل في النتائج، وبالإضافة إلى ذلك تكون هذه الأنظمة معقدة بعض الشيء^(٢).

ومن الدول التي تطبق هذا النظام: تونس، باكستان، اليابان، كوريا الجنوبية، الفلبين، تايلاند، تايوان، تيمور الشرقية، روسيا الاتحادية، أذربيجان، أرمينيا، أوكرانيا، جورجيا، طاجيكستان، كازخستان، ليتوانيا، جزر السيشل، السنغال، غينيا (كوناكري)، موناكو.

المبحث الرابع أنظمة انتخابية أخرى

هناك بعض الأنظمة الانتخابية التي لا يمكن تصنيفها تحت إحدى العائلات الثلاث السابقة، وهذه النظم هي: نظام الصوت الواحد غير المتحول، ونظام الصوت المحدود، ونظام بوردا.

١ - نظام الصوت الواحد غير المتحول: (Single Non-Transferable Vote (SNTV)

يقصد بنظام الصوت الواحد غير المتحول: النظام الانتخابي الذي يكون للناخب بموجبه صوت واحد في إطار دائرة انتخابية متعددة المقاعد، أي أن الناخب لا يصوت إلا لصالح مرشح واحد فقط، مع أن الدائرة لها أكثر من مقعد، ويفوز في الانتخابات المرشحون الذين حصلوا على أعلى الأصوات^(٣).

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٢) المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٣) المرجع السابق، ص ١٤٦؛ عبود سعد وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

ومن مزايا هذا النظام أنه يسهم بصورة أفضل من نظم الأغلبية في إتاحة الفرصة لمرشحي الأحزاب الصغيرة في الفوز، ويرتفع معدل التناسبية فيه كلما اتسع حجم الدائرة الانتخابية، ومن مزاياه أنه يسهم في دفع الأحزاب لتنظيم عملها حتى تتمكن من توجيه ناخبها لتوزيع أصواتهم على مرشحيها بشكل متوازن لضمان فوز أكبر عدد منهم. ومن عيوبه أنه لا يحقق التناسبية في النتائج بين الأصوات والمقاعد، وقد ينتج عنها عدم فوز الأحزاب الصغيرة بأية مقعد، بينما تتعاظم مقاعد الأحزاب الكبيرة حينئذ من خلال حصولها على الأغلبية النسبية البسيطة، كما أن هذا النظام قد يسهم في تعميق الخلافات داخل الأحزاب من خلال تنافس مرشحي الحزب الواحد فيما بينهم، ويحتاج هذا النظام إلى سياسات وحسابات إستراتيجية دقيقة عند اختيار المرشحين وكيفية توجيه الناخبين لتوزيع أصواتهم على مرشحي الحزب، ومن مساوئه أيضاً أنه يؤدي إلى إهدار نسبة غير قليلة من أصوات الناخبين^(١).

ويطبق هذا النظام في: الأردن، أفغانستان، فانواتو.

٢ - نظام الصوت المحدود: Limited Vote (LV)

يقصد بنظام الصوت المحدود: النظام الانتخابي الذي يكون للناخب بموجبه عدد من الأصوات في إطار دائرة انتخابية متعددة المقاعد، ولكن يكون عدد هذه الأصوات التي للناخب أقل من عدد المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية، ويفوز في الانتخابات المرشحون الذين حصلوا على أعلى الأصوات^(٢).

ويتميز هذا النظام بكونه لا يتطلب إجراءات معقدة لعملية فرز الأصوات، ولكنه يحمل نفس عيوب نظام الصوت الواحد غير المتحول، ويطبق هذا النظام في: جبل طارق.

٣ - نظام بوردا: Borda Count (BC)

في هذا النظام يقوم الناخب بترتيب المرشحين بحسب الأفضلية لديه بأرقام متسلسلة، ويتم احتساب الأصوات وفق عملية حسابية واحدة على النحو التالي: تعطى الأفضلية الأولى قيمة تساوي واحد، والأفضلية الثانية قيمة تساوي النصف، والأفضلية الثالثة قيمة تساوي الثلث، ... وهكذا، ثم يتم جمع هذه القيم لكل مرشح،

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ١٤٧؛ عبود سعد وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٢) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ١٥١.

ويفوز في الانتخابات المرشحون الحاصلون على أعلى المجاميع أو القيم، ويمكن استخدام هذا النظام في دوائر فردية أو متعددة المقاعد. ويتميز هذا النظام بأنه يتيح الفرصة لوصول مرشحي الأقليات الأقوياء إلى المجالس المنتخبة. ومن عيوبه: أنه لا يحقق التناسبية، ويسمح بالتنافس الداخلي بين مرشحي الحزب الواحد، وصعوبة إدارة أصوات الناخبين^(١). لا يستخدم هذا النظام إلا في (ناورو) فقط، وهي إحدى الجزر المستقلة في المحيط الهادي^(٢).

(١) المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥٢.

الفصل الثاني نظام القائمة النسبية

نتناول في هذا الفصل دراسة نظام القائمة النسبية من خلال: التعريف بهذا النظام، وتوضيح آليات تطبيقه، وذلك في المبحثين التاليين:
المبحث الأول: في التعريف بنظام القائمة النسبية.
المبحث الثاني: آلية تطبيق نظام القائمة النسبية.

المبحث الأول في التعريف بنظام القائمة النسبية

نتناول في هذا المبحث بيان المقصود بنظام القائمة النسبية، وتوضيح مزاياه وعيوبه.

أولاً - المقصود بنظام القائمة النسبية:

يقصد بنظام القائمة النسبية: النظام الانتخابي الذي تتم الانتخابات فيه من خلال التنافس بين قوائم انتخابية متعددة، حيث يقدم كل حزب أو ائتلاف حزبي قائمة بمرشحيه في الدائرة الانتخابية المتعددة المقاعد، ويصوّت الناخبون لصالح قائمة من هذه القوائم المتنافسة، ثم تتم قسمة المقاعد بين هذه القوائم بحسب نسبة الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة. فمثلاً إذا كانت هناك ثلاث قوائم تتنافس على مائة مقعد، وحصلت القائمة الأولى على نسبة ٦٠٪ من الأصوات، وحصلت الثانية على نسبة ٣٠٪ من الأصوات، وحصلت الثالثة على نسبة ١٠٪ من الأصوات؛ فإن المقاعد توزع بين هذه القوائم على النحو التالي:

- القائمة الأولى الحاصلة على ٦٠٪ من الأصوات تحصل على ٦٠ مقعداً.
- القائمة الثانية الحاصلة على ٣٠٪ من الأصوات تحصل على ٣٠ مقعداً.
- القائمة الثالثة الحاصلة على ١٠٪ من الأصوات تحصل على ١٠ مقاعد.

ويتم تحديد أسماء المرشحين الفائزين من كل قائمة - في الغالب - بحسب ترتيب أسمائهم في القائمة، أو بحسب ما ينص عليه القانون في هذه المسألة.

ومن الدول التي تطبق نظام القائمة النسبية: أسبانيا، البرتغال، النمسا، اليونان، تركيا، هولندا، السويد، الدنمارك، النرويج، بلجيكا، فنلندا، أيسلندا، لوكسمبورغ، سويسرا، الجمهورية التشيكية، بلغاريا، بولندا، رومانيا، استونيا، لاتفيا، مولدافيا،

مقدونيا، سلوفينيا، سلوفاكيا، البوسنة والهرسك، كوسوفو، كرواتيا، قبرص، البرازيل، الأرجنتين، تشيلي، أوروغواي، باراغواي، كوستاريكا، غواتيمالا، إكوادور، جمهورية الدومينيكان، كولومبيا، نيكاراغوا، بيرو، السلفادور، هندوراس، بنما، جنوب أفريقيا، الجزائر، المغرب، النيجر، موزامبيق، ناميبيا، سيراليون، غينيا بيساو، غيانا، بوركينا فاسو، بوروندي، بنين، رواندا، أنجولا، جوايانا، العراق، اندونيسيا، كمبوديا، سريلانكا، بوتان، الرأس الأخضر، الكيان الإسرائيلي.

ثانياً - مزايا وعيوب نظام القائمة النسبية:

(أ) - مزايا نظام القائمة النسبية^(١):

- ١ - يحقق نظام القائمة النسبية التناسب بين عدد الأصوات وعدد المقاعد الفائزة بموجبها على نحو دقيق، على عكس ما تؤدي إليه نظم الأغلبية من تفاوت.
- ٢ - يرتقي نظام القائمة النسبية بالعملية الانتخابية، حيث تغو المنافسة بين الأفكار والبرامج الحزبية بدلاً من المنافسة بين المرشحين الفرديين على أسس شخصية.
- ٣ - يسمح نظام القائمة النسبية للأحزاب السياسية بتقديم قوائم متوازنة للمرشحين تمثل كل الشرائح والفئات في المجتمع.
- ٤ - يتيح نظام القائمة النسبية للأحزاب اختيار كفاءات جيدة وخبرات متنوعة لتمثيلها في المجالس النيابية، دون أن تكون خاضعة لضغوط بعض الأفراد في دوائر معينة يحتكرون تمثيلها كما هو الحال في نظام الفائز الأول، وهذا ما يسهم في رفع كفاءة وتفعيل أداء المجالس النيابية.
- ٥ - يتيح نظام القائمة النسبية فرصاً أكبر لتمثيل المرأة من خلال وضع أسماء المرشحات من النساء في مراكز متقدمة من القوائم المغلقة للأحزاب، وهي طريقة جيدة ومناسبة لإفساح المجال أمام مشاركة المرأة في الحياة السياسية، ولا شك أنها فكرة تفضّل فكرة تخصيص مقاعد محددة للنساء وفق نظام (الكوتا) النسائية الذي قد يراه البعض إخلالاً بمبدأ دستوري هو مبدأ تكافؤ الفرص بين الرجال والنساء.
- ٦ - عندما تتوسع الدوائر الانتخابية أو تصبح الدولة كلها دائرة انتخابية واحدة في ظل نظام القائمة النسبية؛ فإن ذلك يسهم في تكريس الاندماج الاجتماعي والوطني،

(١) المرجع السابق، ص ٨٣ - ٨٨؛ عبود سعد وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٦٦ - ٢٧٢؛ د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين لطباعة الأوفست والتجليد، بدون تاريخ أو مكان طبع، ص ٥٠٤.

حيث يشعر الفرد في أي منطقة بشراكة حقيقية مع غيره من المواطنين في المناطق الأخرى في قضايا وأهداف واحدة تجمعهم، ولا شك أن ذلك يسهم في دعم التماسك الاجتماعي وتحقيق الاندماج الوطني، على عكس الحال في ظل نظام الدائرة الفردية عندما تكون القضايا المحلية الصغيرة الخاصة بكل منطقة هي محور الخطاب الإعلامي للمرشحين في إطار هذه الدوائر.

٧ - يسهم نظام القائمة النسبية في الارتقاء بالخطاب الإعلامي؛ حيث سيكون على الأحزاب توجيه خطاب إعلامي وطني يلامس قضايا كل فئات المجتمع على مستوى البلاد كلها، وتحاشي مخاطبة مصالح ضيقة: طائفية، أو مذهبية، أو مناطقية؛ وفي ذلك مساهمة في رفع الوعي الوطني العام، وإدارة الصراع بين الناس على هذه الأسس والأهداف الوطنية العامة.

٨ - يشجع نظام القائمة النسبية على وجود أحزاب تقوم على أسس وطنية، وتوسيع دائرة نشاطها بالتوجه إلى قطاعات أخرى من الناخبين خارج مواقع ثقلها الحزبي الرئيسية أو التقليدية. ففي ظل نظام القائمة النسبية وبالذات عندما تكون الدولة كلها دائرة واحدة، سيصبح على الأحزاب أن تبحث لها عن أنصار وناخبين في كل أنحاء البلاد، وذلك سيدفعها إلى تبني برامج تسعى لتحقيق مصالح المواطنين في كل أنحاء البلاد، ولن يكون مجدياً مخاطبة فئات أو طوائف بعينها في مناطق محددة دون غيرها.

٩ - يشجع نظام القائمة النسبية على التقاء الأحزاب وتكتلها، سواء قبل الانتخابات في إطار برنامج انتخابي مشترك، أو في إطار ائتلاف لتشكيل الحكومة بعد الانتخابات. والتقاء الأحزاب على هذا النحو مفيد لتحقيق الاستقرار الاجتماعي، وتجسيد ثقافة القبول بالآخر، وإمكانية التعايش بين الأحزاب المختلفة، وعلى وجه خاص في الديمقراطيات الناشئة.

١٠ - يسهم نظام القائمة النسبية - وعلى نحو خاص عندما تكون الدولة دائرة واحدة أو عند استخدام طريقة المتوسط الوطني في ضمان تساوي قوة الصوت في كل مناطق البلاد، على عكس الحال في نظام الفائز الأول، حيث يمكن أن يفوز المرشح في دائرة معينة بنسبة ضئيلة جداً من أصوات الناخبين مقارنة بغيره من المرشحين في دوائر أخرى.

١١ - يحفز نظام القائمة النسبية الناخبين على المشاركة الإيجابية في الانتخابات لشعور الناخبين بالأمل في إمكانية فوز أحزابهم، حيث لن تعدم هذه الأحزاب فرص الحصول على أصوات لها من هنا أو هناك في إطار الدائرة الانتخابية الواسعة.

وتشير الإحصاءات إلى أن متوسط مشاركة الناخبين في ظل أنظمة الأغلبية ٤٠٪ من إجمالي عدد الناخبين، بينما متوسط مشاركة الناخبين في الدول التي تعتمد نظام القائمة النسبية تصل إلى ٧٠٪ في حدها الأدنى، وإلى ٩٠٪ في حدها الأعلى^(١).

١٢ - تؤدي نظم التمثيل النسبي إلى مستويات أعلى من استقرار السياسات في الدولة، بالإضافة إلى تحقيق مستويات أعلى من المشاركة، ومن الأداء الاقتصادي الأفضل؛ وهذا ما أثبتته تجارب دول أوروبا الغربية التي تعتمد نظام التمثيل النسبي لانتخاب برلماناتها. والسبب في ذلك أن الحكومات الائتلافية الناتجة عن تطبيق النظم النسبية تؤدي إلى استمرار الالتزام بالقرارات الهامة التي تساعد على التطوير والتنمية المستدامة، على عكس الحال في نظم الأغلبية، حيث قد يؤدي التناوب المتكرر بين حزبين رئيسيين إلى وجود سياسات متناقضة عند كل تناوب على السلطة.

١٣ - في ظل نظام القائمة النسبية - وعلى وجه خاص عندما تكون الدولة كلها دائرة انتخابية واحدة - يصبح القول بأن النائب في البرلمان يمثل الأمة كلها، قولاً صادقاً ومعبراً عن الحقيقة.

١٤ - يقلل تطبيق نظام القائمة النسبية من إهدار أصوات الناخبين.

١٥ - في ظل نظام القائمة النسبية، وعند تحديد حد أدنى لنسبة الأصوات التي تسمح للقائمة بدخول المجلس النيابي يمكن إقصاء الجماعات المتطرفة أو أولئك المرشحين المعتمدين على ثرواتهم أو على عصبيتهم من دخول المجلس.

١٦ - يعتبر نظام القائمة النسبية - وعلى وجه خاص القائمة المغلقة - نظاماً سهلاً وغير معقد، ولا يثير أية صعوبات أو مشاكل، مهما كانت أحوال المجتمع الذي يطبق فيه هذا النظام.

(ب) عيوب نظام القائمة النسبية:

من العيوب المحتملة لتطبيق نظام القائمة النسبية ما يلي^(٢):

١ - يؤدي نظام القائمة النسبية إلى إضعاف الصلة بين النائب والمرشح، وبوجه خاص عندما تكون الدولة كلها دائرة انتخابية واحدة.

(١) د. علي الصاوي، وكريم السيد، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٢) أندرو رينولتز وآخرون، مرجع سابق ص ٨٥-٨٦، ٩٩؛ د. عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص ٥٠٥-٥٠٦.

- ٢ - يؤدي تطبيق نظام القائمة النسبية في الغالب إلى عدم حصول حزب على الأغلبية، ويكون من اللازم قيام حكومة ائتلافية من أحزاب متعددة، وهذا الوضع قد يحول بين هذه الحكومات وبين قدرتها على اتخاذ قرارات سريعة وحازمة، كما يجعل الحكومات عرضة لعدم الاستقرار، والمثال على ذلك إيطاليا التي عانت لسنوات طويلة من عدم استقرار حكوماتها الائتلافية المتعاقبة.
- ٣ - قد يؤدي تطبيق نظام القائمة النسبية إلى حصول بعض الاختلالات في الحياة السياسية عندما تنجح بعض الأحزاب الصغيرة في دخول البرلمان، وتكون الأحزاب الكبيرة مضطرة إلى الائتلاف مع هذه الأحزاب لتشكيل حكومة ائتلافية، وربما أصبحت هذه الأحزاب الكبيرة رهينة لابتزاز الأحزاب الصغيرة في سياساتها. وقد ينتج عن ذلك حصول أحزاب صغيرة على نصيب من السلطة يفوق حجمها الشعبي الحقيقي، عندما تضطر الأحزاب الكبيرة إلى استرضاء الأحزاب الصغيرة الداخلة معها في الائتلاف بمواقع أو مواقف سياسية على حساب رأي الحزب الكبير الذي يمثل قطاعاً أوسع من الناخبين، والمثال على ذلك ما تلعبه الأحزاب الدينية المتطرفة الصغيرة في الكيان الإسرائيلي من دور هام في تشكيل الحكومات وإملاء سياساتها عليها.
- ٤ - التخوف من أن تؤدي بعض تطبيقات نظام القائمة النسبية إلى تشجيع ظهور الأحزاب السياسية المتطرفة ونموها، عندما تتاح أمامها فرص دخول المجالس النيابية.
- ٥ - إن أسماء المرشحين وترتيبها في القوائم الحزبية المغلقة يخضع لمزاجية قيادة هذه الأحزاب، دون أن يكون للناخبين دور فاعل في اختيارها. حيث تشير التجارب إلى أن المرشحين في صدارة قوائم الأحزاب يكونون في العادة هم الأشخاص المرضى عنهم من قيادة الحزب، وليسوا بالضرورة أكفأ العناصر لأداء هذه المهمة.

المبحث الثاني

آليات تطبيق نظام القائمة النسبية

عند تطبيق نظام القائمة النسبية تثور العديد من المسائل المتعلقة بتطبيق هذا النظام في الواقع، نحو: حجم الدائرة الانتخابية، وكون القوائم مفتوحة أو مغلقة أو حرة، وكيفية توزيع المقاعد على القوائم الفائزة في الانتخابات، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولاً - تحديد حجم الدائرة الانتخابية:

في ظل نظام القائمة النسبية يمكن جعل الدولة كلها دائرة انتخابية واحدة، بحيث تتنافس الأحزاب على المقاعد في إطار الدولة، ويكون لكل حزب قائمة بمرشحيه على مستوى الدولة كلها، كما يمكن أن تقسم الدولة إلى دوائر انتخابية أصغر نسبياً، كأن تكون كل محافظة دائرة انتخابية، ولكن ينبغي أن تشمل كل دائرة على أكثر من مقعد. وكلما كان حجم الدائرة أكبر ساهم ذلك في تحقيق تمثيل تناسبي أفضل، وساهم في عدم إهدار أصوات الناخبين، حيث تستطيع الأحزاب مهما كانت صغيرة أن تجد لها أنصاراً هنا أو هناك في إطار الدائرة الواسعة، على عكس الحال فيما لو تم تفتيت هذه الأصوات في دوائر صغيرة متعددة لا يتمكن الحزب من الاستفادة منها. وعندما تصغر الدائرة إلى الحد الأدنى بأن يكون للدائرة مقعدان فقط (كما هو الحال في تشيلي مثلاً) فإن مزايا التمثيل النسبي ستفقد في هذه الحالة، حيث لن يكون متاحاً في هذه الحالة إلا فوز الحزبين الكبيرين على الأكثر.

وبطبيعة الحال فإنه كلما زاد حجم الدائرة الانتخابية قلت درجة ارتباط المرشح بناخبيه، ومن ثم انخفضت درجة تأثير العوامل الشخصية، وكانت الرؤى والأفكار هي الأكثر حضوراً.

ثانياً - أشكال القوائم الانتخابية (مغلقة - مفتوحة - حرة):

في إطار نظام القائمة النسبية يمكن أن تكون القوائم الانتخابية مغلقة بحيث لا يكون للناخبين خيار سوى التصويت للقائمة كلها وفق ترتيب المرشحين في القائمة كما وضعها الحزب، وهذا ما تعتمده أغلب نظم القائمة النسبية المعمول بها في العالم حالياً^(١). وفي هذه الحالة يمكن ألا تتضمن ورقة الاقتراع سوى اسم الحزب ورمزه أو صورة زعيم الحزب مثلاً دون أن تتضمن أسماء مرشحي الحزب.

ويمكن أيضاً أن تكون هذه القوائم مفتوحة بحيث تتيح للناخب أن يعيد ترتيب مرشحي القائمة بحسب الأفضلية لديه، وفي هذه الحالة تصبح أمام الناخب فرصة أكبر للاختيار، فهو إلى جانب اختياره لحزبه المفضل يستطيع أيضاً أن يرتب مرشحيه في قائمة مرشحي الحزب بحسب أفضليتهم لديه. ولكن من سلبيات نظام القوائم المفتوحة، ما تؤدي إليه من حصول منافسة بين مرشحي الحزب نفسه، ومن ثم تأجيج الصراعات والمشاحنات داخل الأحزاب.

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ١١٤.

كما يمكن أن تكون القوائم حرة، بحيث يستطيع الناخب أن يختار مرشحيه المفضلين ليس من قائمة حزبية واحدة بل من أي قائمة من القوائم المتنافسة، بمعنى أنه يستطيع أن يُعَدَّ قائمة جديدة من المرشحين المفضلين لديه من كل القوائم المتنافسة، ويتم تحديد عدد المقاعد التي يفوز بها كل حزب اعتماداً على مجموع الأصوات التي حصل عليها مرشحوه جميعاً، أما تحديد المرشحين الفائزين من كل حزب فيستند إلى عدد الأصوات التي حصل عليها كل مرشح بمفرده^(١).

ومن مساوئ القوائم المفتوحة والحرّة أنها تقضي على ميزة هامة من مزايا القائمة النسبية وهي إتاحة المجال للأحزاب لإيصال من تراه من كوارها قادراً على تنفيذ برامجها وأفكارها، وضمان تمثيل المرأة وممثلي الأقليات، ونحو ذلك؛ من خلال وضع مرشحيها من هذه الفئات في الصدارة من قوائمها الانتخابية، إلى جانب الصعوبات الكبيرة في عملية الفرز وما يترتب عليه من تأخير كبير في إعلان النتائج، وما يتطلبه تطبيق هذا النظام على هذا النحو من وعي لدى الناخبين.

ثالثاً - الحد الأدنى من نسبة الأصوات لإمكانية دخول البرلمان:

تعتمد بعض تطبيقات نظام القائمة النسبية إلى تحديد نسبة معينة من الأصوات ينبغي على القائمة الحزبية الحصول عليها لتتمكن من دخول المجلس النيابي، وهناك أهداف عدة لتقرير هذا الحد الأدنى؛ فقد يكون الغرض هو تفويت الفرصة على الأحزاب الصغيرة المتطرفة لدخول المجلس النيابي، أو منع استغلال البعض لثرواتهم أو عصبيتهم للوصول إلى البرلمان، أو مواجهة خطر وجود أحزاب كثيرة في البرلمان تعيق تشكيل الحكومات، وغير ذلك من الأهداف.

ولا شك أن تقرير حد أدنى من الأصوات لإمكانية التمثيل في البرلمان سيعني إهدار الأصوات التي مُنحت للقوائم التي لم تستطع الحصول على الحد الأدنى، والتي ستضاف إلى القوائم الفائزة، وكلما زادت نسبة الحد الأدنى زادت نسبة الأصوات المهدرة^(٢).

(١) المرجع السابق، ص ١١٥.

(٢) وعلى سبيل المثال في الانتخابات النيابية التركية عام ٢٠٠٢ كان الحد الأدنى للتمثيل في البرلمان الحصول على نسبة (١٠٪) من الأصوات، وهي نسبة كبيرة نتج عنها إقصاء العديد من الأحزاب عن البرلمان، وهو ما أدى إلى إهدار ٤٦٪ من مجمل الأصوات. المرجع السابق، ص ١١٣.

رابعاً - كيفية توزيع المقاعد على القوائم المتنافسة:

نتناول هنا كيفية التوزيع الأولي للمقاعد بين القوائم المتنافسة، ثم كيفية توزيع المقاعد المتبقية من خلال احتساب ما فضل من الأصوات بعد الفرز الأولي.

(أ) كيفية التوزيع الأولي للمقاعد على القوائم المتنافسة:

هناك عدة طرق يمكن بموجبها إجراء عملية التوزيع الأولي للمقاعد بين القوائم المتنافسة، منها: طريقة المتوسط الانتخابي، وطريقة المتوسط الوطني.

١ - طريقة المتوسط الانتخابي:

في هذه الطريقة تتم قسمة الأصوات الصحيحة على عدد المقاعد التي يتم التنافس عليها، فمثلاً إذا كانت المقاعد التي يتم التنافس عليها عشرة مقاعد، وعدد الأصوات الصحيحة ٥٠٠,٠٠٠ صوت؛ فإن المتوسط الانتخابي هو:

$$٥٠٠,٠٠٠ \div ١٠ = ٥٠,٠٠٠$$

ويكون نصيب كل قائمة من المقاعد هو حصيلة قسمة ما حصلت عليه من الأصوات على هذا المتوسط الانتخابي. فمثلاً إذا حصلت قائمة ما على ١٠٠,٠٠٠ صوت فإنها تحصل على مقعدين: $١٠٠,٠٠٠ \div ٥٠,٠٠٠ = ٢$ ، وهكذا.

٢ - طريقة المتوسط الوطني:

في هذه الطريقة تتم قسمة عدد الأصوات الصحيحة على مستوى الدولة كلها (أي في جميع الدوائر إذا كانت الدولة مقسمة إلى عدة دوائر) على عدد مقاعد المجلس النيابي كلها، وناتج هذه القسمة يكون هو المتوسط الوطني. ومن ثم يتم احتساب المقاعد التي ستحصل عليها كل قائمة من القوائم المتنافسة من خلال قسمة الأصوات التي حصلت عليها القائمة في كل دائرة على هذا المتوسط الوطني.

(ب) كيفية توزيع الأصوات المتبقية بعد التوزيع الأولي للمقاعد:

عند قسمة الأصوات التي حصلت عليها القائمة على المتوسط الانتخابي أو المتوسط الوطني سيبقى في ناتج القسمة عدد من الأصوات لم تترجم إلى مقاعد. فمثلاً إذا كانت القائمة قد حصلت على ١٥٠,٠٠٠ صوت وكان المتوسط الانتخابي أو المتوسط الوطني هو ٤٥,٠٠٠ صوت فإن القائمة ستفوز بثلاثة مقاعد ويتبقى لها ١٥,٠٠٠ صوت لم تستفد منها، فكيف يتم التعامل مع هذه الأصوات المتبقية؟

هناك عدة طرق لاحتساب هذه الأصوات منها: نظام الباقي الأكبر، ونظام المتوسط الأكبر، ونظام هوندت.

١ - توزيع الأصوات المتبقية طبقاً لنظام الباقي الأكبر:

إذا افترضنا أن أربع قوائم تتنافس على ستة مقاعد في الدائرة، وكان مجموع الأصوات الصحيحة التي أعطيت لهذه القوائم هي: ١٨٠,٠٠٠ صوت، على النحو التالي: القائمة الأولى حصلت على ٧٠,٠٠٠ صوت، والقائمة الثانية حصلت على ٥٥,٠٠٠ صوت، والقائمة الثالثة حصلت على ٣٥,٠٠٠ صوت، والقائمة الرابعة حصلت على ٢٠,٠٠٠ صوت.

فكيف يتم توزيع المقاعد على القوائم المتنافسة وفق نظام المتوسط الانتخابي مثلاً؟
يتم أولاً تحديد المتوسط الانتخابي، من خلال قسمة الأصوات الصحيحة التي أعطيت في الانتخابات على عدد المقاعد التي يتم التنافس عليها:

$$\text{المتوسط الانتخابي} = ١٨٠,٠٠٠ \div ٦ = ٣٠,٠٠٠$$

ثم يتم توزيع المقاعد على القوائم على النحو التالي:

- القائمة الأولى: ٧٠,٠٠٠ ÷ ٣٠,٠٠٠ تحصل على مقعدين، ويتبقى لها ١٠,٠٠٠ صوت.
- القائمة الثانية: ٥٥,٠٠٠ ÷ ٣٠,٠٠٠ تحصل على مقعد واحد، ويتبقى لها ٢٥,٠٠٠ صوت.
- القائمة الثالثة: ٣٥,٠٠٠ ÷ ٣٠,٠٠٠ تحصل على مقعد واحد، ويتبقى لها ٥,٠٠٠ صوت.
- القائمة الرابعة: ٢٠,٠٠٠ ÷ ٣٠,٠٠٠ لم تحصل على أي مقعد، ولها ٢٠,٠٠٠ صوت.

بهذه القسمة الأولية تم توزيع أربعة مقاعد من الستة مقاعد، ويبقى مقعدان لم يتم توزيعهما.

وبحسب نظام الباقي الأكبر فإن القائمة الثانية تكون صاحبة الباقي الأكبر تليها القائمة الرابعة، فتمنح كل من القائمتين مقعداً، وتكون النتيجة النهائية لتوزيع المقاعد على النحو التالي:

القائمة الأولى: مقعدان، والقائمة الثانية: مقعدان، والقائمة الثالثة: مقعد واحد، والقائمة الرابعة: مقعد واحد.

٢ - توزيع الأصوات المتبقية طبقاً لنظام المتوسط الأكبر:

عند احتساب المقاعد المتبقية طبقاً لهذا النظام نقوم بافتراض أن كل القوائم قد

حصلت على مقعد واحد، فنضيف مقعداً واحداً وهماً بعد التوزيع الأولي للمقاعد. ففي المثال السابق نفترض أن للقائمة الأولى ٣ مقاعد، وللقائمة الثانية مقعدين، وللقائمة الثالثة، مقعدين، وللقائمة الرابعة مقعد واحد، ثم نقوم باحتساب متوسط حصول القائمة على مقعد واحد (متوسط قيمة المقعد لكل قائمة) من خلال قسمة ما حصلت عليه القائمة من أصوات على عدد هذه المقاعد التي افترضنا حصولها عليها، على النحو التالي:

- متوسط قيمة المقعد الواحد للقائمة الأولى $= 70,000 \div 3 = 23,333$ صوتاً.
- متوسط قيمة المقعد الواحد للقائمة الثانية $= 55,000 \div 2 = 27,500$ صوت.
- متوسط قيمة المقعد الواحد للقائمة الثالثة $= 35,000 \div 2 = 17,000$ صوت.
- متوسط قيمة المقعد الواحد للقائمة الرابعة $= 20,000 \div 1 = 20,000$ صوت.

ويتبين لنا أن المتوسط الأكبر للحصول على صوت واحد يوجد لدى القائمة الثانية، ثم القائمة الأولى، ومن ثم يضاف مقعد واحد لهاتين القائمتين، وتصبح النتيجة النهائية لتوزيع المقاعد بناءً على نظام المتوسط الأكبر: القائمة الأولى ٣ مقاعد، والقائمة الثانية مقعدان، والقائمة الثالثة مقعد واحد، والقائمة الرابعة لم تحصل على أي مقعد.

ويتضح من خلال تطبيق نظام المتوسط الأكبر أن هذا النظام يخدم الأحزاب الكبيرة بعكس نظام الباقي الأكبر الذي يأتي لصالح الأحزاب الصغيرة^(١).

٣ - توزيع الأصوات المتبقية طبقاً لنظام هوندت:

ابتكر عالم الرياضيات البلجيكي هوندت سنة ١٨٨٥ طريقة لاحتساب المقاعد المتبقية، وطبقت هذه الطريقة لأول مرة في بلجيكا سنة ١٨٩٩، وهي الطريقة المعمول بها الآن في ألمانيا وإسبانيا والبرتغال وفنلندا^(٢).

وبحسب هذه الطريقة يتم توزيع المقاعد دفعة واحدة - وليس على مرحلتين - على النحو التالي:

- ١ - يتم تقسيم الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة من القوائم على الأرقام: ١، ٢، ٣، ٤ بعدد القوائم الانتخابية.
- ٢ - يتم ترتيب نواتج القسمة من الأكبر إلى الأدنى ونأخذ منها عدداً من النواتج يساوي

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص ١٨٩ - ١٩٠.

(٢) عبدو سعد وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

عدد المقاعد المطلوب شغلها، فإذا كان عدد المقاعد المطلوب شغلها ستة مقاعد - مثلاً - نقوم بترتيب أكبر ستة نواتج للقسم، ثم نأخذ أصغر هذه الأرقام ونعتبره القاسم المشترك.

٣ - نقوم بقسمة الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة على هذا القاسم المشترك فيحدد عدد المقاعد التي ستحصل عليها كل قائمة. وطبقاً للمثال السابق تتم عملية احتساب المتوسط الأكبر طبقاً لنظام هوندت على النحو التالي:

تتم قسمة الأصوات التي حصلت عليها القوائم على الأرقام ١، ٢، ٣، ٤ (أي بعدد القوائم) على النحو التالي:

٤	٣	٢	١	
١٧,٥٠٠	٢٣,٣٣٣	٣٥,٠٠٠	٧٠,٠٠٠	القائمة الأولى
١٣,٧٥٠	١٨,٣٣٣	٢٧,٥٠٠	٥٥,٠٠٠	القائمة الثانية
٨,٧٥٠	١١,٦٦٦	١٧,٥٠٠	٣٥,٠٠٠	القائمة الثالثة
٥,٠٠٠	٦,٦٦٦	١٠,٠٠٠	٢٠,٠٠٠	القائمة الرابعة

- يتم ترتيب أكبر ستة أرقام من الأرقام الناتجة تنازلياً (أي بعدد المقاعد الستة المطلوب شغلها) على النحو التالي: ٧٠,٠٠٠ ثم ٥٥,٠٠٠ ثم ٣٥,٠٠٠ ثم ٣٥,٠٠٠. ثم ٢٧,٥٠٠ ثم ٢٣,٣٣٣، فيكون القاسم المشترك هو: ٢٣,٣٣٣.

- تتم قسمة الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة على هذا القاسم المشترك لتحديد عدد المقاعد التي تستحقها كل قائمة، فتكون النتيجة كما يلي:

$$\text{* القائمة الأولى: } ٧٠,٠٠٠ \div ٢٣,٣٣٣ = ٣ \text{ مقاعد.}$$

$$\text{* القائمة الثانية: } ٥٥,٠٠٠ \div ٢٣,٣٣٣ = \text{مقعدان.}$$

$$\text{* القائمة الثالثة: } ٣٥,٠٠٠ \div ٢٣,٣٣٣ = \text{مقعد واحد.}$$

* القائمة الرابعة: ٢٠,٠٠٠، وهي أصوات أقل من القاسم المشترك، فلا تحصل على أي مقعد.

الفصل الثالث

مدى ملاءمة نظام القائمة النسبية للواقع اليمني

أشرنا في مقدمة هذه الدراسة إلى أنه لا يمكن القول بصفة مطلقة بأفضلية نظام انتخابي على آخر، لأن أفضلية هذا النظام أو ذاك مرهون بمدى ملاءمته للواقع الذي سيتم تطبيق هذا النظام عليه. وفي سعينا لبيان مدى ملاءمة نظام القائمة النسبية للواقع اليمني سيكون من اللازم أولاً الحديث عن المعايير التي ينبغي مراعاتها عند اختيار النظام الانتخابي، ثم تطبيق هذه المعايير على الواقع اليمني لتبين مدى ملاءمة هذا النظام للواقع، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: معايير اختيار النظام الانتخابي.

المبحث الثاني: ملاءمة نظام القائمة النسبية للواقع اليمني.

المبحث الأول

معايير اختيار النظام الانتخابي

يؤدي النظام الانتخابي دوراً بالغ الأهمية في العملية الانتخابية، بل وفي مجرى الحياة السياسية في البلاد، فهو إما أن يوفر آلية ملائمة لإجراء انتخابات تعبر نتائجها بصدق عن إرادة الناخبين، وإما أن يصبح مجرد أداة لتزييف أو تغييب هذه الإرادة. وهو إما أن يثمر نتائج إيجابية تكرس السلم الاجتماعي وتحقق الاستقرار السياسي للمجتمع وتحفز على وجود حكومات قوية وفاعلة، وفي نفس الوقت تكون خاضعة للمحاسبة والمساءلة، وإما أن يسفر عن أوضاع أخرى سلبية، بل ربما كارثية، من شأنها زعزعة الاستقرار في المجتمع، وتغذية الشعور بالإقصاء والتهميش لدى بعض فئات أو قطاعات من المجتمع، كما يمكن أن يؤدي إلى وجود حكومات ضعيفة غير قادرة على القيام بمهامها، وغير ذلك من النتائج المختلفة.

وعلى هذا الأساس فإن عملية اختيار النظام الانتخابي في أي دولة من الدول هي مسألة بالغة الأهمية، وينبغي إدراك أن هذا الاختيار هو من أهم القرارات التي ستحدد ملامح العمل السياسي الديمقراطي في البلاد، ومن ثم ينبغي عند اختيار النظام الانتخابي مراعاة كل العوامل الموضوعية في المجتمع المعني حتى يمكن لهذا النظام أن يثمر أفضل النتائج^(١).

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ١٥.

ونورد فيما يلي أهم المحددات والمعايير التي ينبغي مراعاتها عند اختيار النظام الانتخابي^(١):

أولاً - ضمان تعبير نتائج الانتخابات عن الإرادة الحقيقية للناخبين:
إذا كان الهدف من إجراء الانتخابات هو تمثيل الناخبين في الهيئات المختلفة؛ فإن هذه العملية لن يكون لها معنى حقيقياً إلا إذا تحقق هذا الهدف؛ أي أن تفرز هذه الانتخابات هيئات تعبّر بصدق عن الإرادة الحقيقية للناخبين، وهذا لن يتأتى إلا من خلال أمرين:

الأمر الأول: هو أن يتيح النظام الانتخابي الفرصة لتمثيل عادل ومتوازن لكل فئات المجتمع في الهيئات المنتخبة، بحيث يشعر كل فرد في المجتمع بأنه ممثل في هذه الهيئات. وهذا التمثيل له صور وأشكال متعددة، منها: التمثيل الجغرافي، أي وجود تمثيل عادل لجميع مناطق البلاد، أو التمثيل الأيديولوجي، أي وجود تمثيل مناسب للأيديولوجيات في المجتمع، أو التمثيل الحزبي - السياسي، أي أن يتم تمثيل مناسب للأحزاب السياسية يطابق حضورها في المجتمع، ونحو ذلك كتمثيل الأعراق والأديان المختلفة، كما يمكن أن ينظر إلى هذا التمثيل من زاوية التمثيل العادل لتقسيمات المجتمع الأخرى، نحو: النساء والرجال، الشيوخ والشباب، الفقراء والأغنياء، ... الخ.

الأمر الثاني: أن يكون النظام الانتخابي قد وفّر شروطاً عادلة لإجراء الانتخابات تسمح للناخبين بمشاركة متساوية، بمعنى عدم وجود أية عوائق تحول بين الناخبين وممارسة حقوقهم الانتخابية، أو إمكانية للغش والتزوير أثناء الانتخابات أو عند إعلان نتائجها، وأن تكون قوة صوت الناخب مساوية لصوت الناخب الآخر، أي أن تكون الأصوات القادرة على إيصال المرشحين إلى الهيئات المنتخبة واحدة في أي مكان من البلاد.

ثانياً - تحقيق السلم الاجتماعي:

يمكن للنظام الانتخابي أن يسهم بإيجابية في تحقيق وترسيخ السلم الاجتماعي، عندما يفرض تطبيق هذا النظام إلى تمثيل صادق ومتوازن لفئات المجتمع، ويجسد مبدأ المواطنة المتساوية والقدرة على المشاركة الفاعلة في إدارة شئون المجتمع لكل المواطنين. وعلى العكس من ذلك فإن النظام الانتخابي الذي لا يتيح التمثيل العادل

(١) انظر: المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها؛ جاي س. جودوين جيل، الانتخابات الحرة والنزيهة، ترجمة: أحمد منيب، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠، ص ٥٦ - ٦٢.

والموازن للتيارات والفئات الاجتماعية يولد مشاعر السخط وعدم الرضا والإحساس بالإقصاء والتهميش والانتقاص من حقوقهم في المشاركة السياسية^(١)، وينتج عن ذلك مشاعر الحقد والضغينة داخل المجتمع التي تعكر صفو السلم الاجتماعي وتزعزع استقرار هذا المجتمع، بل قد تدفع مثل هذه المشاعر بعض فئات المجتمع إلى ارتياد مسالك أخرى قد تكون غير ديمقراطية للحصول على حقوقها وإشباع حاجاتها إلى المشاركة السياسية.

ثالثاً - رعاية البنية الحزبية والتعددية السياسية في المجتمع:

غدت الأحزاب السياسية في ظل نظام التعددية السياسية أمراً ضرورياً لأي نظام ديمقراطي في العصر الراهن، ويصعب القول بوجود مجتمع ديمقراطي معاصر في ظل غياب التعددية السياسية والحزبية.

إن الأحزاب السياسية التي هي عبارة عن تكتل لفئات من الناس تجمعهم أفكار سياسية واحدة أو برنامج سياسي معين، تبدو اليوم آلية أرقى لإدارة الصراع الاجتماعي، تقنن واقع الاختلاف والتنوع في الرؤى والأفكار والاجتهادات الإنسانية، وتحل مشاكل الصراع الاجتماعي الناتج عن ذلك الاختلاف والتنوع، بصورة سلمية وديمقراطية، فبدلاً من أن يلتقي الأفراد في أطر ضيقة وغير وطنية تقوم على أسس مناطقية أو جهوية أو طائفية أو عرقية أو نحو ذلك، فإنهم يتجمعون في إطار الأحزاب السياسية على أساس برامج سياسية متنافسة تؤطر الاختلافات بصورة حضارية راقية.

ومن الأهمية بمكان دعم بنية الأحزاب السياسية وترشيد آلية عملها وتصحيح الاختلالات التي تبرز في نشاطها حتى تستطيع أن تؤدي دورها الهام في المجتمع على نحو مناسب، وبوجه خاص في إطار المجتمعات التي تخطو خطواتها الأولى على مدارج الممارسة الديمقراطية.

وتؤدي الأنظمة الانتخابية دوراً مهماً في رعاية البنية الحزبية أو في إفساد الحياة الحزبية وتخريبها.

وينعكس أثر النظام الانتخابي على جوانب عدة من نشاط الأحزاب السياسية. حيث إن بعض الأنظمة الانتخابية تشجع على وجود الأحزاب، بل هي تستلزم وجود

(١) انظر: فرانشسكا بيندا وآخرين، التحول نحو الديمقراطية، الخيارات الرئيسية في عملية التحول الديمقراطي في العراق، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٥، ص ٣٤.

الأحزاب، وفي مقابل ذلك هناك أنظمة انتخابية يمكن أن تعمل من خلال المرشحين الأفراد فقط^(١).

ومن ناحية أخرى فإن للنظم الانتخابية دوراً هاماً في تكريس التماسك والانضباط الداخلي للأحزاب السياسية، فمثلاً عندما يشترط النظام الانتخابي أن يتم إجراء الانتخابات من خلال قوائم حزبية مغلقة، فإن ذلك يساهم في دعم الانضباط الداخلي والالتزام الحزبي، حيث تضطلع الهيئات الحزبية بمهمة اختيار المرشحين للحزب في الانتخابات، ويدرك المرشحون أن أمر ترشيحهم مرهون بالتزامهم وانضباطهم الحزبي، والقائمة الحزبية هي طريقهم الوحيد للترشيح.

وبالإضافة إلى ذلك فإن اختيار نظام انتخابي معين قد يكون له دور هام في الارتقاء بالعمل السياسي للأحزاب؛ فهناك من النظم الانتخابية ما يحفز الأحزاب السياسية على توسيع قاعدتها الشعبية على أوسع نطاق ممكن، والاتجاه إلى كسب أنصار ومؤيدين لها في كل أنحاء البلاد، وإنتاج برامج سياسية تتسع لكل مطالب وهموم أبناء البلاد؛ وهناك من النظم ما يسمح بتقوقع الأحزاب السياسية ضمن أطر ضيقة عرقية أو قبلية أو دينية أو مذهبية أو إيديولوجية...إلخ.

رابعاً - تسهيل وتشجيع الممارسة الانتخابية:

ينبغي للنظام الانتخابي أن يكون من اليسر بحيث يتيح لكل الناخبين أن يمارسوا حقوقهم الانتخابية بكل سهولة ودون أية إعاقة، وهذا اليسر أو الصعوبة مرتبط بطبيعة الحال بظروف كل مجتمع، فمثلاً في مجتمع تنتشر فيه ظاهرة الأمية يكون من الإجراءات المعيقة افتراض النظام الانتخابي قدرة الناخب على القراءة والكتابة للمشاركة في الانتخاب، كما أن النظام الانتخابي الذي يكلف الناخبين أعباءً مادية أو عناءً ومشاق لمشاركتهم في الانتخاب يعد من الأنظمة التي تعيق هذه المشاركة.

ومن الواجب أيضاً أن يساهم النظام الانتخابي في تحفيز وتشجيع الناخبين على ممارسة حقهم الانتخابي، ومن أهم العوامل المحفزة على المشاركة في الانتخابات هو الشعور بجدوى هذه المشاركة، أي شعور الناخب بأهمية صوته في التأثير على نتائج الانتخابات، وما يترتب على ذلك من تأثير على طبيعة إدارة الحكم وسياسة الدولة. وعلى العكس من ذلك فإن شعور الناخب بأن مرشحه أو الحزب الذي ينصره

(١) أندرو رينولدز وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٠.

لا يمتلك حظوظاً معقولة من النجاح في ظل النظام الانتخابي القائم قد يدفعه إلى اتخاذ موقف سلبي من هذه الانتخابات منذ البداية.

خامساً – الحيادية:

ينبغي للنظام الانتخابي أن يضمن أقصى درجة ممكنة من الحيادية عند إجراء العملية الانتخابية، بحيث لا يحابي حزباً سياسياً على حساب أحزاب أخرى، ولا فئة اجتماعية على حساب فئات أخرى.

المبحث الثاني

ملاءمة نظام القائمة النسبية للواقع اليمني

عند قيام دولة الوحدة في ٢٢ مايو ١٩٩٠م تبنت الدولة الوليدة نظام التعددية السياسية والحزبية لأول مرة في تاريخ اليمن^(١). وأجريت حتى الآن ثلاث دورات انتخابية لمجلس النواب، في الأعوام: ١٩٩٣، ١٩٩٧، ٢٠٠٣. وقد تم إجراء الانتخابات وفق نظام الفائز الأول.

وقد برزت أخيراً وجهات نظر عديدة تتبنى فكرة تعديل النظام الانتخابي^(٢)، والتحول إلى نظام القائمة النسبية. ونبينا في هذا المبحث دراسة تجربة الانتخابات اليمنية في ظل نظام الفائز الأول، ثم نشير إلى ملامح الواقع اليمني التي ينبغي مراعاتها عند اختيار النظام الانتخابي، ثم ننتهي إلى تحديد النظام الانتخابي الذي نراه مناسباً للواقع اليمني في العصر الراهن.

(١) تم الاستناد في إقرار التعددية السياسية والحزبية إلى نص المادة (٣٩) من دستور دولة الوحدة، التي تنص على أن ((للمواطنين في عموم الجمهورية - بما لا يتعارض مع نصوص الدستور - الحق في تنظيم أنفسهم سياسياً ومهنيًا ونقائياً...))، ثم تم النص على التعددية السياسية والحزبية بوضوح في التعديل الذي أجري على الدستور عام ١٩٩٤ في المادة (٥) منه التي نصت على أنه ((يقوم النظام السياسي للجمهورية على التعددية السياسية والحزبية وذلك بهدف تداول السلطة سلمياً...)).

(٢) انظر: التطور الديمقراطي في اليمن، تقرير حول: تعزيز مشاركة المرأة في السياسة، وتنمية الأحزاب السياسية، وتطور العمليات الانتخابية، التنسيق والتحرير: زياد ماجد، معنو التقارير: حورية مشهور، ود. عبد العزيز الكميم، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٥، ص ١٣، ١٥؛ د. عادل مجاهد الشرجبي، أزمة التحول الديمقراطي في اليمن، مؤسسة العفيف الثقافية، صنعاء، ط١، ٢٠٠٦، ص ١٢٨ - ١٣٠؛ د. عبد الجليل عبد الفتاح الصوفي، الانتخابات اليمنية، مؤسسة أبرار، صنعاء، ٢٠١٠، ص ٧٤ وما بعدها.

أولاً - تجربة الانتخابات في ظل نظام الفائز الأول:

حسم الدستور اليمني (دستور دولة الوحدة) في المادة (٤١) منه نظام الانتخابات النيابية باختياره نظام الدوائر الفردية، حيث نصت هذه المادة على أنه ((يتألف مجلس النواب من أعضاء ينتخبون بطريقة الاقتراع السري العام الحر المباشر والمتساوي، وتقسّم الجمهورية إلى دوائر انتخابية متساوية من حيث العدد السكاني، مع التجاوز عن ٥٪ زيادة أو نقصان. وينتخب عن كل دائرة عضو واحد في مجلس النواب)). وهو ما بقي عليه الحال في التعديلات التي طرأت على الدستور بعد ذلك.

وقد نص قانون الانتخابات رقم (٤١) لسنة ١٩٩٢ في المادة (٦٩) على أنه ((يعتبر فائزاً في الانتخابات المرشح الذي يحوز على الأغلبية النسبية (أكثر الأصوات عدداً) من الأصوات الصحيحة التي أعطيت في الانتخابات، فإذا حصل مرشحان أو أكثر على أصوات صحيحة متساوية أجرت اللجنة (لجنة الفرز) القرعة فيما بينهم، ويعتبر فائزاً من تحدده القرعة)). وهو ما نصت عليه بعد ذلك المادة (٦٩) من قانون الانتخابات رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٦، ثم المادة (١٠٥) من قانون الانتخابات رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١.

وهكذا فإن نظام الفائز الأول هو الذي ظل مطبقاً خلال ثلاث دورات انتخابية جرت في الأعوام ١٩٩٣، ١٩٩٧، ٢٠٠٣.

وبرزت خلال فترة تطبيق هذا النظام العديد من النتائج السلبية منها:

١ - مجافاة العدالة، بسبب عدم التناسب بين الأصوات التي يحصل عليها الحزب والمقاعد التي يفوز بها، وكانت نتيجة ذلك سيطرة الحزب الحاكم (المؤتمر الشعبي العام) على أغلبية مقاعد البرلمان خلال الدورات الانتخابية الثلاث، مع أن المقاعد التي يحصل عليها هذا الحزب لا تتناسب مع الأصوات الممنوحة له، بل إن ما حصده من المقاعد يفوق كثيراً نسبة تلك الأصوات.

ففي انتخابات ١٩٩٣، حصل الحزب الحاكم على ١٢٢ مقعداً من إجمالي مقاعد مجلس النواب التي تبلغ ٣٠١ مقعد، أي بنسبة ٤١٪ من مقاعد البرلمان، وذلك مقابل حصوله على ٢٨٪ فقط من إجمالي عدد الأصوات الصحيحة للناخبين. وفي انتخابات ١٩٩٧، حصل الحزب الحاكم على ١٨٧ مقعداً، أي بنسبة ٦٢,٥٪ من مقاعد البرلمان، وذلك مقابل حصوله على ٤٣,٠١٪ فقط من إجمالي الأصوات الصحيحة للناخبين. وفي انتخابات ٢٠٠٣، حصده الحزب الحاكم ٢٢٩ مقعداً، أي

ما نسبته ٧٦٪ من مقاعد البرلمان، مقابل حصوله على ٥٧,٨٪ فقط من إجمالي الأصوات الصحيحة للناخبين^(١).

٢ - ضالة تمثيل المرأة في البرلمان: في ظل النظام الانتخابي القائم لم تتمكن المرأة من الوصول إلى البرلمان إلا بنسبة ضئيلة جداً، فمن بين ٣٠١ عضو من أعضاء البرلمان كانت هناك امرأتان فقط فازتا بعضويته في انتخابات ١٩٩٣، وامرأتان أيضاً في انتخابات ١٩٩٧، ثم تقلصت هذه المشاركة إلى امرأة واحدة في انتخابات ٢٠٠٣^(٢).

٣ - تكريس الهيمنة الاجتماعية التقليدية: في ظل الواقع الاجتماعي المتخلف المشتمل على بُنى تقليدية عتيقة قبلية وعشائرية، وفي ظل حالة الفقر والفاقة، وفي غياب إرادة سياسية للحكم تمتلك رؤية واضحة لتأسيس نظام ديمقراطي حقيقي؛ أضحي نظام الفائز الأول في إطار الدوائر الفردية آلية حاضنة لتكريس الهيمنة الاجتماعية لذوي الوجاهات القبلية والعشائرية وأصحاب رؤوس الأموال، حيث يقوم الحزب الحاكم بضم هؤلاء إلى صفوفه، فيصبح شيخ القبيلة أو التاجر هو القائد الحزبي في منطقته؛ فيضمن هؤلاء استمرار سيطرتهم الاجتماعية التقليدية، ويضمن الحزب الحاكم أصواتهم في المجلس النيابي، وكان من نتائج هذه الممارسة أن المناطق التي كانت قد تخلصت أو تخففت من الروابط القبلية والعشائرية باتت تشهد حركة إحياء مقصودة لهذه الروابط، في اتجاه يبدو معاكساً لمنطق التطور^(٣).

٤ - غياب الأمل في إمكانية التداول السلمي للسلطة: أتاح نظام الفائز الأول في إطار الدوائر الفردية للحزب الحاكم الفرصة للتحكم بمسار الانتخابات وحسم نتائجها قبل إجرائها، من خلال جملة من الممارسات المؤثرة في العملية الانتخابية، تبدأ بهندسة الدوائر الانتخابية وتقسيمها وفقاً لمصلحة الحزب الحاكم، ثم بممارسة

(١) هذه البيانات منقولة عن: محمد حسين الفرع، ص ١٩٣-١٩٤، ٢٨٩، ٢٩٢؛ فيصل سلطان الصوفي، ص ٨٢؛ د عبد الجليل الصوفي، نتائج الانتخابات النيابية ٢٧ إبريل ٢٠٠٣، مؤشرات ودلالات، مجلة شئون العصر الصادرة عن المركز اليمني للدراسات الإستراتيجية، صنعاء، ع ٢١، ص ٧، سبتمبر ٢٠٠٣، ص ٢٠٠؛ وانظر: التطور الديمقراطي في اليمن، تقرير المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ص ١٦.

(٢) انظر: عبد الناصر المودع، المشاركة السياسية للمرأة في انتخابات ٢٠٠٣ البرلمانية في اليمن، مجلة شئون العصر، مرجع سابق، ص ١١٤، ١٥٠.

(٣) انظر في هذا المعنى: التطور الديمقراطي في اليمن، مرجع سابق، ص ٨٢ - ٨٣.

الضغوط الاجتماعية على ذوي النفوذ الاجتماعي ورؤوس الأموال في الدائرة، واستخدام الرشوة الرسمية من خلال تقديم وعود من جانب الدولة بإقامة مشاريع خدمية في الفترة التي تسبق إجراء الانتخابات، وانتهاءً بتوظيف كل أجهزة الدولة ومواردها وقادة الوحدات الإدارية وهيبة الدولة لإنجاح مرشح الحزب الحاكم في الدائرة. وفي ظل هذه الأوضاع تفقد العملية الانتخابية معانيها، وتغدو الانتخابات مجرد إجراءات شكلية مظهرية لإضفاء مسحة عصرية تجمل صورة النظام الاستبدادي، ولا تشف عن بصيص أمل في إمكانية أن تقود إلى تداول سلمي للسلطة.

ثانياً - ملامح الواقع اليمني المؤثرة في اختيار النظام الانتخابي:

هناك مجموعة من الحقائق الموضوعية التي تشكل صورة الواقع اليمني في العصر الراهن، والتي ينبغي مراعاتها عند اختيار النظام الانتخابي الملائم لهذا الواقع، ونشير إليها فيما يلي:

١ - العصبية القبلية:

مايزال للعصبية القبلية تأثير بالغ في كثير من المناطق اليمنية، وهذه العصبية القائمة على أساس الولاء للقبيلة ولأعرافها بدلاً - وليس رافداً - للرابطة الوطنية وقيم المجتمع المدني الحديث؛ تتنافى بطبيعة الحال مع القيم الحضارية الحديثة في الدول المتقدمة، المبنية على مبدأ المواطنة المتساوية وسيادة حكم القانون.

ولا ريب أن استمرار هذه العصبيات القبلية يعيق عملية الاندماج الاجتماعي، ويعيق أيضاً أية محاولات لتأسيس الدولة المدنية الحديثة التي تحتكم هيئات الدولة فيها إلى الشرعية الدستورية والقانونية، ويعتمد المواطنون على الحماية القانونية التي تضمنها مؤسسات الدولة الإدارية والقضائية والأمنية، لا لحماية بئى أخرى تقليدية قبلية أو عائلية توازي سلطات الدولة.

ومن ثم لا بد من البحث عن نظام انتخابي يتفهم وجود هذه العصبيات ويعمل على الحد من سطوتها وتأثيراتها، ويسهم في مساعي تهذيبها وتفكيكها، لا أن يكرس هذه العصبيات ويغري بممارستها ويشجّع على استمرارها^(١).

(١) انظر قريباً من هذا المعنى: التطور الديمقراطي في اليمن، تقرير المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، مرجع سابق، ص ٨٣.

٢ - نفوذ الوجاهات الاجتماعية المحلية:

في ظل التكوين الاجتماعي القبلي، وبسبب من إرث تاريخي طويل لسيطرة بعض الأسر على زعامة القبائل؛ كانت هناك دائماً شخصيات اجتماعية تحتكر الوجاهة وتتوارثها، ولا تريد أن تتنازل عن أي من سلطاتها الناتجة عنها.

وفي إطار الممارسة السياسية الحديثة ووجود البرلمان المنتخب ترى هذه الوجاهات أنها الأحق بتمثيل قبيلتها في البرلمان. وقد نتج عن ذلك أن أفراداً من أسر محددة صاروا أعضاءً دائمين في البرلمان لكونهم فقط زعماء للقبائل التي ينتمون إليها حتى لو كان بعض هؤلاء يفتقدون للحد الأدنى من الشروط اللازمة لعضوية البرلمان، وهو ما يعني في النهاية إفراغ العملية الانتخابية من معانيها، وتصبح مجرد شكل وآلية حديثة ومعاصرة لإضفاء صورة خادعة لواقع سيطرة اجتماعية تقليدية تعيد إنتاج نفسها في ثوب جديد وتحت لافتات عصرية.

وقد لجأت بعض الأحزاب السياسية إلى استمالة هذه الشخصيات إلى صفوفها، ولكن في كثير من الأحيان تصبح هذه الأحزاب رهينة لإرادة هؤلاء الأفراد ومحاولة إرضائهم على حساب مبادئها وأفكارها، وعلى حساب فكرة بناء الدولة المدنية المؤسسية الحديثة، وبدلاً من أن يتم توظيف هؤلاء لصالح مشروع الحزب ينجح هؤلاء في توظيف الحزب لصالح أهدافهم الخاصة^(١).

وإذا ما أضفنا إلى سطوة الوجاهات القبلية نفوذ كبار الموظفين المدنيين والعسكريين وأصحاب رؤوس الأموال، في ظل الظروف الاجتماعية الراهنة؛ فإن علينا أن نتوقع طبيعة الممارسة الديمقراطية الناتجة عن هذا الوضع، وعلى نحو خاص طبيعة تمثيل المجلس النيابي للإرادة الحقيقية لجمهور الناخبين^(٢).

(١) انظر قريباً من هذا المعنى: د. حسنين توفيق إبراهيم، الانتخابات البرلمانية والتطور الديمقراطي في الوطن العربي، سلسلة بحوث سياسية رقم (١١٣) مركز البحوث والدراسات السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤١، ٥٠، ٧٧.

(٢) في دراسة للتركيبة الاجتماعية لمجلس النواب المنتخب عام ٢٠٠٣ تبين أن ٣٠٪ من أعضاء مجلس النواب هم من شيوخ القبائل، و٢٦٪ من التجار وأصحاب رؤوس الأموال، و٤٪ من العسكريين، و١٣٪ من أبناء شيوخ القبائل وأبناء القادة التقليديين الذين حصلوا على تعليم حديث، والذين يستمدون مكانتهم الاجتماعية من مكانة آبائهم وأسرهم، و ١٢٪ من الموظفين، و ٧٪ من أصحاب المهن الحرة، و ٤٪ من الأكاديميين. انظر: أحمد عبد الله الصوفي، وآخرين، التحول الديمقراطي في اليمن، المعهد اليمني لتنمية الديمقراطية، صنعاء، ٢٠٠٣، ص ١٥٠.

٣ - انتشار الأمية في المجتمع:

تنتشر الأمية في المجتمع اليمني على نطاق واسع، وتبلغ نسبة الأفراد الأميين ٤٠,٧٪ من مجموع السكان (٢١,٣٪ نسبة الأمية من الذكور، ٦٠٪ من الإناث)^(١). ولا شك أن انتشار هذه الظاهرة على هذا النحو سيكون مؤثراً في قدرتهم على ممارسة حقوقهم السياسية، وعلى طبيعة هذه الممارسة، وحتى إذا ما اقتصر دورهم على مجرد المشاركة في العملية الانتخابية كناخبين، فإن هذه المشاركة تتطلب وجود نظام انتخابي يشجعهم على ممارسة دورهم الانتخابي ويلأئم ظروفهم، فينبغي أن يكون نظاماً سهلاً وغير معقد، ولا يتطلب القدرة على القراءة والكتابة.

٤ - اتساع دائرة الفقر في المجتمع:

المجتمع اليمني من المجتمعات الفقيرة، بل هو من أشد المجتمعات فقراً، حيث يعيش ما نسبته ٢٤,٧٨٪ من المواطنين تحت خط الفقر^(٢). وهذا الواقع لا شك يمثل عائقاً لكثير من المواطنين أمام مشاركة سوية وفاعلة في العمل السياسي بوجه عام. وفي إطار العملية الانتخابية فإن حالة الفقر هذه تشجع على انتشار ظواهر سلبية عديدة في الممارسة، منها ظاهرة شراء الأصوات والرشاوى الانتخابية. ومن ثم ينبغي عند اختيار النظام الانتخابي مراعاة مثل هذه الظواهر، ومحاولة البحث عن نظام انتخابي لا يتيح إمكانية لممارستها، أو يعيق مثل هذه الممارسة على الأقل.

٥ - وجود أحزاب سياسية أيديولوجية عريضة:

في اليمن تجربة حزبية عريضة نسبياً تعود إلى الأربعينيات من القرن الماضي، وإن ظلت هذه الأحزاب تعمل بصورة غير علنية في الشطر الشمالي من البلاد حتى قيام دولة الوحدة، أو في ظل نظام الحزب الواحد في الشطر الجنوبي منذ الاستقلال عن الاستعمار البريطاني وحتى قيام دولة الوحدة.

إن الوجود التاريخي لهذه الأحزاب السياسية الأيديولوجية، اليسارية والقومية، وذات التوجه الديني، قد فرض واقعاً اجتماعياً معيناً من خلال تغلغل هذه الأحزاب داخل المجتمع ونخبه السياسية. بمعنى أن التعدد السياسي والإيديولوجي أصبح

(١) المصدر: الجهاز المركزي للإحصاء، صنعاء، كتاب الإحصاء السنوي (٢٠٠٩) الصادر في ٢٠١٠/٦/١٣، والمتاح في:

<http://www.cso-yemen.org/content.php?lng=arabic&id=545>

(٢) المرجع السابق.

ظاهرة اجتماعية وحقيقة موضوعية راسخة من حقائق الواقع اليمني لا يمكن تجاوزها. فهذه الأحزاب تمثل قوى واتجاهات فعلية، ولها تواجدتها وحضورها الملموس في المجتمع.

إن هذه التعددية السياسية القائمة الآن على هذا النحو والتي تكاد تختزل صورة التنوع الفكري القائم في المجتمع هي ظاهرة إيجابية في الحياة السياسية اليمنية، وينبغي رعايتها، وفي هذا الاتجاه ينبغي اختيار النظام الانتخابي الملائم لهذا الوضع، وبما يسهم في رعاية البنية الحزبية القائمة، ودعم التعددية الحزبية، وترشيد عمل الأحزاب؛ بتكريس ثقافة القبول بالتنوع والتعدد والاختلاف.

٦ - ضعف دور المرأة السياسي:

في ظل ظروف التخلف الاجتماعي التي طال أمدها عانت المرأة اليمنية من الإقصاء والتهميش، وتغييب دورها السياسي في المجتمع، ولا شك أن المرأة اليوم بحاجة إلى جهود استثنائية تأخذ بيدها وتمكنها من أن تنهض بدورها في إثراء الحياة السياسية والاجتماعية بوصفها نصف هذا المجتمع. ولكن في ظل الموروث الاجتماعي بثقافته الذكورية المتأصلة يصعب على النساء الدخول في منافسة مع الرجال في الانتخابات على قدم المساواة، بل لا بد من توفير آليات مناسبة تسمح بتمثيل مناسب للنساء في البرلمان، وهناك من النظم الانتخابية ما تسمح بتحقيق هذا الهدف دون غيرها من النظم الأخرى.

٧ - تجربة ديمقراطية ناشئة:

اليمن حديثة العهد بالنظام السياسي الديمقراطي التعددي، حيث لم يتم الاعتراف بالتعددية السياسية والحزبية إلا منذ قيام دولة الوحدة اليمنية في عام ١٩٩٠، وبعد عقدين من الممارسة بدا واضحاً أن التجربة لا تزال في بدايتها، وأن هناك عوائق كبيرة أمام نجاح هذه التجربة، بعد أن أضحت الانتخابات مجرد آلية شكلية مظهرية لإعادة إنتاج السلطة الحاكمة ذاتها، وهذا الواقع بحاجة إلى معالجات عديدة إحداها اختيار نظام انتخابي يراعي حالة الديمقراطية الناشئة ومجمل الظروف الأخرى في الواقع.

٨ - الاحتقان السياسي في المحافظات الجنوبية:

هذه ظاهرة حديثة برزت خلال السنوات القليلة الماضية - ونعتقد أنها مؤقتة - تولدت عن مشاعر سلبية أورثتها نتائج الحرب الأهلية عام ١٩٩٤، وعمقتها السياسات والممارسات الخاطئة للسلطة خلال السنوات التي أعقبت الحرب، ليس المجال هنا

لتفصيلها^(١). ونتج عن كل ذلك حالة احتقان سياسي دفعت بعض أبناء المحافظات الجنوبية وهم يسعون للخلاص من المعاناة، إلى التماس الحل في العودة إلى الدولة الشطرية التي كانت قائمة قبل ٢٢ مايو ١٩٩٠.

ونعتقد أنه لا ينبغي إغفال هذه الظاهرة القائمة، ومن المهم اختيار نظام انتخابي يسهم في معالجة حالة الاحتقان القائمة لدى المواطنين في هذه المحافظات، ويفتح أبواب الأمل لديهم في إصلاح سياسي يضمن تجسيد مبدأ المواطنة المتساوية، والحق في المشاركة السياسية، في ظل مبدأ التداول السلمي للسلطة؛ ومن ناحية أخرى يسهم في تحقيق الاندماج الاجتماعي بصورة أفضل.

ثالثاً - نظام القائمة النسبية هو الأكثر ملاءمة للواقع اليمني:

أشرنا آنفاً إلى تجربة تطبيق نظام الفائز الأول لانتخاب مجلس النواب اليمني خلال عقدين من الزمن في ثلاث دورات انتخابية. وبدأت أماننا مثالب عديدة لتطبيق هذا النظام، تتمثل أهمها في تكريس سيطرة الحزب الحاكم على البرلمان واستحواده على أغلبية مقاعده بأصوات لا تتناسب مع هذه المقاعد التي حصل عليها، وتغيب المرأة عن المشاركة الحقيقية في البرلمان، ومنها أيضاً سيطرة ذوي الوجاهة والنفوذ والمال على مقاعد البرلمان على حساب وجود عناصر برلمانية كفأة، وتغيب الأمل في إمكانية حصول تداول سلمي للسلطة.

وعند الأخذ بعين الاعتبار الظروف الموضوعية للواقع اليمني التي أشرنا إليها للتو، والتي ينبغي مراعاتها عند اختيار النظام الانتخابي؛ يبدو أن نظام الفائز الأول ليس هو النظام الانتخابي المناسب لهذا الواقع، ولا بد من البحث عن نظام انتخابي آخر يمكن له أن يتعامل بصورة إيجابية مع هذه الظروف الموضوعية للواقع اليمني. ونعتقد أن نظام القائمة النسبية هو النظام الانتخابي الأكثر ملاءمة لهذا الواقع في العصر الراهن.

ومن خلال دراستنا لآليات عمل نظام القائمة النسبية، نعتقد أن الصورة الملائمة من هذا النظام للواقع اليمني تتمثل في جعل البلاد دائرة انتخابية واحدة، وإجراء الانتخابات من خلال قوائم حزبية مغلقة، مع تحديد حد أدنى من الأصوات لإمكانية

(١) انظر: مقال د. عبد الرشيد عبد الحافظ، الحراك في المحافظات الجنوبية... محاولة للفهم، في صحيفة النداء، صنعاء، ع ٢٣٥، الصادرة في ٣/٥/٢٠١٠؛ وصحيفة الوحدي، صنعاء، ع ٨٧٨، الصادرة في ١١/٥/٢٠١٠، والمتاح أيضاً في موقع كل من الصحيفتين على شبكة الإنترنت.

دخول أي قائمة إلى البرلمان، وعلى أن يتم توزيع المقاعد المتبقية وفقاً لطريقة الباقي الأكبر.

ونورد فيما يلي المبررات التي قادتنا إلى اختيار نظام القائمة النسبية بالقيود التي حددناها هنا:

- ١ - إن نظام القائمة النسبية هو النظام الانتخابي الذي يحقق التمثيل العادل والمتساوي لجموع الناخبين، من خلال تناسب عدد المقاعد التي يحصل عليها الحزب مع عدد أصوات الناخبين التي مُنحت لهذا الحزب.
- ٢ - إن هذا النظام هو نظام سهل وغير معقد ويناسب حال كثير من الناخبين الأميين، ولا يتطلب سوى التأشير أمام رمز الحزب الذي سيصوت له.
- ٣ - يسهم هذا النظام في تكريس الاندماج الاجتماعي وتعميق الوحدة الوطنية، حيث يتيح هذا النظام للناخب إبداء رأيه في المرشحين على مستوى الدولة كلها. وسيكون ذهن الناخب هنا منشغلاً بأفكار كبرى مرتبطة بهوم الوطن كله، بدلاً من أن يظل حبيس فكرة مصلحة صغيرة محصورة في دائرة ضيقة، ومما ييسر الوصول إلى هذا الهدف عدم وجود انقسامات عرقية أو دينية عميقة في المجتمع اليمني، ولكن حتى في المجتمعات الأخرى التي توجد فيها هذه الانقسامات فإن القوائم الحزبية الجامعة لهذه الفئات يمكن أن تحقق هذا الهدف على نحو أفضل بكثير مما يمكن أن يحققه نظام الفائز الأول في دوائر فردية، كما أن وجود أحزاب تمثل هذه الفئات وتحقق لها تمثيل عادل هو أمر يسهم في تحقيق الاستقرار الاجتماعي ويسمح بتحقيق اندماج اجتماعي على أسس سليمة.
- ٤ - يمكن لهذا النظام أن يخرجنا من مأزق احتكار بعض الأفراد لعضوية البرلمان في دوائر معينة يعتمدون فيها على وجاهتهم، حيث لن يكون كافياً لهؤلاء الاعتماد فقط على العصبية القبلية أو العائلية أو على وضع التبعية الذي يفرضونه قسراً على الناخبين التابعين لسلطاتهم الاجتماعية أو الإدارية. فعندما تتسع الدائرة الانتخابية على مستوى الدولة كلها، يصبح فوز هؤلاء اعتماداً على وجاهتهم وهيمنتهم في مناطقهم غاية في الصعوبة إن لم يكن مستحيلاً. وفي الوصول إلى هذه النتيجة فائدة مزدوجة، فإلى جانب كسر احتكار بعض الأفراد والأسر لتمثيل الدائرة في البرلمان - وكثير من هؤلاء لا يكونون مؤهلين للقيام بأداء دور حقيقي وفاعل في البرلمان - فإن في هذه النتيجة فائدة اجتماعية بتحرير الناخبين من سطوة السيطرة الاجتماعية القائمة، إلى جانب المساهمة في خلق وعي اجتماعي بمبدأ المواطنة المتساوية، وشعور كل فرد بذاته وقيمه ودوره في الحياة العامة.

٥ - سيتيح هذا النظام للأحزاب السياسية اختيار مرشحيها وفق أسس سليمة تعتمد على القدرة والكفاءة ودرجة الانضباط، ويحررها من أية ضغوط تواجهها من بعض ذوي النفوذ الاجتماعي؛ وهذا سيؤدي إلى اختيار مرشحين فاعلين قادرين على أداء الدور المنوط بهم في البرلمان على أكمل وجه، وهو ما سيسهم في رقي مستوى العمل البرلماني.

٦ - سيسهم هذا النظام في الارتقاء بالأداء الإعلامي للأحزاب السياسية، حيث سيكون على الأحزاب أن توجه خطابها الإعلامي إلى عموم أبناء الوطن، وهذا ما سيدفعها إلى تبني خطاب يركز على القواسم المشتركة التي تهم كل أبناء الوطن بدلاً من مخاطبة فئات محدودة في منطقة معينة بقضايا خاصة تتعلق بهذه المنطقة وحدها، وهذا يؤدي إلى جعل أفق هذه الأحزاب أكثر ارتباطاً بالهموم والقضايا الوطنية الكبرى بدلاً من تسخير طاقاتها لقضايا جزئية محلية تركز الجهوية والمناطقية والعصبية الضيقة.

٧ - مع أن هناك أحزاباً سياسية عريقة نسبياً في البلاد، إلا أن هذه الأحزاب تواجه واقعاً اجتماعياً متخلفاً يشجع الأفراد على الانزواء في تكوينات مناطقية قبلية ضيقة معيقة لعملية الاندماج الاجتماعي ومناهضة للروح الوطنية الجامعة، وهذا الواقع المتخلف يؤثر سلباً على تماسك الأحزاب ذاتها وعلى وحدة الفكر والانسجام والتعاقد الداخلي لديها، ولا شك أن هذا النظام الانتخابي سيسهم في الحد من ظواهر العصبية المناطقية والقبلية، ويدعم تماسك الأحزاب ويحفز الأعضاء على التخفف من ضغوط العصبية الضيقة، والالتقاء تحت لواء الفكرة التي يتبناها الحزب على مستوى الوطن كله.

٨ - إن التاريخ الطويل من ممارسات أنظمة الحكم الفردية والاستبدادية لقرون عدة خلّت، وغياب ثقافة القبول بالتعدد والتنوع والاختلاف قد ترك بصماته واضحة على الوعي والسلوك الاجتماعي؛ يصبح معه النزوع إلى التسلط والاستبداد ديناً كل من يعتلي كرسي السلطة بأي طريق كان، وهذا يقتضي إيجاد حلول عملية يمكن بها مواجهة هذا الواقع. ونعتقد أن من أهم المعالجات هو السعي إلى تفتيت السلطة، وعدم تركيزها في يد فرد أو حزب واحد، وفي هذا السبيل نعتقد أن تشجيع وجود أحزاب كثيرة قوية وفاعلة وعدم حصرها في حزبين كبيرين يتناوبان على السلطة، هو أمر مطلوب في هذه المرحلة، بحيث يكون تشكيل حكومة ائتلافية أمراً لا مفر منه، إن وجود أحزاب مؤتلفة في السلطة سيخلق نوعاً من التوازن، ويوفر إمكانية وجود درجة أعلى من الشفافية في عمل الحكومة وأجهزتها الإدارية، وهو أمر لازم لإمكانية المراقبة والمحاسبة.

بتعبير آخر نعتقد أن وجود ائتلاف حاكم هو الأفضل لظروف الواقع اليمني في العصر الراهن ولفترة انتقالية طويلة نسبياً، حيث لا يكون متاحاً لحزب واحد الانفراد بتقرير السياسات، بل يشعر كل حزب أنه مطالب بإقناع شركائه في الائتلاف بالسياسات التي يقترحها؛ وهذا ما يرشد سياسات الحكومة، ويحقق الشفافية في ممارستها لعملها، ويرسخ الممارسة الديمقراطية.

ولا ريب أن نظام القائمة النسبية هو الذي يمكن أن يرضى وجود أحزاب متعددة وليس نظام الفائز الأول الذي يساعد على وجود الثنائية الحزبية، أي أن يتناوب على السلطة حزبان كبيران^(١).

٩ - سيسهم هذا النظام في ترسيخ قواعد الديمقراطية الناشئة في البلاد وتفعيل العمل السياسي من خلال شعور الناخبين بأن أصواتهم ستكون مؤثرة وستؤتي ثمارها في فوز مرشحي قائمة الحزب الذي يؤيدونه. وعلى عكس حال الواقع القائم اليوم من أن الكثير من الناخبين يعزفون عن المشاركة في الانتخابات لقناعتهم بعدم إمكانية فوز المرشح أو الحزب الذي يؤيدونه، وهو ما يؤدي بهم إلى اتخاذ موقف سلبي من الانتخابات منذ البداية.

١٠ - يسهم نظام القائمة النسبية في سد منافذ إفساد العملية الانتخابية بواسطة الأموال والرشاوى الانتخابية، وهو أمر له أهمية كبيرة في الواقع اليمني الذي ينتشر فيه الفقر، ويكون الطريق ممهداً لوجود ظاهرة شراء أصوات الناخبين، ففي ظل نظام القائمة النسبية واتساع الدائرة الانتخابية لا تكون هناك إمكانية لانتشار هذه الظاهرة.

١١ - في ظل نظام القائمة النسبية يمكن للأحزاب السياسية أن تضم في قوائمها عدداً مناسباً من النساء يسمح بتمثيل مقبول للمرأة في البرلمان، ونعتقد أن هذا هو السبيل الأمثل لضمان مشاركة المرأة في البرلمان، وهو يفضل كثيراً نظام (الكوتا) من خلال تخصيص دوائر معينة تتنافس عليها النساء فقط، والذي يثير كثيراً من الإشكالات الدستورية من حيث إن هذه الوسيلة تمثل افتئاتاً على مبدأ المساواة

(١) انظر: د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٦٤؛ مورييس ديفرجيه، الأحزاب السياسية، نقله إلى العربية علي مقلد وعبد الحسن سعد، دار النهار، بيروت، ط ٤، ١٩٨٣، ص ٢٥٢. وجاء فيه: ((من المؤكد أن التمثيل النسبي يتفق دائماً مع التعددية الحزبية، ففي أي بلد في العالم لم يولد النظام النسبي الثنائية، ولا ساعد على استمرارها)).

وتكافؤ الفرص الذي يقرره الدستور للرجل والمرأة في حق الترشح، إلى جانب الصعوبة العملية في تحديد الدوائر التي تخصص للنساء فقط وما قد يرافق ذلك من إشكالات كثيرة^(١).

وفي ظل نظام القائمة النسبية توضع الأحزاب أمام مسؤولياتها وتختبر إرادتها وجديتها في إشراك النساء وإتاحة المجال أمامهن لدخول البرلمان.

١٢ - يمكن لنظام القائمة النسبية أن يسهم - إلى جانب إصلاحات سياسية أخرى - في معالجة حالة الاحتقان السياسي القائمة في المحافظات الجنوبية، من خلال وجود مشروع سياسي وطني يستوعب أبناء الوطن جميعا، ويسمح بالشراكة الوطنية الحقيقية، وإمكانية التداول السلمي للسلطة، في ظل انتخابات نزيهة وعادلة.

إن نظام القائمة النسبية على أساس الدائرة الوطنية الكبرى سيسهم في تكريس الشعور بالمشاركة الحقيقية في إدارة شئون الدولة من خلال إحساس الناخب بأهمية صوته في ترجيح كفة قائمة انتخابية تمثل البلاد كلها. كما أن تحول الدعاية الانتخابية من التركيز على قضايا محلية في إطار الدائرة الفردية إلى التركيز على القضايا الوطنية المشتركة سيسهم في تجاوز أي دعوات فئوية ضيقة.

وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا النظام الذي يحقق العدالة التناسبية بين الأصوات والمقاعد يمكن أن يخلق شرعية مقبولة ناتجة عن وجود تمثيل متوازن لكل القوى والاتجاهات السياسية الفاعلة في البلاد، وهو سبيل آمن لترسيخ المصالحة الوطنية^(٢).

خاتمة:

من خلال استعراض مختلف أشكال النظم الانتخابية، والتعرف على مزايا وعيوب كل منها، وبعد إنعام النظر في أحوال الواقع اليمني؛ انتهت هذه الدراسة إلى أن نظام القائمة النسبية وفق المعالم والضوابط التي حددتها الدراسة هو النظام الأكثر ملاءمة للواقع اليمني في العصر الراهن.

(١) انظر: ستينا لارسرود، وريتا تافرون، التصميم من أجل المساواة: النظم الانتخابية ونظام الكوتا: الخيارات المناسبة والخيارات غير المناسبة، تعريب: عماد يوسف، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٧، ص ١٥.

(٢) وهذا ما أشار إليه تقرير المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات: التطور الديمقراطي في اليمن حيث يرى أن من وسائل المصالحة الوطنية وجود ((النظام الانتخابي العادل الذي يجعل نتائج الانتخابات محققة لشرعية مقبولة، أي أن تأتي نتائج التمثيل في مجلس النواب مساوية لحجم الأصوات التي يحصل عليها الحزب، ومجسدة لتمثيل المصالح المتباينة والمواقف والأيديولوجيات المختلفة على امتداد الساحة الوطنية))، التقرير ص ٨٤.

وإذا كانت هذه الدراسة قد راهنت على ملاءمة نظام القائمة النسبية للانتخابات اليمنية على النحو الذي بررته في ثناياها؛ إلا أن ما ينبغي التأكيد عليه هنا هو أن هذا النظام وإن كان هو الأكثر ملاءمة للواقع اليمني اليوم، فإن ذلك لا يعني أن مجرد تطبيقه سيفضي إلى إجراء انتخابات سليمة وجيدة، مثلما أن تطبيق النظام الانتخابي الملائم ليس وحده ما سيحل إشكالية الممارسة الديمقراطية برمتها.

إذ إن ما ينبغي إدراكه هو أن هذا النظام الانتخابي الملائم سيكون بحاجة إلى بيئة مساعدة تحضنه وتتيح له فرصة أداء دوره بصورة مناسبة، وتتعلق هذه البيئة بوضع الأحزاب السياسية التي تنشط في الواقع، ودور الإدارة الانتخابية، وسلوك السلطة الحاكمة، والوعي الاجتماعي العام.

ففيما يتعلق بالأحزاب السياسية: يتطلب نظام القائمة النسبية وجود أحزاب متماسكة تمتلك بنية مؤسسية حقيقية قادرة على تجسيد الممارسة الديمقراطية داخلها بصورة تمكن أكفأ عناصر هذه الأحزاب من الوصول إلى الهيئات القيادية في الحزب، وفي اختيار ممثليها في سلطات الدولة المختلفة، كما يتطلب هذا النظام وجود قدر عالٍ من الوعي لدى أعضاء الحزب بأيدولوجية الحزب والأفكار التي يتبناها حتى يمكن لهم نشر أفكار الحزب وكسب الأنصار للسياسات التي يتبناها ومن ثم التأييد لقائمة مرشحيه. أما في ظل وجود الأحزاب المترهلة، أو تلك التي تفتقر إلى الديمقراطية الداخلية وتحتكر فيها أقلية من الأفراد المناصب القيادية بصورة دائمة، فإن نظام القائمة النسبية - الذي يجعل للحزب السيطرة الكاملة على مرشحيه في الانتخابات - ربما يقود إلى تغييب الإرادة الشعبية، وإفساد الحياة السياسية برمتها، من خلال رسم صورة تبدو ديمقراطية لكنها في الحقيقة تخفي واقع الممارسة الديكتاتورية الناتجة عن احتكار قلة من الأفراد لسلطة القرار في الأحزاب السياسية ومن ثم في المجتمع بصورة عامة.

وفيما يتعلق بالإدارة الانتخابية يحتاج تطبيق النظام الانتخابي الملائم إلى إدارة انتخابية على درجة عالية من الكفاءة، تمارس عملها بشفافية كاملة.

وإلى جانب ذلك فإن نجاح هذا النظام الانتخابي بأداء دوره يتطلب وجود ضمانات قانونية وفعالية لإمكان إجراء انتخابات نزيهة، سواء من خلال توفر إرادة سياسية رشيدة لدى السلطة الحاكمة أو من خلال ضمانات قانونية وواقعية تحرسها إرادة شعبية ورأي عام فاعل يضمن نزاهة الانتخابات.

كما أن قيام النظام الانتخابي المختار بأداء دوره بصورة جيّدة مرهون بتوفر قدر مناسب من الوعي لدى الناخبين، حيث لن يكون أساس اختيار الناخب لمرشحيه

معرفته الشخصية بهم، بل بقدرته على التمييز والمقارنة والترجيح بين برامج الأحزاب السياسية المختلفة.

وفي النهاية فإن علينا الاعتراف بأن النظام الانتخابي الملائم لن يكون هو الوصفة السحرية التي تعالج إشكالية الممارسة الديمقراطية في الواقع، فلا يمكن اختزال النظام السياسي الديمقراطي في الانتخابات حتى ولو كانت نزيهة وسليمة، ذلك أن ترسيخ الممارسة الديمقراطية السليمة هي عملية معقدة تتداخل وتؤثر فيها عوامل عديدة ثقافية واجتماعية وتاريخية وغيرها من العوامل المرتبطة بواقع المجتمع ليست الانتخابات إلا خاتمة لها.

المصادر

أولاً - الكتب:

- ١ - أحمد عبد الله الصوفي، وآخرون، التحول الديمقراطي في اليمن، المعهد اليمني لتنمية الديمقراطية، صنعاء، ٢٠٠٣.
- ٢ - أندرو رينولدز وآخرون، أشكال النظم الانتخابية، تعريب أيمن أيوب، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٧.
- ٣ - جاي س. جودوين جيل، الانتخابات الحرة والنزيهة، ترجمة: أحمد منيب، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠.
- ٤ - د. حسنين توفيق إبراهيم، الانتخابات البرلمانية والتطور الديمقراطي في الوطن العربي، سلسلة بحوث سياسية رقم (١١٣)، مركز البحوث والدراسات السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- ٥ - زياد ماجد، وآخرون، التطور الديمقراطي في اليمن، تقرير حول: تعزيز مشاركة المرأة في السياسة، وتنمية الأحزاب السياسية، وتطور العمليات الانتخابية، التنسيق والتحرير: زياد ماجد، معدو التقارير: حورية مشهور، ود. عبد العزيز الكميم، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٥.
- ٦ - د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٧ - د. عادل مجاهد الشرجبي، أزمة التحول الديمقراطي في اليمن، مؤسسة العفيف الثقافية، صنعاء، ط١، ٢٠٠٦.
- ٨ - د. عبد الجليل عبد الفتاح الصوفي، الانتخابات اليمنية، مؤسسة أبرار، صنعاء، ٢٠١٠.
- ٩ - عبدو سعد وعلي مقلد وعصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٥.
- ١٠ - د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين لطباعة الأوفست والتجليد، بدون تاريخ أو مكان طبع.
- ١١ - فرانيسكا بيندا وآخرون، التحول نحو الديمقراطية، الخيارات الرئيسية في عملية التحول الديمقراطي في العراق، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٥.
- ١٢ - فيصل سلطان الصوفي، الانتخابات النيابية، أرقام ودلالات، كتاب الميثاق رقم ٣، الصادر عن صحيفة الميثاق، صنعاء، ٢٠٠٣.

- ١٣ - محمد حسين الفرح، انتخابات اليمن البرلمانية والرئاسية متعددة الأحزاب، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، ط١، ٢٠٠٥.
- ١٤ - د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- ١٥ - موريس ديفرجيه، الأحزاب السياسية، نقله إلى العربية علي مقلد وعبد الحسن سعد، دار النهار، بيروت، ط ٤، ١٩٨٣.

ثانياً - الأبحاث والمقالات:

- ١ - ستينا لارسرود، وريتا تافرون، التصميم من أجل المساواة: النظم الانتخابية ونظام الكوتا: الخيارات المناسبة والخيارات غير المناسبة، تعريب: عماد يوسف، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، ٢٠٠٧.
- ٢ - د. عبد الجليل الصوفي، نتائج الانتخابات النيابية ٢٧ إبريل ٢٠٠٣، مؤشرات ودلالات، مجلة شئون العصر الصادرة عن المركز اليمني للدراسات الإستراتيجية، صنعاء، ع ٢١، س ٧، سبتمبر ٢٠٠٣.
- ٣ - عبد الناصر المودع، المشاركة السياسية للمرأة في انتخابات ٢٠٠٣ البرلمانية في اليمن، مجلة شئون العصر، المصدر السابق.
- ٤ - د. علي الصاوي وكريم السيد، النظم الانتخابية في البلاد العربية، في: النظم الانتخابية بين مصر والعالم، مجموعة بحوث من إصدار كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، تحرير د. عالية المهدي ود. محمد مصطفى كمال، ٢٠٠٣.
- ٥ - د. كريستوف هارتمان، النظم الانتخابية المقارنة، التجربة الألمانية، في: النظم الانتخابية ما بين مصر والعالم، المصدر السابق.

المسؤولية المدنية للمحامي

الدكتور/ رايس محمد
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تلمسان - الجزائر

ملخص:

المحاماة من المهن النبيلة التي يتمتع أصحابها بالاستقلال المهني القائم على أساس الحرية وعدم الخضوع لغير ما يفرضه القانون. المحامي عندما يُمارس نشاطه في الإطار القانوني ووفق القواعد والمبادئ المتعارف عليها والمتفق بشأنها، إنما يُمثل صمَامَ أمان قويّ يكفل أمن المتقاضى القانوني، ويصون كرامته وحرّيته، لكونه حقوقياً محترفاً ومدافعاً أخصائاً، وهذه المهمة نحسبها مهمة بالغة الأهمية والخطورة في المجتمع.

لم تعد المسؤولية المدنية للمحامي موضوع خلاف من حيث المبدأ والإقرار بها. ثم إن القول بالمسؤولية العقدية للمحامي تجاه زبونه عن أخطائه المهنية أصبحت من المسلّمات التي يأخذ بها الفقه ويؤيدها القضاء.

كما أنّ ظهور فكرة المسؤولية المدنية المهنية للمحامي التي تخصّ فئات المهنيين دون سواهم، لم تعد بدعة ينفر منها المشتغلون في حقل القانون، بل أصبحت موضوع نقاش وبحث، خاصة عندما يستعصي إخضاع النزاع بين المحامي وغيره من الناس، على الأقلّ في بعض جوانبه، على الخضوع التامّ والكامل لقواعد نوع من نوعي المسؤولية المدنية بتقسيمها التقليدي المعروف.

إنّ مسؤولية المهني عموماً، ومنها مسؤولية المحامي يصعب أن تُطابق مطابقة كاملة صورة واحدة من صور المسؤولية المدنية دائماً، لأنّ مهنة المحاماة تُلقِي بظلالها على التزامات المحامي وواجباته المهنية، الشيء الذي يكون له الأثر على مسؤوليته.

إنّ المحامي إذا أخلّ بالتزام من التزاماته، وجبت مؤاخذته ومساءلته عن الضرر الذي أحدثه في ذمّة الغير، وهذا يستوجب جبر هذا الضرر بالتعويض.

تمهيد:

اهتمّت جميع الدّول بتنظيم مهنة المحاماة، نظراً للدور الجليل الذي تلعبه في تحقيق العدالة والتأثير البالغ الذي أنيط بها في مسرح الحياة القضائية. فهدف المحاماة، هو الدفاع عن حريات الأفراد، ومساعدتهم على بلوغ حقوقهم، وكذا مساعدة القضاء في الوصول إلى الحقيقة. ذلك أنّ القاضي والمحامي هما جناح العدالة في تأكيد سيادة القانون، وهما حارسا العدل، يذودان عنه من كلّ عبث يبغي النيل منه، ومن كل شطط ينجرّف به عن قصد إحقاق الحقّ وإعلاء رأيه في الجزائر.

ومن نافلة القول التذكير بأنّ التّقاضي أمام القاضي المسلم في الجزائر، قد عرف ازدهاراً وذبوعاً كبيرين منذ رهط من الزّمن، بيد أنّ نظام المحاماة بمعناه الحديث لم يكن معروفاً، ولو أنّ نظاماً مشابهاً له، كان سائداً يومئذ، ألا وهو نظام الوكالة في الخصومة، إذ كان يُرخص بمقتضى هذه الوكالة لشخص ما، يُحسّن فنّ الكلام ويُتقن طريقة تقديم الحجج، لينوب عن الموكل أمام القاضي بقصد رعاية مصالحه والمساهمة في تمكين الأصيل من حفظ شرفه، وعرضه وماله ضدّ كل معتد آثم أو طامع غادر.

إنّ لمهنة المحاماة مفهوماً حديثاً لم يتبلور معناه إلّا في نهاية القرن التّاسع عشر، وأمّا وظيفتها فإنّها قديمة، قدم العدالة. فقد وُجد عبر الحضارات القديمة أشخاص موهوبون يمتازون بالبلاغة والإقناع متضلّعين في مبدأ العدل والإنصاف، ومهرة في إتيان الحجّة على قيام الواقعة أو نفيها، فامتهن هؤلاء إرشاد من تعوزهم الحاجة ودافعوا عنهم كلّما التمس منهم ذلك.

ولقد امتد دور الدّفاع يومئذ إلى حظيرة الاتّهام، دفاعاً عن الضّحايا الذين يُمثّلونهم، وذلك لعدم وجود مؤسسة النّياية العامّة. وقد اتّصف المدافعون حينئذ بوصف الخطباء، أو الحكماء، أو المفتين أو الفلاسفة، وذلك عند المصريّين الفراعنة والبابليّين والفرس والإغريق والرّومان، بل إنّ الحي العتيق بأثينا قد عرف تنظيمات لشروط الدّفاع والخطابة^(١).

إلّا أنّ الوضع لم يبق على ما كان عليه، بل تطوّر تطوّراً ملحوظاً ومطرذاً بحسب الأزمنة، ووفق الأوضاع الاجتماعيّة والاقتصاديّة والسياسيّة التي صاحبت تطوّر المجتمع الجزائري^(٢)، حتّى أصبحت المحاماة علماً وفناً ورسالة، وأصبح وجودها يمثّل إحدى دعائم دولة القانون، وضمانة رئيسيّة وأساسيّة لحفظ حقوق النّاس، ورعاية مصالحهم، ودفع التّمرد والعقوق، وإزهاق الباطل وردّ التّعسف، ذلك أنّ مهنة المحاماة، مهنة الحرّيّة والكرامة، يسعى أصحابها إلى حماية الضّعفاء، وتبيين القضايا العادلة، وتخليص المظلومين والباثسين، وإسماع صوتهم لممثلي العدالة^(٣).

وتمتاز المسؤولية المدنيّة للمحامي، بما لها من مكانة خاصّة في محيط القانون.

(١) راجع: د. رايس محمد حرية الدفاع وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، مجلة المحامي، تصدر عن منظمة المحامين الجزائري، عدد ٠٠، ٢٠٠٣، ص. ١٣.

(٢) راجع: أ. مولاوي ملياني بغدادي، المحاماة في الجزائر، ج ١، الجزائر، ص. ٣٥ وما بعدها.

(٣) د. دمبا تشير نوجلو، المحاماة في الفقه الإسلامي والقانون، الرياض، ٢٠٠٣، ص. ٩٩.

والمسؤولية المدنية عموماً هي محور القانون في كافة نواحيه، وهي الجذع الذي يدور عليه صراع الخصوم من منازعات أمام جهات القضاء، فهي تنفرد بالتطور والتجديد اللذين يلاحقانهما في مختلف العصور، لما يجد في شأنها من آراء ونظريات تتعدد وتختلف، فثمة - بجانب النظرية التقليدية التي تجعل الخطأ أساساً للمسؤولية - نظريات أخرى تطرح الخطأ جانباً، ولا تراه ضرورياً في وجوب المسؤولية، على أن الخطأ في ذاته ما يزال موضع خلاف في دلالة وفي تحديد مداه، حتى أن المشرع رأى أن يترك الأمر فيه لتقدير القاضي على ما سيستخلصه من كنه مخالفة المسؤول للالتزام بعد الإضرار بالغير.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن المسؤولية المدنية للمحامي، تقوم حين يخل المحامي بما التزم به، قبل زبونه قانوناً أو اتفاقاً، ويكون الجزاء فيها هو تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال^(٤).

ولا ريب أن تحديد طبيعة مسؤولية المحامي المدنية، باعتبارها نوعاً من مسؤولية أصحاب المهن الحرة تجاه زبائنهم، أثارت نقاشاً مستفيضاً وكبيراً منذ رهط من الزمن، إذ كان من غير المقبول إخضاع الممارسين لهذه المهن لنفس قواعد المسؤولية المدنية الخاصة بالأفراد العاديين، لما تتميز به هذه المهن من طابع خاص بها، يجعل لها نطاقاً منفرداً (مبحث أول).

غير أنه في الوقت الراهن، لم يعد النزاع بخصوص مسؤولية المحامي ينصب على عناصر المسؤولية، التي يتوجب توافرها من فعل ضار وضرر ورباط بينهما، وذلك من أجل أن يحصل الزبون على تعويض من محاميه (مبحث ثان).

(٤) SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, 2ème éd., p.01.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لمسؤولية المحامي

إنَّ التَّكْيِيف القانوني لطبيعة المسؤولية، يُعَدُّ من أدقِّ وأصعب ما يُجابهُ رجال القانون عامّةً، قضاة كانوا، أو فقهاء أو حتّى محامين، لأنَّ ذلك يتطلَّب تبيان الطَّبيعة حتّى يتجلَّى المفهوم، ثمَّ يُمكننا تحديد الأساس، الذي يُمكننا من رسم الصَّورة كاملة واضحة غير منتقصة.

ولاشكَّ أنَّ عمل المحامي أكثر الأعمال تشعباً واختلاطاً، بين التَّصرُّف المادّي والتَّصرُّف القانوني، وهكذا إذا تقَرَّب شخص من محام طالباً منه خدمة تتعلَّق بمهنته، لقاء أتعاب يُتَّفَق عليها، فإنَّ الظَّاهر يُوحِي أنَّ هناك رابطة قانونية ذات طبيعة تعاقدية بين المحامي وزبونه، وهذا العقد يُنشِئ التزامات في ذمّة الطَّرفين على وجه التَّبادل، فإذا قصَّر أحد الطَّرفين لعدم قيامه بالتَّنْفِيز، أو تأخَّر فيه، أو قام بتنفيذه بصورة معيبة^(٥)، فإنَّه يكون قد خرق بنود العقد، ويترتَّب على ذلك إعمال قواعد المسؤولية العقدية^(٦) (مطلب أول).

غير أنَّ هناك رأياً آخر لا يُقرَّ بالاتِّجاه الأوَّل، ويزعم أنَّ مسؤولية المحامي، هي مسؤولية تقصيرية، أساسها الإخلال بواجب قانوني، وعدم بذل العناية المطلوبة وفقاً لأصول مهنة المحاماة^(٧) (مطلب ثانٍ).

بيد أنَّ هناك سرباً من الفقه غير مقتنع، لا بفكرة المسؤولية العقدية للمحامي، ولا بالمسؤولية التقصيرية له، ويعتقد بأنَّ أمر مسؤولية المحامي، مسألة أكثر تعقيداً من الطَّرح الذي جاء به أصحاب الرأيين الأوَّلين، ممَّا يستوجب تخطِّي الصَّعاب لإيجاد حلٍّ يتَّفَق مع الطَّبيعة الخاصّة لمهنة المحاماة التي تخضع لقواعد أدبية صارمة من جهة، وللدَّور الحساس الذي تلعبه هذه المهنة في المجتمع من جهة أخرى^(٨) (مطلب ثالث).

وتجدر الإشارة بداءة، وقبل التَّفصيل فيما سلف ذكره، أنَّ هناك رأياً حابى المحامين، فقال بعدم مسؤوليتهم المدنية عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء ممارستهم لمهنتهم، إنَّ باتِّجاه زبائنهم، أو في مواجهة الغير، إمَّا استناداً إلى أساس تاريخي، الذي

(٥) MASTRE, Condition de la responsabilité, R.T.D.Civil, mars 1988, p.81.

(٦) Viney, Traité de droit civil: Les obligations: La responsabilité, Condition. L.G.D.J., Paris, 1988, p.301.

(٧) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T.1, 5ème éd., N°344.

(٨) H.FOSSE, La responsabilité civile des avocats, Thèse, 1936, Montpellier.

مفاده أنّ الزّبون يوكلّ نائباً عنه يؤدّي له وظيفة مأجورة، هذا الأخير الذي يعهد بجزء من عمله إلى المحامي الذي هو من فئة النّبالء، والذي لم تكن تربطه علاقة مباشرة مع الزّبون، ممّا جعل المحامي في منأى عن المسؤولية في ظلّ القانون الرّوماني.

ثمّ انتقلت هذه الفكرة إلى النّظام القانوني الفرنسي القديم الذي عهد بالتمثيل الإجرائي إلى وكلاء الدّعى (Les avoués)، وعُهد بمساعدة الزّبون، ونُصّحه، وإرشاده، والمرافعة عنه والدّفاع عن مصالحه^(٩)، إلى المحامي مقابل هدايا وعطايا. هذه الثّنائية في التّمثيل بين المحامي ووكيل الدّعى كان لها ارتداد على المسؤولية، إذ إنّ العلاقة لم تكن مباشرة بين المحامي والزّبون، بل كانت تمرّ عبر وكيل الدّعى، مما برّر القول بعدم مسؤولية المحامي تجاه زبونه، لعدم ارتباطه مباشرة به.

أضف إلى ذلك فكرة استقلال المحامي، كحجّة عن عدم مسؤولية المحامي، ذلك أنّ المحامي حرّ ومستقلّ في عمله، وهو يُمارس نشاطه، بدافع الشّرف، وتحت مسؤولية الضّمير وكنف رقابة نقابة المحامين التي ينتمي إليها، وليس تحت رقابة الزّبون الذي عهد له بقضيّته، فالمحامي ليس وكيلاً عن زبونه، لأنّه لا يخضع لتعليماته ولا إلى رغباته وتوجيهاته، بل هو مستقلّ في عمله^(١٠)، وبالتالي لا يمكن تصوّر مسؤولية المحامي في مواجهة زبونه ما دام أنّه لا يمثّله وليس وكيلاً عنه.

أمّا الحجّة الأخيرة التي يسوقها أصحاب هذا الرّأي، هي أنّ المحامي يؤدّي عملاً على شكل وظيفة عامّة، باعتباره مساعداً للعدالة في إظهار الحقيقة، وبالتالي فإنّ وضعه ليس ببعيد عن وضع القاضي الذي لا يُسأل في أغلب الحالات، إلّا إذا ثبت في حقّه الخطأ الجسيم أو الغشّ والتدليس، وبالتالي فإنّ المحامي هو الآخر، لا تقوم مسؤوليته المدنية ما لم يرتكب خطأ فاحشاً، جسيماً أو غشّاً وتدليساً^(١١). وبهذا تُصبح دعاوى المسؤولية ضدّ المحامي عديمة الجدوى لصعوبة إثبات ما تقدّم، ممّا يجرّنا إلى القول بعدم مسؤولية المحامي في الواقع.

والملاحظ أنّ هذا الرّأي لم يُكتب له النّجاح، لأنّه من غير المعقول أن يفلت المحامي، باعتباره صاحب مهنة، ولو كانت مستقلة عن المسؤولية المدنية، بسبب أنّ

(٩) Marie-luce Demester, Avocat-Responsabilité, Dalloz, 1999, p.02.

(١٠) C.A. Lyon, 12 jan. 1932, D.1933.2.46 (L'avocat peut être utilement poursuivi que s'il est établi contre lui une faute lourde ou un dol...).

(١١) حسن عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ١٩٥٦، ص.٢٤٨. وانظر كذلك: د. محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، دمشق، ٢٠٠٩، ص.٨٨.

القانون يعلو ولا يُعلى عليه، ثم بسبب أن جميع الحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي لم تسلم من النقد والتعقيب.

وفي محاولة للإفلات من الانتقادات التي تعرّض لها القائلون بعدم مسؤولية المحامي تجاه زبائنه، ظهر فريق آخر يُقرّ بمسؤولية المحامي الجزئية، وهم القائلون بالمسؤولية المخفّفة للمحامي^(١٢)، إذ أقرّوا بمسؤولية المحامي عن خطئه الجسيم، وعن غشه وتدليس، وبالتالي فإنّ الإهمال البسيط أو الخطأ اليسير، لا يصلح كأساس لمسؤولية المحامي، مثله مثل القاضي.

بيد أن أصحاب هذا الاتجاه لم يسلم رأيهم من الانتقاد، ذلك أن مقارنة موقف القاضي بموقف المحامي يُشكّل قياساً مع الفارق.

إذ أن القاضي يُمارس وظيفة عمومية ولا تربطه أيّة علاقة مع المتخاصمين، في حين أن المحامين يُمارسون مهنة حرّة ينتفعون من ورائها، وما دام أن هناك نفعاً فلا بد أن يُقابله غرم، يتجسّد في المسؤولية المدنية للمحامي.

أمّا ونحن في الألفية الثالثة من هذا الزمن، فلم يعد الفقه والقضاء في معظمه، يؤمن بفكرة اللامسؤولية أو المسؤولية الجزئية، حيث أصبحت هذه الأفكار مهجورة، وغير مقبولة، ولا تلقى من يؤيّدّها، بل الرّائج والسائد الآن فقهاً وقضاءً، القول بقيام المسؤولية المدنية للمحامي إذا توافرت شروطها واجتمعت عناصرها، على أساس أن مهنة المحاماة، كغيرها من المهن الأخرى، يُمارسها أصحابها ويحقّقون من ورائها المغنم، ممّا يتوجّب عليهم القبول بالمغارم بسبب ما تصنعه أيديهم من أخطاء. ويبقى التساؤل هل أن مسؤولية المحامي المدنية، هي مسؤولية عقدية، أم مسؤولية تقصيرية، أم مسؤولية مدنية ذات طابع مهني؟

المطلب الأول

المسؤولية المدنية للمحامي، مسؤولية عقدية

يرى الفقه والقضاء في عمومهم، خاصّة في فرنسا^(١٣) والجزائر^(١٤) أن مسؤولية المحامي المدنية، عن أخطائه المهنية، مسؤولية عقدية، أساسها الإخلال بالتزام عقدي،

(١٢) راجع: د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة، مصر، ١٩٩٦، ص ٢٤١.

(١٣) PH. Le TOURNEAU, La responsabilité civile, Paris, 1982, 1672.

(١٤) راجع: حبار أمال، مسؤولية المحامي العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، ١٩٩٩، ص ٥.

خاصّة وأنّ التشريعات المتعلّقة بتنظيم مهنة المحاماة، تُوحى بهذا، وتُنَبِّئ على تبنّي هذا الاتجاه، حيث تعتبر المحامي وكيلًا عن الرّبون الذي يتقدّم له طالباً مساعدته وتمثيله أمام جهات القضاء، إذ العلاقة القانونية التي تربط بينهما هي رابطة عقدية^(١٥).

ومن هذا المنطلق يتوجّب حتّى تقوم مسؤولية المحامي العقدية، أن يكون هناك عقد بين المحامي والرّبون، الذي غالباً ما يكون شفهيّاً، وينعقد هذا العقد من اللحظة التي يقبل فيها المحامي الدّفاع عن مصالح الرّبون، أمّا قبل انعقاد العقد، فلا تُطبّق سوى قواعد المسؤولية التّقصيرية.

كما أنّ هذا العقد لا بدّ وأن يكون صحيحاً ومشروعاً، إذ يخضع هذا الاتفاق إلى جميع القواعد والأحكام المتعلّقة بالعقود^(١٦).

وغنيّ عن البيان القول بأنّ مسؤولية المحامي، لا تُثار إلّا عند عدم تنفيذ العقد، أو تنفيذه بصورة معيبة، وأنّ يُسبّب هذا التّصرّف ضرراً للرّبون.

بيد أنّه إذا لم نجد إلّا القليل ممّن يُنازع في وجود عقد بين المحامي وزبونه، فإنّ تكييف هذه الرّابطة القانونية بين الأطراف وتحديد طبيعة هذا العقد، هي محلّ جدال وسجال قانوني، بحيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العلاقة القانونية التي تجمع بين المحامي وزبونه عقد وكالة (فرع أول). في حين ذهب رأي آخر إلى تكييف هذه العلاقة بينهما على أنّها عقد مقاولّة، أمّا البعض الآخر فجنح إلى القول بأنّ علاقة المحامي بزبونه تخضع لأحكام عقد العمل (فرع ثان).

الفرع الأول

أساس مسؤولية المحامي إخلال بالتزام ناشئ عن عقد الوكالة

إنّ الرّأي الغالب فقهاً وقضاءً وتشريعاً، هو الذي كيفّ العقد الذي يربط بين

(١٥) راجع: المادة ٨٣ من قانون مهنة المحاماة رقم ٩١/٠٤ المؤرخ في ٠٨ يناير ١٩٩١ التي تنص على ما يلي: "يجري الاتفاق بكل حرية بين المتقاضى والمحامي على مبلغ مقابل الاتّعاب حسب الجهد الذي يبذله المحامي وطبيعة القضية ومدتها والمحكمة التي ترفع إليها تلك القضية وأهمية الخدمة التي يقوم بها المحامي. يجب على المحامي أن يسلم وصلاً لموكله عن المبلغ الذي تقاضاه منه، ولا يجوز للمحامي بأي حال من الأحوال التخلي عن واجبات الاعتدال التي تبقى من سمات مهمته". وقانون المحاماة العراقي لسنة ١٩٥٦ رقم ١٧٣ وقانون المحاماة المصري ١٩٦٨ رقم ٦١.

(١٦) راجع: د. محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، النسر الذهبي، ١٩٩٥، ص ٥.

المحامي والزبون على أنه عقد وكالة^(١٧)، ذلك أن الوكالة في الخصومة تُخوّل الوكيل حق ممارسة الأعمال التي تحفظ حق موكله ورفع الدعاوى والمرافعة فيها حتى ختامها، ومراجعة طرق الطعن فيها كأصل عام.

ومن هذا المنطلق فإن معظم قواعد الوكالة تنطبق على علاقة المحامي بزبونه، حيث إن الطابع الشخصي المتمثل في شخصية المحامي والثقة فيه قد أخذت بعين الاعتبار من طرف الزبون. كما أن المحامي حين يقبل الدفاع عن حقوق من يتقدم إليه، فإنه يكون قد اطمأن إليه، ووثق فيه، مما يجعل منه عقداً تبادلياً بينهما^(١٨).

زد على ذلك أن هذا العقد الذي يجمع بين المحامي وزبونه، ينتهي بوفاء أحدهما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن موضوع هذا العقد نشاط ذهني وعمل عقلي، فضلاً على أن العقد بين المحامي والزبون عقد غير لازم، حيث يجوز لكل واحد منهما التحلل منه بإرادته المنفردة، مما يجعل هذا العقد يتناسب مع أحكام الوكالة^(١٩).

الفرع الثاني

أساس مسؤولية المحامي إخلال بالتزام ناشئ عن عقد مسمى

قُدّمت العديد من الآراء والتكليفات للرابطة العقدية التي تجمع بين المحامي وزبونه من غير التكليف الأول، الذي رأى فيها أنها تُمثّل عقد وكالة. وهكذا نجد جانباً من الفقه يرى في هذه العلاقة، أنها تُمثّل عقد مقاوله، ذلك أن المحامي يُمارس مهامه بصفة مستقلة^(٢٠)، ولا يخضع في عمله لإشراف أو توجيه من جانب زبونه، وأن الاتعاب التي يتقاضاها، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعمل الذي يؤديه المحامي فعلاً، وليس بالعمل الذي يتعهّد بأدائه^(٢١).

ذلك أن المحامي يقوم في العادة بتقديم المشورة، والنصح والمرافعة، فأعماله

(١٧) راجع: المادة ٧٦ من قانون المحاماة: "... يجب عليه أن يقدم لموكله كل مساعدة من معلوماته وإمكاناته".

(١٨) L. Crémier, Traité de la profession d'avocat, 1954, 2ème éd., p.119.

(١٩) راجع: د. محمد لبيب شبيب، شرح أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٦٠. راجع أيضاً: عبد الرزاق السنهوري، شرح العقود الواردة على عقد العمل، الوكالة، ج ٩، ص ١١١٩.

(٢٠) راجع: المادة ١٠ من قانون المحاماة: "المحاماة مهنة حرة ومستقلة، تعمل على احترام الحفاظ على حقوق الدفاع، وتساهم في تحقيق العدالة، وتعمل على احترام مبدأ سيادة القانون، وضمان الدفاع عن حقوق المواطن وحياته".

(٢١) J. Daumesnil, L'avocat représentant des parties, Thèse, 1946, p.39.

أعمالٌ مادية، وإذا وُجدت بعض الأعمال القانونية التي يقوم بها، فهي تتفرّع عن الأعمال المادية، ولا تُؤثّر في اعتبار المحامي مقاولاً، خاصّة وأنّ خصائص المقاول متوافرة^(٢٢). ثم أضاف أصحاب هذا الرأْي، أنّه حتّى إذا كانت الأعمال القانونية التي يقوم بها المحامي على جانب كبير من الأهمّيّة، فإنّه لا مانع في هذه الحالة، من إخضاع العلاقة القانونية لنوعين من العقود، بحيث تُطبّق أحكام عقد المقاول على الجزء الخاصّ بالأعمال المادية، وتُطبّق أحكام عقد الوكالة على الأعمال القانونية^(٢٣).

بيد أنّ هناك فريقاً آخر من الفقه اتّجه إلى القول بأنّ العلاقة القانونية التي تجمع بين المحامي وعميله، إنّما هي علاقة عمل، وبالتالي فإنّ العقد هو عقد عمل^(٢٤)، ذلك أنّها تُمثّل إجارة خدمات، خاصّة عندما يتمّ تحديد الأتعاب المقابلة للعمل على أساس الوقت، مع خاصيّة وحيدة، وهي أنّ عقد العمل هذا إنّما ينصبّ ويتعلّق بعمل ذهني، علماً وأنّ عمل أصحاب المهن، باعتباره عملاً عقلياً وذهنياً، لا يختلف عن الأعمال اليدوية التي تُشكّل موضوعاً لعقد العمل، مع وجوب مراعاة الاستقلالية التي يتمتّع بها المحامي في عمله في بعض الفروض^(٢٥). أمّا إذا كان المحامي يخضع لإشراف ورقابة من جانب المتعاقد معه، ووجود علاقة التّبعيّة بينهما، فالعلاقة القانونية تُعتبر عقد عمل، ويكفي في ذلك أن تكون التّبعيّة تنظيمية، ولا ضرورة أن تكون فنيّة، وهو الحال عندما يكون المحامي يعمل لدى شركة أو مؤسّسة ما، لأنّه يُباشر عمله في مقرّها، ويلتزم بنظام هذه الشركة فيما يخص مواعيد العمل، والإجازات، وإيراعي الملاحظات والتّوجيهات التي تصدر إليه من الرّؤساء^(٢٦).

كما أنّنا نجد رأياً آخر^(٢٧) يجنح إلى هجر العقود المسمّاة، ويقول بأنّ الخطأ الأساسي لجميع النّظريات السّابقة، أنّها كيّفت العقد الذي يربط المحامي بزبونه في نطاق القانون الخاصّ، وتمّ إهمال عنصر أساسي في العقد مرتبط بالقانون العامّ، فوظيفة المحامي قبل كلّ شيء، مرتبطة بمرفق عامّ، وتكاد تكون محصورة في إطار

(٢٢) راجع: د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٣٦٧.

(٢٣) د. محمد لبيب شبيب، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢٤) J. SAVETIER, La profession libérale: Etude juridique et pratique, 1947, p.213.

(٢٥) Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, N°97-17-378, Bul. Civ. N°02, D.2000, 673, Note Brun. Ph. Delbecque, D.2000, Somm., 467, R.T.D.Civ., 2000, 582, Obs. P. Jourdain.

(٢٦) د. إسماعيل غانم، عقد العمل، مصر، ص ١١٥.

(٢٧) Appleton, Traité de la profession d'avocat, n223.

القانون العام، لأنّ جهاز العدالة مرفق عام، وإعطاء الاستشارات، وكتابة العرائض والمذكرات، تدخل جميعها في عمليّات المرفق العام، والمحامي بقيامه بهذه الأعمال، يُشارك فعلياً في إدارة المرفق العام، زد على ذلك أنّه يؤدّي اليمين القانونية لأداء عمله في حدوده، ووفق نطق هذا اليمين، وكذلك يرتدي لباساً خاصاً بالمحامين، ويتميّز ببعض الامتيازات والحصانات^(٢٨).

ونافذة القول أنّ فقهاء القانون لم يُجمعوا على رأي واحد، بل ظهرت مواقفهم متباينة، ذلك أنّ كلّ فريق أخذ بعنصر من عناصر العلاقة القانونية وركّز عليها بحثه لموضوع التّكليف القانوني، وكذلك الشّأن بالنّسبة للقضاء، إذ نادراً ما نجدّه يتعرّض في أحكامه الحديثة إلى هذه المسألة، غير أنّنا نعتقد، إذا ما جمعنا شتات العناصر المكوّنة للرّابطة القانونية بين المحامي والرّبون، لأدركنا أنّ هذه الرّابطة، يَسْتَقْصِي علينا إخضاعها لعقد محدّد بذاته، من العقود المسماة والمعروفة، بل هو عقد دفاع^(٢٩)، يتولّى فيه المحامي الدّفاع عن مصالح الرّبون، سواء تعلّق الأمر بتقديم الاستشارات القانونية والنّصائح، أو تلك المساعي التي يقوم بها المحامي لدى الجهات الإدارية، أو تلك الإجراءات القانونية المرتبطة بالدّعاوى والخصومات، فهو عقد من العقود التي لم يتكفّل القانون العامّ بتنظيم أحكامه، بل أبان قانون المحاماة بعض أوجهه ومعالمه.

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية للمحامي مسؤولية تقصيرية

ينأى بعض الفقه بنفسه عن وضع العلاقة القانونية التي تجمع المحامي بزبونه في الحقل العقدي، وحجّتهم في ذلك أنّ أصحاب المهن الحرّة، لا يخضعون إلى الرّباط التّعاقدي في معاملاتهم، وبالتالي فإنّ مسؤوليتهم لا تقوم على أساس عقدي، وإن ارتبط المحامي بزبونه بعقد، لأنّ الأعمال التي يقومون بها لا تنشأ عن هذا العقد،

(٢٨) راجع: المادة ١٣ من قانون المحاماة (أداء اليمين) التي تنص على: "عندما يقرر مجلس منظمة المحامين تسجيل المترشح فإنه يجب على هذا الأخير بعد التقديم من النقيب أن يؤدّي أمام المجلس القضائي للدائرة التي عين إقامته فيها اليمين الآتية نصها: (أقسم بالله العلي العظيم أن أؤدّي أعمالي بأمانة وشرف، وأن أحافظ على سر المهنة وتقاليدها، وأهدافها النبيلة، وأن أحترم القوانين)".

(٢٩) د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، المرجع السابق، ص ٩٤.

بقدر ما تُحدِّدها القوانين والأنظمة^(٣٠). وبالتالي فإنَّ مسؤولية المحامي، هي مسؤولية تقصيرية، عندما يُخلَّ هذا الأخير بواجب قانوني يتمثَّل على العموم في الإحجام عن بذل العناية الواجب بذلها من قِبَل شخص معتمد، محاط بنفس الظروف المحيطة به، وفقاً لأصول المهنة وقواعد القانون^(٣١).

وقد ساق أصحاب هذا الاتجاه حججاً اختلفت باختلاف أصحابها، إذ نجد كلاً من أوبري ورو (Aubry et Rau)، وكذلك راينولد (P.Raynaud) ومارتي (G.Marty) ولومير (Le Maire)، يركزون على حجج تختلف عن حجج فوست مثلاً^(٣٢). فما هي حجج الفريقين؟

الفرع الأول حجج أصحاب هذا الرأي

قال أصحاب هذا الرأْي بأنَّ مسؤولية المحامي، هي مسؤولية تقصيرية تترتب على مخالفة التزام قانوني، وساقوا حججاً يُمكن إجمالها في أنَّها تسعى إلى هدم ودحض فكرة العقد، وهي أنَّ أصحاب المهن الحرّة لا يرتبطون مع زبائنهم بعقود ملزمة من الناحية المدنية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنَّ طبيعة المصالح التي يتولّى المحامي الدِّفاع عنها، إنّما تتعلّق بحقوق لصيقة بالشخصية فحسب^(٣٣).

وتفصيلاً للحجّة الأولى، أردف أصحاب هذا الاتجاه، قائلين أنَّ الأعمال الفنيّة والأدبية والعلمية التي يؤدّيها أصحاب المهن، مثل المحامي والطبيب والصيّدي والمهندس المعماري، لا يُمكن أن تكون محلاً لتعاقد ملزم بين أصحاب هذه المهن وزبائنهم، وأنَّ المحامي لا يُسأل عقدياً في مواجهة الزبون، وأنَّ هذا الأخير لا يُمكنه إجبار صاحب المهنة على أداء ما تعهّد به مدنياً، ولو كان قد اتَّفَق معه على ذلك.

فالمحامي الذي يقبل الدِّفاع في قضية، لا يُجبر على القيام بذلك رغماً عنه^(٣٤).

(٣٠) C. Paris, 17 mai 1989, D. 1989.I.R., 187.

(٣١) د. محمد المرزوقي، مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره، الشبكة العربية للأبحاث، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٢٩.

(٣٢) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, T.1, 5ème éd., n344 et 371. Voir aussi H.FOSSE, Op. Cit., p.47.

(٣٣) راجع: د. عبد الباقي محمود سواي. مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة، الأردن، ص ١٠١.

(٣٤) Cass. Civ., 30 octobre 2008, N°07-17-730.

والسبب في ذلك أنَّ العمل العقلي أو الفني لا يُمكن مساواته مع العمل اليدوي، كما لا يجوز أن يُنظر إلى من يبذل الجهد الضَّنين والفكر النَّير لبحث ومعالجة مشاكل تهمَّ البشرية بنفس النُّظرة إلى من يبغي ويهدف إلى ضمان وسيلة للعيش أو الكسب المادِّي من وراء العقد.

إنَّ المحامي عندما يتعهَّد بالدِّفاع عن مواطن، إنَّما يهدف إلى إعلاء كلمة الحقِّ، وصوْن فكرة الحرِّيَّات العامَّة، والمحافظة على كرامة الإنسان، وهذه المسائل إنَّما هي من مقوِّمات مهنة المحاماة، التي تستند في قيامها إلى مبادئ دولية مرتبطة أساساً بإعلان حقوق الإنسان، وما انبثق منه من موثائق تصبَّ كلّها في تقديس الكيان البشري وإحاطته بضمانات تحفظ له كرامته، ومن هنا جاءت قداسة مهنة المحاماة واعترف لها الجميع بالنُّبل والرِّفعة والفضل^(٣٥).

ثمَّ أُرِدَ أصحاب هذا الاتجاه قائلين أنَّه، حتَّى إذا سلَّمنا بوجود عقد بين المحامي وزبونه، فإنَّ هذا العقد ينصبُّ على الحقوق الشَّخصية أو الحقوق غير المالية، وهي حقوق خارجة عن دائرة التَّعامل التَّجاري عموماً، فهي لا تصلح لأن تكون محلاً للبيع أو الإيجار، ثمَّ كيف يُمكن أن تكون هذه الأعمال التي يقوم بها المحامي لفائدة زبونه صحيحة، بينما يكون هذا الأخير، دون سنِّ الرُّشد القانوني، ولا يتمتَّع بالأهلية اللازمة لإبرام العقود، في الأحوال التي يتعهَّد فيها المحامي بالدِّفاع عن حقوق ومصالح قاصر.

غير أنَّ هذه الحجج سالفه الذكر، لم تسلم من التَّعْيُّب عليها، إذ قال المعترضون عليها أنَّ الحقوق الشَّخصية، وإن كانت لا تقبل البيع والشَّراء، وبالتالي التَّعامل التَّجاري فيها، فليس هناك ما يمنع من أن تكون محلَّ حماية ودفاع، وهذا هو موضوع العقد الذي يجمع بين المحامي والزبون.

أمَّا القول بأنَّ المهني أو المحامي لا يُمكن إجباره على تنفيذ تعهَّده، فهذا صحيح، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع بأن يتحمَّل التَّعويض عن عدم التنفيذ، إذا كان مردِّ ذلك إلى تقاعس المحامي أو خطئه، فاستحالة التَّنفيذ الجبري للالتزام عندما يقتضي ذلك تدخُّل المدين شخصياً، لا يحوِّل دون إمكانية جبر وتعويض ما نتج من عدم التَّنفيذ من أضرار، أضف إلى ذلك أن لا فرق بين العمل الذي يؤدِّيه الشَّخص بيده، وذلك العمل الذَّهني الذي يلعب فيه عقل الإنسان الدُّور الأبرز، فهذه تفرقة تاريخية أصبحت مهجورة، لم يعد يقبل بها أحد في الوقت الحاضر^(٣٦).

(٣٥) شرفي علي، المحامون ودولة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، ص ٥٧.

J.SAVETIER, Op. Cit., p.205.

(٣٦)

الفرع الثاني

أنصار النظرية التوفيقية

إذا كانت فكرة تكييف مسؤولية المحامي على أساس تقصيري، كما أراد لها ذلك الفقيه فوس «Fosse»، لم تلق الإجماع والتقبل، فإن رأياً آخر جنح إلى فكرة توفيقية، بزعم الفقيه أبريل^(٣٧)، الذي قال بأن العلاقة التي تربط بين المحامي والربون هي علاقة تعاقدية، أما العلاقة التي تجمع المحامي مع الغير، فلا يمكن أن تكون العلاقة إلا تقصيرية^(٣٨).

وينبغي الإشارة إلى أن هذا الخلاف الفقهي القائم حول طبيعة مسؤولية المحامي، لم يكن ليبقى قائماً لو أن القضاء أعاره الاهتمام والاعتناء اللازمين له. وهكذا فإن القضاء الفرنسي الذي عُرضت على أنظاره عدّة نوازل من هذا النوع، لم يحسم في المسألة بصفة قطعية، بل ركن إلى استعمال عبارات فضفاضة، عامة ومطلقة، ينأى بها عن نفسه الولوج إلى تحديد نوع المسؤولية المقصودة، فجاءت الأحكام والأقضية الصادرة عنه^(٣٩)، لا تشفي غليل الفقهاء المختلفين، ولا تحسم النزاع بينهم، ولا تُبين موقف القضاء من هذا الخلاف^(٤٠)، إذ غالباً ما نجد عبارة أن مسؤولية المحامي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية التي تتطلب وجوب الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

وهكذا يتضح جلياً أن العبارات المستعملة في الأحكام القضائية، الأجنبية على وجه الخصوص^(٤١)، لا تسمح بإجراء أي تمييز للقول ما إذا كان الأمر يتعلق بالمسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، اللتان تقومان على نفس الأركان^(٤٢).

أمام هذا الوضع الضبابي واللامحسوم بخصوص هذه المسألة، يبقى الموقف المتبنى من الفقيه الفرنسي "إيف أبريل"، والقاتل بثنائية المسؤولية المدنية، تارة مسؤولية تقصيرية، وتارة أخرى مسؤولية عقدية، هو الموقف المعول عليه، والأقرب إلى المنطق القانوني، ذلك أن لو صح فعلاً أن العقد وحده مصدر التزامات المحامي

Y. Avril, La responsabilité de l'avocat, DALLOZ, 1981, N23. (٣٧)

Cas. Civ., 13 juillet 1982, D.1982.I.R., p.455. (٣٨)

Cas. Civ., 29 juin 1982, D.1982.I.R., p.423. (٣٩)

V.ANGERS, 03avril 1996, Juris-delta, n42850. (٤٠)

Y. Avril, Op. Cit., p.04. (٤١)

(٤٢) راجع: د. محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ٦٢.

دائماً، لقلنا بالمسؤولية العقدية عن الإخلال بهذا الالتزام، غير أنّ الحقيقة تتخطى ذلك، إذ كثيراً ما تُرخي القوانين العامة، وكذا القوانين الخاصة، بظّاهها على مسؤولية المحامي، ممّا يُثير مسؤولية المحامي التّقصيرية، ومع ذلك فللفقه الحديث رأي آخر يدعو إلى المسؤولية المدنية المهنية.

أمّا القضاء الجزائري، وفي حكم حديث له، اتّخذ موقفاً واضحاً بخصوص مسؤولية المحامي، إذ اعتبرها مسؤولية ذات طابع عقدي، تجمع بين هذا الأخير وزبونه، وإلى هذا أشار القرار المؤرّخ في ٢١/٠٥/٢٠٠٨م، الصّادر عن المحكمة العليا في الجزائر بقوله: "يتعلّق القرار المطعون ضده بضرر ناتج عن مسؤولية تعاقدية بين محامٍ وزبونه" (٤٣).

المطلب الثالث

المسؤولية المدنية للمحامي مسؤولية مهنية

اتّضح ممّا سلف ذكره، أنّ تكييف العلاقة القانونية التي تربط بين المحامي وزبونه، والبحث في طبيعتها، ليست أمراً سهلاً ولا هيئاً، كما يبدو للوهلة الأولى، والدليل على ذلك عدد الآراء التي قيلت بشأن مسؤولية المحامي. وإذا كان لابدّ من ملاحظة أولية، تُقال في هذا المضمار، هي أنّ العلاقة الرّابطة بين المحامي والزّبون، أساسها وجود عقد من عقود القانون الخاص^(٤٤)، غير أنّ ذلك لا يعني بالضرورة انطباق قواعد المسؤولية العقدية، بل إنّ وجود العقد، لا يحول دون تطبيق قواعد أخرى، خاصّة عندما يتعلّق الأمر بمهنة المحاماة التي لها طابع خاصّ، تستعصي معه للخضوع إلى قواعد نوع واحد من المسؤولية بسهولة ويُسر.

وإذا كان لا يُنزع أحد في وجود العقد بين المحامي وزبونه، فإنّ النزاع يطفو عندما نتكلّم عن تكييف هذا العقد. ومع ذلك يجوز لنا التّساؤل، وتساؤلنا مشروع، هل في كلّ حالة يوجد فيها عقد، يُستلزم بالضرورة تطبيق قواعد المسؤولية العقدية دون سواها؟

أليس بالإمكان الانطلاق من العقد كأساس للرّابطة التي تربط المحامي

(٤٣) قرار المحكمة العليا مؤرّخ في ٢١/٠٥/٢٠٠٨م، مجلة المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٩، عدد ٠١، ص ١٢١.

(٤٤) عبد اللطيف الحسني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، دار الكتاب اللبناني، ١٩٨٧، ص ٣١٣. وانظر كذلك: أحمد السعيد الزّقرد، الروشّة: التّذكرة القانونية بين الفكر القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلية.

بالزبون^(٤٥)، خاصة وأنَّ تخصص المحامي يُمكنه من أن يكون صاحب معارف فنية، وأنَّ درجة التَّخصُّص لديه تلعب دوراً في تحديد المسلك المطلوب منه، الذي يتوجب عليه نهجه، إذ أنَّ التَّخصُّص الدقيق والعالِي يُوجب على المهني أن يسعى إلى بذل عناية أكبر في تنفيذ التزامه والسَّعي بالقدر الذي يتوافق مع مستواه في إرشاد وتبصير الزَّبُون المتعامل معه^(٤٦)، ممَّا يسمح بقياس تصرُّف المدين المحترف مع من هم في مستواه من ذات الطَّائفة التي ينتمي إليها. وهكذا يكفي إثبات وجود الالتزام من طرف المضرور في مواجهة المدين المحترف دون حاجة إلى إثبات الخطأ من طرفه، وما على المدين في حالة ما إذا رغب في التَّنصُّل من المسؤولية سوى إثبات تحقُّق النتيجة، أو أنَّ هذه الأخيرة خاب تحقُّقها لسبب أجنبي لا يد له فيه^(٤٧)، ممَّا يُمكنه من التَّخلُّص من سوء النِّية التي افترضها الفقه والقضاء فيه^(٤٨). ثمَّ التَّفكير في تطبيق قواعد تجمع بين نوعي المسؤولية في حالات خاصَّة، كما هو حال مسؤولية المحامي، ونجعل من هذا النوع من المسؤولية، مسؤولية مدنية مهنية، يكون لها طابع مهني وعملي، تخصَّ فئات المهنيين دون سواهم؟. خاصَّة وأنَّ قواعد المسؤولية العقدية وحدها أو قواعد المسؤولية التقصيرية وحدها، كلاهما قد لا يُسعف القضاء لإخضاع المهني لها على وجه التَّفرد والتَّوحد، لكونها تستعصي - على الأقلَّ في بعض جوانبها - على الخضوع التَّام والكامل لقواعد نوع واحد من المسؤولية المدنية بتقسيمها التقليدي المعروف.

وتتجلى خصوصية مسؤولية المحامي على وجه أدقَّ، ومسؤولية أصحاب المهن الأخرى كالأطباء والصَّيادلة والمهندسين المعماريين... الخ، في أنَّ المسؤولية المدنية المهنية تتخطَّى وتتجاوز حدود التَّقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية، ذلك أنَّ قواعد المسؤولية المدنية المهنية تُناقض - في بعض الأحيان - قواعد المسؤولية العقدية^(٤٩)، وذلك راجع إلى أنَّ الكثير من الفقه يُقرُّ بعدم وضوح

(٤٥) راجع: د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ٧.

(٤٦) Cass. Civ., 15 juin 2004, N°1-10-481, D.2005, IR 117. «L'avocat aurait dû, après recherches, informer son client de l'existence d'une convention internationale offrant une solution plus avantageuse que celle qui l'a conduit à payer des droits fiscaux inutiles sur la donation réalisée.»

(٤٧) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥١.

(٤٨) Voir dans ce sens: Cas. Civ. 30 mars 2000, D.2000, I.R.132.

(٤٩) راجع مؤلفنا: د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٤٠٦.

الحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية المدنية^(٥٠). وعندما يُشار إلى الاستثناءات التي ترد على معيار التمييز بينهما، تُذكر حالات المسؤولية المهنية^(٥١)، ذلك أنّ مسؤولية المهني يصعب أن تُطابق مطابقة كاملة، صورة واحدة من صور المسؤولية المدنية، ومن ذلك مثلاً أنّ البعض يرى أنّ مسؤولية الموثّق صورة للمسؤولية العقدية^(٥٢)، في حين يرى البعض الآخر أنّ هذه المسؤولية تُعدّ نموذجاً للمسؤولية التقصيرية^(٥٣). كما أنّ غالبية الفقه في كلّ من الجزائر وفرنسا ومصر قرّروا بأنّ مسؤولية المحامي تجاه زبونه منشؤها التزام عقدي^(٥٤)، وأنّ بعض الفقه الآخر قرّر بأنّ مسؤولية المحامي تجاه زبونه هي مسؤولية تقصيرية، مع تأكيده على أنّ مسؤولية المحامي تجاه الغير الذي لا يربطه به أيّ عقد تكون دائماً تقصيرية^(٥٥). وقد تبع القضاء هذا المسلك أيضاً، إذ نجده يُصفي وصف المسؤولية العقدية، من غير أن يُبرهن على وجود عقد يربط المهني بالمضّرور أحياناً^(٥٦)، في حين أنّنا نجده في مرّات أخرى يُقرّر مسؤولية المهني، دون أن يُصفي على هذه المسؤولية تكييفاً ما، أي دون القول ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، ممّا يكشف عن مدى الصعوبات التي يُلاقِيها

(٥٠) André Tunc disait: «Une étude des différences pratiques de régime entre les deux responsabilités également décevante, la liste des conséquences telle qu'on la dresse aujourd'hui diffère fortement de ce qu'elle était il y a 50 ans. De plus, elle reste incertaine à de nombreux égards. Finalement, la justification rationnelle de chacune de ces différences est plus aisément contestée que défendue.» La responsabilité civile, Economica, France, 1981, p.37.

(٥١) G.VINEY, La responsabilité, n244 intitulé «l'inadaptation du régime contractuel et du régime délictuel aux responsabilités professionnelles.»

(٥٢) F.LOTZ, J.C. Civ., article 1382, 1383, notaire fas 1, n24.

(٥٣) J. Depoulpique, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires, L.G.D.J., 1974, p.165.

(٥٤) H.L.Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, 1970, T.1, n515.

وراجع في نفس المعنى أيضاً: د. محمد أحمد لكو، مسؤولية المحامي المدنية والتأديبية والجزائية، المجموعة المختصة في منشورات الحلبي الحقوقية في المسؤولية القانونية للمهنيين، ٢٠٠٤، ج٢، ص١٤٤.

(٥٥) H. LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile, 6ème éd., Paris, 1962, p.433.

(٥٦) كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الخاصة بمسؤولية بنك الدم عن الضرر الناتج عن الدم الملوث الذي أعطي للمريض. لمزيد من التفصيل. راجع: رسالتنا للدكتوراه السالف الإشارة إليها، ص٢٥٤.

القضاة في إخضاع المسؤولية المهنية للتقسيم الثنائي^(٥٧)، وهذا يجعلهم يناوون بأنفسهم عن محاولة تصنيفها، ويكتفون بتقريرها فحسب.

ولعلّ السبب الرَّاجح المؤدّي إلى مثل هذه المواقف من طرف القضاء هو دقّة المسألة وتعقيداتها، الشّيء الذي حدا بجانب من الفقه إلى تنفيذ محاولة إخضاع المحامي إلى هذا التقسيم الثنائي بخصوص المسؤولية المدنية، والبحث عن صورة أخرى تتلاءم ووضعه القانوني، وبالتالي تأكيد ذاتية المسؤولية المهنية. فهذا الأستاذ جورج ريبير (G.Ripert) يقول: إنّ القوانين لم تُوضع لتطوّق على كلّ قاطن الإقليم أو الوطن، ولكن لكي تطوّق على مجموعات من الأفراد يُمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يُباشرونها^(٥٨). وقد تأكّد هذا القول في دراسات أخرى، حيث أبرزت أهميّة المهنة وأثرها على المركز القانوني للشخص الذي يُمارسها، من جهة ما يتّبع به من حقوق، ومن جهة ما يلتزم به من التزامات^(٥٩). كما أنّ الأستاذة فيناي (G.Viney) أوضحت هذه الفكرة أكثر ودقّقت فيها عندما قالت بأنّ القواعد العامّة للمسؤولية العقدية، التي وُضعت أصلاً لكفالة احترام الالتزامات الإرادية، غير كافية لضمان احترام الالتزامات المهنية، وأنّه من غير المقبول محاولة حشر كلّ حالات المسؤولية المدنية في التقسيم الثنائي للمسؤولية، من مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية^(٦٠).

وهذا الرّأي أزره الفقيه أندريه تانك (A. Tunc) عندما قال بأنّ دراسة الفوارق التّطبيقية بين نظامي المسؤولية العقدية والتّقصيرية لا تُجدي نفعاً كثيراً، وأنّ هذا التّمييز بينهما أصبح منتقداً أكثر ممّا هو مقبول.

PH. LeTOURNEAU, Op. Cit., N245.

(٥٧)

G.RIPERT, Ebauche d'un droit civ. professionnel, p.678. où il écrit: «Les lois sont faites non pas pour tous les hommes qui sont nationaux d'un état ou habitent son territoire, mais pour des groupes d'hommes reconnaissables à la profession qu'ils exercent.».

(٥٨)

P.Serlouten, Vers une responsabilité professionnelle, Mélanges Hebreaud, 1981, p.805. PH. Letourneau, Quelques aspects de la responsabilité professionnelle, Gaz.Pal., 1986, p.616.

(٥٩)

G.VINEY, La responsabilité: Condition dans le traité de droit civil, L.G.D.J., 1982, p.299. où elle écrit: «Nous croyons qu'il est inutile de rechercher à faire entrer à tous prix tous les cas de responsabilité dans les deux catégories contractuelle et délictuelle. D'autres régimes sont concevable et il serait désastreux que, pour respecter une simple classification abstraite et théorique qui n'est d'ailleurs imposées ni par les textes ni par un impératif logique indiscutable, on sacrifie les véritables enjeux....».

(٦٠)

كما أنّ الفقيه بلوتون (Pleuton) لا يرى سبباً مقنعاً لتقسيم المسؤولية إلى عقدية وتقصيرية^(٦١)، ذلك أنّ مسؤولية أصحاب بعض المهن تبدو وكأنّها مسؤولية عقدية وتقصيرية في آن واحد.

وخلاصة القول أنّ مهنة المحاماة تُلقِي بظّلها على التزامات المحامي ومسؤوليته لأنّهما تنشآن، ليس من العقد، وإنّما من القواعد، والأعراف والعادات المهنية التي تُنشئ وتُكوّن قواعد أخلاقيات المهنة، الشّيء الذي يدفعنا إلى توضيح دور قواعد أخلاقيات مهنة المحاماة كمصدر لالتزامات المحامي، ثم تبيان أثر تلك الالتزامات في المسؤولية المهنية.

الفرع الأول

قواعد أخلاقيات مهنة المحاماة مصدر لالتزامات المحامي

تنص المادة ٨٣ من القانون ٠٤/٩١ المتضمن قانون المحاماة^(٦٢) على أنّ الأتعاب التي يتقاضاها المحامون لقاء جهودهم وأهميّة الخدمة التي يُقدّمونها، يتمّ الاتفاق عليها بحريّة بين المحامي والزيبون.

كما أنّ المادة ٤٣ من النّظام الدّخلي لمهنة المحاماة^(٦٣) تنصّ على أنّ أتعاب المحامي، تُعدّ الرّاتب الشّرعي للعمل الذي يبذله أو الخدمة التي يُقدّمها، على أن يتمّ الاتفاق عليها بكلّ حريّة بين المتقاضى والمحامي.

انطلاقاً من هذه النصوص يُمكننا القول بأنّ المحامي يتعهّد بالقيام بعمل أو خدمة لصالح الزبون، لقاء أجر يتلقّاه من هذا الأخير، ويُسمى بالأتعاب

(٦١) Pleuton, en 1966, rappelle qu'il ne voit aucune raison pour laquelle les deux formes de devoirs devraient être considérées fondamentalement différentes (contractuelle et délictuelle) ou pour lesquelles des conséquences différentes devraient résulter de leur violation. Selon une décision de justice, la responsabilité des solicitors, même à l'égard de son client, semble à la fois contractuelle et délictuelle. Ross V., Caunters, 1979, 3.W.L.R.605 et commentaire CANE, 1980, L.Q.R.182.

(٦٢) قانون المحاماة الجزائري صدر بتاريخ ٠٨ يناير ١٩٩١ تحت رقم ٠٤، تم نشره بالجريدة الرسمية لسنة ١٩٩١. وهو موضع تعديل في هذه الآونة، ومع ذلك فإن هذا النص بقي على ما هو عليه في المشروع الجديد لقانون مهنة المحاماة المعروض على البرلمان.

(٦٣) راجع: القرار الوزاري الصادر بتاريخ ٠٩/٠٩/١٩٩٠ المتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٥، ص ١٢ وما بعدها.

(Les Honoraires)، ومن ثمّ يظهر هذا التّعهد في صورة عقد بين الطرفين. وبالتالي فمن المنطقي القول أنّ هذه العلاقة علاقة عقدية تبادلية، تُوجب التزامات متبادلة ومتقابلة على الطرفين، فإذا قصر أحدهما في تنفيذ التزاماته فإنّه يُسأل عن ذلك طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

بيد أنّ هذا التحليل لا يُعبر عن الحقيقة كلّها، وذلك للأسباب التالية:

أَنَّ التسليم بوجود العقد بين المحامي والربون، لا يعني بالضرورة أن تكون جميع التزامات المحامي ناشئة عن هذا العقد، وكذلك لا يعني أن تكون المسؤولية الناشئة عن إخلاله بالتزاماته من طبيعة عقدية، لأنّ قانون المهنة يفرض وجوده، ويؤكد حضوره، ذلك أنّ التزامات المحامي تجاه الربائن منصوص عليها في هذه القوانين والأنظمة، ولا يجوز تخطّئها ولا القفز عليها^(٦٤).

أضف إلى ذلك أنّ العرف، وإن كان يُعدّ من المصادر العامة للقانون^(٦٥)، إلا أنّه يكتسب في المجال المهني عموماً، وفي مهنة المحاماة على وجه الخصوص، أهمية لا تُنكر، فالعرف في مهنة المحاماة يُحدّد مضمون التزام المحامي، ويبيّن التعويض وحدوده، وحالات وجوبه، كما يُبيّن بعض القواعد الإجرائية المطلوبة لدعوى التعويض^(٦٦).

(٦٤) راجع: المادة ٧٦ من قانون المحاماة ٩١/٠٤، حيث جاء فيها: "يجب على المحامي أن يراعي بصرامة الواجبات والالتزامات التي تفرضها عليه القوانين والتقاليد والعادات المهنية تجاه القضاة وزملائه والمتقاضين. إن استقلالية واحترام المحاكم والقضاة والاستقامة والصرامة والتجرد والكياسة وحسن معاملة الزملاء، واجبات مؤكدة حتمية عليه، يجب عليه أن يقدم لموكله كل مساعدة من معلوماته وإمكانياته، ويجب أن يسلك في كل مكان، وفي سائر الظروف سلوك المساعد الوفي الكريم في خدمة العدالة، ويجب عليه أن يكتف سر المهنة. وانظر كذلك: المادة ٧٩ من نفس القانون: يمنع المحامي من إبلاغ الغير عن أية معلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه، والدخول في صراع يخص تلك القضية، وفي كل الحالات عليه أن يحافظ على أسرار موكله.

(٦٥) انظر أيضاً: المادة ٥٩ من النظام الداخلي، حيث جاء فيها: "يجب على المحامي الالتزام بدقة الواجبات التي تفرضها عليه القوانين والتنظيمات وكذا التقاليد وأعراف نقابة المحامين تجاه القضاة وزملائه وموكليه، إن الاستقامة والمهارة والاستقلالية والشرف، واجبات مؤكدة حتمية عليه.

(٦٦) A.Tunc, Ebauche du droit des contrats professionnels, p.148. où il dit: «Le droit des contrats professionnels subit très fortement l'influence de deux sources de droit qui n'influent pas sur le droit des contrats occasionnels... il s'agit d'usages et du droit corporatif.»

وإذا كان العُرف يُحدّد بدقّة مضمون التزامات المحامي المهنية، بحيث يُصبح مع ذلك على المحامي الامتثال لها حتّى لا يقع في الخطأ، فإنّه ينبغي الإشارة إلى أنّ النّظام الدّخلي لمهنة المحاماة قنّن هذا العرف وجعل منه قواعد قانونية مكتوبة محدّدة بدقّة، يتوجّب على المحامي التّقيد بها اتّقاء الوقوع في الخطأ.

ومن هنا أصبحت قواعد النّظام الدّخلي للمحاماة، زيادة عن القانون الطّائفي الخاصّ بمهنة المحاماة، يُحدّدان التزامات المحامين، ليس فقط تجاه الرّبائن، بل تجاه باقي الرّملاء من المحامين الآخرين وتجاه هيئة القضاة أيضاً.

من هذا المنطلق يُمكننا الوقوف على ملحوظة مهمّة، وهي أنّ الإرادة التعاقدية في مجال مهنة المحاماة، لا تكفي وحدها لتحديد مضمون التزامات المحامي، لأنّ التزامات هذا الأخير تتّصل بالمهنة بحدّ ذاتها، والمهنة تتّصل بالصّالح العام اتّصالاً مباشراً، ممّا يجعل إثارة فكرة النّظام العامّ، مسألة ضرورية، وهذا ما يُبرّر كون قواعد التّنظيم الدّخلي لمهنة المحاماة وقانون المحاماة، قواعد قانونية أمرّة، ممّا يؤكّد الطّابع المهني لهذه الالتزامات من جهة، وممّا ينفي أن يكون العقد مصدراً مباشراً ووحيداً لهذه الالتزامات من جهة أخرى.

والتّدليل على هذا القول ليس أمراً عسيراً، إذ أنّ التزام المحامي بالأمانة، والنّزاهة في أداء مهامه، والصّدق والمحافظة على سرّ الرّبون، قائمة بنصوص واردة في هذه القوانين والأنظمة، وينبغي احترامها والالتزام بها، سواء ذُكرت في بنود العقد أو لم تُذكر فيه^(٦٧).

كما أنّه ليس من حقّ الأطراف - المحامي والرّبون - تعديل تلك الالتزامات المنصوص عليها في هذا القانون المهني للمحاماة أو هذا النّظام الدّخلي لمهنته، سواء بالزيادة أو النّقصان. ومن هنا ليس من حقّ الرّبون أن يشترط على المحامي أن يحصل له على البراءة في قضية ما^(٦٨)، كما أنّه ليس من حقّ المحامي أن يشترط على رّبونه بذل عناية أقلّ أو أدنى من عناية المهني الحريص على عمله، وفي حالة وجودها في بند من بنود العقد، يكون هذا البند لاغياً وعديم القيمة القانونية.

(٦٧) راجع: المواد ٧٦ وما بعدها من القانون ٠٤/٩١ المتعلق بمهنة المحاماة، وكذا المواد ٦١ وما بعدها والمادة ٦٥. وانظر: المادة ٨٠ وما بعدها من النّظام الدّخلي لمهنة المحاماة.

(٦٨) Cas. Ass. Plen., 14 mars 1971, bull. civ. Ass. Plen, p.93. «Il ne dérange pas à gagner le procès et ne contracte aucune obligation quant au résultat judiciaire à obtenir».

ثمّ أليس القول أنّ التزامات المحامي، لا يُنشئها العقد، تُبرهن عليها تلك الحالة التي لا يكون فيها للعقد أيّ وجود بين الطرفين، ومع ذلك تقوم التزامات المحامي ذاتها تجاه العميل الذي يُدافع عنه، كما لو تمّ تعيين المحامي في إطار المساعدة القضائية وبدون أتعاب^(٦٩)؟

إنّه من الغباء والطّيش إنكار وجود عقد بين المحامي وزبونه في الحالات التي يتفقان فيها على التمثيل والدّفاع، لكن ينبغي تحديد حقيقة الدور الذي يقوم به هذا العقد، وتبيان النطاق الذي يدور في فلكه هذا الاتفاق.

يُلاحظ المرء أنّ أغلب التزامات المحامي، سواء تجاه الزبائن أو تجاه باقي المحامين أو حتّى تجاه القضاة، تجد مصدرها الحقيقي في الأعراف المهنية المدوّنة في النظام الداخلي، وكذلك في القانون الخاصّ بمهنة المحاماة، فلهذا المصدر أهميّة لا يُنكرها أحد، فهو الذي يُحدّد مضمون الالتزامات ويبيّن القواعد الإجرائية المطلوب اتّباعها في دعاوى التّعويض، حيث يصير الاتفاق قائماً على القول بأنّ العرف والقانون الخاصّ بالمحاماة، يقضي في هذه الحالة أو تلك، بالتصرّف على الوجه المعين وبالطريقة المسطرة فيهما، وإذا فعل ذلك المحامي فإنّه لا يكون قد ارتكب أيّ خطأ يُذكر، ومن هنا تُصبح هذه القواعد تخذ من الدور الذي تلعبه الالتزامات التعاقدية وتحديد مضمونها ونطاقها أيضاً، لأنّ قواعد النظام الداخلي للمحامين وقواعد قانون المحاماة، قواعد أمرّة، تقبّع تحت سلطان النظام العام^(٧٠).

ومن جهة أخرى فإنّ عدم اشتراط الزبّون لبعض الالتزامات على المحامي في العقد الذي يُبرمه معه، لا يعفي هذا الأخير منها، ذلك أنّ المحامي يلتزم بالنزاهة، والأمانة، والصّدق والمحافظة على أسرار العميل، سواء تمّ التنصيص على ذلك في العقد أو لم يتمّ ذلك^(٧١).

وخلاصة القول أنّ ما يلتزم به المحامي في مواجهة زبونه، ويُسمى التزامات تعاقدية، هي في حقيقة الأمر التزامات مهنية تنشأ من قواعد أخلاقيات مهنة المحاماة، وهو ما يصبغ مسؤولية المحامي بصبغة المسؤولية المهنية لا المسؤولية العقدية، لأنّ

(٦٩) راجع: المادة ٧٧ من القانون ٩١/٠٤ المتعلق بمهنة المحاماة، والمادة ٤٥ من النظام الداخلي لمهنة المحاماة.

(٧٠) Cas. Civ., 24 juin 1987, J.C.L. éd G., 1997.11.22970, Note E.DE RUSQUEC.

(٧١) P.MICHAUD, Les avocats sont- ils des canards de foire?, En route vers l'acte d'avocat. Gaz.Pal., 1997, I, p.716.

الإخلال بتلك الالتزامات يُعدُّ إخلالاً بواجبات فرضتها الأنظمة والقوانين الخاصة بمهنة المحاماة^(٧٢).

ويترتب على ما سبق ذكره، أنَّ الإخلال بقواعد مهنة المحاماة، تُمثِّلُ إخلالاً بالتزام سابق، وهذا الإخلال يُشكِّلُ خطأ، وهذا الخطأ يُثير نوعين من المسؤولية تجاه المحامي، أولها: مسؤولية تأديبية أمام المجلس التأديبي للمحامين^(٧٣)، وثانيها: مسؤولية مدنية مرتبطة بالتعويض أمام القضاء المدني.

والمتنبَّع للكتابات الفقهية في مجال مسؤولية المهنيين^(٧٤)، يصل إلى خلاصة مفادها أنَّ الرأْي عند هؤلاء أنَّهم يعتبرون قواعد أخلاقيات المهنة مصدراً للالتزامات، ومعياراً لتقدير الخطأ^(٧٥)، وحتى سبباً للإعفاء من المسؤولية، ذلك أنَّ الامتثال للتقنين المهني أو الطائفي، أو تقنين المحاماة في حالتنا هذه، يُمثِّلُ سبباً يعفي المحامي من الخضوع للالتزامات المدنية المناقضة والمتضاربة مع هذا التقنين، والمحاكم المدنية عليها أن تُسَلِّمَ بهذا الإعفاء، باعتباره يُمثِّلُ صورة لفعل الأمير (Le fait de prince)^(٧٦).

أمَّا القضاء، فإنَّه لم يلبث أن أعطى أهمية بالغة لقواعد أخلاقيات المهنة، في مجال المسؤولية المدنية، ففي حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣٠/١٠/١٩٩٥م، اعتبرت أنَّ قضاة الموضوع قد أصابوا صحيح القانون عندما قرَّروا أنَّ الاستقلال المهني الذي تتمتع به القابلات في قيامهن بعملهن، بمقتضى المادة ١٠ من قانون مهنة القابلات، يجعل الطاعة تتحمَّل شخصياً مسؤولية ما يصدر عنها من أخطاء^(٧٧).

أمَّا المحكمة العليا في الجزائر فقد قضت بتاريخ ٢١/٠٥/٢٠٠٨م^(٧٨) في حكم

(٧٢) Cas. Civ., 23 mai 2000, J.C.P., éd. G.2000.11.10400, note de R. Martin.

(٧٣) راجع: المادة ٥٠ من القانون ٠٤/٩١ المتعلق بمهنة المحاماة، حيث جاء فيها: "دون الإخلال بالعقوبات الجزائية والمسؤولية المدنية، فإن كل مخالفة للقوانين والتنظيمات، وكل انتهاك للقواعد المهنية، تعرض المحامي المرتكب لذلك إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في المادة ٤٩ من هذا القانون". وانظر كذلك: المادة ١٢٣ وما بعدها من النظام الداخلي للمحاماة.

(٧٤) G.VINEY, Op. Cit., n255. A.Tunc, La responsabilité civ., Ed. économique, 1981, p.10. (٧٥) R.et J.SAVETIER, Aubry et Pequignot, Traité de droit médical, Op. Cit., p.18.

(٧٥) راجع: مؤلفنا، د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص ٨ و ١٥٧.

(٧٦) A.Tunc, Ebauche du droit des contrats professionnels, p.152

(٧٧) Cas. Civ., 30 oct. 1995, J.C.P., 1996.I.3944, Chro. sur la responsabilité civ. Par G.Viney, p.266.

(٧٨) راجع: قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ ٢١/٠٥/٢٠٠٨، مجلة المحكمة العليا، سنة ٢٠٠٩، عدد ٠١، ص ١١٧.

لها بقولها أنَّ المحامي إذا لم يكن ملزماً بتحقيق نتيجة، فهو ملزم ببذل كل ما في وسعه من مجهودات ووسائل للدفاع عن مصالح الزبون، وبالتالي فإنَّ المحامي الذي لم يبذل العناية الكافية في متابعة القضايا الموكلة له من طرف زبونه، الشيء الذي أدَّى به إلى عدم توخِّي الدقة في البيانات المقدَّمة له من طرف زبونه، وذكرها بصورة مغلوطة في ديباجة عريضة الاستئناف، ممَّا يدلُّ على إهمال المحامي، إذ كان لزاماً عليه مراقبة مدى تطابق البيانات بين الحكم الابتدائي، ومحضر التبليغ وعريضة الاستئناف، حتَّى لا يقع في خطأ متعلِّق ببيان جوهرى متمثِّل في عدم صكَّة عنوان الخصم، ممَّا أدَّى إلى صدور قرار غيابي، وإطالة الإجراءات، ثمَّ لرفع شكوى ضده بتزوير العنوان، فالتصرَّف على هذا النحو، في غياب الجديَّة والعناية اللازمة، يُشكِّل خطأً مدنياً يُقيم مسؤولية المحامي على أساس تعاقدى بينه وبين زبونه، وبالتالي يلتزم بتعويضه.

علماً وأنَّ المحامي المدعى عليه قد دفع بأنَّ الخطأ الذي وقع فيه، والمتعلِّق برقم عنوان الخصم، وذكره لرقم ٠٧ بدلا من ٠٦ لا يعدو أن يكون خطأً مادياً يقع فيه النَّاس العاديون، ويتمَّ تصحيحه بإجراءات بسيطة، غير أنَّ قضاة مجلس قضاء الجزائر في قرارهم المؤرَّخ في ٢٨/٠٥/٢٠٠٥م رؤوا عكس ذلك، وأيدتهم المحكمة العليا فيما ذهبوا إليه، ولعلَّ السَّبب في ذلك هو أنَّ المحامي ليس رجلاً عادياً، بل صاحب مهنة وتخصَّص، وأنَّ المعيار الذي يُقاس به خطؤه هو معيار المحامي الحريص، وليس معيار الرَّجل العادي.

ومن هذا المنطلق ينبغي الإشارة إلى أنَّ الأخذ بفكرة الواجب المهني، يُسهِّل القول بقيام المسؤولية المهنية، لا على أساس الخطأ المدني الذي يُقاس بمعيار ربِّ الأسرة العادي، كما هو في المسؤولية العقدية، أو بمعيار السلوك المألوف للرَّجل العادي، كما في المسؤولية التقصيرية، ولكن على أساس الخطأ المهني، الذي يُقاس بمعيار المهني الحريص من نفس الطائفة والدرجة التي ينتمي إليها مُحدث الضرر. فخطأ المحامي يُقاس ويُقدَّر عن طريق قياس سلوكه بسلوك محام آخر من نفس الدرجة والخبرة، فيتوخَّد بهذا معيار الخطأ في المسؤولية المهنية، دون النَّظر إلى طبيعة العلاقة التي تربط هذا المهني، وهو المحامي، بمن يتلقَّى خدماته^(٧٩). ومن هنا تتولَّد المسؤولية المدنية المهنية الواضحة للمهني التي تضمن الحرية للجميع^(٨٠)، وتُصبغ بعض الصَّرامة على مسؤولية المهنيين المحترفين.

P.Serlouten, Op. Cit., p.819.

(٧٩)

PH.Delbec, Obligation de Mandataire, Revue générale de droit. Justice, n05, 1997, p.65. où il écrit «une responsabilité claire mais mesurée est un gage de liberté».

(٨٠)

بقي في الأخير أن نعرّج على نقطة نحسب أنّ لها أهميّة بالغة في موضوع المسؤولية، ألا وهي حصانة المحامي.

الفرع الثاني

حصانة المحامي وأثرها على المسؤولية المهنية

جاءت المادّة ٩١ من قانون المحاماة تنصّ على أنّ المحامي يستفيد بمناسبة ممارسة عمله، وبخصوص مهامه، بحماية العلاقات ذات الطابع السري القائمة بينه وبين موكله... لا يُمكن متابعة محام في الجلسة لأفعاله وتصريحاته ومحرّراته في إطار المناقشة والمرافعة، وفي حالة حادث مع قاضٍ تُطبّق أحكام المادّة ٣١ من قانون الإجراءات المدنية^(٨١).

يتّضح من هذا النصّ أنّ حقّ الدّفاع حقّ مقدّس، فلا يُسأل المحامي عن مرافعاته الشّفهية وعرائضه الكتابية، ما لم يتجاوز حقوق وحدود الدّفاع، وعليه فالمحامي المكلف بالدّفاع عن قضية عالقة أمام القضاء، إذا كانت بحوزته معلومات، أو مستندات، أو دلائل أو حتّى قرائن، وكانت تطلّال الغير، وكان التّعريض لها، له تأثير على نتيجة النزاع، فإنّه يستطيع تقديمها أو الإدلاء بها، ولا تنهض مسؤوليته المدنية، لأنّه ببساطة، وإن يكن قد ارتكب خطأ، فإنّ هذا الخطأ لا يُعتدّ به، وتمحوه حصانته، لأنّ القانون والعرف المهني للمحاماة أعفى المحامي من المسؤولية عندما يكون السّلك الذي أتى به مرتبطاً بموضوع الدّعوى المطروحة على الجهة القضائية للفصل فيها^(٨٢)، وهذه الحصانة معترف بها أمام جميع الهيئات القضائية، والإدارية والتأديبية

(٨١) تنص المادة ٣١ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "الجلسات علنية، ضبط الجلسة منوط بالقاضي، الخصوم ملزمون بأن يشرحوا دعواهم في هدوء وأن يحافظوا على الاحترام الواجب للعدالة، فإن أخلوا، فللقاضي أن يلفت نظرهم وينذرهم أولاً، فإذا لم يمتثلوا وعادوا إلى إخلالهم جاز الحكم عليهم بغرامة مدنية لا تتجاوز مائة دينار، ويجوز للقاضي دائماً أن يخرج من قاعة الجلسة كل من يخل من الخصوم أو وكلائهم أو أي شخص آخر. وفي حالة إهانة القاضي أو الإخلال بالاحترام الواجب له، من قبل المحامي، يحرر تقرير بذلك من القاضي إلى وزارة العدل التي تشعر به اللجنة المختلطة للطعون في أقرب أجل. وفي انتظار صدور مقرر اللجنة المختلطة للطعون يهتم نقيب المحامين بمصالح المتقاضين، وينبغي على المحامي الانسحاب من الجلسة.

Voir aussi: Benmansour Benali (Bâtonnier), Les acquis de la défense à travers les textes, In revue El Houdja, Revue périodique de l'ordre des avocats de Tlemcen, p.11.

(٨٢) أ. مولاي ملياني بغدادي، المحاماة في الجزائر، المرجع السابق، ج ٢، ص ٤١٦.

التي يُمكن للمحامي التّرافع أمامها^(٨٣)، لأنّ البحث عن الحقيقة وتحقيق العدل هو الأهمّ من جميع المسائل الأخرى، ثمّ أنّه لا يُمكن وضع مركز المحامي المدافع في مستوى واحد مع مصالح هذا الغير التي قد تُمسّ كرامته أو سمعته^(٨٤).

الفرع الثالث

تأثير احترام المحامي على مسؤوليته

في إطار المهن الفنية هناك مستويات وفئات، حتّى في نفس المهنة الواحدة، لكلّ منها معيارها الفنّي. فالطبيب العادي يختلف في سلوكه وفي ممارسة عمله الفنّي عن مسلك الطبيب الاختصاصي، وبالتالي فإنّ تقدير خطئه يختلف عنه أيضاً. كذلك الأمر بالنسبة للمحامي، لا مانع من اعتماد معيار خاصّ لكلّ فئة من المهنيين يتمثّل في الشّخص الفنّي من أواسط أصحاب المهنة من ذات الفئة، هذا من حيث المبدأ، وقد سبق وأنّ أشرنا إلى أنّ المعيار بالنسبة للمحامي هو معيار المحامي المتبصّر المتيقّظ وليس معيار المحامي العادي.

وهكذا يكون معيار الخطأ المهني للمحامي المتدرّب هو غير معيار خطأ المحامي الأصيل، هذا الأخير الذي يُقاس سلوكه بسلوك محام متيقّظ ومتبصّر من فئته. وتجدر الإشارة أنّه ليست هناك ميزة للمهني تجاه غير المهني، إنّما معايير المقارنة مختلفة بينهما، فبينما يُقارن سلوك الرّجل العادي غير المتمهّن بسلوك أوسط النّاس حرصاً وحذراً، يُقارن سلوك المحامي بسلوك زميله المتيقّظ والمتبصّر في ظرفه. وبقدر ما تُرفع درجة تخصّص المحامي بقدر ما تُقارن سلوكه مع سلوك من يُوازيه في اختصاصه علماً، ودراية، وتبصّراً وحذراً^(٨٥).

Caen, 17 mars 1988, D.1989.2, p.92.

(٨٣)

Alger, 23 nov. 1901, D.1903.5.583.

(٨٤)

وراجع أيضاً: د. عبده جميل غصوب، مسؤولية المحامي المهنية المدنية بين النظرية والتطبيق، المجموعة المتخصصة في المسؤولية، ج ٢، ص ١٢٩.

(٨٥) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني: المسؤولية المدنية، مؤسسة بحسون، ١٩٩٦، ص ٢٨٣. ويعتبر الدكتور عبد الطيف الحسيني أنّ معيار الخطأ المهني يتمثّل في سلوك الفني المألوف والمعتبر من أوساط رجال مهنته الفنية علماً وكفاءة وبقظة وعناية، والذي تقتضيه الأصول الفنية المستقرة لمهنته، والخروج عليه يشكل انحرافاً عن هذا المعيار، والانحراف عن هذا المعيار يعتبر خطأ مهنيّاً. عبد اللطيف الحسني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مرجع سابق، ص ٧٩.

إنَّ المحامين آخذون في التَّخصُّص، كل منهم في فرع معيَّن أو بعض فروع القانون، وتُقدَّر مسؤوليتهم بصورة أشدَّ في القضايا الدَّاخلية في نطاق تخصُّصهم، ممَّا هي عليه في القضايا الخارجة عن هذا النُّطاق. ففي قضيَّة تتعلَّق بنزع الملكية للمنفعة العامَّة، وهي ذات طابع فنيٍّ معقَّد، اعتدَّ القضاء الفرنسي، للحكم بمسؤولية المحامي، بادِّعاء هذا الأخير بأنَّه متمرَّس جدًّا في القضايا العقارية المتعلِّقة بالملكية^(٨٦). إذ قال القضاء بأنَّ العمل المطلوب من هذا المحامي كان يدخل في حيِّز اختصاصه دون سواه، فقُدِّرت مسؤوليته بصورة أشدَّ عن الحالات المألوفة والعادية للمسؤولية.

إنَّ مسؤولية المحامي لا تترتَّب بصورة آليَّة ومطلقة، بحيث يُستبعد اللُّجوء إلى مقياس واقعي، بل إنَّ تقدير سلوك المحامي يخضع لاعتبارات مختلفة^(٨٧)، فالعناية التي تُطلَب منه لا تكون هي نفسها فيما إذا كان المتعامل معه أيضًا رجل قانون، أو كان عالمًا بالأمور القانونية^(٨٨).

(٨٦) Cour de Paris, 1ère Ch., 10 jan. 1977. Cité par Y.Avril, La responsabilité de l'avocat, p.32.

(٨٧) Cass. Ass. Plén, 13 avril 2007, N°06-19-533, Juris Data, N°2007, J.C.P. 2007. 211.

(٨٨) M.L..Demester, Avocat-Responsabilité, 2009, p.14.

المبحث الثاني

عناصر مسؤولية المحامي والتعويض عنها

عناصر وأركان المسؤولية العقدية مماثلة لعناصر وأركان المسؤولية التقصيرية، سواء فيما يتطلبه قيام أيهما من وجوب توافر الخطأ (مطلب أول)، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر (مطلب ثان).

المطلب الأول

خطأ المحامي

الفرع الأول

تطور مفهوم الخطأ

إنّ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، قد مرّ بمراحل مختلفة ومتعددة، إذ أنّ المسؤولية المدنية في بدايتها كانت مستقلة عن فكرة الخطأ، واكتفت في قيامها بفكرة الضرر الذي يُصيب المضرور، ثم بعد ذلك أصبح يُشترط خطأ المتسبب في الضرر لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذي سببه لغيره^(٨٩). بيد أنّ ربط المسؤولية بالخطأ أبان عدم كفايته في حماية مصالح المضرورين، ممّا دفع بالمناداة إلى العودة مرّة أخرى إلى ربط المسؤولية المدنية بالضرر، مع وضع بعض الضوابط التي تؤدي إلى حماية حقوق الطرفين، المضرور والفاعل الذي تسبب في وقوع الضرر. وهذا يجزنا إلى القول بأنّ الوضع الحالي للمسؤولية المدنية لم يتقرّر دفعة واحدة، إنّما مرّت هذه المسؤولية بعدّة مراحل حتّى وصلت إلى وضعها الحالي.

أ - مرحلة اندماج المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية:

عند المجتمعات القديمة والبدائية، كانت المسؤولية المدنية مرتبطة بالمسؤولية الجنائية، لكون هذه المجتمعات لم تعرف تنظيماً مستقلاً للمسؤوليتين، ممّا أدّى إلى اختلاط فكرة التعويض المدني بفكرة العقوبة الجنائية^(٩٠). وقد أدّى هذا الوضع إلى ظهور ظاهرة التآر، حيث كان للمعتدى عليه الحقّ في أن يُوقع نفس الضرر الذي أصابه على المعتدي كوسيلة لردّ الخطأ، وتجلّى ذلك بوضوح في قاعدة القصاص التي

(٨٩) د. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، ٢٠١١، ص ٢٧.

(٩٠) د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، ١٩٦٨، ص ٤١٠.

عُرفت بـ (Lex Talionis)، أي العين بالعين والسِّن بالسِّن، ثم تطوّرت الفكرة إلى فكرة الغدية أو الدية لتحل محلّ القصاص، حيث كان الفاعل يفتدي نفسه مقابل دفع مبلغ من المال إلى المضرور، ولكنّ هذا الوضع تراجع مع بداية ظهور بوادر الدولة، وبدأت المسؤولية المدنية تنفصل عن المسؤولية الجنائية، وتختصّ بأحكام خاصّة بها. وكان لظهور قانون "أكيليا"، الأثر البالغ في محاولة وضع مبدأ أحكام المسؤولية المدنية التّقصيرية^(٩١)، ولم يُظهر القانون الرّوماني حتّى هذا الوقت، الخطأ كشرط من شروط المسؤولية المدنية، بل كان الاهتمام منصّباً على الضّرر فحسب. وهكذا تطوّر الوضع شيئاً فشيئاً إلى أن صاغ القانون المدني الفرنسي مسألة المسؤولية المدنية في المادتين ١٣٨٢-١٣٨٣^(٩٢) المقابلة للمادة ١٢٤ من القانون المدني الجزائري التي تُقرّر المبدأ العامّ في المسؤولية المدنية.

ب - مرحلة ارتباط المسؤولية المدنية بالخطأ:

إنّ استخلاص وضع مبدأ عامّ للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، لم يتمّ إلّا في ظلّ القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه - دوماً -، مع العلم أنّ القانون الرّوماني، وإن لم يعترف بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بصورة واضحة، فإنّه قد اهتم ببعض الأفكار المتّصلة بمسألة الخطأ، مثل سوء النية، الغشّ والإهمال. ولعلّ الملاحظ يقف عند تلك الحالات أو الصّور الخاصّة للمسؤولية المدنية التي جاءت بها المادتان ١٣٨٤ و ١٣٨٦، وهما النّصّان اللّذان تُقابلهما في القانون الجزائري المادتان ١٣٤ و ١٤٠ وما بعدهما، التي تُقرّر المسؤولية على أساس الخطأ المنسوب إلى الشّخص بناء على تقصيره في رقابة الغير أو إهمال في حراسة الشّيء^(٩٣).

ولعلّ وراء إقرار فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية أسباب أدبية أوّلاً، ومنطقية ثانياً. أمّا السّبب الأدبي فمفاده أنّ الشّخص يتوجّب عليه أن يدفع تعويضاً عن الضّرر الذي تسبّب فيه بخطئه للغير، وهذا ما تقتضيه قواعد العدالة، وعلى العكس من ذلك، فإنّه من غير المقبول أدبياً أن نُطالب بتعويض الأضرار التي لا علاقة لنا بها.

(٩١) د. رمسيس بنهام، المسؤولية المدنية بدون خطأ في القانون الخاص والقانون العام، رسالة دكتوراه، ص ١١.

(٩٢) J. Pierre CHIFFAUT-MOLIARD, Responsabilité de l'avocat en cas de moyen de défense inopérant, Profession Avocat, Le magazine, Mai-juin 2008, N°03, p. 38 et 39.

(٩٣) د. حمدي عبد الرحمان غو، نظرة جديدة إلى مدخل الدراسة القانونية المقارنة، ص ٢٩.

أمّا السبب المنطقي فمؤداه أنّ الشّخص يُسأل عن الضّرر الذي نتج عن خطئه، ومن المنطق أن لا يُسأل عن ضرر لم يتسبّب فيه بخطئه هو^(٩٤).

ج - تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية:

شهدت أوروبا والعالم أجمع طفرة غير مسبوقة في التّقدّم الصّناعي، وانتشاراً كبيراً في استخدام الآلات المعقّدة والمعدّات المتطوّرة على اختلاف أنواعها، ممّا نتج عنه زيادة في حوادث العمل النّاتجة عن مخاطر هذا التّقدّم التّكنولوجي والصّناعي. فظهرت عدم عدالة قاعدة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، لأنّها أصبحت حاجزاً صعباً لا يُمكن تخطّيه إلّا بشقّ الأنفس في وجه المضرورين، ممّا حال بينهم وبين حصولهم على تعويض الأضرار التي لحقت بهم من جرّاء هذا التّطوّر المريع لعالم الصّناعة، فأثّر يتأتّى لهم إثبات خطأ نجم عن تشغيل آلة أو استعمال معدّات جدّ متطورة!

فاتّجه الفقه ومعه القضاء إلى البحث عن قاعدة تكون أخفّ وطأة من قاعدة الخطأ، فاهتديا إلى فكرة الضّرر، إذ تقرّر التعويض عن كلّ نشاط خطر يؤدّي بالحقّ الضّرر بالغير، حتّى ولو لم يُصاحب ذلك النّشاط أيّ خطأ من المسؤول، بل ولو كان ذلك الضّرر مردّه إلى خطأ من المصاب نفسه، أو بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ^(٩٥). وممّا ساعد على تقبّل هذا الفكر الجديد في المسؤولية، هو انتشار المذهب الاجتماعي واتّساع الأفكار الاشتراكية من جهة، وظهور نظام التّأمين وانتشاره بين أرباب العمل من جهة أخرى^(٩٦).

وبناء على التّوجيهات السّالفة الذّكر، توجّه القضاء إلى التّوسع في الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق أرباب العمل حتّى يُسهّل إثبات خطأ ربّ العمل، وكان من شأن هذا المنحى أن سهّل عبء الإثبات على المدّعي المضرور، مع وجوب إثبات تقصير المدّعي عليه في واجبه والتزامه، ولكنّ ذلك كان يُضيق على المضرورين حقوقهم في الحصول على التّعويضات، فلجأ القضاء مرّة أخرى إلى وسيلة مغايرة

(٩٤) د. عبد الحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور التأمين في المسؤولية، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٣، ص ٦٦.

(٩٥) د. وديع فرج، الاتجاه الحديث في العقد والمسؤولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، رقم ١٥، ص ١٢٢.

(٩٦) د. ولهاسي سمية بدر البدر، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٣١٢.

لتسهيل قيام المسؤولية المدنية، وهي التوسع في الأخذ بالمسؤولية العقدية، بحيث تتحقق هذه المسؤولية، سواء أحجم المدين عن تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً، وفي كلتا الحالتين، يكون المدعى عليه مخطئاً، وليس على المدعي إثبات هذا الخطأ، بل يكفي إثبات وجود الرابطة العقدية معه فحسب^(٩٧). ثم تطوّر الوضع إلى أن نادى بعض الفقه بفكرة ضمان السلامة في مجال العمل والنقل^(٩٨). ثم تقدّم الأمر بعد ذلك إلى أن اتّجه الفقه إلى قواعد الافتراض، بحيث شبّهوا الآلات التي ينجرّ عنها الضرر بالمباني، بحيث اشترطوا إثبات عيب فيها لتقرير مسؤولية مالكيها، ولكن ظهر أنّ إثبات العيب في الآلة لا يقلّ صعوبة عن إثبات الخطأ في جانب ربّ العمل أو المهني.

وينبغي الملاحظة إلى أنّ هذا التطوّر بلغ مداه في قانون ١٥/٧٤ الخاصّ بتعويض ضحايا حوادث المرور المعدّل بالقانون ٣١/٨٨^(٩٩). فقد أدّى صدور هذا القانون إلى تقرير حماية كبيرة للضحايا، حيث أصبح الشرط الوحيد للمسؤولية هو مساهمة المركبة في الحادث، ولم يعد المضرور بحاجة إلى إثبات إهمال أو عدم تبصّر الشخص المسؤول عن الشّيء، ولم يعد بإمكان هذا الأخير التخلّص من المسؤولية إلّا إذا أثبت أنّ الضرر راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، وهو إثبات شاقّ وصعب.

كما أنّ القانون المدني في تعديله الأخير أورد نصّ المادّة ١٤٠/٠١ الذي يمثّله نصّ المادّة ١٣٨٦/١٥-١ من القانون المدني الفرنسي التي قضت بمنع التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية المدنية للمهني المحترف، وهذا الحظر يشمل كلّ شرط من شأنه أن يؤثّر في حقّ المضرور في الحصول على تعويض، بأيّ شكل من الأشكال^(١٠٠).

هذا وقد جاء قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ لسنة ٢٠٠٩ متضمّناً نصّواً

(٩٧) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: المسؤولية المدنية، ١٩٨٨، ص ١١٥.

(٩٨) د. محمود جمال الدين زكي، ضمان أخطار المهنة في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، رقم ٣٥، ص ٢٠.

(٩٩) بمقتضى هذا القانون تم استبعاد فكرة الخطأ كلية من المسؤولية المدنية وحلت محلها فكرة المخاطر بحيث إن هذا القانون أقرّ أحقية المتضرر جسمانياً في التعويض، ولو كان هو المتسبب في الحادث إذا كان العجز يزيد عن ٥٠٪. لمزيد من التفصيل راجع: أ. يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور. دار هومة، ٢٠٠٥، ص ٤٥.

(١٠٠) عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص ٢٦٧.

أمره تضع التزامات على عاتق المدين المحترف^(١٠١) وتزيد من مسؤوليته تجاه المتعاملين معه.

والحقيقة التي لا يختلف عليها المشتغلون في حقل القانون، هي صعوبة وضع تعريف جامع مانع للخطأ، غير أن ذلك لم يمنع المشرع من النص في المادة ١٢٤ من القانون المدني على أن الخطأ الذي يُسبب ضرراً للغير، يلتزم مرتكبه بالتعويض.

ونحن إذ نسوق هذا الكلام العام حول ركن الخطأ في المسؤولية، إنما مرد ذلك أن المشرع الجزائري لم يخص مسؤولية المحامي المدنية بأي مقتضى خاص، مما يجعل من القواعد العامة، لا تتنافى حتماً مع مفهوم الخطأ المهني، علماً بأن خطأ المحامي كخطأ الطبيب، يتميز ببعض المميزات الخاصة به.

الفرع الثاني مفهوم خطأ المحامي

ينشأ خطأ المحامي المهني كلما وقع إخلال بالالتزامات المهنية التي تُرتبها عليه التزاماته ببذل العناية المؤكدة، أو التزاماته بتحقيق نتيجة، كما هو الشأن في بعض الفروض^(١٠٢). ومسؤولية المحامي لا تقوم إلا إذا ارتكب هذا الأخير خطأ أو إهمالاً^(١٠٣) في ممارسة المهنة، وهو أمر متفق عليه قانوناً وقضاء، إذ إنه وفقاً لقانون المحاماة في الجزائر يُسأل المحامي عن إهماله وخطئه المرتكب من طرفه خلال ممارسة مهامه، وإلى هذا أشارت المادة ٧٦ من قانون المحاماة، حيث جاء فيها: "يجب على المحامي أن يُراعي بصرامة الواجبات والالتزامات التي تفرضها عليه القوانين والتقاليد والعادات المهنية تجاه القضاة وزملائه والمتقاضين. إن استقلالية واحترام المحاكم والقضاة والاستقامة والصرامة والتجرد والكياسة وحسن معاملة الزملاء، واجبات مؤكدة حتمية عليه، يجب عليه أن يُقدم لموكله كل مساعدة من معلوماته وإمكانياته، ويجب أن يسلك في كل مكان، وفي سائر الظروف سلوك المساعد الوفي الكريم في خدمة العدالة، ويجب عليه أن يكتف سر المهنة".

(١٠١) راجع: القانون ٠٣/٠٩ المؤرخ في ٢٥/٠٢/٢٠٠٩ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٩.

(١٠٢) Voir P. ESTOUPPE, Sur le rôle de la plaidoirie et la responsabilité de l'avocat, (١٠٢) Gaz. Pal., 1988, 2. Doctr..768.

(١٠٣) راجع: الفرق بين الخطأ والإهمال. د. ياسر الحويش. الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص١٤٢. حيث يقول أن الخطأ يكون دائماً عمدياً، أما الإهمال فيكون غير عمدي.

وعليه فالخطأ المهني الذي يرتكبه المحامي، هو كل إخلال بالتزام سابق، عقدي أو قانوني، لا يرتكبه محام آخر متبصر وحريص إذا وُجد في مثل الظروف التي وُجد فيها المحامي مرتكب الضرر، فهو يُشكّل خروجاً من المحامي على تنفيذ التزاماته المهنية، التي يتوجب عليه القيام بها ببذل العناية والاهتمام اللّازمين، اللّذين تشترطهما أصول مهنة المحاماة، ومقتضيات ممارستها وقواعد تنظيمها.

ومع ذلك فإنّ هذا لا يعني بالضرورة أنّ أيّ فشل لمساعي المحامي وخسارة دعواه، يُشكّل خطأ يوجب مسؤوليته، فدعاوى المتقاضين تحتل الرّبح أو النّجاح، وتحتل الخسارة أو الفشل، نظراً للمخاطر والصّعوبات غير المتوقّعة التي تُصاحب العمل القانوني الذي يتولّى الإشراف عليه وتوجيهه المحامي^(١٠٤).

وبناء على ما تقدّم، فإنّنا نعتقد بأنّ المحامي، باعتباره رجلاً مهنيّاً متخصصاً في مسائل الادّعاء، والمثول أمام المحاكم، ومراقبة حسن سير الإجراءات القانونية، عليه أن يسلك في ممارسة تلك المهام المنوطة به، مسلك المهني الحذر، الحنق، المتبصر واليقظ، وأن يتسلّح بالعناية، والاهتمام، والصّدق والإخلاص في أداء التزاماته القانونية والتّعاقدية، دون تقصير ولا تفريط، كما تقتضيه ذلك طبيعة مهنة المحاماة، وفق التّقاليد والأعراف المهنية الرّاسخة في الميدان العملي بين أصحاب الجبّة السوداء^(١٠٥)، وبالتالي الخطأ المهني للمحامي هو إخلال بالتزامات أثناء ممارسة مهمّة تكون من مهامه، وفقاً لما اتّفق عليه مع زبونه، وفي نظر القوانين، والأنظمة والأعراف المنظمة لمهنة المحاماة.

الفرع الثالث

تطبيقات وصور خطأ المحامي

أ - خطأ المحامي المترتب عن الإخلال بواجب الحيطة والحذر:

(Le manquement au devoir de prudence)

يتجلّى الإخلال بواجب الحذر من طرف المحامي، باعتباره خطأ من الأخطاء العمدية، إذا قام بفعل أو امتنع عن القيام بإجراء معيّن، مع عدم الاكتراث بالنتائج التي

(١٠٤) بلال عدنان بدر، المسؤولية المدنية للمحامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٣١.

(١٠٥) Cass. Civ., 27 novembre 2008, N°07-18-142. C.A.Paris, 16 avril 1996, Gaz. Pal., (١٠٥) 1996, 2.576, Note J.G.M.

يجزّها تصرفه وتتمخض عنه، أو تلك التي تقع بسبب امتناعه عن اتخاذ موقف أو فعل معيّن. والصّعوبة الأساسية التي تُصادف استظهار هذا النوع من الخطأ الإرادي تمكن في صعوبة تحديد معنى واجب الحذر أو معنى عدم الاكتراث.

ويذهب كلّ من الفقه والقضاء الأمريكي إلى أنّ عدم الاكتراث هو عدم قيام شخص بعمل معيّن أو امتناعه عن القيام بعمل ما، وهو غير مهتمّ بما إذا كان هذا الفعل أو هذا الامتناع يُشكّلان خرقاً لواجب ما، وغير مهتمّ بما قد ينتج عن هذا السلوك من نتائج قد تضرّ بالآخرين^(١٠٦). فعدم الاكتراث أو عدم الحذر لا يتطلب من المحامي توافر العلم الحقيقي أو الفعلي بأنّ فعله وامتناعه قد يؤدّيان إلى حصول أضرار محدّدة.

ومن هذا التّفسير سالف الذّكر يُمكن القول أنّ الإخلال بواجب الحذر أو عدم الاكتراث يتوافر بتوافر شروطه، وهي انصراف إرادة المحامي إلى إتيان الفعل المادي، وهو عدم الحذر، وأنّ يُشكّل هذا الفعل عليه خطراً غير معقول، أي خطراً لا تُبرّره الظروف والملايسات، وأنّ يدرك المحامي احتمال النّتيجة مع القيام بالفعل دون اكتراث منه بها.

ومن هذا المنطلق، يُمكننا القول أنّ واجب الحذر الذي يلتزم به المحامي يتمثّل في ألا يطعن في الحكم الذي قضى على موكله بعقوبة الإعدام، وهو مقتنع أنّه وقع خطأ قضائي ما، في فهم وتقدير وقائع الملفّ الموجود بين يديه، لأنّ كلّ المؤشّرات والدلائل، تدلّ بما لا يدع شكّاً، أنّ الحكم الصادر هذا، معرّض للنقض والإلغاء لو تمّ فحص الملفّ بالزّمانة والتّأني اللّازمين، ممّا قد يُنجي الزّبون من عقوبة شديدة المفعول، لا في نظر هذا الأخير، بل في نظر المجتمع قاطباً، وبالتالي فإنّ المحامي، في مثل هذه المواقف، لا ينبغي أن يتحلّى بعدم الاهتمام أو عدم الاكتراث، بل يجب أن يكون حذراً، حازماً، مُقيماً في أداء الواجب المنوط به المتمثّل في الدّفاع عن زبونه بجديّة وإخلاص، تفادياً للوقوع في خطأ مهني غير مغتفر^(١٠٧).

وسواء كان هذا الإخلال بواجب الحذر الذي يُشكّل خطأ مهنيّاً، تنهض على أساسه مسؤولية المحامي المدنية، والمتمثّل في استخفاف هذا الأخير بطلبات، ورغبات وتوجيهات الزّبون، أو سواء تصرف باسم زبون لم يُوكّله للقيام بالمهام التي يقوم بها

(١٠٦) راجع قرب هذا المعنى: بلال وفاء محمد، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٥، ص ٥١.

Cas. Civ., 02 avr. 1997, Bul. Civ. II, n95.

(١٠٧)

باسمه ولمصلحته، لأنّ الأعمال القانونية التي يقوم بها المحامي، لا تصحّ قانوناً إلاّ بالحصول على توكيل من الرّبون أو موافقته بعد التّعيين التلقائي في إطار المساعدة القضائية، فإنّ ذلك الإخلال بالواجب يُرتّب مسؤولية المحامي تجاه زبونه إذا حصل له من جرّاء ذلك ضرر ما^(١٠٨).

إن الإخلال بواجب الحيطة والحذر لا يُرتّب مسؤولية المحامي تجاه زبونه فحسب، بل قد يرتّب مسؤوليته تجاه الغير أيضاً^(١٠٩)، إذا اتّصف تصرّفه بالطّيش والرّعونة، ذلك أنّ هذا الأخير يقع عليه التّزام عامّ يقضي بعدم الإضرار بالغير. والإهمال والتّقصير هو سلوك مخالف لما أوجبه القانون من واجب التّبصّر، والرّعاية والحرص. والإخلال بهذا الالتزام العامّ يؤدّي إلى قيام مسؤولية المحامي المهنية تجاه الغير، وتظهر مثل هذه الأخطاء المهنية في ذمّة المحامي عندما يقوم بإجراء قانوني معيب أو أثناء مصاحبة عملية التّنفيذ حكم صادر في نزاع معيّن، ففي هذه الحالات، على المحامي أن يُبدي الحيطة والحذر، وأن يُظهر حرصاً كبيراً حتّى يتفادى الإضرار بالغير، من تصرّفه الذي قد يُشكّل خطأ مهنيّاً يُوجب مسؤوليته.

ومن أمثلة ذلك المحامي الذي شارك في الحجز العقاري بناء على حكم صادر في هذا الشّأن، دون مراعاة، والتّأكّد من صحّة رقم الشّارع الذي يقع فيه العقّار المحجوز عليه، ولا رقم العقّار والعنوان الصّحيح، فهذا الالتباس في عنوان العقّار ورقمه، والخطأ فيه يدلّ بما لا يدع شكّاً على قلّة الحيطة والحذر من طرف المحامي، وبالتالي فإنّ هذا الغير الذي تضرّر من تصرّف المحامي، الذي لا تربطه به أيّ علاقة قانونية، يحقّ له الرّجوع على المحامي بمقتضى الإخلال بواجب الحيطة والحذر، وله أن يطالبه بالتّعويض عن الأضرار التي لحقت به^(١١٠).

وينبغي الملاحظة في هذا الشّأن أنّ دعاوى الغير تجاه المحامين، كانت ولا تزال قليلة، والقضاء بدوره لم يقض بالتعويض تجاه المحامين في إطار المسؤولية المهنية عن أخطائهم إلاّ نادراً، لأنّ التّحقّق من مدى تأثير الخطأ المهني على الغير من المسائل التي يُستعصى إثباتها. ومردّ ذلك أنّ الحصانة التي يتمتّع بها المحامي في تكريس حرّية الدّفاع، ممّا يسمح له بالدّفاع عن حقوق زبائنه، خاصّة إذا كان هذا الدّفاع يستند إلى وقائع صحيحة، فإنّ ذلك لا يُشكّل إخلالاً بواجب الحيطة والحذر

Cass. Civ., 31 janvier 2008, N°04.20.551.

(١٠٨)

(١٠٩) راجع: عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

Y.Avril, La responsabilité de l'avocat, Op. Cit., p.23.

(١١٠)

تجاه الغير، وبالتالي لا يُشكّل خطأ، ولا يُرتّب مسؤولية المحامي تجاه الغير، وإن طال سلوكه هذا الغير^(١١١).

ومع ذلك يجب أن لا تطال أقوال ومرافعات المحامين وكذلك كتاباتهم حقوق الغير، كلما كان ذلك غير ضروري للدفاع أو غير مجد فيه، ولا ينبغي أيضاً أن يتعرض المحامي للغير بألفاظ شائنة ولا وصفهم بأوصاف حقيرة؛ لأن في هذا تخطّ لواجب الحيلة والحذر مما يترتب مسؤوليته المدنية تجاه هذا الغير.

ب - خطأ المحامي المترتب عن الإخلال بالالتزام بالعناية والحرص: (Le devoir de diligence)

يتمثّل هذا الالتزام في أن يقوم المحامي بممارسة أعماله القانونية من إجراءات وشكليات خلال المواعيد والآجال المحددة لها، ووفق الأشكال والأوضاع القانونية المعمول بها في هذا الشأن، كما يتجلى هذا الالتزام في العناية والحرص في ضمان المحامي فعاليات الإجراءات التي يتخذها لصالح الرّبون، بحيث يضمن له نجاحها، ولو في الشقّ الإجرائي، ولو لم يفلح من الناحية العملية، ذلك أنّ المحامي لا يضمن لزبونه الوصول إلى نتيجة معينة أو الحصول عليها. فهو مثلاً لا يضمن للرّبون أن يحصل له على حكم يكون في صالحه، فإذا رفع دعوى بشأن الشفعة التي يرغب الرّبون بمقتضاها أن يشفع في العقار الذي تمّ بيعه للغير، على الرغم من أحقيته وأولويته في شرائه، فإنّ المحامي لا يضمن له النتيجة، وهي أن يحلّ زبونه محلّ المشتري الجديد في العقار موضوع الشفعة، غير أنّه يضمن له أن تتمّ إجراءات دعوى الشفعة في المواعيد المحددة لها ووفق الأشكال المرسومة لدعوى الشفعة حتّى تُقبل من حيث الشكل على الأقل^(١١٢).

والمحامي يجب أن يكون حريصاً على سلامة هذه الإجراءات من العيوب التي تعثرها أو تشوبها بعيب النقصان، وأن يبذل في ذلك العناية الفائقة والحرص اللازم المطلوبين من المهني الفطن، المتبصر واليقظ^(١١٣). وأن أيّ تقصير في تلك العناية أو

(١١١) راجع: د. عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(١١٢) راجع: المواد ٨٠٧ و ٨٠٢ و ٨٠٧ من القانون المدني.

(١١٣) M.Vivandier, Note sous Cas. Civ., 01 oct. 1986, J.C.P., éd. G.1987.II.20825. où

il écrit «il ne tient pas seulement la plume, il doit également s'assurer de la validité, et de l'efficacité de l'acte qu'il confectionne, il garantit aux parties, au profit desquelles, il est censé œuvrer, la valeur juridique de l'acte dont elle lui ont confié l'établissement. De la, naît l'obligation pour le rédacteur de faire

ذلك الحرص يؤدّي إلى قيام الخطأ المهني، وبالتالي إلى مسؤولية المحامي عن الضرر الذي يلحق بالزبون إذا توافرت رابطة السببية بينهما^(١١٤).

كما ينبغي على المحامي أن يكون حريصاً على الوثائق والمستندات التي تُقدّم له من طرف زبونه، وأن يُقدّمها للتدليل على إثبات أو نفي الطلبات التي يتقدّم بها الزبون أو الخصم، ويسعى بالموازاة مع ذلك في أن يكون حريصاً على أن لا يطلع عليها الغير، وعدم إفشاء محتواها لدى عامة الناس^(١١٥).

ج - خطأ المحامي المترتب عن الإخلال بواجب النصيحة والإرشاد:

(Le devoir de conseil)

يُقصد بالنصح والإرشاد، تلك المشورة القانونية، سواء كانت شفوية أو مكتوبة، التي تُقدّم على شكل استشارات من طرف المحامي لزبون من الزبائن بمناسبة عزمه على إجراء تصرف قانوني، أو رفع دعوى قضائية أو لتجنب نزاع محتمل الوقوع مستقبلاً^(١١٦).

وهذه الاستشارات القانونية تُعدّ بلا منازع جزءاً أساسياً ورئيسياً من عمل المحامي ونشاطه اليومي الذي يُمارسه بصفة دورية ومتوالية^(١١٧).

والمحامي، وهو يُقدّم هذه الاستشارات القانونية، إنّما يتولّى مهمة نصيحة الزبون وإرشاده لما فيه خيره ومصالحته، لما يتمنّع به المحامي من ثقة لدى زبونه، الشّيء الذي يُشجّعه على طلب مساعدته، ونصحه وإرشاده^(١١٨).

ويتعهد المحامي تجاه زبونه، بصفته مستشاراً، بدراسة الملف وإعطائه المشورة والنصح للعميل، ويبقى لهذا الأخير صلاحية تقرير الدخول في الخصومة أو لا، فالكلمة الفصل تعود للزبون استناداً واعتماداً على ما يُدلي به له المحامي من إرشادات

= preuve d'initiative, de poser des questions, d'interroger le droit positif, voir de l'interpréter afin de remplir correctement son office...».

Cas. Civ., 19/11/1975, Gaz. Pal., 1979.1.n3 (١١٤)

(١١٥) قرب هذا المعنى راجع مقالنا: د. رايس محمد، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي في ضوء القانون الجزائري، مجلة الاقتصاد والعلوم القانونية، جامعة دمشق، عدد ٠١، مجلد ٢٥، ٢٠٠٩، ص ٢٧٧.

PH. LeTOURNEAU, La responsabilité civile professionnelle, Ed. Economica, (١١٦) 1995, p.58.

(١١٧) راجع: المادة ٠٤ من قانون المحاماة رقم ٩١/٠٤ التي عدت مجموعة من المهام المنوطة بالمحامي.

C.A. Paris, 07 avr. 1993, expertise, 1993, p.399. (١١٨)

ونصائح، ومع ذلك فإنه يجوز لنا القول أن الذي يتولّى اختيار خوض غمار الدّعى من عدمه في حقيقة الأمر، هو المحامي وليس العميل، ذلك أن العميل لا يلجأ إلى المحامي إلا لياخذ بما يُمليه عليه هذا الأخير^(١١٩).

وتُعطى هذه الاستشارات القانونية من طرف المحامي للزّبون، قبل خوض غمار الدّعى بمقتضى عقد مستقلّ، يُسمى عقد الاستشارة القانونية. وإذا امتدّت العلاقة بينهما وعهد الزّبون قضيّته إلى محاميه وطلب منه التّكفّل له بها باتّخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه في الملكية مثلاً، أو في طرد الخصم من ملكيّته أو في مطالبة خصمه بتعويضه عن الأضرار اللاحقة به، فإنّ الالتزام بالاستشارة والنّصح، يُصبح في هذه الحالة، التزاماً من الالتزامات المترتبة عن عقد الدّفاع بجانب باقي الالتزامات الأخرى المنبثقة عنه نتيجة هذه الرّابطة العقدية^(١٢٠).

إنّ الالتزام بالنّصح، والمشورة والإرشاد، يُعدّ التزاماً من الالتزامات الرّئيسية الملقاة على عاتق المحامي، بصفته مهنيّاً متمرساً وصاحب تخصص واحتراف في ميدان القانون والتّقاضي^(١٢١)، ولو أنّ القضاء في بداية الأمر اعتبره من الالتزامات الثّانوية النّاتجة عن عقد الدّفاع^(١٢٢)، ومما يؤكّد هذه النّظرة وصحّتها أنّ القوانين، في كثير من الدّول، قد أكّدت على وجود هذا الالتزام وقيامه في حقّ المحامي باعتباره التزاماً من أهمّ الالتزامات وأخطرها^(١٢٣)، الشّيء الذي يسمح بتوقيع الجزاء ضدّ المحامي في حالة الإخلال بهذا الالتزام، علماً وأنّ تقديم الاستشارة القانونية، وكذا النّصح والإرشاد، مهمّة مقتصرة على المحامين دون سواهم من باقي عمّة النّاس.

مما لا شكّ فيه أنّ قيمة وأهميّة الإرشاد والنّصح، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بشخص الزّبون، حيث إنّ نطاق الالتزام بالنّصح والإرشاد يتحدّد وفقاً لما للزّبون من خبرات وقدرات علمية، وثقافية وقانونية من عدمه. فالزّبون المتعلّم الذي له دراية بالقانون، لا يستوي مع الزّبون الأمّي الذي يجهل كليّة القانون، والذي لم يتحصّل على نصيب من

(١١٩) محمد لمين مسعودي، المسؤولية المدنية لأصحاب المهن الحرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٨٤.

(١٢٠) Note B. de saint Afrique «du devoir du conseil», Defrenois, 1995, p.913.

(١٢١) Boccara, Piste sur la responsabilité des rédacteurs d'actes et conseils, J.C.P., 1993.I.3651.

(١٢٢) Larizi Mohamed, Principes fondamentaux de responsabilité dans le droit de l'obligation professionnelle de l'avocat, Thèse, Univ. Hassan 02, Maroc, 1989, p.72.

(١٢٣) انظر: المادة ٨٠ من القانون الداخلي لمهنة المحاماة، وكذا المادة ٧٦ من القانون المنظم لمهنة المحاماة الجزائري.

العلم والمعارف، إذ أنّ هذا الأخير يكون في حاجة أكبر وأكثر إلى الإرشاد، والنصح والمشورة من الشخص الأول^(١٢٤).

وكما أنّ واجب النصح والإرشاد تطوّر في المجال الطبي لصالح المريض بصفة مضطردة، كذلك الأمر بالنسبة للمحامي، إذ يقع على عاتقه إعلام زبونه، والإفصاح له عن جميع خبايا القضية التي يرغب خوضها، وما هي تكاليفها المالية^(١٢٥).

كذلك يتجلى واجب النصح والإرشاد بخصوص المسائل الإجرائية، حيث يقع على المحامي واجب تبيان وتوضيح، للزبون، الطرق والسبل الواجب اتباعها من أجل قبول دعواه أمام الجهات القضائية المختصة، لأنّ هذا الأخير، غالباً ما يجهل تلك الأشكال والأوضاع القانونية الواجب توافرها والمحددة قانوناً حتّى تقبل دعواه^(١٢٦). أضف إلى ذلك وجوب تنبيه الزبون إلى المهل القانونية لرفع الدعوى أو لاتخاذ إجراء من الإجراءات الواجبة، على اعتبار أنّه من واجب المحامي تقديم النصيحة في هذا الشأن لزبونه. وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرار حديث لها بشأن فرض واجب النصح والإرشاد على المهنيين، حيث قالت بصريح العبارة: "تقوم مسؤولية الموثق ويُلزم بالتعويض في حالة عدم قيامه بدوره القانوني الإيجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة، ونصح وإرشاد الطرفين بما يُحقّق انسجام اتّفاقاتهما والقوانين السارية. لا تُعتبر الشهادة التوثيقية شرطاً لرفع الدعوى وإثبات الصفة مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة"^(١٢٧).

د - الخطأ المترتب عن الإخلال بواجب السر المهني:

(L'obligation du secret professionnel)

الالتزام بالسّر المهني يتمثل في تلك المعلومات، والأخبار والمعطيات التي يُدلي بها الزبون لمحاميّه بمناسبة تعامله معه في مجال مهنته^(١٢٨). والمحافظة على السّر

J.Savetier, Etude juridique et pratique de la profession libérale, The portier, (١٢٤) p.281. Et aussi: Les éléments de la motivation de l'arrêt. C.A. Paris, 16 avr. 1996, Gaz. Pal., 1996.2, p.576.

Cas. Civ., 18 juil. 2000, J.C.P., Ed. G.2000.11.10417, note R.MARTIN. (١٢٥)

J.Monéger et ML.Demeester, Profession d'avocat, Dalloz, 2001, p.230. (١٢٦)

(١٢٧) قرار المحكمة العليا، ١٣/١٢/٢٠٠٦، مجلة المحكمة العليا، عدد ٠٢، ٢٠٠٨، ص٢٤٣.

R. FLORIOT et R.COMBALDIEU, Le secret professionnel, Flammarion 1973. (١٢٨)

M.DELMAS MARTY, A propos du secret professionnel, D.1982, CHRON.

p.267. A.DAMIEN. «Secret professionnel», GAZ.PAL.1982.1. doct, p.136. P.

Lambert, Le secret professionnel, Nemesis, 1985. V.Cottureau, Secret professionnel de l'avocat: De l'absolutisme à la relativité, Droit et patrimoine, 2000.II, p.36.

المهني وعدم إفشائه تفرضه أصول مهنة المحاماة، وتقاليدها وعاداتها الحميدة. فقد كان هذا الالتزام في بداية الأمر التزاماً أخلاقياً تفرضه قواعد الأخلاق المتمثلة في عدم خيانة ثقة الزبون، ثم تحول هذا الالتزام إلى التزام قانوني تفرضه التشريعات والنظم القانونية^(١٢٩).

إنَّ الالتزام بالسِّرِّ المهني يتضمَّن الالتزام بحفظ السِّرِّ، والالتزام بكتمانهِ، والالتزام بعدم البوح به^(١٣٠).

والسِّرُّ عموماً هو ما يكتمه الإنسان في نفسه ولا يرغب أن يطلع عليه غيره، ويضُرُّ إفشاؤه بسمعة وكرامة الزَّبُون، وعليه فإنَّ التَّوضيحات، والمعلومات والتَّفصيل التي يُقدِّمها الزَّبُون أثناء عرضه لملاسات قضيته تُعدُّ من الأسرار التي يتوجَّب على المحامي عدم إفشائها أو البوح بها. وقد ذهب الفقيه الفرنسي "دوماً" إلى القول أنَّ كلَّ ما يتعلَّق بممارسة مهنة المحاماة يُعدُّ سرّاً بطبيعته، ممَّا نشأ عنه مبدأ عدم جواز شهادة المحامي ضدَّ عميله أو زبونه، لكونه صاحب سرٍّ أودعه لديه عميله^(١٣١).

والسِّرُّ المهني لا يقتصر فقط على المعلومات، والوقائع والأخبار التي أودعت من طرف الزَّبُون نفسه لدى المحامي، وإنَّما يشمل أيضاً ما استطاع المحامي معرفته من معلومات، ووقائع، وأخبار ومعطيات أثناء وبسبب أو بمناسبة ممارسة المهنة، وتكون مرتبطة بها، ويُطلق عليها الوقائع السَّريَّة بطبيعتها^(١٣٢).

ويرى جانب آخر من الفقه أنَّ السِّرَّ المهني هو كلُّ ما يُعهد به إلى صاحب مهنته ويضُرُّ إفشاؤه بالسمعة والكرامة^(١٣٣).

أمَّا القضاء^(١٣٤) فقد رأى بأنَّ السِّرَّ المهني يشمل كلَّ ما أفضى وأفصح به

Voir l'article 66-05 de la loi du 07 avril 1997, n97-308, J.C.P., éd. G., (١٢٩) 1997.III.68397. Devient comme ceci: «Sont couvertes par le secret professionnel, en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier.».

Voir: Jean Marc Mousseron, Technique contractuelle, p.358. (١٣٠)

CHAMANTIER, Le secret professionnel: Ses limites, ses atouts, Paris, 1926, (١٣١) p.41.

ISABEL VORGIN, Le secret professionnel, Thèse, Lyon, 1982, p.51. (١٣٢)

(١٣٣) محمد لمين مسعودي، المرجع السابق، ص٣١.

Cas. Civ., 26 juin 1974, Bul. Civ. 1974.1-n210. (١٣٤)

صاحب الشأن للمهني من معلومات ووقائع، وكذلك كلّ ما يصل إلى علم المهني من معلومات أو ووقائع أثناء وبمناسبة نشاطه المهني.

ومما سلف ذكره يُمكننا أن نستخلص أنّ الشّروط التي يجب أن تتوفر في الواقعة والمعلومة أو الخبر التي تكون محلّ السّرّ في مجال المحاماة هي أن تكون المعلومة، أو الخبر أو الواقعة قد وصلت إلى علم المحامي عن طريق ممارسة هذا الأخير مهنته بصفته محامياً^(١٣٥)، سواء ائتمنه عليها الرّبون أو أحد أفراد عائلته، أو وصلت إلى علم المحامي بمناسبة أدائه لعمله. ويتولّى القضاء، بما له من سلطة تقديرية، القول الفصل فيما إذا كانت هذه الواقعة أو المعلومة لها صفة السّريّة من عدمه. وفوق هذا ينبغي أن تصل هذه المعلومة إلى علم المحامي، بصفته محامياً، ممّا يستوجب توافر التّلازم بين العلم بالواقعة من جهة، وممارسة مهنة المحاماة من جهة أخرى^(١٣٦). ويشمل السّرّ المهني كذلك تلك الرّسائل المتبادلة بين المحامي وزبونه، وبين المحامي وغيره من المحامين، بخصوص قضية الرّبون، وكذا المحادثات الهاتفية والمراسلات الإلكترونيّة، وهي تشمل أيضاً المعلومات، والأخبار والوقائع التي يطلع عليها المحامي أثناء مرحلة التّحقيق أو أثناء مرحلة المحاكمة.

أمّا ما يصل إلى علم المحامي، خارج ممارسته لمهنته، بصفته رجلاً عادياً، ولا يكون لها رباط مع ممارسته لمهنته، فلا تُعدّ من قبيل الأسرار المهنية التي يتوجّب عليه كتمانها وعدم البوح بها. وإذا فعل ذلك فإنّه لا يُسأل، وبالتالي فإنّ شهادة المحامية بوقائع ومعلومات علمت بها كصديقة للرّوجة، وليس بصفقتها كمحامية، لا يُمثّل خطأ يُوجب مسؤولية المحامية^(١٣٧).

كما يُشترط أيضاً أن لا تكون هذه المعلومة، أو هذا الخبر أو هذه الواقعة معروفة ومعلومة من لدن الجمهور وعامة النّاس، وإلاّ لما اتّصفت بالسّريّة، وبالتالي فإنّ إفشاءها لا يُرتّب أيّة مسؤولية، كما لو اتّصلت بعلم النّاس بعد تداولها في جلسة علنية أمام القضاء^(١٣٨).

Trib. de Paris, 05 nov. 1997, Gaz. Pal., 1997, p.25. (١٣٥)

Trib. de Paris, 13 nov. 1979, Gaz. Pal., 1979, 1.2000. (١٣٦)

Cas. Civ., 1973, J.C.P., 1973, 16. (١٣٧)

وراجع في نفس المعنى لمزيد من التفصيل في القضية مقالنا: د. رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

Cas. Civ., 02 avr. 1974, D.1975, j.665. (١٣٨)

إنَّ نصَّ المادة ٧٩ من قانون المحاماة الجزائري، وكذا نصَّ المادة ٨٦ من النظام الداخلي الذي يُنظِّم مهنة المحاماة، تنصَّان صراحة على وجوب المحافظة على الأسرار المهنية^(١٣٩)، كما أنَّ اليمين الذي يؤدِّيها المحامون لدخولهم ضمن هيئة المحاماة واكتسابهم صفة المحامي، تُشير بصريح العبارة إلى وجوب كتمان السِّرِّ المهني وعدم إفشائه^(١٤٠).

ومع ذلك فإنَّ محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت في حكم حديث لها، قضت فيه بأنَّ معرفة عامَّة النَّاس بوقائع، أو معطيات ومعلومات، يخصَّها السِّرُّ المهني، لا يُزيل عنها صفة السَّريَّة، وذلك راجع إلى أنَّ المعلومة التي تكون متداولة ومعروفة لدى عدد كبير من النَّاس، تكون عبارة عن إشاعة، فإن قام المحامي بإفشائها، فإنَّه يُحوِّلها من مجرد إشاعة إلى حقيقة لا تقبل التَّكذيب، ممَّا يحمل باقي النَّاس على تصديقها واعتبارها صحيحة^(١٤١)، كما أنَّ الواقعة التي تكون معلومة لدى كافَّة النَّاس على شكل مجمل، فيقوم المحامي بذكر تفاصيلها وتوضيح معطياتها، وهو ما كان غير معلوم لدى العامَّة، يكون قد أفشى سراً، ما دام أنَّه أضاف عنصراً جديداً لها، لم يكن معلوماً من الغير قبل ذلك.

كما يُشترط أخيراً أن يكون للزَّيِّون أو لأفراد أسرته مصلحة مشروعة في كتمان الواقعة أو المعلومة، وأن تظل كذلك، ذلك أنَّ الحفاظ على السِّرِّ المهني تُبرِّره حماية المصلحة الشَّخصية للزَّيِّون الذي يبوح لمحاميه بهذه الأسرار، أو مصلحة أفراد أسرته، لأنَّ هذا المبدأ أوجده المشرِّع حماية للمصلحة الخاصَّة التي تُحقَّق في ذات الوقت حماية للمصلحة العامَّة^(١٤٢). وتكون المصلحة الخاصَّة واجبة الحماية إذا كانت

(١٣٩) تنص المادة ٧٩ من قانون المحاماة في الجزائر على: "يمنع المحامي من إبلاغ الغير على أية معلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه والدخول في صراع يخص تلك القضية، وفي كل الحالات عليه أن يحافظ على أسرار موكله". تنص المادة ٨٦ من النظام الداخلي للمحاماة على أنه: "لرئيس مجلس التأديب إلزام المحامي بإحضار سجلات حساباته في حالة الملاحظات التأديبية، ويجوز له أن يحقق في كل وقت بنفسه أو بواسطة عضو من مجلس التأديب يفوضه لذلك بوضع الودائع لحساب محام".

(١٤٠) تنص المادة ١٣ من قانون المحاماة على القسم أو اليمين الواجب أدائه من طرف المحامي على الشكل التالي: "أقسم بالله العلي العظيم أن أدِّي أعمالي بأمانة وشرف، وأن أحافظ على سر المهنة وتقاليدها وأهدافها النبيلة، وأن أحترم القوانين".

(١٤١) Cas. Crim., 16 mai 2000, D.2000, I, p.1999.

Naziha Boussouf, Secret médical et exigence de santé publique, R.S.J.E.P., (١٤٢) Alger, 1999, n2, p.46.

هذه المصلحة مشروعة ويعترف بها القانون ويُقرّر لها حماية، أمّا إذا لم تكن تلك المصلحة مشروعة فإنّ المعلومة الخاصّة بها لا تُعتبر سرّاً يجب كتمانها، ومثال ذلك المعلومة التي تصل إلى المحامي من طرف زبونه، بعزم هذا الأخير على قتل خصمه وتصفيته جسدياً، فإنّ هذه المعلومة لا تُعدّ ضمن الأسرار التي يجب كتمانها وعدم البوح بها، بل على العكس من ذلك ينبغي إخطار الجهات الرسمية بها، تفادياً لوقوع الجريمة^(١٤٣).

وواضح للعيان أنّ حماية السرّ المهني من طرف المحامي تُشكّل توطيداً للثقة بينه وبين زبونه في الممارسة السليمة لمهنة المحاماة^(١٤٤).

كما أنّ الزبّون عندما يبوح لمحاميّه بأسراره، فيقوم هذا الأخير بإفشاءها ونشرها، فإنّ الزبّون يكون قد تضرّر من هذا الإفشاء، وهذا يُمثّل لا محالة اعتداء على مصلحته المشروعة، ومساساً بشرفه واعتباره، طبقاً لنصّ المادة ٤٧ من القانون المدني التي تقضي بأنّه لكلّ من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حقّ من الحقوق الملازمة لشخصيّته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء^(١٤٥).

وإذا كان الفقه في الجزائر يؤيّد بصفة واضحة فكرة العقد كأساس للالتزام بالسرّ المهني، إذ يجعل من العقد العنصر الرّئيسي والأساسي الذي يقوم عليه هذا الالتزام، مادام الزبّون وبصفة إرادية، يبوح للمحامي بأسراره، ويجعله أمين سرّه^(١٤٦)، فإنّنا لم نعرّض على أيّ أثر لهذا الفكر أو ذاك الرّأي في تطبيقات القضاء الجزائري المنشور والمتداول على الأقلّ.

ويُردف أصحاب هذا الاتجاه قائلين أنّه في حالة وجود عقد بين المحامي وزبونه، أو أنّ هذا العقد كان موجوداً وانتهى بينهما ولم يعد له وجود، كأن انقضى أثره أو تمّ إبطاله، فإنّ مسؤولية المحامي تكون مسؤولية تقصيرية، ويكون أساسها الإخلال بواجب قانوني.

علماً بأنّ هناك رأياً مخالفاً لهذا الرّأي، يذهب أصحابه إلى أنّ مسؤولية المحامي

Cas. civ. 2 août 1984. Sirey.1984.1.671.

(١٤٣)

J.M.BRAUNSCHVEIG, Menaces sur le secret professionnel de l'avocat, Le monde du 23 mars 1998.

(١٤٥) راجع: المادة ٤٧ من القانون المدني.

(١٤٦) د. حبار أمال، المسؤولية المدنية للمحامي، رسالة ماجستير لكلية الحقوق، جامعة وهران،

١٩٩٩، ص ٨٦.

تكون دائماً مسؤولية تقصيرية، سواء في مواجهة الزبون أو في مواجهة الغير، وأساس هذه المسؤولية هو الإخلال بالتزام قانوني ومهني^(١٤٧).

ونحن نميل إلى القول بأن مسؤولية المحامي، إنما هي مسؤولية مدنية مهنية^(١٤٨)، تقوم على أساس مخالفة واجب مهني من طرف المحامي، هذه المخالفة تُستمد من نصوص القانون المنظم لمهنة المحاماة، ومن الرابطة العقدية التي تجمع بين المحامي وزبونه، ومن الأعراف، والتقاليد والعادات الراسخة التي جرى بها العمل منذ روح من الزمن، هذه المخالفة التي تُشكّل خطأً مهنيًا، وفقاً لمعيار الخطأ ذي الصبغة المهنية.

المطلب الثاني الضرر والعلاقة السببية

الضرر هو العنصر الأساسي في المسؤولية المدنية وعمادها، فلا تقوم إلا بقيامه، إذ المسؤولية المدنية إنما وجدت لجبر هذا الضرر الذي يُصيب المضرور في حق من حقوقه، أو مصلحة من مصالحه المشروعة، سواء تعلّق الأمر بمال الشخص، أو شرفه، أو شعوره، أو سلامة جسمه أو حياته. والضرر هو المصلحة التي تُعطي للدعوى المدنية مشروعيتها وتوافر عناصرها، طبقاً للقاعدة الفقهية، التي يقول بها فقهاء قانون الإجراءات المدنية وهي: "لا دعوى حيث لا مصلحة"^(١٤٩)، ذلك أنّ المصلحة هي مناط الدعوى. «L'intérêt est la mesure de l'action» أما الرابطة السببية، فهي تلك الرابطة التي تجمع الصلة بين الخطأ والضرر، أو حتى بين الفعل الضار والضرر في بعض حالات مسؤولية المحامين، وبمعنى آخر فإنّ العلاقة السببية، هي ذلك الوصل الذي يصل الموصول بالموصول به.

ومن هذا المنطق وجب البحث في ماهية الضرر؟ وما نوع الضرر؟ وما هي أوصافه؟ وما هي الفلسفة التي يقوم عليها؟ (فرع أول)، ثمّ التعرّيج على الرابطة السببية (فرع ثانٍ)، وعلى كيفية تقدير التعويض (فرع ثالث).

AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, T.4, n344. (١٤٧)

Voir dans ce sens: PH. LETOURNEAU et Louis CADIET, Droit de la (١٤٨) responsabilité et des contrats, D. 2003, p.829.

(١٤٩) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، مصر، ص ١١٠.
(Pas d'intérêt, pas d'action).

الفرع الأول الضرر

الضرر الذي يُصيب الرّبون قد يكون ضرراً مادياً، أو اقتصادياً، فهو ما يُصيب الذّمة المالية للشّخص المضرور، كما لو أهمل المحامي الدّعوى التي أوكله إيّاها الرّبون، الخاصّة بإصابته في جسمه، والتي تأدّى من خلالها، بحيث أصيب بعجز دائم أقعده عن العمل، وحال بينه وبين النّشاط الذي يحترفه، فمرّت المدّة المحدّدة لرفعها، وانقضت الآجال المرسومة لها^(١٥٠). أو كما لو أنّ المحامي تهاون في رفع دعوى باسم ربونه بعد أن طالب منه ذلك من أجل المطالبة بدين ينقضي ويتقادم بمرور سنة واحدة، كما هو الشّأن بالنّسبة لديون التّجار والمبالغ المستحقّة للعمال والأجراء الآخرين مقابل عملهم، وفقاً للمادّة ١١٢ من القانون المدني.

كما أنّ الضرر قد يكون معنوياً، وهو الضرر الذي يُمثّل مصلحة غير مالية، فيمسّ الرّبون في شرفه، أو عواطفه، أو سمعته أو اعتباره^(١٥١). وقد كان الفقه والقضاء، قبل تعديل القانون المدني الجزائري، يُسوّي بين الضرر المادّي والضرر المعنوي أو الأدبي في الحكم للمتضرّر بالتّعويض^(١٥٢). كما لو كان المحامي السّبب في تسرّب وثيقة من الملف الموجود بين يديه، وكانت هذه الوثيقة تخدش شرف وسمعة الرّبون، وشاع الخبر بين أقرانه ومعارفه.

ومن الأوصاف التي يتوجّب أن يتّصف بها الضرر، أن يكون هذا الضرر محقّقاً (Certain)، ويكون كذلك حالاً، أي وقع فعلاً (Préjudice actuel)، أمّا الضرر المستقبل (Préjudice futur) فإذا كان من الممكن تقدير التعويض عنه في الحال جاز للرّبون أن يُطالب به فوراً، كما لو أنّ القضية التي عهد بها الرّبون إلى المحامي لم يتمّ تدعيمها بالمستندات التي تؤيّدتها وتبرّرها، وكانت هذه المستندات قد نسي استعمالها المحامي، ممّا جعل من الدّعوى غير مقبولة لا محالة، وإن تأخّر الحكم فيها إلى بعد حين.

(١٥٠) راجع: المزاوي عيسى، مسؤولية المحامي في التشريع المغربي، رسالة ماجستير، جامعة الملك الحسن الثاني، الدار البيضاء، ص ١٣٥.

(١٥١) راجع: المادة ١٨٢ مكرر من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ المتمم للقانون المدني، حيث جاء فيها: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

(١٥٢) راجع: قرار المحكمة العليا المؤرخ في ٢٥/١٢/١٩٨٩م، المجلة القضائية، ١٩٩١، عدد ٠٤، ص ١٠٢.

ولكن إذا لم يكن تقدير الضرر المستقبلي ممكناً في الحين، فإنه للقاضي أن يحتفظ للمضروب بحقه في التعويض عن هذا الضرر المستقبلي.

أمّا الضرر الاحتمالي (Préjudice éventuel) فإنه لا يُعوّض عنه الزبون، ما لم يتحقّق فعلاً لأنّ الضرر الاحتمالي، وإن كان يشترك مع الضرر المستقبلي في عنصر واحد وهو، كلاهما لم يتحقّق بعد في الوقت الحاضر، غير أنّهما يختلفان في كون الضرر الاحتمالي قد يتحقّق وقد لا يتحقّق في المستقبل^(١٥٣)، في حين أنّ الضرر المستقبلي يتحقّق لا محالة.

وهكذا يرى الأستاذ سافيتي «Savatier» أنّ الفرق بين الضرر المستقبلي والضرر الاحتمالي لا يخصّ الطبيعة القانونية لكليهما، إنّما هو الفرق في الدرجة فقط. فالضرر المستقبلي يعني تحقّق الخطر، هذا الخطر سيؤدّي إلى الضرر مستقبلاً. أمّا الضرر المحتمل فهو ضرر لم يقع ولا يوجد من يؤكّد أنّه سيقع، غاية ما في الأمر أنّه محتمل الحدوث^(١٥٤).

ومن هنا يُصبح التساؤل مشروعاً حول علاقة الضرر المحتمل بالفرصة الضائعة؟ إنّ التمييز بين الضرر المحتمل الذي يُعطي الحقّ لصاحبه في التعويض وبين الفرصة الضائعة (La perte de chance) على الزبون، التي تُعطي له الحقّ في المطالبة بالتعويض، مسألة على جانب كبير من الأهمية، شريطة أن تكون هذه الفرصة، فرصة جدية وحقيقية، وأن تكون الفرصة الضائعة، فرصة حالة أو وشيكة^(١٥٥)، فإذا فوّتت هذه الفرصة على صاحبها أي الزبون، فإنّ ذلك يُشكّل في حدّ ذاته ضرراً محققاً، وعلى هذا الأساس يجب التعويض عنها^(١٥٦).

وبناء على ما تقدّم فإنّ المحامي الذي يُدافع عن زبونه في نزاع مدني، قدّر الخبير الخسائر اللاحقة بمبلغ معيّن، فقضى له قاضي الدرجة الأولى بأقلّ منها، وتراخى المحامي بعد تبليغه بهذا الحكم ولم يستأنفه، إلى أن فاتت المواعيد وانقضت

(١٥٣) راجع: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٦، ص ٣٨١.

(١٥٤) Cas. Civ., 14 déc. 1965, D.1966.453, J.C.P., 1966-11.4753. NOTE SAVETIER.

(١٥٥) راجع: مؤلفنا د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

(١٥٦) نقض مدني مصري، ١٣/١١/١٩٥٨، المحاماة، ٣٩-٣٢٩، ١٠٢٥، جاء فيه: "إن القانون يوجب التعويض الجابر لكل ضرر متصل بالسبب بأصله الضار. ولا مانع في القانون، يمنع من أن يُحسب في عناصر التعويض من كان لطالبه من رُجحان كسب قوته عليه وقوع فعل ضار أو تصرف إداري خاطئ وضار كذلك."

آجال الطعن، يكون قد فوّت فرصة على زبونه، تتمثل في إمكانية إعادة النظر في نزاعه هذا أمام الغرفة المدنية، لتعديد النّظر في الأسباب التي على أساسها قام القاضي الأوّل بخفض التّعويضات التي حسبها الخبير المختصّ، والقول ما إذا كان هذا الأخير أصاب في حكمه، أم أنّه خالف القانون وجانب الصّواب. ولعلّ تفويت هذه الفرصة على الزّبون، قد ألحق ضرراً به، بحيث لو تداركها لأمكنه المطالبة بتعديل قيمة التّعويض والحكم له برفعها، حسب ما قدره له الخبير سابقاً^(١٥٧). ففي هذه الحالة فإنّ المحامي يكون قد فوّت فرصة على زبونه لكسب مزيد من التّعويضات، وهذا يُشكّل ضرراً يُوجب تعويضه حسب زعمنا، ومع ذلك فإنّنا نميل إلى وجوب توحّي الدّقة في تحديد معنى الفرصة الضّائعة واحتمال النّجاح فيها من عدمه، لأنّ القيام ببعض الأعمال القانونية، وكذا الطّعون يكتنفها كثير من الاحتمال، ذلك أنّ نتائجها لا تكون مضمونة دائماً.

ومن هذا المنطلق وجب القول أنّ الضّرر الواجب تعويضه من طرف المحامي يجب أن يكون مؤكّداً، وحالاً ومباشراً. والعبرة في تكييف الضرر ليست بطبيعة الحقّ المعتدى عليه، بل بطبيعة الخسارة أو الضّرر اللاحق بالزّبون، فإن كان ذا طابع مالي، كان الضّرر مادياً، وإن كان ذا طابع اجتماعي، أو عاطفي أو معنوي، كان الضّرر أدبياً^(١٥٨).

تُرى هل ينبغي أن يكون الضرر متوقّعاً (Dommage prévisible)؟.

وفقاً للنظرية التقليديّة المُستقرّ عليها الفقه والقضاء في هذا الصّدّد، فإنّ المحامي يُسأل عن الأضرار المباشرة، أي عن تلك الأضرار التي كان بإمكانه أن يتجنّبها ويحوّل دون الوقوع فيها ببذل جهد معقول، في حين أنّ الضّرر غير المباشر لا يُسأل عنه المحامون^(١٥٩).

بيد أنّ الضّرر المباشر يتفرّع بدوره إلى ضرر متوقّع وضرر غير متوقّع، وفق القواعد العامّة، مما يستلزم التّساؤل عن مدى تطبيق تلك الأحكام على مجال المحاماة. إنّ الإجابة عن هذا التّساؤل تجرّ صاحبها إلى البحث في العلاقة القانونية التي

(١٥٧) C.E., 21/12/2007, Rev. Droit et santé, 2008, p.196. Obs. Br. Appolis.

(١٥٨) Annich DORSNER, La responsabilité du médecin, Economica, 2006, p.141.

(١٥٩) تنق التفرقة بين الأضرار المباشرة وغير المباشرة في مجال المحاماة، وهذا لعدم وجود معيار محدد لقياس ذلك، مما يستوجب النظر في كل حالة على حدة، وللقاضي أن يستأنس بالظروف المحيطة به وملابسات النزاع لتقدير ما إذا كانت هذه الأضرار نتيجة مباشرة لعمل المحامي أو أضرار غير مباشرة، وهذا أحد الأعباء الثقيلة الملقة على عاتق القاضي.

ترتبط المحامي وزبونه، فإذا كانت تلك العلاقة قائمة على أساس المسؤولية العقدية، فإنّ المدين لا يلتزم إلاّ بتعويض الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع، إلاّ في حالتي الغشّ وسوء النية والخطأ الجسيم^(١٦٠). وينبغي الملاحظة أنّه، وطبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، عندما يثبت غشّ أو سوء نية المحامي أو عندما يرتكب خطأ جسيماً فإنّ المحامي يصبح مسؤولاً عن جميع الأضرار المتوقعة أثناء إبرام العقد وغير المتوقعة حينئذ، علماً وأنّ سوء النية وجسامة الخطأ يمكن، وفقاً للملابسات المحيطة وظروف القضية، افتراضها في مواجهة المحامي لكونه مديناً عقدياً محترفاً^(١٦١).

إنّ القانون المدني الجزائري أشار في مادته ١٨٢، فقرة أخيرة، إلى الضرر المتوقع فيما يتعلّق بالمسؤولية العقدية، أي ذلك الضرر الذي يُحتمل حصوله ويمكن توقُّعه. أمّا في المسؤولية التقصيرية فإنّ القانون يُوجب مُسائلة مرتكب الفعل الضار بالغير، سواء كان هذا الضرر متوقعاً أو غير متوقع، ووجوب تقويمه على أساسي الخسارة اللاحقة والكسب الضائع^(١٦٢).

إنّ تطبيق هذه القواعد الواردة في القانون المدني الجزائري على نشاط المحامي، سيؤدّي بنا في حالة وجود عقد بين الزبون والمحامي إلى مسائلة هذا الأخير عن الأضرار المباشرة المتوقعة، ولا يُسأل عن الأضرار المباشرة غير المتوقعة، ما عدا في حالتي الغشّ أو الخطأ الجسيم.

وعلى العكس من ذلك، في حالة عدم وجود عقد، فإنّ المسؤولية التقصيرية تُصبح هي التي تحكم نشاط المحامين، ويُصبح المحامي مسؤولاً عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.

إنّ النتيجة سالفة الذكر غير مقنعة، وتتنافى والمنطق، وتُعاكس الرأْي السليم، ولا تستقيم عندما يتعلّق الأمر بمسؤولية المحامين، وذلك لكون نشاط المحامين يتّصل صلة وثيقة بنشاط مرفق عمومي، الذي يقوم على أساس حماية الحريات العامة. ثمّ إنّ عمل المحامي، محلّه حريات وحقوق الإنسان، ممّا يجعل هذا العمل يتميّز عن باقي

(١٦٠) المادة ١٨٢ مدني: "... غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم هذا المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلاّ بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."

(١٦١) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٨٣ وما بعدها.

(١٦٢) تنص المادة ١٨٢/٠١: "... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب."

وراجع أيضاً: قرار المحكمة العليا المؤرخ في ١٨/٠٥/١٩٨٥، ملف رقم ٣٩٦٩٤، م. ق.

سنة ١٩٨٩، عدد ٠٣، ص ٣٤. وانظر أيضاً: القرار المؤرخ في ١٣/٠٧/١٩٨٠، ملف رقم

٢١١٧٦، نشرة القضاة، بدون سنة طبع، عدد ٦١، ص ٩٠.

الأعمال الأخرى، وبالتالي عدم خضوعه للقواعد العامة، كما جاءت به النصوص القانونية.

وفي هذا الشأن فإننا نجنح ونميل إلى وجوب مساءلة المحامي عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، سواء أكانت العلاقة بين المحامي وزبونه، يحكمها عقد أم لا تحكمها قواعد المسؤولية العقدية، دون اشتراط قيام حالة الغش ولا توافر عنصر الخطأ الجسيم، ولا حتى تحقق النية السيئة لديه، وبالتالي لا ينبغي على الإطلاق الوقوف على حرفية النص، وهكذا نوكد على ضرورة إرساء قاعدة وجوب مساءلة المحامي عن نشاطه الخاطئ وما ينجم عنه من أضرار متوقعة وغير متوقعة.

وصفوة القول أن الضرر المترتب عن نشاط المحامي يخضع في مجمله للقواعد العامة التي تحكم الضرر باعتباره ركناً أساسياً، ورئيسياً ومستقلاً في المسؤولية، إذ نستبعد الضرر غير المباشر من حساب التعويض، ونكتفي بتعويض الأضرار المباشرة، سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة، كيفما كان نوع المسؤولية عقدية، أم تقصيرية.

وعلى القاضي وهو يحكم بالتعويض ويقرره، أن يبين العناصر المكونة له^(١٦٣)، اللهم إلا إذا كان هذا التعويض يتعلق بالأضرار المعنوية، إذ لا يلتزم القاضي بتوضيح وتفصيل تلك العناصر لكون التعويض المعنوي يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل خاص، وهذا ما ذهب إليه القضاء في الجزائر، إذ قرّر المجلس الأعلى - المحكمة العليا - هذا المبدأ في حكم له بتاريخ ١٠/١١/١٩٨١م^(١٦٤).

ومع ذلك يبقى تحديد العناصر المكونة للضرر المادي وتوضيحها، مسألة

(١٦٣) جاء في قرار المحكمة العليا - المجلس الأعلى سابقاً - المؤرخ في ٠٣/٠٧/١٩٨٠، ملف رقم ٢١١٧٦، ما يلي:

"إن تقدير التعويض من اختصاص قضاة الموضوع إلا أنه يتعين عليهم ذكر مختلف العناصر التي تشكل أساس تقديرهم له؛ وذلك لإتاحة الفرصة للمجلس الأعلى لممارسة الرقابة المعهودة له في هذا المجال". لمزيد من التفصيل انظر: نشرة القضاة، س ١٩٨٠، ص ٩٠.

كما جاء في قرار آخر مؤرخ في ١٠/١٢/١٩٨١، ملف رقم ٢٤٥٠٠: "...إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قراراتهم من حيث منح التعويض، وذلك بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها فعلاً...". لمزيد من التوضيح راجع: الاجتهاد القضائي، كتاب صادر عن وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٦، ص ٨٧.

(١٦٤) قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ ١٠/١٢/١٩٨١، ملف رقم ٢٤٥٠٠، المذكور آنفاً والذي جاء فيه: "إذا كان التعويض يتعلق بالضرر المعنوي، فإنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل، وبذلك يكون القرار غير محتاج لتعليل خاص".

قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، وذلك لأنّ قاضي الموضوع يستقلّ بالفصل في الوقائع^(١٦٥) لوحده دون رقابة من أحد. أمّا تكييف تلك الوقائع من حيث تكوّن ركن الضّرر من عدمه، وكونه محققاً أو احتمالياً، مادياً أو أدبياً، فهذه مسائل تتعلّق بالقانون، ويخضع فيها القاضي إلى رقابة المحكمة العليا^(١٦٦).

هذا هو مفهوم الضّرر المادّي والمعنوي الموجب للتّعويض وفقاً لقواعد القانون المدني وما استقر عليه العمل القضائي.

بيد أنّ التّساؤل عن أساس وفلسفة التّعويض من جهة، وعن مدى كفاية قواعد المسؤولية المدنية التقليدية من أجل تعويض الرّبون المتضرّر من جهة أخرى، يستوجب وجوب المعالجة.

إذا توافرت شروط مسؤولية المحامي، أوجب الحكم للرّبون بالتّعويض جبراً للضرر الذي لحق به من جرّاء تصرّف المحامي الخاطئ، وهذا باتّباع الإجراءات العادية في الدّعى التي يتقدّم بها الرّبون أمام الجهة القضائية المختصة، فالتّعويض لا يحمل صبغة العقوبة ضدّ المحامي بقدر ما هو وسيلة تهدف إلى محو وإزالة الضّرر، أو على الأقلّ التّخفيف من وطأته وآثاره؛ ذلك أنّ الرّغبة في حماية الرّبون المضرور، رغبة قديمة وحديثة أيضاً، لكون التّشريعات البدائية كان لها تصوّر موضوعي للمسؤولية، إذ كان الضّرر وحده يكفي لانعقاد المسؤولية، وكان يومئذ مجرّد حصول الضّرر للمضرور يُحوّل لهذا الأخير الحقّ في الرّجوع على المتسبّب فيه، دون الالتفات للإرادة الأثمة، ودون الاعتداد بالعنصر الشّخصي، إذ أنّ حدوث الضّرر كان يُعتبر وحده عملاً مخالفاً للقانون، سواء أكان الفعل خاطئاً أم غير خاطئ. غير أنّه عيب على هذا النّظام أنّه نظام جامد، ولا يُقيم وزناً للعنصر الشّخصي،

(١٦٥) قرار المحكمة العليا المؤرخ في ٣١/٠٣/١٩٩٣، ملف رقم ٩٧٨٦٠، جاء فيه: "حيث إنّ الضرر المشار إليه في القرار لم يوجد أي نص في العقد يقدره، وبالتالي فإنّ تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإنّ مراقبته غير خاضعة لسلطة المحكمة العليا، وأنّ تعيينه خبيراً من أجل تقدير التعويض غير ملزم للقاضي، إذا كانت عناصر التعويض كافية في الملف وتسمح للقاضي بتقدير الضرر الناتج". قرار منشور في عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ٢٠٠١، ص ٦٩.

(١٦٦) قرار المحكمة العليا المؤرخ في ٢٤/٠٥/١٩٩٤، ملف رقم ١٠٩٥٦٨، م.ق.، سنة ١٩٩٧، عدد ٠١، ص ١٢٣.

د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص ١٢٩.

وفيه من الحيف ما يُقلل من شأنه و يُزيل عنه بريقه، ثم حلّ محلّه نظام المسؤولية الشخصية وأخذ يتوسّع نطاقه بحجّة قيامه على أساس العدالة والإنصاف، وأنّه يُمثّل مظهراً من مظاهر التّقدّم الإنساني والتّطوّر الاجتماعي^(١٦٧).

وقد تطوّرت المجتمعات وازدادت تقدّماً، وقفزت المدنية قفزات إلى الأمام في شتّى المجالات، علمية وصناعية، وبدأت تظهر حالات يُصاب فيها المضرور بأضرار بالغة ويبقى فيها الخطأ مجهولاً، إمّا لأنّه يصعب اكتشافه، أو لأنّه يستحيل معرفته والوقوف عليه أو حتّى لأنّه يتعذّر إثباته، فاجتهد العاملون في حقل القانون، والمنشغلون بموضوع المسؤولية المدنية بأفكارهم، فاهتدوا إلى وجوب الرجوع مرّة أخرى إلى أعمال نظام المسؤولية الموضوعية، وفصل التعويض عن الخطأ، لمواجهة شتّى المخاطر الناتجة عن التّقدم العلمي، أو حتّى الاحتراف الذي يجعل من صاحبه، ذا مركز قويّ مقارنة مع العميل أو الرّبون الجاهل، صاحب المركز الضّعيف، تجسّداً لفكرة التّضامن الاجتماعي، وإحلالها محلّ روح الأنانية الفردية^(١٦٨)، بُغية إقامة التّوازن المعقول والمنشود بين من يُحدثون الضّرر، وهم قلة في العدد، كُثر في الغدّة، وبين أطراف أخرى هي الأكثر عدداً والأقلّ غدّةً والأكثر تحمّلاً^(١٦٩).

ثمّ ظهرت فكرة التّضامن على يد بعض الفقه، على اعتبار أنّ فكرة الضّمان تُجسّد مبدأ التّكافل والتآزر الاجتماعي بين فئة المضرورين، الذين يُعدّون فريسة للفقر والبؤس، وعدم إمكانية حصولهم على تعويض، وبين من يتسبّبون في هذا الضّرر ويفلّتون من أداء التعويض للمضرورين^(١٧٠)، لأنّ الإشكال الأساسي في المسؤولية المدنية، إنّما يتلخّص في المُفاضلة بين الحقوق المتنازعة والمتلازمة أحياناً، وهي حقّ فاعل الضّرر في أن يأتي الفعل، وحقّ المضرور في أن يعيش سليماً في جسده وفي ماله، ومصونة حرّيته ومصالحه المشروعة، دون إخلال أو اعتداء على حقّه في الاستقرار، فإن كانت النّتيجة المترتبة عن المُفاضلة، فيها غلبةٌ لحقّ المضرور

(١٦٧) محمد نصر الرفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٥٤.

(١٦٨) د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨، ص ٢٢٩.

(١٦٩) A.Veill et F.Terré, Droit civil: Les obligations, 3ème éd., p.593.

(١٧٠) B.Stark, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, Paris, 1947, p.38, 44.

فإنّ على فاعل الضّرر تضمينه وتعويضه، أمّا إن عَلا حقّ فاعل الضّرر ومُحدثه فلا يستوجب فعله التّضمنين.

وإذا كان الالتزام بالتّعويض، خاصّة وأنّه في الوقت الرّاهن لم يُعدّ يقتصر على المسؤولية الفردية القائمة على الخطأ، بحيث ظهرت إلى جانبها المسؤولية القائمة على تحمّل التّبعة، كما ظهر نظام التّأمين في بداية القرن الماضي، ثم بزغ إلى الوجود نظام التّأمينات الاجتماعية.

وبناء على ذلك تدخلت الأنظمة الجّماعية لتحمّل أعباء التّعويض إلى جانب المسؤول الفرد، وأحياناً أخرى لتحمّل أعباء التّعويض بدلاً منه، وذلك في عصر أمكن تسميته بعصر تربّع المسؤولية الجّماعية على عرش قانون المسؤولية، نظراً لإخفاق قواعد المسؤولية المدنية المهنية الفردية في توفير حماية فعّالة للمضروبين^(١٧١)، وتغادياً للارتباكات وللخلل في التّوازن القانوني.

ولعلّ الدّولة وكذا المؤسّسات الاقتصادية والاجتماعية تبدو في النّظام القانوني المُعاصر المدين الكبير المكلّف بتعويض المضروبين، وأنّه في كلّ مرّة لا يجد فيها المضروب مديناً مُوسراً قادراً على الدّفع، أو حين يستنفذ المضروب كلّ الطّرق والوسائل المتاحة له، فلا يجد وسيلة تُمكنه من ذلك، تتدخّل الدّولة، باعتبارها مديناً نهائياً وأخيراً، لتعويض المضروب إذا لم يجد من يُعوّضه^(١٧٢).

ولعلّ هذا الأمر يُبيّن بما لا يدع شكّاً، أنّ قواعد المسؤولية الفردية قد عجزت عن ملء الفراغ وتلبية الحاجات التي تُحدثها الأضرار التي تلحق بالنّاس المضروبين، وذلك إمّا بسبب تعذّر تحديد المسؤول عن الضّرر، نتيجة تعقّد وتشابك الأنشطة فيما بينها، سواء داخل مرفق القضاء أو حتّى خارجه، أو نظراً لشيوع الخطأ بين أشخاص مُتعدّدين اشتركوا في نشاط واحد، كأن يتولّى المرافعة على متّهم واحد أكثر من محام، ويرتكبون خطأ مشتركاً. وتُعزى في الأخير أسباب قيام النّظام الجّماعي للتّعويض إلى جسامّة الأضرار التي يتسبّب فيها المسؤول عنها، في حالة ما إذا وُجد هذا المسؤول في حالة تحول بينه وبين إمكانية التّعويض، بحيث قد يعجز عن كفالة المضروب نظراً لجسامّة الأضرار وقلة إمكانيات المسؤول^(١٧٣).

R.Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'au-jour d'hui, Paris, DALLOZ, 1964, p.333.

(١٧٢) راجع: المادة ١٤٠ مكرر ٠١ مدني التي جاء فيها: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم يكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر."

Y.L.Faivre, L'évolution de la responsabilité civile, Rev. Trim. Du D.C.V.L., (١٧٣) 1987, p.01.

وقد كرّس القضاء هذا التطوّر بإصدار أحكام وقرارات، الشيء الذي دفع بالمشرّع، وخاصّة في فرنسا وكذلك الجزائر، إلى استحداث أنظمة قانونية، كنظام التأمين عن المسؤولية المدنية^(١٧٤) ونظام التأمينات الاجتماعية^(١٧٥). وحسبنا أن انتشار مثل هذه الأنظمة تؤدّي إلى نقض البنيان التقليدي للمسؤولية، ليقوم بذلك التزام آخر بالتعويض، مغاير للأوّل، ينشأ باستقلال وانفصال عن فكرة الخطأ الشخصي الواجب الإثبات.

وقد أشارت الأستاذة فيناي^(١٧٦)، إلى ظاهرة اضمحلال المسؤولية الفردية وحلول نظم التعويض محلّها، وبالتالي حلول المسؤولية الجماعية محلّ المسؤولية الفردية، مؤكّدة على أنّه يُمكن للنظاميين القانونيين والمسؤوليتين أن تعيشا معاً. فإذا كانت المسؤولية المدنية المنظمة قانوناً، باعتبارها نظاماً جماعياً للتعويض، تُسهّل وتيسّر على المضرور حصوله على مبتغاه، وتوصّله إلى التعويض العادل والملائم للأضرار اللاحقة به، وعلى الرّغم من مزايا هذا النظام، فإنّه ليس ثمّ ما يَمنع من الإبقاء على النظام التقليدي للمسؤولية الفردية من خلال تمكينها من أداء الوظيفة الرادعة المانعة للأخطاء المسبّبة للأضرار، لأنّ لفظ المسؤولية ارتبط، ومنذ الأزل البعيد، بالمعنى الأخلاقي والفلسفي الذي تقوم عليه المسؤولية الفردية.

ولا يُنكر أحد ضرورة أن يكون المحامي مستقلاً في عمله، أو أن يكون حراً في أداء أنشطته المرتبطة بمهنته، لأنّ الحرّية كانت وستبقى لصيقة بالشخصية الإنسانية أوّلاً، وبالمحامي ثانياً، وأنّه من الطّبيعي ألاّ يُحاسَب المحامي إلّا عن الأخطاء التي يرتكبها، أي عن تلك الأفعال المُشينة والمُستهجّنة التي تُثير الاتّهام من النّاحية الأخلاقية والاجتماعية.

بيد أنّ تعاظم الأضرار التي قد تُصيب الرّبّون في ماله، وحُرّيته، وشرفه وسمعته، وتعاظم المخاطر التي تُصاحب نشاط المحامي في ظلّ التّرسّنة الكبيرة من القضايا المختلفة، والقوانين المتشعّبة والأنظمة القانونية المعقّدة، فإنّ القواعد القانونية

(١٧٤) راجع: المادة ٩٠ من قانون المحاماة حيث جاء فيها: "يجب على المحامي أن يكتب تأميناً لضمان مسؤوليته المدنية الناتجة عن الأخطار المهنية". وانظر كذلك: المادة ٩٣ من النظام الداخلي للمحاماة حيث جاء فيها: "على المحامي الاكتتاب إجبارياً في عقد التأمين عن مسؤوليته المهنية بسبب الإهمال والأفعال التي قد يرتكبها من ممارسة مهامه".

(١٧٥) راجع: المادة ٩٢ من النظام الداخلي للمحامي: "إنّ المحامي ملزم بالانخراط في هيئة التأمين الاجتماعي التي ينتمي إليها، وعند توظيف مستخدمين أجراء، يجب عليه التصريح بذلك إلى هيئة النظام الاجتماعي...".

التقليدية للمسؤولية المدنية المهنية المبنية على الخطأ وحده، بأوصافه التقليدية، لم تعد تتفق وحاجيات العصر الحالي وسماته.

لذلك كان لازماً، وأصبح ضرورة، أن يقع عبء التعويض عن الأضرار على عاتق من أوجدها بإرادته، باعتبار أنه هو الذي كان السبب في هذه المخاطر، وأنه هو الذي أحدثها بإرادته أيضاً، وحين يعجز هذا المحامي الذي أوجد الضرر بإرادته، تتدخل الأنظمة الجماعية لتقف إلى جانبه لتحل محله كلية، حين يستلزم الوضع ذلك، من أجل أن تتولى دفع التعويض^(١٧٧).

إن التطور نحو هذه الأنظمة الجماعية للتعويض يتجلى في تكاثف وتأزر مع النظام التقليدي للمسؤولية المدنية المهنية، لكنه لا يتعارض معها ولا يناقضها، وبالتالي فإن دور المسؤولية الفردية في تحقيق الردع والمنع من الوقوع في الخطأ يبقى قائماً مستتبساً من أجل التدخل لمعاقبة المخطئ، جزراً له وردعاً لغيره، حتى تظل القاعدة القائلة: "لا تزرز وزارة وزر أخرى"، معتصمة ببريقها، وحتى تبقى مقولة: "من يعمل مثقال ذرة شراً يره"، صالحة التطبيق على المحامين، ولم لا؟.

مما لا شك فيه أن الأبنية القانونية التقليدية، أي قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، لا تصلح في ذاتها ولوحدها لكي توفر حماية كافية للمضرورين المتقاضين ممن يتعاملون مع المحامين، إذ لا يمكن الجزم بصورة قاطعة عما إذا كان الضرر اللاحق بالمضروور، سببه الرئيسي هو تصرف المحامي في كثير من الحالات، أو أنه راجع إلى خطأ مرفق القضاء أو حتى خطأ شخصي للقاضي، وحتى إذا كان الضرر يُعزى إلى المحامي، فربما ساهمت فيه عوامل أخرى^(١٧٨)، وبالتالي يصبح صعباً الجزم بأن الضرر ناشئ عن تصرف المحامي وحده، مما يصعب إسناد الفعل الضار لمرتكبيه، من حيث رابطة السببية بين الفعل والضرر، بحيث يثور التساؤل عن دور وقدر مساهمة هذه العوامل المصاحبة لتصرف المحامي والمرافقة له في إحداث الضرر، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما تساءلت وبحق، عن مدى دور غياب المحامي عن الجلسة في تأثيره على صدور الحكم ضد الزبون^(١٧٩).

G.Viney, Le déclin de la responsabilité individuelle, L.G.D.J., 1965, p.382. (١٧٦)

Il est admis qu'un barreau peut imposer à ses membres une assurance collective de responsabilité civile professionnelle à adhésion obligatoire. Cass. Civ., 05 octobre 1999, J.C.P., 1999.11.10197, Concl. J. Sainte-Rose. (١٧٧)

Cass. Civ., 20 janvier 1993, Bul. Civ. I, N°23. (١٧٨)

Voir l'arrêt: C.A., Grenoble, 14 fev. 1974, Gaz. Pal., 1984.2, p.753. (١٧٩)

يترتب على هذا أنّ الاعتماد على قواعد المسؤولية التقليدية بأحكامها المعروفة، كاشتراط الخطأ، ووجوب إثباته من طرف الزبون والتدليل على ارتباطه بالضرر من طرفه أيضاً، يُهدر كلفة مبالغ الزبون، وعلى العكس من ذلك فإذا أخذنا بالمسؤولية الموضوعية - الأخطائية - فإننا سنُلقي بأعباء المسؤولية كلفة على المحامين، وتُصبح مسؤوليتهم غير محدّدة، قد يعجز أصحاب الجبّة السوداء على تحمّلها والقبول بآثارها، نظراً لوجود تعويضات يصعب الوفاء بها، ممّا قد يُعرقل في النهاية، السير الحسن لمهنة الدفاع ويحول بينها وبين أدائها لعملها الشّريف والنبيل.

أمّا من حيث وسائل دفع المسؤولية المدنية، فإنّ القواعد التقليدية في هذه المسؤولية، تُتيح للمحامي عندما يكون مدّعي عليه أو ضده، إمكانية اللّجوء إلى وسائل معيّنة، يستطيع عن طريقها قطع رابطة السببية، ويترتب عليها إعفاؤه كلفة من المسؤولية، لذلك فالأمر يحتاج إلى نظام تعويض خاص بالمهنيين يضمن حماية متوازنة ويحقّق هدفاً مزدوجاً، حيث يُلبّي حاجات الطّرف المضرور، ولا يُلقي بكلّ ثقله على المهني وحده، وهو المحامي في هذه الحالة.

وبالتّالي لا يجوز للمحامي أن يشترط على زبائنه الإعفاء من المسؤولية المدنية كلفة أو تحديد مداها قبل وقوع الضرر، وكلّ اتّفاق بهذا الخصوص يكون باطلاً ولاغياً، سواء وُجدت رابطة عقدية بين المحامي وزبونه أو كانت هذه الرّابطة أو العلاقة ذات طابع تشريعي قانوني، ذلك أنّ الشّروط، ولو تمّ تجسيده على شكل اتّفاق بين المحامي والزّبون، فإنّ هذا الاتّفاق يكون غير متكافئ ويخالف مقتضيات العدالة، ولا ينسجم مع طبيعة مهنة المحاماة، لأنّه يُعطي امتيازات للطّرف القويّ على حساب الطّرف الضّعيف^(١٨٠)، ولا يصلح نصّ المادّة ١٧٨ من القانون المدني الذي يقضي بجواز الاتّفاق على إعفاء المدين من أيّة مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التّعاقدي للتدليل على عكس ما نراه، ذلك أنّ المسؤولية المهنية التي يخضع لها أصحاب المهن عموماً، ومنهم المحامون، تخرج بحكم طبيعتها عن الرّضوخ للقواعد العامّة التي بدأت تتغيّر وتحوّل عند البعض ممّن اعتبر ذلك وسيلة استغلال للجانب القويّ على الجانب الضّعيف، لأنّ فئة المضرورين لم تعدّ تتقبّل المصائب والفواجع عن طيب خاطر^(١٨١). هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الفقرة الموالية من نصّ المادّة ١٧٨، التي جاءت

(١٨٠) راجع: عبد الباقي محمود سوادي، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

(١٨١) A. Tunc, La responsabilité civile, Op. Cit., p.02. où il a écrit « l'importance actuelle de la responsabilité civile tient aussi au fait que l'on accepte de moins en moins le malheur. ».

معيبة، نصّت على بطلان كلّ شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل "الإجرامي"، والصّواب أن يُستبدل مصطلح إجرامي بعبارة "الفعل غير المشروع" ^(١٨٢)، حتّى يُصبح واضحاً أنّ الإعفاء من المسؤولية، سواء أكان إعفاء كلياً أم جزئياً، وسواء أكان الهدف من ذلك الاتفاق، أن ينحصر ضمان المسؤول عن الفعل الضّار على مبلغ محدّد يَنصَبُ عنه الضّمان، وبِغض النّظر عن جسامّة الضّرر، أم تقييد المسؤولية بحصرها في أفعال ضارّة دون سواها، وينطبق هذا الحكم على مسؤولية المهنيين، ولو كان العقد قائماً وموجوداً بين المحامي المهني والرّبون.

أمّا الصّالح الذي يتّفق فيه المحامي مع زبونه أثناء سير الدّعى أمام الجهات القضائية المختصّة للنّظر في مدى مسؤولية المحامي وتقدير التّعويض، بعد أن يكون الضّرر قد حصل فعلاً، فليس هناك ما يحول بينهما وبين التّصالح على إعفاء المحامي من التّعويض كلفة أو الاكتفاء بتعويض يتواءم عليه، ولو كان مبلغه أقلّ ممّا يُستحقّ له ^(١٨٣). ويغدو الصّالح المتّفق عليه سنداً تنفيذياً يقبل التّنفيد الجبري ويُرْتَبُ كافة آثاره ^(١٨٤). وهكذا نصّ المشرّع اليمني في نصّ المادّة ٧١٠ من القانون المدني على أنّه: "يقع باطلاً كلّ شرط يقضي بإعفاء المدين عن عدم تنفيذ الالتزام أو عن تنفيذه تنفيذاً غير ملائم، ويقع باطلاً أيضاً كلّ شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضّار." ^(١٨٥).

إنّ أحكام هذا النصّ تصلح للتّطبيق على المهنيين، ومنهم المحامون، إذ تُقرّر مسؤوليتهم المدنية على أساس أحكام المسؤولية المهنية التي تُعدّ أكثر تشدّداً من أحكام المسؤولية التّقليدية، وموازية مع ذلك ينبغي إعمال فكرة التّأمين من كل أعمال، وتصرفات وأفعال المحامي المهنية، بحيث يشمل هذا التّأمين الذي يُنتسب إليه المحامي، كلّ الأضرار التي تلحق الرّبون من جرّاء فعل وتصرف المحامي، دون مضايقة هذا الأخير بالبحث في أخطائه، بل الاكتفاء بوجود الضّرر، ويكون هذا الضّرر

(١٨٢) راجع: نص المادة ١٧٨/٣ من القانون المدني التي جاء فيها: "...ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

(١٨٣) راجع: د. وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، منشورات جامعة دمشق، ص ٢٨٧.

(١٨٤) أحمد حسن لحماضي، الحق في التعويض: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، الدوحة - قطر، ١٩٩٥، ص ١٣.

(١٨٥) راجع: المادة ٧١٠ من القانون المدني لجمهورية اليمن.

على علاقة بالنشاط المهني للمحامي، فتتكفل هيئة التأمين بتعويض زبائن المحامين المتقاضين عن الأضرار التي لحقتهم من عمل المحامين.

ومما لاشك فيه أنّ هذا المنحى، سيُمكننا من إعفاء القضاة من معاناة وصعوبة البحث في وجود الخطأ من عدمه، وفي ثبوته أم لا، وفي وجود الرابطة بينهما وثبوتها أم أنّ الأمر غير ذلك، على أن تكفل هذه المسؤولية التأمين الإجباري الذي يحل محل المحامين كلّما ارتكبوا خطأ مهنيًا، وذلك أنّ نظام التأمين يُقدّم امتيازات لزبائن المحامين، بحيث يُمكن هؤلاء من ضمان شخص مليء ليس من السهل إفلاسه، ونداراً ما يُلاحظ إفساره، يُعوضهم عن الأضرار التي تُصيبهم، مهما كانت قيمة ذلك التعويض.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ هذا النظام يُقدّم خدمات وامتيازات للمحامي، بحيث يستطيع هذا الأخير ممارسة نشاطه ومهامه دون خوف ولا تردد، ولا يُنغص عليه شبح المسؤولية حياته العملية والمهنية، زد على ذلك أنّ المحامي، في مثل هذه الأوضاع، ليس هناك ما يمنعه من الإقرار بخطئه المهني، وليس هناك بعد ذلك أمام القضاء من ملاحظة الضرر والتأكد من وجوده وتقرير التعويض اللازم بشأنه.

وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري^(١٨٦) عندما جعل التأمين عن المسؤولية المدنية للمحامي أمراً إجبارياً بمقتضى المادة ٩٠ من قانون المحاماة التي جاء فيها: "يجب على المحامي أن يكتتب تأميناً لضمان مسؤوليته المدنية الناتجة عن الأضرار المهنية". كما أنّ المادة ٩٣ من النظام الداخلي للمحاماة قد أكدت على هذا المبدأ بالتّصيص عليه بقولها: "على المحامي الاكتتاب إجبارياً في عقد التأمين عن مسؤوليته المهنية بسبب الإهمال أو الأفعال التي قد يرتكبها عند ممارسته للمهنة".

الفرع الثاني رابطة السببية

لا يستطيع المرء أن يُجزم أنّه كلّما وقع ضرر على الزبون من جراء دعوى قضائية أو إجراء من إجراءات التقاضي، ولو كان المحامي قد تصرف تصرفاً يئم عن الإهمال وقلة الاحتياط والحذر، نهضت مسؤولية هذا الأخير، ووجب عليه التعويض.

(١٨٦) راجع: قانون المحاماة الجزائري رقم ٠٤/٩١ الصادر بتاريخ ٠٨ يناير ١٩٩١. وانظر كذلك: النظام الداخلي لمهنة المحاماة الصادر بتاريخ ٠٤ سبتمبر ١٩٩٥. جريدة رسمية رقم ٤٨، سنة ١٩٩٥، ص ١٧ وما بعدها.

والسبب في ذلك أنَّ الرابطة السببية بين عمل المحامي الخاطئ والضرر الحاصل لابدَّ من أن تتوافر في النازلة.

وهذا المنطق والمسار القانوني السليم، يظهر للوجود، سواء أكانت المسؤولية، مسؤولية تقصيرية أم مسؤولية عقدية، إذ لا يكفي الخروج عن بنود العقد ومخالفتها بالإحجام عن التنفيذ أو التنفيذ المعيب، وتحقق عنصر الضرر في ذمة الزبون، بل لابدَّ من أن يكون الضرر الحاصل للزبون ناتجاً عن عدم التنفيذ أو التنفيذ الخاطئ للعقد.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى العلاقة السببية في المادة ١٢٤ من القانون المدني بذكره لكلمة "يُسبب" (١٨٧).

ورابطة السببية، باعتبارها مجموعة من العوامل الإيجابية والسلبية التي تساهم في إحداث النتيجة أو الضرر (١٨٨)، ركن لابدَّ توافره لقيام مسؤولية المحامي، ولو كانت رابطة السببية ليست بالشئ الذي يرى أو يلمس، ومع ذلك فهي رابطة يستنتجها القاضي من الظروف المحيطة والمصاحبة للخصومة ومن القرائن الدالة على توافرها.

ولا غرابة في أن يُطلب من القاضي أن يبحث بنفسه عن علاقة السببية في كل دعوى من الدعاوى التي تُرفع ضدَّ المحامين، وأن يراعي منتهى الحرص، فلا يتسرع في استنتاج نتائج، أو تصوّر قرائن، لا رباط بينها وبين المنطق، ويرفضها نطس المحامين الشرفاء.

ولعلي أقرَّ أنَّ تحديد الرابطة السببية في المنازعات التي يكون فيها المحامي طرفاً مهنيّاً، تُعدُّ من المسائل الشاقة والأمر العسيرة، والسبب في ذلك مرده إلى أنَّ دور خطأ المحامي في حصول النتيجة المتمثلة في الضرر، ليس من الهين تبينه (١٨٩).

(١٨٧) راجع: المادة ١٢٤ من القانون المدني: "كل عمل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

(١٨٨) P. MARTEAU, Causalité dans la responsabilité civile, Thèse, AIX, 1914.

وقد ضرب هذا الفقيه مثلاً في غاية الأهمية حيث قال: "إن الشخص الذي يدس السم لشخص آخر، ويتناوله ثم قبل أن يسري في عروقه، يأتيه شخص آخر ويقتله برصاصة، فإن خطأ الشخص الأول قد تحقق بدسه السم، لكن هذا الأخير لا يسأل عن القتل لأنه لا وجود للعلاقة السببية بين الخطأ المرتكب والقتل".

(١٨٩) قرب هذا المعنى: عبد الباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

إن صعوبة وجود العلاقة السببية بين خطأ المحامي والضرر الذي أصاب الزبون نلمسها إذا عُدنا إلى الحالات التي عُرضت على مختلف الجهات القضائية، فهذه محكمة باريس في حكم لها مؤرخ في ١٩ سبتمبر ١٩٧٦^(١٩٠)، قضت بانعدام الرابطة السببية بخصوص دعوى أقامها تاجر سيئ الطالع ضد محاميه، لعله يجد مخرجاً لنفسه من الصعوبات التي يتخبط فيها، والتي كان قد تعرض لها، حيث ادعى أنه كان ضحية خطأ المحامي الذي حرر تنازلاً عن المتجر، دون أن يبحث ويستعلم عن وجود الرهن الجيزي على هذا المتجر من عدمه، ثم ادعى بأن الضرر الذي حصل له نتيجة خطأ المحامي، يتناسب مع نزع اليد عن المتجر كنتيجة للبيع العلني عن طريق الدائن المرتهن للشيء المبيع.

لكن المحكمة رأت أن التاجر نُزعت يده عن المتجر، ليس بسبب خطأ المحامي، وليس لوقوع البيع الإجباري لصالح الدائن المرتهن، ولكن لأن مالك هذا المحل كان قد حصل على حكم يقضي بطرد هذا التاجر من المتجر بسبب إحجامه عن دفع الإيجار.

كما أن محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٨٧م^(١٩١)، اعترفت وأقرت بوقوع خطأ من طرف المحامي، ومع ذلك قضت بعدم مسؤوليته، نظراً لتخلف العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك أن الزبون لم يستطع إثبات أنه لم يكن ليقبل التوقيع على الاتفاق المُنجز، لو أن محاميه أخبره بالنتائج القانونية التي تترتب وتنتج عن الإمضاء على هذا الاتفاق، مما يجعل الرابطة السببية بين خطأ المحامي في عدم تنوير زبونه وإعلامه، وبين الضرر الحاصل له من جراء إمضائه لهذا الاتفاق، غير ثابتة.

الفرع الثالث

تقدير التعويض

إذا توافرت اللوازم الضرورية لاستحقاق التعويض، صار من واجب القاضي تقدير هذا التعويض والحكم به.

والتعويض عموماً قد يتولّى القاضي تقديره وفق معطيات وملابسات النزاع المطروح، ووفق المراكز القانونية للخصوم الماثلين أمامه، وإلى هذا أشارت المادة ١٣١ من القانون المدني بقولها: "يُقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق

(١٩٠) T.G.I. de Paris, 09 septembre 1976, Juris-Delta, Banque de données juridiques.

(١٩١) C. A. de paris, 24 février 1987, D.1988, p.138.

المصاب"، طبقاً لأحكام المادتين ١٨٢ و ١٨٢ مكرر^(١٩٢)، مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُقدّر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب، خلال مدة معينة، بالنظر من جديد في التقدير.

والغالب الأعم أن يكون التعويض قضائياً، لأنّ التعويض القانوني، يخرج عن نطاق التزامات المحامي، كما أنّ التعويض الاتفاقي الذي يُمكن تصوّره في حالة الاتفاق والتعاقد بين المحامي وزبونه من المسائل النادرة الوقوع^(١٩٣)، لتعارضه مع طبيعة عمل المحامي القائم على الحرية والاستقلال، ونوع الالتزام الذي غالباً ما يكون التزاماً ببذل عناية، ولذلك فإنّ التعويض يكون في العادة مالا يُقابل الخسارة الحاصلة والمكسب الضائع^(١٩٤).

وعلى ذلك يتوجب على المحكمة أن تُبين في الحكم بالتعويض عناصر الضرر المطلوب التعويض عنها، وما يدخل منها في حساب التعويض، والسبب في ذلك أنّ هذه العناصر تُعدّ من قبيل التكييف القانوني للواقع^(١٩٥)، ومن ثمّ تُعدّ من مسائل القانون، والحكم في هذا الشقّ يخضع لرقابة المحكمة العليا من أوجه ثلاثة، أولها: أن تتأكد المحكمة العليا من أنّ عناصر الضرر التي اعتدّت بها محاكم الموضوع عند تقديرها للتعويض تتوافر فيها الشروط القانونية لاستحقاق التعويض عنها، وخاصة أن يكون الضرر مباشراً، وثانيها: أن تتأكد المحكمة العليا من أنّ القضاة لم يغفلوا في تحديد التعويض عنصراً من عناصر الضرر الذي يُستحقّ التعويض عنه كتفويت الفرصة مثلاً^(١٩٦)، وثالثها: أن تتأكد المحكمة العليا من الجهة القضائية الفاصلة في موضوع الدّعى أنّها لم تُولج عند تقديرها للتعويض، عنصراً لم يطلب الخصوم التعويض عنه، حتّى لا تكون قد قضت بما لم يطلبه منها الخصوم^(١٩٧).

وإذا كان القضاء - في كثير من الأحيان - يلتمس العذر للمحامي المدعى عليه من طرف زبونه الذي يتهمه بالخطأ في حقّه والتقصير في أداء واجباته تجاهه، وذلك

(١٩٢) تنص المادة ١٨٢ من القانون المدني: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."

(١٩٣) وتنص المادة ١٨٢ مكرر من القانون المدني على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."

(١٩٤) راجع: قرار المحكمة المؤرخ في ٠٨/٠٥/١٩٨٥، المجلة القضائية، ١٩٨٩، عدد ٠٣، ص ٣٤.

(١٩٥) الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

(١٩٦) Cas. Civ., 18 oct. 1978, Gaz. Pal., 1979.1., p.118. Note A.Damien.

(١٩٧) راجع: المادة ١٦/٣٥٨ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لصعوبة إثبات الخطأ المهني الذي يتعلّق بنواحي فنية قانونية^(١٩٨)، مرتبطة بمعطيات الواقع والظروف المحيطة، حتّى أنّه طلب في أحد قراراته، الزّيون تبيان وتوضيح الضّرر اللاحق به من جرّاء غياب المحامي عن جلسة من الجلسات وأثر ذلك الغياب على الحكم الذي أصدره القضاء^(١٩٩).

ومع ذلك، ففي الحالات التي يقوم فيها خطأ المحامي وتتحقّق فيها مسؤوليته بتوافر باقي عناصرها، فإنّ القضاء لا يتوانى عن الحكم على المحامي بالتّعويض، على أنّ يُقدّر التعويض بقدر الضّرر، وقت الحكم به، مهما طال أمد التقاضي، ممّا يعني إمكانية طلب الزّيادة في التعويض إذا تغيّر الضّرر وزاد عمّا كان عليه وقت وقوع الخطأ.

وأن يكون التعويض لا يقلّ عن الضّرر وأن يكون هذا التعويض لا يزيد عن الضّرر^(٢٠٠).

بقي لنا أن نلاحظ في الأخير أنّ المشرّع الجزائري قد عالج موضوع الضّرر غير المباشر في المادّة ١٨٢/٠١ من القانون المدني بقوله: "إذا لم يكن التعويض مقدّراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يُقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويُعتبر الضّرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهد معقول".

يُمكننا أن نتبيّن من هذا النّص أنّ المشرّع الجزائري قد عرّف الضّرر المباشر بأنّه ذلك الضّرر الذي كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي سبّب الضّرر، ولكنّ السّؤال الذي يُطرح علينا هو متى يكون الضّرر الذي حدث للمضّرور هو نتيجة طبيعية للخطأ؟ النّص سالف الذّكر أجاب بنفسه عن السّؤال، بقوله أنّ الضّرر يكون نتيجة طبيعية للخطأ إذا لم يكن في استطاعة الدائن "الزّيون" أن يتوقّاه ببذل جهد معقول.

(١٩٨) ليس هناك ما يمنع أن يكون التعويض غير نقدي طبقاً للقانون الجزائري. في صورة نشر الحكم على نفقة المحامي في الصحف إذا اكتفى المدعي بذلك، متى تعلق الأمر بإفشاء المحامي لسر من أسرار زبونه كان عليه كتمانهم وعدم البوح به، مما أدى إلى المساس بكرامة هذا الزبون وتشويه سمعته، أو كان يلتزم المحامي برد شيء قبضه وتسلمه من زبونه دون وجه حق.

J.Monager, M.L.Domeester, Op. Cit., p.244.

(١٩٩)

C. A. Grenoble, 14 fev. 1984, Gaz. Pal., 1984.2, p.753.

(٢٠٠)

إنّ هذا المعيار الذي وضعه المشرّع الجزائري، قد جانب فيه الصواب في نظر البعض على الأقلّ، وذلك أنّه لا يُمكن أن يثبت حتما وصف الضرر المباشر، لكلّ ضرر لا يستطيع الدائن أو الزبون توقّيه وتجنّبه ببذل جهد معقول، ويُمكننا أن نضرب مثالا لذلك^(٢٠١)، بالقول إذا أُصيب أحد الزبائن من جزاء عدم قيام محام بطعن في الحكم الصادر ضده، بوعكة صحّية خفيفة، ثمّ انتقل إلى المستشفى للعلاج، فانقل إلى مرض من الأمراض المتقلّبة والمعدية، فأودى بحياته. فإنّ الوفاة في هذه الحالة لا تُعتبر نتيجة طبيعية للحادثة مع المحامي، وبالتالي فلا تكون محلاً للتعويض، وذلك على الرّغم من أنّ الزبون المصاب، لم يكن في استطاعته أن يتوقّى المرض المعدي الذي انتقل إليه في المستشفى أو العيادة، ببذل جهد معقول.

ومن هذا المنطلق يُمكننا القول بأنّ معيار "الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه بجهد معقول" ليس ولا يُعدّ ولا يُعتبر المعيار الوحيد الذي يتمّ تحديد الضرر المباشر بمقتضاه بصفة حصرية، إنّما يُعتبر معياراً أو حالة تدخل في مدلول الضرر المباشر فقط، وإلاّ فإنّ هذا المعيار لا يُسعف القاضي في بعض الأحيان، حتّى يُحدّد هذا الضرر المباشر، الشّيء الذي يدفع إلى التّفكير في وضع نصّ آخر يضبط معنى الضرر المباشر بدقّة أكثر، وذلك بإعمال فكرة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا كان هذا الأخير عبارة عن نتيجة مؤكّدة للخطأ ويرتبط بعلاقة سببية منتجة معه، سُمّي هذا الضرر مباشراً، أمّا إذا لم يرتبط مع الخطأ بعلاقة سببية فعّالة ومنتجة، فإنّ الضرر يُسمى بالضرر غير المباشر^(٢٠٢).

وحسبي في هذا الاتجاه أنّ القانون لا يُمكن إلّا أن يكون توأم المجتمع، أقرز ولا يزال يُفرز من الأنظمة ما يحفظ استمرارية قيام المجتمع بأشخاصه العاديين ومهنيّيه المحترفين، فهو يُعدّل من أنظمتها ليلائم بينها وبين المتغيّرات المستمرة المعبرة عن حركة الحياة، التي من سماتها وخصائصها الأساسية التّغيير.

ولما كانت السّلامة الجسدية للإنسان، وحرّياته، وحقوقه اللّصيقة بشخصيته القانونيّة، وحمائتها من المتطلّبات الاجتماعيّة الفطريّة اللّصيقة باستمرار حياة البشر، قد تهدّدت بالمخاطر الكبيرة التي ما فتئت تُفرزها الحضارة الحديثة، ممّا أدّى إلى

(٢٠١) راجع: المادة ١٨٤/٠٢ من القانون المدني التي تنص على: "ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مُفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

(٢٠٢) د. جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، ١٩٧٦، ص ٥٠٤. وانظر كذلك: د. جلال على العدوي، أصول الالتزامات، ١٩٩٧، ص ٤٥٤.

التّوسّع في الأخذ بالمسؤولية الخاصّة للمهنيّين المحترفين، بشتّى الصّور، سواء من خلال تشريعات خاصّة مهنية متشدّدة، أو من خلال الاجتهاد القضائي الخلاق أو من خلال التّفسير الفقهي.

لذلك ينبغي أن نلاحظ أنّ المجتمع المعاصر قد أفرز نظاماً قانونية جديدة، من شأنها تأكيد حصول المضرور على تعويض ما لحقه من ضرر، دون الاعتداد بنوعيّة الخطأ، أو التّكلف في إثباته أو مراعاة إعسار المسؤول المهني. فهذا كلّ لم يعد معوّقاً في إقرار مسؤولية المحامي وغيره من المهنيّين، ذلك أنّ المسؤول أصبح لا يُجابه الأخطار والأضرار التي يُلحقها بغيره، سواء أكانوا من الرّبائين أم من الغير، لوحده وبمفرده، بل أضحي التّأمين عن المسؤولية المدنية التي يكتتبها ذوو المهن محلّ المحامين المؤمّنين.

متى توافرت أركان المسؤولية المدنية، من خطأ وضرر وعلاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر، فإنّه يترتّب على ذلك التزام المحامي بأداء التّعويض النّاجم عن الضرر الذي كان نتيجة لخطئه.

وينبغي إعمال هذا الالتزام حتّى يُشفى غليل المتضرّر ويغدو الضرر بالنّسبة للرّبون مسألة قد خفّ وقعها على نفسه، ولكنّ المحامي لا يُقرّ في العادة بمسؤوليته طائِعاً مختاراً، الشّيء الذي يدفع بالرّبون إلى رفع دعوى ضده لإقرار مسؤوليته والحكم عليه بالتّعويض.

خاتمة:

إنّ مهنة المحامين، باعتبارهم أصحاب مهنة مرتبطة بالقضاء ارتباطاً وثيقاً، قد عرفت المجتمعات والنّظم القانونية على امتداد التّاريخ، ابتداء من الشّرائع القديمة حتّى وصلت إلى القوانين الحديثة والنّظم المعاصرة. وقد اتّفقت كافة الأعراف، والعادات، واللوائح والنّظم القانونية، التي نظمت مهنة المحاماة، على جملة من الشّروط يجب توافرها فيمن يتولّى مهنة المحامي، ولعلّها اتّفقت على ضرورة توافر شروط العدالة، النّزاهة، الحرص، التّعفّف، الاستقامة والاستقلالية، مع وُجوب التّحلّي بأداب وأخلاق المروءة والصّدح بصوت الحقّ عاليّاً ومُدوياً، ذلك أنّ قداسة الحقوق والحريّات، وسيادة الشّريعة القانونية وموضوعية العدالة، وجلال المحاماة، عناصر مترابطة بحيث لا يستغني بعضها عن بعض، ومتلازمة مفهوماً وقانوناً. وقد يؤدّي المحامي عمله ونشاطه المهني على أكمل وجه ووفق القواعد والأحكام المنظّمة لمهنته، وقد يقع في الهفوة والزّلل، ويرتكب خطأ مهنيّاً يستوجب مسؤوليّة مدنيّاً.

والمسؤولية المدنية عموماً، كما سلف توضيحه، هي تلك الحالة التي يكون فيها الشخص قد ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه والمساءلة، لأنَّ المسؤولية المدنية يكون فيها المرء قد أخلَّ بالتزام مقرر في ذمته، وترتب على ذلك الإخلال ضرر للغير، فيُصبح مسؤولاً تجاه هذا الغير المضرور، ملتزماً بتعويضه عما أصابه من ضرر.

وإذا كان الفقه قد جرى على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، هما المسؤولية العقدية التي تنشأ بمناسبة إخلال المحامي بالتزام عقدي، ومسؤولية تقصيرية تتمخض عن الإخلال بالتزام قانوني، فإنَّ هذا التقسيم لم يعد يُشفي غليل بعض المُشتغلين في الحقل القانوني، حتَّى أن بعضهم حاول التمرّد على هذا التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية.

ولا غرابة في أننا نجد اتجاهاً فقهياً حديثاً، ما فتئ دوره ينمو ويتّسع، وهو يُنادي بضرورة الخروج عن التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية، والاعتداد بنوع آخر من هذه المسؤولية، وهي المسؤولية المدنية المهنية التي تكون فيها التزامات المهنيين أكثر تشدداً، ويكون فيها معيار الخطأ معياراً خاصاً بالمهنيين، شيمته الحرص، واليقظة والفطنة. وتكون فيها أحكام المسؤولية المدنية على جانب من الشدّة لكون المهني طرفاً قوياً في العلاقة القانونية، وهذا ما يُعطى لمسؤولية المحامي وباقي المهنيين، كالأطباء والمهندسين المعماريين وسواهم، ذاتية خاصة، ليس هناك ما يمنع من أن تجمع بين قواعد نوعي المسؤولية المدنية المعروفتين.

فالمسؤولية المهنية تنشأ عن وجود خطأ مهني، ناتج عن مخالفة التزام من الالتزامات المهنية، تخضع لضوابط خاصة بالمهنيين، تتعدّى القواعد العامة، لأنَّ الناس ينظرون إلى المحامي ليس كشخص عادي، بل باعتباره صاحب مهنة لها قداستها ومُؤسومة بالنبل والرّفعة، وبالتالي ينتظرون منه رعاية، وحرصاً، وفطنة ويقظة، تفوق تلك المُنتظرة من الرّجل العادي.

فشهرة المحامي، ومركزه الاجتماعي، وأقدميته في المهنة، كما يكون لها شأن في تحديد الأتعاب التي يجب أن يدفعها الرّبون له، كذلك يكون لها شأن في تحديد مسؤوليته وتقدير التّعويض اللازم دفعه، في حالة ثبوت خطئه وقيام مسؤوليته، أو حتّى في حالة تضيق الفرصة على الرّبون في تحقيق كسب، أو تجنّب وتفادي خسارة، لأنَّ ذلك يُشكّل ضرراً مُحقق الوجود، كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها المؤرّخ في ٠٢ أفريل ١٩٩٧م.

وإذا كانت هيئة الدّفاع، وحقوق الدّفاع تتجسّد في أنّها تُمثّل ميثاق الفرد عموماً، والمتقاضى على وجه الخصوص، بحيث يكفل له الأمن القانوني أولاً، ويسعى لصيانة

كرامته وحرّيته ثانياً، فإنّ المحامي باعتباره حقوقياً محترفاً، ومدافعاً أخصائياً في تمثيل مصالح الأفراد، يتوجّب عليه الالتزام بمبادئ مهنة المحاماة والوقوف عليها بتجسيد قواعدها على أرض الواقع، وهي مهمّة بالغة الخطورة في المجتمع، وعليها ترتكز العدالة، ممّا يجعل من المحامي، باعتباره رجلاً محترفاً، يختلف عن الشّخص والرجل العادي، وبالتالي فهو لا يخضع إلى نفس مسؤولية هذا الأخير، بل يخضع إلى مسؤولية خاصّة بالمهنيين، وذلك لأنّ ما يُطلب منه من الحرص والعناية أكثر ممّا يُطلب من الرجل العادي.

وعلى ذلك فإنّ مسؤولية المحامي تكون مسؤولية مدنية مهنية، تقوم على قواعد، إن لم تكن كلّها من النظام العامّ، فإنّ جزءاً منها يُعدّ كذلك، ويدلّ على ذلك، حرّية الاختيار المتبادلة التي تُعطيها قواعد قانون مهنة المحاماة إلى كلّ من الزّبون والمحامي، بحيث يكون الأوّل حرّاً في اختيار المهني الذي يعهد إليه بمصالحه، ويكون للثاني الحرّية في رفض تأدية أي خدمة، مع التّقيد بحدود الضّرورة والتكليف القانوني، وقاعدة احترام الزّبون، والاعتداد برضائه، وتبصيره، ونصحه، والإفصاح له بما ينوي عمله والنتائج المحتمل الوصول إليها.

أضف إلى ذلك مبدأ الاستقلال المهني الذي يقوم على أساس الحرّية في اختبار طريقة أداء العمل، وعدم الخضوع لغير ما يفرضه القانون، زد على ذلك نبذُ وتحريم فكرة المنافسة غير المشروعة، واستخدام الأساليب والطّرق التجاريّة في ممارسة ومزاولة المهنة واجتذاب العملاء أو الزّبائن بطرق مُلتوية ومشبوهة.

كلّ هذه القواعد نتصّورها قواعد خاصّة بأصحاب المهن عموماً، ومهنة المحاماة على وجه الخصوص، وهي متعلّقة بأساسيات وركائز المهنة.

إنّ إقرار المسؤولية المهنية للمحامي الذي ينحرف عن السّلك المعتمد والمألوف للمحامين الملتزمين، هو أحد الحلول المناسبة لخلق توازن بين الأطراف من جهة، وبين الوضع القانوني للمهنة والتّطبيقات القضائية المتحوّلة التي تنبني مواقفها على مبادئ وقواعد مستمدّة من العدالة، وإنصاف النّاس وإعلاء كلمة الحقّ من جهة أخرى، وبين الوضع العملي مُتسارع التّطوّر لهذه المهنة من جهة ثالثة.

بيد أنّ التّركيز على مسؤولية المحامي، لا ينبغي أن تخلق لديه ذلك التّوجّس أو الخوف من شبح هذه المسؤولية، فيقلّل ذلك من عزائمه، ويضعف فيه روح المبادرة والإقدام، فيؤدّي به ذلك إلى التّقاعس والتّخوّف، حيث يعود ذلك بالضرر على المتقاضين الذين يمثّلهم، فنّصاب مهنة الدّفاع بالضعف والهوان، ولعُمري أنّه وضع لا يرغب في الوصول إليه عاقل، ولا يُحبّذه مواطن، وينأى المجتمع بنفسه عن الوقوع فيه.

المراجع

أولاً - المراجع بالعربية:

- ١ - أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، مصر.
- ٢ - أحمد حسن لحماي، الحق في التعويض: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، الدوحة - قطر، ١٩٩٥.
- ٣ - د. أحمد السعيد الزقرد، الروشنة: التذكرة القانونية بين الفكر القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلية.
- ٤ - د. إسماعيل غانم، عقد العمل، مصر.
- ٥ - د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، ١٩٦٨.
- ٦ - بلال عدنان بدر، المسؤولية المدنية للمحامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧.
- ٧ - د. بلال وفاء محمد، تشديد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الحاصلة للمسافرين، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٥.
- ٨ - د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨.
- ٩ - د. جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، ١٩٧٦.
- ١٠ - د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، ١٩٩٧.
- ١١ - د. حبار أمال، مسؤولية المحامي العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، ١٩٩٩.
- ١٢ - د. حبار أمال، المسؤولية المدنية للمحامي، رسالة ماجستير لكلية الحقوق، جامعة وهران، ١٩٩٩.
- ١٣ - د. حمدي عبد الرحمان غو، نظرة جديدة إلى مدخل الدراسة القانونية المقارنة.
- ١٤ - حسن عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ١٩٥٦.
- ١٥ - د. دمبا تشير نوجلو، المحاماة في الفقه الإسلامي والقانون، الرياض، ٢٠٠٣.
- ١٦ - د. راييس محمد، حرية الدفاع وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، مجلة المحامي، تصدر عن منظمة المحامين الجزائري، عدد ٠٠٣، ٢٠٠٣.
- ١٧ - د. راييس محمد، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي في ضوء القانون

- الجزائري، مجلة الاقتصاد والعلوم القانونية، جامعة دمشق، عدد ١، مجلد ٢٥، ٢٠٠٩.
- ١٨ - د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٧.
- ١٩ - د. رمسيس بنهام، المسؤولية المدنية بدون خطأ في القانون الخاص والقانون العام، رسالة دكتوراه.
- ٢٠ - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: المسؤولية المدنية، ١٩٨٨.
- ٢١ - شرفي علي، المحامون ودولة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية.
- ٢٢ - د. عبد الباقي محمود سوادي. مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة، الأردن.
- ٢٣ - د. عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.
- ٢٤ - د. عبد الحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور التأمين في المسؤولية، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٣.
- ٢٥ - د. عبد الرزاق السنهوري، شرح العقود الواردة على عقد العمل، الوكالة، ج ٩.
- ٢٦ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١.
- ٢٧ - د. عبد اللطيف الحسني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، دار الكتاب اللبناني، ١٩٨٧.
- ٢٨ - د. عبده جميل غصوب، مسؤولية المحامي المهنية المدنية بين النظرية والتطبيق، المجموعة المتخصصة في المسؤولية، ج ٢.
- ٢٩ - د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، ١٩٨٠.
- ٣٠ - د. محمد أحمد لكو، مسؤولية المحامي المدنية والتأديبية والجزائية، المجموعة المختصة في منشورات الحلبي الحقوقية في المسؤولية القانونية للمهنيين، ٢٠٠٤، ج ٢.
- ٣١ - د. محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، دمشق، ٢٠٠٩.
- ٣٢ - د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة مصر، ١٩٩٦.
- ٣٣ - د. محمد المرزوقي، مسؤولية المرء عن الضرر الناتج من تقصيره، الشبكة العربية للأبحاث، بيروت، ٢٠٠٩.

- ٣٤ - د. محمد ليبب شيب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- ٣٥ - د. محمد لمين مسعودي، المسؤولية المدنية لأصحاب المهن الحرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٥.
- ٣٦ - محمد نصر الرفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
- ٣٧ - د. محمود جمال الدين زكي، ضمان أخطار المهنة في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، رقم ٣٥.
- ٣٨ - د. محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، النسر الذهبي، ١٩٩٥.
- ٣٩ - المزاولي عيسى، مسؤولية المحامي في التشريع المغربي، رسالة ماجستير، جامعة الملك الحسن الثاني، الدار البيضاء.
- ٤٠ - د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني: المسؤولية المدنية، مؤسسة بحسون، ١٩٩٦.
- ٤١ - د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٦.
- ٤٢ - أ. مولاي ملياني بغدادي، المحاماة في الجزائر، ج ١، الجزائر.
- ٤٣ - أ. مولاي ملياني بغدادي، المحاماة في الجزائر، ج ٢.
- ٤٤ - د. وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، منشورات جامعة دمشق.
- ٤٥ - د. وديع فرج، الاتجاه الحديث في العقد والمسؤولية الخطيئة، مجلة القانون والاقتصاد، رقم ١٥.
- ٤٦ - د. ياسر الحويش، الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٩.
- ٤٧ - أ. يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، دار هومة، ٢٠٠٥.

ثانياً - المراجع بالفرنسية:

- 1 - A. DAMIEN. «Secret professionnel», GAZ.PAL.1982.1. doct.
- 2 - Annich DORSNER, La responsabilité du médecin, Economica, 2006.
- 3 - Appleton, Traité de la profession d'avocat.
- 4 - A. Tunc, Ebauche du droit des contrats professionnels.

- 5 - A. Tunc, La responsabilité civ., Ed. economica, 1981.
- 6 - Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T.1 et T.4, 5^{ème} éd..
- 7 - A. Veill et F. Terré, Droit civil: Les obligations, 3^{ème} éd.
- 8 - Benmansour Benali (Bâtonnier), Les acquis de la défense à travers les textes, In revue El Houdja, Revue périodique de l'ordre des avocats de Tlemcen.
- 9 - B.Stark, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, Paris, 1947.
- 10 - CHAMANTIER, Le secret professionnel: Ses limites, ses atouts, Paris, 1926.
- 11 - G.RIPERT, Ebauche d'un droit civ. professionnel.
- 12 - G.VINEY, La responsabilité, «l'inadaptation du régime contractuel et du régime délictuel aux responsabilités professionnelles».
- 13 - G.VINEY, La responsabilité: Condition dans le traité de droit civil, L.G.D.J., 1982.
- 14 - G.Viney, Le déclin de la responsabilité individuelle, L.G.D.J., 1965.
- 15 - G. Viney, Traité de droit civil: Les obligations: La responsabilité, Condition. L.G.D.J., Paris, 1988.
- 16 - H. FOSSE, La responsabilité civile des avocats, Thèse, 1936, Montpellier.
- 17 - H. LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile, 6^{ème} éd., Paris, 1962.
- 18 - H.L.Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, 1970, T.1.
- 19 - ISABEL VORGIN, Le secret professionnel, Thèse, Lyon, 1982.
- 20 - J. Daumesnil, L'avocat représentant des parties, Thèse, 1946.
- 21 - J. Depoulpique, La responsabilité civile et disciplinaire des notaires, L.G.D.J., 1974.
- 22 - Jean Marc Mousseron, Technique contractuelle.

- 23 - J. M. BRAUNSCHVEIG, Menaces sur le secret professionnel de l'avocat, Le monde du 23 mars 1998.
- 24 - J. Monéger et ML.Demeester, Profession d'avocat, Dalloz, 2001.
- 25 - J. Pierre CHIFFAUT-MOLIARD, Responsabilité de l'avocat en cas de moyen de défense inopérant, Profession Avocat, Le magazine, Mai-juin 2008, N°03.
- 26 - J. Savetier, Etude juridique et pratique de la profession libérale, The portier.
- 27 - J. SAVETIER, La profession libérale: Etude juridique et pratique, 1947.
- 28 - Larizi Mohamed, Principes fondamentaux de responsabilité dans le droit de l'obligation professionnelle de l'avocat, Thèse, Univ. Hassan 02, Maroc, 1989.
- 29 - L. Crémier, Traité de la profession d'avocat, 1954, 2^{ème} éd.
- 30 - MASTRE, Condition de la responsabilité, R.T.D.Civil, mars 1988.
- 31 - M.DELMAS MARTY, A propos du secret professionnel, D.1982, CHRON.
- 32 - Naziha Boussouf, Secret médical et exigence de santé publique, R.S.J.E.P., Alger, 1999, n2.
- 33 - PH. Delbec, Obligation de Mandataire, Revue générale de droit. Justice, n05, 1997.
- 34 - P. ESTOUPÉ, Sur le rôle de la plaidoirie et la responsabilité de l'avocat, Gaz. Pal., 1988, 2. Doctr..768.
- 35 - PH. Le TOURNEAU, La responsabilité civile, Paris, 1982,1672.
- 36 - PH. LeTOURNEAU, La responsabilité civile professionnelle, Ed. Economica, 1995.
- 37 - PH. Letourneau, Quelques aspects de la responsabilité professionnelle, Gaz.Pal., 1986.
- 38 - PH. LETOURNEAU et Louis CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, D. 2003.

- 39 - P. Lambert, Le secret professionnel, Nemisis, 1985.
- 40 - P. MARTEAU, Causalité dans la responsabilité civile, Thèse, AIX, 1914.
- 41 - P. MICHAUD, Les avocats sont-ils des canards de foire?, En route vers l'acte d'avocat. Gaz.Pal., 1997, I.
- 42 - P. Serlooten, Vers une responsabilité professionnelle, Mélanges Hebreaud, 1981.
- 43 - R. FLORIOT et R.COMBALDIEU, Le secret professionnel, Flammarion 1973.
- 44 - R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris, DALLOZ, 1964.
- 45 - R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français, 2^{ème} éd..
- 46 - V. Cottureau, Secret professionnel de l'avocat: De l'absolutisme à la relativité, Droit et patrimoine, 2000.II.
- 47 - Y. Avril, La responsabilité de l'avocat, DALLOZ, 1981.
- 48 - Y. L. Faivre, L'évolution de la responsabilité civile, Rev. Trim. Du D.C.V.L., 1987.

حق رئيس الدولة في إصدار القانون وآثاره على العملية التشريعية (دراسة مقارنة)

الدكتور/ زهير أحمد قدورة
كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

تناولنا حق رئيس الدولة في إصدار القانون وآثاره على العملية التشريعية - دراسة مقارنة - من خلال فصل تمهيدي وفصلين آخرين. أما الفصل التمهيدي فقد أوضحنا فيه حق رئيس الدولة في اقتراح القوانين إما بمفرده أو بالاشتراك مع السلطة التشريعية وفقاً لما ينص عليه دستور الدولة واستعرضنا آراء الفقهاء في الطبيعة القانونية لحق الاقتراح. وبعد ذلك تناولنا حق رئيس الدولة في التصديق والاعتراض على القوانين بعد إقرارها من السلطة التشريعية في النظامين البرلماني والرئاسي. وفي الفصل الأول قمنا بشرح حق رئيس الدولة في إصدار القانون ووظيفة الإصدار وطبيعته القانونية؛ لأنه يحقق الظهور الخارجي للقانون ويتضمن أمراً من رئيس الدولة لأعضاء السلطة التنفيذية بتنفيذه. وأما الفصل الثاني والأخير فتناولنا بالشرح حجية الإصدار وما يترتب عليه من آثار على العملية التشريعية من خلال موقف كل من الفقه والمشرع والقضاء، و انتهينا إلى ضرورة نشر القانون كي يدخل القانون مرحلة التنفيذ.

المقدمة

عرّف غالبية الفقهاء القانونيين القانون من حيث الموضوع بأنه مجموعة من القواعد العامة المجردة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وتجبرهم السلطة العامة على احترامها عند الاقتضاء وتوقع الجزاء على من يخالفها^(١) إلا أن هناك معنى خاصاً للقانون وهو التشريع أي ما تصدره السلطة التشريعية من الأوامر والنواهي لتنظيم موضوع معين. وعلى سبيل المثال قانون التجارة وقانون العقوبات والقانون المدني وغيرها من القوانين الأخرى التي تصدر عن السلطة التشريعية. ويمر القانون بمجموعة من الإجراءات قبل أن يرى النور ويصبح متكاملًا ومحققًا لآثاره التشريعية وجاهزًا للتنفيذ. وتبدأ هذه الإجراءات بمرحلة اقتراح فكرة القانون حيث تجعل معظم دساتير دول العالم التشريع شراكة بين الحكومة والبرلمان، وبذلك يكون حق اقتراح

(١) د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص(٢١) عام (٢٠٠٦).

القوانين مقررًا لأعضاء البرلمان وللحكومة، ولكن نظراً للطابع الفني الذي أصبحت تتسم به عملية التشريع فإن المشاهد عملاً في دول العالم أن الغالبية العظمى من التشريعات هي ذات مصدر حكومي، وأن دور البرلمانات في هذا المقام أصبح يقتصر عملاً على إقرار المشروعات التي تقدمها الحكومة بعد أن تقتنع بالأسس الكبرى التي تقوم عليها تلك التشريعات^(١) ثم تأتي مرحلة عرض مشروع القانون على البرلمان لمناقشته والتصويت عليه ومن ثم إقراره. وتتعقب ذلك مرحلة التصديق والإصدار بحيث لا يصبح مشروع القانون تشريعاً نافذاً إلا بعد أن يصدق عليه رئيس الدولة ويصدره. أما التصديق - كما سنرى فيما بعد - فإنه جزء متمم لعملية التشريع، بمعنى أن رئيس الدولة يمارسه باعتباره عضواً في السلطة التشريعية، ويحق له الاعتراض على القانون خلال مدة معينة يحددها الدستور، وإعادته للبرلمان لدراسته من جديد وتعديله في ضوء اعتراضات الرئيس أو يقوم البرلمان بإقراره كما هو بالأغلبية المشددة التي يستلزمها الدستور.

كما خولت معظم دساتير دول العالم رئيس الدولة باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية حق إصدار القوانين التي تقرها السلطة التشريعية. ويحقق الإصدار الرئاسي هنا الظهور الخارجي للقانون باعتباره شهادة من رئيس الدولة بأن البرلمان قد أقر القانون وفق الإجراءات التي نص عليها الدستور القائم، وفي ذات الوقت يتضمن الإصدار أمراً من رئيس السلطة التنفيذية إلى أعضاء هذه السلطة بتطبيق مواد هذا القانون وتنفيذها كل فيما يخصه. ويثير موضوع هذا البحث وهو حق رئيس الدولة في إصدار القانون وآثاره على العملية التشريعية العديد من النقاط الهامة ومن أهمها الطبيعة القانونية للإصدار هل هو عمل تشريعي أم تنفيذي أم من أعمال السيادة؟ كما نتناول الطبيعة الملزمة للإصدار، ووظيفته وماهية العلاقة بين الإصدار والنشر والعلاقة بين الإصدار والقوة التنفيذية للقانون، ومدى خضوع مرسوم إصدار القانون إلى الرقابة القضائية وموقف الفقه والقضاء من ذلك، وسوف نتناول النقاط السالفة الذكر بالتفصيل المطلوب في دراسة مقارنة ما بين الأردن ومصر وفرنسا.

أهمية البحث:

لقد حظيت إجراءات التشريع المختلفة بعناية الفقه المقارن وصدرت عنه العديد من الدراسات والأبحاث التي تناولت أوضاعها وطبيعتها وآثارها، ولم يكن الاهتمام

(١) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية، ص(٢٠٥+٢٠٦)، عام (١٩٨٦).

نفسه بالنسبة للمرحلة التي يتولى فيها رئيس الدولة إصدار القانون لعدة عوامل ومنها:

أولاً - إن النظم السياسية الأنجلوسكسونية لا تعرف اصطلاح الإصدار كما هو الحال في بريطانيا حيث يصبح القانون نافذاً بمجرد تصديق الملك عليه دون الحاجة إلى اتخاذ إجراء لاحق^(١). وكذلك ما هو عليه التطبيق في الولايات المتحدة الأمريكية.

حيث ينص الدستور الأمريكي في الفقرة السابعة من المادة الأولى على حق الرئيس في التوقيع على القانون خلال مدة زمنية معينة، وهذا التوقيع يجعل القانون نافذاً دون الحاجة إلى إحاطته بصياغة معينة إلا في حالة اعتراض الرئيس على القانون الذي وافق عليه الكونغرس خلال عشرة أيام من وصوله إليه.

ثانياً - إن الفقه العربي - على وجه العموم - ركز اهتمامه من خلال ما تضمنته الدساتير العربية على مكنة الرئيس السلبية في الاعتراض على القانون مغلباً حقه في الاعتراض على حقه في التوقيع.

ونظراً لما للإصدار من أهمية في العملية التشريعية لكونه شهادة برسمية القانون ودستوريته من جهة، كما أنه أمر للسلطات في الدولة بنشر القانون وتنفيذه من جهة ثانية، فإننا سنفرد له هذا البحث ونتناوله بشيء من التفصيل.

منهاج البحث:

لقد اتبعت في هذا البحث الأسلوب التحليلي المقارن باعتباره الأسلوب الأمثل في البحوث القانونية. وقمت بعد الاطلاع على النصوص الدستورية والقانونية التي تتناول حق رئيس الدولة في التصديق والاعتراض على القوانين وإصدارها بإجراء المقارنة في التطبيق ما بين الأردن ومصر وفرنسا. وتركز اهتمامي على حق رئيس الدولة في إصدار القانون باعتباره موضوع هذا البحث، وتناولت بالتحليل التشريعات وآراء الفقهاء وموقف القضاء من الإصدار لأقف على الطابع القانوني له ومدى إلزاميته ووظيفته وآثاره، وبعد استقراء وتحليل ما اطلعت عليه توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدة نتائج وتوصيات.

(١) حيث يطبع القانون الجديد في المطابع الملكية ويقوم سكرتير البرلمان بالتوقيع على نسختين منه، تحفظ الأولى في برج فكتوريا وتدرج الثانية في مكتب الوثائق العام في ويستمنستر.
promulgation des Broun (Neville) Le Lois en AnLeterre. p. 100

خطة البحث:

سأتناول موضوع هذا البحث في ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: حق رئيس الدولة في التشريع في الظروف العادية والاستثنائية.

الفصل الأول: دور الإصدار في العملية التشريعية وطبيعته.

الفصل الثاني: حجية إصدار القانون وآثاره على العملية التشريعية.

الفصل التمهيدي

حق رئيس الدولة في التشريع في الظروف العادية والاستثنائية

إن معظم الدساتير القديمة والمعاصرة خوّلت رئيس الدولة القيام بدور أساسي في العملية التشريعية في الظروف العادية. ويتمثل ذلك في النص صراحة في الدستور على حق رئيس السلطة التنفيذية - باعتباره رئيس الدولة - في اقتراح القوانين. أو جعل هذا الحق مشتركاً بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. بل إن بعض الدساتير أعطت الاقتراحات بقوانين الحكومية وضعاً دستورياً يفوق وضع الاقتراحات بقوانين البرلمانية^(١) وميزت المشروعات الحكومية بأولوية النظر أمام البرلمان^(٢) كما أطلقت بعض الدساتير مسمى المشروع بقانون على الاقتراح الحكومي ومسمى الاقتراح بقانون على الاقتراح البرلماني. وبعد موافقة البرلمان على مشروع القانون لا يصبح تشريعاً نافذاً إلا بعد أن يصدق عليه رئيس الدولة ويصدره خلال فترة زمنية معينة، يحق له قبل انقضائها أن يبرز اعتراضه على القانون الذي يعاد مرة أخرى إلى البرلمان لدراسته من جديد وتعديله في ضوء اعتراضات رئيس الدولة أو إقراره كما هو بالأغلبية التي يستلزمها دستور الدولة، ويلتزم الرئيس بعد ذلك بإصدار القانون ويأمر بنشره في الجريدة الرسمية.

كما حددت معظم الدساتير المعاصرة فترة زمنية معينة لرئيس الدولة لكي يمارس حقه في الاعتراض على قانون أقره البرلمان، وتتراوح هذه المدة طويلاً وقصراً بحسب الدساتير، ويعد حق الاعتراض التشريعي سلطة أساسية تمنحها الدساتير لرئيس الدولة كي يتمكن بموجبها من وقف العمل بالقانون الذي أقره البرلمان أو تعطيل صدوره لفترة معينة. وسوف نتناول دور رئيس الدولة في التشريع في الظروف العادية والاستثنائية في أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: حق رئيس الدولة في اقتراح القوانين في الظروف العادية.

(١) إذ إن القاعدة المستقرة في هذا الشأن أنه لا تمييز بين مشروعات القوانين ذات المصدر الحكومي والقوانين ذات المصدر البرلماني سواء في تحديد وقت المناقشة أو في التصويت فيجب أن يأخذ كل منهما دوره حسب تاريخ وصولها إلى المجلس، ومثال هذه الدساتير الدستور التونسي لسنة (١٩٥٦) والدستور المغربي لسنة (١٩٧٢).

(٢) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، ص(٢٠٤)، عام (١٩٨٦).

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحق اقتراح القوانين.

المبحث الثالث: حق رئيس الدولة في التصديق والاعتراض على القوانين.

المبحث الرابع: حق رئيس الدولة في التشريع في الظروف الاستثنائية.

المبحث الأول

حق رئيس الدولة في اقتراح القوانين في الظروف العادية

سنتناول هذا الحق لرئيس الدولة في كل من فرنسا ومصر والأردن والولايات المتحدة الأمريكية في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

حق رئيس الدولة في اقتراح القوانين في فرنسا

أعطى الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام (١٩٥٨) حق اقتراح القوانين لأعضاء المجلسين (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) والوزير الأول (رئيس مجلس الوزراء) على أن تناقش مشروعات القوانين في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ثم تودع مكتب أحد المجلسين. أما مشروعات القوانين المالية فتقدم أولاً إلى الجمعية الوطنية^(١). كما نص الدستور على عدم قبول الاقتراحات بقوانين والتعديلات المقدمة من أعضاء البرلمان عندما تكون نتيجة الموافقة عليها تخفيضاً في الإيرادات العامة أو إنشاء أو زيادة في المصروفات العامة^(٢) ولم يعط الدستور الفرنسي الحالي لرئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين وإنما قصر هذا الحق على الوزير الأول وأعضاء المجلسين. وذهب رأي في الفقه الفرنسي^(٣) إلى أنه باستعراض بقية نصوص الدستور يتضح بجلاء أن رئيس الجمهورية يملك سلطة القرار فيما يتعلق بهذا الموضوع؛ وذلك لأن مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة تناقش في مجلس الوزراء، وأن رئيس الجمهورية يملك السلطة الحقيقية في القرار الصادر في هذا الخصوص. وذهب رأي ثان في الفقه الفرنسي^(٤) إلى أن مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة أو من أعضاء البرلمان لا تكون لها ذات المعاملة داخل السلطة التشريعية

(١) (٢) المادة (٣٩) والمادة (٤٠) من الدستور الفرنسي.

(٣) jean Mossot, Le president de Republique en france (1997). p(145).

(٤) Pierre pactet, Institutions politique, droit constitutionnel. (1999). p(456).

فتكون للمشروعات الحكومية أفضلية على اقتراحات القوانين البرلمانية؛ وذلك لتمتعها بامتيازات دستورية كثيرة لتحقيق البرنامج التشريعي للحكومة^(١).

وجاء رأي آخر من الفقه الفرنسي^(٢) مؤيداً للرأي الثاني وأطلق على الاقتراح المقدم من الوزير الأول مشروع بقانون (project de loi) والاقتراح المقدم من أعضاء البرلمان أطلق عليه اقتراح بقانون (proposition de loi). وقد حددت المادة (٣٩/٢) من الدستور الفرنسي إجراءات لتقديم الوزير الأول مشروع القانون بينما لا تخضع اقتراحات القوانين المقدمة من أعضاء المجلسين لأية إجراءات خاصة، وبإمكان أي عضو يقترح أي قانون أن يودعه في مكتب المجلس التابع له. وقد تبين لأصحاب هذا الرأي بأن اقتراحات القوانين المقدمة من أعضاء البرلمان كانت تلعب دوراً ثانوياً في عملية التشريع.. كما وجدوا أن أغلب القوانين التي تم إصدارها في فرنسا كانت في الأصل مشروعات قوانين حكومية وليست اقتراحات قوانين برلمانية.

المطلب الثاني

حق رئيس الدولة في اقتراح القوانين في مصر

اعتبرت المادة (١٠٩) من الدستور الصادر عام (١٩٧١) اقتراح القوانين أحد حقوق رئيس الجمهورية. وجاءت بعدها المادة (١٥٦) من الدستور لتجعل اقتراح القوانين اختصاصاً مشتركاً بين الرئيس والحكومة. وبالتالي فلا يمكن لرئيس الجمهورية - وهو ما يجري عليه العمل فعلاً - أن يتقدم مباشرة إلى مجلس الشعب بمشروع قانون لم يعرض على مجلس الوزراء، مما يجعل ذلك يدخل في باب السلطة الجوازية لرئيس الجمهورية ولا يندرج ضمن نصوص دستورية صريحة تلزمه بذلك. وبرجعنا إلى الدستور المصري وجدنا أنه فرّق في التعامل مع اقتراحات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب والاقتراحات المقدمة من رئيس الجمهورية. فقد أعطت المادة (١٠٩) من الدستور الحق باقتراح القوانين لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب. وكل مشروع قانون - قبل أن ينظره المجلس - يتعين إحالته إلى اللجنة المختصة بالمجلس وهي لجنة الشؤون القانونية لفحصه

(١) على سبيل المثال فإنه خلال عام (١٩٩٥) قدمت الحكومة (١١٣) مشروع بقانون وتمت الموافقة على (٤٥) مشروعاً بينما قدم (١٤٢) اقتراح بقانون من أعضاء البرلمان وتمت الموافقة على تسعة منها فقط.

(٢) Georges Burdeau et Francis Hamon Droil Constitutionnel L. D.J (26) edition P(662) et s.

وتقديم تقرير عنه للمجلس. وجاءت المادة (١١٠) من الدستور لتتنص على أنه بالنسبة إلى مشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب فإنها لا تحال إلى تلك اللجنة إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة يشكلها المجلس لإبداء الرأي في جواز نظر المجلس فيها. وأما المادة (١١١) من الدستور فقد نصت على أن كل مشروع قانون اقترحه أحد أعضاء مجلس الشعب ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه ثانية في ذات دور الانعقاد، ويفهم من ذلك أن هذا القيد الدستوري مقصور على اقتراحات القوانين البرلمانية. أما رئيس الجمهورية فيجوز له إعادة تقديم الاقتراح مرة أخرى في ذات دور الانعقاد وبعد إجراء التعديل اللازم له لتلافي رفض مجلس الشعب له مرة أخرى^(١).

المطلب الثالث

حق رئيس الدولة في اقتراح القوانين في الأردن

أخذ الدستور الأردني الحالي الصادر عام (١٩٥٢) بالأسلوب المشترك حيث جعل حق الاقتراح مشتركاً لكل من السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية. أما ما تقترحه السلطة التنفيذية فتسمى "مشروعات القوانين" وما يقترحه أعضاء مجلس الأمة فتسمى "اقتراحات القوانين".

فقد نصت المادة (٢٥) من الدستور على أن "تتأط السلطة التشريعية بمجلس الأمة والملك". فإذا كان مشروع القانون مقدماً من الملك فإنه يأخذ مساره التشريعي مباشرة إلى مجلس الأمة باعتبار أنه رئيس للسلطة التنفيذية. فقد نصت المادة (٢٦) من الدستور على أن (تتأط السلطة التنفيذية بالملك ويتولاها بواسطة وزرائه). كما نصت المادة (٩١) من الدستور (يعرض رئيس الوزراء مشروع كل قانون على مجلس النواب الذي له حق قبول المشروع أو تعديله أو رفضه. وفي جميع الحالات يرفع المشروع إلى مجلس الأعيان، ولا يصدر قانون إلا إذا أقره المجلسان وصدق عليه الملك). أما بالنسبة لاقتراحات مشاريع القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الأمة فقد أوجب المشرع الدستوري ضرورة إحالتها أولاً إلى الحكومة لتضعها في صيغة مشروع قانون في ذات دور الانعقاد أو الدور الذي يليه. ونصت المادة (٩٥) من الدستور على أنه (يجوز لعشرة أو أكثر من أعضاء أي من مجلسي الأعيان والنواب أن يقترحوا القوانين، ويحال كل اقتراح على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي

(١) د. شمس مرغني علي، القانون الدستوري، ص(٥٦٣)، عام (١٩٧٧).

فإذا رأى المجلس قبول الاقتراح أحاله على الحكومة لوضعه في صيغة مشروع قانون وتقديمه للمجلس في الدورة نفسها أو في الدورة التي تليها. وكل اقتراح بقانون تقدم به أعضاء أي من مجلسي الأعيان والنواب ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه في الدورة نفسها).

المطلب الرابع

حق رئيس الجمهورية في الولايات المتحدة في اقتراح القوانين

لقد فهم واضعو الدستور الأميركي مبدأ الفصل بين السلطات الذي أظهره مونتسكيو على أنه فصل تام وهو القادر على حماية الحقوق الفردية ومنع الاستبداد، فصاغوا الدستور على أساس هذا الفهم لضمان استقلال السلطات عن بعضها استقلالاً تاماً دون تدخل أو ترابط^(١). وقد عرف عن النظام الرئاسي أن كفة الرئيس هي التي ترجح في ميزان السلطات وتناط به السلطة التنفيذية، ولكن جرى العمل على أن يشارك الرئيس في اقتراح القوانين عن طريق رسالة يوجهها للكونغرس عن وضع الاتحاد في مطلع كل دورة سنوية وتلحق بها قوانين جاهزة، والغاية منها أن تكون برنامجاً حقيقياً للعمل التشريعي يوجه نشاط الكونغرس.

كما يمكن للرئيس من ناحية أخرى أن يتقدم بمشاريع وقوانين بواسطة أحد النواب من أعضاء حزبه في الكونغرس، وبذلك يتم جزء كبير من العمل التشريعي في الكونغرس بتوجيه الرئيس المباشر أو غير المباشر^(٢).

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لحق اقتراح القوانين

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لحق اقتراح القوانين سواء أكان مصدره رئيس الدولة أو أعضاء البرلمان، فمنهم من قال أنه يعتبر عملاً تشريعياً وآخرون قالوا أنه مجرد مرحلة تمهيدية تسبق التشريع وليس عملاً تشريعياً. وسوف نقوم في هذا المبحث بعرض لهذا الخلاف الفقهي ونتبعه برأينا في مطلبين على النحو التالي:

(١) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص (٣٦٩).

(٢) د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية، بدون دار نشر، ٢٠٠٦، ص (١٠٣).

المطلب الأول

حق اقتراح القوانين هو عمل تشريعي

ذهب رأي أول في الفقه العربي^(١) إلى اعتبار حق اقتراح القوانين عنصراً أو جزءاً أساسياً في العملية التشريعية؛ لأنه يجعل البرلمان قادراً على فحص مشروعات القوانين وإقرارها. وانتهى هذا الرأي إلى القول بأن الاقتراح هو جزء من العملية التشريعية بحيث لا يمكن أن تتم بدونه، وبذلك يكون الاقتراح جزءاً أساسياً في التشريع. كما ذهب رأي ثان في الفقه العربي^(٢) إلى أن وجود القانون إنما هو ثمرة عمليات ثلاثة مجتمعة ومتكاملة وهي: الاقتراح، موافقة البرلمان، والتصديق، ولا يمكن أن يعتبر أي عمل من الأعمال الثلاثة هو التشريع وإنما التشريع هو ثلاثتها معاً.

ونحن نميل إلى الرأي الأول الذي يعتبر سلطة رئيس الدولة في اقتراح القوانين ذات وظيفة تشريعية بصفة أساسية يشارك الرئيس بمقتضاها في أعمال السلطة التشريعية؛ وذلك لأن اقتراح القانون هو اللبنة الأولى في عملية بنائه حيث يمر بمراحل ثلاثة مجتمعة وهي الاقتراح ثم مناقشة القانون وإقراره ثم الإصدار، وبدون الاقتراح لا يكون هناك قانون أصلاً، وبالتالي يعتبر اقتراح القانون عملاً تشريعياً محضاً.

المطلب الثاني

حق اقتراح القوانين ليس عملاً تشريعياً

ذهب رأي في الفقه العربي^(٣) إلى أن حق اقتراح القوانين هو عمل تمهيدي يسبق العملية التشريعية ولا يعد اشتراكاً بالمعنى الصحيح في الاختصاص التشريعي. فهو لا يعد منشئاً للقانون، وإنما هو الذي يحرك التشريع ويؤدي إلى ممارسة الإرادة التشريعية. أي أنه اشتراك في العملية التشريعية، ثم إن ممارسة السلطة التنفيذية لحق الاقتراح ليست متعارضة مع مبدأ الفصل بين السلطات ما دام للبرلمان وحده حق التقرير التشريعي، لأن الحكومة بالاقتراح لا تشترك في الأمر الذي يوجد القانون وإنما تشترك في تحضيره القانوني. وذهب الفقيه الفرنسي (R. carre de Malberge) إلى أن حق اقتراح القانون بواسطة رئيس الدولة يعتبر في حقيقة الأمر نتيجة لازمة

(١) د. محمد كامل ليله، القانون الدستوري، ص(٣٤٩ + ٣٥٠)، عام (١٩٦٧).

(٢) د. عثمان خليل وآخر، موجز القانون الدستوري، ص(٣٤١)، عام (١٩٥١ - ١٩٥٢).

(٣) د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ص(٣٦٦)، عام(١٩٤٠).

لمقتضيات وظيفته الرئاسية ودوره الإداري، ومن ثم فإن ممارسته لحق اقتراح القانون لا يظهر في الحقيقة سوى نشاطه الإداري^(١).

ونحن مع الرأي الأول الذي يعتبر سلطة رئيس الدولة في اقتراح القوانين ذات وظيفة تشريعية بصفة أساسية يشارك بمقتضاها في أعمال السلطة التشريعية. والسبب لأن اقتراح القانون هو اللبنة الأولى في عملية صنع القانون حيث يمر بمراحل ثلاثة مجتمعة وهي الاقتراح ثم مناقشة القانون وإقراره ثم الإصدار، فبدون الاقتراح لا يكون هناك قانون أصلاً، وبالتالي فيعتبر اقتراح القانون عملاً تشريعياً محضاً.

المبحث الثالث

حق رئيس الدولة في التصديق والاعتراض على القوانين

يعتبر التصديق على القوانين حقاً تشريعياً يمارسه رئيس الدولة في النظم البرلمانية باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية. كما يملك رئيس الدولة كذلك حق الاعتراض على القوانين التي يقرها البرلمان ويمارسه في كل من النظم البرلمانية والرئاسية، وسوف نتناول كل ذلك بالتفصيل في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

حق رئيس الدولة في التصديق على القوانين

يقصد بهذا الحق لرئيس الدولة إعطاؤه الصلاحية بالموافقة على مشروع القانون أو رفضه، ويعتبر التصديق حقاً تشريعياً لرئيس الدولة بحيث لا يمكن أن يصبح القانون واجب النفاذ بدون موافقة الرئيس، وبذلك يعتبر التصديق بهذا المعنى عنصراً أساسياً في العملية التشريعية وميلاداً للقانون الجديد^(٢). وسنقوم باستعراض أحكام حق التصديق لرئيس الدولة على سبيل المثال في دستور المملكة الأردنية الهاشمية.

R. carre de Malberge. "theorie generale d, Etat", 1920.

(١)

(٢) حق التصديق على نحو مطلق يتعارض مع النظام الديمقراطي الذي يقوم على أساس السيادة الشعبية؛ لأنه ليس من المستساغ أن تسمو إرادة رئيس الدولة غير المسؤول سياسياً على إرادة الأمة المتمثلة بالبرلمان وتعطلها عن طريق تعطيل العمل التشريعي، ومن هنا نجد العديد من الدساتير قد عدلت على هذا المبدأ واستبدلته بمبدأ الاعتراض التوقيفي الذي من مقتضاه أن يعيد رئيس الدولة مشروع القانون إلى البرلمان لإعادة النظر فيه من جديد. راجع/ الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري، أ. د. محمد سليم غزوي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام (٢٠٠٥) ص(١٣٦).

فقد نصت المادة (٢١) من الدستور الأردني الصادر عام (١٩٥٢) على أن: (الملك يصدق على القوانين) كما نصت المادة (٩١) على أنه: (لا يصدر قانون إلا إذا أقره المجلسان وصدق عليه الملك). وقد رسمت المادة (٩٣) من الدستور الطريق لممارسة حق التصديق من قبل الملك فنصت على أنه: (كل مشروع قانون أقره مجلسا الأعيان والنواب يرفع إلى الملك للتصديق عليه، وإذا لم ير الملك التصديق على القانون فله في غضون ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه أن يرده إلى المجلس مشفوعاً ببيان أسباب عدم التصديق). فالملك يمارس حق التصديق بوصفه أحد طرفي السلطة التشريعية وفقاً لما ورد في المادة (٢٥) من الدستور، ثم إن التصديق هنا يكمل إرادة مجلس الأمة؛ لأنه هو الذي يحيل مشروع القانون إلى قانون متكامل^(١) ومن هذه النصوص يتضح أن الدستور الأردني اعتبر أن صلاحية الملك بتصديق القوانين العادية هي صلاحية اعتراض توقيفي ولم يقصد به التصديق بمعناه الفني^(٢).

وهناك اختلاف بين فقهاء القانون الدستوري الفرنسيين بشأن أهمية التصديق بالنسبة للعملية التشريعية، فمنهم من يرى حرمان رئيس الدولة منه حتى لا يؤدي إلى تعطيل سلطة الأمة في إصدار القوانين، وبعضهم الآخر يرى إباحته، وآخرون يرون إباحته مع تقييده^(٣) فقد ذهب الفقيه الألماني (Laband) إلى التفرقة في عمل القانون بين دور كل من البرلمان ورئيس الدولة، أما دور البرلمان فهو لا يخرج عن كونه مجرد نشاط عقلي خال من كل قيمة تشريعية حقيقية، بل إنه مجرد عملية تحرير ما تتولاه اللجان العادية. وأما دور رئيس الدولة فهو وحده الذي له قيمة تشريعية بالمعنى الصحيح؛ لأنه يعطي للقانون صفته الهامة وهي صفة القاعدة القانونية الإلزامية. أما الفقيه (Jellinek)^(٤) فهو لا يرى في تصديق رئيس الدولة على القانون

(١) كتابنا (النظم السياسية والنظام الدستوري الأردني)، (١٩٩٩)، ص(١٧١)، بدون نشر.

(٢) اعتبر المجلس العالي لتفسير الدستور في الأردن أن حق التصديق المخول للملك - مع أنه حق اعتراض توقيفي - اعتبره من قبيل العملية التشريعية وليس حقاً تنفيذياً كما يذهب الفقهاء حيث جاء في قراره ما يلي "يتضح جلياً أن الدستور جعل القانون في هذه المملكة ثمرة عمليات ثلاث مجتمعة ومتكاملة وهي: تقديم المشروع من رئيس الوزراء إلى مجلس الأمة وموافقة مجلس الأمة على هذا المشروع وتصديق جلالة الملك عليه، ولا يمكن أن يعتبر أي عمل من هذه الأعمال الثلاثة بمفرده هو التشريع، وإنما التشريع هو ثلاثتها معاً ومجموعة" قرار المجلس العالي رقم (١) لسنة (١٩٥٥) المنشور في العدد (١٢١١) من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٥/٢/١.

(٣) د. محمد سليم غزوي، الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري، ص(١٢٤)، عام(٢٠٠٥).

(٤) Jellinek, L, Etat Moderne de France, iii, P. 315 et 5.

عملاً إنشائياً أو تحريرياً فقط، بل فيه الموافقة على العمل الذي قام به البرلمان، وفي رأي الفقيه (carre De Malberg)^(١) كما يعتقد الكثيرون من فقهاء القانون الدستوري به - ونحن نؤيده - بأن عمل البرلمان ورئيس الدولة لا ينصب على شيئين مختلفين وإنما تنصب إرادة كليهما على شيء واحد؛ وذلك لأن إرادة البرلمان بمفردها لا تكفي لإيجاد القانون، ولكن ذلك ليس معناه أن مشروع قانون أقره المجلس يكون خالياً من القيمة التشريعية ما دام رئيس الدولة لم يصدّق عليه.

فالتصديق يعطي للقانون قيمته التكميلية ولكن لا يكسبه أي صفة جديدة^(٢) وتجدر الملاحظة إلى أنه منذ عهد الملكة البريطانية أي عام (١٧٠٧) لم يحدث قط أن رفض الملك المصادقة على القوانين، بل أصبح دوره التشريعي دوراً شكلياً فقط^(٣).

المطلب الثاني

حق رئيس الدولة في الاعتراض على القوانين

يملك رئيس الدولة حق الاعتراض على القوانين ويتمكن بمقتضاه من تأخير إصدار القانون الذي يقره البرلمان. فالدساتير تنص دائماً على أنه بمجرد إقرار السلطة التشريعية لقانون ما فإن رئيس الدولة يلتزم بإصداره خلال مدة معينة تختلف من دستور إلى آخر. كما تذهب معظم الدساتير إلى تخويل رئيس الدولة سلطة عدم إصدار القانون لأي سبب يراه والاعتراض عليه خلال المدة المحددة دستورياً للإصدار، وطلب إجراء مداولة برلمانية جديدة لهذا القانون.

فإذا أعاد البرلمان الموافقة عليه من جديد بالأغلبية المنصوص عليها في الدستور وهي أغلبية مشددة لا تقل عن الثلثين للأعضاء، فإذا تحققت هذه الأغلبية فإن رئيس الدولة يلتزم بإصدار القانون^(٤) أما إذا لم تتوافر هذه الأغلبية فيعتبر ذلك رفضاً من البرلمان لهذا القانون ونجاحاً للاعتراض التشريعي الذي قام به رئيس الدولة. ونورد على سبيل المثال ما جاء في المادة (٩٣) من الدستور الأردني الحالي: "إذا رد مشروع أي قانون (ما عدا الدستور) خلال المدة المبينة في الفقرة السابقة (ويقصد بها في غضون ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه أن يرده إلى المجلس

(١) R. Carre de, Malberge, Contribution a, La.theorie general de l' Etat 1920.

(٢) د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ص(٣١٧)، (١٩٥٠).

(٣) د. زهير شكر، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ص(٣٣٦)، عام (١٩٩٤).

(٤) د. فيصل شطناوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص(٢٠٥)، عام (٢٠٠٧).

مشفوعاً ببيان أسباب عدم التصديق) وأقره مجلسا الأعيان والنواب مرة ثانية بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين وجب عندئذ إصداره، وفي حالة عدم إعادة القانون مصدقاً في المدة المعينة (ويقصد بها مدة ستة أشهر) يعتبر نافذ المفعول وبحكم المصدق، فإذا لم تحصل أكثرية الثلثين فلا يجوز إعادة النظر فيه خلال تلك الدورة على أنه يمكن لمجلس الأمة أن يعيد النظر في المشروع المذكور في الدورة العادية التالية. وإذا كان التصديق على القانون حقاً تشريعياً لرئيس الدولة فإن اعتراضه عليه يكون حقاً تنفيذياً يمارسه باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية، فيظل القانون قائماً رغم الاعتراض عليه، وكل ما يحدثه الاعتراض هو إعادة عرض هذا القانون على البرلمان للمداولة فيه مرة ثانية.

ونحن نرى بأن اعتراض رئيس الدولة على القانون لا يرقى إلى درجة التصديق عليه فهو مجرد سبب لتأخير إصدار القانون وتنفيذه وإعادة عرضه مرة أخرى على البرلمان الذي هو صاحب سلطة التشريع الأصيل.

ويكون لحق اعتراض رئيس الدولة أهمية في النظامين البرلماني والرئاسي، فإذا كان رئيس الدولة في النظام البرلماني يملك حق حل البرلمان وهو إجراء استثنائي وله آثاره الخطيرة، فإن حق الاعتراض له يمثل وسيلة معقولة لتحقيق التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

أما في النظام الرئاسي القائم على الفصل الشديد بين السلطات فتزداد أهمية حق اعتراض الرئيس؛ لأنه لا يملك حق حل البرلمان وبالتالي يزداد دور الاعتراض التشريعي، ويمثل وسيلة فعالة للحد من تعدي السلطة التشريعية على اختصاصات السلطة التنفيذية المحددة في الدستور.

وسنقوم باستعراض أمثلة من أحكام حق الاعتراض لرئيس الدولة في بعض الدساتير الحالية التي تأخذ بالنظام البرلماني والنظام الرئاسي:

أولاً - من الدساتير التي تأخذ بالنظام البرلماني (دستور مصر):

نصت المادة (١١٢) من الدستور المصري على أنه: (لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين والاعتراض عليها). كما نصت المادة (١١٣): إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر، وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر.

ثانياً - من الدساتير التي تأخذ بالنظام الرئاسي (الدستور الأمريكي)^(١):

قرر الدستور للرئيس الأمريكي استثناء من مبدأ الفصل التام بين السلطتين التشريعية والتنفيذية حق الاعتراض التوقيفي (Veto Suspensif) أي أن له أن يعترض على أي قانون في بحر عشرة أيام من موافقة الكونغرس عليه ورده إلى الكونغرس لإعادة النظر فيه، فإذا وافق الكونغرس عليه مرة أخرى بأغلبية ثلثي الأعضاء في كل من المجلسين صدر القانون وإلا سقط القانون إذا لم تتوافر تلك الأغلبية. وهذا الاعتراض التوقيفي للرئيس هو أكثر استعمالاً في الولايات المتحدة منه في الدول التي تأخذ بالنظام البرلماني حيث يقل فيها استعماله إن لم يتعطل كلية.

ثالثاً - من الدساتير التي هي أقرب للنظام الرئاسي (دستور فرنسا):

نصت المادة العاشرة من الدستور الفرنسي الصادر عام (١٩٥٨) على أن: (يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإرسال القانون إلى الحكومة بعد إقراره نهائياً، وله قبل نهاية هذه المدة أن يطلب إلى البرلمان مداولة جديدة في القانون أو في بعض مواده ولا يجوز رفض هذه المداولة الجديدة) ولم ينص المشرع الدستوري الفرنسي في هذا الدستور على أن يكون طلب المداولة البرلمانية الجديدة عن طريق رسالة يوجهها الرئيس للبرلمان^(٢).

كما لم يشترط المشرع في الدستور أن يكون طلب رئيس الجمهورية للمداولة البرلمانية الجديدة مسبباً، ويجوز أن يكون طلب المداولة على مشروع القانون بأكمله أو بعض مواده فقط، ثم إن المشرع الدستوري قد اكتفى بذات الأغلبية التي أقرته في المداولة الأولى. ونحن نرى أن هذا يضعف حق الاعتراض ويجعله عديم القيمة.

المبحث الرابع

حق رئيس الدولة في التشريع في الظروف الاستثنائية

قد تصادف الدولة ظروف استثنائية لم تكن في الحسبان وغير متوقعة ولا يمكن مواجهتها بقواعد المشروعية العادية، فهل يمكن التضحية بسلامة الدولة وأمنها

(١) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية، ص(٣٧٠) عام (٢٠٠٦).
ونذكر هنا أن الرؤساء الأمريكيين لا يستخدمون هذا الحق إلا بعد حسابات دقيقة وبعد "جس النبض" لمعرفة أعداد المؤيدين وأعداد المعارضين. أ. د. محمد مرغني خيرى، الوجيز في النظم السياسية.

(٢) د. هاني علي طهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص(٢٦٦)، عام (٢٠٠٧).

احتراماً لقواعد المشروعية العادية؟ وللجواب فإن سلامة الدولة فوق القانون وأن الضرورات تبيح المحظورات، ومن ثم فإن العديد من دساتير دول العالم سمحت لرئيس الدولة أن يتحرر من قواعد المشروعية مؤقتاً بالقدر اللازم لمواجهة الظروف الاستثنائية. وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أسس نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية بمناسبة الحرب العالمية الأولى كما طبقها أثناء الحرب العالمية الثانية، ومن هنا جاءت تسميتها باسم سلطات الحرب "pouvoirs de guerre". ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف بالنظرية عند ظرف الحرب بل طبقها في الأوقات العصيبة "periodes critiques" التي تتعرض لها الدولة في وقت السلم^(١). ولا شك أن نظرية الظروف الاستثنائية تتضمن مخاطر جسيمة تهدد حريات الأفراد، ولهذا عمل مجلس الدولة الفرنسي على أن يوازن هذه السلطات الخطيرة لرئيس الدولة بحقوق مقابلة للأفراد تؤمنهم من مغبة إصراف رئيس الدولة في استعمال تلك السلطات؛ ولهذا حصرها في قيود ضيقة ومنها: أن سلطات الظروف الاستثنائية مقصورة على هذه الظروف وحدها وبالقدر الضروري لمواجهتها، وأن يكون خضوع رئيس الدولة في ممارسته لسلطات الظروف الاستثنائية للقضاء. وسوف نتناول حق رئيس الدولة في التشريع في الظروف الاستثنائية في دساتير كل من فرنسا ومصر والأردن في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

حق رئيس الدولة الفرنسي في التشريع في الظروف الاستثنائية

لم تكن المادة (١٦) من الدستور الفرنسي الصادر في ١٤ تشرين الأول من عام (١٩٥٨) أول نص دستوري يتحدث عن حالة الاستثناء إذ سبقه نصان هما المادة (٩٢) من دستور عام (١٧٩٩) والمادة (٤٨) من دستور عام (١٩١٩)، وتنص المادة (١٦) على أنه: "إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم، وحال ونشأ عن ذلك انقطاع السلطات العامة الدستورية عن مباشرة مهامها كالمعتاد يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور مع الوزير الأول ورؤساء المجالس والمجلس الدستوري بصفة رسمية، ويخطر الشعب بذلك برسالة، ويجب أن يكون

(١) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط(٥)، عام (١٩٨٤)، ص(١١٢) وما بعدها.

الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهمتها في أقرب وقت، ويستشار المجلس الدستوري فيما يختص بهذه الإجراءات، ويجتمع البرلمان بحكم القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية". ويشترط لإعلان رئيس الدولة الفرنسي حالة الاستثناء وفقاً للمادة (١٦) شروط موضوعية وشروط شكلية:

أولاً - الشروط الموضوعية:

(أ) وجود خطر جسيم وحال يهدد مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ التزاماته الدولية. (ب) وأن يؤدي الخطر إلى إعاقه السلطات العامة عن أدائها لوظائفها. (ج) وأن تكون الغاية من استخدام السلطات الاستثنائية التي يمارسها رئيس الدولة في هذه الحالة هو قصد التمكين للسلطات العامة الدستورية بالنهوض بمهامها في أقل وقت ممكن.

ثانياً - الشروط الشكلية:

(أ) أخذ رأي الوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ. (ب) أخذ رأي المجلس الدستوري. (ج) توجيه رسالة إلى الأمة. وقد لاحظنا أنه إذا أعلنت حالة الاستثناء تنتقل للرئيس ممارسة كل السلطات، وأن الشروط الموضوعية غير محددة وللرئيس وحده تقديرها. وفيما يتعلق بالشروط الشكلية فإن آراء من يستشيرهم الرئيس غير ملزمة له. أما مسألة توجيه خطاب إلى الأمة فإنها لغاية تبرير الرئيس للرأي العام عن طريق وسيلة قانونية الأسباب التي دعت لاتخاذ هذا الموقف. أما الضمانة الحقيقية فتتجلى فيما نص عليه الدستور من ضرورة انعقاد البرلمان بقوة القانون واستمرار جلساته وعدم جواز حله طوال قيام حالة الاستثناء، الأمر الذي يترتب عليه أن يباشر رئيس الجمهورية سلطاته الخطيرة تحت رقابة أعضاء البرلمان الذين لهم إذا حاد عن الطريق القويم إحالته إلى المحكمة العليا بتهمة الخيانة العظمى، كما أن لرأي المجلس الدستوري في مدى توافر أو عدم توافر شروط حالة الاستثناء قيمة قانونية من الناحية الواقعية وليست القانونية في دولة ذات رأي عام قوي مثل فرنسا.

المطلب الثاني

حق رئيس الدولة في مصر في التشريع في الظروف الاستثنائية

اقتبس واضعو الدستور المصري الصادر عام (١٩٧١) نص المادة (١٦) من الدستور الفرنسي الصادر في ١٤ تشرين الأول من عام ١٩٥٨، وقاموا باستحداث

المادة (٧٤) في الدستور المصري. وتنص هذه المادة على أنه: (لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بياناً للشعب ويجري الاستفتاء على ما يتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها). وواضح أن هذه الحالات الواردة في المادة (٧٤) بالغة الاتساع ومن ثم يترك الحكم عليها لرئيس الجمهورية. كما أن اصطلاح الإجراءات أيضاً بالغ الاتساع ولا يقف عند حد إصدار قرارات جمهورية يكون لها قوة القانون بل يشمل أي إجراء في صورة قرار فردي أو قرار تنظيمي^(١). ونلاحظ أن الأحكام المستحدثة بالمادة (٧٤) تثير صعوبات جمة في التطبيق من أهمها أن الإجراءات التي تصدر استناداً لهذه المادة لا يمكن إلغاؤها إلا بإجراء مضاد أي باستفتاء آخر استناداً إلى قاعدة تقابل الإجراءات، ثم إن رفض الشعب الموافقة على تلك الإجراءات في الاستفتاء فإنها تبطل بالنسبة إلى المستقبل.

المطلب الثالث

حق رئيس الدولة في الأردن في التشريع في الظروف الاستثنائية

أخذ الدستور الأردني الصادر عام (١٩٥٢) بنظرية الظروف الاستثنائية أو نظرية الضرورة التي ابتدعها القضاء الإداري في فرنسا؛ لأن سلامة الدولة وأمنها فوق القانون، فقد نصت المادة (١٢٤) من الدستور الأردني على أنه: (إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ فيصدر قانون باسم قانون الدفاع تعطي بموجبه الصلاحية إلى الشخص الذي يعينه القانون لاتخاذ الإجراءات والتدابير الضرورية بما في ذلك صلاحية وقف قوانين الدولة العادية لتأمين الدفاع عن الوطن، ويكون قانون الدفاع نافذ المفعول عندما يعلن عن ذلك بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء). أما في حالة حدوث طوارئ خطيرة مثل: تعرض أمن البلاد للخطر أو للاعتداء الخارجي على أراضيها فقد نصت المادة (١٢٥) على أنه: (في حالة حدوث طوارئ خطيرة يعتبر معها أن التدابير والإجراءات بمقتضى المادة السابقة من هذا الدستور (ويقصد بها المادة ١٢٤) غير كافية للدفاع عن المملكة، فللملك بناء على قرار مجلس الوزراء أن يعلن بإرادة ملكية الأحكام العرفية في جميع أنحاء المملكة أو في أي جزء منها، وعند إعلان الأحكام العرفية للملك أن يصدر بمقتضى

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص(٤٨٤).

إرادة ملكية أي تعليمات قد تقضي الضرورة بها لأغراض الدفاع عن المملكة بقطع النظر عن أحكام أي قانون معمول به، ويظل جميع الأشخاص القائمين بتنفيذ تلك التعليمات عرضة للمسؤولية القانونية التي تترتب على أعمالهم إزاء أحكام القوانين إلى أن يعفوا من تلك المسؤولية بقانون خاص يوضع لهذه الغاية".

وبما أن الملك رئيس للدولة الأردنية وهو رئيس للسلطة التنفيذية فيها وفقاً لأحكام المادة (٢٦) من الدستور (تناط السلطة التنفيذية بالملك ويتولاها بواسطة وزرائه وفق أحكام هذا الدستور) فقد أعطت المادة (٩٤) من الدستور الحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك بوضع قوانين مؤقتة عندما يكون مجلس النواب منحللاً لمواجهة ظروف طارئة لم تكن في الحسبان، حيث نصت على أنه: (عندما يكون مجلس النواب منحللاً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة لمواجهة الأمور الآتي بيانها: (أ) الكوارث العامة. (ب) حالة الحرب والطوارئ. (ج) الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التأخير. ويكون للقوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام الدستور قوة القانون، على أن تعرض على مجلس الأمة في أول اجتماع يعقده، وعلى المجلس البت فيها خلال دورتين عاديتين متتاليتين من تاريخ إحالتها، وله أن يقر هذه القوانين أو يعدلها أو يرفضها، فإذا رفضها أو انقضت المدة المنصوص عليها في هذه الفقرة ولم يبت بها وجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلان نفاذها فوراً، ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول ما كان لها من قوة القانون، على ألا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة".

الفصل الأول

دور الإصدار في العملية التشريعية وطبيعته

سنتناول في هذا الفصل حق رئيس الدولة في إصدار القانون في مبحث أول، ونتعرض لوظائف إصدار القانون في مبحث ثان، وأما المبحث الثالث فنخصّصه لمبحث طبيعة الإصدار القانونية على النحو التالي:

المبحث الأول

حق رئيس الدولة في إصدار القانون

يعرف الفقه إصدار القانون بأنه: العمل الذي تقوم به سلطة محايدة تختلف عن تلك التي أقرّت القانون، تفحص سلامته ومشروعيته وتعلن رسميته وتشهد بأن النص الذي وافق عليه البرلمان وأقره قد احترم الدستور شكلاً وموضوعاً وأن له صياغة مؤكدة وهي التي يتضمنها مرسوم الإصدار الذي يكسبها صفة الأمر والوضوح واليقين^(١). فإصدار القانون هو عمل منفصل عن العمل التشريعي يقوم به رئيس الدولة ويشهد فيه بأن القانون قد استوفى مقوماته الأساسية من حيث الإقرار والتصديق وعدم الاعتراض وصار بالتالي صالحاً للتنفيذ باعتباره جزءاً من قوانين الدولة^(٢). ويصدر به أمره لجميع الهيئات والسلطات في الدولة بنشر القانون وتنفيذه كل فيما يخصه وفرض احترامه على الكافة. إذن فهو عمل لاحق للعمل التشريعي يعد بمثابة شهادة ميلاد لقانون جديد تكون سنداً لتنفيذه. وإن الإصدار في الحقيقة هو واجب الزام الدستور فيه رئيس الدولة القيام به، وأن يتولاه خلال فترة معقولة تجري من التصديق إلى الإصدار.

ومن ناحية أخرى فإن النظم الأنجلوسكسونية - ممثلة في بريطانيا والولايات المتحدة - لا تعرف اصطلاح الإصدار، ففي بريطانيا يصبح القانون نافذاً بمجرد تصديق الملك عليه دون حاجة إلى اتخاذ إجراء لاحق، ويطبّع في المطابع الملكية ويقوم سكرتير البرلمان بالتوقيع على نسختين منه تحفظ الأولى في برج فيكتوريا وتدرج الثانية في مكتب الوثائق العام في ويستمنستر^(٣).

(١) Eliane quandrels: Le roles ef Les attributions du chef d - Etat dans La constitution du (27) octobre (1946) paris, (1946) p. 103.

(٢) د. محمد سليم غزوي، مرجع سابق، ص(١٣٨).

(٣) Broun (Neville): Le promulgation des Lois en Anleterre op. cit, p. (100).

وأما في الولايات المتحدة الأمريكية فيجري العمل على نفس النهج، حيث ينص الدستور الأمريكي في الفقرة السابعة من المادة الأولى على حق الرئيس في التوقيع على القانون خلال فترة زمنية معينة. وإن هذا التوقيع يجعل القانون نافذاً دون حاجة إلى إحاطته بصياغة معينة تبين مراحل القانون المختلفة أو تشير إلى الهيئات التي شاركت في سنه؛ ولذا فإن اصطلاح الإصدار ذاته غير شائع في هذه الدول. وسنقوم باستعراض أحكام حق الإصدار للقانون لرئيس الدولة في بعض الدساتير على سبيل المثال:

- ١ - دستور الأردن: مادة (٩٣): يسري مفعول القانون بإصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية.
- ٢ - دستور مصر: مادة (١١٢) (الرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين.....).
- ٣ - دستور الكويت: مادة (٦٥): (للأمير حق اقتراح القوانين وحق التصديق عليها وإصدارها).
- ٤ - دستور سوريا: المادة (٩٨): (يصدر رئيس الجمهورية القوانين التي يقرها مجلس الشعب.....).
- ٥ - دستور دولة الإمارات العربية المتحدة: مادة (١١٠): (ج) (يوقع رئيس الاتحاد القانون بعد تصديقه من المجلس الأعلى ويصدره).
- ٦ - دستور فرنسا: نصت المادة (١٠) من الدستور الفرنسي على أن: (رئيس الجمهورية يصدر القوانين خلال خمسة عشر يوماً التالية لإرسالها إلى الحكومة بعد إقرارها بصفة نهائية في البرلمان). كما نصت المادة (١٩) من الدستور الفرنسي على أنه: (ويتعين أن يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصون مراسيم الإصدار بجوار رئيس الجمهورية، كما يتعين أن يوقع عليه وزير المالية إذا تضمن القانون أثراً مالياً، ومن ناحية أخرى أجازت المادة (٦١) من الدستور (لرئيس الجمهورية أن يعرض القانون على المجلس الدستوري قبل إصداره ليقرر مدى مطابقتها لأحكام الدستور، وفي هذه الحالة يقطع إبلاغ المجلس الدستوري مدة الإصدار). والجدير بالذكر أن الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام (١٩٥٨) لم ينص على الإصدار المستعجل لأي قانون أقره المجلسان، بينما كان ذلك منصوصاً عليه في دستور عام (١٨٧٥) (أن يكون الإصدار في خلال ثلاثة أيام في حالة الاستعجال).

المبحث الثاني وظائف إصدار القانون

يلعب إصدار القانون دوراً مزدوجاً، فهو شهادة بصحة القانون وسلامته ونتاجه في مطلب أول، كما أنه أمر من رئيس الدولة بنشر القانون وتنفيذه وتعرض له في مطلب ثان على النحو التالي:

المطلب الأول الإصدار شهادة بصحة القانون وسلامته

ذكر الفقيه الفرنسي (R. Carre De Malberge)^(١) بأن للإصدار ثلاث وظائف وهي:

أولاً - إثبات تبني وإقرار السلطة التشريعية للقانون.

ثانياً - الإقرار بوجود القانون وفقاً للصيغة التي وافق عليها البرلمان.

ثالثاً - تأكيد القيمة الآمرة والتنفيذية له. وبناء عليه فيتعين على رئيس الدولة أن يتأكد أولاً بأن البرلمان قد أقر القانون وفق الشروط الدستورية، ويحقق الإصدار ثانياً الإقرار بوجود القانون وفقاً للصيغة التي أقرها البرلمان، والنتيجة الثالثة مؤداها أن القانون الذي أقره البرلمان سينفذ بصفته قانون الدولة. وذهب رأي ثان في الفقه الفرنسي^(٢). إلى أن الإصدار يعتبر العمل الذي بمقتضاه يقر رئيس الجمهورية أن البرلمان سن القانون وفق الإجراءات الدستورية، كما يتضمن أمراً إلى كافة السلطات الإدارية والقضائية بتطبيق أحكام هذا القانون^(٣).

R. Carre De Malberge, o p. ciet., p. (428).

(١)

Georges Burdeau, o P. ciet. p (672).

(٢)

(٣) نذكر هنا أن إصدار القانون يتم وفق صيغتين مختلفتين على النحو التالي:
(الأولى): عندما يوافق المجلسان على القانون تكون الصيغة للإصدار "أقرت الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ هذا القانون وأصدر رئيس الجمهورية القانون وفق الصيغة التالية...."
(الثانية): إذا لم يصل المجلسان إلى اتفاق على نص موحد وأقرت الجمعية الوطنية القانون بصفة نهائية تطبيقاً لنص المادة (٤٥) من الدستور الفرنسي الحالي تكون صيغة الإصدار "بعد المداولة في كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ أقرت الجمعية الوطنية هذا القانون وأصدر رئيس الجمهورية القانون وفق الصيغة التالية...." أما إذا حصل العكس ووافق مجلس الشيوخ على القانون ورفضته الجمعية الوطنية فلم يتطرق إليه نص المادة ٤٥/٤ من الدستور الفرنسي.

وأن من أشهر الآراء التي قيلت في هذا الخصوص ما ذهب إليه (portalis) في خطبته أمام جلسة للبرلمان الفرنسي من أن الإصدار يعتبر وسيلة إثبات القانون في مواجهة الأفراد، ويضيف بأن القانون يكون كاملاً وتاماً عند إقراره، فالإصدار لا يصنع القانون ومن ثم فإن أثره ينحصر فقط في أن القانون لا يبدأ في السريان إلا بعد إصداره. كما ذكر (Andrieux) في ذات الجلسة بأن وظيفة الإصدار تنحصر فقط في توثيق القانون رسمياً. أما البروفيسور (G. jeze) فإصدار القانون لديه هو العمل الذي يفحص به رئيس الدولة مشروعية الإجراءات التي يستلزمها الدستور، وأن يتيقن من مدى تطابق النص المعروف عليه مع النص الذي وافق عليه المجلسان، وكذا تطابق موافقة المجلسين عليه، وقد اجتمع الفقه الفرنسي على هذا الاتجاه^(١).

وقد أكد الفقه العربي التصور السابق لدور الإصدار. فذهب الدكتور عادل الحيارى إلى أن عملية الإصدار خطوة قانونية لا بد أن يمر التشريع بها، فإذا لم يتم الإصدار تفقد المراحل الأخرى أهميتها؛ لأنه لا يمكن تنفيذ القانون ولا يستطيع القضاء أن يطبقه لأنه يعتبر قانوناً غير دستوري من الناحية الشكلية لتخلف إجراء معين وهو الإصدار^(٢). كما ذهب الدكتور محمد كامل ليلة إلى أن الإصدار هو عمل قانوني يقوم به رئيس السلطة التنفيذية ليعلن به مولد قانون جديد، فهو شهادة من رئيس الدولة بأن البرلمان قد أقر القانون المراد إصداره في حدود الإجراءات التي وضعها الدستور^(٣). وكذلك ذكر الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي أن الإصدار شهادة الرئيس بأن البرلمان قد أقر القانون طبقاً للأوضاع الدستورية، وأن القانون قد توافرت له كل الشروط التي طلبها الدستور^(٤). أما في ألمانيا فقد ذهب الفقيه (Laband) إلى أن السلطة المعنية بالإصدار تتأكد من توافر الشروط الشكلية والموضوعية التي تلزم دستورياً لصحة العمل التشريعي^(٥).

(١) ذهب (part hlemy) إلى القول بأنه من اللحظة التي تتطابق فيها إرادة المجلسين ويتفقان على النص التشريعي يلزم وجود سلطة دستورية ثالثة مستقلة تفحص هذا التطابق وتراجعه وتؤكد "إن رئيس الدولة بالإصدار" يحرر شهادة ميلاد للقانون إذ يؤكد وجود القانون رسمياً. وهو بذلك يمارس دوراً يقترب إلى حد كبير من دور موظف الأحوال المدنية الذي يقيد المواليد أو موثق العقود الذي يضيف الصيغة الرسمية على اتفاق المتعاقدين. راجع: part Alemy et Deuze: Traite de droit constitutionnel paris, 1933, p.740.

(٢) د. عادل الحيارى، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، ص(٧٨٢)، عام(١٩٧٢).

(٣) د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، ص(٣٦٥)، عام (١٩٧١).

(٤) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، ص(٣٠٧)، عام (١٩٥٨).

(٥) Laband; Le droit public de l'Empire Accemend, Paris, 1901, P.277.

وفي بلجيكا أكد الفقيه (De Visscher) أن الإصدار هو قرينة على خلو القانون من العيوب الدستورية وهو يعطي للقانون بذلك طابعاً رسمياً. وذهب البرفسور اليوناني (sari poios) من جانبه إلى أن الإصدار هو تأكيد يعطيه رئيس الدولة مصداقاً عليه من جانب وزرائه المسؤولين أمام البرلمان بأن القانون قد تم عمله وفقاً للدستور وشهادة برسمية نصه، فهو تقرير رسمي بأن الإجراءات الدستورية لعمل القانون قد احترمت، ونخلص إلى القول بأن الفقه قد أجمع على أن الإصدار يعدّ شهادة من رئيس الدولة بأن التشريع قد احترمت الإجراءات الدستورية، وأنه يتفق مع أحكام الدستور، كما يشهد الرئيس بأن للقانون صيغة مؤكدة هي تلك التي وافق عليها البرلمان ويتضمنها مرسوم الإصدار فهو شهادة بسلامة القانون ورسميته. والجدير بالذكر أن الدستور الأردني الحالي الصادر عام (١٩٥٢) لم يتضمن أي نص على وجوب إصدار القانون في موعد معين بعد التصديق، مع أنه كان من الأفضل برأينا تحديد مدة للإصدار حتى لا يكون هناك مجال لحفظ القانون وعدم إصداره^(١). أما آثار عدم الإصدار أو التأخر فيه فإننا نرى أن لحظة الإصدار هي وحدها التي تحدد تاريخ ميلاد القانون؛ لأنه يستحيل تطبيقه قبل هذه اللحظة، ثم إن الإصدار من جهة أخرى يضفي على القانون قوة النفاذ ويجعله مكتملاً.

المطلب الثاني

الإصدار أمر من رئيس الدولة بنشر القانون وتنفيذه

يترتب على إصدار القانون أثران أساسيان، يتمثل أولهما في ضرورة نشر القانون بالجريدة الرسمية لكي يتحقق علم الكافة به؛ لأن نشر القانون يأتي بعد إصداره وكأثر له ونتناوله في الفرع الأول، ثم دخول القانون في مرحلة التنفيذ ونعرض له في الفرع الثاني على النحو الآتي:

(١) لاحظنا أن التقليد جرى في الأردن على أن تكون عملية الإصدار ملازمة لعملية التصديق، فإذا رجعنا إلى أي قانون من قوانين الدولة نجد أنه يصدر بالعبارة التالية "بمقتضى المادة (٢١) من الدستور وبناء على ما قرره مجلسا الأعيان والنواب نصديق على القانون الآتي ونأمر بإصداره وإضافته إلى قوانين الدولة " كما أن الإصدار يكون في شكل إرادة ملكية، ويختم كل قانون عادة بعبارة (رئيس الوزراء والوزراء مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون... ثم التاريخ.... وبلي ذلك إمضاء الملك والوزير أو الوزراء المختصين".

الفرع الأول عملية نشر القوانين

لا تعتبر عملية نشر القوانين جزءاً من العملية التشريعية بل هي عملية مادية تتمثل في ظهور القوانين في الجريدة الرسمية للدولة. ولا تنفذ القوانين عادة بمجرد نشرها بل يكون تنفيذها بعد فترة من الزمن. والغاية من ذلك إعطاء الأفراد في جميع أنحاء الدولة الفرصة للاطلاع على القانون الجديد قبل تطبيقه عليهم. ويجوز تقصير هذه المدة أو إطالتها. وعلى سبيل المثال نصت المادة (٩٣) من الدستور الأردني على أن يسري مفعول القانون بإصداره من جانب الملك وممرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية، إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر^(١). كما أمرت المادة (١٨٨) من الدستور المصري السلطة التنفيذية بأن تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر، وبمجرد مضي المدة المحددة يطبق القانون حتى ولو تصادف أن الكثيرين لم يعلموا به، فليس المقصود بالنشر إعلام الناس إعلاماً فعلياً بل المقصود اتخاذ ما من شأنه أن يعلمهم به.

الفرع الثاني دخول القانون مرحلة التنفيذ

يدخل القانون بمجرد الإصدار في مرحلة التنفيذ، غير أنه لا يستمد قوته التنفيذية من الإصدار الذي يقتصر أثره على إثبات وجود القانون ومحتواه، وإنما يستمد قوته التنفيذية من مجرد إقرار البرلمان له وفق الإجراءات التي نص عليها الدستور واللائحة البرلمانية. وبالتالي فإن قوة التنفيذ تكون من إرادة البرلمان وليست من السلطة التنفيذية، أما الرأي الراجح في الفقه المصري فقد ذكر أن الإصدار لا يعطي القانون القوة التنفيذية؛ لأن قوة التنفيذ في القانون أي قوة الإكراه على الطاعة

(١) قررت محكمة العدل العليا في حكم لها رقم ٦٠/١٤ المنشور في العدد الخامس من السنة الثامنة في مجلة نقابة المحامين النظاميين ص(٣٩) "إن يوم نشر القانون في الجريدة الرسمية لا يعتبر تاريخاً لنفاذ القانون وإنما يعتبر نفاذه من اليوم التالي لأن الأصل الدستوري هو أن القوانين لا يعمل بها إلا من تاريخ العلم بها وهذا العلم لا يفترض إلا بعد تمام النشر في الجريدة الرسمية، وعليه لا يحسب منه اليوم المعتبر في نظر القانون مجرياً لهذا الميعاد وإنما يحسب اليوم التالي".

مرتبطة بقوة الإلزام أو الأمر والإكراه على الطاعة، يأتي من الجهة التي من اختصاصها إعطاء الأمر نفسه وهي البرلمان^(١).

وأن الإصدار باعتباره عملاً من أعمال السلطة التنفيذية هو شرط أساسي اشتراطه الدستور لظهور قوة التنفيذ الكامنة في القانون ظهوراً رسمياً^(٢) ونحن نميل إلى هذا الرأي ونعتقد بصحته؛ لأن القانون يصير نافذاً من تاريخ إصداره بعد تحقق رئيس الدولة من مطابقة إجراءات سنه للدستور.

كما يتعين التفرقة بين القوة التنفيذية للقانون وبين وسائل وطرق التنفيذ. فالبرلمان هو الذي يمنح القانون القوة التنفيذية، أما وسائل التنفيذ فتملكها السلطة التنفيذية وحدها، وعندما يصدر رئيس الدولة القانون فإن رجال السلطة العامة يلتزمون باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لوضع أحكام القانون موضع التنفيذ.

المبحث الثالث طبيعة الإصدار القانونية

اختلف كل من الفقه المصري والفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية للإصدار وانقسموا إلى رأيين: الأول يرى أن الإصدار يعتبر أحد الإجراءات التشريعية وتتناوله في المطلب الأول. والثاني يرى أن الإصدار هو عمل تنفيذي يأتي بعد تمام سن القانون ونعرض له في المطلب الثاني على النحو التالي:

المطلب الأول الإصدار عمل تشريعي

يرى أنصار هذا الرأي وهو الراجح في الفقه الفرنسي^(٣) أن الإصدار عمل تشريعي يضيف إلى القانون ويتممه، فهو يشارك في عملية صنع وتكوين القانون ويتصل بوظيفة السلطة التشريعية، وأقاموا رأيهم على الحجج التالية:

١ - إن مشروع القانون الذي يتم إقراره في البرلمان لا يكتسب في الحقيقة قيمة القانون إلا من وقت إصداره، فهو - أي الإصدار - يكشف عن وجود القانون ويمنحه الحياة من الناحية القانونية.

(١) د. عثمان خليل، النظام الدستوري المصري، سنة (١٩٥٦).

(٢) د. محمد كامل ليلة وآخر، النظم السياسية، ص(٣٦٤)، عام (١٩٦٣).

(٣) R. carre de Malberge, contribution. o. p. circ. p. (401).

٢ - إن الإصدار عنصر أساسي في تكوين القانون؛ لأنه يتممه ويسبغ عليه القوة التنفيذية والتي ينتج عنها فاعليته. ونحن نميل إلى هذا الرأي ونؤيد الحجج التي استند إليها؛ لأن الإصدار يضيف إلى القانون ويتممه ويجعله قابلاً للتنفيذ.

المطلب الثاني الإصدار عمل تنفيذي

اتفق أنصار هذا الرأي حول الطبيعة التنفيذية للإصدار وذكروا أنه لا يضيف جديداً إلى القانون الذي يكتمل وجوده - برأيهم - بموافقة البرلمان عليه صحيحاً وفقاً للإجراءات التي نص عليها الدستور، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى النصوص الدستورية التي تقصر ممارسة السلطة التشريعية على البرلمان. وهو ما يعني أن القانون يستكمل كل عناصر وجوده بمجرد تصويت البرلمان عليه، ولا يتبقى بعد ذلك سوى أن يستكمل مقومات فاعليته بالتنفيذ، ولذا فإن الإصدار وفق هذا الاتجاه لا يعد شرطاً يتوقف عليه وجود القانون ولا يعتبر عنصراً من عناصر اكتماله وإنما هو شرط لفاعليته ونفاذه، وعليه فإن تنفيذ القانون لا يبدأ إلا بعد اكتمال مقومات وجوده. ثم إن الدستور إذا كان يستلزم تدخل رئيس الدولة بالإصدار فليس معنى ذلك أنه يضيف إلى القانون أحد عناصر قوته، وذلك لأن القانون يولد مكتملاً ويقتصر دور الإصدار على التحقق من وجوده ومشروعيته وجعل هذه القوة في حالة حركة^(١)، وقد أيد هذا الرأي جانب من الفقه المصري^(٢).

وأضاف بأن المشرع الدستوري سواء في فرنسا أو في مصر قد أناط بالبرلمان سلطة التشريع، وأن اختصاص رئيس الدولة بإصدار القانون يندرج في طائفة الأعمال التنفيذية فتلتزم كافة سلطات الدولة بتنفيذ ما جاء فيه من قواعد.

(١) انظر: De Malberge: op. cite. p. (412).

(٢) دكتور/ عمرو فؤاد أحمد بركات، إصدار القوانين، عام (٢٠٠٠)، ص(٤٤) وص(٤٧).

الفصل الثاني

حجية إصدار القانون وآثاره على العملية التشريعية

نتساءل في البداية: ما القيمة القانونية لإقرار رئيس الدولة بمشروعية القانون؟ وللإجابة لا بد من الإشارة إلى أن رئيس الدولة بمقتضى حقه في الإصدار يقوم بفحص نص القانون الذي وافق عليه البرلمان ليتأكد من احترامه للشروط التي يستلزمها الدستور لوجود القانون وسلامته، ولذلك فإننا سنتناول حجية إصدار القانون وموقف المشرع والفقه والقضاء منها في مبحث أول، كما نعرض للآثار التي تترتب على الإصدار في مبحث ثان على النحو التالي:

المبحث الأول

حجية إصدار القانون وموقف المشرع والفقه والقضاء منها

سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: موقف المشرع من حجية الإصدار.

المطلب الثاني: موقف الفقه من حجية الإصدار.

المطلب الثالث: موقف القضاء من حجية الإصدار.

المطلب الأول

موقف المشرع من حجية الإصدار

تخلو النصوص التشريعية في فرنسا ومصر من الإشارة إلى تحصين مرسوم الإصدار ضد الطعون القضائية سواء صراحة أو ضمناً، إلا أن الأعمال التحضيرية تشير إلى قصد المشرع إضفاء الحجية المطلقة على مرسوم الإصدار فيما يشهد به من أن للقانون صياغة مؤكدة يتضمنها مرسوم الإصدار، وأن النص الذي أصدره الرئيس هو بذاته الذي وافق عليه البرلمان في صياغة متطابقة.

المطلب الثاني

موقف الفقه من حجية الإصدار

انقسم الفقه حول حجية الإصدار إلى ثلاثة اتجاهات:

الأول: يرى أن قرينة السلامة في الإصدار قرينة قاطعة تغطي كل العيوب الداخلية والخارجية للقانون.

الثاني: يعتبر قرينة السلامة في الإصدار قرينة نسبية.
الثالث: ورأيه أن قرينة السلامة في الإصدار قاطعة فيما يتعلق بوجود القانون دون دستوريته.

الفرع الأول

قرينة السلامة في الإصدار قرينة قاطعة

يرى أنصار هذا الرأي أن رئيس الدولة يؤكد بالإصدار مشروعية نص القانون وسلامته وخلوه من العيوب الدستورية، وأنه قد أصبح له صياغة واضحة وثابتة ومؤكدة تضمنها مرسوم الإصدار. أما إعطاء المحاكم الحق بفحص دستورية القانون فيعني أن يجرد الإنسان من كل قيمة له^(١) وذهب من جانبه الفقيه (la band) إلى القول أنه من المتعذر قبول رقابة القاضي لدستورية القانون دون التسليم بأنه قد أهدر القيمة الوحيدة التي يحققها مرسوم الإصدار.

أما الاستاذ (Schmitt) فذكر أيضاً أن رئيس الدولة بحكم وضعه وحياده في القواعد التي تحكم مسؤوليته مؤهل أكثر من غيره في أن يلعب بحكمة دور حامي الدستور.

ويخلص أنصار هذا الرأي القول بأنهم يستمدون من مركز رئيس الدولة ووضعه في الدستور والقواعد التي تحكم مسؤوليته حجة يبررون بها قطعية الإصدار في سلامة القانون ودستوريته، ويرتبون للإصدار أثراً قانونياً هاماً وهو أنه يضيف على القانون قوة تنفيذية دون تعرض القضاء لوجوده أو دستوريته^(٢).

الفرع الثاني

قرينة السلامة في الإصدار قرينة نسبية

يقول أصحاب هذا الرأي إن رئيس الدولة بالإصدار لا يمارس حقاً مطلقاً وإنما يباشر اختصاصاً يحدد الدستور نطاقه ومداه، وبناء عليه فإنه يلتزم بالقيود

(١) من أنصار هذا الرأي: الفقيه الألماني La band والأستاذ Carl Schmitt والفقيه الفرنسي Lonne.

(٢) يراجع تفاصيل هذا الرأي عند:
Gordan: Les nouvelles constitutions Européennes et La role du chef d Etat.
Paris 1931 p. 20g ets.

والإجراءات التي ينص الدستور عليها، وإن مخالفته لهذه الإجراءات يشكل مخالفة لقوانين الدولة، تستوجب تدخل القضاء لرقابة أعماله، ثم إن رئيس الدولة لا يعد قرار الإصدار بنفسه وإنما يعده معاونوه ومستشاروه الذين يقومون بفحص القانون، والتأكد من مدى احترامه للشروط الدستورية، ويكتفي الرئيس بمراجعته وتوقيعه، وعلى ذلك فإن تدخل القضاء لرقابة مرسوم الإصدار لا يمس شخص رئيس الدولة. ويضيف هذا الرأي أن الإصدار من جهة يعتبر عملاً كاشفاً يقتصر دوره على جعل القانون قابلاً للنفذ وليس له قوة أمر بالنسبة للمحاكم وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ومن جهة ثانية فإن الإصدار مسألة تتعلق بالوجود الخارجي للقانون ولا علاقة له بدستوريته، ولذلك يكون للإصدار حجة نسبية تحول دون حق المحاكم في التأكد من احترام القانون للشروط التي يستلزمها الدستور، ويخلص هذا الرأي إلى رفض معاملة الإصدار بوصفه العمل الذي يؤكد وجود القانون بصفة نهائية ويحول دون المنازعة فيه^(١).

وقد أيد الفقه المصري هذا الاتجاه مع خلاف بسيط في حالة إغفال مرسوم الإصدار لبعض الفقرات التي تضمنها النص الأصلي، فإذا كان النص المحذوف لا يؤثر على أحكام القانون فللمحاكم أن تطبق النص كما أصدره رئيس الدولة. أما إذا أغفل الإصدار نصاً مؤثراً على أحكام القانون فالمحاكم هنا تمتنع عن تطبيق النص؛ لأنه يختلف في معناه عن النص الأصلي^(٢).

الفرع الثالث

قرينة السلامة في الإصدار قاطعة بالنسبة لوجود القانون فقط

نذكر أصحاب هذا الرأي بأن دور الإصدار يقتضي أن يقوم رئيس الدولة بفحص الشروط الموضوعية التي يستلزمها الدستور لسلامة وصحة القانون، ويعني ذلك أن يقوم رئيس الدولة بفحص مشروعية القانون الداخلية مما يستتبع الاعتراف لرئيس

(١) La ferriere: L,authentique du texte des Lois public au journal, official, R.d.p. (1949), p.(122).

(٢) انظر: د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، ص(٣٥٣)، والدكتور عثمان خليل، النظام الدستوري المصري، ص(١٧٦) عام (١٩٥٦)، والدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري، ص(٣٠٧) وص(٣٠٨)، عام (١٩٥٨).

الدولة بحق الاعتراض على القانون، ثم إن القيمة الحقيقية لمرسوم الإصدار تكمن في كونه إثباتاً لوجود القانون وشهادة بميلاده وصحة نصه ومحتواه^(١).

ونخلص القول بأن الاتجاهات السالفة الذكر تنتهي إلى نتيجة واحدة وهي أن قرينة الإصدار المطلقة لم تعد تتفق ومعطيات القانون العام الحديث، واتفق أصحابها على أن حجية الإصدار المطلقة مرهونة بتوافر شروطها، وهي أن يتمكن رئيس الدولة من فرض نتائج فحصه لمشروعته ودستورية القانون على البرلمان، ولا يكون ذلك له إلا عندما يمارس حق التصديق على القانون.

وهو حق يستحيل على البرلمان تجاوزه، وإن التباين في نتائج الاتجاهات السابقة هو في حقيقته تباين شكلي يرجع إلى تخلف الشروط اللازمة لعمل مرسوم الإصدار في بعض الأنظمة السياسية وتواجدها في أنظمة أخرى. كما تبين لنا أن مرسوم الإصدار لا علاقة له بدستورية القانون الشكلية أو الموضوعية، وإن حجية الإصدار تقتصر فقط على صياغة القانون.

المطلب الثالث

موقف القضاء من حجية الإصدار

ميزت أحكام القضاء بين فرضين هما: الادعاء المباشر ضد مرسوم الإصدار عندما يكون النص الذي يصدره رئيس الدولة يختلف عن النص الأصلي، أما فيما يتعلق بالادعاء المباشر فإن القضاء رفض التعرض لمرسوم الإصدار تحت تأثير نظرية أعمال السيادة^(٢). وذلك لأنه ليس من الأعمال المشتركة بين الحكومة والبرلمان. وبالتالي فهو يخرج من اختصاص القضاء وفقاً لقانون تنظيمه^(٣).

وأما في حالة الادعاء غير المباشر فإن القضاء اعتبر أن من حقه رقابة الشروط الشكلية اللازمة لوجود القانون وهي ما تعرف برقابة المشروعية الخارجية، وقد أقر القضاء المصري منذ عام (١٩٤٨) لنفسه الحق في رقابة وجود القانون بغض النظر عن مرسوم الإصدار.

(١) carre de Malberg op. cite. p.426, 455.

(٢) فقد ذهب الفقيه جيز إلى أنه "من المحتمل فيما لو طعن في مرسوم الإصدار أن يعلن مجلس الدولة عدم قبول الطعن لتعلقه بعمل تنظيم علاقة الحكومة بالبرلمان: Jeze: R. d. p. 1918.p.386

(٣) د. عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال سيادة "رسالة دكتوراة" ص(٣٦٦) وما بعدها، عام (١٩٥٥).

المبحث الثاني آثار إصدار القانون على العملية التشريعية

يترتب على إصدار القانون أثاران: الأول ضرورة نشره في الجريدة الرسمية لكي يعلم به الكافة، والثاني دخول القانون مرحلة التنفيذ، وسوف نتناولهما في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول ضرورة نشر القانون في الجريدة الرسمية

يأتي النشر للقانون بعد الإصدار وأثر له، وينظم بموجب نصوص دستورية منفصلة كي يحتج بأحكام هذا القانون في مواجهة الكافة، ويتعين أن يكون نشره بذات الصيغة التي وردت في مرسوم الإصدار والتي يجب أن تكون متفقة مع الصيغة التي أقرها البرلمان لهذا القانون، فعلى سبيل المثال نصت المادة (١٨٨) من الدستور المصري "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويعمل بها بعد شهر" ويدل هذا النص على أن الدستور تضمن أمراً للسلطة التنفيذية بنشر القانون خلال المدة المذكورة، ثم إن مرسوم الإصدار يحتاج إلى عملية خارجية تبرزه وتعلنه للأفراد ولا يتحقق ذلك إلا بالنشر الذي يهدف إلى إيصال العلم بالقانون المصدر للكافة. كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٩٣) من الدستور الأردني الحالي "يسري مفعول القانون وإصداره من جانب الملك ومروور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر". ومن جهة أخرى فإن النشر لا يعتبر عملاً قانونياً وإنما هو مجرد واقعة مادية بسيطة تتكون بنشر القانون في الجريدة الرسمية، فلا يعتبر أي قانون قد وصل إلى علم الكافة إلا بعد انقضاء المدة المحددة للنشر في الدستور.

المطلب الثاني دخول القانون مرحلة التنفيذ

يدخل القانون مرحلة التنفيذ بمجرد الإصدار حيث يتضمن مرسوم الإصدار في فرنسا عبارة هذا القانون الحالي سوف ينفذ كقانون الدولة (La presente Loi sera executée comme Loi de l'Etat) وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن هذه الصيغة تتضمن أمر رئيس الدولة إلى السلطات العامة باتباع القانون^(١).

(١) Edouard sauvignon La promulgation des Les Lois, R. D. P. (1981), P. (999).

فالإصدار لا ينشئ القوة التنفيذية للقانون وإنما هو كاشف لها، ويتعين هنا التفرقة بين القوة التنفيذية للقانون وبين وسائل وطرق التنفيذ، فالبرلمان هو الذي يمنح القانون القوة التنفيذية أما وسائل التنفيذ فتحتكرها السلطة التنفيذية، فبواسطة إصدار رئيس الدولة للقانون يلتزم رجال السلطة العامة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لوضع أحكام وقواعد القانون موضع التنفيذ.

الخاتمة والنتائج والتوصيات:

أولاً - الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة (حق رئيس الدولة في إصدار القانون وآثاره على العملية التشريعية) - دراسة مقارنة - وتكونت من فصل تمهيدي تم فيه إيضاح دور رئيس الدولة في التشريع في ظل الظروف العادية والاستثنائية في كل من فرنسا ومصر والأردن والولايات المتحدة الأمريكية، من حيث حقه في اقتراح القوانين والتصديق والاعتراض عليها. وأما الفصل الأول فقد تناول حق رئيس الدولة في إصدار القوانين وأوضحنا فيه وظيفة الإصدار وطبيعته القانونية باعتبار أنه أول مرحلة في تنفيذ القانون، وأنه يتوجب على رئيس الدولة إصدار القانون وفق الصيغة التي أقرها البرلمان. وتأتي بعد ذلك مرحلة النشر باعتبارها الخطوة النهائية لكي يرتب القانون آثاره ويعلم به الأفراد ويلتزمون بتنفيذه، وأوضحنا في هذا الفصل أن النظم الأنجلوسكسونية ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية لا تعرف اصطلاح الإصدار. وأما الفصل الثاني فقد عرضنا فيه بالتفصيل حجية الإصدار وما يترتب عليه من آثار على العملية التشريعية من خلال مواقف كل من التشريع والفقه والقضاء منه.

ثانياً - النتائج والتوصيات:

١ - تبين لنا ضرورة اعتبار موافقة البرلمان على القانون - في حد ذاتها - شهادة رسمية بصحة القانون ومشروعيته؛ لأن التوقيعات التي توجد على القانون قبل نقله إلى رئيس الدولة هي لشخصيات رسمية لا تقل أهميتها في السمو عنه وتكفي لإضفاء صفات الرسمية على القانون.

٢ - إن رئيس الدولة وهو بصدد مباشرة حقه في طلب القراءة الثانية للقانون من البرلمان ليس له من تفسير سوى فحص سياسي بالدرجة الأولى لا ينصب على الجوانب القانونية والدستورية إلا في حدود الدفاع عن مصالح السلطة التنفيذية وعلاقتها بالسلطات الأخرى.

- ٣ - تبقى للإصدار أهمية لا ننكرها باعتبارها العمل الذي يجعل القانون صالحاً للنفاز ولكنه لا يضيف على القانون أية قوة تنفيذية.
- ٤ - إذا لم يبت البرلمان في اعتراض رئيس الدولة على قانون معين لعدة سنوات، مع الأخذ في الاعتبار أن مدة الفصل التشريعي محددة دستورياً، فإن ذلك يعتبر موافقة ضمنية على اعتراض رئيس الدولة على القانون.
- ٥ - لم يقم كل من الدستورين الفرنسي والمصري واللوائح البرلمانية في هاتين الدولتين بتحديد مدة معينة ليقوم البرلمان بنظر طلب المداولة الثانية المقدم من رئيس الجمهورية، ونحن نوصي بتحديدها كي يستقر القانون على وضع معين إما بالقبول أو الرفض.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

- د. زهير شكر، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية.
- د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية.
- د. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية.
- د. شمس مرغني علي، القانون الدستوري.
- د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية.
- د. عثمان خليل، د. سليمان طماوي، موجز القانون الدستوري.
- د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية.
- د. عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال سيادة، رسالة دكتوراه.
- د. عادل الحيارى، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني.
- د. عمرو فؤاد أحمد بركات، إصدار القوانين،
- د. فيصل شطناوي، النظم السياسية والقانون الدستوري.
- د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري.
- د. محمد سليم غزوي، الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري.
- د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري.
- د. هاني علي طهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:

- Broun (Neville) Le promulgation des Lois en AnLeterre.
- C. R. C ie Fraissinat (1934). R. C.
- Eliane quandreis: KLe roles ef Les attributions du chef d - Etat dans La constitution du (27) octovre (1946) paris, (1946).
- Edouard sauvignon La promulgation des Les Lois, R. D. P. (1981).
- Georges Burdeau et Francis Hamon, Droil Constitutionnel, L. D. J (26) edition.

- Jean Mossot, Le president de La Republique en france (1997).
- Jellinek, L, Etat Moderne de France, iii.
- La ferriere: L,authentic de texte des Lois public au journal, official R.d.p. (1949).
- Pierre pactet, institutions politique, Droit constitutionnel. (1999).
- R carre de Malberge "theorie generale d,Etat". (1920).

ثالثاً - الدساتير:

- الدستور الفرنسي.
- الدستور المصري.
- الدستور الأردني.
- دستور الكويت.
- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة.
- الدستور السوري.
- الدستور الأمريكي.

مدى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة المسؤولين الليبيين إزاء أحداث ثورة ١٧ فبراير ٢٠١١

الدكتور/ محمد أحمد المنشاوي
دكتوراه القانون الجنائي بكلية الحقوق
جامعة القاهرة
وأستاذ القانون الجنائي المساعد
معهد الإدارة العامة بالرياض

ملخص:

عرفت العدالة الجنائية تطوراً ملحوظاً في الآونة الأخيرة، وذلك بإنشاء محاكم جنائية لمحاكمة مجرمي الحرب وغيرهم ممن اتهموا بارتكاب الأفعال المنافية لقواعد الإنسانية والأخلاق.

وفى ظل الأوضاع الجارية على الأراضي الليبية وما شهده الشعب الليبي إزاء ثورته من قمع وقتل للمتظاهرين وتشريد المدنيين، من قبل الجيش الليبي وميليشيات من المسلحين الأفارقة، وهذا ما تواترت عليه الأخبار من وسائل الإعلام العالمية المختلفة.

وبالنظر في هذه الأفعال المرتكبة من النظام الليبي نجد أنه قد ارتكب من الأفعال ما يصدق عليه القول بأنها جرائم ضد الإنسانية والتي تقع تحت طائلة الفقرة (١) من المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الموقع في روما في ١٧ يوليو ١٩٩٨، الأمر الذي دفع مجلس الأمن الدولي لإحالة ملف المسؤولين الليبيين إلى المحكمة الجنائية الدولية بموجب نص المادة ١٣ من نظام روما الأساسي التي خولت له ممارسة هذا الحق عندما يتعلق الأمر بجريمة منصوص عليها في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة، متصرفاً المجلس في هذا الإطار بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة الذي يتعلق بالترتيبات المتخذة في حالات السلم والأمن الدوليين أو الإخلال بهما أو وقوع العدوان، وهي الحالات التي يكون فيها للمجلس صلاحيات وسلطات تقديرية واسعة للإقرار بحدوثها بموجب المادة ٣٩ من الميثاق.

وإزاء هذا القرار الصادر من مجلس الأمن أضحي التزرع بالحصانة أمراً واهياً لا سند له من القانون، لأنها في حقيقتها حصانة إجرائية وليست موضوعية، إذ لا حصانة عن ارتكاب الجرائم ضد الشعب.

وبهذا قد ترسخ في القانون الدولي الجنائي مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة أمام المحكمة الجنائية الدولية، وقد جاء ذلك صريحاً بنص المادة ٢٧ من نظام روما الأساسي.

الأمر الذي يصبح معه أمر الإحالة صحيحاً ووفق القواعد القانونية لنظام روما الأساسي، وتصبح معه المحكمة الجنائية الدولية مختصة بنظر محاكمة المسؤولين الليبيين إزاء أحداث ثورة ١٧ فبراير ٢٠١١.

المقدمة:

لاشك أن تتبع الجرائم الدولية ومحاكمة مرتكبيها والمعاقبة الفعالة لها يمثل عنصراً مهماً في الحد من تلك الجرائم، وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فضلاً عن تعزيز السلم والأمن الدوليين^(١).

وقد عرفت العدالة الجنائية الدولية تطوراً ملحوظاً في العقود الأخيرة، وتبدو الممارسة الدولية منذ مطلع القرن العشرين حافلة بحالات من المحاكمات الدولية للأفراد أمام هيئات قضائية خاصة، حيث تعالت الأصوات المنادية بضرورة إنشاء محاكم جنائية لمحاكمة مجرمي الحرب وغيرهم ممن اتهموا بارتكاب الأفعال المنافية لقواعد الإنسانية والأخلاق^(٢).

وفي عام ١٩٤٥ تشكلت محكمة «نورمبرج» بموجب اتفاقية موقعة في لندن بين كل من الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا والاتحاد السوفيتي السابق، اختصت بالنظر في الجرائم المرتكبة ضد السلم والإنسانية التي ارتكبتها الألمان خلال الحرب العالمية الثانية؛ كما أنشئت في نفس السياق المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو سنة ١٩٤٦؛ اختصت بمتابعة مجرمي الحرب اليابانيين بسبب ارتكاب نفس الجرائم، هذا بالإضافة إلى المحكمة الجنائية ليوغوسلافيا السابقة سنة ١٩٩٣ والمحكمة الجنائية لرواندا سنة ١٩٩٤ اللتين استحدثتا بموجب قراراتين صادرتين عن مجلس الأمن الدولي^(٣).

وقد تميز القضاء الجنائي الدولي خلال هذه المحاكمات بالانتقائية؛ وذلك لارتباطه بحالات بعينها، حيث ظلت حالات أخرى أكثر إلحاحاً وضرورة بمنأى عن أي اهتمام ومتابعة؛ مما جعل المتورطين فيها بعيدين عن أي متابعة قضائية محلية أو دولية؛ كما هو الشأن بالنسبة لجرائم ارتكبت في كل من فلسطين والشيخان والعراق، وغيرها من بلدان العالم.

كما تميز القضاء الجنائي الدولي أيضاً بخضوعه لإرادة القوى الدولية الكبرى،

(١) د. عصام عبد الفتاح مطر، المحكمة الجنائية الدولية، مقدمة إنشائها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤

(٢) د. فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠١ ص ٥٧

(٣) هاني محمد، المحكمة الجنائية الدولية، الشعوب تحاكم جلاذيتها، بحث منشور على الشبكة العالمية للمعلومات بموقع إسلام لاين - تأسست المحكمة الجنائية لرواندا بقرار مجلس الأمن رقم ٩٥٥ في نوفمبر ١٩٩٤

حيث ظلت أحكامه مرهونة بالإرادة السياسية لهذه القوى وتقلّب مصالحها؛ بالشكل الذي جعله يجسد في كثير من الحالات عدالة القوى والمنتصر.

أهمية موضوع البحث:

لا شك أن موضوع المحكمة الجنائية الدولية قد احتل مكاناً بارزاً بين موضوعات القانون الجنائي الدولي، وقد أثارت الكثير من موضوعاته جدلاً كبيراً، كان من بينها مدى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة المسؤولين من دولة غير طرف في نظام المحكمة الأساسي.

وفي ظل الأوضاع الجارية على الأراضي الليبية، وما شهده الشعب الليبي إزاء ثورته من قمع وقتل وتشريد للمدنيين بدأت أصوات الاستغاثة تتعالى ونواميس الخطر تدق، وشعر العالم أجمع بالخطر المحدق الذي يهدد الشعب الليبي وأصبح الأمر مدعاة لتدخل المشرع الجنائي الدولي لحماية هذا الشعب، من عبث النظام الحاكم وإبادته المتواصلة لهذا الشعب.

وإزاء هذه النداءات توالى المؤتمرات والاجتماعات سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي، وكان من بين هذه الاجتماعات اجتماع مجلس الأمن الدولي بتاريخ ٢٦ فبراير ٢٠١١، والذي انتهى فيه المجلس إلى إصدار القرار رقم ١٩٧٠ بإحالة ملف المسؤولين الليبيين إلى المحكمة الجنائية الدولية؛ بتهمة ارتكابهم لجرائم ضد الإنسانية في مواجهة الثوار المطالبين بمطالب مشروعة، ومن هنا تبدو أهمية موضوع هذا البحث لتناوله بعض الإشكاليات المطروحة على الصعيد الدولي والوطني بشأن إحالة ملف النظام الليبي إلى المحكمة الجنائية الدولية.

إشكالية البحث:

يثير موضوع البحث عدداً من الإشكاليات القانونية، أهمها:

- ١ - هل يمكن تكييف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي بأنها جرائم ضد الإنسانية.
- ٢ - مدى قانونية توجيه التهمة للرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين عن جرائم ضد الإنسانية، على الرغم من أن ليبيا غير طرف في نظام المحكمة، وتمتع الرئيس الليبي بالحصانة.

منهج الدراسة:

اتبعت في هذه الدراسة المنهج التحليلي، وذلك بتحليل نصوص اتفاقية نظام روما الأساسي الموقعة في روما في ١٧ يوليو ١٩٩٨، مع اعتمادنا للمنهج الوصفي لما هو كائن على الأراضي الليبية، حيث يعتمد هذا المنهج بالدرجة الأولى على

التحليل وإعمال الفكر، ومن ثم الوصول إلى النتائج المنطقية والتي ربما تمثل قواعد ومبادئ منهجية.

خطة البحث:

سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لمفهوم الجرائم ضد الإنسانية، ومدى إمكانية تكييف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي بأنها جرائم ضد الإنسانية.

أما المبحث الثاني فنتناول فيه مدى قانونية توجيه التهمة للرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين عن جرائم ضد الإنسانية، على الرغم من أن ليبيا غير طرف في نظام المحكمة، وتمتع الرئيس الليبي بالحصانة.

المبحث الأول - مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، ومدى إمكانية تكييف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي بأنها جرائم ضد الإنسانية.

المبحث الثاني - مدى قانونية توجيه التهمة للرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين.

المبحث الأول

مفهوم الجرائم ضد الإنسانية ومدى يمكن تكييف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي بأنها جرائم ضد الإنسانية

تمهيد وتقسيم:

من البديهي إزاء تعرضنا لتكييف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي، أن نتعرض أولاً لمفهوم الجرائم ضد الإنسانية باعتبارها من لوازم البحث في مثل هذا الموضوع، ثم نتلوها بتكييف تلك الأفعال، وهل تدخل في مفهوم الجرائم ضد الإنسانية أم لا.

وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الجرائم ضد الإنسانية.

المطلب الثاني: مدى يمكن تكييف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي بأنها جرائم ضد الإنسانية.

المطلب الأول

مفهوم الجرائم ضد الإنسانية

لم يظهر مصطلح "الجرائم ضد الإنسانية" إلا بعد الحرب العالمية الثانية، على الرغم من امتداد جذوره إلى القرن التاسع عشر، حيث تنبه الرأي العام الدولي إلى أهمية هذه الجريمة بسبب الممارسات الألمانية أثناء الحرب العالمية الثانية ضد اليهود؛ إعمالاً لنظرية التفوق الجنسي التي ابتدعها الألمان آنذاك، إلا أن أصوله التاريخية ترجع إلى "جروشيوس" عندما تعرض للتفرقة بين الحرب العادلة والحرب غير العادلة^(٤).

كما تضمنت العديد من التصريحات النص على تلك الجرائم، من بينها تصريح سان جيمس بالاس، وتصريح مستر ايدن سنة ١٩٤٢، وتصريح مستر كرو سنة ١٩٤٥^(٥).

ثم ورد النص عليها صراحة في لوائح المحاكم الخاصة التي أقيمت عقب الحرب العالمية الثانية^(٦).

(٤) د. محمود نجيب حسنى، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٦٠ ص ٧

(٥) د. حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢ ص ٢٥٥

(٦) راجع: المواد ٦/ج - من لائحة محكمة نيرمبرج، ٥/ج من لائحة محكمة طوكيو، و ٢/ج من قانون مجلس الرقابة رقم "١٠"

وهذه المواد تتفق جميعها في تصوير هذه الجريمة وجعلها متمثلة في أعمال القتل والإبادة والاسترقاق والإبعاد، وكل عمل غير إنساني يرتكب ضد أي شعب من الشعوب المتمدينة، سواء في وقت الحرب أو السلم، وكذلك أي اضطهاد لدوافع سياسية أو دينية أو عنصرية، سواء أكانت هذه الأعمال منطوية على خرق للقانون الداخلي للبلاد التي ارتكبت فيها، أم لا تعد كذلك، ولكنها كانت مرتبطة بجريمة تدخل في اختصاص هذه المحاكم، كما تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨، ثم وردت في مشروع تقنين الجرائم ضد الإنسانية وأمن البشرية ١٩٥٣ في المادة ٢ / ١٩ - إلى أن حظيت بصياغة مستقلة في الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان سنة ١٩٦٦^(٧).

وهكذا نشأ عن هذه التطورات المتلاحقة وقرارات الأمم المتحدة والتطبيقات التي تمت خلال النصف الثاني من القرن السابق قاعدة دولية عرفية واجبة النفاذ، وهي تجريم مجموعة من الأفعال التي تقع تحت عنوان الجرائم ضد الإنسانية، وهي التي أوردتها المادة ٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. مما تقدم يتبين لنا أن الجريمة ضد الإنسانية وإن لم تظهر إلا حديثاً إلا أنها ذات أصول تاريخية بعيدة.

وهكذا ظلت قواعد القانون الدولي الاتفاقي والعرفي تدين الجرائم ضد الإنسانية، ولكن دون تطبيق واقعي خاصة فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة ضد الشعب الفلسطيني، ولكن على الرغم من ذلك فقد شهد تطبيق هذه الجرائم آفاقاً حديثة في محكمة يوغسلافيا السابقة^(٨) ومحكمة رواندا التي شهدت فيها هذه الجرائم إضافة صوراً إجرامية جديدة منها الاختفاء القسري والعنف الجنسي^(٩). وأخيراً بدأ يأخذ هذا التطور منحى آخر في نظام روما الأساسي، وذلك بعدم اشتراط تحقق هذه الجريمة في وقت الحرب، أو أن تكون مرتبطة بجريمة ضد السلام، لتدخل إطاراً جديداً والذي لا يشترط فيها أن تكون مرتكبة أثناء الحرب^(١٠).

(٧) Glaser: Dr. Int. Pen. p. 101 et ss

(٨) راجع في إدراج الجرائم ضد الإنسانية في محكمة يوغسلافيا: نص المادة (٤) من النظام الأساسي للمحكمة

(٩) وتعتبر المحكمة الجنائية ليوغسلافيا في نظر جانب من الفقه تدريباً عملياً مهد لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، راجع في ذلك: د. شريف عتلم، القانون الجنائي الدولي، بحث منشور على الشبكة الدولية للمعلومات في ٢٠٠٨/٩/١٥

(١٠) Mathew Lippman - Crimes Against Humanity - Boston College - Third World Journal - Vol. XVII- 1997

مفهوم الجرائم ضد الإنسانية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

تضمن نص الفقرة (١) من المادة (٧) من نظام روما الأساسي تحديد مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، فنصت على أنه: "لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال الآتية جريمة ضد الإنسانية متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم":

- ١ - القتل العمد.
 - ٢ - الإبادة.
 - ٣ - الاسترقاق.
 - ٤ - إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان.
 - ٥ - السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي.
 - ٦ - التعذيب.
 - ٧ - الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة.
 - ٨ - اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية أو متعلقة بنوع الجنس أو لأسباب أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها.
 - ٩ - الاختفاء القسري للأشخاص.
 - ١٠ - الأفعال الإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة، أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية^(١١).
- من العرض السابق للفقرة " ١ " من المادة السابعة يتبين لنا الآتي:
- أولاً - أن هذه الجريمة لا بد وأن ترتكب ضد السكان المدنيين في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي منظم، وهو ما يعكس ضرورة أن تقع هذه الجرائم في إطار سياسة دولة، ولذلك فقد تقع هذه الجرائم من سلطات الدولة أو من عصابة أو جماعة منظمة تابعة لها، وتتبع ذات السياسة المنهجية في شأن الجرائم ضد الإنسانية.

(١١) راجع: المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

ثانياً - أن هذه الجرائم لا يشترط أن ترتكب أثناء عمليات حربية أو عسكرية، بمعنى أنها لا تقع فقط أثناء الحرب بل تقع أثناء السلم على السكان المدنيين، أي لا تقع على القوات المسلحة أو العسكرية، لأن هذه الأخيرة لها التنظيم الخاص بها ضمن ما يسمى بـ "جرائم الحرب".

المطلب الثاني

تكيف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي ضد المتظاهرين والمدنيين

بالنظر في الأفعال المرتكبة من النظام الليبي نجد أنه قد ارتكب من الأفعال ما يصدق عليها القول بأنها جرائم ضد الإنسانية.

ففي مدينة بنغازي الواقعة شرق العاصمة الليبية طرابلس حاول الرئيس الليبي قمع المتظاهرين المدنيين باستخدام القوة، فاستخدم الطائرات الحربية والمدفعية وجند الكثيرين من المرتزقة في قتل وإرهاب المتظاهرين، مما خلف عدداً كبيراً من القتلى والجرحى وأرهب الآمنين من الأطفال والشيوخ والنساء^(١٢).

ومن الثابت أيضاً بشهادة الشهود العيان أن نظام الرئيس الليبي قد استخدم قوة من المرتزقة، استخدمت المدفعية الثقيلة للإغارة على ميدان الشهداء بمدينة الزاوية - التي تقع على بعد ٥٠ كيلو متراً غرب العاصمة طرابلس - واقتادت ٢٠ مدنياً إلى مكان مجهول، وأن الجنود أطلقوا نيران أسلحتهم على جموع المتظاهرين في الميدان مما أدى إلى سقوط عدد كبير من الضحايا بينهم نساء وأطفال.

وفي مدينة مصراتة القريبة من العاصمة طرابلس، شارك المئات في تشييع متظاهرين قتلوا على أيدي قوات الأمن الموالية للعقيد معمر القذافي، في حين قال شهود عيان إن مسلحين من قوات الأمن يستقلون مروحية أطلقوا النار على المشيعين وقتلوا عدداً كبيراً منهم.

وتوالت مثل هذه الأفعال من النظام الليبي في كثير من المدن والقرى الليبية كمدينة رأس لانوف وأجدابيا، وبن جواد وغيرها من المدن الليبية.

وبالنظر إلى جسامة الأفعال المرتكبة ضد المتظاهرين من النظام الليبي ووقوع عدد كبير من القتلى والجرحى، لا يمكن تصنيفها إلا بأنها جرائم دولية وليس مجرد أحداث داخلية تنطوي تحت عباءة السيادة الوطنية، كما يحاول النظام الليبي ونظامه أن يصورها، وإن استخدام نظام القذافي للمرتزقة، الذين يقتلون أبناء الشعب الليبي بلا

(١٢) تواترت الأخبار عن ذلك من وسائل الإعلام العالمية المختلفة

رحمة، ويعقبون ذلك بحرق الجثث وإخفائها لهو دليل على ما وصل إليه هذا النظام من وحشية وعدم اكتراث بأرواح بني وطنه، بل أن الأمر ممكن أن يستفحل لكي يتم اتهامه بجريمة الإبادة الجماعية، خاصة بعد أن أطل على شعبه يهددهم بالإبادة كالجرذان من بيت إلى بيت، وقام بإبادة مجموعة كبيرة من الجنود الذين رفضوا الامتثال لأوامر قادتهم بتوجيه النيران ضد أبناء الشعب الليبي العزل.

ويشير المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة بالقاهرة إلى أن جرائم قتل عمدية وإيذاء بدني شديد ترتكب بطريقة منظمة في مواجهة المتظاهرين، عبر الجيش الليبي وعبر ميليشيات من المسلحين الأفارقة ورجال أمن يستخدمون الرصاص والأسلحة الحية في قتل المتظاهرين سلمياً، وأن هذه الجرائم قد نتج عنها مئات القتلى والجرحى، ويحمل المسؤولية الكاملة عن ذلك الرئيس الليبي معمر القذافي ومعاونوه^(١٣).

وبالفعل تم طرح الحالة الليبية أمام مجلس الأمن نظراً لسعي العديد من الدول والمنظمات الدولية لوقف المجازر في ليبيا ومحاسبة مرتكبيها.

والملاحظ أن هذه الأفعال تقع تحت طائلة الفقرة " ١ " من المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة والسابق ذكرها، حيث اشتملت هذه الأفعال على جريمة القتل العمد المنصوص عليها في الفقرة السابقة في صورة هجوم منظم واسع النطاق تنفيذاً لسياسة الدولة، موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين المطالبين بمطالب شعبية مشروعة، وهذا بدوره ما تقوم به الجريمة في ركنها المادي.

وقد ارتكبت هذه الأفعال من النظام الليبي بإرادة واعية، مع علم النظام بطبيعة هذه الأفعال وظروف ارتكابها، وبهذا فقد توافر الركن المعنوي للجريمة، فضلاً عن قيامه " الركن المعنوي " كنتيجة منطقية لشروط توافر الهجوم النظامي والواسع النطاق، حيث يفترض علم الجاني بالهجوم وموقعه ضمن السياسة المتبعة، بمعنى أن أفعاله ما هي إلا تنفيذاً لخطط معدة سلفاً ضد السكان والمتظاهرين المدنيين^(١٤).

من كل ذلك يتبين لنا أن ما حدث من قتل وقمع للمدنيين في الجماهيرية العربية الليبية يعد جريمة ضد الإنسانية المنصوص عليها في المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة، والداخلية في اختصاصها الموضوعي.

(١٣) د. عبد الواحد عثمان إسماعيل، الجرائم ضد الإنسانية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، ٢٠٠٦، ص ٣٤

(١٤) فهد دخين العدوان، المحكمة الجنائية الدولية، ومعوقات انضمام الكويت إليها، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧، ص ٩٩

المبحث الثاني مدى قانونية توجيه التهمة للرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين

تمهيد وتقسيم:

يثار التساؤل عن مدى قانونية توجيه التهمة لكل من الرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين عن جرائم ضد الإنسانية، على الرغم من أن ليبيا غير طرف في نظام المحكمة الجنائية الدولية ولم توقع عليها بعد، ومن جانب آخر هل يمكن مساءلة الرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين في الوقت الذي يتمتع فيه الرئيس والمسؤولون الليبيون بالحصانة.

للإجابة عن هذه التساؤلات، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول - مدى قانونية توجيه التهمة للرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين، وليبيا غير طرف في نظام المحكمة.

المطلب الثاني - مدى قانونية مساءلة الرئيس والمسؤولين الليبيين مع تمتعهم بالحصانة.

المطلب الأول

مدى قانونية توجيه التهمة للرئيس الليبي والمسؤولين الليبيين وليبيا غير طرف في نظام المحكمة

كان نتيجة القمع المرتكب من النظام الليبي وتلك الحرب التي شنها على المدنيين المتظاهرين، أن دفع المجتمع الدولي إلى إدانة انتهاك الحكومة الليبية المتواصل لحقوق الإنسان، والوحشية ضد شعبها.

فتعالت الأصوات المنددة بتلك الأفعال وحث النظام الليبي على وقف ما أطلق عليه نزييف الدماء، فحث الأمين العام للأمم المتحدة "بان كي مون" مجلس الأمن على العمل بسرعة من أجل وقف إراقة الدماء في ليبيا، الأمر الذي دفع مجلس الأمن الدولي للانعقاد الطارئ لمناقشة المسألة.

وإزاء تلك الأحداث أصدر مجلس الأمن قراراً أدان فيه ما فعله النظام الليبي من ضرب وقمع للمدنيين المتظاهرين في ليبيا، وناقش المجلس مشروع قرار أعدته بريطانيا وفرنسا يصف ما يجري في ليبيا بأنه عنف منظم يرقى إلى مستوى الجرائم ضد الإنسانية، ويطالب بإحالة الملف إلى المحكمة الجنائية الدولية.

وعلى هدى من ذلك قرر مجلس الأمن الدولي بإجماع الآراء، فرض عقوبات على نظام الرئيس الليبي معمر القذافي، وأحال ملفها للمحكمة الجنائية الدولية.

ويشمل مشروع هذا القرار، منع الرئيس الليبي من السفر وتجميد أصوله المالية هو وأبناء عائلته، وكافة المقربين منه، وإحالة قضية قمع المتظاهرين في ليبيا إلى المحكمة الجنائية الدولية، لمواصلة التحقيق، ومقاضاة كافة المسؤولين المتسببين في قتل المدنيين^(١٥).

وقد أصدر مجلس الأمن هذا القرار طبقاً للسلطات التي منحها إياه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث نصت المادة ١٣/ب. من نظام روما الأساسي على أنه " للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال الآتية:

١ - إذا أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقاً للمادة ١٤ حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.

٢ - إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت. شريطة أن يتصرف المجلس في هذا الإطار بموجب الفصل السابع الذي يتعلق بالترتيبات المتخذة في حالات تهديد السلم والأمن الدوليين أو الإخلال بهما أو وقوع العدوان، وهي الحالات التي يكون فيها للمجلس صلاحيات وسلطات تقديرية واسعة للإقرار بحدوثها بموجب المادة ٣٩ من الميثاق، وأن تصدر الإحالة منه عن طريق قرار ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الميثاق.

وتنطوي هذه الإمكانية على أهمية كبرى؛ على اعتبار أنها تسمح للمحكمة بالبت في قضايا، بغض النظر عن جنسية المتهم أو محل ارتكابه للجريمة؛ وسواء تعلق الأمر بدولة طرف في نظام المحكمة أم لا.

وعلى هذا فإن الإحالة من قبل مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة لا يشترط أن تكون هذه الحالة قد وقعت في دولة طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة؛ مما يجيز للمجلس إحالة قضايا تتصل بدول غير طرف خلافاً للقاعدة الواردة في المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا^(١٦) لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ التي

(١٥) وقد أثار هذا القرار ردود فعل دولية متباينة بين مؤيد ومعارض باعتباره يسعى إلى محاكمة مواطنين تابعين لدولة غير موقعة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(١٦) د. ضارى خليل، باسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية، ص ٢٠٠٨، منشأة المعارف الأسكندرية، ص ٢٤١

تنص على أنه: "لا ترتب المعاهدة أية التزامات على دولة ثالثة، ولا أية حقوق لها من دون موافقتها" (١٧)

وطبقاً لما هو مستقر عليه الأمر في الفقه الدولي لا يوجد ما يحول دون أن يقرر مجلس الأمن استحداث محكمة جنائية دولية لغرض أو أغراض معينة يقدرها، عملاً بالفصل السابع من الميثاق على غرار استحداث المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بمعاقبة مرتكبي جرائم الإبادة في كل من يوغسلافيا السابقة ورواندا اللتين كانتا قد شكلتا قبل وجود المحكمة الجنائية الدولية.

كما يجوز لمجلس الأمن أن ينشئ محكمة جنائية دولية لمحاكمة متهمين بارتكاب جرائم داخلية في اختصاص هذه المحكمة، ولكن لا ينعقد اختصاص هذه المحكمة لمحاكمتهم لسبب قانوني كوقوع هذه الجرائم قبل نفاذ أحكام النظام الأساسي لعدم جواز سريان أحكام النظام الأساسي بأثر رجعي.

كما يجوز أيضاً لمجلس الأمن أن ينشئ محكمة جنائية دولية لمحاكمة متهمين بارتكاب جرائم دولية غير داخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

كما يلاحظ أن النظام الأساسي للمحكمة لم يكتف بجعل مجلس الأمن أحد الجهات الثلاث التي يمكنها تحريك الدعوى، وإنما منحه امتيازاً آخر يختلف في محتواه عن السلطة الخاصة بتحريك الدعوى من أحد الدول الأطراف أو تحريكها من المدعي العام، مقتضاه أن لمجلس الأمن الحق بإحالة الدعوى إلى المحكمة ولو انصرفت إلى جريمة دولية لم تقبل جميع الدول المعنية باختصاصاتها^(١٨) وذلك طبقاً للفقرة "٢" من المادة "١٢" من النظام الأساسي.

وعلى ذلك فإنه إذا كان يجوز لمجلس الأمن إنشاء محكمة جنائية دولية على غرار ما تقدم، فإنه من باب أولى أن يكون للمجلس أن يحيل إلى المحكمة الجنائية الدولية القائمة من الحالات ما يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت، شريطة أن يكون مجلس الأمن متصرفاً في ذلك، وفقاً لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

SINCLAIR. THE Vienna Convention on THE LOW OF TREATIES ED. (١٧) 1984

REUTER, INTRODUCTION TO THE LAW OF TREATIES, 1984 (١٨)

المطلب الثاني مدى قانونية مساءلة الرئيس والمسؤولين الليبيين مع تمتعهم بالحصانة

بدأ الحديث عن مسؤولية رؤساء الدول عن الجرائم الدولية مع بداية الحرب العالمية الأولى، وكان أول تطبيق نظري لهذه المسؤولية بمحاكمة إمبراطور ألمانيا "غليوم" (١٩) حيث لم تعقد هذه المحاكمة نظراً لأنه لجأ إلى هولندا التي امتنعت عن تسليمه للحلفاء نظراً لمخالفة هذا التسليم للدستور الهولندي (٢٠).

ثم ما لبث الأمر وأن ثار النقاش حول هذه المسؤولية من جديد وذلك بظهور اتجاهات ترفض هذه المسؤولية استناداً إلى الحصانة الدولية المقررة لرؤساء الدول والتي تعفيهم من المسؤولية الجنائية (٢١).

وقد أعقب ذلك أن نادى اتفاق لندن عام ١٩٤٥ الخاص بالنظام الأساسي لمحكمة نورمبرج للمسؤولية الجنائية لموظفي الحكومة عن الأفعال والجرائم ضد السلم والإنسانية، وذلك دون الاعتداد بالصفة الرسمية لمرتكبيها كمانع يحول دون معاقبتهم (٢٢).

وقد بررت محكمة نورمبرج استبعادها للحصانة الدولية المقررة لرئيس الدولة بقولها أن قواعد القانون الدولي التي تحمي ممثلي الدولة في ظروف معينة لا يمكن أن

ROSENNE. DEVELOPMENT IN THE LAW OF TREATIES 1986, 1984 (١٩)

د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص ١٩٣ (٢٠)

وذلك بمقتضى معاهدة فرساي عام ١٩١٩ المنظمة لهذه المحاكمة باعتباره مسؤولاً عن جريمة حرب الاعتداء، راجع بشأن معاهدة فرساي: د. عبد الحسين شعبان، المحكمة الجنائية الدولية، قراءة حقوقية لإشكالات منهجية وعملية، مجلة المستقبل العربي، العدد ٢٨١ شهر يوليو ٢٠٠٢، ص ٦١. (ويرى جانب من الفقه بأن رفض الدولة التي ينتمي إليها رفع الحصانة عنه، يعد بمثابة حالة من حالات عدم التعاون مع المحكمة، الأمر الذي يستدعي تدخل مجلس الأمن الدولي لاسيما لو كان هو الذي أحال القضية إلى المحكمة) راجع في ذلك: د. عبد الفتاح محمد سراج، حق اللجوء كأحد مشكلات تسليم المجرمين، مجلة مركز بحوث الشرطة - القاهرة العدد الرابع عشر، ص ٩٧، ومن جانبنا نرى أن تدخل مجلس الأمن يخضع لاعتبارات سياسية، الأمر الذي من شأنه عدم ضمان حيادية المحكمة في مواجهة بعض الدول.

د. عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٢٨٨، د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص ٥٤٤ (٢٢)

تنطبق على الأفعال التي تعتبر جنائية في القانون الدولي، ولا يستطيع مرتكبو هذه الأفعال التمسك بصفاتهم الرسمية لتجنب المحاكمة والعقاب^(٢٣).

وقد تضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هذا المبدأ، "مبدأً مسؤوليَّة رئيس الدولة عن الأفعال التي يرتكبها بالمخالفة لقواعد القانون الدولي" في المادة ٢٧.

والحقيقة أنه إن كان يمكن الدفع بالحصانة في نطاق القانون الجنائي الداخلي، فإن الوضع يختلف عندما يتعلق الأمر بجرائم دولية، حيث بات من المستقر أنه لا يعتد بالحصانة ولا يمكن أن تكون وسيلة للإفلات من العقاب، وذلك لعدة أسباب أهمها:

أولاً: أن الحصانة مقيدة بهدف ويجب ألا تخرج عنه، وهو تمكين صاحبها من أداء المهام المنوطة به، وترتيباً على ذلك فإن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لا تدخل في الوظائف الرسمية لرئيس الدولة أو أي مسؤول حكومي، وهي بهذا لا تشملها الحصانة.

ثانياً: أنه قد تم التأكيد على مبدأ عدم الاعتداد بالحصانة كسبب يمنع من المساءلة عن الجرائم الدولية ضمن مبادئ نورمبرج التي صاغتها لجنة القانون الدولي وهي:

- ١ - أي شخص يرتكب فعلاً يشكل جريمة وفقاً للقانون الدولي يكون مسؤولاً عنها ومعرضاً للعقاب
- ٢ - لا يعفى عدم وجود عقوبة في القانون الداخلي عن الفعل الذي يعد جريمة وفقاً للقانون الدولي الشخص الذي ارتكب الفعل، من المسؤولية طبقاً للقانون الدولي.
- ٣ - لا يعفى الشخص الذي ارتكب جريمة وفقاً للقانون الدولي كونه تصرف بوصفه رئيساً للدولة أو مسؤولاً حكومياً، من المسؤولية بالتطبيق للقانون الدولي.
- ٤ - لا يعفى الشخص الذي ارتكب الفعل بناء على أمر من حكومته أو رئيسه الأعلى، من المسؤولية وفقاً للقانون الدولي بشرط وجود خيار معنوي كان متاحاً له.
- ٥ - لكل شخص متهم بجريمة وفقاً للقانون الدولي الحق في محاكمة عادلة بخصوص الوقائع والقانون.
- ٦ - يعد من الجرائم المعاقب عليها، الجرائم التالية:
أ-..... ب - الجرائم ضد الإنسانية.

(٢٣) د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص ٥٤٤

٧ - تعتبر جريمة وفقاً للقانون الدولي الاشتراك في ارتكاب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية.

ثالثاً - إن مبدأ الاعتداد بالحصانة أمام المحكمة الجنائية الدولية قد ترسخ في القانون الدولي الجنائي، حيث نصت المادة ٢٧ من نظام روما الأساسي في شأن المحكمة الجنائية الدولية على أنه:

"أ - يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء أكان رئيساً لدولة أم حكومة أم عضواً في حكومة أو برلماناً أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة.

ب - لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص سواء أكانت في إطار القوانين الوطنية أم الدولية دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص".

وهذه النصوص بدورها تؤكد على مبدئين أساسيين.

الأول - هو مبدأ المساواة أمام المحكمة الجنائية بصرف النظر عن الصفة التي يتمتع بها الشخص.

والثاني - هو عدم الاعتداد بالحصانات أمام المحكمة الجنائية الدولية سواء أكان منصوصاً عليها في القوانين الجنائية الوطنية أو الدولية.

رابعاً - أن الحصانة المقررة لرؤساء الدول هي في حقيقتها حصانة إجرائية وليست حصانة موضوعية، وأنه لا حصانة عن ارتكاب الجرائم ضد الشعب.

خامساً - أن المحاكم الجنائية الدولية في كل من يوغسلافيا ورواندا قد درجتا على عدم الاعتداد بالحصانة كسبب يمنع من المساءلة عن الجرائم الدولية في النظام الأساسي لكل منهما، حيث جاء في المادة ٢٨ من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا عام ١٩٩٣ على أنه: "لا يعفي المنصب الرسمي للمتهم سواء أكان رئيس دولة أم حكومة أم مسؤولاً حكومياً، هذا الشخص من المسؤولية الجنائية أو يخفف من العقوبة". وتأسيساً على ذلك تم معاقبة الرئيس اليوغسلافي السابق "سلوبودان ميلوسوفيتش".

وعلى هذا المبدأ أيضاً أكد النظام الأساسي لمحكمة رواندا عام ١٩٩٤ في المادة ٢٧ منه.

رأينا الخاص:

يجب الإشارة إلى أن العدالة الدولية لن تتحقق بشكل كاف طالما ظل هناك في العالم من يستطيع الإفلات من سطوتها، بل قد يزيد وجود هذه المحكمة من الظلم، خاصة أن مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة والتي تسيطر عليه الولايات المتحدة الأمريكية يستطيع أن يحيل من يشاء من مسؤولي الدول الصغيرة للمثول أمام هذه المحكمة، وهو ما يثير القلق والخوف من تحول المحكمة الجنائية الدولية أداة في يد الولايات المتحدة الأمريكية تستخدمها للانتقام من أعدائها في العالم في الوقت التي تبقى هي بعيدة عن متناول يدها^(٢٤)، وذلك بعد أن انسحبت الولايات المتحدة الأمريكية من اتفاقية إنشاء المحكمة بادعائها أن المحكمة ستقلص من السلطات القضائية الأمريكية، وإن كان حقيقة الأمر تكمن في خشية الولايات المتحدة الأمريكية من محاكمة مسؤولين أمريكيين بجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية خصوصاً مع التزايد العسكري الأمريكي في شتى أرجاء العالم^(٢٥).

ولا يختلف الهدف الإسرائيلي عن مثيله الأمريكي فيما يتعلق بالانسحاب من المحكمة، من حيث الخوف من محاكمة قادتها عن جرائم إبادة وقتل جماعي ضد الفلسطينيين.

ولا شك أن انسحاب الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل من التوقيع على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يعبر عن خوف الولايات المتحدة وإسرائيل، لكن نأمل ألا يظل الأمر هكذا وتتغير القوى الدولية والتكتلات السياسية، بخلق نوع من التوازنات الدولية، مما يجعل المحكمة الجنائية الدولية تشكل عنصراً إيجابياً في المجتمع الدولي.

غير أن ما يثير الانتباه في هذا الشأن هو أن منطق الانتقاء وعدالة الأقوى ما زالا يفرضان سطوتهما في الواقع الدولي الذي تحكمه توازنات سياسية واقتصادية، وذلك بسبب انهيار التوازن في البيئة السياسية الدولية بانهيار الاتحاد السوفيتي في مستهل التسعينات والذي انعكس بآثار سلبية على تفسير وتطبيق مبادئ القانون الدولي، وبرز ذلك بصورة واضحة في ممارسات مجلس الأمن الدولي، حيث طرأت تطورات مفاهيمية على انتهاك الأمن والسلم الدوليين والإجراءات التي يمكن أن يتخذها المجلس ضمن الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

(٢٤) د. عباس هاشم الساعدي، المرجع السابق، ص ٢٨

(٢٥) د. محمد محيي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٢٥٠

فقرار الإحالة الذي أصدره مجلس الأمن الدولي في مواجهة المسؤولين الليبيين، كان من الأجدر والمناسب أيضاً أن ينصب على الجرائم الخطيرة التي ارتكبتها الولايات المتحدة الأمريكية في العراق وأفغانستان وغوانتانامو، وكذلك على الجرائم التي ترتكبتها إسرائيل بشكل مستمر في الأراضي العربية المحتلة.

وعلى الرغم من هذه الإشكاليات، فإن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية في حد ذاته يعد خطوة مهمة على طريق دعم السلم والأمن الدوليين، وتعزيز احترام حقوق الإنسان، غير أن تحقيق عدالة جنائية دولية على النحو المرجو كفيل بمنع الإفلات من العقاب، يظل مشروطاً بتوافر إرادة سياسية حقيقية لدى الدول.

كما يمكن القول بأن تشكيل المحكمة الجنائية الدولية قد بني في مسيرته التاريخية على التوجه الدولي والإنساني لهيمنة وسيادة القانون بعدم إفلات أي متهم بارتكاب جريمة دولية من العقاب، لكن الواقع يشير إلى أن الآليات القانونية أدت من حيث النتيجة إلى قلب المعادلة، وتحويل الآليات القانونية إلى قانون للهيمنة على الدول والشعوب.

ومن ناحية أخرى فقد أثبتت الأحداث الأخيرة ضرورة النظر في تطوير التشريعات الوطنية الداخلية بشأن سياسات التجريم والعقاب، بحيث يتم المعاقبة على هذه النوعية من الجرائم الجسيمة، مثل الجرائم ضد الإنسانية التي تتميز بعناصر وأركان خاصة، وذلك لعدة أسباب منها عدم إفلات البعض من العقاب وخاصة القادة والرؤساء الذين قد تعجز النصوص العادية التي يتضمنها قانون العقوبات وما يتصل بها من قواعد للمسؤولية عن ملاحقتهم قضائياً، مما قد يؤدي إلى إفلاتهم من العقاب، فضلاً عن أن مسألة تضمين هذه النوعية من الجرائم الجسيمة التشريعات الداخلية هي ليست ببدعة، فجميع الدول المتقدمة قد ضمنتها تشريعاتها الوطنية.

غير أنه لا ريب أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية يعد خطوة هامة من شأنها دعم السلم والأمن الدوليين وتعزيز احترام حقوق الإنسان والعدالة الدولية، ولكن تحقيق عدالة جنائية دولية على النحو المرجو كفيل بمنع الإفلات من العقاب، يظل مشروطاً بتوافر إرادة سياسية حقيقية لدى الدول، وهذا مرهون بالتغير في التوازنات والتكتلات السياسية الدولية.

الخاتمة:

ظهر في المجتمع الدولي نوعاً من الجرائم يهدد أمن وسلامة المجتمع الدولي بأسره، فوقعت الكثير من الشعوب بل وأحياناً الإنسانية بأسرها ضحية لهذه الجرائم،

من بينها الجرائم ضد الإنسانية، فكان لزاماً على المجتمع الدولي إيجاد آليات أكثر تطوراً تلائم تلك الجريمة وتحاكم مرتكبيها، وعلى هذا نجح المجتمع الدولي في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وخولها اختصاص محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية، وذلك بإبرام اتفاقية روما ١٩٩٨، وبهذا الحدث تحقق إنجاز عالمي من شأنه أن يفتح الطريق أمام معاقبة مجرمي الحرب، ومرتكبي الجرائم ضد الإنسانية.

غير أن إنشاء المحكمة طرح العديد من التساؤلات منها ما يتعلق بصلاحياتها والمعوقات التي تحول دون نفاذ قوانينها من خلال مواقف الأطراف الدولية منها.

وإزاء الأحداث الجارية في الجماهيرية العربية الليبية وتعرض المدنيين والمتظاهرين من أبناء الشعب للقتل والتشريد بل والإبادة من قبل النظام الليبي، تحرك المجتمع الدولي واتخذ مجلس الأمن الدولي قراره رقم ١٩٧٠ سابق الذكر بإدانة موقف النظام الليبي وإحالة ملف المسؤولين الليبيين إلى المحكمة الجنائية الدولية، وهنا تباينت الآراء ووجهات النظر بشأن هذا القرار باعتبار أن ليبيا غير موقعة على النظام الأساسي للمحكمة من ناحية، ومن ناحية أخرى أن المسؤولين الليبيين يتمتعون بالحصانة التي قد تكون عائقاً أمام قرار الإحالة، ومدى يمكن تكيف الأفعال المرتكبة من النظام الليبي بأنها ترقى إلى مرتبة الجرائم ضد الإنسانية.

وأمام هذه التساؤلات جاء اختيارنا لموضوع هذه البحث، ومن خلاله توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات كان أهمها:

أولاً - النتائج:

- إن ما اتخذ من إجراءات بشأن المسؤولين الليبيين، يعد سابقة يمكن أن تشعر كبار المسؤولين في الدول بالقلق إزاء ما يتخذونه ضد شعوبهم من قمع وقتل وإبادة من أجل البقاء في الحكم.
- إن الإحالة من قبل مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة لا يشترط أن تكون هذه الحالة قد وقعت في دولة طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة؛ مما يجيز للمجلس إحالة قضايا تتصل بدول غير طرف في النظام الأساسي للمحكمة، وهذا يمثل استثناء على القاعدة الواردة في المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، التي تنص على أنه: "لا ترتب المعاهدة أية التزامات على دولة ثالثة ولا أية حقوق لها من دون موافقتها".
- تطور مفهوم الجرائم ضد الإنسانية في الأونة الأخيرة وأخذ هذا التطور منحى آخر في نظام روما الأساسي، وذلك بعدم اشتراط تحقق هذه الجريمة في وقت

الحرب أو أن تكون مرتبطة بجريمة ضد السلام، لتدخل إطاراً جديداً والذي لا يشترط فيها أن تكون مرتكبة أثناء الحرب.

— أن الأفعال المرتكبة من النظام الليبي ضد المتظاهرين والمدنيين تقع تحت طائلة الفقرة "١" من المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة والسابق ذكرها، حيث اشتملت هذه الأفعال على جريمة القتل العمد المنصوص عليها في الفقرة السابقة في صورة هجوم منظم واسع النطاق تنفيذاً لسياسة الدولة، موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين المطالبين بمطالب شعبية مشروعة.

ثانياً - التوصيات:

توصلنا عبر كتابة هذا البحث لمجموعة من التوصيات، كان من أهمها:

أولاً - نأمل من المجتمع الدولي سرعة التدخل بإعادة صياغة نص المادة "١٣/ب" من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي تخول لمجلس الأمن الدولي أن يحيل إلى المدعى العام للمحكمة أي حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت، شريطة أن يكون مجلس الأمن متصرفاً في ذلك وفقاً لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وذلك بإضافة فقرة مقتضاها "سواء أكانت الدولة طرفاً في نظام المحكمة أم لا" وذلك حتى يكون النص أكثر وضوحاً، ويكفي المجتمع الدولي مؤنة الجدل حول انعقاد الاختصاص للمحكمة إذا كان مرتكبو الجريمة من رعايا دولة لم تكن طرفاً في اتفاقية نظام روما الأساسي، وبذلك نقطع الطريق على الدول التي لم توقع على الاتفاقية بمحاولة إفلات رعاياها ومسؤوليها من مغبة المثل أمام المحكمة، وكذلك الأمر بالنسبة للدول التي انسحبت من الاتفاقية.

ثانياً - نهيب بالمشرع في سائر الدول العربية إصدار تشريع يعرف الجرائم الدولية ويعاقب عليها على هدى ما هو وارد بالنظام الأساسي للمحكمة أسوة بما فعلته العديد من الدول، إذ يشكل ذلك ضماناً لسيادة الدول على ما يرتكب على أراضيها من جرائم جسيمة.

ثالثاً - نوصي كافة الأنظمة في الدول العربية بسرعة الانضمام لاتفاقية روما بشأن المحكمة الجنائية الدولية.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية.

- د. بارعة القدسي. المحكمة الجنائية الدولية، طبيعتها واختصاصاتها، وموقف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل منها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد رقم ٢٠، العدد الثاني، ٢٠٠٤.
- د. حسنين عبيد. الجريمة الدولية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.
- د. ضاري خليل. باسيل يوسف. المحكمة الجنائية الدولية ٢٠٠٨، منشأة المعارف الإسكندرية.
- د. عبد الحسين شعبان. المحكمة الجنائية الدولية، قراءة حقوقية لإشكالات منهجية وعملية، مجلة المستقبل العربي، العدد ٢٨١، شهر يوليو ٢٠٠٢.
- د. عبد الفتاح محمد سراج. حق اللجوء كأحد مشكلات تسليم المجرمين، مجلة مركز بحوث الشرطة - القاهرة العدد الرابع عشر.
- د. عبد الواحد عثمان إسماعيل. الجرائم ضد الإنسانية، دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، ٢٠٠٦.
- د. عباس هاشم السعدي. مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- د. عصام عبد الفتاح مطر. المحكمة الجنائية الدولية، مقدمة إنشائها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- د. فتوح عبد الله الشاذلي. القانون الدولي الجنائي، أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- فهد دخين العدوان. المحكمة الجنائية الدولية، ومعوقات انضمام الكويت إليها، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٧.
- د. محمد خليفة. الولايات المتحدة الأمريكية ومحكمة الجنايات الدولية، مقال منشور بصحيفة الخليج الإماراتية في ٢٧/٧/٢٠٠٨.
- د. محمد محيي الدين عوض. دراسات في القانون الدولي الجنائي، القاهرة، ١٩٦٥.

- د. محمود نجيب حسني. دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٦٠.

- أ. هاني محمد. المحكمة الجنائية الدولية الشعوب تحاكم جلاذيتها، بحث منشور على الشبكة العالمية للمعلومات بموقع إسلام لاين.

ثانياً - المراجع باللغة الإنجليزية:

Glaser: Dr. Int. Pen.

- Mathew Lippman - Crimes Against Humanity -Boston College - Third World Journal - Vol. XVII- 1997.
- SINCLAIR. THE Vienna Convention on THE LaW OF TREATIES ED. 1984.
- REUTER, INTRODUCTION TO THE LAW OF TREATIES, 1984.
- ROSENNE. DEVELOPMENT IN THE LaW OF TREATIES 1986, 1984.

النظام القانوني لإعارة الموظف العام في القانون الأردني دراسة مقارنة

الدكتور/ محمد علي الخلايلة
الباحثة/ سهى أحمد الطراونة
كلية الحقوق - جامعة مؤتة
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

تهدف هذه الدراسة المتواضعة إلى البحث في النظام القانوني لإعارة الموظف العام في القانون الأردني، وذلك في ضوء الأحكام الواردة في نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ المتعلقة بموضوع الإعارة، وقضاء محكمة العدل العليا في هذا السياق، وبالمقارنة مع التشريعات الوظيفية ذات العلاقة في كل من فرنسا ومصر. وتأتي أهمية هذه الدراسة باعتبارها أول دراسة متخصصة وفق ما نعلم في موضوع إعارة الموظف العام في القانون الأردني، وقد تم تقسيم موضوعاتها على ثلاثة محاور تتناول على التوالي: ماهية الإعارة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، المركز القانوني للموظف المعار، الرقابة القضائية على قرار إعارة الموظف العام، ثم تنتهي الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي نأمل أن يتم الأخذ بها.

مقدمة:

يعد الموظف العام أداة الإدارة لتحقيق أهدافها وتسيير مرافقها، ومن هنا فقد حرصت التشريعات الوظيفية على ضرورة توافر مجموعة من الشروط لمن يلتحق بالوظيفة العامة وعلى نحو يضمن اختيار الأكفأ والأجدر من بين المتقدمين لها. ويطرأ على الحياة الوظيفية للموظف بعد تعيينه تغييرات وأوضاع وظيفية متعددة تقتضيها المصلحة العامة، فقد ينقل، وقد ينتدب إلى وظيفة أخرى، وقد تتم إعارته إلى مواقع أخرى داخلية أو خارجية، وستتوقف الدراسة عند هذه المسألة الأخيرة - مسألة الإعارة - وما يحكمها من ضوابط وشروط، وما يترتب عليها من آثار، وفقاً لنظام الخدمة المدنية الأردني وقضاء محكمة العدل العليا ومن منظور مقارن.

وتأتي أهمية هذه الدراسة باعتبارها أول دراسة متخصصة وفق ما نعلم في موضوع الإعارة في القانون الأردني، وعلى الصعيد العربي توجد دراسة متخصصة بعنوان "نظام الإعارة في الوظيفة العامة" للدكتور عمرو بركات، وعلى الرغم من أهميتها إلا أن بعض المعلومات الواردة فيها بحاجة إلى تحديث، كما أنها تتناول

موضوع الإعارة في القانون الفرنسي والقانون المصري ولا تتطرق إلى القانون الأردني، وهو ما حاولنا القيام به في دراستنا هذه.

وتتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي من خلال معالجة الإطار النظري لضوابط وأحكام وأثار إعارة الموظف العام، والمنهج التحليلي وذلك بمحاولة لتحليل النصوص القانونية والمبادئ القضائية والآراء الفقهية ذات العلاقة، كما تتبع المنهج المقارن وذلك بمقارنة موقف التشريع والقضاء الأردني في هذا السياق مع ما يقابله في كل من مصر وفرنسا، بهدف الاستفادة من تجارب هذه الأنظمة القانونية.

وتتكون هذه الدراسة من ثلاثة مباحث تتناول على التوالي: ماهية الإعارة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها، المركز القانوني للموظف المعار، الرقابة القضائية على قرار إعارة الموظف العام، ثم تنتهي إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول ماهية الإعارة وتمييزها عن الأنظمة المشابهة لها

المطلب الأول تعريف الإعارة في إطار الوظيفة العامة وأهدافها

لم يورد المشرع الأردني - وعلى غرار الأنظمة القانونية المقارنة - تعريفاً للإعارة في نظام الخدمة المدنية وترك الأمر للفقه والقضاء الإداريين، مكتفياً بالإشارة في المادة (٩٥) منه إلى الأحكام العامة للإعارة بالنص على أنه "يجوز إعارة الموظف الذي لا تقل مدة خدمته عن خمس سنوات فعلية إلى أي حكومة أخرى أو أي منظمة دولية أو إقليمية أو مؤسسة رسمية عامة أو دائرة غير خاضعة لنظام الخدمة المدنية، أو مؤسسة عامة داخل المملكة أو خارجها أو شركة تدير مرفقاً عاماً، وذلك بناءً على طلب تلك الجهات أو إلى أي شركة ناتجة عن عملية التخصيص، وذلك بقرار من رئيس الوزراء لشاغلي وظائف الفئة العليا، وبقرار من الوزير بناءً على تنسيب الأمين العام لشاغلي وظائف الفئات الأخرى" (١).

وعلى صعيد الفقه الإداري نجد أن التعريفات الفقهية للإعارة تتفق في جوهرها، وإن تفاوتت في الإشارة للشروط الواجب توافرها في قرار الإعارة، وربما كان ذلك بسبب تفاوت التشريعات الوظيفية نسبياً في تعاملها مع هذه المسألة. ففي فرنسا يعرف جانب من الفقه الفرنسي الإعارة بأنها: "عمل قانوني مشروط يوضع الموظف العام بمقتضاه في مركز قانوني عام غير شخصي، ويأخذ هذا العمل القانوني المشروط شكل القرار الإداري الصادر بالإعارة" (٢). وفي مصر تم تعريف الإعارة بأنها: "قيام الموظف بتنفيذاً لقرار من السلطة المختصة بعد موافقته الكتابية بالعمل في وظيفة أخرى شاغرة في جهة عامة أجنبية غالباً، براتب يتقاضاه منها، مع احتفاظه بصلته بوظيفته الأصلية، والتي يجوز شغلها مع ذلك إذا كانت مدة الإعارة لا تقل عن سنة" (٣).

(١) المادة (٩٥/أ) من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

(٢) انظر: د. عمرو بركات، "نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، دراسة مقارنة، دون ط، دون ناشر، مصر، ١٩٨٩، ص ١٣. وانظر بالفرنسي:

A, plantey, Driot et pratique de la fonction Publique internationale, paris, 1977

(٣) د. ماجد الحلو، "القانون الإداري"، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٢٧٣.

وقريباً من ذلك يرى الفقه الأردني أن الإعارة هي عبارة عن "وضع وظيفي يسمح لجهة أخرى الاستفادة من خبرات الموظف العام مع بقاء علاقة الموظف المعار بوظيفته قائمة في أثناء مدة الإعارة، وبذا يؤدي الموظف المعار مهمات وظيفية أخرى غير وظيفته الأصلية ولدى الجهة التي أعير إليها رغم بقاء علاقته الوظيفية قائمة مع الوظيفة الأصلية"^(١).

ويمكننا تعريف الإعارة في ضوء ما سبق وفي ضوء ما ورد في المادة (٩٥/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني التي سبق الإشارة إليها بأنها عبارة عن نظام يتم بموجبه اختيار الجهة الإدارية لأحد موظفيها للعمل لدى جهة أخرى، سواء أكانت خارجية أم داخلية، وسواء أكانت حكومية أم خاصة، ولمدة محددة، مع بقاء علاقة هذا الموظف بالجهة الإدارية المعار منها.

ويحقق نظام الإعارة بهذا المعنى مجموعة من الأهداف، فعلى الصعيد الدولي تمثل الإعارة نوعاً من التعاون بين الدول والهيئات الدولية في مجال تبادل الموظفين، بحيث يمكن شغل كثير من الوظائف الشاغرة في الدول الناشئة التي لا يتوفر لها العدد الكافي من الموظفين من أبنائها^(٢). وعلى الصعيد القومي العربي وفرت الإعارة أعداداً كبيرة من الموظفين لدى دول المغرب العربي لمساعدتها على تنفيذ برنامجها القومي لتعريب التعليم فيها، بالإضافة إلى تنفيذ برامجها التنموية في كافة مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^(٣). أما على الصعيد الوطني فتكسب الإعارة موظفي الدولة خبرات جديدة تنعكس إيجاباً بالنتيجة على الجهة الإدارية المعار منها، كما تحقق له امتيازات مالية من شأنها تحسين ظروفه المعيشية، وبالنتيجة فإنها تساهم في إنعاش الاقتصاد الوطني ككل من خلال إدخال العملات الأجنبية وتوفير فرص العمل للمواطنين في العديد من الدول، وبخاصة الدول الفقيرة في مواردها الطبيعية^(٤).

- (١) د. علي خطار، "دراسات في الوظيفة العامة"، منشورات الجامعة الأردنية، ١٩٩٨، ص ١٧٩.
- (٢) د. نواف كنعان، "القانون الإداري - الكتاب الثاني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ٨٢.
- (٣) خطار، علي خطار، "دراسات في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص ١٧٩-١٨٠. وقد أشارت المادة (٣٢) من اتفاقية الوحدة الثقافية العربية لعام ١٩٦٥ إلى أهمية الإعارة في تشجيع تبادل الأساتذة والخبراء والمدرسين بين المعاهد والجامعات العربية بالشروط العامة، وهذا الأمر شجّع ويشجّع على نشر الثقافة العربية والاستفادة من خدمة العرب في المؤسسات العلمية للدول الأكثر حداثة، كما يرفد المنظمات الدولية والعربية بخبرات الوطن العربي الثرية في شتى مناحي المعرفة.
- (٤) د. سليمان بطارسة، "نظام الوظيفة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية"، ط ١، ١٩٩٧، ص ١٧٦.

المطلب الثاني شروط الإعارة

من خلال تحديد مفهوم الإعارة، وفي ضوء نص المادة (٩٥) من نظام الخدمة المدنية الأردني وما يقابلها في التشريعات الوظيفية المقارنة، فإن هناك مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لصحة إعارة الموظف العام.

الفرع الأول الشروط الشكلية للإعارة

ويمكن الحديث في هذا السياق في ثلاث مسائل: من هي الجهة المختصة بإصدار قرار الإعارة؟ ماذا عن موقف الموظف المعار وما أثر موقفه على قرار الإعارة؟ وما هي مدة الإعارة؟

ففيما يتعلق بالجهة المختصة بإصدار قرار الإعارة فإن التشريعات الوظيفية تحدد عادة مثل هذه الجهة بحيث يتوجب صدور قرار الإعارة عنها وإلا كان قراراً معيباً بعبء عدم الاختصاص، ويلاحظ في هذا السياق أن هذه الجهة تختلف من دولة إلى أخرى، فهي في فرنسا الجهة الإدارية المعيرة للموظف وبموافقة الوزير المعني^(١)، وهي في مصر الجهة المختصة بتعيين الموظف^(٢)، أما في الأردن فإن هذه الجهة تختلف حسب فئة الموظف، فبعد أن كان نظام الخدمة المدنية السابق يعطي رئيس الوزراء أو من يفوضه صلاحية إعارة جميع الموظفين^(٣)، جعل النظام الحالي رئيس الوزراء صاحب الولاية في إعارة شاغلي الوظائف العليا، في حين جعل الوزير مختصاً بإعارة باقي الموظفين بناءً على تنسيب الأمين العام^(٤).

وقد أشارت محكمة العدل العليا في أكثر من مناسبة إلى لزوم صدور قرار الإعارة من الجهة المختصة وإلا كان قراراً معيباً، فقد قضت المحكمة في حكم لها بأن "المرجع المختص بإصدار قرار إعارة موظف التعليم العالي هو مجلس الوزراء بناءً

(١) انظر:

Bernard, Schwartz, French Administrative Law and the common law word, the book exchange LTD, New jersey, 2006, P 1019.

Waline, Traite de droit administrative, paris. 1962

(٢) المادة (٥٨) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة (المصري).

(٣) انظر: المادة ٩٢ من نظام الخدمة المدنية رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢.

(٤) انظر: المادة ٩٥/أ من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

على تنسيب وزير التعليم العالي... وعليه وبما أنّ نائب رئيس الوزراء هو الذي أصدر قرار الإعارة، بالتالي فيكون القرار قد صدر عن مرجع غير مختص^(١).

وفيما يتعلق بموافقة الموظف أو عدم موافقته على الإعارة فإن نظام الخدمة المدنية الأردني - وبخلاف التشريعات الوظيفية المقارنة^(٢)، وبخلاف نظام الخدمة المدنية السابق^(٣) - لم يعد يشترط موافقة الموظف على الإعارة، وجعل من قرار الإعارة قراراً إدارياً يصدر عن الإدارة من جانب واحد، تماماً كقرار النذب والنقل وغيرها من القرارات المتعلقة بالموظف، ولعل السبب في ذلك يكمن في تحويل العديد من المشروعات الحكومية في السنوات الأخيرة إلى القطاع الخاص، ورغبة الحكومة في إعارة أعداد كبيرة من الموظفين للعمل في هذه المشروعات، والتي تهدف غالباً إلى تحقيق النفع العام، ومن ثم إجبار الموظفين على الالتحاق بهذه المشروعات.

وعلى الرغم من أنّ الإعارة غالباً هي في صالح الموظف مالياً ومعنوياً إلا أنّنا نعتقد أنه من الضروري اشتراط موافقة الموظف عليها، وعلى غرار الأنظمة القانونية المقارنة باعتباره طرفاً أساسياً في عملية الإعارة؛ ولأن ظروفه الشخصية قد لا تكون ملائمة لها، وبخاصة عندما تكون الإعارة لجهات خارجية.

أما عن مدة الإعارة فلم تحدد التشريعات الوظيفية المقارنة ولا التشريع الأردني سقفاً محدداً لها، وترك ذلك ضمن السلطة التقديرية للإدارة، ففي فرنسا لم يشر القانون المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة، لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته إلى الحد الأدنى أو الأقصى لمدة الإعارة، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع المصري في قانون العاملين بالدولة لعام ١٩٨٧، وفي الأردن وعلى الرغم من أنّ نظام الخدمة المدنية حدد هذه المدة بخمس سنوات كحدٍّ أعلى (تجدد سنة فسنه، أو لأي جزء من السنة) إلا أنه أعطى في ذات الوقت لرئيس الوزراء صلاحية تمديد مدة الإعارة لأكثر من خمس سنوات في حالاتٍ خاصةٍ ومبررةٍ تملّحها الضرورة ومصلحة العمل^(٤).

(١) عدل عليا، رقم ٨٢/٩٤، منشور في مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٩٤، ص ٣١٦٦.

(٢) انظر: المادة (٤٥) من القانون المتعلق بالوظيفة العامة في فرنسا، وانظر: المادة (٥٨) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة (المصري) واللذان تشترطان موافقة الموظف على قرار الإعارة.

(٣) انظر: المادة ٩٢ من نظام الخدمة المدنية رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ والتي كانت تنص على أنه: "لرئيس الوزراء أو من يفوضه بناءً على تنسيب الوزير أن يقرر إعارة الموظف بموافقته الخطية إلى...".

(٤) انظر: المادة ٩٥/أ من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع الأردني قد أضاف في النظام الحالي عبارة (أو لأي جزء من السنة) والتي لم تكن موجودة في النظام السابق، وربما هدف المشرع من هذه الإضافة معالجة الحالة التي تقتضي فيها مصلحة الإدارة المعيرة أو الجهة المستعيرة التجديد الجزئي للإعارة.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أشار بوضوح إلى إمكانية إنهاء الإعارة قبل نهاية مدتها إذا كان ذلك يحقق المنفعة العامة^(١)، في حين لم يشر المشرع المصري والأردني إلى هذه المسألة، وعلى كل حال وعلى الرغم من هذا الصمت التشريعي فإننا نعتقد أن الإدارة ذات العلاقة وفي كلا البلدين تملك إنهاء الإعارة قبل نهاية مدتها، طالما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ومصلحة العمل، إذ قد تتطلب ظروف العمل إعادة الموظف المعار لإشغال وظيفته لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وطالما أن مثل هذا القرار سيكون تحت رقابة القضاء الإداري الذي يملك الرقابة على مدى استهداف الإدارة للمصلحة العامة.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية للإعارة

ونتحدث في هذا السياق في مسألتين أساسيتين: ما هي الجهات التي يمكن إعارة الموظف العام إليها؟ ومن هو الموظف الذي يمكن إعارته؟.

ففيما يتعلق بالجهة المستعيرة نجد أن المشرع الأردني - وعلى نحو يتفق مع موقف الأنظمة القانونية المقارنة^(٢) - توسع في تحديد الجهات التي يجوز إعارة الموظف العام إليها، فقد تكون الإعارة للعمل داخل المملكة أو خارجها، وقد تكون لجهة حكومية وطنية أو لحكومة أخرى، أو منظمة دولية أو إقليمية أو مؤسسة رسمية عامة، أو دائرة غير خاضعة لنظام الخدمة المدنية أو مؤسسة عامة داخل المملكة أو خارجها أو شركة تدير مرفقاً عاماً أو أي شركة ناتجة عن عملية التخصيص، وقد تكون الإعارة إلى الأشخاص المعنوية العامة الوطنية داخل المملكة مثل السلطات المحلية أو المؤسسات العامة^(٣).

(١) انظر: المادة (٤٥) من القانون الفرنسي المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة.

(٢) انظر: موقف المشرع الفرنسي والمصري لدى بركات، عمرو بركات، "نظام الاعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص ٢٢-٢٤، ولدى حسن، عبدالفتاح حسن، "مبادئ القانون الإداري"، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(٣) انظر: المادة ٩٥/أ من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

وأما فيما يتعلق بالموظف المعار فقد اشترط كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري أن يكون الموظف المراد إعارته معيناً بصفةٍ أصليةٍ في جهته الأصلية، وبمفهوم المخالفة لا يجوز إعارة الموظف غير الأصلي أو الموظفين المؤقتين، كذلك يجب أن يكون الموظف بالخدمة فعلياً، بحيث لا يجوز إعارة الموظف المحال للاستيداع، كما يجب أن يكون الموظف قد أمضى وقتاً محدداً في ممارسة أعمال وظيفته الفعلية^(١).

وقريباً من ذلك يشترط نظام الخدمة المدنية في الموظف المراد إعارته أن يكون له خدمة فعلية لا تقل عن خمس سنوات، حتى يكون لديه الخبرة اللازمة للقيام بالوظيفة المراد إشغالها لدى الجهة المستعيرة، وحتى تكون الإدارة المعيرة قد استفادت من خدمته قبل أن يتم إعارته^(٢). واستثناء من هذا الأصل يملك رئيس الوزراء أو من يفوضه في حالات خاصة أن لا يتقيد بمدة الخمس سنوات وأن يسمح بإعارة الموظف قبل بلوغها، ونحن مع من يرى لزوم ممارسة هذا الاستثناء الممنوح لرئيس الوزراء في حالات خاصة ومحددة، وأن لا يشكل مساساً بحقوق الموظفين الآخرين في الإعارة والاستفادة من مزاياها^(٣).

المطلب الثالث

تمييز الإعارة عن الأنظمة المشابهة لها

الفرع الأول

التمييز بين الإعارة والنقل

يقصد بنقل الموظف العام تغيير موقع عمله من وظيفته إلى وظيفة أخرى من نفس النوع والدرجة، سواء في نفس الوزارة أو الدائرة أو وزارة أخرى، تحقيقاً لمصلحة العمل^(٤). فقد قضت محكمة العدل العليا في حكم لها بأن: "... نقل الموظف

(١) انظر: المادة (٤٥) من القانون الفرنسي المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة، وانظر: المادة (٧٠) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة (المصري).

(٢) ويلاحظ هنا أن النظام الحالي لم يشترط أن تكون هذه الخدمة متصلة كما كان الوضع في النظام السابق.

(٣) كنعان، نواف كنعان، "القانون الإداري"، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٤) انظر: ماجد الحلو، "القانون الإداري"، المرجع السابق، ص ٢٦٩، بطارسة، سليمان بطارسة، "نظام الوظيفة العامة في المملكة الأردنية الهاشمية"، المرجع السابق، ص ١٦٤.

العام هو فك ارتباطه من الدائرة المنقول منها وربطه بالدائرة المنقول إليها، بحيث يصرف راتبه وتصدر القرارات المتعلقة به من قبل هذه الدائرة" (١).

وقد يكون النقل نقلاً مكانياً أو نوعياً، ويقصد بالنقل المكاني أن يتم تغيير مكان عمل الموظف من مكان إلى آخر مع ممارسته لذات الوظيفة التي كان يمارسها سواء أكان النقل داخل الدائرة التي يعمل فيها الموظف أم خارجها، أما النقل النوعي فيقصد به نقل الموظف من وظيفته الحالية إلى وظيفة أخرى متساوية معها من حيث المستوى الوظيفي (الفئة والدرجة) ولكنها تختلف عنها من حيث المهام والواجبات والسلطات، سواء أكان ذلك داخل الوحدة الإدارية التي يعمل فيها أم في إدارة أخرى (٢).

ويتشابه النقل بهذا المعنى مع الإعارة من حيث تغيير الجهة الإدارية التي يعمل بها الموظف، ولكنهما يختلفان من عدة جوانب، حيث إنه لا يشترط في الإعارة أن يقوم الموظف المعار بالعمل بذات الوظيفة التي كان يعمل بها لدى الجهة الإدارية المعار منها، وإنما يكفي أن يتولى إحدى الوظائف الشاغرة لدى الجهة المعار إليها، في حين أن الموظف الذي يتم نقله إلى دائرة أخرى يكون عادة بنفس الدرجة التي كان يعمل بها في الدائرة التي نقل منها ويقوم غالباً بذات الوظيفة (٣).

ومن جهة أخرى، فإنّ النقل هو فك ارتباط الموظف العام من الدائرة المنقول منها وربطه بالدائرة المنقول إليها، بحيث يصرف راتبه وتصدر القرارات المتعلقة به من دائرته المنقول إليها، أما الموظف المعار فيحتفظ بعلاقته الوظيفية مع الجهة الإدارية المعيرة، وإن كان يصرف راتبه من قبل الجهة الإدارية المستعيرة، باعتبار أنّ الإعارة تكون لمدة محددة، ولأنّ الجهة الإدارية المعيرة تحتفظ بحقها في استعادة الموظف المعار للعمل لديها.

ومن جانب ثالث فإنّ الإعارة وكما رأينا يمكن أن تكون لجهة دولية أو محلية أو منظمة حكومية أم حتى بعض الجهات الخاصة ذات النفع العام، أما النقل فيتم إمّا داخل الدائرة ذاتها التي يعمل لديها الموظف العام، أو لدى دائرة أخرى تابعة لهيئة عامة أخرى (٤).

(١) عدل عليا ١٥١/١٩٦٦، مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٧، ص ٧١٦.

(٢) ليلو، مازن ليلو، "القانون الإداري"، بدون ط، منشورات الأكاديمية في الدنمارك، دون عاصمة نشر، ٢٠٠٨، ص ١١٨.

(٣) انظر: المادة ٩٠ من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

(٤) انظر: المادة ٩١ من نظام الخدمة المدنية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

الفرع الثاني

التمييز بين الإعارة والانتداب

يعرف الانتداب بأنه وضع وظيفي يسمح بوضع الموظف العام خارج الدائرة التي ينتمي إليها، أو إشغال وظيفة أخرى غير وظيفته الأصلية في الدائرة نفسها، مع بقاءه مستفيداً من الحقوق المقررة لوظيفته الأصلية^(١). وقد أشارت محكمة العدل العليا إلى هذا المعنى للانتداب في حكم لها جاء فيه أن النذب هو "... تكليف الموظف العام لمدة مؤقتة بمهام وظيفة أخرى غير وظيفته التي يباشر مهامها، سواء أكان ذلك بالإضافة إلى وظيفته أو التفرغ للقيام بمهام الوظيفة التي انتدب للقيام بأعبائها"^(٢).

والهدف من الانتداب هو انجاز أعمال وظيفة شاغرة لم يتيسر بعد تعيين موظف فيها، وقد يباشر الموظف المنتدب مهام وظيفته الأصلية إلى جانب مهام الوظيفة الأخرى المنتدب إليها، وهو ما يعرف بالانتداب الجزئي، وقد يؤدي مهام وظيفة واحدة وهي الوظيفة التي نذب إليها، وهو ما يعرف بالانتداب الكلي^(٣).

لقد تناول نظام الخدمة المدنية الأردني موضوع الانتداب في المادة (٩٣) منه والتي جاء فيها أنه: "ينقل الموظف... أو ينتدب بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزيرين لشاغلي وظائف المجموعة الثانية من الفئة العليا... وبقرار من وزيرى الدائرتين بناء على تنسيب الأمين العام في كل منهما لموظفي الفئات الأخرى... ولا يجوز نقل الموظف أو انتدابه إلا إذا صدر قرار بتثبيته في الوظيفة... ولا يجوز انتداب الموظف لمدة تزيد على سنتين مجتمعة أو متفرقة خلال مدة عمله في الخدمة المدنية، ويتقاضى رواتبه وعلاواته التي يستحقها من مخصصات الوظيفة التي أُنْتُدب منها... وإذا استدعى الموظف للخدمة الاحتياطية فيعتبر منتدباً طيلة مدة خدمته، ويدفع له عنها راتبه والعلاوات التي يستحقها".

وفي ضوء ما تقدم فإن المسائل التالية تبرز عند مقارنة الانتداب بالإعارة:

- ١ - إنَّ نظام الانتداب يحتفظ بعلاقة الموظف المنتدب مع الجهة الإدارية المنتدب منها، مع بقاء هذه العلاقة قائمة، وهو ما يتشابه مع نظام الإعارة، إلّا أنَّها علاقة جزئية

(١) خطار، علي خطار، "دراسات في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٢) عدل عليا ١٥٥/١٩٩٠، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١، ص ٨٢٢.

(٣) حسن، عبد الفتاح حسن، "مبادئ القانون الإداري"، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، ١٩٧٩،

- إن صح التعبير، ففي الوقت الذي يتقاضى الموظف العام المعيار راتبه من الجهة المعار إليها، فإنَّ الموظف المنتدب يتقاضى راتبه من الجهة الإدارية المنتدب منها.
- ٢ - إنَّ نظام الانتداب يشترط ندب الموظف العام إلى جهات عامة رسمية تابعة للدولة، أمَّا بالنسبة للإعارة فإنَّها يمكن أن تتم لجهات عامة أو خاصة، ويمكن أن تكون لجهات داخلية أو خارجية كما يمكن أن تكون لمنظمات دولية، وهذا الاختلاف يرتبط بالغاية أو الهدف من الإعارة وهي خلق حالة من التعاون وتبادل الخبرات بين الجهة الإدارية التي يعمل فيها الموظف والجهات الأخرى سواء كانت داخلية أم خارجية، بينما الانتداب يقوم على مبدأ الاضطلاع بمهام وظيفية محددة لفترة محددة في ظل جهة إدارية ثانية.
- ٣ - يتشابه نظام الانتداب مع نظام الإعارة في أنَّ كلاً منهما مُحدد لمدة معينة، إلا أنَّهما في ذات الوقت يختلفان في هذه المدة، فلا يجوز انتداب الموظف لمدة تزيد على سنتين متتامة أو متفرقة خلال مدة عمله في الخدمة المدنية، أمَّا الإعارة سواء داخلية أو خارجية فخمس سنواتٍ لأَيٍّ منهما أو كليهما معاً، وفي إعارات خاصة تتصل في التخاصية قد تكون مدة الإعارة مفتوحة حسب قرار الحكومة.

الفرع الثالث

التمييز بين الإعارة والوكالة

ينصرف مفهوم الوكالة - وفقاً لنظام الخدمة المدنية الأردني- إلى الحالة التي يكلف فيها موظف من موظفي الدائرة نفسها أو من دوائر أخرى القيام بأعمال وظيفية شغرت، أو تغيب شاغلها في بعثة أو دورة أو إجازة دون راتب، أو كان معاراً، بحيث يقوم بأعمال ومهام تلك الوظيفة بالوكالة مدَّة لا تزيد على ستة أشهر، شريطة أن لا تقل فئة ودرجة الموظف الوكيل عن فئة ودرجة الموظف الأصيل، أو الفئة والدرجة التي تليها مباشرة، بحيث يقوم الموظف الوكيل بمهام ومسؤوليات الوظيفة الجديدة، إضافةً إلى مهام وظيفته الأساسية، ويمنح الموظف الوكيل مقابل تلك الوكالة ربع راتبه الأساسي إضافةً إلى راتبه وعلاواته إذا كانت مدة الوكالة لا تقل عن شهرٍ واحدٍ^(١).

ولعل أهم مظاهر الاختلاف بين الوكالة والإعارة تتمثل فيما يلي:

(١) انظر: المادة (٩١/ج/٢) من نظام الخدمة المدنية الأردني. والتسمية الأصح باعتقادنا هي الإنابة وليس الوكالة لأن الوكالة تعبير يتعلق بالقانون الخاص.

- ١ - يتقاضى الموظف الوكيل إذا كانت مدة الوكالة مدة شهراً ما يعادل ربع راتبه الأساسي بالإضافة إلى راتبه وعلاواته، في حين لا يتقاضى الموظف المعار مثل هذه المكافأة على اعتبار أنه يتقاضى راتباً من الجهة المعار إليها يحدده عقد الإعارة.
- ٢ - في الحالتين يحتفظ الموظف بعلاقته مع الجهة الإدارية الأصلية التي يعمل فيها، إلا أنَّ الموظف الوكيل يتقاضى راتبه من هذه الجهة الإدارية، في حين يتقاضى الموظف المعار راتبه من الجهة المعار إليها.
- ٣ - يقوم الموظف الوكيل بمهام ومسؤوليات الوظيفة التي يشغلها بالوكالة إلى جانب وظيفته الأصلية، في حين يتفرغ الموظف المعار للعمل في الجهة المعار إليها.
- ٤ - الموظف الوكيل يوكل للقيام بأعمال وظيفة عامة داخل نطاق الإدارة العامة بسبب شعور هذه الوظيفة، أمّا الموظف المعار فيمكن أن تكون إعارته داخل أو خارج الدولة، ويمكن أن تكون ضمن نطاق الإدارة العامة في الدولة أو لإحدى جهات القطاع الخاص فيها طالما أنها تدير مرفقاً عاماً.
- ٥ - حدد نظام الخدمة المدنية الوكالة بمدّة لا تزيد على ستة أشهر، أمّا مدة الإعارة سواء أكانت داخلية أم خارجية فهي خمس سنوات.

المبحث الثاني المركز القانوني للموظف المعار

وسنتحدث في هذا السياق عن حقوق الموظف المعار، التزامات الموظف المعار وتأديب الموظف المعار، وقد خصصنا لكل محور مطلب مستقل.

المطلب الأول حقوق الموظف المعار

الفرع الأول الحق في الراتب

تلتزم الجهة المعار إليها الموظف العام في كل من فرنسا ومصر بدفع راتبه، وذلك وفقاً للمادة (٤٥) من القانون المتعلق بالوظيفة العامة في فرنسا^(١) والمادة (٥٨) من قانون العاملين بالدولة في مصر^(٢). كما أخذ المشرع الأردني بذات النهج في المادة (٩٥/د) من نظام الخدمة المدنية الأردني والتي جاء فيها أنه: "لا يتقاضى الموظف خلال مدة إعارته أي جزء من راتبه وعلاواته من الدائرة التي تمت إعارته منها".

ومعنى ذلك بوضوح أن الموظف المعار لا يتقاضى راتبه أو أي جزء منه من الجهة المعار منها، بل إن الجهة المستعيرة ملزمة بدفع راتبه أو أي جزء منه خلال مدة إعارته. وقد أكدت محكمة العدل العليا على هذه المسألة بقولها: "... وحيث إن شركة جوديكو مملوكة لشركة البوتاس العربية وتابعة لها، وهي من إحدى دوائرها فإن تكليف المستدعي للقيام بعمل مدير لهذه الشركة لا يعتبر إعاره وإنما يعتبر انتداباً بدليل أنه كان يتقاضى راتبه وحقوقه من شركة البوتاس العربية..."^(٣).

(١) انظر:

"Public sector pension and the challenge of ageing public service" OECD working paper on public Governance 2007/2, P.13.

(٢) مع ضرورة الإشارة إلى أن المشرع المصري وفي ذات المادة المشار إليها أجاز للحكومة أن تمنح الموظف المعار أجراً بصلاحيات من رئيس الجمهورية يحدد فيها الشروط والأوضاع والحالات التي يجوز فيها للحكومة أن تدفع أجراً للموظف المعار، للمزيد انظر: عبد الوهاب، محمد رفعت عبد الوهاب، "مبادئ وأحكام القانون الإداري"، دون ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٩٩.

(٣) عدل عليا، رقم ٢٨/٢٠٠٨، هيئة خماسية، ٣٤/٣/٢٠٠٨، منشورات موقع عدالة.

الفرع الثاني

الحق في احتساب مدة الإعارة لغايات التقاعد

نظراً لعدم توقف العلاقة الوظيفية نتيجة الإعارة فإن كامل المدة التي يقضيها الموظف معاراً داخلياً وخارجياً تعتبر مدة مقبولة للتقاعد وفقاً لنظام الخدمة المدنية، وهذا الأمر في صالح الموظف، وربما يغري كبار الموظفين والخبراء بالقبول بالإعارة، وبما يحقق بالنتيجة مصلحة الدولة والجهات المستعيرة والمجتمع ككل، وهذا الأمر نصت عليه بوضوح المادة (٩٥/ و) من النظام الحالي، والتي جاء فيها "تعتبر مدة الإعارة خدمة مقبولة للتقاعد وفقاً لأحكام قانون التقاعد المدني".

وقد كان نظام الخدمة المدنية السابق يعتبر خدمة الموظف المعار مقبولة للتقاعد إذا كانت داخل المملكة أو بما لا يزيد عن ثلاث سنوات من المدة التي يقضيها الموظف معاراً خارج المملكة^(١)، أما النظام الحالي فقد اعتبرها مقبولة للتقاعد وفي جميع الأحوال، وربما كان ذلك لتحقيق ذات الغاية التي أشرنا إليها وهي تشجيع الموظفين على الإعارة، وعلى نحو يحقق الغايات المرجوة منها، بما فيها تعزيز التعاون مع الدول الأخرى وتشجيع فكرة التشاركية والتعاون بين القطاعين العام والخاص داخل الدولة.

وقد كفلت المادة (٤٥) من قانون التقاعد المدني رقم (٣٤) وتعديلاته للموظف المعار حقوقه في التقاعد والمكافأة، فقد نصت على أنه: "لمجلس الوزراء أن يقرر إعارة أي موظف من موظفي الحكومة للخدمة في حكومة أخرى أو في جهة أخرى داخل المملكة أو خارجها، وتحفظ للموظف خلال مدة إعارته حقوقه في التقاعد وفقاً لأحكام هذا القانون، ويعين مجلس الوزراء مدة الإعارة وشروطها وكيفية تأدية العائدات التقاعدية عنها إلى الخزينة، على أن تراعى في ذلك الأحكام والقواعد المرسومة في أنظمة الموظفين".

ولم يغفل المشرع الأردني موضوع حساب العائدات التقاعدية، فقد جاء في المادة (١٠) من قانون التقاعد المدني أنه: "تسبب العائدات التقاعدية للحالات الواردة في الفقرتين و، ح من المادة الخامسة على أساس الراتب الذي كان يتقاضاه الموظف في الحكومة قبل وقوع الإعارة أو الإجازة، إلا إذا كان قد رفع إلى درجة أو راتب أعلى في وظيفة تابعة للتقاعد خلال مدة الإعارة أو الإجازة، فتسبب العائدات التقاعدية في هذه الحالة على أساس الراتب الأخير وتسوى حقوقه التقاعدية على هذا الأساس".

(١) انظر: المادة (٩٤) من نظام الخدمة المدنية السابق رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢م.

الفرع الثالث

الحق في الزيادة السنوية والترفيـع

يعطي نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي للموظف المعار - ومهما كانت مدة الإعارة وبغض النظر عن موقعها داخل أم خارج الوطن - الحق في الحصول على الزيادة السنوية في الراتب بالإضافة إلى استحقاق الترفيع^(١) وربما تكون الغاية من هذا النهج، الذي لم يكن مأخوذاً به في النظام السابق، هي - كما ذكرنا - ترغيب الموظفين بالإعارة وبخاصة الخارجية منها والتي يمكن أن تخلق حالة من التعاون مع الدول الشقيقة من خلال إعارة الموظفين إليها، وبنفـس الوقت تشجيع الكفاءات العالية من الموظفين لإدارة الشركات الناتجة عن التخصصية.

ويبدو أن موقف المشرع الأردني في هذا السياق هو في صالح الموظف المعار بالمقارنة مع التشريعات الوظيفية المقارنة، فمع غياب النص التشريعي الذي يحكم هذه المسألة في فرنسا ذهب مجلس الدولة هناك إلى أنه من حق الموظف المعار إعارة طويلة الأمد أن يرقى بصفة مستقلة في الجهة المستعيرة، ومعنى ذلك أن الأقدمية المكتسبة في هذه الوظيفة لا ترتبط بالوظيفة الأصلية بل بالوظيفة الجديدة في الجهة المستعيرة^(٢). وفي مصر تنص المادة (٥٨) من قانون نظام العاملين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على أنه "... لا يجوز ترقية العامل الذي تجاوز مدة إعارته أربع سنوات متصلة...". ومعنى ذلك أن المركز الوظيفي للموظف المعار ربما يتزعزع إذا تجاوزت إعارته الأربع سنوات، وقد يسبقه في الترقية من هم أحدث منه في الخدمة بسبب الإعارة لهذه المدة^(٣).

المطلب الثاني

التزامات الموظف المعار

لا تعني إعارة الموظف العام إلى جهة من الجهات المسموح بالإعارة إليها تحلّله من الالتزامات الوظيفية التي ينص عليها التشريع الوظيفي الذي يخضع له في جهته الأصلية، وفي ضوء ذلك يلتزم الموظف المعار بأداء العمل على أكمل وجه، وإبداء

(١) انظر: المادة (٩٥/هـ/زبند ٢-١) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

(٢) بركات، عمرو بركات، "نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٣) بسيوني، عبد الغني بسيوني، " القانون الإداري"، دون ط، دار المعارف للنشر، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٧٦.

الرأي في حدود وتقاليد وقواعد الوظيفة العامة، وعدم الجمع بين الوظيفة والأعمال المحظورة أثناء الإعارة، والالتزام بعدم إفشاء أسرار المهنة أثناء إعارته.

الفرع الأول أداء العمل

يبقى الموظف المعار كغيره من موظفي الدولة ملزماً بأداء عمله على أكمل وجه، وبالتالي يتعين عليه أن يؤدي عمله بدقة وأمانة ويقوم بأداء واجباته الوظيفية على أحسن وجه لدى الجهة المستعيرة، فتحلّله من التزاماته الوظيفية يصبح مؤقتاً في جهة عمله الأصلية، فهو يلتزم بأداء جميع واجباته الوظيفية في الجهة المستعيرة، وقد يتعدّل اختصاصه الوظيفي في الجهة المستعيرة عما كان يشغله في جهة عمله الأصلية^(١)، فيعطي بذلك كل وقته وجهده للوظيفة التي يشغلها في الجهة المستعيرة، فإذا كان من واجب الموظف العام أن يقوم بأداء واجباته الوظيفية في جهة عمله الأصلية باعتبارها مهنته الدائمة^(٢)، فإنه يكون ملزماً بأداء عمله على أكمل وجه لدى الجهة المستعيرة نظراً لبقاء علاقة الموظف المعار قائمة مع جهة عمله الأصلية.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنّ التخصيص الوظيفي للموظف المعار في الجهة المستعيرة لا يعني تعديل الرابطة الوظيفية التي تربطه بجهة عمله الأصلية، فقد يُعدّل اختصاصه الوظيفي في الجهة المستعيرة، ولكن هذا التعديل لا يغير من الرابطة الوظيفية في جهة عمله الأصلية^(٣).

ونظراً لعدم انقطاع العلاقة الوظيفية نتيجة الإعارة تبقى الجهة الإدارية في الدائرة التي أُعير منها الموظف صاحبة السلطة الرئاسية في علاقتها مع الموظف المعار، وفي لزوم احترامه لقواعد وأحكام هذه السلطة الرئاسية، وذلك في الحدود التي تقررها القوانين والأنظمة المتبعة في الجهة المعيرة^(٤).

(١) بركات، عمرو بركات، "نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٢) الشنطاوي، علي خطر الشنطاوي، "الوجيز في القانون الإداري"، المرجع السابق، ص ٥٠٤-٥٠٥.

(٣) بركات، عمرو بركات، "نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٤) الشنطاوي، علي خطر الشنطاوي، "الوجيز في القانون الإداري"، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

الفرع الثاني

الالتزام بتقاليد وقواعد الوظيفة العامة عند إبداء الرأي

تعطي التشريعات الوظيفية الموظف العام الحق بالتعبير عن رأيه، استناداً للنصوص الدستورية التي تحرص عادة على النص على هذا الحق، فالمادة (١٥/١) من الدستور الأردني جاء فيها "تكفل الدولة حرية الرأي، ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون..."

فالموظف العام له كأي مواطن حرية التعبير عن رأيه في المسائل العامة، إلا أن مقتضيات الخدمة العامة تفرض عليه بعض القيود، سواء أكان على رأس عمله أم معاراً إلى جهة أخرى، فلا يجوز له التعبير عن رأيه بطريقة تمس المصلحة العامة، فله الحق في التعبير عن رأيه بطريقة لائقة وحضارية لا تمس حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وهو ما أكدته المادة (٦٧/و) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

ونظراً لعدم انقطاع العلاقة الوظيفية كما أسلفنا، فإن الموظف المعار سواء أكان معاراً في الداخل أم الخارج، لا يجوز له أن يبدي آراء تمس سير المرفق الأصلي الذي يتبعه أو الذي أُعير إليه، كما يُحظر عليه أن يجاهر في التعبير عن آرائه السياسية المناهضة لسياسة الدولة، إذ أن هذا الالتزام يلاحق الموظف العام حتى لو خدم في دولة أجنبية، بحيث يتسم سلوكه بالاعتدال والاستقامة أثناء إعارته^(١).

الفرع الثالث

عدم الجمع بين الوظيفة والأعمال المحظورة

يلتزم الموظف العام بعدم الجمع بين وظيفته والقيام بأعمال أخرى، فقد جاء في المادة (٦٨/ز) من نظام الخدمة المدنية على أنه "يحظر على الموظف وتحت طائلة المسؤولية التأديبية الإقدام على أي من الأعمال التالية... العمل خارج أوقات الدوام الرسمي دون إذن مسبق من رئيس الوزراء أو من يفوضه بناءً على تنسيب الوزير فيما يتعلق بموظفي الفئة العليا وبتصريح من الوزير للموظفين من الفئات الأخرى، وذلك تحت طائلة المساءلة، بما في ذلك استرداد أي مبلغ حصل عليه الموظف لمصلحة الخزينة، ويشترط في تطبيق هذه الفقرة أن يقوم بذلك العمل خارج أوقات الدوام

(١) بركات، عمرو بركات، "نظام الإعارة في الوظيفة العامة"، المرجع السابق، ص ١٤٥.

الرسمي الذي تحدده الدائرة، وأن لا ينشأ عن ذلك العمل إعاقه لأعمالها الرسمية، وأن لا يكون العمل الإضافي لدى الجهات التي لها علاقة أو مصلحة بعمل الدائرة".

وفي ضوء ما تقدم ونظراً لعدم انقطاع العلاقة الوظيفية بين الموظف المعار وبين جهة عمله الأصلية فإنّ الموظف المعار ملزم كذلك بعدم الجمع بين وظيفته في الجهة المستعيرة وبين أي عمل آخر يتعارض مع واجباته الوظيفية الأصلية، وبشكل لا يتفق مع المصلحة العامة، إلا بعد موافقة السلطات المختصة في جهة عمله الأصلية والجهة التي أعير إليها، لأنّ الإعارة لا تؤدي - كما قلنا - إلى انقطاع العلاقة الوظيفية بين الموظف المعار وبين جهة عمله الأصلية، فوجود الموظف المعار في الجهة المعار إليها مؤقت، ومن ثم تستمر علاقته الوظيفية بجهة عمله الأصلية والتزامه بواجباته الوظيفية باعتباره موظف تهمه سمعة بلده وحسن سير المرفق الأصلي الذي أعير منه، فسلوكه العام في الجهة المستعيرة أثناء فترة الإعارة هو انعكاس لسمعة بلده ودائرته الأصلية.

الفرع الرابع

عدم إفشاء السر الوظيفي

قد يطّلع الموظف العام بحكم وظيفته، سواء أكان على رأس عمله أم معاراً إلى جهة أخرى، على كثير من الأسرار الوظيفية، وغيرها من الأمور التي تتعلق بخصوصيات المواطنين كالمعلومات التي يعرفها رجال الشرطة والأطباء وغيرهم^(١)، فيجب على الموظف الاحتفاظ بالمعلومات والوقائع التي يعلمها أثناء تأديته لوظيفته، فيمنع من نشرها أو إذاعتها أو تسليمها لأي شخص إلا إذا كان شخصاً مسؤولاً وكانت التشريعات ذات العلاقة تسمح بذلك.

لقد جاء في المادة (٦٨/ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني أنّه: "يحظر على الموظف وتحت طائلة المسؤولية التأديبية الإقدام على أي من الأعمال التالية "... الاحتفاظ خارج مكان العمل لنفسه بأي وثيقة أو مخابرة رسمية أو نسخة منها أو صور عنها أو تسريبها لأي جهة خارجية أو الكتابة أو التصريح عنها دون أن يكون ذلك من صلاحياته..."

(١) محارب، علي جمعة محارب، "التأديب الإداري في الوظيفة العامة"، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والانجليزي، ط١، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٢٢-١٢٤.

ومعنى ذلك أنّ المشرّع الأردني يحظر على الموظف الذي يطلع أثناء عمله على أمور مختلفة إفشاءها، لأنّ أسرار العمل ليست ملكاً شخصياً للموظف، فلا يجوز له إطلاع غيره عليها أو تسريبها لأيّ جهة خارجيّة أو الكتابة أو التصريح بها، إلّا إذا كان ذلك واجباً بحكم القانون ويقع ذلك ضمن صلاحياته، وإذا كان الالتزام يستمر عادة حتى بعد ترك الوظيفة^(١)، فإنه ومن باب أولى ينسحب على الموظف المعار سواء في الداخل أو الخارج، فإذا أخل بهذا الالتزام يمكن مساءلته تأديبياً أو جنائياً.

المطلب الثالث تأديب الموظف المعار

لم يعالج المشرع الأردني مسألة تأديب الموظف المعار كما فعلت التشريعات الوظيفية المقارنة، وهو ما يمكن أن يستفيدة القانون الأردني من هذه المقارنة، ففي فرنسا نص القانون المتعلّق بالوظيفة العامّة في الدولة لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته في المادة (٤٥) منه على أن الموظف المعار يوضع تحت تصرف إدارته الأصليّة عند ارتكابه لخطأ ما أثناء تأديته لواجباته الوظيفية، واعتماداً على ذلك فإننا نستخلص أنّ الجهة المختصة بتأديب الموظف المعار عند ارتكابه لخطأ ما أثناء ممارسته لوظيفته هي جهة عمله الأصليّة.

كما عالج المشرع المصري هذا الأمر بوضوح وإن اختلف من حيث المضمون عن النهج الذي أخذ به القانون الفرنسي، فقد نصّت المادّة (٨٢/٣) من قانون العاملين بالدولة لعام ١٩٧٨ على أنّه "تختص المحكمة التأديبية بتوقيع أي من الجزاءات المنصوص عليها في المادّة (٨٠)، وتكون الجهة المنتدب أو المعار إليها العامل أو المكلف بها هي المختصة بالتحقيق معه، وتأديبه طبقاً للأحكام سالفة الذكر، وذلك عن المخالفات التي يرتكبها خلال فترة النذب أو الإعارة أو التكليف". ومعنى ذلك أن الجهة المختصة بالتحقيق مع الموظف المعار وتأديبه عن المخالفات التي ترتكب خلال فترة الإعارة هي الجهة المستعيرة.

ولم نجد نصّاً في القانون الأردني يعطي الجهة المعيرة أو المستعيرة سلطة تأديب الموظف المعار، وهناك إشارة إلى حالة ارتكاب الموظف المعار لمخالفة مسلكية وردت في المادة (١٥٤) من نظام الخدمة المدنيّة وتتعلق بارتكاب الموظف لمخالفة قبل إعارته، حيث جاء في هذه المادة أنّه "تتم مساءلة الموظف المعار أو المجاز أو

(١) المادة ٦٨ من نظام الخدمة المدنيّة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧.

المكلف عن الأخطاء والمخالفات الإدارية التي ارتكبها قبل إعارته أو إجازته أو تكليفه وفقاً لأحكام هذا النظام، وذلك أثناء تلك المدة أو بعد انتهائها حسب مقتضى الحال".

فالمشرع الأردني يتحدث هنا عن ارتكاب الموظف العام خطأ قبل إعارته، وبالتالي تأديبه قبل إعارته أو عند عودته، ولم يعالج الأمر بوضوح كما فعل القانون المصري الذي أحال الأمر كله إلى الجهة المستعيرة، أو القانون الفرنسي الذي أعطى الجهة المستعيرة صلاحيات تأديبية محدودة وأبقى التأديب في الأمور الجوهرية للجهة المعيرة، وعليه فإننا نعتقد أنه لا بد من استكمال هذا النقص في نظام الإعارة الأردني، فالنص الواضح في هذا الشأن ضرورة قانونية ملحة نظراً لاتساع دائرة الإعارة الداخلية والخارجية مؤخراً.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على قرار إعارة الموظف العام

يراقب القضاء الإداري عادة مدى مشروعية القرارات المتعلقة بإعارة الموظف العام ويلغي ما كان منها معيباً، كما يمكن أن يحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنها. وإذا كان القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر يمارس هذا الدور منذ زمن بعيد، فإنه يتميز كذلك بعمق التجربة في هذا المجال وبالتنظيم المتطور الذي يقوم على وجود درجات للتقاضي وتعدد للمحاكم الإدارية، وهو ما يساهم إلى حد بعيد في فاعلية الرقابة التي يمارسها على مشروعية قرارات الإدارة عموماً وتلك المتعلقة بإعارة الموظف العام على وجه الخصوص^(١).

وفي الأردن، وبخلاف الأمر في كل من فرنسا ومصر، نجد أن المشرع الأردني قد حدد في القوانين المتعاقبة المتعلقة بمحكمة العدل العليا اختصاصات هذه المحكمة على سبيل الحصر، ولم يكن من بينها النظر في الطعون المتعلقة بقرار إعارة الموظف حتى صدور قانون محكمة العدل العليا الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢م الذي وسّع من اختصاصات المحكمة في مجال الطعون الوظيفية لتشمل هذه القرارات. وعليه فإننا سنتناول في هذا المبحث رقابة محكمة العدل العليا على قرارات الإعارة في مرحلتين: مرحلة ما قبل صدور قانون ١٩٩٢ (المطلب الأول) ومرحلة ما بعد صدور هذا القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مرحلة ما قبل صدور قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢

لقد كانت المحاكم العادية هي التي تمارس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة حتى صدر الدستور الحالي عام ١٩٥٢، والذي نصّ في المادة (١٠٠) منه على أنه "تعين أنواع المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص، على أن ينص هذا القانون على إنشاء محكمة عدلٍ عليا".

ويفهم من هذا النص أن المشرع الدستوري قد تبنى النموذج الفرنسي في مجال القضاء الإداري الذي يقوم على ازدواجية القضاء (وجود قضاء إداري مستقل

(١) انظر: شطناوي، علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.

إلى جانب القضاء العادي)، إلا أنَّ قانون تشكيل المحاكم النظامية الذي صدر استناداً لهذا النص الدستوري لم ينص على إنشاء محكمة عدلٍ عليا مستقلة، وإنما أناط مهمة الفصل بالمنازعات الإدارية بأعلى محكمة نظامية في القانون الأردني وهي محكمة التمييز بصفتها محكمة عدلٍ عليا إلى جانب صفتها الجزائية وصفتها الحقوقية.

وبقي الأمر كذلك حتى صدر قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (١١) لسنة ١٩٨٩ والذي أنشئت بموجبه محكمة عدلٍ عليا مستقلة عن محكمة التمييز ولها نيابة عامة إدارية مختلفة عن النيابة العامة العادية. إلا أنَّ المشرع لم يجعل من بين اختصاصات المحكمة وفقاً لهذا القانون النظر في الطعون المتعلقة بقرارات الإعارة، وبقي الأمر كذلك حتى صدر القانون الحالي والذي جعل هذا الأمر من اختصاص المحكمة وفقاً لنص المادة التاسعة من هذا القانون.

وفي ضوء ذلك كانت محكمة العدل العليا خلال تلك المرحلة - مرحلة ما قبل صدور قانونها الحالي لعام ١٩٩٢- تذهب إلى أنَّ الطعون المتعلقة بقرارات الإعارة ليست من بين اختصاصاتها المحددة على سبيل الحصر، ومن ثم لم تكن تنظر في مدى مشروعية هذه القرارات^(١)، ولم نعثر على أحكام للمحكمة في هذا المجال.

المطلب الثاني

مرحلة ما بعد صدور قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢

لقد أصبحت محكمة العدل العليا - كما ذكرنا - صاحبة اختصاص للنظر في مدى مشروعية قرارات الإدارة المتعلقة بإعارة الموظفين، وذلك سنداً لنص المادة التاسعة من قانونها الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢م، والذي وسّع من اختصاصات المحكمة في مجالات متعدّدة من بينها الطعون الوظيفية.

وباستعراض الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا منذ ذلك التاريخ نجد أنَّ المحكمة أصبحت تراقب مشروعية قرارات الإعارة، وإن كانت الأحكام التي تم العثور عليها في هذا المجال محدّدة للغاية، وربما كان السبب في ذلك قلة الإشكاليات التي يثيرها قرار إعارة الموظف بالمقارنة مع القرارات الوظيفية الأخرى، وربما كان السبب تسوية الخلافات المتعلقة بالإعارة في كثير من الأحيان بين الموظف والإدارة دون اللجوء إلى المحكمة.

(١) كنعان، نواف كنعان، "القضاء الإداري الأردني"، ط ١، ١٩٩٩، ص ١٢٦.

ومن بين تلك الأحكام حكم المحكمة بالقضية رقم (١٩٩٤/٨٢) والذي قضت فيه بعدم مشروعية قرار إعاره أحد الموظفين لمخالفة القانون، حيث إنّ الإدارة لم تراعى شرط موافقة الموظف الخطية على الإعاره والذي كان شرطاً جوهرياً من شروط الإعاره في ضوء نظام الخدمة المدنية الذي كان مطبقاً في تلك الفترة، وقد جاء في قرار المحكمة مايلي "... وعن سبب الطعن فيما تضمنه من صدور القرار عن مرجع غير مختص ومخالف للقانون فإننا نجد أن هذا القرار المطعون فيه بتكليف المستدعية للعمل في كلية الأميرة ثروت إنّما هو في حقيقته إعاره الموظف الذي يعمل في مرفق عام إلى مرفق في القطاع الخاص خلافاً للمادة ٧٥ من نظام الخدمة المدنية رقم ١ لسنة ١٩٨٨م التي تنص (لمجلس الوزراء بناءً على تنسيب الوزير أن يقرر إعاره الموظف العام بموافقة الخطية إلى أي حكومة ... بناءً على طلبها) أي أنّ المرجع المختص بإصدار قرار الإعاره هو مجلس الوزراء بناءً على تنسيب وزير التعليم العالي وبناءً على موافقة الموظف المعار خطياً وطلب الجهة المعار إليها، وبتطبيق هذه الشروط يكون القرار المطعون فيه قد صدر عن مرجع غير مختص، كما لم توافق المستدعية خطياً على الإعاره وخلت الأوراق فوق ذلك مما يشير إلى طلب الجهة المعار إليها إعاره المستدعية للعمل لديها... وبناءً على ما تقدم يكون القرار المطعون فيه قد صدر مخالفاً للقانون حقيقياً بالإلغاء فنقرر الغاءه"^(١).

وكان لمحكمة العدل العليا موقفاً مشابهاً في القضية رقم (١٩٩٧/٣٣٦) حينما قضت بعدم مشروعية قرار الإدارة المتضمن عدم إعادة الموظف المعار إلى وظيفته الأولى أو ما يعادلها على اعتبار أنّ ذلك حقّ للموظف المعار وفقاً للمادة (٧٨) من نظام الخدمة المدنية الذي كان مطبقاً في ذلك الوقت، وقد جاء في قرار المحكمة أنّه "...نجد أنّه من الثابت أن المستدعي قبل إعارته إلى سلطنة عمان كان مديراً...ومن حقّه قانوناً أن يعود بعد انتهاء الإعاره إلى وظيفته الأولى أو إلى وظيفة أخرى معادلة لها، عملاً بالمادة ٧٨ من نظام الخدمة المدنية ... وحيث إنّ جرى تحديد مركز المستدعي بعد انتهاء إعارته بوظيفة معلم، وحيث إنّ هذا المركز أدنى من مركزه كمدير قبل الإعاره فيكون القرار مخالفاً للقانون ومستوجب الإلغاء..."^(٢).

(١) عدل عليا، رقم ١٩٩٤/٨٢، تاريخ ١٨/٥/١٩٩٤، منشورات موقع عدالة على شبكة الأنترنت.

(٢) عدل عليا، رقم ١٩٩٧/٣٣٦، تاريخ ٢٤/١/١٩٩٨، منشورات موقع عدالة على شبكة الأنترنت.

ولما كانَّ الموظف المعار يحتفظ بحقه في الترفيع فقد قضت محكمة العدل العليا في إحدى المناسبات بعدم مشروعية قرار الإدارة المتضمن تجاوز الموظف المعار واستبعاده من عداد المرشحين للترفيع كونه كان معاراً، وجاء في قرار المحكمة "...أما ما تذرعت به الجهة المستدعي ضدها في أن تخطي المستدعية عائد إلى أنه كان آنذاك حسب قولها (معاراً)... فإن هذا السبب لا يصلح لتبرير تخطيه؛ لأن الإعارة لا تبخس المعار حقاً من حقوقه الوظيفية، بما في ذلك حقه في الترفيع عند استحقاقه له وفقاً للاعتبارات المشار إليها، إذ (الإعارة) تدخل مدتها بحكم القانون في خدمته الوظيفية، ولما كان ذلك والمستدعي قد قدم البيئة الكافية على إحقاقه بالترفيع ضمن قائمة المرشحين لترفيعهم للدرجة الثالثة... وعليه وعلى هدي ما تقدم، فإن القرار المطعون فيه قد جانب الصواب بالنسبة للمستدعي، ومن ثم يكون مجافياً لحكم القانون وحقيقياً بالإلغاء..."^(١).

ومحكمة العدل العليا لا تلغي فقط القرار المتعلق في الإعارة متى كانَّ غير مشروع، وإنَّما يمكن أن تقوم بتعويض المتضرر عن مثل هذا القرار متى توافرت أركان وشروط المسؤولية الإدارية، شأنه في ذلك شأن أيِّ قرار إداري غير مشروع وفقاً لاختصاصها المُستحدث في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢^(٢). ففي القضية رقم (٨٢/١٩٩٤) التي أشرنا إليها سابقاً طالبت المستدعية المعارضة تعويضاً عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بها نتيجة تصرف الإدارة، ولكن المحكمة لم تحكم لها بالتعويض لعدم قيام أركان المسؤولية الإدارية بالتعويض، ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة أنَّ المحكمة كانت ستحكم بالتعويض لو توافرت هذه الأركان، ومما جاء في قرار المحكمة في هذه القضية "... وبما أنه لم يقدّم دليل في الدعوى على وقوع الضرر المطالب بالتعويض عنه حيث لا تجد محكمتنا في ظروف إعارة المستدعية أنه قد أصابها ضرر في حق أو مصلحة مالية، كما لم تلمس في مصلحة غير مالية وهو ما يُعرف بالضرر الأدبي أو المعنوي... وبناءً على ما تقدم بيانه وقد انتفى حصول الضرر من جانب الإدارة الذي يناط التعويض بحلوله باعتباره الركن الأول والأساسي من أركان المسؤولية التضمينية، فلا مجال للمطالبة بالتعويض، وبالتالي فإنَّ النتيجة

(١) عدل عليا، رقم ٧٥ / ١٩٩٣، تاريخ ٣١/٣/١٩٩٣، منشورات موقع عدالة.

(٢) أصبحت المحكمة ومنذ صدور قانونها الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ تختص بالتعويض عن الضرر الناجم عن قرارات الإدارة غير المشروعة وفقاً للمادة التاسعة من القانون.

التي تخلص إليها محكمتنا هو عدم قيام ما يوجب مسؤولية الإدارة بالتعويض، الأمر الذي تكون معه الدعوى مستوجبة الرد...^(١).

النتائج والتوصيات:

تناولت هذه الدراسة النظام القانوني لإعارة الموظف العام في ضوء نظام الخدمة المدنية الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٧ وقضاء محكمة العدل العليا وبالمقارنة مع التشريعات الوظيفية في كل من فرنسا ومصر، وقد خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

النتائج:

من خلال المقارنة ما بين نظام الخدمة المدنية الأردني والتشريعات الوظيفية المقارنة في كل من فرنسا ومصر، خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:

- ١ - الجهة المختصة بإعارة الموظف العام في فرنسا هي الجهة الإدارية المعيرة وبموافقة الوزير، بالإضافة إلى توقيع وزير الجهة الإدارية في الجهة المستعيرة، وفي مصر الجهة المختصة بالتعيين، أما في الأردن فتختلف هذه الجهة حسب فئة الموظف، فهي رئيس الوزراء بالنسبة لشاغلي الوظائف العليا، وهي الوزير المعني بالنسبة لباقي الموظفين.
- ٢ - يشترط لإعارة الموظف العام في كل من فرنسا ومصر موافقة الموظف على قرار الإعارة، في حين لم يعد هذا الشرط موجوداً في القانون الأردني وفقاً لنظام الخدمة المدنية الحالي.
- ٣ - لم يحدد القانون الأردني ولا التشريعات الوظيفية المقارنة سقفاً أعلى لمدة الإعارة وإنما تركت سلطة تقديرية للإدارة.
- ٤ - توسع المشرع في كل من الأردن والأنظمة القانونية المقارنة في تحديد الجهات التي يمكن إعارة الموظف العام إليها، سواء أكانت جهات خارجية أم داخلية، وهو ما يمكن أن يساهم في تحقيق الأهداف المتوخاة من الإعارة.
- ٥ - أبقى المشرع الفرنسي بوضوح سلطة تأديب الموظف المعار في الأمور الجوهرية للجهة المعيرة، في حين جعلها المشرع المصري بيد الجهة المستعيرة، أما المشرع الأردني فلم يعالج هذا الأمر بشكل واضح، مما يجعلنا نميل إلى أن الجهة المستعيرة لا تملك مثل هذه السلطة استناداً للقاعدة العامة أنه لا سلطة إلا بنص.

(١) عدل عليا، رقم ١٨٢/١٩٩٤، تاريخ ١٦/١١/١٩٩٤، منشورات موقع عدالة.

ومن خلال مقارنة نظام الخدمة المدنية الأردني الحالي والأنظمة السابقة عليه في مجال الإعارة، خلصت الدراسة إلى مجموعة أخرى من النتائج أهمها ما يلي:

- ١ - توسّع النظام الحالي بالمقارنة مع النظام السابق في مسألة الجهات التي يجوز إعارة الموظف العام إليها، وخاصة بالنسبة للشركات الناجمة عن عمليات التخاصية، وأكد النظام الجديد على إمكانية التمديد للمعارين إلى مثل هذه الشركات لغايات استحقاق الزيادة السنوية والترفيغ، وربما كان ذلك بهدف تشجيع الكفاءات من الموظفين لإدارة الشركات الناتجة عن التخاصية، دون أن يضطروا إلى الإستقالة من عملهم الأصلي في أجهزة الدولة.
- ٢ - ألغى النظام الحالي مسألة الموافقة الخطية للموظف على قرار إعارته والتي كانت شرطاً لصحة الإعارة في النظام السابق، وربما كان السبب في ذلك أن الإعارة فيها غالباً مكاسب مادية للموظفين وهم من يسعون إليها، كما أنها تعود عليهم بالكثير من الخبرات العلمية والإدارية مما يؤثر إيجاباً على مستقبلهم الوظيفي، أضف إلى ذلك أنه قد يكون من مصلحة الدولة العليا إلزام بعض الموظفين من ذوي الخبرات الخاصة القيام ببعض المهام داخلياً أو خارجياً حتى لو لم يكن راغباً بالقيام بها.
- ٣ - كانت المدة المقبولة للتقاعد من فترة الإعارة الخارجية ثلاث سنوات فقط في النظام السابق، أما في النظام الحالي فقد أصبحت كامل مدة الإعارة خارجية أو داخلية محسوبة كخدمة مقبولة للتقاعد، وهذا من مصلحة الموظف المعار، وربما يغري كبار الموظفين والخبراء بالقبول بالإعارة، وبالتالي يحقق الأهداف العامة للإعارة. وفي ذات السياق كان النظام السابق ينص على حق الموظف المعار بالحصول على الزيادة السنوية في الراتب أثناء مدة الإعارة دون الترفيع، أما النظام الجديد فقد أعطى للمعار وخاصة إلى شركات التخاصية استحقاق الزيادة السنوية في الراتب، بالإضافة إلى استحقاق الترفيع.
- ٤ - أجاز النظام الحالي تجديد الإعارة سنةً فسنةً أو لأيّ جزءٍ منها، وعبارة (لأيّ جزءٍ منها) هي إضافة جديدة لم تكن موجودة في النظام السابق، وربما هدف منها المشرع معالجة الحالة التي تقتضي فيها مصلحة الإدارة المعيرة أو الجهة المستعيرة التجديد الجزئي للإعارة، مما يضيف بالنتيجة مرونة أكثر على نظام الإعارة.
- ٥ - لم يشترط النظام الحالي عندما تحدث عن شرط الخدمة خمس سنوات للموظف الذي سيتم إعارته أن تكون هذه الخدمة متصلة، كما كان الوضع في النظام السابق، وربما كان ذلك بسبب وضع موظفي الفئات العليا ممّن أمضوا خمس سنوات أو

أكثر في الخدمة المدنية لكن بشكل متقطع، وهذا الأمر يتصل غالباً بكبار مستشاري الحكومة من ذوي الكفاءات العالية ممن يُستقدمون من قطاعات مختلفة لرصد أجهزة الدولة، ثم ترى الحكومة إعارتهم لشركات التخصيص أو للمؤسسات الدولية، فاشتراط الاتّصال في الخدمة لخمس سنواتٍ قد يعيق إعارتهم.

التوصيات:

أولاً: توصي الدراسة إلى عودة اشتراط موافقة الموظف العام على قرار إعارته على غرار ما هو مستقر في الأنظمة القانونية المقارنة، وكما كان عليه الأمر في نظام الخدمة المدنية السابق وذلك باعتباره طرفاً أساسياً في عملية الإعارة؛ ولأن ظروفه الشخصية قد لا تكون ملائمة لإعارته، وبخاصة عندما تكون الإعارة لجهات خارجية.

ثانياً: النص بوضوح، وكما هو الحال في القانون الفرنسي، على إمكانية إنهاء إعارة الموظف العام قبل نهاية مدتها المحددة، طالما أن ذلك يحقق المنفعة العامة ويساهم في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ثالثاً: أن يعالج المشرع الأردني بوضوح، وكما هو الحال في القانونين الفرنسي والمصري، مسألة تأديب الموظف المعار عند ارتكابه خطأً مسلياً في وظيفته المعار إليها والجهة المختصة بتأديبه.

رابعاً: أن يمارس القضاء الإداري في الأردن رقابة فاعلة على مدى مشروعية القرارات المتعلقة بإعارة الموظف العام، وأن يأخذ المشرع الأردني بعين الاعتبار حقيقة أن فاعلية هذه الرقابة ترتبط إلى حد بعيد بمدى تطور وفاعلية القضاء الإداري، وعليه فإننا نرى ضرورة تطوير القضاء الإداري في الأردن على غرار الأنظمة القانونية المقارنة، من خلال العمل على إيجاد قاضي إداري متخصص، ومنح القضاء الإداري الولاية العامة للنظر في مختلف المنازعات الإدارية، وإنشاء محاكم إدارية في مختلف محافظات المملكة لتقريب القاضي من المتقاضين، وإيجاد درجات للتقاضي الإداري؛ لما يشكله ذلك من ضمانة للحصول على أحكام أكثر عدلاً وموضوعية.

المراجع

المراجع العربية

- الحلو، ماجد، ١٩٩٦، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- بركات، عمرو، ١٩٨٩، نظام الإعارة في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دون ناشر، مصر.
- بسيوني، عبد الغني، ١٩٩١، القانون الإداري، دار المعارف للنشر، الإسكندرية.
- بطارسة، سليمان، ١٩٩٧، نظام الوظيفية العامة في المملكة الأردنية الهاشمية.
- حسن، عبد الفتاح، ١٩٧٩، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر.
- شطناوي، علي خُطار، ٢٠٠٣، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل، عمان.
- شطناوي، علي خُطار، ١٩٩٨، دراسات في الوظيفة العامة، الجامعة الأردنية، عمان.
- شطناوي، علي خُطار، ٢٠١١، موسوعة القضاء الإداري دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- عبد الوهاب، محمد رفعت، ٢٠٠٢، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الحلبي الحقوقية، بيروت.
- نواف كنعان، ٢٠٠٧، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- كنعان، نواف، ١٩٩٩، القضاء الإداري الأردني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- ليلو، مازن، ٢٠٠٨، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك.
- محارب، علي جمعه، ٢٠٠٤م، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، ط١، الإصدار الأول، دار الثقافة، عمان.
- محجوب، ثروت، ١٩٩٤، التحقيق الإداري ودور النيابة الإدارية فيه، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس.

المراجع الأجنبية:

- A, plantey, Driot et pratique de la fonction Publique internationale, paris, 1977.

- Bernard, Schwartz, French Administrative Law and the common law word, the book exchange LTD, New jersey, 2006, P 1019.
- "Public sector pension and the challenge of ageing public service" OECD working paper on public Governance 2007/2, P.13.
- Waline, Traite de droit administrative, paris. 1962

التشريعات:

- الدستور الأردني، ١٩٥٢.
- قانون التقاعد المدني رقم (٣٤) لسنة ١٩٥٩، وتعديلاته.
- قانون الضمان الاجتماعي المؤقت رقم (٧) لسنة ٢٠١٠.
- قانون العقوبات الأردني، رقم (١٦)، لسنة ١٩٦٠، وتعديلاته.
- قانون محكمة العدل العليا، رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.
- نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧ وتعديلاته.
- نظام الخدمة المدنية السابق، رقم (٥٥)، لسنة ٢٠٠٢.
- القانون الفرنسي المتعلق بالوظيفة العامة في الدولة، رقم (٨٤) لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.
- قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة، رقم (٤٧)، لسنة ١٩٧٨، وتعديلاته.

سلطة النيابة العامة في الفصل في النزاعات خارج المحكمة: بين العدالة والفعالية (حفظ الدعوى الجزائية في النظام القانوني الألماني نموذجاً)

الدكتور/ مصطفى حسين عبد الباقي
كلية الحقوق والإدارة العامة
جامعة بيرزيت - فلسطين

ملخص:

تعاني مؤسسات العدالة الجزائية الرسمية عبر العالم من الاختناق القضائي، لذلك، يتجه المشرع نحو إيجاد وسائل بديلة (غير تقليدية) للبت في النزاعات من خلال ما يطلق عليه "العدالة التصالحية أو الرضائية" (Restorative Justice). وعادة ما تقوم النيابة العامة بالدور الأكبر في هذه الإجراءات بموافقة المحكمة، من خلال حفظ الدعوى. فإضافة إلى الوظيفتين الرئيسيتين التقليديتين للنيابة العامة، وهما الاتهام والتحقيق، فإن بعض الأنظمة القانونية في أوروبا خوّلت النيابة العامة القيام بمهام قضائية تتعلق بالفصل في الدعوى الجزائية في مرحلة ما قبل المحاكمة، بإرادة كاملة من قبل المتهم، وبموافقة المحكمة. هذه المقاربة تشبه إلى حد ما المساومة القضائية (Plea Bargaining).

فوفقاً لقانون الإجراءات الجزائية الألماني فإن الجرائم غير الخطيرة يمكن حفظها من قبل النيابة العامة، عندما تكون المسؤولية الجزائية للمتهم هامشية أو تافهة، وعندما يكون اهتمام المجتمع بمتابعة الدعوى الجزائية ضعيفاً، كما أن قانون الأحداث الألماني يحض النيابة العامة على بذل الجهد لحفظ الدعوى الجزائية المتعلقة بالحدث؛ منعاً لوصمه بالإجرام، كما يتم حفظ الدعوى الجزائية عندما تكون متعلقة بجرائم وقعت في الخارج، وكذلك يتم حفظ الدعوى الجزائية استناداً إلى ضرورات سياسية لألمانيا، ويتم ذلك أيضاً في حال تسليم المشتبه فيه إلى دولة أخرى.

١ - المقدمة:

١-١- الوظائف الرئيسية التقليدية للنيابة العامة.

١-٢- الوظيفة القضائية للنيابة العامة.

١-٣- الوسائل الإجرائية البديلة للفصل في الدعوى الجزائية.

٢ - أسباب حفظ الدعوى الجزائية:

٢-١- حفظ الدعوى الجزائية لعدم الأهمية (دون شروط).

- ٢-٢ - حفظ الدعوى الجزائية لعدم الأهمية (بشروط).
- ٣-٣ - حفظ الدعوى الجزائية في قضاء الأحداث.
- ٢-٤ - حفظ الدعوى الجزائية تأسيساً على الإعفاء من العقوبة، وفقاً للقانون الموضوعي (العقوبات).
- ٢-٥ - حفظ الدعوى الجزائية عندما تكون متعلقة بجرائم وقعت في الخارج.
- ٢-٦ - حفظ الدعوى الجزائية استناداً إلى ضرورات سياسية لألمانيا.
- ٢-٧ - حفظ الدعوى الجزائية في الجرائم التافهة مقارنة مع الجرائم المتلازمة معها.
- ٢-٨ - حفظ الدعوى الجزائية في حال تسليم المشتبه فيه إلى دولة أخرى.
- ٢-٩ - فرص أخرى لحفظ الدعوى الجزائية.
- ٣ - الرقابة على سلطة النيابة العامة التقديرية في حفظ الدعوى الجزائية.
- ٤ - واقع حفظ الدعوى الجزائية في ألمانيا بالأرقام.
- ٥ - الانتقادات الموجهة لحفظ الدعوى الجزائية.
- ٦ - الخاتمة.

١ - المقدمة:

تعاني العدالة الجزائرية التقليدية في معظم دول العالم مشاكل عديدة، سواء على مستوى التشريع أو التطبيق، فهناك أزمة حقيقية في نصوص التجريم والعقاب، كما أن الأزمة تطال أيضاً وسيلة حل النزاع التقليدية وهي الدعوى الجزائية. إن من أهم المشاكل التي تعاني منها مؤسسات العدالة الجزائرية الرسمية هي الاختناق القضائي. فقد أصبح تراكم الكم الهائل من القضايا غير المنجزة في المحاكم مشكلة تؤرق صانع القرار في كافة دول العالم؛ كون ذلك يؤدي إلى البطء في حسم النزاعات، وهذا يعتبر بدوره مخالفة دستورية وقانونية في العديد من التشريعات المحلية والدولية^(١). طبعاً هناك تفاوت بين دولة وأخرى في حجم المشكلة حيث يؤثر فيها عوامل مختلفة، منها على سبيل المثال حجم الجريمة وفعالية أجهزة العدالة الجزائرية في مكافحتها، وبالتالي تختلف السياسات المتبعة لمواجهتها. وعليه، فإن كافة النظم القضائية في العالم ترنو إلى تسريع البت في النزاعات بوسائل متعددة، منها زيادة عدد القضاة، إلا أن هذه الوسيلة ليست الحل الشافي، إذ أنه حتى لو تم تعيين عدد كبير من القضاة فإن المشكلة سوف لا تحل نهائياً، ناهيك عن كلفة هذه الوسيلة، إضافة إلى أنها بحاجة إلى موارد بشرية مؤهلة ومدربة، وهذا يحتاج إلى وقت وجهد كبيرين.

لذلك، هناك توجه عام على مستوى العالم نحو إيجاد وسائل غير تقليدية للبت في النزاعات. فالمشرع في هذه الدولة أو تلك ينحى عادة أحد منحنيين: الأول موضوعي يتمثل في سياسة الحد من التجريم Decriminalization (خاصة عندما لا يكون هناك مجني عليه مباشر ولا يكون هناك مصلحة عامة لملاحقة الفعل) و/أو

(١) تنص المادة ٣/١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ على أن: "لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: (أ) أن يتم إعلامه سريعاً وبالتفصيل، وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها... (ج) أن يحاكم دون تأخير لا مبرر له...". كما تنص المادة ٣/٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن: "كل شخص مقبوض عليه أو مسجون حسب الشروط التي حددت في البند (ج) من الفقرة (١) من هذه المادة، يقدم فوراً أمام القاضي أو عضو من الهيئة القضائية يخوله القانون بممارسة وظائف قضائية، ويحق لهذا الشخص أن يحاكم في فترة معقولة أو أن يفرج عنه في أثناء سير الإجراءات القضائية، ويجوز إخضاع إطلاق سراحه بضمان يكفل مثوله أمام المحكمة". فيما تنص المادة (٣٠) من القانون الأساسي الفلسطيني (المعدل) لسنة ٢٠٠٣ على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا".

الحد من العقاب^(٢) Depenalization؛ والآخر إجرائي يتمثل في إيجاد وسائل بديلة لحل النزاعات خارج المحكمة، وعادة ما تقوم النيابة العامة بالدور الأكبر في هذه الإجراءات^(٣)، وإن كانت بعض هذه الإجراءات تتم بموافقة المحكمة. هذه الوسائل البديلة تتعارض في جوانب منها مع المبادئ الدستورية المحلية والمواثيق والمعاهدات الدولية، من قبيل مبدأ "لا عقاب دون محاكمة قانونية"^(٤)؛ ومبدأ "عدم جواز الجمع بين سلطتي الاتهام والحكم"، أي لا يجوز لسلطة الاتهام أن تقوم أو تشارك في الحكم، كما لا يجوز لسلطة الحكم أن تمارس الاتهام^(٥). إلا أنه يرد على هذين المبدئين بعض الاستثناءات، إذ يسمح لسلطة الاتهام أن تفصل في النزاع دون إحالة الدعوى إلى المحكمة في بعض الحالات ووفقاً لشروط محددة، مثل عرض التصالح والأوامر الجزائية في الجرائم قليلة الأهمية؛ كما يجوز للمحكمة أن تقوم بتوجيه الاتهام لمن يقترب جرائم معينة في ظروف معينة، مثل جرائم الجلسات^(٦)، وتحاكمه في الحال.

(٢) Albrecht, Hans-J?rg; Settlement out of Court: A Comparative Study of European Criminal Justice Systems; South African Law Commission and Max-Planck-Gesellschaft, GTZ German Technical Co-Operation, 1997.

(٣) تعتبر النيابة العامة في ألمانيا مستقلة عن كل من القضاء والسلطة التنفيذية، إلا أن لوزارة العدل دوراً في رسم بعض سياسات النيابة العامة، مثل سياسة الفصل في النزاعات خارج المحكمة من قبل النيابة العامة في الجرائم قليلة الأهمية (Vergehen)، كما هو الحال في جرائم سرقة الزبائن لسلع بسيطة من المحلات التجارية التي يرتادونها (Shoplifting).

(٤) تنص المادة ١٥ من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣ على أن: "العقوبة شخصية..ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون".

(٥) تنص المادة ١٥٩ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ على أن: "يمنع القاضي من الاشتراك في نظر الدعوى إذا... أو إذا كان قد قام في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي، أو بوظيفة النيابة العامة، أو المدافع عن أحد الخصوم، أو أدى فيها شهادة، أو باشر فيها عملاً من أعمال الخبرة. ويمتنع كذلك من الاشتراك في الحكم إذا كان قد قام في الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة أو أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه". وهي تقابل المادة ٢٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٦) تنص المادة ١٩٠ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، وهي تقابل المادة ٢٤٤/١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، على أن: "١- إذا وقعت جنة أو مخالفة في الجلسة من قبل شخص ما، وكان من اختصاص المحكمة النظر في هذه الجريمة، يجوز للمحكمة أن تحاكمه في الحال، وتحكم عليه بعد سماع أقوال ممثل النيابة العامة ودفاع ذلك الشخص، بالعقوبة المقررة قانوناً، ويخضع حكمها لطرق الطعن التي تخضع لها سائر الأحكام الصادرة عنها. ٢- إذا كانت الجريمة تخرج عن اختصاص المحكمة، نظمت محضراً بالواقعة، وأحالت المتهم موقوفاً إلى النيابة العامة لملاحقته. ٣- لا تتوقف محاكمة المتهم في هذه الحالة على شكوى أو طلب أو ادعاء مدني إذا كانت الجريمة من الجرائم التي يشترط القانون فيها ذلك لرفع الدعوى عنها"

إن الوسائل البديلة لحل المنازعات، أو بدائل الدعوى الجزائية هي وسائل يتم تبنيها حديثاً في معظم دول العالم لضرورات عملية تتعلق بفعالية أداء أجهزة العدالة، فهي تتسم بقلّة التكاليف والسرعة في إدارة النزاع، إضافة إلى ذلك فهي تأخذ بعين الاعتبار آراء ومصالح كافة أطراف النزاع بما فيهم الضحية الذي أهملته الدعوى الجزائية التقليدية كثيراً، لذلك يطلق على هذه الوسائل البديلة "العدالة التصالحية أو الرضائية" (Restorative Justice)^(٧).

سنتناول في هذا البحث إحدى الوسائل البديلة لحل النزاعات خارج المحكمة، وهي حفظ الدعوى الجزائية. ونفرّق هنا بين حفظ الدعوى الجزائية لعدم وجود أو عدم كفاية أدلة الإثبات التي تنسب التهمة إلى المتهم، وبين حفظها لعدم رغبة النيابة العامة في متابعة السير في إجراءات الدعوى وفقاً لأوضاع معينة نص عليها القانون. إن حفظ الدعوى وفقاً للمفهوم الثاني، باعتباره أحد الوسائل البديلة لحل النزاعات، سيكون مدار بحثنا هذا، إلا أننا نمهد لذلك بتناول وظائف النيابة العامة التقليدية، ثم الوظيفة القضائية للنسبة العامة، كما نتناول الوسائل الإجرائية البديلة للفصل في الدعوى الجزائية على وجه العموم، حيث يعتبر حفظ الدعوى أحد أهم هذه الوسائل. إن أسباب حفظ الدعوى الجزائية عديدة، نتناولها بشيء من الإيجاز الذي يقتضيه محدودية نطاق هذا البحث. ولاستكمال أغراض البحث كان لزاماً علينا بيان أوجه الرقابة على سلطة النيابة العامة التقديرية في حفظ الدعوى الجزائية. ثم نشير إلى واقع حفظ الدعوى الجزائية في ألمانيا بالأرقام، وأوجه النقد التي وجهت إلى هذا النظام البراغماتي. ونختتم هذا البحث بتلخيص لأهم النتائج.

١-١- الوظائف الرئيسية التقليدية للنسبة العامة:

للنيابة العامة وظيفة أساسية هي الاتهام، حيث تمثل دور المدعي في الدعوى العمومية باسم المجتمع، إلا أن هناك الكثير من الدول أضافت لها وظيفة أساسية أخرى هي التحقيق، بعد إلغاء منصب قاضي التحقيق فيها^(٨). أي أن النيابة العامة في

(٧) Rohne, Holger-C; Cultural Aspects of Conflict Resolution-Comparing Sulha and Western Mediation; in: Albrecht, Hans Jrg (et al.) (ed.); Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies-Between Tradition and Modernity; Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg, Duncker & Humblot, Berlin 2006; pp. (187-214).

(٨) مصطفى، محمود محمود؛ شرح قانون الإجراءات الجزائية؛ الطبعة العاشرة ١٩٧٠؛ دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٤ وما بعدها. وانظر أيضاً: حومد، عبد الوهاب؛ أصول المحاكمات الجزائية؛ الطبعة الرابعة ١٩٨٧؛ المطبعة الجديدة، دمشق، ص ١٤٩ وما بعدها.

أية دولة، من ناحية الوظائف الرئيسية التي تمارسها، هي أحد نوعين: نيابة عامة تمارس وظيفة الاتهام فيما يقوم بالتحقيق قاض يدعى قاضي التحقيق، كما هو الحال في فرنسا، لبنان والمغرب؛ ونيابة عامة تمارس وظيفتي الاتهام والتحقيق، كما هو الحال في ألمانيا، الأردن وفلسطين.

إن هذا التقسيم ليس مطبقاً بصرامة، ففي النوع الأول فإن أعضاء النيابة يقومون أحياناً بالتحقيق جنباً إلى جنب مع قاضي التحقيق، وفقاً لمقتضيات وشروط محددة؛ ومن ناحية أخرى يوجد في بعض الدول التي تنتمي للنوع الثاني، مثل مصر^(٩) وألمانيا^(١٠)، قاضي تحقيق لكن يقوم بالتحقيق في بعض الجرائم الهامة والخطيرة فقط وبتكليف من النيابة العامة، فيما تقوم النيابة العامة بالتحقيق في بقية الجرائم^(١١). وفي العموم، فإنه بعد انتهاء التحقيق الابتدائي تقوم النيابة العامة بتقدير الموقف من خلال وزن الأدلة التي تم جمعها^(١٢)، فإذا تبين أن الأدلة ترجح نسبة الجريمة إلى المتهم يكون تصرفها في ملف الدعوى متمثلاً بإصدار قرار الاتهام وإحالة ملف الدعوى إلى المحكمة المختصة^(١٣). أما إذا تبين أن الأدلة المتحصلة لا تكفي لنسبة الجريمة للمشتبه فيه، أو عندما توجد عراقيل إجرائية جدية، تقرر حفظ ملف الدعوى^(١٤).

(٩) Nasr, Hesham (et al.); Criminal Justice and Prosecution in the Arab World; United Nations Development Program (UNDP) 2004, p. 4.

(١٠) تتكون النيابة العامة الألمانية من نظامين: فدرالي ومحلي. حيث تختص النيابة العامة الفدرالية (Generalbundesanwaltschaft) بملاحقة الجرائم التي تعد من اختصاص نظام العدالة الفدرالي، فيما تختص النيابة العامة المحلية (Staatsanwaltschaft) بملاحقة الجرائم التي تعد من اختصاص أنظمة العدالة لكل من الولايات الستة عشر، وهناك فصل تام بين النظامين، وهذا يعني أنه لا يوجد سلطة للنيابة العامة الفدرالية على النيابة العامة للولايات، فالأخيرة مستقلة عن الأولى ولها اختصاصات عامة في الولاية التي تتبعها، بينما يعد اختصاص النيابة العامة الفدرالية اختصاصاً نوعياً في الجرائم التي يحددها لها القانون، وهي عادة الجرائم التي تقع ضد مصالح الدولة الاتحادية بشكل مباشر، تجدر الإشارة إلى أنه يوجد قانون واحد للإجراءات الجزائية تخضع له كل من النيابة العامة الفدرالية والنيابات العامة المحلية، وأيضاً يوجد قانون عقوبات واحد وموحد للدولة الفدرالية ولكل من الولايات المكونة لألمانيا.

(١١) انظر: المادة ١٦٩ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

(١٢) Kleinknecht/ Meyer-Grossner, Strafprozessordnung, Kommentar, 44th edition 1999, art. 170 comment 1.

(١٣) المادة ١٧٠/١ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

(١٤) هذا التصرف يطلق عليه حفظ الدعوى (وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني) أو منع المحاكمة (وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني) أو لا وجه لإقامة الدعوى (وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية المصري).

١-٢- الوظيفة القضائية للنياابة العامة:

إضافة إلى الوظيفتين الرئيسيتين السابقتين، فإن بعض الأنظمة القانونية في أوروبا خولت النياابة العامة القيام بمهام قضائية تتعلق بالفصل في الدعوى الجزائية في مرحلة ما قبل المحاكمة، بإرادة كاملة من قبل المتهم^(١٥). هذه المقاربة تشبه إلى حد ما المساومة القضائية^(١٦) (Plea Bargaining) المعروفة على نطاق واسع في النظام الانجلوأمريكي. إن دور القاضي في مثل هذه التسوية ينحصر في النطق بالحكم، وفقاً للعقوبة المتفق عليها بين النياابة العامة والمتهم أو وكيله، دون محاكمة.

وفي نظم قضائية أخرى تتسع صلاحيات النياابة العامة القضائية، فتسير بالدعوى الجزائية دون أدنى دور للمحكمة، إذ تدير النياابة العامة الدعوى الجزائية بأكملها. فالنياابة العامة يمكنها مثلاً اقتراح الأمر الجزائي، فيما يترتب على المتهم، وفقاً لذلك، دفع مبلغ معين إلى خزينة الدولة ليتجنب محاكمته. إن نطاق الجرائم التي يمكن أن يغطيها هذا الأمر الجزائي تختلف من نظام قانوني لآخر، فبعض الدول تقصرها على الجرائم التافهة، فيما يتسع نطاقه في دول أخرى ليشمل الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس حتى خمس سنوات مثلاً، كما هو الحال في بلجيكا، بل قد يصل إلى الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس حتى ست سنوات، كما هو الحال في هولندا^(١٧). من ناحية أخرى، تستطيع النياابة العامة أن تقترح حفظ الدعوى الجزائية بشروط، هذه الشروط تتراوح من نظام قانوني لآخر، القيد العام عادة ما يكون تعهد المتهم بعدم اقتراف أية جريمة أخرى ضمن فترة محددة هي فترة وضعه تحت المراقبة، كما أن شروطاً خاصة أخرى يمكن أن تقترح مثل التعويض على الضحية بسبب الضرر الذي لحق به جراء الجريمة، أو تغيير سلوك المتهم، وفي بعض الدول، مثل النمسا والبرتغال، فإن مثل هذه الإمكانيات محصورة في بعض الجرائم مثل تعاطي المخدرات^(١٨). ومن الجدير ذكره في هذا السياق، أن المبادئ التوجيهية بشأن دور

(١٥) Tak, Peter; East Meets West: Aspects of Prosecution in Countries in Transition; European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice; Volume 7, Issue 4, 1999, p. 428.

(١٦) يطلق عليها البعض بالعربية "مفاوضة الاعتراف". انظر: د. أحمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة: دراسة مقارنة - رسالة دكتوراة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٠٧ وما بعدها.

(١٧) Tak, Peter; Ibid, pp.428.

(١٨) Tak, Peter; Ibid, pp.429.

أعضاء النيابة العامة الصادرة عن الأمم المتحدة قد حثت على تبني بدائل الملاحقة القانونية في القوانين الداخلية^(١٩).

١-٣- الوسائل الإجرائية البديلة للفصل في الدعوى الجزائية:

تحريك الدعوى الجزائية هو بدء تسييرها، أو هو أول إجراءات استعمالها أمام جهات التحقيق، أو الحكم^(٢٠). وتحريك الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة^(٢١) يحكمه قانونياً مبدآن:

الأول - مبدأ القانونية^(٢٢) (Legality Principle/Principle of Mandatory Prosecution): والذي يعني التزام النيابة العامة بتحريك ومباشرة الدعوى الجزائية^(٢٣) في كافة الجرائم، حيث لا يجوز للنيابة العامة وقف الدعوى الجزائية أو التنازل عنها أو تركها أو تعطيل سيرها أو التصالح عليها إلا في الحالات التي نص عليها القانون^(٢٤) أي وبعبارة أخرى، أن كل جريمة يجب أن يتم التحقيق فيها، وأنه

(١٩) حيث نصت على ما يلي: ١٨. "يولي أعضاء النيابة العامة، وفقاً للقانون الوطني، الاعتبار الواجب لإمكان صرف النظر عن الملاحقة القضائية ووقف الدعاوى، بشروط أو بدون شروط، وتحويل القضايا الجنائية عن نظام القضاء الرسمي، وذلك مع الاحترام الكامل لحقوق المشتبه فيهم والضحايا. ولهذا الغرض، ينبغي أن تستكشف الدول، بشكل تام، إمكان اعتماد خطط للاستعاضة عن الملاحقة القانونية، ليس فقط لتخفيف الأعباء المفرطة عن كاهل المحاكم، بل كذلك لتجنب الأشخاص المعنيين وصمة الاحتجاز السابق للمحاكمة والاتهام والإدانة، وكذلك الآثار الضارة للسجن".

(٢٠) مصطفى، محمود محمود، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢١) النيابة العامة هي الجهة المختصة أساساً بتحريك الدعوى الجزائية، إلا أن هناك جهات أخرى خولها القانون سلطة تحريك الدعوى الجزائية في بعض الحالات مثل القضاء والذي يختص بذلك استثناء في جرائم الجلسات.

(٢٢) يطلق البعض عليه أو يترجمه من اللغات التي يستخدم بها باعتباره مبدأً شرعية، انظر أمين، محمد صالح؛ المرجع السابق، ص ٦٨٢. وهذا من وجهة نظري غير صحيح، فمبدأ الشرعية يعني لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني.

(٢٣) مباشرة الدعوى الجزائية أو استعمالها يعني القيام بكافة الأعمال اللازمة للوصول إلى الحكم بمعاقبة الفاعل، مثل قيام النيابة العامة بإبداء الطلبات والمرافعة أمام المحكمة والطعن في حكمها بالاستئناف والنقض. انظر: مصطفى، محمود محمود؛ المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢٤) تنص المادة ١ من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، وهي تقابل المادة ١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري والمادة ٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمادة ١٥٢ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني، على أن: "تختص النيابة العامة دون غيرها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها، ولا تقام من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز وقف الدعوى أو التنازل عنها أو تركها أو تعطيل سيرها أو التصالح عليها إلا في الحالات الواردة في القانون".

يجب توجيه اتهام لكل مشتبه فيه توجد بحقه أدلة كافية لنسبة الجريمة إليه. بموجب هذا المبدأ تقوم النيابة العامة عادة بالتحقيق في الجرائم والبحث عن المجرمين وإحالتهم إلى المحاكم المختصة لمحاكمتهم إذا توافر لديها أدلة كافية على نسبة الجرائم إليهم، هذا المبدأ لا يحفل، مبدئياً، بدرجة خطورة الجريمة أو مقدار الضرر الناشئ عنها، فالنيابة العامة ملزمة بالتحقيق مبدئياً في كافة الجرائم، مخالفة كانت أو جنحة أو جناية، ومن ثم مباشرة الدعوى الجزائية، حيث تستوفي الدولة حقها في العقاب تطبيقاً لمبدأ "عدم جواز العقاب دون دعوى جزائية" (٢٥).

الثاني - مبدأ المواءمة (Expediency Principle) والذي يعني تمتع النيابة العامة بالسلطة التقديرية لتحريك الدعوى الجزائية من عدمه، وهذه السلطة يتم إعمالها عادة لحفظ الدعوى الجزائية في الجرائم الأقل جسامة، أو تبني وسائل إجرائية بديلة أخرى للفصل في الدعاوى الجزائية (٢٦). إن الدول التي تعتبر نظمها القضائية براغماتية تتبنى غالباً مبدأ المواءمة. إن هذا لا يعني عدم وجود دول ذات نظم قضائية براغماتية تتبنى مبدأ القانونية إلا أنها تكثر من الاستثناءات عليه، مثل ألمانيا (٢٧).

إن حسن السياسة التشريعية الجنائية تقتضي أن يؤخذ بعين الاعتبار عند إعمال النيابة العامة لسلطتها في تحريك الدعوى الجزائية تأثير إجراءات الدعوى وتأثير

(٢٥) انظر: المادة ١٥٢ فقرة ٢ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

(٢٦) لقد أوصى مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في فيينا سنة ٢٠٠٠ بتبني النظم البديلة للدعوى الجزائية. انظر: توصيات المؤتمر، وبالأخص التوصيتين ٢٦ و ٢٧، من خلال الرابط التالي:

<http://www.arabhumanrights.org/publications/declarations/vienna-crime-declaration2000a.pdf>

حيث تنص التوصية رقم ٢٦ على أن: "نقرر أن نستحدث، عند الاقتضاء، خطط عمل وطنية وإقليمية ودولية لدعم سبل مكافحة الجريمة، كآليات الوساطة والعدالة التصالحية، ونقرر أن يكون عام ٢٠٠٢ هو الموعد المستهدف لكي تراجع فيه الدول ممارستها في هذا الشأن، وتواصل تطوير خدمات دعم الضحايا وتنظيم حملات توعية بحقوق الضحايا، وتنتظر في إنشاء صناديق لصالح الضحايا، إضافة إلى وضع وتنفيذ سياسات لحماية الشهود". فيما تنص التوصية رقم ٢٧ على أن: "نشجع على صوغ سياسات وإجراءات وبرامج للعدالة التصالحية تحترم حقوق الإنسان واحتياجات ومصالح الضحايا والجناة والمجتمعات المحلية وسائر الأطراف الأخرى". (٢٧) لقد تبني المشرع الألماني مبدأ المواءمة على سبيل الاستثناء وفق شروط ومعايير محددة، حيث بدأ الخروج على مبدأ القانونية بإدخال الفقرة ٥ للمادة ١٥٢ من قانون الإجراءات الجزائية.

العقوبة على المتهم. إن الانتقام من المجرم، وفقاً للفلسفة القديمة للعقاب، لم يعد هو المحرك لسلطات الدولة في معالجة مشكلة الإجرام، إنما إعادة تأهيل المجرم لينخرط من جديد في المجتمع، ومنعه من العودة لطريق الإجرام هو هدف نظريات علم الإجرام والعقاب الحديثة، وقد تأكد بعد دراسات أمبيريقية عديدة الأثر السلبي للعقوبات السالبة للحرية على المحكومين بأحكام بسيطة نتيجة لاختلاطهم بعتاة المجرمين و/أو انكسار الحاجز النفسي بينهم وبين دخول السجن^(٢٨).

لذلك وجدت أنظمة بديلة لملاحقة المتهمين بعضها رسمي والآخر غير رسمي. فغير الرسمي هو ما يتم بمعرفة أشخاص أو جهات غير رسمية من خارج نظام العدالة الجزائية، وهو ما يطلق عليه البعض "خصخصة الدعوى الجزائية"^(٢٩) ومنها وسائل إجرائية رسمية تتم بمعرفة النيابة العامة مثل: حفظ الدعوى الجزائية (non-prosecution /dispense with prosecution)؛ المساومة القضائية plea bargaining؛ الأمر الجزائي penal order، التصالح بين الجاني والضحية victim offender reconciliation. كما وجدت بدائل للعقوبة السالبة للحرية منها: وقف تنفيذ العقوبة؛ إبدال العقوبة السالبة للحرية بالغرامة؛ والعمل التطوعي خارج أسوار السجن. إلا أن بدائل العقوبة، وإن كانت تجنب المدان إيداعه المؤسسات العقابية، فإن تعريضه للاتهام والتحقيق معه ومحاكمته هي إجراءات قد يكون لها نتائج نفسية سلبية كتشويه السمعة والوصم بالإجرام، وخاصة فيما يتعلق بالأحداث وأولئك الذين يرتكبون الجريمة لأول مرة؛ لذلك يرى أغلبية الفقه الحديث وجهة تبني الوسائل البديلة للدعوى الجزائية على بدائل العقوبة، ووجهة تبني نظام حفظ الدعوى الجزائية على ما سواه من الأنظمة البديلة للملاحقة^(٣٠).

إن مفهوم فض المنازعات الجزائية بطرق إجرائية بديلة، أو إخراج المتهم من نظام العدالة الجزائية التقليدي، قد تم تبنيه لأول مرة في الولايات المتحدة في ستينيات القرن الماضي، ومن ثم انتقل إلى نظم قانونية أخرى^(٣١). هذه الوسائل لم تكن حديثة بالمفهوم المطلق للكلمة، إذ عرف قضاء الأحداث في نظم قانونية عديدة

Abdelbaqi, Mustafa; Ibid; p. 187.

(٢٨)

(٢٩) براك، أحمد، المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها.

(٣٠) أمين، محمد صالح؛ المرجع السابق؛ ص ٦٨١ وما بعدها.

(٣١) Herrmann, Joachim, "Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland", in: ZStW 96 (1984), p. 455.

مثل هذه الوسائل^(٣٢). إلا أنها تتفق في الغرض وهو التعامل مع المتهم بوسائل أكثر فعالية تساعد على إعادة تأهيله، من ناحية؛ وتخفف من عبء القضاء وتفض المنازعات بطرق أسرع وتكاليف أقل، من الناحية الأخرى.

سوف نتناول فيما يلي حفظ الدعوى الجزائية، وهي إحدى الوسائل البديلة التي تقوم فيها النيابة العامة بدور محوري لحل النزاعات خارج المحكمة في النظام القضائي الألماني، مقارنة مع غيره من النظم القضائية.

٢ - أسباب حفظ الدعوى الجزائية:

حفظ الدعوى الجزائية هو القرار الذي يتخذه عضو النيابة العامة موضحاً فيه أنه لا يرغب في توجيه الاتهام أو الاستمرار فيه، هذا القرار يستطيع عضو النيابة العامة أن يتخذه في مرحلة ما قبل المحاكمة، أما إذا وضعت المحكمة يدها على الدعوى الجزائية فلا يجوز للنيابة العامة أن توقف الإجراءات أو تطلب ذلك.

تتمتع النيابة العامة بسلطات واسعة في حفظ الدعوى الجزائية في النظم القانونية التي تتبنى مبدأ المواءمة، إلا أن هامش السلطة التقديرية الممنوحة للنيابة العامة في حفظ الدعوى الجزائية تختلف باختلاف درجة تبني الدولة لهذا المبدأ. من جهة أخرى، فإن الدول التي تتبنى مبدأ القانونية قد تتمتع فيها النيابة العامة أيضاً بمثل هذه السلطة، لكن على سبيل الاستثناء، فعلى الرغم من أن المشرع الألماني قد تبنى مبدأ القانونية، إلا أن لهذا المبدأ العديد من الاستثناءات، إذ تتمتع النيابة العامة بقدر كبير من السلطة التقديرية لحفظ الدعوى الجزائية المتعلقة بجرائم غير جسيمة، وفقاً لمحددات نصت عليها القوانين. وفي هذه الحالة، فإن موافقة المحكمة ضرورية عندما تقوم النيابة العامة بحفظ الدعوى في مرحلة ما قبل المحاكمة^(٣٣)^(٣٤). وفي

(٣٢) Richter, Thomas and Marc Dernauer, "Historical Development of Non-Prosecution Policies in Germany", in: Hans-Joerg Albrecht and Chen Guangzhong (eds.), Non-Prosecution Policies, Max-Planck Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2002.

(٣٣) Kilchling, Michael; Non-Prosecution Policies and (Judicial) Control, in: Hans-Joerg Albrecht and Chen Guangzhong (eds.), Non-Prosecution Policies, Max-Planck Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2002, p. 180.

(٣٤) الحالات التي ينبغي فيها موافقة المحكمة على قرار النيابة بحفظ الدعوى في القانون المصري هي كالاتي: الجنب التي يكون فيها خطأ الجاني بسيطاً، أو أنها في حد ذاتها قليلة التأثير، وفي القضايا التي يجوز فيها الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، وكذلك الحال في الجرائم التي تقع خارج الحدود، وفي جرائم أمن الدولة أو الخيانة العظمى إذا أثبت الجاني بصورة =

الواقع فإن أعداداً متزايدة من الدول تمنح النيابة العامة فيها سلطات تقديرية أكبر لحفظ الدعاوى الجزائية للجرائم قليلة الأهمية، سواء أكانت نظمها القانونية تتبنى مبدأ المواءمة أم مبدأ القانونية. ونتناول فيما يلي الحالات الآتية لحفظ الدعاوى الجزائية في ألمانيا:

٢ - ١ - حفظ الدعاوى الجزائية لعدم الأهمية (دون شروط):

في مطلع ستينيات القرن الماضي تم إضافة المادة (١٥٣)^(٣٥) إلى قانون الإجراءات الجزائية الألماني (StPO) "Strafprozessordnung" والتي تنفيذ بأن الجرائم غير الخطيرة يمكن حفظها من قبل النيابة العامة وفقاً للقيود الآتية: أن تكون المسؤولية الجزائية للمتهم هامشية أو تافهة؛ وأن يكون اهتمام المجتمع بمتابعة الدعاوى الجزائية ضعيفاً؛ ولا بد من موافقة المحكمة المختصة بنظر النزاع على ذلك^(٣٦). وبعبارة أخرى فإن القانون الألماني يشترط لحفظ الدعاوى الجزائية من قبل النيابة العامة توافر نوعين من القيود:

أولاً - قيود موضوعية: وهي التي تتعلق بخطورة الجريمة ونتائجها المتمثلة في شدة الضرر الذي يلحق بالمجني عليه. إن تطبيق هذه المادة في ألمانيا يقتصر على الجرائم الأقل خطورة وهي من نوع الجرح (Vergehen) وليس من نوع الجناية

= ملموسة ندمه على ما اقترفه، كما في حالة ما إذا أخبر عما لديه من معلومات عن الجرائم التي تعرض أمن الدولة وكيانها للخطر (مادة ١٥٣ وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائية المصري). انظر أمين، محمد صالح؛ المرجع السابق، هامش ١ ص ٧٤٣.

(٣٥) تنص المادة ١٥٣ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني على أن: "١- إذا كان موضوع الدعاوى الجزائية جنحة، يجوز للنسبة العامة حفظ الدعاوى بموافقة المحكمة المختصة إذا كانت التهمة المنسوبة للمتهم من النوع البسيط، ولم يكن هناك مصلحة للنسبة العامة في الاستمرار في الإجراءات. ولا يعود شرط موافقة المحكمة مطلوباً إذا كانت عقوبة الجنحة المتوقع فرضها لا تتجاوز الحد الأدنى، وعندما تكون آثار الجريمة تافهة". ٢- إذا تم توجيه الاتهام بالفعل، فإنه يجوز للمحكمة، بموافقة كل من النيابة العامة والمتهم إنهاء الإجراءات في أية مرحلة كانت عليها الدعاوى الجزائية، وفقاً للشروط المنصوص عليها في الفقرة (١) أعلاه. إن موافقة المتهم لم تعد مطلوبة إذا لم يكن بالإمكان عقد جلسات المحاكمة للأسباب التي نصت عليها المادة ٢٠٥، أو إذا كانت تتم في غيبة المتهم وفقاً للحالات المنصوص عليها في المواد ٢٣١/٢ و ٢٣٢ و ٢٣٣. القرار غير قابل للطعن.

(ملاحظة: الترجمة لهذه المادة من الألمانية إلى العربية جهد شخصي من الباحث وليست ترجمة رسمية).

(٣٦) هذا الشرط يصبح غير ذي صلة إذا كانت الجريمة غير جسيمة، وعندما تكون نتائجها ذات تأثير قليل.

(Verbrechen)^(٣٧). لقد أجريت دراسة، بهدف تحديد أنواع الجرائم التي يتم إسقاطها دون شروط، خرجت بنتيجة أن السرقات البسيطة التي تتم من المحلات التجارية (Shoplifting)، والتي تتراوح قيمتها بين ٣٠ إلى ١٥٠ يورو، هي أكثر الجرائم التي تحفظها النيابة العامة الألمانية^(٣٨).

ثانياً - قيود شخصية: وهي التي تشير إلى درجة مسؤولية المتهم، مثل إرادة ارتكاب الجريمة و/أو درجة الإهمال^(٣٩). وبطبيعة الحال فإن السجل العدلي (السوابق الجرمية) للمتهم يعطي إشارة إلى النية الجرمية ويمكن أن يعد معياراً يحول دون حفظ الدعوى. كذلك فإن حالة المتهم العقلية ودرجة خرقه للواجبات وطريقة ارتكاب الجريمة وظروفه الشخصية والمالية وتصرفه بعد ارتكاب الجريمة، مثل سعيه للتعويض على المجني عليه والتصالح معه تعد عوامل معتبرة في هذا السياق^(٤٠).

إن هذا التوجه ليس مقتصرًا على التشريع والفقه الألماني، فجزء من الفقه المصري أيضاً يسير في هذا الاتجاه، إذ يقترح البعض^(٤١) تحويل رئيس النيابة العامة في كل محكمة استئنافية صلاحية حفظ الدعوى لعدم الأهمية في أحوال صغر سن المتهم، وكذلك في الجرائم البسيطة القليلة الأهمية، أو تلك التي لا تمس النظام والصالح العام في شيء، أو إذا كانت جريمة المتهم هي سقطته الأولى، أو في حال وجود قرابة وثيقة بين المجني عليه والمتهم، وغير ذلك من أسباب عدم الأهمية السابق بيانها. كل ذلك شريطة أن يكون قرار الحفظ خاضعاً لتقدير ورقابة النائب العام، وخاضعاً كذلك للطعن ممن لهم مصلحة أمام محكمة الاستئناف، أو محكمة النقض.

ويضيف هذا الجانب من الفقه المصري بأن لا شيء يمنع أن يكون لمجلس الوزراء، ممثلاً بوزير العدل، الحق في أن يطلب من النائب العام عدم تحريك الإجراءات

(٣٧) الجريمة قليلة الأهمية من نوع الجنحة (Vergehen) هي الجريمة التي يعاقب عليها بالغرامة أو بالسجن سنة كحد أقصى (ورد النص عليها في المادة ١٢ فقرة ٢ من قانون العقوبات الألماني ("Strafgesetzbuch" StGB)، حيث إن الضرر المترتب على مثل هذه الجرائم تافه، ومقدار الذنب الذي يتحملة الجاني قليل (كما في الجرائم غير المقصودة)، إضافة إلى عدم وجود مصلحة عامة في متابعة إجراءات الدعوى أو معاقبة المتهم.

(٣٨) Kilchling, Michael; Ibid, pp. 176-177.

(٣٩) Albrecht, Hans-Joerg; South African Law Commission, Settlement Out of Court: A Comparative Study of European Criminal Justice systems, Ibid, p. 10.

(٤٠) انظر: مادة ٤٦ من قانون العقوبات الألماني StGB.

(٤١) أمين، محمد صالح؛ المرجع السابق، ص ٧٥٠.

الجزائية، أو عدم السير فيها، في الحالات التي تقتضيها مصالح الدولة العليا، على أن يكون ذلك مقتصرًا على مرحلة الاتهام، وأن يكون الطلب مبنياً على أسباب ومبررات جدية، وأن يكون خاضعاً أيضاً للطعن من قبل أصحاب المصلحة أمام محكمة النقض.

٢ - ٢ - حفظ الدعوى لعدم الأهمية (بشروط):

في سبعينيات القرن الماضي توسعت السلطة التقديرية للنياية العامة الألمانية في حفظ الدعوى الجزائية، تحت رقابة المحكمة، من خلال إدخال نص المادة^(٤٢) على قانون الإجراءات الجزائية StPO. هذه المادة تفيد بأنه بإمكان النيابة العامة حفظ الدعوى الجزائية، في الجرائم قليلة الأهمية، إذا التزم المتهم بشروط أو أكثر من الشروط الآتية: إصلاح الضرر؛ دفع مبلغ من المال إلى مؤسسة غير ربحية أو لخزينة الدولة؛ تقديم خدمة اجتماعية لصالح جمعية خيرية؛ والمشاركة في نشاط تأهيلي مثل تأهيل السائقين الذين يرتكبون حوادث سير^(٤٣). على أنه يتوجب على النيابة العامة أن تضع حداً أقصى للفترة الزمنية المتاح للمتهم أن يلتزم خلالها بالشروط والتعليمات السابق الإشارة إليها، بحيث لا تزيد عن ستة أشهر^(٤٤).

(٤٢) تنص المادة ١٥٣ (أ) من قانون الإجراءات الجزائية الألماني على أن:

"(١) في القضايا الجنحية، يجوز للنياية العامة، بموافقة المتهم والمحكمة المختصة، حفظ الدعوى الجزائية، وفي نفس الوقت فرض الشروط والتعليمات على المتهم، إذا كانت طبيعة الجريمة من النوع الذي يقل فيه اهتمام المجتمع بمتابعة الإجراءات فيها، وكانت درجة ذنب المتهم لا تشكل عقبة في سبيل حفظ الدعوى. وبالأخص، فإن الشروط والتعليمات الآتية يمكن فرضها على المتهم وتوجيهها له:

أ- تنفيذ خدمة عامة من أجل التعويض عن الأضرار التي نجمت عن الجريمة؛

ب- دفع مبلغ من المال لمؤسسة غير ربحية، أو لخزينة الدولة؛

ت- تنفيذ خدمات عامة أخرى ذات طبيعة غير ربحية؛

ث- امتثال المتهم للالتزامات الملقة على عاتقه بدفع مبلغ محدد لإصلاح الضرر؛

ج- محاولة الوصول إلى توافق مع المجني عليه، حيث يتم التعويض عن الجريمة، إما بشكل كامل أو شبه كامل؛

ح- الانتظام في دورة تدريبية وفقاً للمادة ٢/ب/٢، أو المادة ٨/٤ من قانون السير.

ويتوجب على النيابة العامة تحديد الفترة الزمنية التي يتوجب على المتهم أن يمثل خلالها للشروط والتعليمات، حيث إنه في الفقرات ١ و ٢ و ٣ و ٥ و ٦ أعلاه، فإن الحد الأعلى هو ستة أشهر؛ أما في الفقرة ٤ فإن الحد الأعلى هو سنة واحدة...".

(ملاحظة: الترجمة لهذه المادة من الألمانية إلى العربية جهد شخصي من الباحث وليست ترجمة رسمية).

(٤٣) وفقاً لنص المادة ٢ فقرة ب/٢، والمادة ٤ فقرة ٨ من قانون السير الألماني.

(٤٤) انظر: المادة (153a) من قانون الإجراءات الجزائية الألماني (StPO).

هذه الشروط التي يلزم بها المتهم، في الحفظ المشروط للدعوى الجزائية، لا تعني عقوبات تفرضها النيابة العامة على المتهم بالمعنى المألوف للعقوبات. فمثلاً، التعويض أو الخدمة الاجتماعية أو الانتظام في دورة دراسية تأهيلية، رغم أنها تتضمن جانباً عقابياً، إلا أنها تعتبر شرطاً مسبقاً لإثبات جدية المتهم في مساعاه لرأب الصدع الذي وقع عند ارتكابه الجريمة.

إن الحد الأعلى للمبلغ المالي الذي يدفع للمؤسسة غير الربحية أو للدولة والخدمة الاجتماعية غير محدد بنص القانون، لكن ما يحكم ذلك هو المبدأ الدستوري الذي يقضي بضرورة وجود تناسب بين الجرم والذنب من جهة، والعقوبة من جهة أخرى. ومن الجدير بالذكر أنه يوجد في بعض مكاتب النيابة العامة الألمانية مبادئ توجيهية، أو تعليمات داخلية، ترسم نطاق السلطة التقديرية للنيابة العامة بما فيها الحد الأعلى للغرامة والخدمة الاجتماعية. بعض هذه المبادئ شاملة وأخرى مقتصرة على أمور محددة. في العموم فإن معظمها غير منشور، ويتم التعامل بها باعتبارها شؤناً داخلية، باستثناء بعض المبادئ التوجيهية العامة والتي يتم إصدارها من قبل وزارة العدل^(٤٥). وعلى أي حال، فإن هذه التعليمات تتعامل مع نوعين من المتطلبات أو المعايير: الأولى موضوعية تتعلق بالجريمة؛ والأخرى شخصية تتعلق بالمجرم.

ومن الجدير ذكره في هذا السياق أنه في مثل هذه الحالات تم إلغاء رقابة المحاكم على قرارات النيابة العامة بهذا الشأن منذ العام ١٩٩٣، عندما تكون الجريمة مثار الدعوى قليلة الأهمية. هذا يعني أن تحولاً دراماتيكياً حصل في النظام القانوني الألماني يتعلق بإعادة توزيع الصلاحيات بين النيابة العامة والمحاكم، حيث أصبحت النيابة العامة تتمتع بصلاحيات فرض شروط وتدابير حفظ دعاوى دون رقابة المحكمة. أي أن السلطة التقديرية للنيابة العامة في حفظ الدعوى الجزائية ما فتئت تتسع وفقاً للظروف السياسية والاقتصادية. فبعد الوحدة الألمانية صدر قانون تخفيض عبء نظام العدالة (Justizentlastungsgesetz)، تم بموجبه توسيع صلاحيات النيابة العامة في حفظ الدعوى الجزائية لبعض الجرائم الأقل أهمية، حيث تم توسيع صلاحيات فرض الغرامات إضافة إلى غيرها من الشروط التي يمكن للنيابة العامة أن تفرضها، وقد تم تبرير ذلك بتوفير الأموال لرصدها في إعادة بناء ما كان يدعى "ألمانيا الشرقية"^(٤٦).

Kilchling, Michael; Ibid, pp. 176-177.

(٤٥)

Albrecht, Hans-Joerg, and Chen Guangzhong (eds.); Non-Prosecution Policies, (٤٦)
Foreword (V-VIII)

٢ - ٣ - حفظ الدعوى الجزائية في قضاء الأحداث:

جرائم الأحداث هي المجال التقليدي لحفظ الدعوى الجزائية، حرصاً على مصلحة الحدث وضماناً لمستقبله، فتعريض الحدث للإجراءات التي تطبق على البالغين قد يؤثر سلباً على نفسيته وقد يصمه بالإجرام، فالحدث الجانح بحاجة إلى إصلاح وإعادة تأهيل، أما إذا أوجب سلوكه مساءلته جزائياً وعقابه^(٤٧)، فيكون ذلك دون إجباره على أن يخضع لإجراءات التحقيق والمحاكمة التقليدية، وقد شددت على ذلك المبادئ التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة الصادرة عن الأمم المتحدة^(٤٨).

لذلك، ووفقاً لنظرية الوصم (labeling theory)، فإن المشرع الألماني قد أدخل المادة (٤٥)^(٤٩) من قانون الأحداث (JGG) "Jugendgerichtsgesetz" في ثمانينيات القرن الماضي والتي تحض النيابة العامة على بذل الجهد لحفظ الدعوى الجزائية المتعلقة بالحدث منعاً لوصمه بالإجرام. وعليه، فإن النيابة العامة الألمانية تميل غالباً إلى تبني مبدأ المواءمة في الجرائم المتعلقة بالأحداث، حتى بخصوص الجرائم من

(٤٧) من ناحية أخرى فإن العقوبات التي توقع على الحدث أخف من تلك التي توقع على البالغين، كما أن تنفيذها يختلف أيضاً، فمثلاً تنفذ عقوبة الحبس في دار لرعاية الأحداث وليس في سجن.

(٤٨) فقد نصت على أن: "١٩. في البلدان التي تكون فيها وظائف أعضاء النيابة العامة متسمة بصلاحيات استئنافية فيما يتعلق بقرار ملاحقة الحدث قضائياً أو عدم ملاحقته، ينبغي إيلاء اعتبار خاص لطبيعة الجرم وخطورته ولحماية المجتمع وشخصية الحدث وخلفيته، وينبغي لأعضاء النيابة العامة، لدى اتخاذ هذا القرار، أن ينظروا بصفة خاصة في بدائل الملاحقة المتاحة في إطار قوانين وإجراءات قضاء الأحداث، ويتعين على أعضاء النيابة العامة أن يبدلوا قصارى جهدهم للامتناع عن اتخاذ إجراءات قضائية ضد الأحداث إلا في حالة الضرورة القصوى".

(٤٩) ٤٩ تنص المادة ٤٥ من قانون الأحداث الألماني على أن:

"١- إن التدابير الإصلاحية، وبالأخص التأديب والتعليم، التي تناولتها المواد ٨٤ و ٨٥ و ٨٧ من قانون العقوبات، هي التي توقع ضد الأطفال إذا لم يكونوا قد بلغوا سن العاشرة عند ارتكاب الجريمة. وقبل بلوغ الطفل سن الرشد فإن ترتيبات خاصة تتخذ بحقه، إذ يجب تجنب اتخاذ الإجراءات القانونية ضده بشكل كامل أو جزئي.

٢- إذا كانت هناك مؤشرات على أن الطفل بحاجة إلى مساعدة من نوع خاص، فإنه يتوجب على السلطة المختصة تعيين جهة وصاية أو رعاية، ممثلة في هيئات اجتماعية تعنى بالأطفال، للقيام بذلك".

(ملاحظة: الترجمة لهذه المادة من الألمانية إلى العربية جهد شخصي من الباحث وليست ترجمة رسمية).

نوع الجنايات، وفقاً لشروط محددة، منها خضوعه لبرامج تعليمية وتأهيل سلوك في مؤسسات لرعاية الأطفال، وجبر الضرر، والصلح، والتعويض على الضحية^(٥٠).

٢ - ٤ - حفظ الدعوى الجزائية تأسيساً على الإغفاء من العقوبة، وفقاً للقانون الموضوعي (العقوبات):

في العام ١٩٥١ تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية الألماني، حيث أصبح حفظ الدعوى الجزائية ممكناً في الحالات التي ينص فيها قانون العقوبات الموضوعي (الألماني) على الإغفاء من العقوبة. على أن حفظ الدعوى في هذه الحالة يتوقف على موافقة المحكمة المختصة بنظرها^(٥١). وتعتبر الجرائم الآتية أهم ميادين الإغفاء من العقوبة: جريمة الشهادة الكاذبة عندما يعود الشاهد عن شهادته الكاذبة ويشهد بالحقيقة؛ الإدمان على المخدرات عندما يتوقف المدمن عن إدمانه؛ جرائم الإيذاء البسيط عندما يتصالح المتهم مع المجني عليه.

٢ - ٥ - حفظ الدعوى الجزائية عندما تكون متعلقة بجرائم وقعت في الخارج: تتمتع النيابة العامة الألمانية بسلطة حفظ الدعوى الجزائية بصدد الجرائم المقترفة في الخارج في أي من الحالات الآتية:

- ١ - إذا ارتكبت الجريمة خارج ألمانيا وكان المجرم أو المتدخل يدخل إسهامه في الجريمة ضمن الصلاحيات الإقليمية للمحاكم الألمانية.
- ٢ - إذا ارتكب الجريمة أجنبي على سفينة أو طائرة أجنبية موجودة في الإقليم الألماني.
- ٣ - إذا كانت عقوبة سابقة قد تم تنفيذها بحق المتهم في الخارج، وكانت العقوبة التي من المتوقع تنفيذها بالمتهم في ألمانيا، والمتعلقة بالجريمة السابقة، تافهة مقارنة مع العقوبة المنفذة في الخارج.
- ٤ - إذا كانت ملاحقة الدعوى الجزائية، ذات العنصر الأجنبي، في ألمانيا يشكل ضرراً جسيماً لألمانيا، أو إذا كانت المصلحة العامة العليا لألمانيا تشكل عائقاً أمام تحريك الدعوى الجزائية.
- ٥ - إذا شكلت إجراءات الدعوى الجزائية، ذات العنصر الأجنبي، خطراً جسيماً محتملاً

(٥٠) Albrecht, Hans-Joerg, South African Law Commission, Settlement Out of Court: A Comparative Study of European Criminal Justice systems, Ibid, p. 11.

(٥١) انظر: المادة 153b من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

ضد ألمانيا، أو أن المصلحة العامة العليا للدولة الألمانية تشكل عقبة أمام إتمام إجراءات الدعوى^(٥٢).

٢ - ٦ - حفظ الدعوى الجزائية استناداً إلى ضرورات سياسية لألمانيا:

من صلاحيات النائب العام الفدرالي الألماني حفظ الدعوى الجزائية عندما يتعلق الأمر برعاية مصالح ألمانيا العليا. ففي حال وقوع تهديد للأمن القومي، أو تعريض النظام الديمقراطي لألمانيا للخطر، أو خرق حظر إنشاء المنظمات والهيئات^(٥٣)، فإن للنائب العام سلطة حفظ الدعوى كمكافأة للمتهم الذي يعلن توبته^(٥٤). في مثل هذه الحالات فإنه يتوجب موافقة المحكمة العليا للولاية ذات العلاقة (Oberlandesgericht).

٢ - ٧ - حفظ الدعوى الجزائية في الجرائم التافهة مقارنة مع الجرائم المتلازمة معها:

وفقاً للتعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات الجزائية الألماني (Emminger Reform) عام ١٩٢٤، فقد تم إضافة المادة (١٥٤)^(٥٥) والتي أصبحت من أهم المواد التي يستند إليها لحفظ الدعوى الجزائية. هذه المادة تبيح للنيابة العامة حفظ الدعوى الجزائية إذا كانت العقوبة المتوقعة جراء السير في الدعوى أخف كثيراً بالمقارنة مع عقوبة تم فرضها لجريمة متلازمة معها، أو بالمقارنة مع عقوبة متوقعة لجريمة أخرى متلازمة معها^(٥٦).

(٥٢) انظر: المادة 153 c من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

(٥٣) المادة 74 a (1) من ٢-٤ من قانون السلطة القضائية الألماني Courts Constitution Act.

(٥٤) انظر: المادة 153 d والمادة 153 e من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

(٥٥) تنص المادة ١٥٤ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني على أن:

"(١) يجوز للنيابة العامة حفظ الدعوى في الحالات التالية:

١- إذا كانت العقوبة أو التدبير الذي قد يفرض على المتهم ليس له تأثير كبير إذا ما قورن

بالعقوبة أو التدبير الموقع، أو الذي سوف يوقع على المتهم من جريمة أخرى متلازمة؛

٢- إذا كان الحكم غير متوقع صدوره خلال فترة زمنية معقولة، وإذا كانت العقوبة أو التدبير الذي تم أو سيتم إيقاعه من جريمة متلازمة، يبدو أنه يحقق الردع الخاص والعام.

(٢) إذا تم توجيه الاتهام، يجوز للمحكمة، بناء على طلب النيابة العامة، أن تحفظ الدعوى جزئياً في أية مرحلة...".

(ملاحظة: الترجمة لهذه المادة من الألمانية إلى العربية جهد شخصي من الباحث وليست ترجمة رسمية).

(٥٦) انظر: المادة ١٥٤ (١) / ١ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

وفي العام ١٩٦٤ تم إضافة المادة^(٥٧) والتي تفيد بأنه إذا كان للفعل الجرمي عدة أوصاف جرمية، أو كان للفعل الجرمي أجزاء أخرى مستقلة، فإنه يتم السير فقط في الدعاوى للجرائم التي عقوبتها أشد. أي وبعبارة أخرى، يتم حفظ الدعوى في الأوصاف الأخف للجريمة.

٢ - ٨ - حفظ الدعوى الجزائية في حال تسليم المشتبه فيه إلى دولة أخرى:

مع صدور قانون تسليم المجرمين لعام ١٩٢٩، فإن إمكانية حفظ الدعوى الجزائية في ألمانيا قد تعززت لتشمل المتهمين بارتكاب جرائم عندما تكون إجراءات ملاحقتهم تتم خارج الأراضي الألمانية. أي، وبعبارة أخرى، فإن النيابة العامة تستطيع حفظ الدعوى الجزائية إذا كان المتهم سيتم تسليمه لحكومة أجنبية لارتكابه جريمة أخرى، وكانت العقوبة المتوقعة للجريمة التي يتم التحقيق معه فيها أقل بكثير من عقوبة الجريمة التي سوف يتم تسليمه بسببها^(٥٨).

٢ - ٩ - فرص أخرى لحفظ الدعوى الجزائية:

أولاً - الجرائم التي تكون محلاً للابتزاز:

في العام ١٩٣٥، تم إضافة المادة 154c إلى قانون الإجراءات الجزائية الألماني

(٥٧) تنص المادة ١٥٤ (أ) من قانون الإجراءات الجزائية الألماني على أن:
" (١) إذا كانت عناصر الجريمة، أو عدد من الانتهاكات للقانون قد وقعت كنتيجة لنفس الجريمة، غير ذات أهمية، سواء من حيث:
١- العقوبة أو التدبير المتوقع فرضه؛
٢- العقوبة أو التدبير الذي تم إيقاعه بالمقارنة مع تأثير عقوبة أو تدبير لجريمة أخرى تم أو سوف يتم إيقاعه.

فتوجيه الاتهام في هذه الحالات يمكن أن ينحصر في بعض عناصر الجريمة أو بعض انتهاكات القانون. الفقرة (١)/٢ أعلاه تطبق بعد إجراء التعديلات اللازمة.

(٢) بعد إصدار لائحة الاتهام، يجوز للمحكمة، بعد موافقة النيابة العامة، أن تضع هذه القيود في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

(٣) ويجوز للمحكمة العودة لملاحقة المتهم عن عناصر الجريمة أو انتهاكات القانون التي تم حفظها، في أية مرحلة من مراحل الدعوى. وفي هذه الحالة يجب أن يتم تقديم طلب من النيابة العامة بهذا الخصوص، فإذا تم إعادة ملاحقة المتهم بصدد بعض عناصر الجريمة التي تم التفاوض عنها سابقاً، فإن الفقرة ٤ من المادة ٢٦٥ يجب تطبيقها بعد إجراء التعديلات اللازمة".
(ملاحظة: الترجمة لهذه المادة من الألمانية إلى العربية جهد شخصي من الباحث وليست ترجمة رسمية).

(٥٨) انظر: المادة 154b من قانون الإجراءات الجزائية الألماني StPO.

والتي تعطي صلاحية للنيابة العامة بحفظ الدعوى الجزائية بصدد جريمة اقترفها ضحية لجريمة التهديد أو الابتزاز^(٥٩). فإذا اقترف شخص جريمة ما، وقام شخص آخر بابتزاز المجرم، أو تهديده بفصح أمره إذا لم يخضع لأوامره غير المشروعة، فإن للنيابة العامة أن تحفظ الدعوى الجزائية ضد مقترف الجريمة التي يتم استغلالها بطريقة غير مشروعة من قبل الغير بالتهديد أو الابتزاز، بشرط ألا تكون تلك الجريمة جسيمة.

ثانياً - مرور فترة من الزمن على عدم الفصل في مسألة أولية:

إذا كان توجيه الاتهام من قبل النيابة العامة بصدد جريمة بسيطة يتوقف على الفصل في مسألة أولية وفقاً للقانون المدني أو القانون الإداري، فإنه يحق للنيابة العامة أن تضع إطاراً زمنياً للفصل في هذه المسألة، ويتم تبليغ ذلك للمشتكي، فإذا مضت الفترة الزمنية التي حددتها النيابة العامة للفصل في تلك المسألة دون أية نتائج، فإنه يحق للنيابة العامة حفظ الدعوى الجزائية^(٦٠).

ثالثاً - إيقاف عقوبات تأديبية بحق المتهم:

يجوز للنيابة العامة حفظ الدعوى الجزائية بصدد بعض الجرائم البسيطة، مثل إثارة شكوك غير حقيقية ضد شخص ما^(٦١) أو توجيه إهانة له^(٦٢) أو تشويه سمعته^(٦٣)، طالما أن هناك إجراءات تأديبية^(٦٤) تتخذ بحق المتهم. في هذه الحالات ولتجنب التحقيق المكرر والذي قد يسفر عن نتيجتين مختلفتين حول نفس النقطة القانونية، فإن للنيابة العامة حفظ الدعوى الجزائية.

٣ - الرقابة على سلطة النيابة العامة التقديرية في حفظ الدعوى الجزائية:

يوجد نوعان من الرقابة على سلطة النيابة العامة التقديرية في حفظ الدعوى الجزائية في ألمانيا: الأولى رقابة القضاء؛ والثانية رقابة الضحية. إن الرقابة القضائية في هذا الشأن في ألمانيا قائمة، عكس ما هو عليه الحال في دول أخرى كالصين

(٥٩) ورد النص على جريمتي التهديد والابتزاز في المادتين ٢٤٠ و ٢٥٣ من قانون العقوبات الألماني.

(٦٠) انظر: المادة 154d من قانون الإجراءات الجزائية الألماني StPO.

(٦١) انظر: المادة ١٦٤ من قانون العقوبات الألماني.

(٦٢) انظر: المادة ١٨٥ من قانون العقوبات الألماني.

(٦٣) انظر: المادة ١٨٨ من قانون العقوبات الألماني.

(٦٤) المادة 154e من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

مثلاً، فالأخيرة لا يوجد فيها رقابة قضائية على سلطة النيابة العامة التقديرية في حفظ الدعوى الجزائية، وذلك يعود إلى سببين رئيسيين: الأول استقلالية النيابة العامة تماماً عن القضاء؛ والثاني أن القضاء يعتبر ضعيفاً إذا ما قورن بالنيابة العامة، والتي تنفذ سياسات السلطة التنفيذية فيما يتعلق بمحاربة الجريمة. إن سلطة النيابة العامة الصينية تكاد تكون مطلقة، وهذا يؤدي غالباً إلى التضحية بضمانات المحاكمة العادلة والافتئات على حقوق المتهم^(٦٥).

أما رقابة الضحية فتتمثل بإحدى وسيلتين: الأولى - التظلم إلى النائب العام الذي يتبع له وكيل النيابة الذي اتخذ قرار حفظ الدعوى^(٦٦). فيما تكون الثانية من خلال الطعن في قرار النيابة العامة إلى المحكمة العليا. من الناحية النظرية، فإن القانون يمكن الضحية في هذه الحالة من السير بالدعوى بصفته الشخصية ومباشرتها أمام المحاكم المختصة. إلا أنه من خلال الدراسات الأمبيريقية والإحصاءات^(٦٧) فإنه نادراً ما تقوم الضحية بممارسة هذه المكنة، لصعوبة جمعها للأدلة من ناحية، ولكلفتها المادية من ناحية أخرى. ولذلك، فإن مثل هذه الاعتراضات والطعون نادراً ما تنجح من الناحية العملية.

٤ - واقع حفظ الدعوى الجزائية في ألمانيا بالأرقام:

إن الجرائم التي يتم التبليغ عنها^(٦٨)، سواء للشرطة أو للنيابة العامة أو للمحاكم قد وصل حجمها في ألمانيا عام ٢٠٠١، كما هو موضح في الشكل التالي، إلى ما يزيد عن خمسة ملايين جريمة، نصف هذا العدد قد تم حفظه. وفي الغالب فإن النيابة العامة الألمانية لا تتابع إجراءات التحقيق في الجريمة الرابعة من كل أربع جرائم تقترب في ألمانيا، وذلك عندما لا تستطيع الشرطة أن تتوصل إلى بيانات كافية لنسبة الجريمة إلى شخص معين^(٦٩). وفي المحصلة فإن عدد الجرائم التي تم التوصل إلى بيانات كافية لنسبة الجريمة إلى مشتبه فيه معين وصلت إلى ١,٨ مليون جريمة.

(٦٥) Richter, Thomas and Marc Dernauer, Ibid.

(٦٦) إن شرط ممارسة الضحية لهذه المكنة أن يكون قرار الحفظ قد اتخذ بسبب عدم كفاية الأدلة. انظر: المادة ١٧١ من قانون الإجراءات الجزائية الألماني.

(٦٧) Federal ministry of interior and federal ministry of justice, First Periodical Report on Crime and Crime Control in Germany, Berlin, 2001, pp. 35.

(٦٨) أما الجرائم التي تبقى طي الكتمان ولا يتصل علم النيابة العامة بها فهي كثيرة جداً، إلا أنه من الصعب تقدير حجمها.

(٦٩) وزارتي الداخلية والعدل الألمانييتين، المرجع السابق، ص ٢٩.

من ناحية أخرى، فإن الشكل التالي^(٧٠) يعطي تصوراً حول دورة الدعوى الجزائية في نظام العدالة الجزائي الألماني، وحجم ظاهرة حفظ الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة الألمانية. فوفقاً لإحصائيات وزارتي الداخلية والعدل الألمانيتين لعام ٢٠٠١^(٧١)، فإن ما مجموعه خمسة ملايين جريمة ارتكبت سنة ٢٠٠١، نظرت المحاكم الألمانية في ٦٦٠٤٨٩ دعوى فقط. ومن هذا العدد تمت الإدانة في ما مجموعه ٥١٧١١٨، أي بنسبة ٧٨٪. أما بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية من مجموع العقوبات، فقد مثلت فقط ما نسبته ١٩٪، أي حوالي ١٢٣٠٠٠ قضية، معظمها يتم تنفيذه من خلال وضع المحكوم تحت المراقبة خارج أسوار السجون. أي أن نسبة من يتم إيداعهم في السجون من مجموع من توقع عليهم أحكام بالسجن الفعلي، دون أن يستفيدوا من مكنة تعليق تنفيذ العقوبة، لا تتجاوز ٦٪، أي ما مجموعه ٤٢٢٧١ محكوماً. وبعبارة أخرى، فإن نسبة من نفذوا عقوبة بالحبس لا تتجاوز ٠,٠٨٨٪ من مجموع الجرائم المسجلة.



الشكل (١): حقائق بالأرقام لسير الدعوى الجزائية في النظام القضائي لألمانيا الغربية وبرلين لعام ٢٠٠١، باستثناء حوادث السير

(٧٠) وزارتي الداخلية والعدل الألمانيتين، المرجع السابق، ص ٢٩-٣٠.

(٧١) www.uni-konstanz.ed/rtf/kis

٥ - الانتقادات الموجهة لنظام حفظ الدعوى الجزائية

يتضح مما سبق أن المشرع الألماني تبني بشكل متزايد حفظ الدعوى الجزائية في حالات عديدة. هذا التوجه يثير ملاحظات وانتقادات كثيرة، منها:

١ - البدائل السابقة تشكل خطورة على مبدأ سيادة القانون ومعايير المحاكمة العادلة. أي وبكلمات أخرى فإن تبني مثل هذه المعايير بصورة كبيرة يهدد التوازن بين مختلف أطراف النزاع، وخاصة القاضي، والذي قد يصبح دوره هامشياً لمصلحة النيابة العامة.

٢ - هذا التوجه قد يهدد حقوق الضحية والمتهم كذلك. إن عدم التوازن يصبح نتيجة طبيعية للإفراط في حفظ الدعاوى الجزائية، وهذا لا يعادله أو يمنع آثاره السلبية منح الضحية الحق في استئناف قرار النيابة العامة بحفظ الدعوى وفقاً لنص المادتين ١٥٣ و ١٥٣a من قانون الإجراءات الجزائية الألماني^(٧٢). السبب في ذلك يعود إلى أن الضحية قد تكون غير قادرة على استعمال هذا الحق لسبب أو لآخر. من ناحية أخرى، فإن الجرائم التي تتصف بكونها ذات طبيعة خاصة، أي يمكن تخويل الضحية أن يكون هو المحرك لها^(٧٣) أو يقوم بدور المحقق الخاص فيها، فإن الضحية غالباً لا تمارس هذه المكنة بسبب خوفها من الأضرار المالية في حالة خسارة الدعوى. أما بخصوص المتهم، فإنه وعلى الرغم من أن حفظ الدعوى قد يحسب في صالحه دائماً، إلا أن احتمال أن يكون مثل هذا الإجراء ضد مصلحته متوقع أيضاً، خصوصاً عندما يكون حفظ الدعوى مشروطاً. إن الأثر السلبي يتمثل في رفض المتهم استئناف قرار النيابة العامة بحفظ الدعوى للخوف من أن الاستئناف قد يضعف مركزه القانوني، خاصة عندما تكون العقوبة التي تقررها المحكمة أشد من العقوبة التي كانت قد أوصت بها النيابة العامة.

٣ - الخوف من أن تستعمل النيابة العامة المادتين ١٥٣ و ١٥٣a من قانون الإجراءات الجزائية الألمانية للتهرب من إطلاق سراح المتهم لعدم كفاية الأدلة، فقد ثار جدل في ألمانيا، ولا يزال، حول إساءة استخدام المادتين ١٥٣ و 153a على حساب المادة ١٧٠/٢ من قانون الإجراءات الجزائية، فالبحث عن أدلة الإثبات من قبل النيابة العامة قد يكون أمراً عسيراً في بعض القضايا، فالنيابة العامة أسهل لها أن

(٧٢) ينص القانون على أنه إذا استأنف الضحية قرار الحفظ، فإنه يتوجب على النيابة العامة السير في إجراءات الدعوى كالمعتاد.

(٧٣) كجرائم الذم والشتيم والتحقيق.

تحفظ الدعوى بشروط أو بدون شروط (عندما تتحقق معايير أي منهما) عن أن تبذل جهداً في البحث عن أدلة الإثبات، خاصة أن قرارها المتعلق بعدم كفاية الأدلة يخضع للاستئناف، في حين أن قرار الحفظ لا يخضع للاستئناف. من ناحية أخرى، فإن المادة ١٧٠ أكثر حماية للمتهم على اعتبار أنه سوف تبرأ ساحته من ارتكاب الجريمة، في حين أن إسقاط الدعوى وفقاً للمادة ١٥٣ أو المادة 153a لا يعني بحال من الأحوال براءة المتهم.

٤ - التفاوت بين وكيل نيابة وآخر في السلطة التقديرية لحفظ الدعوى الجزائية، والذي قد يعطي نتائج عكسية على صعيد تحقيق العدالة.

٥ - الاختلاف في التعامل مع المتهمين فيما يتعلق باستعدادهم لدفع الغرامة، حيث إن تمييزاً قد يقع على أرضية المقدرة المالية للمتهمين.

٦ - إن حفظ الدعوى الجزائية المشروط بدفع الغرامة قد يؤدي إلى التخلص ليس فقط من الجرائم البسيطة، بل قد يؤدي إلى التخلص من جرائم خطيرة أيضاً، خاصة عندما تكون معقدة وبحاجة إلى أدلة إثبات يصعب التوصل إليها. وفي هذا السياق فإن الجرائم الاقتصادية والجرائم التي ترتكب ضد البيئة، والتي يكون المتهم فيها عادة شركات ومؤسسات اقتصادية كبيرة، هي المرشحة أكثر من غيرها للحفظ رغم خطورتها وضررها الكبير على اقتصاد الدولة والبيئة والمجتمع^(٧٤)

٧ - مشاكل ومصاعب أخرى تشتمل مثلاً على عدم توافر الرقابة أو الفحص لمعايير أو أسباب حفظ كل دعوى على حدة، أي تقييم صحة ممارسة النيابة العامة لسلطاتها التقديرية في حفظ الدعوى، كذلك عدم وجود شفافية كافية في هذا المجال^(٧٥).

٦ - الخاتمة:

يتركز التحليل والنقاش في هذه الورقة على إيجاد نقطة توازن لدى واضع السياسة التشريعية بين منع الجريمة، من جهة، وتوفير أكبر قدر من الضمانات للمتهم، من جهة أخرى. أي خلق نوع من التوازن بين تحقيق ضمانات المحاكمة العادلة، وبين فعالية الجهاز القضائي ومقدار الوفر المالي الذي يمكن تحقيقه، من

(٧٤) Albrecht, Hans-Joerg; South African Law Commission, Settlement out of Court: A Comparative Study of European Criminal Justice Systems, Ibid, p. 16.

(٧٥) Federal ministry of interior and federal ministry of justice, Ibid, pp. 29-30.

خلال اتباع مسار مختلف في بعض الجرائم بشروط محددة. وهذا يقتضي من المشرع التبصر بالنتائج عند أخذه بأي من مبدأي القانونية والمواءمة.

إن احتمال تقبل رجال القضاء والقانون للطرق البديلة لحل النزاعات الجزائية خارج المحكمة، أي تبني مبدأ المواءمة، قد يكون ضعيفاً بسبب العقلية السائدة بأن كل جريمة يجب أن يتم حلها عن طريق القضاء النظامي، أي الأخذ بمبدأ القانونية، فالنظرة العامة، في بعض المجتمعات، أن وسائل حل المنازعات الجزائية خارج المحكمة قد يؤدي إلى تحكم النيابة العامة بتقرير الإدانة والعقاب، كما يرى البعض أن مثل هذه الوسائل تشجع على الفساد وتفسح المجال للتدخل والضغط الخارجية. فمثلاً، من خلال استبيان أجراه الباحث في العام ٢٠٠٦^(٧٦)، خلص إلى أن ردة فعل المجتمع القضائي الفلسطيني على هذا التوجه نحت منحى متشدداً، فقد أفاد معظم من شملهم الاستبيان، من قضاة وأعضاء نيابة أيضاً، أن مبدأ القانونية هو حامي الحمى والمانع من العبث باستقلال القضاء.

إن هذا التوجه يمكن الرد عليه بالآتي: أولاً - عدم فعالية الوسائل التقليدية للفصل في النزاعات سواء من حيث آليات وإجراءات الدعوى الجزائية المعقدة في مراحلها المختلفة والتي تحتاج إلى وقت طويل يتم إضاعته في شكليات يتفنن المحامون في اختلاقها؛ أو من حيث مؤسسات العدالة الرسمية القائمة عليها وما يكتنف عملها من بيروقراطية وترهل. ثانياً - إذا كان هناك خوف من تحكم النيابة العامة فيما يتعلق بالاتهام من عدمه، فإنه ينصح بالتمسك بوجود رقابة للقضاء على قرارات النيابة العامة فيما يتعلق بحفظ الدعوى الجزائية. والضمانة الأخرى تتمثل في قدرة الضحية على الطعن في قرار النيابة العامة بحفظ الدعوى، وبالتالي السير في الدعوى وفقاً للسير الطبيعي للدعوى. ثالثاً - يمكن إجراء مقارنة بين مبدأي الملاءمة وتفريد العقوبة، أي تقدير الإجراء الأنسب للتعامل مع المتهم وفقاً لظروفه الشخصية، والغاية التي ارتكب الجريمة من أجل تحقيقها، ودرجة تعمدته القيام بالفعل، والظروف المحيطة بارتكابه للجريمة ونتائجها وآثارها على المجني عليه والمجتمع ككل.

إن إعطاء النيابة العامة السلطة التقديرية لحفظ الدعوى الجزائية في حالات محددة لا يعتبر خرقاً للقانون، بل على العكس من ذلك فإن الالتزام بالقانون لا يعني الالتزام بحرفية النص والتطبيق الضيق لأحكامه، إنما يجدر تفسير النص وتطبيقه وفقاً لروح القانون. هذه المكنة يجب أن توضع ضوابط لها لمراعاة الالتزامات التي نص

عليها القانون من خلال أنظمة أو تعليمات تصدر عن وزارة العدل أو عن النائب العام^(٧٧).

لا شك أن السلطة التقديرية الممنوحة للنيابة العامة تعتبر بحق إحدى الوسائل التي تعمل على تحقيق التوازن، لكن يجب العمل على إعادة تأهيل وكلاء النيابة والاهتمام بنوعية من يتم استقطابهم إلى هذا الجهاز، الذي يجب أن يقوم بمسؤوليات مضاعفة. على أي حال يبقى السؤال الذي يجب أن يكون مثار نقاش دائم، وهو حدود السلطة التقديرية التي تمنح للنيابة العامة في مجال حفظ الدعوى الجزائية^(٧٨).

خلاصة القول أنه على الرغم من التعديلات الكثيرة التي تم إدخالها على قانون الإجراءات الجزائية الألماني، فإن مبدأ القانونية لا زال هو القاعدة، إلا أن هذا المبدأ تم إضعافه كثيراً تحت ضغط الحاجة المادية والاختناق القضائي، فأُنعصار المبدأ ينتقدون المشرع الألماني باعتبار أن كثرة الاستثناءات على المبدأ أفقدته صفته القاعدية، بحيث أصبح من ناحية عملية هو الاستثناء وليس القاعدة، فقد تم منح النيابة العامة سلطة تقديرية واسعة في الجرائم قليلة الأهمية، بموجب المواد ١٥٣، ١٥٣a، ١٥٤، ١٥٤a من قانون الإجراءات الجزائية (StPO). إن التخوف لدى مناوئي مبدأ المواءمة في ألمانيا يقولون أن سلطة النيابة العامة التقديرية في حفظ الدعوى بدأ يمتد ليشمل الجرائم الأخرى، ولم يعد يقتصر على الجرائم قليلة الأهمية (الجنح). وتؤيد ذلك الدراسات الأمبيريقية^(٧٩)، حيث تشير إلى تراجع نسبة الجرائم التي يتم الفصل فيها من قبل المحاكم.

(٧٧) انظر: صالح، نائل؛ دور النيابة العامة في وزن البينات؛ مجلة دراسات، العدد ٢٧، علوم الشريعة والقانون، العدد ١ أيار ٢٠٠٠، الجامعة الأردنية، ص ٣٧٠.

(٧٨) أمين، محمد صالح؛ المرجع السابق؛ ص ٧٥٢ وما بعدها.

(٧٩) Federal ministry of interior and federal ministry of justice, Ibid, pp. 41.

المصادر والمراجع

أولاً - المصادر:

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠
- القانون الأساسي الفلسطيني (المعدل) لسنة ٢٠٠٣
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١
- قانون الإجراءات الجزائية الألماني (StPO) لسنة ١٩٨٧
- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني لسنة ١٩٦١
- قانون الإجراءات الجنائية المصري لسنة ١٩٥٠
- قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١
- قانون العقوبات الألماني (StGB) لسنة ١٩٩٨
- قانون السلطة القضائية الألماني
- قانون السير الألماني
- المبادئ التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة، اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في هافانا سنة ١٩٩٠.

ثانياً - المراجع باللغة العربية:

- أمين، محمد صالح؛ دور النيابة العامة في الدعوى العمومية؛ رسالة دكتوراة؛ جامعة القاهرة، ١٩٨٠.
- براك، أحمد؛ العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة: دراسة مقارنة؛ رسالة دكتوراة؛ دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- حومد، عبد الوهاب؛ أصول المحاكمات الجزائية؛ الطبعة الرابعة؛ المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٧.
- مصطفى، محمود محمود؛ شرح قانون الإجراءات الجنائية؛ الطبعة العاشرة؛ دار النهضة العربية، ١٩٧٠.
- صالح، نائل؛ دور النيابة العامة في وزن البيانات؛ مجلة دراسات، العدد ٢٧، علوم الشريعة والقانون، العدد ١ أيار ٢٠٠٠، الجامعة الأردنية.

ثالثاً - المراجع باللغتين الإنجليزية والألمانية:

- Abdelbaqi, Mustafa; The Administration of Criminal Justice in Palestine: Development, Reform and Challenges; Duncker & Humblot- Berlin 2009.
- Albrecht, Hans-Jörg; Settlement out of court: A comparative study of European Criminal Justice systems; South African Law Commission and Max-Planck-Gesellschaft, GTZ German Technical Co-operation 1997.
- Albrecht, Hans-Jörg and Chen Guangzhong (eds.), Non-Prosecution Policies, Foreword (V-VIII).
- Arehlold, Pleadiny, Evidence and Practice in Criminal Cases, 32 ED.
- Federal ministry of interior and federal ministry of justice, First Periodical Report on Crime and Crime Control in Germany, Berlin, 2000.
- Herrmann, Joachim, "Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland", in: ZStW 96 (1984).
- Kilchling, Michael; Non-Prosecution Policies and (Judicial) Control, in: Hans-JAlbrecht and Chen Guangzhong (eds.), Non-Prosecution Policies, Max-Planck Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2002.
- Kleinknecht/ Meyer-Grossner, Strafprozessordnung, Kommentar, 44th edition 1999, art. 170 comment 1.
- Nasr, Hesham (et al.); Criminal Justice and Prosecution in the Arab World; United Nations Development Program (UNDP) 2004.
- Richter, Thomas and Marc Dernauer, "Historical Development of Non-Prosecution Policies in Germany", in: Hans-Joerg Albrecht and Chen Guangzhong (eds.), Non-Prosecution Policies, Max-Planck Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2002.

- Rohne, Holger-C; Cultural Aspects of Conflict Resolution-Comparing Sulha and Western Mediation; in: Albrecht, Hans J(et al.) (ed.); Conflicts and Conflict Resolution in Middle Eastern Societies-Between Tradition and Modernity; Max-Planck-Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg, Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- Tak, Peter; East Meets West: Aspects of Prosecution in Countries in Transition; European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice; Volume 7, Issue 4, 1999; pp. (412- 432).

رابعاً - المواقع الإلكترونية:

- موقع المنظمة العربية لحقوق الإنسان. توصيات مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في فيينا سنة ٢٠٠٠ بتبني النظم البديلة للدعوى الجزائية.

<http://sss.arabhumanrights.org/publications/declarations/vienna-crime-declarations2000a.pdf>

- موقع وزارة العدل الألمانية

www.uni-konstanz.de/rtf/kis

إعادة الاعتبار في التشريع الأردني دراسة مقارنة

الدكتور/ لورنس سعيد أحمد الحوامدة
كلية الحقوق - جامعة طيبة
المملكة العربية السعودية

ملخص:

يتناول بحث (إعادة الاعتبار في التشريع الأردني - دراسة مقارنة)، بالدراسة والتحليل النصوص القانونية التي تعالج نظام إعادة الاعتبار والذي يعتبر من الأنظمة الجنائية الأساسية التي تراعي حريات وحقوق الإنسان في أن يصبح إنساناً فاعلاً ومنتجاً في المجتمع بعد تنفيذ العقوبة بحقه فهو نظام إصلاحى يحقق الأمن الاجتماعي في مفهومه الشامل، لذا تكمن أهمية هذا البحث في التركيز على نقاط الخلل والقصور في التشريع الأردني مقارنة مع التشريعات الأخرى وصولاً إلى النتيجة المرجوة في تحقيق نتائج البحث، وقد قسمنا البحث إلى ثلاثة مباحث أساسية، تحدث المبحث الأول عن ماهية إعادة الاعتبار، أما الثاني فتناول صور إعادة الاعتبار قانونياً وقضائياً، أما الثالث فتكلم عن آثار إعادة الاعتبار من الناحية الجزائية والمدنية.

مقدمة:

يعتبر نظام إعادة الاعتبار مظهراً من مظاهر السياسة الجنائية كصورة مشابهة للرعاية اللاحقة، والذي يهدف بدوره إلى تسهيل اندماج المحكوم عليه في المجتمع وإبعاده عن الجريمة وذلك من خلال محو الآثار الجنائية للحكم في المستقبل. ولقد بدأ نظام إعادة الاعتبار كمنحة من الحاكم، فكان إدارياً في بدايته ثم تطور حتى أصبح قضائياً وقانونياً، فأحياناً يترتب لمصلحة المحكوم عليه بحكم القانون، وفي حالات أخرى يصدر بحكم من القضاء بناء على طلب من المحكوم عليه وبشروط تطلبها القانون.

لذا فإن أهمية البحث تنبع من أهمية هذا النظام ذاته، والذي يرفض أن يظل المحكوم عليه يعاني من آثار جريمته إلى الأبد على الرغم من تنفيذه لعقوبته واستقامة سلوكه بعدها، كما يساعد هذا النظام على رفق المجتمع بالأفراد الصالحين بعد أن يغسلهم من آثار الجريمة ويعيدهم أعضاء نافعين عاملين.

فليس من العدل أن يحرم شخص من أن يتبوأ في الهيئة الاجتماعية المكان اللائق بكل وطني صالح إذا بذل مجهوداً جدياً ليهتدي، وأقام مصلحة الدليل على هذا

بحسب سيرته مدة طويلة، خاصة وأن من مصلحة المجتمع نفسه أن يندمج فيه المحكوم عليه الذي تاب واستقام حتى يتفرغ للعمل الشريف الذي يعود عليه والمجتمع بالنفع^(١).

وتأسيساً على ما تقدم فإن العديد من الدول المتقدمة اهتمت بالغ الاهتمام بتطوير نظام إعادة الاعتبار وترسيخه ضمن قوانينها؛ لما له من أهمية في احترام حقوق المحكوم عليه ومراعاة شعوره في أن يحيا عنصراً فاعلاً في المجتمع بعد تنفيذ العقوبة بحقه ومن خلال إعادة الحقوق التي فقدها مثل الحقوق المدنية والسياسية بموجب تطبيق أحكام إعادة الاعتبار ضمن الشروط التي نص عليها القانون.

لذلك سنتناول في هذه الدراسة ثلاثة محاور أساسية يتحدث المحور الأول: عن ماهية إعادة الاعتبار من حيث مفهومه، والفرق بينه وبين بعض الأنظمة المشابهة كوقف التنفيذ، وإعادة المحاكمة والتقدم، والعفو الخاص، أما المحور الثاني: فيتحدث عن صور إعادة الاعتبار القانوني والقضائي، وموقف القضاء الأردني من إعادة الاعتبار، أما في المحور الثالث: سنتناول الدراسة آثار إعادة الاعتبار من حيث الآثار الجزائية والمدنية لإعادة الاعتبار، كذلك نطاق تطبيق إعادة الاعتبار من حيث الجرائم التي استثنائها المُشَرَّع من تطبيق أحكام إعادة الاعتبار لخصوصية هذه الجرائم. وفي الخاتمة فإن هذه الدراسة ستتناول مجمل ما توصل إليه الباحث من نتائج وتوصيات حول هذه الدراسة مستعيناً بالتشريعات المقارنة والأحكام القضائية في هذا المجال.

مشكلة الدراسة:

تتلخص مشكلة الدراسة في التركيز على نقاط الخلل والنواقص التي تعتري التشريع الأردني في مجال نظام إعادة الاعتبار من خلال دراسة التشريعات الأخرى ومقارنتها بالتشريع الأردني، بغية الاستفادة من هذه التشريعات وأخذ الإيجابيات منها لتحقيق النتيجة المرجوة من ذلك.

منهج الدراسة:

يقوم منهج الدراسة على استخدام الأسلوب الوصفي والتحليلي للمشكلة محل الدراسة من خلال تحليل النصوص القانونية التي تعالج نظام إعادة الاعتبار، وبيان

(١) خليل، عدلي، سنة ١٩٨٨، العود ورد الاعتبار، القاهرة، المكتبة القانونية، ص ٨٢.

السلبيات والإيجابيات لهذه النصوص، كذلك يقوم منهج الدراسة على استخدام الأسلوب الوصفي والذي يستهدف وصف المشكلة محل الدراسة وصفاً دقيقاً وشاملاً وبيان أسبابها وطرق معالجتها، أما المنهج المقارن وهو الأساسي في هذه الدراسة فيقوم على مقارنة التشريع الأردني في مسألة إعادة الاعتبار باعتبارها من المسائل الجزائية الهامة مع التشريعات الأخرى وسد النقص الحاصل في التشريع الأردني.

خطة الدراسة:

تتناول خطة الدراسة لهذا البحث ثلاثة مباحث أساسية كالآتي:

- المبحث الأول: ماهية إعادة الاعتبار
- المطلب الأول: مفهوم إعادة الاعتبار
- المطلب الثاني: الفرق بين إعادة الاعتبار وبعض الأنظمة المشابهة
- المبحث الثاني: صور إعادة الاعتبار
- المطلب الأول: إعادة الاعتبار القضائي
- المطلب الثاني: إعادة الاعتبار القانوني
- المطلب الثالث: موقف القضاء الأردني من صور إعادة الاعتبار
- المبحث الثالث: آثار إعادة الاعتبار
- المطلب الأول: الآثار الجزائية والمدنية لإعادة الاعتبار
- المطلب الثاني: نطاق تطبيق إعادة الاعتبار

المبحث الأول

ماهية إعادة الاعتبار

عُرفت المجتمعات القديمة نظام إعادة الاعتبار، فقد كان معروفاً عند الشعب الروماني، ثم انتقل إلى التشريعات الأوروبية، ففي فرنسا مثلاً كان يمنح بصورة إدارية ثم أصبح منتظماً في قانون العقوبات الفرنسي اعتباراً من عام ١٩٧١، ولكن للأسف فإن التشريعات الجزائية العربية لم تعرف هذا النظام إلا في بداية هذا القرن، فقد أُدخل إلى مصر في عام ١٩٣١، ونص عليه في قانون الإجراءات الجنائية وأخذ به في سوريا عام ١٩٤٩ في قانون العقوبات الحالي، أما في لبنان فلقد أخذت به عام ١٩٤٢، والعراق عام ١٩٦٧^(٢).

وفي المملكة العربية السعودية فقد صدر عدة قرارات لتنظيم تسجيل السوابق الجنائية ورد الاعتبار بناء على ما ورد في قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٥١) بتاريخ ١٢/١١/١٨٩٣ هـ والذي نص في المادة الثالثة منه على:

"يحدد وزير الداخلية الجرائم التي تجرح الاعتبار وتشين الكرامة، والتي تسجل في صحيفة السوابق. كجرائم أمن الدولة، والاعتداء العمد على النفس والعرض والمال والجرائم المخلة بالشرف والأمانة، والرشوة والتزوير وغيرها، ولا يدخل في ذلك الجنايات التي لا تكون ماسة بالاعتبار، كالقتل أو الإصابة الخطأ في حوادث السير ونحو ذلك".

واستناداً لهذا القرار بادرت المملكة العربية السعودية لإصدار لوائح تحدد قواعد رد الاعتبار وما يتعلق به من إجراءات، وبناء على ذلك أصدر وزير الداخلية القرار رقم (١٠٥٤) بتاريخ ١٠/٤/١٣٩٤ هـ بتحديد الجرائم التي تسجل في صحيفة السوابق، ثم أصدر القرار رقم (١٢٤٥) بتاريخ ١/٥/١٣٩٤ هـ بتحديد إجراءات سماع رد الاعتبار وبياناتها^(٣).

لهذا نجد أن المملكة العربية السعودية كانت من أوائل الدول العربية في التأكيد على حق المحكوم عليه في إعادة اعتباره وكفالة حريته، وهذا ما لمسناه من خلال

(٢) حجازي، صالح أحمد، سنة ١٩٩٧، إعادة الاعتبار بين النظرية والتطبيق، عمان، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ص ٣١.

(٣) خضر، عبد الفتاح، سنة ١٩٨٣، رد الاعتبار الجنائي في المملكة العربية السعودية، بحث منشور، مجلة معهد الإدارة العامة، الرياض، العدد (٤٧)، ص ٥٩-٦٠.

قرار مجلس الوزراء المتعلق بوضع نصوص تكفل للمحكوم عليه إعادة اعتباره حسب الشروط التي نص عليها القرار.

أما في المملكة الأردنية الهاشمية فنجد أن المشرع الجزائي الأردني قد تأخر عن التشريعات العربية الأخرى في وضع نصوص تعالج مسألة إعادة الاعتبار على الرغم من ارتفاع أصوات بعض الفقهاء التي تطالب بإدخال هذا النظام في التشريع الأردني، وبعد ذلك استجاب المشرع الأردني وأدخل سنة ١٩٩١ تعديلاً على قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، بهدف وضع نصوص تكفل للمحكوم عليه إعادة اعتباره حسب الشروط التي ينص عليها القانون، وقد صدر قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٩١، وذلك تحت المواد (٣٦٤) و(٣٦٥) والقانون المعدل لقانون العقوبات رقم (١٥) لسنة ١٩٩١، وذلك بإضافة الفقرة رقم (٧) إلى المادة رقم (٤٧) من قانون العقوبات الأردني، والتي أكدت على تقديم طلب إعادة الاعتبار وإجراءاته وشروطه وأسباب رفضه أو قبوله حسب الشروط التي ينص عليها القانون.

أما عن الأسباب التي دعنتي كباحث إلى مقارنة التشريع الأردني بالتشريعات العربية (المصري، السعودي، السوري، اللبناني) فهي ترجع إلى وجود الاختلاف في كثير من النقاط والتشابه في بعض النقاط حول مسألة رد الاعتبار، ولكون أيضاً هذه التشريعات تحكم مجتمعات عربية لها أعراف وتقاليد موحدة وقريبة من بعضها البعض، وهنا نستطيع أن نركز على أوجه الاختلاف والتشابه بشكل سلس وبانسجام تام ودون أن يعترني عملية المقارنة ما بين التشريع الأردني وهذه التشريعات أي صعوبة.

يُستنتج من ذلك أن المشرع الأردني مقارنة مع التشريعات العربية قد تأخر عن وضع نصوص قانونية تكفل حق المحكوم عليه في إعادة اعتباره، وقد كان ذلك محل انتقاد من بعض شُراح الفقه الجزائي على اعتبار أن إعادة اعتبار المحكوم عليه بعد تنفيذ العقوبة بحقه تعتبر من حقوق الإنسان التي كفلتها معظم التشريعات، ذلك أنه لا يستطيع أن يمارس الحقوق المدنية والسياسية دون إعادة اعتباره من الجرم الذي ارتكبه وحسب الشروط التي نص عليها القانون؛ لذلك سنتناول في هذا المبحث مطلبين أساسيين هما:

١ - المطلب الأول: مفهوم إعادة الاعتبار.

٢ - المطلب الثاني: الفرق بين إعادة الاعتبار وبعض الأنظمة المشابهة.

المطلب الأول

مفهوم إعادة الاعتبار

اختلف الفقه في تعريف إعادة الاعتبار، لكن معظم التعريفات والمفاهيم جاءت تركز على مضمون واحد وهو أن إعادة الاعتبار لمحكوم عليه تؤدي إلى إزالة الإدانة وجميع الآثار التي تترتب عليه، وقد عرّف جانب من الفقه إعادة الاعتبار بأنه: "إزالة حكم الإدانة بالنسبة للمستقبل على وجه تنقضي معه جميع آثاره ويصبح المحكوم عليه ابتداءً من إعادة اعتباره في مركز لم تسبق إدانته"^(٤).

كما عرفه جانب من الفقه بأنه: "حق رتبة الشارع لمن أُدين أو جرّم وحُكم عليه بعقوبة جنحية أو جنائية يستصدره من القضاء، أو يترتب له حكماً إذا استوفى شروطه القانونية. والحصول على هذا الحق يمكنه من التخلص من الآثار المترتبة على هذا الحق من حيث ما يتصل بحرمانه من حقوقه، أو الإشارة إلى تلك الآثار وربطه بها للحط من قيمته الأدبية والاجتماعية"^(٥).

وعرّف أيضاً بأنه: "إزالة الآثار الجنائية للحكم بالإدانة بحيث يأخذ المحكوم عليه وضعه في المجتمع، وذلك بتمكينه من الاندماج فيه كأبي مواطن صالح ضده أحكام جنائية"^(٦).

يُستنتج من هذه التعريفات أن إعادة الاعتبار تتمحور حول إزالة حكم الإدانة والآثار التي تترتب على هذا الحكم منذ تاريخ الموافقة على طلب إعادة الاعتبار قضائياً أو بحكم القانون أي بمرور المدة القانونية والتي بموجبها يمنح المحكوم عليه إعادة الاعتبار.

ويرى الباحث أن مجمل التعريفات السابقة جاءت ناقصة وغير شاملة لمفهوم إعادة الاعتبار من الناحية القانونية؛ لذلك فإن المفهوم المنهجي لإعادة الاعتبار يكون بأنه "طلب إجرائي يقدم من المحكوم عليه إلى القضاء أو يُمنح له بمرور الزمن بهدف إزالة آثار الحكم بالنسبة للمستقبل". ومن هنا نؤكد ومن هذا التعريف على الطبيعة

(٤) صافي، طه زكي، سنة ١٩٩٣، المبادئ الأساسية لقانون العقوبات اللبناني، لبنان، المدرسة الحديثة للكتاب، ص ٤١٨.

(٥) المومني، أحمد سعيد، سنة ١٩٩٢، إعادة الاعتبار ووقف تنفيذ العقوبة، عمان، جمعية عمال المطابع التعاونية، ص ١١.

(٦) القهوجي، علي عبد القادر، سنة ١٩٩٧، شرح قانون العقوبات، المكتبة القانونية، الإسكندرية، رسالة دكتوراه، ص ٤٢٣.

القانونية لإعادة الاعتبار باعتباره طلباً إجرائياً الهدف منه إعادة المحكوم عليه إلى المجتمع كي يصبح إنساناً فاعلاً ومندمجاً في مجتمعه، كما يرسخ هذا التعريف تحديد صور إعادة الاعتبار سواء أكان قضائياً بتقديم الطلب إلى القضاء أم قانونياً بمرور المدة اللازمة لإعادة الاعتبار للمحكوم عليه.

المطلب الثاني

الفرق بين إعادة الاعتبار وبعض الأنظمة المشابهة

عند الحديث عن الفرق بين إعادة الاعتبار وبعض الأنظمة القانونية المشابهة فإنه لا بد من التطرق إلى أن مصطلح إعادة الاعتبار قد ورد في المادة (٤٧) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ وفي الفصل الرابع تحديداً تحت عنوان سقوط الأحكام الجزائية، حيث تكلمت المادة (٤٧) عن الأسباب التي تسقط الأحكام الجزائية أو تمنع تنفيذها أو تؤجل صدورها، وهذه الأسباب بمجملها أسباب غير طبيعية إذ أن السبب الطبيعي هو بتنفيذ العقوبة.

لذلك فإنه لا بد من التفريق بين إعادة الاعتبار وبين بعض المصطلحات أو الأنظمة القانونية المشابهة، بهدف بيان أوجه الشبه والاختلاف بين هذه الأنظمة وإعادة الاعتبار موضوع الدراسة، لذا فإن من أهم هذه الأنظمة التي سنتناولها في هذا المطلب هي ما يلي:-

- ١- التقادم.
- ٢- وقف التنفيذ
- ٣- العفو الخاص.
- ٤- إعادة المحاكمة.

١ - التقادم:

يعتبر التقادم سبباً من أسباب سقوط دعوى الحق العام أو انقضاء حق الدولة بالعقاب، ويُعرف التقادم بأنه: "مرور مدة من الزمن يحدها القانون على وقوع الجريمة دون اتخاذ أي إجراء لتحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها فتتقضي الدعوة الجزائية بسبب عدم استعمالها خلال هذه المدة"^(٧)، وهذا يسمى تقادم الدعوى، أما

(٧) الحوامدة، لورنس سعيد، سنة ٢٠١٠، الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، عمان، دار الضياء للنشر والتوزيع، ص ٥٤.

تقادم العقوبة وهو ما يهمننا للتفريق بينه وبين إعادة الاعتبار فيُعَرَّف بأنه: " صدور حكم قطعي بالعقوبة، بحيث يؤدي مرور الزمن دون تنفيذ العقوبة بالمحكوم عليه إلى سقوطها^(٨)."

وتأكيداً على ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: (يتوجب على محكمة الاستئناف بدلاً من أن تصدق قرار قاضي الصلح أن تقرر فسخه، وأن تسقط الدعوى لمرور الزمن بالتقادم المنصوص عليها بالمادة ٣٣٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية) (تمييز جزاء أردني (هيئة عامة) رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٩ والصادر بتاريخ ١٤/٤/١٩٩٩)

نستنتج من ذلك وبعد استعراض تعريف تقادم العقوبة أن هناك فروقاً جوهرية وأساسية بين تقادم العقوبة وإعادة الاعتبار، من حيث أن تقادم العقوبة ينص على العقوبة فيمنع تنفيذها، أما إعادة الاعتبار فإنه ينص على حكم الإدانة فيزيله ويزيل آثاره.

كذلك فإن تقادم العقوبة لا يحول دون اعتبارها سابقة في التكرار، في حين أن إعادة الاعتبار للمحكوم عليه لا يعتبر سابقة في التكرار؛ ذلك أنه يمحو عنه صفة الإجرام، كذلك يعتبر التقادم من النظام العام الذي تتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ولا يجوز التنازل عنه، أما إعادة الاعتبار فهو حق لصالح المحكوم عليه حتى لو توافرت شروطه القانونية، وهو بالخيار إذا أراد أن يحصل عليه أم لا، وبالتالي فهو ليس من النظام العام ولا تحكم به المحكمة إلا بناء على طلب من المحكوم عليه، وذلك في حالة إعادة الاعتبار القضائي^(٩).

ويرى الباحث أن هنالك فرقاً جوهرياً بين إعادة الاعتبار والتقادم، يتمثل في أن إعادة الاعتبار يحتاج إلى طلب يقدم من المحكوم عليه للمحكمة للنظر فيه ضمن الشروط التي نص عليها القانون، بينما التقادم فإنه بمجرد استحقاقه تحكم به المحكمة ولو لم يطلبه الخصوم، ويستنتج من هذا كله أن هنالك فروقاً أساسية بين إعادة الاعتبار والتقادم كأنظمة قانونية تأتي تحت الأسباب التي تسقط العقوبة أو تؤجل تنفيذها أو تزيل حكم الإدانة.

(٨) الكيلاني، فاروق، سنة ١٩٨١، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، القاهرة، مطبعة النهضة المصرية، ص ٢٦٣.

(٩) حجازي، صالح أحمد، مرجع سابق، ص ٣٩-٤٠.

٢ - وقف التنفيذ:

يعتبر وقف التنفيذ من الأنظمة الجزائية التي تساعد المحكوم عليه على أن يصبح شخصاً فاعلاً بالمجتمع بعد صدور حكم عليه نتيجة ارتكابه جرمًا معيناً سواء أكان هذا الجرم جنائية أم جنحة، وهنا لا بد من توضيح مفهوم وقف التنفيذ، ويرى الباحث في هذا المجال أن وقف التنفيذ هو: "تعليق تنفيذ العقوبة على توافر شروط نص عليها القانون، تضمن حسن سيرة المحكوم عليه بعد صدور الحكم"، وقد نص المشرع الأردني على شروط وقف تنفيذ العقوبة بالمادة (٥٤) من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، حيث حدد المشرع الأردني فترة التجربة بثلاث سنوات تبدأ من اكتساب الحكم لدرجة القطعية، وفي هذه فإنه إذا انقضت فترة التجربة ولم يرتكب المحكوم عليه أي جرم فإن العقوبة الجزائية تسقط ويعتبر حكم الإدانة كأنه لم يكن، أما إذا ارتكب المحكوم عليه خلال فترة التجربة جرمًا تزيد العقوبة له عن شهر، فيلغى وقف التنفيذ وتنفذ العقوبة بحق المحكوم عليه، سواء أكان الفعل الذي ارتكبه المحكوم عليه قبل صدور أمر إيقاف التنفيذ أو بعد صدوره.

وتأكيداً على ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: (إذا استندت محكمة استئناف عمان لوقف تنفيذ العقوبة إلى كون المميز ضده شاباً متزوجاً وفي مستقبل العمر ولعدم وجود أسبقيات جرمية وإلى إتاحة المجال أمامه لعيش حياة كريمة، وأنه لن يعود إلى مخالفة القانون مما يبعث على الاعتقاد، وبأنه لن يعود إلى مخالفة القانون فإن القرار القاضي بوقف تنفيذ العقوبة بحقه لا يخالف القانون) (تمييز جزاء أردني رقم ٢٠٧٢/٢٠٠٩ هيئة خماسية تاريخ ٢٠١٠/٥/٥).

أما المشرع الفرنسي وبموجب نص المادة (١/٧٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية فقد قرّر عدم جواز وقف تنفيذ العقوبة إلا بالنسبة إلى المجرمين الذين لم يسبق الحكم عليهم خلال السنوات الخمس السابقة في جنائية أو جنحة، سواء بعقوبة جنائية أو بالحبس في جنحة لمدة تزيد على شهرين، وعلى ذلك يستفيد من نظام إيقاف التنفيذ المجرمون المبتدئون، والعائدون الذين يظهرون كما لو كانوا قد ارتكبوا الجريمة لأول مرة، وهم الذين ارتكبوا جرائم لم تظهر في صحائف السوابق بسبب تمتعهم بالعفو عنها، والعائدون الذين سبق الحكم عليهم بالغرامة فقط، وكذلك المجرمون الذين سبق أن حكم عليهم بالحبس حتى ولو جاوز الشهرين إذا تعلق الأمر بجريمة سياسية أو عسكرية^(١٠).

(١٠) مقابلة، حسن يوسف، سنة ٢٠١١، دور الادعاء في تحقيق الشرعية الجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص ٦٨٤.

وإلى جانب وقف التنفيذ البسيط، فقد عرف المشرع الفرنسي نظام وقف التنفيذ المقترن بالوضع تحت الاختبار، حيث نصت المادة (٧٣٨) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه في حالة الحكم بالحبس لجريمة من جرائم القانون العام، إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بعقوبة الحبس، أو إذا كان قد حكم عليه بهذه العقوبة لمدة ستة أشهر أو أقل، فإنه يجوز للقاضي عندما يأمر بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس، أن يأمر بوضع المحكوم عليه تحت الاختبار^(١١).

أما في المملكة العربية السعودية فإنها لم تأخذ بوقف التنفيذ القضائي بل أن وقف التنفيذ بالمملكة والتي أخذت به هو وقف التنفيذ الإداري، حيث نص النظام على أنه يجوز لوزير الداخلية ولأسباب موجبة وقف نفاذ عقوبة الحبس المحكوم بها وفق الشروط التي نص عليها القانون، وقد وجد تطبيق آخر في مجال قضايا الرشوة والتزوير حيث تم وقف تنفيذ العقوبة إدارياً أيضاً. ويرى الدكتور خضر عبد الفتاح أن الأخذ بفكرة وقف التنفيذ في المملكة العربية السعودية فضلاً عن الطبيعة الإدارية لم يصاحبه تنظيم متكامل لهذه الفكرة، حيث لا يوجد تحديد لفترة الوقف التي يتعين أن يسلك المحكوم عليه خلالها سلوكاً حسناً ولا يوجد بيان بالآثار التي تترتب لصالح المحكوم عليه^(١٢).

ويرى الباحث أن المملكة العربية السعودية كانت من أوائل الدول التي أخذت بنظام وقف التنفيذ وأدخلته ضمن نصوصها القانونية وهذا يسجل للمملكة، لأن نظام وقف التنفيذ يساعد المحكوم عليه على أن يرجع إنساناً صالحاً وفاعلاً في المجتمع، إذا انطبقت عليه شروط وقف التنفيذ التي نص عليها القانون.

أما فيما يتعلق بأوجه التشابه والاختلاف ما بين وقف تنفيذ العقوبة وإعادة الاعتبار، وهو ما يهمننا في هذا المجال، فالتشابه بينهما هو بفترة التجربة، فكل من وقف التنفيذ وإعادة الاعتبار تحتاج إلى فترة تجربة تثبت حسن سيرة المحكوم عليه وسلوكه قبل تنفيذ الحكم وبعد تنفيذه، إضافة إلى ذلك فإن كلا من وقف التنفيذ وإعادة الاعتبار لا يشملان إلا الجنايات والجنح، أما المخالفات فلا وقف تنفيذ فيها ولا إعادة الاعتبار، كذلك فإن هنالك فرقاً آخر يتمثل في أن للقضاء سلطة تقديرية في وقف التنفيذ، أي أن القضاء يستطيع في وقف التنفيذ إما منحه أو رفضه، بعكس إعادة الاعتبار والذي ليس للقضاء سلطة تقديرية فيه، فمتى توافرت شروط إعادة الاعتبار حسب القانون، فالقضاء مجبر بإعادة الاعتبار للمحكوم عليه دون سلطة تقديرية للقضاء في هذا المجال.

(١١) Couvrat, (P). 1998: Les procedur de revocation du suvsis, Rev.Sc.crim. P. 611.

(١٢) خضر، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ٦١.

٣ - العفو الخاص:

يعتبر العفو الخاص صلاحية من صلاحيات جلالة الملك التي نص عليها الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ والتي تضمنت حق جلالة الملك في إصدار العفو الخاص عن شخص ارتكب جريمة، ويكون العفو الخاص إما العفو من العقوبة أو جزء منها أو باستبدالها بعقوبة أخف، وقد نص الدستور الأردني في المادة (٣٨) منه على ما يلي: "للملك حق العفو الخاص وتخفيض العقوبة وأما العفو العام فيقرر بقانون خاص".

كما نصت المادة (٥١) من قانون العقوبات الأردني على العفو الخاص بما يلي:

- ١ - مشفوعاً ببيان رأيه.
- ٢ - لا يصدر العفو الخاص عمن لم يكن قد حكم عليه حكماً مبرماً.
- ٣ - العفو الخاص شخصي ويمكن أن يكون بإسقاط العقوبة أو إبدالها أو بتخفيفها كلياً أو جزئياً.

ويرى الباحث وبناء على ما تقدم بأن تعريف العفو الخاص يكمن بما يلي "منحة من جلالة الملك تتضمن إعفاء المحكوم عليه من العقوبة أو تخفيفها كلياً أو جزئياً، أو إبدالها بعقوبة أخف". كذلك فإنه لا بد من توفر شروط للعفو الخاص أبرزها أن يكون هنالك حكم مبرم وقطعي بمعنى أنه استنفذ جميع طرق الطعن، وأيضاً لا بد من تقديم طلب العفو الخاص إلى مجلس الوزراء الذي بدوره يقوم بالتنسيب بهذا الطلب إلى جلالة الملك لإصداره.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الدراسة هو: هل هنالك فرق بين العفو الخاص وإعادة الاعتبار؟

بالمقارنة بين العفو الخاص وإعادة الاعتبار لا نجد أنهما ينتميان إلى طائفتين مختلفتين، ففي حين ينتمي العفو الخاص إلى طائفة الأسباب التي تسقط العقوبة، وبالمقابل نجد أن إعادة الاعتبار ينتمي إلى طائفة الأسباب التي تلغي الحكم بالإدانة وتلغي آثاره بالنسبة للمستقبل، في حين أن العفو الخاص ينصب على العقوبة ذاتها فيمنع تنفيذها وذلك بإسقاطها كلياً أو جزئياً أو باستبدالها بعقوبة أخف، وأيضاً يعتبر العفو الخاص عملاً من أعمال السيادة باعتباره يصدر عن رئيس الدولة، بينما يعتبر إعادة الاعتبار عملاً من أعمال القضاء لأنه يصدر عن السلطة القضائية^(١٣).

(١٣) حجازي، صالح أحمد، مرجع سابق، ص ٤٥.

٤ - إعادة المحاكمة:

إن طلب إعادة المحاكمة عبارة عن نظام يهدف إلى رؤية الدعوى الجزائية التي حكم بها سابقاً مرة أخرى بعد أن يكون الحكم قد استنفد جميع طرق الطعن وبعد فوات المدة القانونية للطعن فيه، وهو طريق غير عادي للطعن في الأحكام القطعية الصادرة بعقوبة جنائية لغرض تصحيح الأخطاء القضائية التي تشوب الحكم الذي اكتسب قوة الأمر المقضي به، لإثبات براءة المحكوم عليه^(١٤).

وقد أجاز المشرع الفرنسي طلب إعادة المحاكمة في المادة (٦٢٢) من قانون الإجراءات الجنائية، بعد أن يصبح الحكم باتاً في الجنايات والجرح، وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع المصري في المادة (٤٤١) من قانون الإجراءات الجنائية، والمشرع الأردني في المادة (٢٩٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

تختلف إعادة المحاكمة عن إعادة الاعتبار في عدة نقاط أساسية، تتلخص في أن إعادة الاعتبار لا تمحو الحكم بالنسبة للماضي وإنما ترفع آثاره بالنسبة للمستقبل فقط، أما طلب إعادة المحاكمة فيترتب على قبوله انقضاء الحكم بأثر رجعي.

كذلك يقوم طلب إعادة المحاكمة على ثبوت الخطأ القضائي، أما إعادة الاعتبار فهو مبني على ثبوت هداية المحكوم عليه وحسن سيرته مدة معينة^(١٥). ويرى الباحث أن هنالك فرقاً جوهرياً آخر بين إعادة الاعتبار وإعادة المحاكمة، يتلخص في أن إعادة المحاكمة يمكن تقديم طلبه إلى القضاء قبل تنفيذ الحكم بحق المحكوم عليه ضمن الشروط التي نص عليها القانون، بينما إعادة الاعتبار فإنه لا يجوز تقديم طلب إعادة الاعتبار إلا بعد صدور حكم قطعي تم تنفيذه بحق المحكوم عليه.

(١٤) مقابلة، حسن يوسف، مرجع سابق، ص ٦٦٣.

(١٥) الدركزلي، ياسين، سنة ١٩٨٠، طرق الطعن في الأحكام في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، دمشق، المكتبة القانونية، ص ٢٣٠.

المبحث الثاني صور إعادة الاعتبار

تختلف صور إعادة الاعتبار الجنائي في القوانين المعاصرة، فهو إما أن يكون إعادة اعتبار قضائي يصدر بحكم من المحكمة المختصة بناء على طلب من المحكوم عليه بعد توفر شروطه القانونية، وإما أن يكون قانونياً فبمجرد توفر شروطه القانونية بمرور المدة القانونية اللازمة يستحقه المحكوم عليه بحكم القانون ودون الرجوع للمحاكم.

ولقد مر نظام إعادة الاعتبار بمراحل ثلاث حتى استقرت أحكامه على ما هي عليه الآن، فقد كان إدارياً ثم أصبح قضائياً، وأخيراً قانونياً، أما التشريعات المعاصرة فنجد أن في معظمها تجمع بين إعادة الاعتبار بواسطة القضاء وإعادة الاعتبار بقوة القانون^(١٦). ففي فرنسا مثلاً عُرف إعادة الاعتبار الإداري حيث كان يمنح لكل من حكم عليه بالأشغال الشاقة أو النفي السياسي وقضى هذه العقوبة في المستعمرات ليصار بعد ذلك إلى إعادة اعتباره لعدم حرمانه من حقوقه المدنية ورد أمواله، وقد ورد النص على هذا النوع من إعادة الاعتبار في عام ١٨٥٤، ١٨٧٢^(١٧)، أما في لبنان فقد أخذ المشرع اللبناني بإعادة الاعتبار بصورتيه القانونية والقضائية^(١٨). وفي التشريع الأردني والمصري فقد أخذ بنظام إعادة الاعتبار القضائي والقانوني، إلى جانب ذلك نجد أن المشرع في المملكة العربية السعودية أخذ بنظام إعادة الاعتبار الإداري حيث أصدر عدة قرارات لتنظيم تسجيل السوابق الجنائية ورد الاعتبار، ومنها قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (١٢٥١) بتاريخ ١٢/١١/١٣٩٢هـ، ثم قرار وزير الداخلية السعودي رقم (١٠٥٤) بتاريخ ١٠/٤/١٣٩٤هـ، والقرار رقم (١٢٤٥) بتاريخ ١/٥/١٣٩٤هـ، حيث ركزت هذه القرارات في مجملها على الأخذ بنظام إعادة الاعتبار فقط بالنوع الإداري وليس القضائي أو القانوني وتنظيم إجراءات إعادة الاعتبار وكيفية تقديمه^(١٩).

(١٦) عبد الملك، جندي، سنة ١٩٥٤، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، بيروت دار إحياء التراث العربي، ص ٢٥١.

(١٧) إسماعيل، محمود إبراهيم، سنة ١٩٤٥، الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، القاهرة، مكتبة عبد الله وهبه، ص ٧٢٣.

(١٨) صافي، طه زكي، مرجع سابق، ص ٤١٩.

(١٩) خضر، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ٥٩-٦٠.

لذا سنتناول في هذا المبحث دراسة صور إعادة الاعتبار في ثلاثة مطالب أساسية هي ما يلي:

المطلب الأول: إعادة الاعتبار القضائي.

المطلب الثاني: إعادة الاعتبار القانوني.

المطلب الثالث: موقف القضاء الأردني من صور إعادة الاعتبار.

المطلب الأول إعادة الاعتبار القضائي

يعتبر إعادة الاعتبار القضائي من أهم أنواع إعادة الاعتبار؛ حيث يتضمن هذا النوع أحقية المحكوم عليه بتقديم طلب لإعادة اعتباره بعد تنفيذ العقوبة بحقه إلى القضاء ضمن الشروط التي نص عليها القانون، وبالنتيجة القضاء يقرر منح إعادة الاعتبار للمحكوم عليه أو رفضه في حال توفر الشروط بحق المحكوم عليه من عدمه، وقد اختلفت الدول بالأخذ بنظام إعادة الاعتبار القضائي، فبعضها أخذ بهذا النظام والبعض الآخر من الدول لم يأخذ به.

ففي لبنان أخذ المشرع بنظام إعادة الاعتبار القضائي في المادة (١٤٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني بقوله: "يجوز إعادة الاعتبار للمحكوم عليه بجناية أو جنحة، ويصدر القرار بذلك من الهيئة الاتهامية التابع لها محل إقامة المحكوم عليه^(٢٠)".

أما في سوريا فقد أخذ المشرع السوري بإعادة الاعتبار القضائي ونص عليها في المادة (١٥٨) من قانون العقوبات السوري بقولها: "كل محكوم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة يمكن منحه إعادة الاعتبار بقرار قضائي^(٢١)".

أما في المملكة العربية السعودية فإن المشرع السعودي لم يأخذ بإعادة الاعتبار القضائي بل أخذ بنوع واحد وهو إعادة الاعتبار الإداري، والذي يقدم كطلب من قبل المحكوم عليه إلى لجنة إدارية تشكل لهذه الغاية.

وفي التشريع الفرنسي وحتى سنة ١٩٧٠م، كانت المادة (٧٨٢) من قانون

(٢٠) الموسري، أحمد حسين، سنة ٢٠٠٢، قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٤٣.

(٢١) ستانبولي، أديب، سنة ١٩٩٧، شرح قانون العقوبات السوري، رقم ١٤٨، تاريخ ١٩٤٩/٦/٢٢، دمشق، المكتبة القانونية، ص ١٨٤.

الإجراءات الجنائية تقصر رد الاعتبار على الأحكام الصادرة في الجنايات والجنح دون المخالفات، تأسيساً على أن تلك الأحكام الصادرة فيها لا تمس الأهلية والاعتبار، فضلاً عن عدم ظهورها في صحيفة السوابق، ولكن عند تعديل قانون الإجراءات الجنائية بتاريخ ١٧/٧/١٩٧٠م، جعل رد الاعتبار شاملاً مواد المخالفات، وقد فات المشرع الفرنسي النص على المدة اللازمة لرد الاعتبار بها، فجرى تعديل مرة أخرى بالقانون الصادر في ١١/٧/١٩٧٥م، ونص فيه على أن المدة اللازمة لرد الاعتبار في المخالفات سنة واحدة، مع العلم أن المدة الواجب انقضاؤها في الجنايات هي ست سنوات، وثلاث سنوات في الجنح، تبدأ من يوم الإفراج النهائي أو العفو أو من يوم الإفراج الشرطي ما لم يعدل عنه، وتبدأ في حالة سقوط العقوبة بالتقادم من تاريخ انقضاء المدة المقررة لذلك السقوط، وبالنسبة للعقوبات المالية والسالبة للحقوق والمنع من الإقامة متى كانت من العقوبات الأصلية، تبدأ المدة من وقت صيرورة الحكم نهائياً وفقاً للمادة (٧٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية^(٢٢).

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي أجاز التحلل من جميع شروط رد الاعتبار إذا ما قدم المحكوم عليه خدمات جليلة للدولة، معرضاً فيها حياته للخطر، وتضاعف مدة الاختبار إلى عشر سنوات في الجنايات، وخمس سنوات في الجنح في أحوال العفو^(٢٣).

وفي المملكة الأردنية الهاشمية فقد أخذ المشرع الأردني بإعادة الاعتبار ونص عليه في المادة (٣٦٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والتي في مضمونها وصفت الشروط الأساسية لإعادة الاعتبار القضائي كما يلي:

- ١ - أن تكون العقوبة المحكوم بها قد نفذت تنفيذاً كاملاً.
- ٢ - أن يكون قد انقضى من تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة المحكوم بها ست سنوات إذا كانت جنائية وثلاث سنوات إذا كانت جنحة.
- ٣ - أن تكون الالتزامات المدنية التي انطوى عليها الحكم قد تم الوفاء بها إذا أسقطت أو جرى عليها التقادم.
- ٤ - أن يتبين للمحكمة أنه كان حسن السلوك وأن يثبت التحقيق في سيرته بعد الإفراج عنه أنه قد صلح فعلاً.

(٢٢) مقابلة، حسن يوسف، مرجع سابق، ص ٧٠٦.

(٢٣) Besencon, (A), 2002: La liberation conditionnelle depuis le code de procedure penale, P. 99.

وتأكيداً على ذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه يستفاد من نص المادتين (٣٦٤) و(٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية أنه لا يوجد بها ما يتضمن إعادة الحكم للمحكومين بالعقوبات الجنائية من حكم قضائي بذلك عند توافر شروط ذلك (قرار محكمة تمييز جزاء رقم ٢٠٧/٢٠١٠ (هيئة خماسية تاريخ) ٢٢/٤/٢٠١٠).

وقضت أيضاً محكمة النقض السورية بأنه: (أن المادة ١٥٨ من قانون العقوبات قد نصت على أن كل محكوم عليه بعقوبة جنائية يمكن منحه إعادة الاعتبار بعد انقضاء سبع سنوات على تنفيذها، بشرط ألا يكون قد صدر بحقه حكم لاحق، وذلك لأن كل حكم لاحق يقطع سريان المدة) (نقض سوري رقم ٥٢٨ تاريخ ٢٠/٥/١٩٦٣ ص١٤٨، مجموعة أحكام محكمة النقض السورية).

أما عن شروط إعادة الاعتبار القضائي فقد تعددت الآراء الفقهية في هذا المجال؛ لكنها كانت متفقة بالمجمل على نفس الشروط، حيث يذهب اتجاه من الفقه الجنائي إلى أن شروط إعادة الاعتبار القضائي تتلخص في:

- ١ - أن تكون العقوبة قد نفذت تنفيذاً كاملاً أو صدر عنها عفو أو أسقطت بمضي المدة، ويقصد بالتنفيذ الكامل للعقوبة استيفاء المدة المحكوم بها إذا كانت عقوبة مقيدة للحرية بما فيها فترة الإفراج الشرطي، وإذا كانت العقوبة بالغرامة وجب أن تكون قد دفعت بكاملها ولا يكفي أن يكون المحكوم عليه قد نفذ جزءاً منها.
- ٢ - أن تكون مدة التجربة التي نص عليها القانون قد انقضت، والهدف من هذه المدة هو التأكد من جدارة المحكوم عليه برد اعتباره إليه.
- ٣ - أن يفي المحكوم عليه بكامل ما حكم به عليه من غرامة أو رد أو تعويض أو مصاريف، والمقصود بهذا الشرط أنه إذا ترتب على الجرم الذي ارتكبه المحكوم عليه أي غرامة أو رد أو تعويض لصالح المجني عليه أو نوبه، فإنه لا يستحق إعادة الاعتبار إلا بعد قيامه بدفع ما هو مترتب في ذمته من تعويضات أو غرامات أو رد لصالح الجهات المختصة أو نوب المجني عليه نفسه كشرط من شروط إعادة الاعتبار القضائي^(٢٤).

وبذلك قضت محكمة التمييز الأردني بأنه (يستفاد من الفقرة ٢ من المادة ٣٦٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، أنه إذا كان طالب إعادة الاعتبار قد

(٢٤) القهوجي، علي عبد القادر، مرجع سابق، ص ٤٢٥-٤٢٦.

صدر بحقه أكثر من حكم فلا يحكم بإعادة الاعتبار له إلا إذا تحققت الشروط المنصوص عليها في الفقرة ١ من هذه المادة) (تميز جزاء أردني رقم ٧٣٣/٢٠٠٤ هيئة خماسية تاريخ ٢٠٠٤/٦/٣).

وقضت أيضاً محكمة النقض المصرية بأنه: (لا يحكم بإعادة الاعتبار إلا إذا توافرت شروط، منها أن تكون العقوبة قد نفذت ولو عُفي عن المحكوم عليه بها أو سقطت بمضي المدة الطويلة) (نقص مصري تاريخ ٢٧ يولية لسنة ١٩٣١ والخاص بطلب رد الاعتبار رقم ١٣٤ والمقيد بجدول المحكمة رقم ٥٣ لسنة ١٩٣١).

ويرى الباحث أن هنالك شرطاً أساسياً من شروط إعادة الاعتبار يتمثل بوجود شهادة حسن سيرة وسلوك من مدير السجن تثبت حسن سير وسلوك المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة بحقه، وكذلك عدم ارتكاب المحكوم عليه أي عقوبة سواء أكانت جنائية أم جنحة أثناء فترة التجربة.

أما عن إجراءات إعادة الاعتبار القضائي فقد اختلفت التشريعات العربية من حيث إجراءات إعادة الاعتبار في بعض المفاصل إلا أن المضمون واحد، ففي المملكة العربية السعودية يقدم طلب رد الاعتبار إلى الحاكم الإداري المختص في المنطقة التي يقع في دائرتها محل إقامة المحكوم عليه، بحيث يكون الطلب متضمناً البيانات الكافية عن الجريمة والحكم والجهة التي أصدرته، وكيفية التنفيذ، وتاريخ الانتهاء منه، وما تم بشأن الالتزامات المدنية المترتبة للغير، وما يدل على استقامة المحكوم عليه، بعد ذلك يجري الحاكم الإداري التحريات اللازمة للتأكد من صلاح أمر المحكوم عليه ثم ترفع نتيجة التحريات إلى لجنة (رد الاعتبار) بوزارة الداخلية مشفوعة بمذكرة بالرأي الذي يقترحه الحاكم الإداري حيال طلب رد الاعتبار، وبعد ذلك تحال الطلبات إلى لجنة رد الاعتبار المنصوص عليها في المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٥١) بتاريخ ١٢/١١/١٣٩٢هـ، بحيث تقوم اللجنة بالتأكد من استيفاء البيانات والأوراق وتثبت من أن طالب رد الاعتبار لم يرتكب جريمة خلال خمس سنوات قبل تقديم الطلب، كما تتأكد من صلاح أمر الطالب، بعد ذلك تحدد اللجنة جلسة النظر في الطلب وفي تلك الجلسة تنظر في الطلب سواء حضر أصحاب الشأن أم غابوا، وإذا رأت اللجنة عدم إجابة طلب المحكوم عليه، فإنها تقرر حفظ الأوراق مع بيان أسباب عدم الإجابة ولا يمنع ذلك الطالب من أن يعيد تقديم طلب جديد بعد زوال السبب الذي دعا اللجنة إلى رفض طلبه دون انتظار مدة معينة^(٢٥).

(٢٥) خضر، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ٦٩-٧٠.

أما في المملكة الأردنية الهاشمية فقد نص المشرع الأردني على إجراءات إعادة الاعتبار في المادة (٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني بقبولها بتقديم طلب إعادة الاعتبار خطياً إلى المدعي العام في محكمة البداية المختصة متضمناً البيانات المتعلقة بشخصية الطالب ومكان إقامته ويرفق بالطلب ما يلي:

- أ - صورة مصدقة عن الحكم الصادر بحقه.
- ب - شهادة من الدوائر الأمنية المختصة تتضمن الأحكام الصادرة بحقه وسوابقه القضائية.
- ج - تقرير عن سلوكه في أثناء وجوده في السجن.

ويستفاد من النص المذكور أعلاه أن طلب إعادة الاعتبار يقدم بشكل خطي وليس شفهي إلى المدعي العام المختص ضمن إطار محكمة البداية التابع لها المدعي العام، ويجب أن يحتوي هذا الطلب على بيانات شخصية تتعلق بالمحكوم عليه بالإضافة إلى أوراق ووثائق تؤكد صحة ما جاء في الطلب وجدية المحكوم عليه في إعادة الاعتبار حسب الشروط التي نص عليها القانون، وبعد ذلك يقدم المدعي العام الطلب بعد دراسته بشكل دقيق مع الأوراق والبيانات مشفوعاً برأيه إلى محكمة البداية المختصة للنظر في الطلب تدقيقاً.

ونلاحظ هنا أن معظم التشريعات الإجرائية الحديثة حصرت تقديم طلب رد الاعتبار القضائي بعريضة إلى النيابة العامة، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٨٥) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، والمادة (٥٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (٣٤٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (٤٨١) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي.

كما منحت التشريعات الإجرائية النيابة العامة سلطة الاستيثاق والتحقيق المسبق قبل تقديم طلب رد الاعتبار إلى المحكمة المختصة بهدف تغطية المسائل التي تفيد في عودة الثقة إلى المحكوم عليه، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، والمادة (٥٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (٢/٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والمادة (٣٤٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

أما عن المدة التي يجب على المدعي العام بعد تدقيق أوراق الطلب وتقديم مطالعته ورأيه، فقد أعطى المشرع الأردني للمدعي العام مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر

من تاريخ تقديم الطلب إليه، حيث إنه عليه خلال هذه المدة تقديم الطلب إلى المحكمة مشفوعاً برأيه ومطالعة حسب أحكام المادة (٣/٣٦٥).

والهدف من إعطاء المدعي العام مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر هو أن يقوم بإجراء التحريات والتحقيقات اللازمة للتأكد من توافر شروط إعادة الاعتبار بحق المحكوم عليه، والتأكد من سيرته.

وحسناً فعل المشرع الأردني بتحديد مدة تقديم طلب إعادة الاعتبار إلى المحكمة المختصة بثلاثة أشهر، وإن كنت أميل إلى تقصير هذه المدة الممنوحة للنيابة العامة، خاصة أن الطالب لإعادة الاعتبار يكون بانتظار هذا الحكم ليتمكن من العودة لممارسة حياته الطبيعية والمهنية في المجتمع.

أما عن إجراءات نظر الطلب من قبل محكمة البداية المختصة بعد إحالة الطلب إليها من المدعي العام، فقد نصت على تلك الإجراءات المادة (٣/٣٦٥) بقولها: "تنظر في الطلب وتفصل فيه تدقيقاً، على أنه يجوز لها سماع أقوال أي شخص تراها مناسبة وأن تطلب أي معلومات تراها ضرورية من أي جهة من الجهات، ويكون قرارها في الطلب قابلاً للطعن لدى محكمة التمييز لخطأ في تطبيق القانون أو تأويله، ويخضع هذا الطعن للمواعيد والإجراءات المقررة للطعن في الأحكام بطرق التمييز".

وباستعراض نص المادة (٣/٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني نرى أن المحكمة لها دور أساسي، فعندما يقدم إليها طلب إعادة الاعتبار تقوم بتدقيق هذا الطلب وسماع أقوال أي شخص تراها ضرورياً للفصل في الطلب، وللمحكمة أن تطلب أي معلومة تراها ضرورية للفصل في الطلب وإصدار قرار فيه يحقق العدالة، ويكون قرار المحكمة في الطلب قابلاً للطعن لدى محكمة التمييز في حالة واحدة هي وجود خطأ في تطبيق القانون أو تأويله.

ونجد أن غالبية التشريعات الإجرائية أجازت سماع أقوال النيابة العامة عند نظر المحكمة لطلب رد الاعتبار، والغاية من ذلك حتى تتمكن المحكمة من استيفاء كل ما تراها لازماً من معلومات متعلقة بطلب رد الاعتبار من شأنها إزالة الغموض والوصول للحقيقة، ولم يقصر المشرع هذا السماع على النيابة وحدها بل أجاز للمحكمة كذلك سماع أقوال مقدم الطلب من باب المساواة بين المراكز القانونية في الدعوى الجنائية، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٤٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (٣٤٦/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (٤٣٥/١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

أما السؤال الذي يطرح: هل يحق للمحكمة بعد رفض طلب رد الاعتبار أن تنظره من جديد؟، أجاب المشرع الأردني على هذا السؤال في المادة (٤/٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الأردني لقوله: "إذا رفض طلب إعادة الاعتبار بسبب يرجع إلى سلوك المحكوم عليه، فلا يجوز تجديده إلا بعد مضي سنتين على صدور القرار".

أما إذا رفض طلب رد الاعتبار لأي سبب آخر فيجوز تجديده في أي وقت متى توافرت الشروط القانونية لذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، والمادة (٥٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (٤/٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (٤٨٩) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، والمادة (٣٤٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (٤٣٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، والمادة (٤٣٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

ويرى الباحث من خلال استعراض إجراءات إعادة الاعتبار في كل من المملكة العربية السعودية والمملكة الأردنية الهاشمية أن إجراءات إعادة الاعتبار في المملكة العربية السعودية جاءت أفضل وتحقق العدالة في بعض المفاصل من الإجراءات المتبعة في المملكة الأردنية الهاشمية في عدة نواحي وهي:

أ - لا يمنع المشرع السعودي المحكوم عليه في حال رفض طلبه من قبل اللجنة الإدارية المختصة لطلبات إعادة الاعتبار أن يعيد تجديد الطلب لدى اللجنة مرة أخرى دون مرور مدة معينة، كما في التشريع الأردني والذي اشترط مدة سنتين بعد رفض طلبه حتى يستطيع المحكوم عليه تقديم طلب جديد.

ب - حدد المشرع السعودي فترة تقديم طلب إعادة الاعتبار خمس سنوات بحيث لم يرتكب المحكوم عليه أي جريمة خلال خمس سنوات قبل تقديم الطلب، والهدف من هذه المدة التأكد من صلاح أمر المحكوم عليه، أما المشرع الأردني فوضع مدة ست سنوات للجنايات وثلاث سنوات للجنح، لذلك نرى بأن المشرع السعودي وخذ هذه المدة بخمس سنوات، سواء أكانت للجنايات أم للجنح، واعتقد بأن فترة خمس سنوات فترة كافية وعادلة لإثبات صلاح أمر المحكوم عليه.

وكان الأولى بالتشريع الأردني أن يمنح النيابة العامة سلطة قبول الطلب الجديد بإعادة الاعتبار دون أن تقيده بمدة في حالة رفضه لسبب يرجع إلى سلوك المحكوم عليه، وخاصة إذا ما رأت النيابة العامة تحقق هذا الشرط في أي وقت لأنه يكفي ابتداءً تحديد مدة رد الاعتبار بست سنوات في الجنايات، وثلاث سنوات في الجنح، كما أن الشخص المحكوم عليه قد يكون سلوكه قوياً لحظة طلب رد الاعتبار فتتحقق شروطه

فتصدر المحكمة قراراً بإعادة اعتباره، ثم يرتكب بعد ذلك جرماً، فضلاً عن حق النيابة العامة بطلب إلغاء الحكم الصادر برد الاعتبار إذا ما تحققت شروطه القانونية. ومما يؤيد موقفنا هذا أن المشرع الفرنسي قد لجأ إلى إلغاء شروط حسن السلوك في الإفراج الشرطي واعتمد بصفة أساسية على ضمانات التأهيل الاجتماعي بعد أن عدل المادة (١/٧٢٩) من قانون الإجراءات الجنائية بالقانون الصادر في (٢٩) ديسمبر لسنة ١٩٧٢م، وإن كان هذا الشرط يؤخذ بعين الاعتبار في إنقاص العقوبة.

لكن فائتي وفي نهاية المطالب أن أعالج مسألة مهمة في مجال الأحكام الصادرة بإعادة الاعتبار تتمثل معالجة هذه المسألة بالإجابة على السؤال وهو: هل يجوز إلغاء الحكم الصادر بإعادة الاعتبار؟.

يذهب اتجاه من الفقه الجنائي إلى جواز إلغاء الأحكام الصادرة برد أو إعادة اعتبار المحكوم عليه إذا توافرت الشروط التالية:

١ - إذا ظهر أن المحكوم عليه صدرت ضده أحكام أخرى لم تكن المحكمة تعلم بها وقت أن حكمت بإعادة الاعتبار.

٢ - إذا صدر حكم عليه بعد إعادة اعتباره في جريمة وقعت قبله، وذلك حتى لا يستفيد الطالب من إخفاء جريمة يكون قد ارتكبها في مدة الاختبار، فهي لم تكن في تقدير القاضي لحسن سلوكه، ويعتبر هذا الإلغاء جوازي وتقضي به المحكمة التي قضت بإعادة الاعتبار^(٢٦).

ومن الملاحظ أن معظم التشريعات الإجرائية لم تمنح النيابة العامة سلطة الحكم بطلب رد الاعتبار وقصرت سلطاتها على التحقق من شروطه، ووجوب تقديمه لها لتقديمه إلى المحكمة المختصة وإلا حكم بعدم قبوله شكلاً، إذا قدم بصورة مباشرة إلى المحكمة المختصة، وهذا مسلك صحيح لأن إلغاء آثار الحكم لا يكون من جهة إصداره، إلا أن المشرع الإجرائي اللبناني قد خرج عن هذه القاعدة ومنح الهيئة الاتهامية سلطة اتخاذ القرار برد الاعتبار وفقاً للمادة (٢/٤٢٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية^(٢٧).

ويرى الباحث أن هذه الشروط مخففة وعادلة؛ لأن الغاية والهدف من إعادة

(٢٦) سرور، أحمد فتحي، سنة ١٩٨٩، الوسيط في قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٧١٧.

(٢٧) Stefani, (G). Levasseur, (G). 2001: procedure penale. T.18. P.699.

الاعتبار هو صلاح المحكوم عليه لأن يرجع شخصاً فاعلاً ومنتجاً في المجتمع، فإذا ثبت عدم صلاحيته بارتكابه جرمًا لم تعلم به المحكمة وقت أو قبل صدور الحكم بإعادة الاعتبار، فالأصل أن يلغى حفاظاً على الأمن الاجتماعي للمجتمع.

والجدير بالذكر أن المحكمة المختصة بنظر طلب رد الاعتبار وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي هي محكمة الاستئناف، حيث يستطلع رأي قاضي تطبيق العقوبات وفقاً للمادة (٧٩١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، ويرسل الطلب مشفوعاً برأي النيابة العامة إلى محكمة الاستئناف (م ٧٩٢) التي ترفع الأمر إلى المحكمة (م ٧٩٣) والتي يكون لها حرية القبول أو الرفض.

أما في مصر فهي محكمة الجنايات وفقاً للمادة (٥٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (١٥٦٢) من التعليمات العامة للنيابات في المسائل الجنائية.

المطلب الثالث

إعادة الاعتبار القانوني

يُعرف إعادة الاعتبار القانوني بأنه: "حق للمحكوم عليه يتقرر بقوة القانون بانقضاء فترة التجربة التي حددها القانون".

وقد نص المشرع الأردني على إعادة الاعتبار القانوني في المادة (٣/٣٦٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني بقولها:-

"أ - كل محكوم عليه بعقوبة جنحية بالحبس يعود اعتباره إليه حكماً إذا لم يحكم عليه خلال خمس سنوات من تاريخ انتهاء تنفيذ هذه العقوبة فيه بعقوبة أخرى بالحبس أو بعقوبة أشد منها.

ب - كل محكوم عليه بالغرامة الجنحية يعود اعتباره إليه حكماً إذا لم يحكم عليه خلال ثلاث سنوات بعقوبة أشد من تاريخ تنفيذ لعقوبة الغرامة تلك، أو من تاريخ انتهاء مدة عقوبة الحبس التي استعويض عنها بالغرامة".

ويستفاد من هذا النص أن هذا النوع من إعادة الاعتبار يحصل بقوة القانون فلا يحتاج إلى طلب من المحكوم عليه ولا يدخل في احتمالات القضاء من حيث الحكم به أو لا، كما أنه لا حاجة للتثبت من حسن سلوك المحكوم عليه إذ أنه مقترن بحكم القانون، وهو مقرر أيضاً للجنح على الرغم من أن إعادة الاعتبار يكون فيها حكماً دون حاجة إلى طلب قضائي، ذلك أن مدة التجربة التي حددها القانون طويلة نسبياً وهي خمس سنوات لكنه يحصل عليه حتماً، ولكن في إعادة الاعتبار القضائي

قصيرة نسبياً تقدر بثلاث سنوات؛ لذلك من أراد أن يحصل عليه سريعاً، فعليه أن يتقبل مخاطر إعادة الاعتبار القضائي، والذي قد لا يحصل عليه، كما أن عليه أن يثبت حسن سلوكه في حين أنه بمنأى عن ذلك كله في إعادة الاعتبار القانوني^(٢٨).

أما عن شروط إعادة الاعتبار القانوني فقد اختلفت التشريعات فيما بينها في تحديد الشروط اللازم توافرها كي تتحقق إعادة الاعتبار بقوة القانون، ولكنها جميعاً وبدون استثناء تشترط أن تمضي مدة زمنية معينة تسمى بفترة التجربة، وذلك من تاريخ انقضاء العقوبة دون أن يصدر حكم إدانة جديد على المحكوم عليه خلال هذه الفترة. فالمرشح الفرنسي مثلاً يشترط كي يحظى المحكوم عليه بإعادة الاعتبار القانوني ما يلي:

- ١ - يجب أن يكون المحكوم عليه قد نفذ عقوبته التي أُدين بها تنفيذاً كاملاً، أو أن يكون المحكوم عليه قد صدر عنه عفو خاص إذا أسقطت بالتقادم.
- ٢ - أن يكون قد انقضت على تنفيذ العقوبة أو العفو عنها أو سقوطها بالتقادم فترة من الزمن تختلف باختلاف العقوبة المحكوم بها دون أن يصدر بحق المحكوم عليه خلالها حكم بالإدانة بعقوبة جنائية أو جنحية^(٢٩)، وهذا ما أكدت عليه المادة (٧٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية حيث بينت مقدار هذه المدة بما يلي:
 - أ - تكون هذه المدة وهي فترة التجربة ثلاث سنوات في حالة ما إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي غرامة، وتحسب المدة يوم دفع تلك الغرامة.
 - ب - وتكون المدة خمس سنوات إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر، وتحسب المدة يوم اكتمال تنفيذ العقوبة.
 - ج - وتصبح هذه المدة عشر سنوات إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي الحبس لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، أو إذا أُدين المحكوم عليه بعدة عقوبات سالبة للحرية لا تزيد في مجموعها عن سنتين من يوم إتمام تنفيذ تلك العقوبات كاملة، أو من تاريخ شمولها بالعفو الخاص أو سقوطها بالتقادم.

(٢٨) حجازي، صالح أحمد، مرجع سابق، ص ٥١.

(٢٩) نمور، محمد سعيد، سنة ١٩٨٦، إعادة الاعتبار نظام نفتقده في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، بحث منشور، مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، مؤتة، العدد الأول، ص ٢٢٥-٢٢٦.

ويلاحظ الباحث أن المشرع الأردني جاء متفقاً مع المشرع الفرنسي فيما يتعلق باقتصار منح إعادة الاعتبار القانوني على الجنح فقط، بمعنى أن الجرائم ذات العقوبة الجسمية (الجناية) لم يدخلها المشرع الأردني والفرنسي تحت باب إعادة الاعتبار القانوني.

أما في مصر فقد جاء المشرع المصري على خلاف ما جاء به المشرع الأردني والمشرع الفرنسي، وقد أعطى الحق للمحكوم عليه المرتكب الجناية أو جنحة أن يُعاد اعتباره بحكم القانون، وهذا ما أكد عليه المشرع المصري في المادة (٥٥٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، على أن يرد الاعتبار بحكم القانون إذا لم يصدر خلال الآجال الآتية على المحكوم عليه حكم بعقوبة في جنابة أو جنحة مما يحفظ عنه صحيفة بقلم السوابق:

- ١ - بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة جنابة أو بعقوبة جنحة في جريمة سرقة أو إخفاء أشياء مسروقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو شروع في هذه الجرائم متى مضى على تنفيذ العقوبة أو العفو عنها أو سقوطها مدة اثنتي عشرة سنة.
 - ٢ - بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة جنحية في غير ما ذكر متى مضى على تنفيذ العقوبة أو العفو عنها ست سنوات، إلا إذا كان الحكم قد اعتبر المحكوم عليه عائداً، أو كانت العقوبة قد سقطت بمضي المدة فتكون المدة اثنتي عشرة سنة.
- يتضح من هذا النص أن المشرع المصري اتخذ موقفاً مختلفاً عن التشريع الأردني والفرنسي، وقد سمح للمحكوم عليه بجناية أو جنحة أن يُعاد اعتباره بحكم القانون، بعكس المشرع الأردني والفرنسي الذي اقتصر في حق المحكوم عليه بإعادة اعتباره قانوناً فقط على الجنح.

أما المشرع السوري فقد نص على حق المحكوم عليه على إعادة اعتباره بحكم القانون في المادة (١٥٩) من قانون العقوبات السوري بقولها:

- ١ - كل محكوم عليه بعقوبة جنحية مانعة أو مقيدة يُعاد اعتباره حكماً، إذا لم يقض عليه خلال سبع سنوات من انقضاء عقوبته بحكم آخر بالحبس أو بالإقامة الجبرية أو بعقوبة أشد.
- ٢ - كل محكوم عليه بالغرامة الجنحية يُعاد اعتباره حكماً إذا لم يقض عليه بحكم آخر بالغرامة الجنحية أو بعقوبة أشد في خلال خمس سنوات^(٣٠).

(٣٠) ستانبولي، أييب، مرجع سابق، ص ١٨٤-١٨٥.

ونلاحظ ومن خلال النص المذكور أعلاه أن المشرع السوري سار على منهج المشرع الأردني والفرنسي وخالف المشرع المصري، حيث قصر المشرع السوري مدة المحكوم عليه في إعادة اعتباره قانوناً على الجنب فقط، أما الجنايات فلا يجوز للمحكوم عليه أن يُعاد اعتباره قانوناً، ويمكن القول بأن موقف المشرع السوري والفرنسي والأردني كان أصوب وأكثر عدالةً من المشرع المصري، فالمتهم الذي يرتكب جنائية فإنه ولجسامته جرمه لا يجوز أن يُعاد اعتباره بحكم القانون حفاظاً على الأمن الاجتماعي، بل يجب له سلوك مسلك القضاء بأن يقدم طلب إلى القضاء كي يستعيد اعتباره ضمن الشروط التي نص عليها القانون.

أما المشرع في المملكة العربية السعودية فقد اتجه اتجاه مغايراً ومختلفاً عن منهاج التشريعات المذكورة سابقاً التي أخذت بإعادة الاعتبار بنوعيه القضائي والقانوني، فقد أخذ المشرع السعودي بإعادة الاعتبار الإداري ولم يأخذ بإعادة الاعتبار القانوني أو القضائي، وقد أعطى المشرع السعودي الحق للمحكوم عليه بأنه يقدم طلب إعادة الاعتبار أمام لجنة إدارية مشكلة من قبل وزير الداخلية بعد مرور خمس سنوات تبدأ من تاريخ تنفيذ الحكم، سواء أكانت الجريمة المرتكبة جنائية أم جنحة. وهذا ما أكد ونص عليه المشرع السعودي في المادة السادسة من قرار وزير الداخلية رقم (١٢٤٥) بتاريخ ١٣٩٤/٥/١هـ، والذي نص على أن المدة اللازمة لطلب رد الاعتبار هي خمس سنوات تبدأ من تاريخ تنفيذ الحكم وذلك دون النظر إلى مدى جسامته الجرم^(٣١).

ونحن نرى أن المشرع السعودي لم يفرق في إعادة الاعتبار بين الجنائية والجنحة بل اعتبر المدة الزمنية لإعادة اعتبار المحكوم عليه موحدة وهي خمس سنوات، بخلاف التشريعات الأخرى والتي فرقت بين الجنائية والجنحة بالمدة من حيث إعادة الاعتبار، كذلك فإن إعادة الاعتبار في المملكة العربية السعودية يقدم أمام لجنة إدارية وليس جهة قضائية كما في التشريعات العربية الأخرى.

نستنتج من دراسة صور إعادة الاعتبار القضائي والقانوني أن إعادة الاعتبار القضائي تفترض سلطة القضاء التقديرية في تحديد مدى جدارة المحكوم عليه بأن يرد اعتباره إليه، ويعني ذلك أن له أي القضاء رفض طلبه بإعادة اعتباره، أما إعادة الاعتبار القانوني أو الحكمي فهو يتحقق بمجرد توافر شروطه، وهو بذلك وجوبي فلا يتصور حرمان المحكوم عليه منه إذا كانت قد توافرت شروطه^(٣٢).

(٣١) خضر، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٣٢) حسني، محمود نجيب، سنة ١٩٧٥، شرح قانون العقوبات اللبناني، بيروت، دار الفكر العربية للطباعة، ص ٨٨٠.

لكنني في نهاية دراسة مطلب إعادة الاعتبار القانوني أتطرق لمسألة مهمة تتلخص بالسؤال التالي وهو: هل هنالك فوائد تعود على المحكوم عليه إذا سلك إعادة الاعتبار القانوني؟؟

الإجابة تتلخص في أن إعادة الاعتبار القانوني يعطي المحكوم عليه الذي يحرص على إخفاء ماضيه من كشفه أمام القضاء فيما لو اختار إعادة الاعتبار القضائي، كذلك فإن حسن السلوك مقترن بقوة القانون لذلك فإنه يجنب المحكوم عليه مخاطر القضاء، كما يجنبه مخاطر الدعوى وينبني على ذلك أنه حتمي وليس احتمالياً.

كما أن إعادة الاعتبار القانوني يعطي فرصة للمحكوم عليه في صلاح حاله واستقامة سيرته بمرور الفترة القانونية دون أن تخضع هذه الفترة لتدقيق القضاء^(٣٣).

المطلب الثالث

موقف القضاء الأردني من صور إعادة الاعتبار

أخذ القضاء الأردني ممثلاً بمحكمة التمييز الأردنية بنوعي إعادة الاعتبار القانوني والقضائي، وقد أكد على ذلك في العديد من قرارات محكمة التمييز الأردنية والتي تعتبر بالنتيجة محكمة قانون تراقب مدى قانونية الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى من حيث تطبيقها للقانون واحترامها له.

ففي مجال إعادة الاعتبار القانوني قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بأنه: "إذا ثبت من ملف الطلب ومرفقاته أن المستدعي لم يرتكب أي جرم يعاقب عليه القانون مما يجعل الاعتبار مردوداً عليه بحكم القانون وفقاً لأحكام المادة (٣٦٤/٣/ب من الأصول الجزائية)". (تمييز جزاء رقم ١٤٧٤/٢٠٠٨ هيئة خماسية، تاريخ ٢٠٠٨/١١/٥).

وفي قرار آخر قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "يستفاد من المادة (٣٦٤/٣/ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية أن كل محكوم عليه بعقوبة جنحية بالحبس استعيض عنه بالغرامة، يعود له اعتباره حكماً بقوة القانون، إذا لم يحكم عليه خلال ثلاث سنوات من تاريخ استبدالها، دون أن يحكم عليه بعقوبة جنحة أو بعقوبة أشد، وإن إعادة الاعتبار الحكمي وبقوة القانون يعني أن ليس لأي محكمة اختصاص وظيفي في هذه المسألة ما دام أن القانون تولى ترتيب آثاره دون حاجة لصدور حكم

(٣٣) حجازي، صالح أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧.

قضائي، وأن مؤدى أنه كان يتوجب على محكمة بداية جزاء السلط أن تقضي برد الطلب المرفوع إليها شكلاً لعدم الاختصاص الوظيفي، ولما لم تفعل فيكون قرارها المطعون فيه مخالفاً للأصول والقانون ومستوجباً للنقض". (تميز جزاء رقم ١١٨٤/٢٠٠٨، هيئة خماسية، تاريخ ٢٠٠٨/٨/٤)

ويستنتج من هذه القرارات أن محكمة التمييز الأردنية قد أخذت بشكل صريح بإعادة الاعتبار القانوني وتطرق له في قراراتها، لذلك كان دور محكمة التمييز دوراً رقابياً يراقب تطبيق محاكم الدرجة الأولى للقانون في طلبات إعادة الاعتبار التي تصدر بها الأحكام القضائية.

أما إعادة الاعتبار القضائي فقد صدر عن محكمة التمييز الأردنية العديد من القرارات منها، يشترط لإعادة الاعتبار القضائي توفر الشروط التالية:

- ١ - تنفيذ العقوبة أو العفو عنها أو انقضاؤها بالتقادم.
- ٢ - مضي مدة معينة من تاريخ تنفيذ العقوبة أو العفو عنها.
- ٣ - عدم صدور حكم جديد بحق طالب إعادة الاعتبار.
- ٤ - الوفاء بالالتزامات المدنية الناشئة عن الجريمة أو إسقاطها أو مرور الزمن عليها.
- ٥ - حسن سلوك المحكوم عليه بدءاً من تاريخ صدور الحكم عليه حتى يفصل في طلب إعادة الاعتبار.

وقضت أيضاً بأنه من استقراء نص المادة (١/٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية يتبين أنه يشترط في طلب رد الاعتبار أن يتضمن البيانات المتعلقة بشخصية الطالب ومكان إقامته وأن يرفق به:

- ١ - صور عن الحكم الصادر بحقه.
- ٢ - شهادة من الدوائر الأمنية المختصة تتضمن الأحكام الصادرة بحقه وسوابقه القضائية.
- ٣ - تقرير عن سلوكه أثناء وجوده في السجن. (تميز جزاء رقم ٧٩٠/٢٠٠٧، تاريخ ٢٠٠٧/٧/٣).

ويرى الباحث ومن خلال استعراض القرارات القضائية المذكورة سابقاً أن القضاء الأردني أخذ بإعادة الاعتبار بصورتيه القضائي والقانوني، وهذا يؤكد مدى احترام القضاء الأردني لحقوق الإنسان وحرية في إعطاء الحق للمحكوم عليه الذي حكم عليه بعقوبة، وبعد تنفيذ العقوبة به أن يقدم طلب إعادة الاعتبار كي يستعيد حقوقه المدنية والسياسية التي فقدتها انسجاماً مع المعايير الدولية والقانون الدولي في هذا المجال.

المبحث الثالث

آثار إعادة الاعتبار

يعتبر نظام إعادة الاعتبار من الأنظمة الجنائية التي رتب عليها القانون آثاراً بعد تنفيذ العقوبة بحق المحكوم عليه وتتمحور هذه الآثار في محورين أساسيين هما الآثار المدنية والآثار الجزائية، لذا سينقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: الآثار الجزائية والمدنية لإعادة الاعتبار.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق إعادة الاعتبار.

المطلب الأول

الآثار الجزائية والمدنية لإعادة الاعتبار

يترتب على إعادة الاعتبار آثار قانونية معينة، وهذه الآثار لا تختلف باختلاف ما إذا كان إعادة الاعتبار قضائياً أم قانونياً.

فتمتد أبعاد الاعتبار إلى المحكوم عليه، فإن الحكم القضائي بالإدانة والذي كان قد صدر ضده يمحو ويتجرد من آثاره الجزائية التي كان قد رتبها عند صدوره كانهاء الأهلية أو الحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجزائية الأخرى^(٣٤).

وتأكيداً على ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: (الحكم برد الاعتبار يترتب عليه عملاً بنص المادة ٥٥٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري محو الحكم القاضي بالإدانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجزائية) (نقض مصري تاريخ ١٣/١٠/١٩٦٩ - س ٢٠، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، ص ٩٩٩).

يذهب جانب من الفقه الجنائي إلى أن إعادة الاعتبار تؤدي إلى زوال حكم الإدانة بالنسبة إلى المستقبل، مما ينتج بالضرورة إلى إبطال آثار حكم الإدانة بالنسبة للعقوبة والتدابير الاحترازية التي قضى بها، وهذا الأثر قاصر على حالة ما إذا كان الحكم قد قضى بعقوبات إلى جانب التدابير الاحترازية^(٣٥).

ويرى جانب آخر من الفقه إلى أن آثار إعادة الاعتبار تتجه إلى المستقبل فهي

(٣٤) نمور، محمد سعيد، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٣٥) المجالي، نظام توفيق، سنة ٢٠٠٥، شرح قانون العقوبات، القسم العام، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٤٧٥.

غير ذات أثر رجعي، وعليه فلا تنسحب آثار إعادة الاعتبار إلى الماضي، فما يترتب على حكم الإدانة في الماضي فإنه يبقى والجريمة لا تمحى في ذاتها كواقعة مادية، ذلك أنها أصبحت من الواقع والواقع لا يمحو، وزوال آثار الواقع فعلاً أو قانوناً لا يزيل معانيه ودلالاته لتتأى عنه.

ولقد ورد النص على هذه الآثار لإعادة الاعتبار في الفقرة رقم (٧) من المادة (٤٧) من قانون العقوبات الأردني حيث نصت على أن: "إعادة الاعتبار يترتب عليها سقوط الحكم القاضي بالإدانة في أي جريمة جنائية أو جنحة ومحو جميع آثاره بالنسبة للمستقبل).

أما المشرع اللبناني فقد تحدث عن آثار إعادة الاعتبار في المادة (١٦١) من قانون العقوبات اللبناني بقوله: "إعادة الاعتبار تبطل للمستقبل مفاعيل جميع الأحكام الصادرة، وتسقط العقوبات الفرعية أو الإضافية والتدابير الاحترازية وما ينجم عنها من فقدان أهلية^(٣٦).

أما في المملكة العربية السعودية لم تتبين القرارات الصادرة والمشار إليها في سبق الآثار التي تترتب على إعادة الاعتبار، نظراً لأنها تفهم ضمناً، وتتمثل لأول وهلة في رفع الحكم من صحيفة السوابق الجنائية، وبالتالي استرداد المحكوم عليه لحريته وحقوقه التي كانت موقوفة لاستعمالها كالحق في تولي الوظائف العامة، والمشاركة في المزايدات والمناقصات الحكومية، وبعض الحقوق الأخرى التي كفلها القانون.

ويرى الباحث ومن خلال استعراض التشريعات السابقة أن التشريع السعودي جاء متقدماً على التشريع الأردني واللبناني من حيث أن الحكم الذي صدر بحق المحكوم عليه يتم رفعه بعد إعادة اعتباره من صحيفة السوابق، وهذا غير منصوص عليه في التشريع اللبناني والأردني، ويعتبر تقدماً في هذا المجال للمشرع السعودي؛ لأن الأصل بعد إعادة الاعتبار للمحكوم عليه أنه يرفع الحكم من سجل السوابق الجرمية أو السجل العدلي، وهذا عدالة وإنصاف للمحكوم عليه.

أما السؤال الذي تجب الإجابة عليه في هذا المطلب هو: هل يترتب على إعادة الاعتبار للمحكوم عليه سقوط الحقوق المدنية أم لا؟؟

تتمثل الإجابة على هذا السؤال بأن حقوق الغير المترتبة على حكم الإدانة لا تسقط عندما يُعاد الاعتبار إلى المحكوم عليه، خصوصاً فيما يتعلق بالرد أو

(٣٦) حجازي، صالح أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٠.

التعويضات، لإعادة الاعتبار نظام جنائي لمحو الآثار الجنائية المترتبة على الحكم، دون ما يترتب للغير من حقوق وآثار تقتصر على الجانب الجنائي، ولا تمتد إلى الجانب المدني، لذلك فإن المحكوم عليه وإن أعيد اعتباره إلا أنه يبقى مسؤولاً عن تعويض كل ضرر ترتب على خطئه.

ويرى جانب من الفقه الجنائي أن الالتزامات المدنية المترتبة على الجريمة لمصلحة الغير لقاء ما أصابهم من ضرر لا تتأثر على الإطلاق برد الاعتبار، إذ تنحصر آثاره في النطاق الجنائي، وتستوفى بالطرق النظامية^(٣٧).

المطلب الثاني نطاق تطبيق إعادة الاعتبار

نصت المادة (٣٦٤) فقرة (١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على الجرائم المستثناة من إعادة الاعتبار بقولها: "باستثناء المحكومين بجرائم الجنائية والتجسس ومع مُراعاة أحكام الفقرة (٣) من هذه المادة يجوز إعادة الاعتبار إلى كل محكوم عليه بجنائية أو جنحة بقرار قضائي".

كما استثنى المشرع الأردني وبموجب الفقرة (٥) من المادة (٣٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني بعض مرتكبي جرائم معينة من إعادة اعتبارهم وتولي بعض الوظائف العامة كالقضاء وعضوية مجلس الأمة والوزارات بقوله: "لا يتولى أي شخص أعيد اعتباره وكان محكوماً في أي من الجرائم التالية: الاختلاس والرشوة وسوء الائتمان وجميع الجرائم المُخلّة بالأخلاق والآداب والثقة العامة، أيّاً من الوظائف التالية: القضاء أو عضوية مجلس الأمة أو الوزارات".

يستنتج من هذه النصوص أن المشرع الأردني أجاز للمحكومين بالجنايات والجنح أن يقدموا طلب إعادة الاعتبار ضمن الشروط التي نص عليها القانون، أما المخالفات فقد استثناهما المشرع الأردني من إعادة الاعتبار، فلا يجوز للمحكوم عليه الذي ارتكب جريمة المخالفة أن يقدم طلب إعادة الاعتبار.

كذلك استثنى المشرع الأردني مرتكبي جرائم الاختلاس، والرشوة، وسوء الأمانة، والجرائم المُخلّة بالأخلاق والآداب، والثقة العامة، من إعادة الاعتبار وتولي بعض الوظائف العامة لحساسية هذه الوظائف وتعلقها بالأمن الاقتصادي والسياسي للدولة، ومن هذه الوظائف (القضاء، وعضوية مجلس الأمة، الوزارات).

(٣٧) خضر، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص ٧٠.

وفي مجال جرائم أمن الدولة فقد استثنى المشرع الأردني جرائم التجسس والخيانة من إعادة الاعتبار؛ وذلك لخطورة هذه الجرائم على الأمن الوطني للدولة والأمن الاجتماعي على الرغم من أن هذه الجرائم تعتبر من الجنايات.

ويمكن القول من خلال ما ذكر سابقاً أن المشرع الأردني جاء عادلاً عندما أعطى الحق للمحكوم عليه، أن يقدم طلب إعادة الاعتبار أو أن يُعيد اعتباره في جميع الجرائم سواء أكانت جنائيات أم جنحاً، بمعنى أن المشرع الأردني أعطى فرصة للمحكوم عليه أن يراجع نفسه ليصبح شخصاً فاعلاً في المجتمع ومنتجاً بدلاً من أن ينتهج منهج الإجرام مرة أخرى.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة نظام إعادة الاعتبار وهو من الأنظمة الجنائية المهمة الذي يكفل ويحترم حقوق الإنسان، من باب السماح للمحكوم عليه بعد تنفيذ العقوبة بحقه وإثبات حسن سيرته وسلوكه بإعادة اعتباره، إما عن طريق القضاء بتقديم طلب يتم دراسته ضمن الشروط التي نص عليها القانون ومن ثم يبت القضاء بالطلب بالرفض أو القبول، أو إعادة الاعتبار للمحكوم عليه بحكم القانون.

لذا فإنه من المفيد في ختام هذه الدراسة التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نجمها بالآتي:

* النتائج:

توصلت الدراسة إلى عدة بنود تمثل أوجه التشابه والاختلاف ما بين التشريع الأردني والتشريعات الأخرى في باب رد الاعتبار، وتتلخص في النقاط التالية:

أ - أخذ المشرع الأردني والمصري والفرنسي والسوري واللبناني بنظام رد الاعتبار بصورتيه القضائية والقانونية، بينما المشرع السعودي اتجه على خلاف تلك التشريعات وأخذ برد الاعتبار الإداري.

ب - اتخذ المشرع المصري موقفاً مختلفاً عن التشريع الأردني والفرنسي حيث سمح للمحكوم عليه بجناية أو جنحة أن يعاد اعتباره بحكم القانون، بعكس المشرع الأردني والفرنسي الذي اقتصر في حق المحكوم عليه بإعادة اعتباره قانوناً في الجنح.

ج - تختص محكمة البداية في الأردن بنظر طلبات رد الاعتبار، أما في فرنسا فأن المحكمة المختصة هي محكمة الاستئناف، وفي مصر محكمة الجنايات، أما في

- المملكة العربية السعودية فإن الجهة المختصة بنظر طلبات رد الاعتبار هو الحاكم الإداري في المنطقة التي يقع في دائرتها محل إقامة المحكوم عليه.
- د - اتفقت التشريعات في كل من الأردن ومصر ولبنان وسوريا وفرنسا على أن طلب رد الاعتبار القضائي يقدم للنياحة العامة والتي بدورها تقوم بسلطة الاستيثاق والتحقيق المسبق قبل تقديم الطلب إلى المحكمة المختصة، بينما في المملكة العربية السعودية فيقدم الطلب إلى الحاكم الإداري والذي بدوره يقوم بالتدقيق في الطلب ورفعها بعد ذلك إلى لجنة رد الاعتبار في وزارة الداخلية.
- هـ - في التشريع الأردني إذا رفض طلب رد الاعتبار من قبل المحكمة لا يجوز تجديده إلا بعد مضي سنتين على صدور قرار المحكمة، أما في المملكة العربية السعودية فإنه يحق للمحكوم عليه تقديم طلب جديد بعد زوال السبب الذي دعا اللجنة إلى رفض طلبه دون انتظار مدة معينة.

* التوصيات:

- ١ - تعديل نص المادة (٣٦٥) فقرة (٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني بحيث يسمح للمحكوم عليه إعادة اعتباره دون تحديد فترة زمنية، أسوة بما فعل المشرع السعودي والذي سمح للمحكوم عليه الذي رفض طلبه أن يقدم طلب جديد دون تحديد فترة زمنية معينة.
- ٢ - تعديل نص المادة (٣٦٥) فقرة (٣) بحيث يكون الطعن بطلب إعادة الاعتبار ليس أمام محكمة التمييز فقط بل أيضاً أمام محكمة الاستئناف تماشياً مع مبدأ (التقاضي على درجتين).
- ٣ - توحيد المدة اللازمة لإعادة اعتبار المحكوم عليه سواء في الجنايات والجناح بخمس سنوات أسوة بما هو موجود في التشريع السعودي تبدأ من تاريخ انتهاء تنفيذ الحكم.
- ٤ - ضرورة توفر شرط فحص مدى الخطورة الإجرامية للمحكوم عليه من قبل مراقب السلوك الاجتماعي، لا أن يُكتفى فقط بحسن السيرة والسلوك للمحكوم عليه، ففحص الخطورة الإجرامية شرط ضروري لمنح المحكوم عليه إعادة الاعتبار.
- ٥ - تعديل نص المادة (٣٦٥) فقرة (١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني بتوضيح فقرة المحكمة المختصة لكون النص جاء مطلقاً، فهل تعني المحكمة المختصة مكان إقامة المشتكى عليه أم مكان إلقاء القبض عليه أم مكان وقوع الجريمة.

- ٦ - تعديل نص المادة (٣٦٥) فقرة (٣) بحيث يتضمن التعديل وضع مدة معينة تلزم المحكمة بإصدار القرار بطلب إعادة الاعتبار، وذلك بسبب تعلق طلب إعادة الاعتبار بحقوق مدنية وسياسية للمحكوم عليه، تتوقف على الإسراع في البت في الطلب من قبل المحكمة.
 - ٧ - ضرورة استحداث نص في أحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني يلزم النيابة العامة بضرورة إرسال صورة عن حكم رد الاعتبار إلى المحكمة التي صدر منها الحكم بالعقوبة للتأشير على هامشه، أسوة بما نص عليه المشرع المصري في المادة (٥٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية، لما له من أهمية عملية ترتبط بصفة الجهة المطالبة برد الاعتبار من جهة، واستمرار متابعتها للحكم الصادر برد الاعتبار من ناحية أخرى.
 - ٨ - يجب أن تتضمن أحكام إعادة الاعتبار تحديد الجرائم التي يترتب عليها الحرمان من الحقوق والمزايا وكنتيجة منطقية تحديد الجرائم التي تحتاج إلى إعادة الاعتبار من الجرائم التي لا تحتاج إلى إعادة الاعتبار كالجرائم السياسية مثلاً وغيرها.
 - ٩ - جمع أحكام إعادة الاعتبار في قانون واحد بدلاً من تشتيتها في قانونين، حيث نجد أن أحكام إعادة الاعتبار ورد النص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية في المادتين (٣٦٤) و(٣٦٥)، بينما نجد أن آثار إعادة الاعتبار قد وردت في المادة (٤٧) فقرة (٧) من قانون العقوبات الأردني والتي تنص على أن "إعادة الاعتبار ويترتب عليها سقوط الحكم القاضي بالإدانة في أي جريمة جنائية أو جنحية، ومحو جميع آثاره بالنسبة للمستقبل بما في ذلك الحرمان من الحقوق وأي آثار جرمية أخرى".
- والأولى ضم هذه الفقرة الجزء الخاص بالآثار إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية إلى المادتين (٣٦٤) و(٣٦٥)، وهذا المقترح يستند إلى ما فعله المشرع بخصوص التقادم، حيث إن المادة (٥٤) من قانون العقوبات قد أحالت إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية فيما يتعلق بأحكام التقادم، ولعل هذا يؤدي إلى استكمال البناء القانوني لأحكام إعادة الاعتبار في قانون أصول المحاكمات الجزائية، إذ ليس من المبرر أن هذه الأحكام مشتقة في قانونين^(٣٨).

(٣٨) نمور، محمد سعيد، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

المراجع

* الكتب القانونية:

- ١ - إسماعيل، محمود إبراهيم، سنة ١٩٥٤، الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، القاهرة، مكتبة عبد الله وهبه.
- ٢ - حسني، محمود نجيب، سنة ١٩٧٥، شرح قانون العقوبات اللبناني، بيروت، دار النكري للطباعة.
- ٣ - خليل، عدلي، سنة ١٩٨٨، العود ورد الاعتبار، القاهرة، المكتبة القانونية.
- ٤ - الدركزلي، ياسين، سنة ١٩٨٠، طرق الطعن في الأحكام في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، دمشق، المكتبة القانونية.
- ٥ - ستانبولي، أديب، سنة ١٩٩٧، شرح قانون العقوبات السوري رقم ١٤٨ تاريخ ٢٢/٦/١٩٤٩، دمشق، المكتبة القانونية.
- ٦ - سرور، أحمد فتحي، سنة ١٩٨٩، الوسيط في قانون العقوبات، القاهرة، دار النهضة العربية.
- ٧ - صافي، طه زكي، سنة ١٩٩٣، المبادئ الأساسية لقانون العقوبات اللبناني، لبنان، المدرسة الحديثة للكتاب.
- ٨ - عبد الملك، جندي، سنة ١٩٥٤، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٩ - القهوجي، علي عبد القادر، سنة ١٩٩٧، شرح قانون العقوبات، الإسكندرية، المكتبة القانونية.
- ١٠ - الكيلاني، فاروق، سنة ١٩٨١، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، القاهرة، مطبعة النهضة العربية.
- ١١ - المجالي، نظام توفيق، سنة ٢٠٠٥، شرح قانون العقوبات القسم العام، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- ١٢ - الموسري، أحمد حسين، سنة ٢٠٠٢، قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- ١٣ - المومني، أحمد سعيد، سنة ١٩٩٢، إعادة الاعتبار ووقف تنفيذ العقوبة، عمان، جمعية عمال المطابع الوطنية.

* المراجع الأجنبية:

- 1 - Besencon, (A), 2002: La liberation conditionnelle depuis le code de procedure penale.
- 2 - Couvrat, (P). 1998: Les procedur de revocation du suvsis, Rev.Sc.crim
- 3 - Stefani, (G). Levasseur, (G). 2001: procedure penale. T.18.

* الأبحاث المنشورة والرسائل:

- ١ - حجازي، صالح أحمد، سنة ١٩٩٧، إعادة الاعتبار بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، عمان، الجامعة الأردنية.
- ٢ - الحوامدة، لورنس سعيد، سنة ٢٠١٠، الدفع الشككية في قانون أصول المحاكمات الجزائية - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، عمان، دار الضياء للنشر والتوزيع.
- ٣ - خضر، عبد الفتاح، سنة ١٩٨٣، رد الاعتبار الجنائي بالمملكة العربية السعودية، بحث منشور في مجلة معهد الإدارة العامة، الرياض، العدد (٤٧).
- ٤ - مقابلة، حسن يوسف، سنة ٢٠١١، دور الادعاء العام في تحقيق الشرعية الجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.
- ٥ - نمور، محمد سعيد، سنة ١٩٨٦، إعادة الاعتبار نظام نفتقده في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، بحث منشور في مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد الأول.

* القوانين:

- ١ - قرار مجلس الوزراء السعودي رقم (١٢٥١) تاريخ ١٢/١١/١٣٩٢ هـ.
- ٢ - قرار وزير الداخلية السعودي رقم (١٠٥٤) تاريخ ١٠/٤/١٣٩٤ هـ.
- ٣ - قرار وزير الداخلية السعودي رقم (١٢٤٥) تاريخ ١/٥/١٣٩٤ هـ.
- ٤ - قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
- ٥ - قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١ وتعديلاته.
- ٦ - قانون العقوبات اللبناني.
- ٧ - قانون العقوبات السوري.

- ٨ - قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.
- ٩ - قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.
- ١٠ - قانون أصول المحاكمات الجزائية الليبي.
- ١١ - قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

دور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري دراسة في القانون الأردني

الدكتور/ سليم سلامة حتامله
جامعة العلوم الإسلامية العالمية
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

يعد التحكيم وسيلة مثلى لفض المنازعات، عرفه الإنسان منذ القدم، وأجمع على أهميته ودوره في إنهاء النزاعات في مجال القانون العام والقانون الخاص، لهذا وجدنا في وقتنا الحاضر العديد من النظم القانونية قد أقرته في تشريعاتها. ونظراً لما اشتمل عليه من خصائص ومميزات قانونية وعملية أدت بمجمعلها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الإدارية، ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات بين أطراف التعاقد والتي تعد الإدارة أحدهم.

ومن المعلوم أن الإدارة في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بممارسة سلطات وامتيازات تتمثل في الرقابة على التنفيذ، وتعديل العقد بإرادتها المنفردة، وإيقاع الجزاءات، وإنهاء العقد، وأثناء ذلك فإنه لمن المتوقع أن تتجاوز الإدارة حدود سلطاتها، كذلك قد تطرأ حوادث خارجية ومستقلة عن إرادة أطراف العقد ولم يكن في الحسبان توقعها عند إبرام العقد، مما ينشأ عنه نزاع بين طرفي العقد، يؤدي بهما إلى اللجوء إلى اختيار طريق التحكيم لفض تلك المنازعات.

وقد جاءت هذه الدراسة، لإبراز دور المحكم في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، باعتباره من الأركان الأساسية في العقد، وقد تطلب ذلك البحث أولاً في الأساس القانوني الذي يشكل منطلقاً للمحكم وهو بصدد القيام بمهمته الموكولة إليه، وهي الوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، باعتباره المبدأ الأساسي لفكرة الحقوق المالية الناشئة عن الالتزامات المتقابلة بين أطراف العقد.

وبعد الوقوف على الأساس القانوني لسلطة المحكم، ولتلافي العجز الذي يصيب العقد ويؤدي إلى الاختلال بالالتزامات الناشئة عنه، كان لزماً علينا أن نبحث في نطاق سلطة المحكم؛ وذلك لبيان الصلاحيات التي يملك المحكم ممارستها أثناء اتباع إجراءات التحكيم.

مقدمة:

تعد العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في مناسبة تنفيذ نشاطاتها، والتي ترسم بموجبها وتحدد لأطراف التعاقد مراكزهم القانونية، والآثار المترتبة عليها من التزامات وحقوق، سعياً منها لمباشرة وظيفتها، في إنشاء وتسيير المرافق العامة في الدولة. ومن المعلوم أن للعقود الإدارية نظاماً قانونياً ذا

طبيعة خاصة، يخضع بموجبه لقواعد القانون العام، وعليه فإنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن طبيعة النظام القانوني الذي يحكم العقود المدنية والتجارية في مجال القانون الخاص، ومن جهة أخرى، فإن للعقود الإدارية ذاتية تتنوع بتنوع موضوعاتها، لذا اقتضى الأمر وجود أحكام قانونية تحكم وتنظم عقود الإدارة كل حسب موضوعه.

ونظراً لما للتحكيم من خصوصية في مجال منازعات القانون العام، تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً في هذه المنازعات، فقد أضفى بعداً آخر على طبيعة الخلافات التي قد تواجه المحكمين وهم بصدد معالجتها والبحث لها عن الحلول، بحيث يؤدي إلى زيادة في الأعباء الموكولة إليهم، مما يتطلب منهم بذل موفور العناية والبحث للوصول إلى حلول مثلى عادلة.

فروابط العلاقة الناشئة عن إبرام العقود الإدارية ترتب آثاراً تصيب كيان الدولة كطرف في العقد بطريق مباشر، عندما يتعلق تنفيذ العقد بالثروات ذات البعد الإستراتيجي لها، أو بطريق غير مباشر، من حيث تأثير موضوع العقد، ومدى مساهمته في الخطط التنموية للدولة، مما يؤدي إلى إقرار العديد من الامتيازات والصلاحيات التي تمارسها الدولة أو إحدى إداراتها بمواجهة المتعاقد معها، بحيث تسبغ الطابع الخاص على المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذها.

ومن أهم مظاهر هذه السلطات والامتيازات في مواجهة المتعاقد، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد وما يصاحبه من خروج عن المألوف في مجال عقود القانون الخاص، وسلطتها في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون اعتبار لإرادة الطرف المتعاقد معها، ودون النظر لما يكون قد ارتكبه من خطأ، وسلطتها في تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، بالإضافة إلى سلطتها في إيقاع الجزاءات على المتعاقد إذا أخلّ بالتزاماته التعاقدية، وأخيراً سلطتها في إنهاء العقد من جانب واحد، كل ذلك نابع من سلطتها السيادية التي اعترف بها وأقرها القانون، ومقابل هذه السلطات الاستثنائية غير المألوفة التي تتمتع بها الإدارة، تقتضي العدالة أن يتمتع المتعاقد بإمكانية المطالبة بتعديل حقوقه المقررة له، بما يضمن له مستحقاته المالية على نحو يمكنه من الوفاء بالتزاماته.

فالمتعاقدين يُقبل على التعاقد مع الإدارة ويلتزم قبلها للحصول على المنافع والحقوق كأثر لإبرام العقد، وما دامت الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات تمكنها من تعديل أو إنهاء العقد، فإن من حق المتعاقد معها أن يطالب بتعديل الحقوق المقررة له بمقتضى العقد على نحو يمكنه من الاستمرار بتنفيذ التزاماته، ويحقق التوازن بين الالتزامات والحقوق، وهو ما يطلق عليه التوازن المالي (الاقتصادي) للعقد.

إذن والحال كذلك، فإنه من المتوقع أن ينشأ عن ذلك منازعات تظهر في أثناء تنفيذ العقد مما يؤدي بأطراف النزاع إلى اللجوء إلى اختيار الأسلوب الأمثل لفض تلك المنازعات، والذي يعتبر بعد القضاء التحكيم أهمها، وذلك بدافع الحل السريع، ولكونه يقف على قدم المساواة مع النظام القضائي في الدولة، حيث يساند القضاء في تحقيق مهمته المتمثلة في الوصول إلى العدالة في الحكم.

من هنا جاءت أهمية هذا البحث، حيث تكمن في إبراز دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، محاولين الإجابة عن السؤال الآتي: هل يحقق التحكيم التوازن المالي المطلوب لأطراف النزاع؟ وما هي المعايير التي يمكن الاستناد إليها لضمان الوصول إلى هذه النتيجة المرجوة؟ كل ذلك سوف نتعرض له من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية التحكيم وأهميته في مجال منازعات العقود الإدارية.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي في مجال العقد الإداري.

المبحث الثالث: نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

المبحث الأول

ماهية التحكيم وأهميته في مجال منازعات العقود الإدارية

حظي التحكيم باهتمام بارز منذ القدم، على مَرَّ العصور، وما يزال ليس فقط في الأردن وحده، وإنما في كافة أنحاء العالم العربي والشرق الأوسط عموماً، بل تعدى هذا الاهتمام حتى وصل إلى المجتمع الدولي. كل ذلك انطلاقاً من كون التحكيم - كنظام لفض المنازعات - أسبق من القضاء في الظهور، بل عُدَّ طريق العدل الأول للإنسان^(١) وهو أصل القضاء، وليس مستحدثاً عنه^(٢)، ومع ظهور الدولة الحديثة وجدنا أن القضاء الرسمي حلّ محلّ التحكيم وبدأ يأخذ مكانة في نظر المنازعات.

ولكننا وجدنا في عالمنا المعاصر وبعد ازدياد وتعدد العلاقات التجارية وتعدددها، وانتشار عقود الاستثمار المحلية منها والدولية، أن عاد التحكيم في الظهور مرة أخرى، وبدأ يأخذ مكانة قوية في مجال فض المنازعات، خصوصاً في المجال الدولي، حتى غدا ضمانته للأجانب في عدم الخضوع لقضاء معين، كما شكل ضمانته أساسية للأفراد داخل الدولة للتخلص من ببطء التقاضي وسرعة البت في الدعاوى^(٣).

لهذا كان وما يزال للتحكيم الدور البارز في نظر المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد، وصولاً بها إلى أنجع الحلول وأسرعها لإحقاق التوازن المالي للعقد عند اختلاله، وهذا ما سوف نبثه من خلال الآتي من المطالب:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وأهميته في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم.

المطلب الثالث: أطراف التحكيم.

المطلب الرابع: شروط اتفاق التحكيم وأثره في مجال منازعات العقود الإدارية.

المطلب الأول

مفهوم التحكيم وأهميته في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري

تعنى الدراسات الإنسانية عموماً بتحديد المفاهيم للأفكار محل البحث من منطلق أن سبر غور الأفكار وتحليل مضمونها يساعد كثيراً في الوقوف على المعاني التي

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٦.

(٢) د. أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥ - د. أحمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩.

(٣) د. أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٥.

تتداعى عند إطلاقها أو الأحكام التي تبني عليها، وتضيف أهمية الموضوع بُعداً قوياً للدارس، تجلي له قيمة الأفكار في المجال العملي ومدى اتصالها أو بعدها عن الواقع. وأن نظرة في التاريخ تعين كثيراً في هذا الصدر من حيث تتبع نشوء الفكرة وبيان مفهومها بالقدر الذي يثري أفكار البحث، ويقدم بعض إضاءتها على الموضوعات ذات العلاقة مع التركيز أساساً على موضوع البحث مدار الدراسة، وسوف نعرض لذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم.

الفرع الثاني: أهمية التحكيم.

الفرع الثالث: طبيعة التحكيم.

الفرع الأول مفهوم التحكيم

نوه بادئ ذي بدء إلى أن للتحكيم مفهومين: مفهوم خاص كالتحكيم الإداري والتحكيم القضائي والتحكيم المصنف، ومفهوم عام، أوضحته واختصته بالذكر الأبحاث التي تناولت موضوع التحكيم، وعليه سنتناول مفهوم التحكيم العام، ثم نعرض لمفهوم التحكيم الإداري الخاص بالعقود الإدارية والذي تنصب عليه دراستنا. وبناءً عليه فقد أولى الفقه العربي والأجنبي التحكيم وكذلك القضاء والتشريع جُلَّ اهتمامه من حيث تنظيمه وبيان أصوله، كما كثرت وتعددت التعريفات التي صيغت بصده تبعاً للطبيعة القانونية له.

فقد قيل أن التحكيم: نظام قانوني خاص للتقاضي يتم بواسطته الفصل في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير (محكم أو هيئة تحكيم) بحكم ملزم يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع^(١). ومرد تلك المقدرة - التي يتمتع بها المحكم أو المحكمون والتي تتجلى بإمكانية الفصل بين المتنازعين - التنظيم القانوني الذي يعترف بإمكان تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتمد

(١) Fouchard (Philippe) and Gillard (Emmanuel) and Golden (Berth old): Paris 1996 - no 7 p. 11-12 - Mathieu de Boise's, Michel de Jug lard, Pierre Ballot: Le adroit Françoise de L,arbitrage, Paris, 1983, p. 5. _ Robert (Jean) and Moreau (Bertrand): L,arbitrage, droit interne et, droit international prive Paris 5 ed Dalloz. 1993. p. 3 _ Mikulski (Henri): Ecrits _ etudes et notes sur L,arbitrage, Dallos 1974, p. 5.

عليها، بالتالي تطبيق القاعدة القانونية المخالفة، بوسيلة أخرى غير الالتجاء لقضاء الدولة، هي التحكيم، ويمثل التحكيم أهم وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدولة، فبهي يتفق الأطراف على عرض منازعاتهم على شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم، لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة^(١).

وقد تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم حيث جاءت انعكاساً لفكر قانوني متطور، أبرز بمجمله الوجه المضي لنظام التحكيم في عصرنا الحاضر إن على صعيد اتفاق التحكيم أو إجراءاته أو طبيعته القانونية، أو شروط انعقاده وسلطة المحكم، وحكم التحكيم وإمكانية تنفيذه، وعليه فقد عرف التحكيم بأنه: (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية)^(٢).

وفي تعريف آخر، فهو: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيار أحدهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها؛ ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"^(٣). وفي تعريف آخر: هو نظام قانوني لفض المنازعات يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، فبمقتضاه يتم إخراج النزاع من اختصاص جهات قضائية صاحبة الولاية، وطرحه على أشخاص عاديين ليست لهم ولاية القضاء ولا يتبعون أية سلطة من سلطات الدولة، فيصدرون حكماً ينهي النزاع ويتمتع بحجية الشيء المقضي به مثله في ذلك مثل الحكم الذي تصدره محاكم السلطة القضائية في الدولة^(٤).

كما عرف بأنه: نظام لقضاء خاص تستبعد فيه نزاعات معينة من دائرة

(١) Caste (Sergio): Manuela siderite process ale civil, Toronto 1955 no 61 p.76.

(٢) د. محمد السيد، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٥.

– د. أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٢٣٧.

– د. قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٢٣.

(٣) حكم المحكمة الدستورية المصرية، في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٢٣، تاريخ ١١/أيار/٢٠٠٣.

(٤) د. برهان أمرالله، بحث بعنوان " القضاء ونظام التحكيم في المواد المدنية والتجارية " مقدم إلى المؤتمر الأول للاتحاد الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم " عمان تاريخ ٩/١٠/٢٠١٠، ص ١.

الاختصاص العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها^(١). وعلى الرغم من تعدد التعريفات فإنها تدور حول مفهوم واحد وهو أنه: أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها، ويبتنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع^(٢).

أما التحكيم في العقود الإدارية، فقد عرف بأنه التحكيم الذي يجري بشأن الخلافات التي تتعلق بالعقود الإدارية التي تبرم بين الدولة ممثلة بأحد أشخاصها الإداريين وبين أشخاص القانون الخاص (طبيعيين أم اعتباريين) بهدف تنظيم التزام لصالح المنفعة العامة (فموضوع الإلزام في التحكيم الإداري يتصل بالمنفعة العامة)^(٣). والمتفحص في المعاني السابقة على اختلاف صيغها في التحكيم يجدها تكاد تجمع على مفهوم واحد، غير إنها اختلفت فيما بينها في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم، وعبر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن اتفاق الأطراف على التحكيم، والبعض قال عنه أسلوب لفض النزاعات.

(١) - Robert (Jean) L'arbitrage. op - cit. p 3.
- David (Rene) L'arbitrage dans les commerce international, Paris Economic, 1982, p. 9.
- د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٣٨.

(٢) Alanredfern, Martin Hunter and Murray Smith, lazy and practice of enter national commercial arbitration, Second edition, London, sweet Maxwell, 1991. p. 2.
- Harland (A), Mau rim (A) La justice, editionssirey, 1996.p. 149.
- Auby (J.M) et Drago (G), trait de contentious administrative, T.1, 3 ed L.G.D.J, Paris, 1984 no20, p.45.
(A); " L' arbitrage en métier de transport maritime de marchandises "Etude de adroit François et le adroit Egyptian, these - university de Paris 1, 2003 tome 1, p.6 est.

- د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٩.

- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، العقود الإدارية وعقود B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٦٥.

- د. سيد أحمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٢.

(٣) د. حسين الحسين، بحث بعنوان " التحكيم في العقود الإدارية " قدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ٢٠٠٨، ص ٣٧٢.

مما تقدم نستخلص أن هناك اتجاهًا فقهيًا يخلط بين مفهوم التحكيم واتفاق التحكيم، إذ يجد في مفهوم اتفاق التحكيم من الشمولية في المعنى ما يستحوذ على التحكيم باعتباره جزءاً من كل، عندما قالوا: أن التحكيم منشؤه اتفاق بين الأطراف على طرح نزاعهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم، يثير الخلط بالمعنى ظاهرياً بين المفهومين، إذ يغلب إبراز بيان المقصود باتفاق التحكيم وليس التحكيم ذاته محل الاتفاق. بينما وجد اتجاه آخر، ميز بين التحكيم، واتفاق التحكيم الذي ينظر إليه كمرحلة قانونية منشئ لقيام الالتزام باللجوء إلى التحكيم، ونحن بدورنا نؤيد ذلك، باعتبار أن البدء بإجراءات التحكيم واعتماده كنظام لفض النزاعات الدائرة بين أطرافه وبإرادتهم هو نظام قانوني خاص، يتم وفقاً لمقتضيات القانون ومبادئ العدالة وإصدار حكم نهائي ملزم منهي للخصومة.

واستناداً لهذا المفهوم الذي اعتبر أن التحكيم نظام قانوني خاص مؤسس على الفكر القانوني السائد في الدولة والمعمول به بحيث يوازي قضاء الدولة الرسمي في حل النزاعات، نظراً لما يمتاز به من وضوح ودقة.

ويمكننا أن نبادر مفرقين بين اتفاق التحكيم والتحكيم بالقول: بأن اتفاق التحكيم هو: عمل قانوني مرحلي أولي يتضمن تعبير عن إرادة أطراف النزاع المتمثلة بارتضاءهم اللجوء إلى محكم أو هيئة تحكيم لإعادة التوازن لالتزاماتهم العقدية قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه. أما التحكيم فإننا نفضل أن نطلق عليه مصطلح "الدعوى التحكيمية" ونعرفها بأنها: وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى جهة التحكيم المعنية باختيار أطراف النزاع لحماية حق أو تقرير حق معتدى عليه، وبناءً عليه نستخلص من هذا التعريف الآتي:

- **الدعوى التحكيمية وسيلة قانونية:** يتمكن من خلالها صاحب الحق أن يلجأ إلى محكم أو هيئة التحكيم، لطلب حماية حقه.
- **الدعوى التحكيمية، مكنة قانونية** مقررّة بموجب القانون لمصلحة الأشخاص للدفاع عن حقوقهم، تتضمن إبعادهم عن اللجوء إلى القضاء العادي، أو اقتضاء حقهم بأنفسهم.
- **إن اختلاف موضوع الدعوى التحكيمية مرده إلى اختلاف الأسباب القانونية أو الواقعية التي ابتنيت عليها.**
- **الدعوى التحكيمية، وسيلة قانونية اختيارية،** لأنها قائمة أساساً على مبدأ سلطان الإرادة الحرة للطرفين، فلا أصحاب المصلحة أو الحق، أن يقرروا ابتداءً ولوج هذه الدعوى أم لا.

الفرع الثاني

أهمية التحكيم في العقود الإدارية

يعد التحكيم وسيلة قانونية مثلى لفض المنازعات، عرفته البشرية منذ بلغت أولى درجات التقدم، ثم أقرته وأجازته الأديان السماوية وعلى رأسها الشريعة الإسلامية^(١)، كما أقرته في الوقت الحاضر العديد من النظم القانونية؛ وذلك لما له من فائدة لا تخفى في سرعة الفصل في النزاعات التجارية والمدنية والإدارية على الصعيدين الوطني والدولي، كما أن المستثمرين الدوليين على وجه الخصوص يطمئنون إليه أكثر من الاحتكام للأنظمة القضائية المحلية، وبالتالي فإن له تأثيراً مباشراً كذلك على زيادة تداول الاستثمار وتبادلته وانتشاره.

وقد تضافرت عدة اعتبارات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الإدارية، ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد والتي تعد الإدارة أحدهم، وتفضيله على القضاء العادي في العديد من الدول في وقتنا الحاضر، حيث نسوق أهم الاعتبارات في الآتي، منها:

١ - رغبة المتعاقدين في حل المنازعات الناشئة عن علاقاتهم التعاقدية، حلاً عادلاً ينبع من واقع المجال المهني المتخصص الذين يعملون فيه، والذي يتميز من حيث خصوصية وطبيعة أنشطة الإدارة ونطاق الصلاحيات المعطاة لها، والظروف المحيطة بها التي تتم ممارستها فيها، والعوائق والإخطار التي تواجه التنفيذ، كذلك تعقيدات المنازعات الناشئة عنها، واحتوائها على معطيات قانونية وفنية ومادية معقدة تخرج عن نطاق تخصص القاضي الوطني لتدخل في اختصاص شخص أو أشخاص متخصصين في نوع النشاط محل العقد، أشخاص مارسوا الأنشطة مع الإدارة أو مازالوا يمارسونها. وعلى سبيل المثال المقاولين، الذين أكسبتهم ممارستهم لهذا النشاط الخبرة بقواعد العمل وظروفه، ومن ثم مكنتهم من العلم ببواطن أمورها والقدرة على الفصل المهني العادل في منازعاتها^(٢).

٢ - جنوح أطراف التعاقد في حل منازعاتهم الناشئة عن علاقاتهم التعاقدية في سرية من حيث عقد الجلسات وإجراءاتها وأشخاصها والحكم الصادر بشأنها، هذا كله قد

(١) د. عجيل النمشي، التحكيم والتحكيم في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة في فرنسا سنة ٢٠٠٣، ص ١٣.

(٢) R.P.Bishop, the role of Cominecial, people as apposed to law as arbitrators in maritime arbitration, the VII the I.C.M.A.Casablanca, 1985, p. 56.

لا يتوافر لهم في ظل إجراءات قضائية تتم أمام القضاء العادي^(١)، حرصاً منهم على استمرار التعاون بينهم وبين إدارات الدولة من جهة وبين باقي الأشخاص الذين يشاركونهم نفس النشاط من جهة أخرى.

٣ - اتجاه أطراف التعاقد باستمرار إلى الميل في حل منازعاتهم بسرعة، لا تتوافر لهم في المحاكم القضائية العادية التي تتكدس أمامها أعداد كبيرة من القضايا التي تحتاج إلى سنوات لإنجازها وإصدار الأحكام بشأنها، مما يترتب عليه تعطيل مصالح أطراف التعاقد، وخصوصاً الإدارة التي تسعى إلى تحقيق النفع العام من خلال أنشطتها^(٢).

٤ - ازدياد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في ممارسة الأنشطة الاقتصادية خروجاً عن الدور التقليدي لها والاتجاه نحو ممارسة كافة الأنشطة على غرار أشخاص القانون الخاص، ومع ازدياد هذا التدخل من الدولة في شتى المجالات، وحرصاً منها على عدم الوقوف أمام القضاء الوطني في دولة أخرى بصدد حل المنازعات التي تنشأ حتماً عن هذه العلاقات نظراً لاعتبارات سياسية وسيادية، فقد وجدت الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في التحكيم الإداري ملجأً لها لحل المنازعات الإدارية الناشئة عن التعاقد، إذ المحكم لا يصدر أحكاماً باسم الدولة التي ينعقد على إقليمها التحكيم، ولكنه يضطلع بمهمة الفصل في النزاع بناءً على السلطة المعهودة إليه بواسطة أطراف الاتفاق التحكيمي^(٣).

٥ - اتجاه إرادة أطراف التعاقد إلى تنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر فاصلة في موضوع النزاع بسهولة ويسر، لا يتوافران بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية العادية نظراً للاهتمام الكبير بالتحكيم، حيث أبرمت المعاهدات والاتفاقات الإقليمية والدولية الخاصة بالتحكيم التي تلزم الدول الأطراف باحترام اتفاقيات التحكيم، والاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة عنها وتنفيذها^(٤).

(١) R.J.Merlins, L'Arbitrage Maritime, etudes efforts a' René Rodiere, 1982. p. 401. -

(٢) أسيل الفضالة، التحكيم القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة ٢٠٠٠، ص ٦.

(٣) M.Domke, The Enforcement of Maritime Arbitration Agreements with foreign, Governments, J.Mar. L. and.Com, VOL2. April, 1971, p. 617.

(٤) J.D.M.Lew, Applicable law in international commercial Arbitration, 1978, p. 443.

وبناءً على كل تلك الاعتبارات نضيف جوانب أخرى تعلق بها أهمية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حيث امتد نطاق التحكيم إليها باعتبار الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها، علماً بأنه كان بالأمس القريب لا يعترف للدولة إقبالها على التحكيم لما في ذلك من مساس بسيادتها.

ولكننا أصبحنا نجد في حاضرتنا ازدهار مجالات التحكيم واتساع آفاقه في مجال القانون الإداري؛ لارتباطه بنمو العلاقات الاقتصادية الداخلية والدولية بين الأفراد والدولة، حيث درجت الدول التي يقصر الادخار الوطني فيها وعائدات ثرواتها الطبيعية عن الوفاء بالحاجات المتعاظمة لرؤوس الأموال التي تستلزم خططها في مجال التنمية، على انتهاج سياسات من شأنها العمل على حفز وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وذلك بتوفير المناخ المناسب الذي يتحقق فيه أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية. وقد تضطر الدولة وأشخاص القانون العام إلى إبرام عقود التجارة الدولية أو الإشراف على عقود التنمية الاقتصادية؛ مما يجعل التحكيم الوسيلة الدائمة لتسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ هذه العقود التي تمثل الشركات الأجنبية طرفاً ثانياً فيها، وبالتالي يصعب خضوع الدول أو أشخاص القانون العام لقضاء دول أجنبية، وهذا خلاف ما يحدث في التحكيم حيث إنها تشارك فيه باختيار المحكمين واختيار القانون الواجب التطبيق^(١).

ومن جانب آخر نجد أن التحكيم قد دخل كنظام قانوني خاص في مختلف فروع القانون، وأثبت نجاحه، وجاءت العقود الإدارية لتتعارض مع هذا النظام في البدايات، مما دفع بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن: (التحكيم في الأمور الإدارية بالنسبة للمسافر في عالم القانون كالمسافر في أرض ميئوس منها)، ولكن هذا الاتجاه بدأ بالتراجع والأخذ بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية أخيراً، كل هذه الاعتبارات وغيرها دفعت الأطراف والمحكم في مجال العقود الإدارية إلى الرغبة في البعد عن منهج التنازع المقرر في القوانين الوطنية، وذلك إلى مجال أكثر رحابة يتمثل في قانون التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية^(٢).

على الرغم من المزايا الظاهرة للتحكيم والتي كانت سبباً لاختياره طريقاً لفض

(١) د. محمد وليد منصور، دستورية التحكيم، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ٨٤.

(٢) J.D.MLew, Applicable law in international commercial arbitration, 1978, p. 443.

المنازعات فإن ذلك لا يحول دون تقرير أن لنظام التحكيم بعض المساوئ والتي أهمها^(١):

- ١ - ارتفاع مصاريف التحكيم، ففي التحكيم، يتحمل الأطراف نفقات مرتفعة تتجاوز في غالب الأحوال نفقات التقاضي أمام المحاكم، إذا علمنا أن المتقاضين أمام المحاكم لا يدفعوا إلا رسوم بسيطة، ولا يحكم بالمصاريف إلا على من يخسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة بحكم نهائي.
- ٢ - طول أمد الإجراءات في التحكيم، وذلك راجع إلى عدم قيام أحد الطرفين بتعيين المحكم الذي له اختياره، أو عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد، أو عدم الاتفاق على رئيس الهيئة، أو بسبب التمسك ببطالان الاتفاق أو عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات.
- ٣ - أن يتولى التحكيم في النزاع شخص أو أشخاص تنقصهم الخبرة أو الكفاءة، في حين أنه أمام قضاء الدولة يتولى الفصل في النزاع قاض مؤهل ومحترف أكثر قدرة على الفصل فيه.
- ٤ - التأثير السلبي للتحكيم على اقتصاديات الدول النامية، حيث أن اللجوء إلى التحكيم له آثاره السلبية على الاقتصاد الوطني للدول النامية، باعتباره آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي، يستخدمها لضمان قيادة وزعامة دول الشمال المتقدم وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف.
- ٥ - يؤدي التحكيم إلى حرمان الخصوم من الضمانات القضائية، نظراً لأن المحكم غالباً ما يكون من رجال الأعمال أو المتخصصين في موضوعات معينة وخبرته القانونية تكون ضئيلة؛ بحيث لا تسعفه في بعض الحالات من الوصول إلى العدالة المطلوبة عن طريق القضاء ابتداءً، كذلك فإن الطرف الخاسر نتيجة التحكيم في الخصومة لا يستطيع اللجوء إلى القضاء للطعن في حكم التحكيم إلا في دعوى البطلان المحدودة على سبيل الحصر الضيق.

(١) د. فتحي والي، دستورية التحكيم، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ١٠. د. خالد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٢.

الفرع الثالث طبيعة التحكيم

من المتفق عليه فقهاً وقضاً أن التحكيم وسيلة قانونية يلجأ إليها الأشخاص في فض منازعاتهم القائمة أو المحتمل قيامها بينهم بواسطة شخص أو أشخاص من الغير بعيداً عن قضاء الدولة، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

ومن المعروف أن اللجوء إلى التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إليه، وقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية له، على نحو أدى بالبعض إلى القول بالطبيعة القضائية، والاتجاه الآخر أخذ بفكرة الطبيعة التعاقدية، وذهب رأي آخر إلى القول أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، ورأي آخر اعتبره نظاماً مستقلاً في طبيعته، وذلك على النحو الآتي بيانه:

أولاً - الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار التحكيم ذا طبيعة تعاقدية، لأن أطراف التحكيم لديهم الرغبة بحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهما عن طريق التحكيم، تتفق وتتجه بإرادتها الحرة إلى هذه الوسيلة، وإلى اختيار محكمين لفض تلك المنازعات، ومن ثم التسليم بقراراتهم واحترامها، فالصفة الرضائية بين الأطراف المعنية هي الأساس الذي ينطوي عليه التحكيم^(١).

كما ويرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم إنما يؤسس على أمرين، أولهما: اتفاق التحكيم، وثانيهما: الفصل في موضوع النزاع مدار التحكيم^(٢)، وكون نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف، فإن له طابعاً تعاقدياً، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، ففي إرادتهم يتعين البحث عن المركز الأساسي لعملية التحكيم، وبالتالي يتوجب أن يؤخذ التحكيم لمجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة، والمحكم لا يمكن تشبيهه بقاضي

(١) د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن، ص ٢٩.

(٢) د. أحمد المليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٧٩، ص ٢٠٤.

الدولة، كما لا يمكن تشبيه قرار المحكم بالأحكام القضائية في الدولة، حيث إن قرار التحكيم ليس إلا انعكاساً لاتفاق التحكيم^(١).

ويستند أنصار هذه النظرية إلى الحجج الآتية^(٢):

- ١ - إن اتفاق التحكيم مجرد عقد يتم قبل بدء إجراءات الخصومة، وإن قرار التحكيم ينفذ بإرادة الأطراف ويتأثر بالعيوب التي يشوبها، كما وأن جوهر التحكيم هو التقاء إرادة الأطراف بقرار المحكم، وبالتالي فلن تقوم للتحكيم قائمة بدون جوهره التعاقدي.
- ٢ - إن التحكيم يختلف في غرضه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف اتفاق التحكيم.
- ٣ - إن الأشخاص باتفاقهم على التحكيم إنما يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى وعن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحقها النظام القضائي.
- ٤ - المحكم ليس له ولاية القضاء، ولا يقوم بوظيفة عامة، فلا يتمتع بالسلطة المخولة للقاضي، والقاضي له صفة العمومية والديمومة في العمل، وهذا ليس متوفراً للمحكم. ويعيب النظرية التعاقدية، أنها تبالغ في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم هم، كما هو بالنسبة للشخص الثالث، الذي يحدد ثمن المبيع، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعينة، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع مطبقاً إرادة القانون لا يلقي بالأمر إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه، ومن ناحية أخرى، فإنه ليس صحيحاً أن التحكيم وفقاً للعدالة هو الأصل^(٣).

ثانياً - الطبيعة القضائية للتحكيم:

ذهب أنصار هذا الاتجاه القائل بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية، بالنظر إلى طبيعة المهمة الموكولة إلى المحكم باعتبارها عملاً من أعمال القضاء، بالاستناد إلى المعيار الموضوعي الذي يتمثل في فكرة حسم النزاع، وهذا غاية العمل القضائي ومنتهاه.

(١) د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ص ٦٨.

(٢) د. خالد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٠ وما يليها.

(٣) د. فتحي والي، بحث بعنوان: "دستورية التحكيم وطبيعته القانونية والمحكمة المختصة بمسائله" منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ٤٥.

ففكرة المنازعة وكيفية حلها، هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم، باعتباره "قاضياً" يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم، فهو يفصل في نزاع، شأنه شأن القاضي، ومن ثم فإن وظيفة المحكم قضائية، سواءً أكانت صادرة تطبيقاً لقواعد القانون أم وفقاً لقواعد العدالة، وسواءً صدر أمر بتنفيذها أم لم يصدر^(١).

ومع ذلك فإن أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم قد اختلفوا حول أساس الوظيفة القضائية للتحكيم، وذلك بين اتجاه يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية، وآخر يؤسس تلك الوظيفة على اعتبارات مستقلة عن تلك الأنظمة، خاصة عندما يكون التحكيم في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية^(٢). ويدللون أنصار الطبيعة القضائية على رأيهم بالآتي^(٣):

- ١ - إن دور المحكم هو ذات الدور الذي يقوم به قاضي الدولة الذي يتمثل في تطبيق إرادة القانون على حالة معينة بواسطة شخص آخر.
- ٢ - إن المحكم يقوم بالالتزام الحياد، ويطبق مبدأ المواجهة، ومبدأ كفالة حق الدفاع، وفي بعض الأحيان يطبقون الإجراءات والقوانين المرعية، وهذه المبادئ من مستلزمات وخصائص القضاء^(٤).
- ٣ - إن أعمال القضاء ليست حكراً على الدولة، من الممكن بواسطة أدوات السلطة والسيادة أن توافق أو تأذن للمحكمين حل المنازعات بين الأطراف المعنية عن طريق التحكيم، فيكون هذا التحكيم إذن عملاً قضائياً خالصاً.
- ٤ - تتوافر في العمل القضائي ثلاثة عناصر، وهي: الادعاء، والمنازعة أو الخصومة، والشخص أو الأشخاص الذي يخوله القانون حسم النزاع؛ فإذا نظرنا إلى هذه العناصر مجتمعة لوجدناها تتوافر في عمل المحكم.
- ٥ - إن حكم المحكم يعتبر حكماً قضائياً من حيث الموضوع والشكل، ويرتب نفس

(١) د. محمد سامي، بحث بعنوان: "التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"، مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر (للتحكيم التجاري الدولي) المجلد الأول، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٩، ص ٢٢.

(٢) د. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٢٧.

(٣) د. خالد العنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٤) د. زكي النجار، الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٨٤.

الآثار القانونية التي يترتبها الحكم القضائي، فمن حيث الشكل هو يصدر وفقاً للإجراءات التي تصدر بها الأحكام القضائية، ومن حيث الموضوع، فالمحكم غالباً ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويلتزم باحترام حقوق المتخاصمين في الدفاع وتقديم الطلبات والبت فيها، أما من حيث الآثار فحكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي به^(١)، وبإصداره يستنفذ المحكمون ولايتهم في نظر النزاع، هذا بالإضافة إلى أن حكم المحكمين واجب التنفيذ على إجراءات النزاع.

أما ما أخذ على هذا الرأي وما قدم من نقد ضده فقد تمثل بالآتي:

- ١ - عدم تمتع المحكم أو هيئة التحكيم بالحصانة المتوفرة للقاضي، كما أنه لا يتمتع بسلطة الأمر^(٢).
- ٢ - إن حكم المحكمين لا تنطبق عليه قواعد الأحكام القضائية الصادرة من قضاء الدولة، وذلك أنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم الذي كان سبباً له^(٣).
- ٣ - إن معايير المحكمين في إصدار الأحكام وشروط الاتفاق على التحكيم ومصدر تلك الأحكام، ونطاق سلطة المحكم، وقوة أحكامهم وآلية تنفيذها، هي من المسائل التي ما زالت محل خلاف فقهي؛ لأنها تتعلق بكل دعوى تحكيمية على حدة، بحيث تخضع لشروط تعاقدية وظروف اقتصادية وقانونية معينة.

ثالثاً - الطبيعة المختلطة للتحكيم:

عند البحث في مضمون تلك الطبيعة وظروف نشأتها، نجدها قد جاءت للتوفيق بين الطبيعة العقدية والقضائية، فبحسب هذه الطبيعة فإن للتحكيم صفتين، الأولى الصفة التعاقدية، حيث يبدو ذلك واضحاً من خلال اتجاه إرادة طرفي النزاع لاختيار التحكيم كوسيلة لإنهاء النزاع بينهما والابتعاد عن قضاء الدولة، وكذلك اختيارهم القانون الواجب التطبيق.

أما الصفة القضائية فإنها تظهر عندما ينتهي المحكم من إجراءات التحكيم ويصدر حكم في موضوع النزاع، فإن الأطراف تلجأ إلى القضاء لكسائ حكم التحكيم القوة التنفيذية ليصار إلى البدء في تنفيذه في مواجهة الأطراف.

هذه الطبيعة المختلطة هي التي تفسر لنا الأحكام التي تبدو متعارضة والتي

(١) المادة (٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

(٢) د. خالد الغنزي، التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٣) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧١.

تنطبق على نظام التحكيم، فاحترام المحكم لمبدأ المواجهة والتزامه بتسبب أحكامه وإمكان رده وسلطاته في إدارة الخصومة، والبحث عن أدلة الإثبات لا يفسرها إلا التأثير القضائي على طبيعة التحكيم، أما جواز الطعن في حكم المحكمين بدعوى بطلان أصلية، وقدرة الخصوم على تحديد إجراءات التحكيم واختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع وجهة الاستئناف، فلا يفسره سوى التأثير التعاقدى على طبيعة هذا النظام^(١).

هذه النظرية المتمثلة بالطبيعة المختلطة للتحكيم لم تسلم من النقد وذلك من

حيث:

١ - إن قواعد التحكيم بطبيعته المختلطة تلك تقف عاجزة عن الوصول إلى الحلول الناجعة الموحدة من الإجراءات وإصدار الحكم والتنفيذ، وهذا يوضح الحلول المتعارضة التي تصدر عن المحكمين نظراً لاختلاف الدور الذي تلعبه إرادة الخصوم على صعيد التحكيم الوطني، والتحكيم الدولي الذي يفتقر إلى وجود قضاء نلجأ إليه على غرار الوطني.

٢ - ارتباط حكم التحكيم دائماً باتفاق التحكيم الذي يكون سبباً له ولا ينفصل عنه، وعادة يتقيد المحكم بالتكييف القانوني للوقائع بحسب ما يعرضه أمامه الخصوم من نزاع، وبالتالي يبني حكمه مما يعرضه للوقوع بالخطأ، وعدم تحقيق الغاية المنشودة والحكمة التي من أجلها وجد التحكيم، وهذا بعكس القاضي العادي الذي لا يتقيد بتكييف المتخاصمين للموضوع الذي يشكل نزاعاً معروضاً عليه، مما يبعد طبيعة حكم التحكيم عن كونه حكماً قضائياً.

وخلاصة فقه هذه النظرية، أن التحكيم تعاقب عليه صفتان، ويعتبر نقطة التقاء لتأثيرات مزدوجة، فكرة العقد وفكرة القضاء، فيبدو وكأنه من الحلول التي تقيم التوازن بين هذين المتناقضين^(٢).

رابعاً - الطبيعة المستقلة للتحكيم:

نظراً للإشكاليات التي واكبت تحديد بيان الطبيعة القانونية للتحكيم، ظهر اتجاه فقهي^(٣) حاول كشف النقاب عن تلك الطبيعة حيث يذهب إلى القول بأن التحكيم نظام

(١) د. محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٢) د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) د. خالد العنزي، التحكيم في العود الإدارية في الكويت، مرجع سابق، ص ١٠٥.

د. حميد اللهبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة =

نو طبيعة مستقلة قائم بذاته من حيث وظيفته والحكمة من الأخذ به ومبررات وجوده وأهدافه، فلا هو بالعمل القضائي، ولا يخضع لنظام تعاقدية، ولا هو بالعمل ذي الطبيعة المختلطة بين العمل القضائي والتعاقدية.

لذا حاول أصحاب هذا الاتجاه الوصول إلى أن التحكيم نظام قانوني مستقل، وذهب إلى القول أن العقد ليس هو جوهر نظام التحكيم، كما أن التحكيم ليس قضاء، لأن القضاء يطبق القانون تطبيقاً جامداً، أما المحكم فهو يحاول الوصول إلى حل توفيقي مستجيباً لمقتضيات التجارة والصناعة، فالتحكيم له ذاتية خاصة، ولهذا يخضع لقواعد خاصة به وإن استعار بعض قواعد العقد وبعض قواعد العمل القضائي.

وقد حاول الفقه المؤيد لفكرة الاستقلالية في قرار التحكيم باعتباره نظاماً مستقلاً قائماً بذاته، أن يستند في تأييده للطبيعة المستقلة إلى الآتي^(١):

- ١ - يعد القضاء أحد سلطات الدولة العامة التي يباشرها الجهاز القضائي بهدف ضمان تطبيق مبدأ المشروعية على المصالح المتنازعة في العلاقات الاجتماعية، أما التحكيم فيهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية هي ضمان التعايش السلمي بين أطراف الخصومة في المستقبل فضلاً عن العدل.
- ٢ - يؤكد الطبيعة المستقلة والخاصة لنظام التحكيم، أن هذا النظام أقرته القوانين الداخلية وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم، وفي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم سواء أكانت معاهدات ثنائية أم جماعية^(٢).
- ٣ - خضوع المحكم باعتباره قاضياً خاصاً أو عاماً لنظام قانوني مغاير لذلك الذي يخضع له القاضي من حيث صلاحيته ومسؤوليته وسلطاته، فلا يشترط فيه ما يشترط في القاضي من صفات، ولا يخضع لقواعد المخاصمة إذا أخطأ ولا يعد

= العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٨٠.

د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٢٠.

د. محمود السيد، الطبيعة القانونية للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٤١ وما يليها.

(١) د. علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٤ وما يليها.

(٢) أشرف خليل، الطبيعة القانونية للتحكيم، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.mohamoon.com/montada/default.aspx?Action=display>

منكراً للعدالة إذا امتنع عن أداء عمله، ولا يملك سلطة الجبر والأمر التي يملكها القاضي.

٤ - إن حجية أحكام التحكيم تختلف في شروطها ومداها عن حجية الحكم القضائي، حيث تحول حجية الحكم القضائي دون تعديله أو إلغائه إلا بطريق الطعن عليه وفقاً للقانون، ومن ثم لا يجوز رفع دعوى أصلية ببطالان الحكم إلا في حالة انعدامه، في حين يجوز رفع دعوى أصلية ببطالان حكم المحكمين، لأي سبب من أسباب البطلان التي ذكرها القانون سواء تعلقت باتفاق أو بإجراءاته أو بالحكم ذاته.

٥ - إن حكم المحكمين لا يتمتع بقوة تنفيذية في ذاته مثل الحكم القضائي، وإنما يلزم لتنفيذه صدور أمر بذلك من السلطة القضائية في الدولة، وبهذا فإنهما لا يستويان حتى إذا صدر هذا الأمر لحكم المحكمين، لأن القوة التنفيذية لأي عمل قانوني لا تجعله عملاً قضائياً إذا لم يكن بطبيعته كذلك، بدليل أن المحررات الموقعة ومحاضر الصلح المثبتة في محاضر جلسات المحاكم، تصلح سنداً تنفيذية دون أن يغير هذا من طبيعته العقدية، ويجعلها أحكاماً قضائية.

المطلب الثاني أنواع التحكيم

يحظى التحكيم في وقتنا الحاضر باهتمام الدول والجهات الرسمية والخاصة والأفراد على حد سواء لمزاياه ومبرراته، وهو في حقيقة الأمر تصرف واحد ومستقل في كيانه وأشكاله وإجراءاته وجوهره وآثاره، ولكنه يتنوع وفقاً للزوايا المختلفة التي يتم النظر من خلاله إليه، وذلك بناءً على الأسس التأصيلية ومحددات المضامين الموضوعية والأهداف للصيقة به والنطاق الزمني والمكاني الذي يتم فيه، والظروف المحيطة به التي قد يتأثر ويؤثر فيها بطبيعة الحال^(١).

وبناءً عليه فقد حدد الجانب الواقعي والقانوني أهم أنواع التحكيم والتي ظهرت على النحو الآتي:

أولاً - التحكيم الاختياري:

يكون التحكيم اختيارياً إذا كان الالتجاء إليه من قبل الأطراف المتخاصمة بإرادتهم الحرة ورغبة منهم في ولوج هذا الطريق لحل الخلافات.

(١) د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٠.

يستتبع ذلك تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها وأحكام القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم، إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالتحكيم، فهو تحكيم ينظمه الأطراف بمناسبة نزاعهم الخاص بعيداً عن كل قيد^(١).

ويستشف هذا المبدأ (التحكيم الاختياري) عندما لا يلزم المشرع أو أي مصدر قانوني آخر الأطراف المعنية صراحة باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات، أو عندما يلتزم المشرع جانب الصمت بعيداً عن تحريمه الصريح، فإن التحكيم في هذه الحالات يكون اختياريًا، لأن الأصل في الأشياء والتصرفات الإباحة، مما يفسر لنا مقولة أن التحكيم أقدم في الوجود من القضاء لانطوائه على جانب نفسي مهم يتفق والطبيعة الفطرية للإنسان التي تأبى الجبر والإلزام^(٢).

ثانياً - التحكيم الإجباري:

وهو طريق للفصل في المنازعات يلتزم أطراف النزاع باللجوء إليه واتباعه والتقيّد بأحكامه طريقاً لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة دون الأخذ بعين الاعتبار ما اتجهت إليه إرادتهم ابتداءً.

يلاحظ في هذا النوع من التحكيم تغييب إرادة المتخاصمين وإحلال إرادة المشرع المتمثلة بالقوانين الخاصة بالناظمة لإجراءات التحكيم، واختيار المحكم أو هيئة التحكيم، ومكان انعقاد جلسات التحكيم، وولاية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون....الخ، فيلتزم الأطراف اللجوء إليه بدلاً من اللجوء إلى القاضي العام.

وفي رأينا، أنه لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين أم كلاهما، إنفاذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك أن الأصل في التحكيم الاتفاق، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يؤسس عليها المحكمون أعمال التحكيم باعتبارها وسيلة فنية ذات طبيعة قضائية خاصة، غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من قبل أطرافها، وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بإسناد من المشرع الرسمي، ولهذا فإنه إذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسراً سنداً لقاعدة قانونية أمرة دون خيار في اللجوء إلى القضاء، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن (المادة ١٠١/١، دستور أردني)، إذ أن المقرر أن التحكيم لا ينزع من

(١) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧/١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٤، بدون ذكر دار النشر وعاصمتها، ص ١٣.

(٢) د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١.

القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه.

ثالثاً - التحكيم المؤسسي:

يقصد به التحكيم المنظم الذي يتفق الأطراف على أن يتم بواسطة مؤسسات أو هيئات أو مراكز سواء أكانت وطنية أم دولية تضطلع بالتحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته. وقد يقوم المركز أيضاً بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين تبعاً للقوائم المعدة من قبل الهيئة أو المركز بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات والكفاءات والسمعة، وتقوم الهيئة أو المؤسسة أو المركز التحكيمي بتوفير الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدرّبة لتسيير العملية التحكيمية برمتها^(١).

"وقد تنشأ هذه الجهات داخل دولة معينة لتباشر التحكيم الداخلي، كما قد تنشأ أيضاً على مستوى دولي سواء كجهات مستقلة في تنظيمها وشخصيتها، أو كجهات قائمة على أساس اتفاقيات دولية تتضمن تحديد مكانها وجميع الأمور المتعلقة بتنظيمها، وذلك لغايات القيام بعمليات التحكيم في شأن المنازعات التي قد تعرض عليها"^(٢).

وعلى الرغم من إيجابيات هذه الصورة من صور التحكيم المتمثلة بالمعرفة المسبقة من قبل طرفي التحكيم بقواعد إجراءات التحكيم المتبعة أمام تلك الهيئات أو المؤسسات التحكيمية، إلا أن ولوج هذا النوع من التحكيم له - في رأينا - محاذير على درجة من الأهمية، أولها: إن إجراءات التحكيم قائمة على فكرة إذعان طرفي النزاع للأحكام الإجرائية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع واختيار المحكمين أو هيئة التحكيم دون اعتبار لإرادة طرفي التحكيم.

ومن جهة أخرى، فإن هيئات التحكيم المؤسسي تختار قواعد قانونية هي من تتبناها وترى بأنها واجبة التطبيق على موضوع النزاع محل التحكيم، كل ذلك في غياب إرادة أطراف النزاع، وفي ذلك محاذير ننبه إليها خصوصاً ما تعلق بإصدار الأحكام وإمكانية تنفيذها، لذا ندعو أطراف التحكيم توخي الحيطة والحذر عند اختيار هذه الطريقة.

(١) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ / ١٩٩٤، مرجع سابق، ص ١٣.

- د. فتحي والي، دستورية التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٢) د. بشار عبد الهادي، المرجع السابق، ص ٢٦.

رابعاً - التحكيم التوافقي أو الحر:

وهو التحكيم الذي يتولاه أطراف التحكيم استناداً للصلاحيات المخولة لهم بموجب القانون من حيث الاتفاق على اختيار المحكمين بذاتهم أو بصفاتهم، وقواعد التحكيم وإجراءاته، ومكان التحكيم، والقواعد القانونية الواجبة التطبيق عندما يثور النزاع بينهم، كل ذلك بعيداً عن مؤسسات التحكيم والمراكز المعتمدة.

ومما يتوجب ملاحظته أن هذا النوع من التحكيم تظهر فيه إرادة طرفي التحكيم جلية من خلال ما اتفقوا عليه مسبقاً، وبالتالي فهو يتناسب مع حاجات الأطراف ورغباتهم.

ولكن في رأينا يجب ألا ننساق خلف هذه الطريقة، لما يعترئها من محاذير قد تؤثر في مجريات التحكيم وتنعكس آثارها على الحكم التحكيمي الصادر في موضوع النزاع، إذا ما علمنا أنه قد يطرأ تغييرات تشريعية أو واقعية أو تغير في شروط العقد أو ظروف تنفيذه بحيث لا يمكن تداركها أو غير محسوب حسابها فيما اتفقوا عليه، أو اتخاذ تدابير انفرادية من قبل الدولة تصيب العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، بحيث يؤثر ذلك على العلاقة بين أطراف النزاع مما يضطر معه البحث عن وسائل بديلة قد لا تسعف في حل المشكلات الناشئة عنها.

خامساً - التحكيم الوطني (الداخلي):

يعرف الفقه التحكيم الوطني بأنه: التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، أو أن يصدر الحكم فيه وفقاً لإجراءات أو تشريع وطني، وبمعنى أدق يكون التحكيم وطنياً إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها^(١). وقد وجدنا أن قانون التحكيم الأردني قد حدد نطاق سريان قانون التحكيم بقوله: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أشخاص القانون العام أو الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية"^(٢)، فيكون المشرع في هذا النص قد اعتمد على معيار محدد لاعتبارات التحكيم محلياً، وهو أن لا يتعرض لمسائل ذات طابع دولي، وأن يجري في الأردن عندما أشار إلى أن أحكام هذا القانون تسري على التحكيم الذي يجري في المملكة.

(١) د. موسى متري، بحث بعنوان "التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول" مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المجلد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

- Mann, Lex Facit arbitrum, in Arbitration international, Paris, 1986, p. 113.

(٢) المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

بناءً عليه فإن التحكيم الوطني، هو التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره إلى الأردن، فهو يجري على إقليمها وفي إطار سيادتها الوطنية، والمنازعة محل التحكيم موضوعها وأطرافها وأسبابها المنشأة لها أردنية، ويطبق في شأنها أحكام القانون الأردني.

سادساً - التحكيم الدولي:

هو التحكيم الذي يرتبط في أحد عناصره بعوامل خارجية، بعيداً عن مفهوم التحكيم الذي ينصب على حل المنازعات الدولية والتي تخضع لأحكام القانون الدولي العام.

فالهدف من هذا التحكيم هو أن ننأى بمنازعات الأطراف في مجال طرح منازعاتهم وإخضاعها لأحكام وإجراءات بعيدة عن المحاكم والقوانين الوطنية في مجال التجارة الدولية نتيجة خشيتهم من النتائج التي تترتب على ذلك، فهم عادة لا يكونون على دراية كافية بأحكام القوانين الوطنية وقواعدها. وقد توصل الفقه^(١) إلى صياغة عدة معايير لتمييز التحكيم الدولي عن التحكيم الوطني، مثل معيار موضوع النزاع، جنسية المحكمين، جنسية أطراف التحكيم، القواعد القانونية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق لحسم موضوع النزاع، ومكان التحكيم..... الخ، وبغض النظر عما وجه من انتقادات لمعايير تمييز التحكيم الدولي عن التحكيم الوطني، فإنه يمكن حصرها في ثلاثة معايير رئيسية:

- **المعيار الأول - المعيار القانوني:** ويتمثل في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو حتى موضوعه، إذ يكفي أن تتصل العلاقة القانونية التي نشأ عنها النزاع المطروح على التحكيم في أحد عناصرها بأكثر من نظام قانوني لكي يعتبر التحكيم دولياً.
- **المعيار الثاني - المعيار الجغرافي:** ويتمثل في مكان التحكيم، أو المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم.
- **المعيار الثالث - المعيار الاقتصادي:** ويتمثل في تعلق العقد الذي يجري تسوية منازعاته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية، فإذا كان هذا العقد عقداً دولياً فإن التحكيم في منازعته يكتسب صفة الدولية بطريق التبعية.

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٠٠.

- د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤٨.

- دستورية التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٦.

المطلب الثالث

أطراف التحكيم

للدعوى التحكيمية طرفان هما المُحكَّم، وهو الشخص الذي أصابه الضرر الناتج عن مخالفة الطرف الآخر للالتزامات العقدية ويسمى المُحتَكَم، والحَكَم هو الشخص الذي يحتكم إليه ويسمى المُحكَّم، وقد يكون المحكم والمحتكم، متعددًا، أي أكثر من اثنين على صورة هيئة أو لجنة، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً - المحكم:

المحكم في الدعوى التحكيمية، هو كل من يدعي أن مخالفة للالتزامات العقدية قد ألحقت به ضرراً شخصياً ومباشراً، وهكذا فإن الدعوى التحكيمية هي حق كل من أصابه ضرر من جراء مخالفة في اللجوء إلى التحكيم للفصل في موضوع النزاع والحكم له عن هذا الضرر، وبناءً على ذلك لا بد أن يكون المحكم قد أصابه ضرر من المخالفة المرتكبة، وأن يكون متمتعاً بأهلية التقاضي.

ففيما يخص الشرط الأول: فالمطالبة بالتحكيم واللجوء إليه لا تثبت إلا للشخص الذي وقع عليه الضرر من جراء المخالفة أو المخالفات العقدية، وأن يكون هذا الضرر مباشراً وشخصياً. وبالتالي فإن القانون لم يجز لغير صاحب المصلحة المباشرة اللجوء إلى التحكيم ابتداءً والمطالبة بحل النزاع الدائر بين أطرافه، فمن تثبت له المصلحة يستطيع أن ينصب نفسه محتكماً شخصياً في دعوى التحكيم.

وقد اشترط القانون ثانياً: إن اللجوء إلى التحكيم والبدء بإجرائه لا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه^(١)، لأن في التحكيم نوعاً من المخاطرة ببعض الحقوق أو كلها، وفيه إضعاف للضمانات المتوافرة في القضاء، واستقلاله ومروانه، وفيه اختيار لمحكمين يتطلب الأمر فيهم إحاطة ونضج رأي، وفيه نوع من التصالح^(٢). لذلك لا يملك ممارسة التحكيم الصغير غير المميز الذي لا يملك حق التصرف في ماله، ولا المعتوه أو السفهية وذو الغفلة، ولا المحجور عليه، ولا الوكيل أو الوصي أو الولي أو القيم - المأنون لهم بحكم القانون - الالتجاء إلى التحكيم أو القبول به إلا بإذن من المحكمة^(٣). وعليه فإن اللجوء إلى التحكيم واتباع إجراءاته ممن لا يملك أهلية التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

(١) المادة (١٦) من القانون المدني الأردني رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦.

(٢) د. قحطان عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٣) المواد (١١٦ - ١٣٤) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

وأما بخصوص الشخص المعنوي، فهل له أن يكون طرفاً في التحكيم؟ أمام هذا التساؤل، وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني^(١)، واستناداً لعمومية نص المادة الثالثة منه، وجدنا أن المشرع لم يقر حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية، بل أجاز صراحة حق اللجوء إلى التحكيم الذي يجري في المملكة بين أطراف من أشخاص القانون العام، أو القانون الخاص، أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية.

هذا على صعيد التحكيم في القضايا التي تنشأ بين أطراف ونزاع داخل الدولة. أما على صعيد التحكيم الدولي، وجدنا أن المشرع الأردني في قانون التحكيم لم يوضح موقفه من إمكانية اللجوء إلى التحكيم، ولكن بالرجوع إلى قانون الاستثمار الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥ وتعديلاته، حيث أعطى الخيار للحكومة وللمستثمر الأجنبي بإحالة النزاع إلى القضاء أو إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن إذا لم تتم تسويته ودياً خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر.

وعلى ذلك فإن أهم ما يميز التحكيم في القضايا الناشئة عن قضايا الاستثمار يتمثل في أن الاختصاص والسند الأساسي لهذا النوع من التحكيم ينشأ عن معاهدات الاستثمار المختلفة سواء الثنائية منها أم الجماعية.

ثانياً - المُحَكَم:

يعد المحكم الطرف الثاني في الدعوى التحكيمية، حيث أشارت المادة (٢/أ) من قانون التحكيم الأردني، إلى تعيين هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر للفصل في موضوع النزاع المحال إلى التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون.

وقد اشترط المشرع الأردني في الحكم أن يكون كامل الأهلية، وعليه لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوزاً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب إشهار إفلاسه ولو رُدَّ إليه اعتباره.

المطلب الرابع

شروط اتفاق التحكيم وأثره في مجال منازعات العقود الإدارية

إن الاتفاق على إجراء التحكيم يعد أول المراحل في الدعوى التحكيمية، مضمونه التعبير عن إرادة أطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم إذا ثار نزاع أثناء تنفيذ العقد

(١) المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

المبرم بينهما، وقد يصار إلى عقد هذا الاتفاق بعد نشوء النزاع وصيرورته واقعاً مؤكداً. وهذا ما عبر عنه المشرع الأردني في المادة (١١) من قانون التحكيم الأردني^(١).

ومن المفيد أن نورد التعريف الذي نصت عليه المادة السابعة من القانون النموذجي الذي تبنته لجنة القانون التجاري الدولي بقولها: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

أما عن صيغة شرط التحكيم، فليس هناك صيغة معينة أو أنموذج موحد يتبع، وإنما يتطلب أن ترد الصيغة محددة في مبادئها دالة على معانيها، ومعبرة عن إرادة طرفي التحكيم، بحيث لا تثير لبس ولا إبهام قد ينتج عنه اختلاف في الفهم لدى أطراف النزاع ابتداءً أو لدى هيئة التحكيم لاحقاً.

وبناءً على ذلك سوف نشير بالدراسة إلى أهم شروط اتفاق التحكيم على الوجه المتقدم، وما يرتبه من آثار في مجال نزاعات العقود الإدارية من خلال:

الفرع الأول: شروط اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: آثار الاتفاق في الدعوى التحكيمية.

الفرع الأول

شروط اتفاق التحكيم

ذكرنا سابقاً أنه قد ينشأ اتفاق التحكيم تبعاً لعقد معين ويسمى شرط التحكيم، وقد يتم الاتفاق عليه بمناسبة نزاع قائم ويسمى مشاركة التحكيم، ففي الحالة الأولى: يكون تنفيذ الشرط وبالتالي اللجوء إلى التحكيم أمراً احتمالياً؛ لأنه يتوقف على احتمالية حصول النزاع من عدمه، وفي مسعى آخر أحسن المشرع الأردني، في قانون التحكيم المشار إليه سابقاً، عندما نص على إمكانية الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع، ولكن في هذه الحالة اشترط أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً.

(١) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، بدون ذكر دار النشر والعاصمة، ١٩٨٤، ص ٧٥.

نستخلص من ذلك، أن إرادة المشرع اتجهت إلى إبطال كل اتفاق لاحق على نشوء النزاع بين الخصوم، إذا لم يحدد طرفا النزاع موضوعه تحديداً دقيقاً. هذا الموقف من المشرع الأردني مستغرب ومستهجى من قبلنا، حيث كان من الأولى أن ينص على هذا الشرط في الحالة الأولى أيضاً، التي تقرر الاتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع وإن حصل فإن ذلك يؤدي إلى عدم معرفة موضوع النزاع لأنه يصبح ما اتفقوا عليه يتصل بأمر احتمالي بحث، استناداً إلى أن اتفاق التحكيم ذو طبيعة عقدية ويخضع للقواعد العامة في العقد من حيث التكوين والآثار، لذا يلزم لانعقاده أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية العامة لصحة العقود بشكل عام، وهي الرضا والمحل والسبب، وإن عدم بيان موضوع الاتفاق فيه إخلال بأحد أركان العقد وبالتالي لا يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ومنجاً لآثاره القانونية إلا بتحقيق هذه الأركان مجتمعة، وفي المخالفة لذلك يجعل اتفاق التحكيم باطلاً^(١).

وتنص المادة العاشرة من قانون التحكيم الأردني على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان، أو إذا تضمن ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق، كما يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

ونضيف في مجال بيان صحة اتفاق التحكيم، فنقول أن التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين يتم بالإيجاب والقبول، بحيث تنصب إرادة الخصوم وتشف عن رغبتهم في النزول عن اللجوء إلى القضاء، وفي حسم النزاع بواسطة التحكيم، وكونه عقداً رضائياً، يعني ذلك: إن الرضا يكفي لانعقاده وإن كان القانون يتطلب الكتابة لإثباته على الوجه المتقدم، فهو ينص على أن عقد التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة، ومعنى ذلك أن الكتابة شرط لإثباته وليس شرط لانعقاد مشاركة التحكيم، إذ أنه ليس من العقود الشكلية وبالتالي من الجائز إثبات العقد بالإقرار واليمين الحاسمة، وقيل بعدم جواز

(١) د. لافي درادكة، بحث بعنوان "امتداد شرط التحكيم إلى الغير" مقدم إلى مؤتمر الاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم بعنوان التحكيم من أجل استثمارات أكثر، خلال الفترة ١٠/٩/٢٠١٠، عمان - الأردن، ص ١.

قبول مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لعقد التحكيم أو أي شرط من شروطه لخطورة ما يترتب على التحكيم من آثار، أهمها منع الخصوم من الالتجاء إلى القضاء^(١).

أما ما تعلق بالأهلية الخاصة بأطراف الاتفاق، فنقرر هنا أن الأهلية المقصودة هي: الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم، ولا يمكن للشخص أن يجري اتفاقاً على ذلك إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاعات المراد حسمها بالتحكيم^(٢)، وعليه فقد نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"^(٣).

ولأجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية يتم الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق، والقانون الشخصي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص وبين الدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها، وعلى ذلك فإن في العالم نظامين يتحدد بموجبهما القانون الشخصي، فقد يكون قانون البلد الذي يحمل الشخص جنسيته أو قانون البلد الذي يقيم ويزاول نشاطه الاعتباري فيه^(٤).

وبخصوص ما تعلق بتطبيق أحكام القانون الأردني، فإنه من المقرر أن القانون الشخصي الواجب التطبيق هو قانون الجنسية، وهذا ما قرره المادة (١٢/١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، حيث نصت على أن: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

إن هذا ما قرره المشرع الأردني بالنسبة لأهلية الأشخاص الطبيعية، وكذلك أهلية الأشخاص الحكمية حيث يستطيع كلاهما أن يكونا طرفين في اتفاق التحكيم استناداً إلى ما جاء به قانون التحكيم الأردني في المواد الثالثة والتاسعة منه^(٥).

(١) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، دون ذكر دار النشر وعاصمتها، رقم ٨١٠، المادة (١).

– د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٩٧.

(٢) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ١١٥.

(٣) نصت المادة (٢٠٥٩) من قانون المرافعات الفرنسي على ذلك، وكذلك المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، على أنه لا يصح التحكيم إلا ممن له حق التصرف في حقوقه.

(٤) د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٥) المواد (٣، ٩) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

الفرع الثاني

آثار الاتفاق في الدعوى التحكيمية

بعد توافر شروط اتفاق التحكيم - من محل ورضا وأهلية - ونشأته صحيحاً يتوجب على أطراف التحكيم الالتزام بأحكامه والعمل على تنفيذه لما يتمتع به من قوة ملزمة، وتطبيقاً لقاعدة نسبية آثار اتفاق التحكيم فإن هذه الآثار لا تعني من حيث تطبيقها والالتزام بأحكامها سوى أطراف الاتفاق، بمعنى أن تلك الآثار قاصرة على من ارتضى أحكام الاتفاق ابتداءً، وباعتبارها أثراً مبنياً على ذلك الاتفاق.

واستكمالاً لذلك سوف نتعرض لهذا الموضوع من خلال بيان:

أولاً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدین.

ثانياً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير.

أولاً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدین:

من المعلوم، وطبقاً للقواعد العامة فإن آثار اتفاق التحكيم (العقد) لا تصيب إلا الأطراف المتعاقدة، إلا أن تلك الآثار قد لا تمتد في أحوال معينة إلى من يقوم مقام طرفي العقد ممن يطلق عليهم الخلف الخاص، والخلف العام.

والخلف العام هم: الورثة، حيث أشارت إليهم المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني بالنص على أنه: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

أما الخلف الخاص فهو: من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها، يتلق من السلف حقاً عينياً أو شخصياً ويعتبر خلفاً خاصاً فيما يتعلق بالحق الذي تلقاه^(١).

وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني، وتحديدًا في مادته الثالثة نجده قد حدد طبيعة أطراف التحكيم الذي تنصرف إليهم آثار العقد بقوله: تسري أحكام هذا القانون بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص، كذلك حدد طبيعة مصدر الالتزام بينهما بقوله أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية.

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢١٧.

وبناءً عليه يعد اللجوء إلى التحكيم أثراً للعقد وهو موضوع الاتفاق العقدي المبرم بين طرفي التحكيم به يثبت حكم العقد في المعقود عليه، والذي أنشأ بموجبه التزاماً واجب التنفيذ على طرفيه في حال حدوث نزاع يستدعي حله اللجوء إلى التحكيم، فيتوجب على الطرفين أن يقوموا في الوفاء بما أوجبه العقد عليهما وأن يشرعا في البدء بإجراءاته لإنهاء النزاع.

ثانياً - أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير:

الغير بالنسبة للعلاقة التعاقدية المنشئة لواجب الالتزام بواقعة اللجوء إلى التحكيم هو الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم نهائياً ولا يعد من الخلف الخاص، واستناداً للقاعدة العامة في الالتزام فإن أثر الاتفاق لا ينصرف إلى الغير، وهذا هو الأصل.

وقد عبر المشرع الأردني صراحة عن ذلك بقوله: "لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير..... وإذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده....."^(١). ومع ذلك واستناداً لما أفرزه التعامل الواقعي في المجال التجاري خصوصاً والعديد من النشاطات الأخرى على وجه العموم، وجدنا أن هناك اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى مقتضيات الاستقرار في التعامل قد تقضي بانصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الغير في بعض الحالات، حيث يترك أمر تقدير كل حالة لهيئة التحكيم أو للمحكمة المختصة كما هو واضح في التطبيقات الآتي بيانها^(٢):

١ - مدى انصراف أثر التحكيم الذي أبرمه المدين إلى الدائنين الشخصيين للمدين، من المقرر أنه من الجائز أن ينصرف إليهم هذا الأثر، ويستثنى من ذلك إذا قصد من هذا التصرف الغش والإضرار بالدائنين، ففي هذه الحالة لهم أن يتمسكوا بعدم نفاذه في مواجهتهم، لأن الغش والإضرار يبطل سائر التصرفات، كما يملك الدائنون في جميع الأحوال التدخل في الخصومة أمام المحكمة لمراقبتها ومراقبة تصرف المدين، ولا يملك الدائنون الاتفاق على التحكيم فيما يخص حقوق مدينهم قبل الغير، وإن كانوا يملكون رفع دعوى غير المباشرة، ويملك الدائنون مباشرة الخصومة في التحكيم الذي عقده مدينهم^(٣).

(١) المواد (٢٠٨، ٢٠٩) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٢) د. لافي درايكه، بحث بعنوان "مدى امتداد شرط التحكيم إلى الغير" مرجع سابق، ص ٧.

(٣) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص ١٢٣.

- ٢ - وفي حكم آخر يتعلق بسريان آثار اتفاق التحكيم الذي يبرمه الدائن بالنسبة للكفيل، فإن كانت القاعدة أن الكفيل يكون مسئولاً تجاه الدائن، بحيث إذا دخل الدائن طرفاً في اتفاق التحكيم فإن هذا الاتفاق لا يكون ملزماً إلا إذا أجازته، وإذا صدر حكم المحكم دون أن يكون الكفيل قد قبل الدخول في اتفاق التحكيم، فلا يسري عليه هذا الحكم إلا في الحدود التي حددها القانون في الكفالة^(١).
- ٣ - وفي حالة أخرى، هل يجوز للمحامي الوكيل في رفع الدعوى أن يتفق مع الخصم على التحكيم، ففي حكم حديث نسبياً لم يجرز القانون ذلك مقررًا عدم انصراف أثر التحكيم إلى الوكيل إلا إذا بني على تفويض صريح من قبله أو في حالة الإجازة اللاحقة، وفي ذلك قالت محكمة تمييز دبي: ليس للوكيل سوى مباشرة الأمور المعينة فيها، وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات، والخروج عن حدود هذا التفويض بالاتفاق على التحكيم رغم عدم النص عليه في التفويض لا يسري في حق الموكل إلا إذا أجاز الموكل هذا التصرف لاحقاً. وفي حكم آخر في ذات الموضوع قررت محكمة استئناف باريس أنه يتوجب على الوكيل التقيد في حدود موضوع الوكالة، وأضافت في حالة الإجازة عن طريق التفويض ألا يعتمد الوكيل على إجراء أية تعديلات في اقتصاديات العقد باستبدال الالتزامات التعاقدية بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد المشترك للطرفين^(٢).
- ٤ - وكذلك الأمر بالنسبة لسريان آثار التحكيم بالنسبة إلى الموكل، بحيث إذا أبرم الوكيل اتفاق التحكيم نيابة عن الموكل، فإن آثار هذا الاتفاق تنصرف إلى الأصل (الموكل) دون الوكيل، أما إذا كان إبرام الوكيل لاتفاق التحكيم خارجاً عن حدود الوكالة فإن هذا الاتفاق الذي أبرمه الوكيل لا يكون نافذاً في مواجهة الأصل (الموكل) إلا إذا أجازته^(٣).
- ٥ - وفي حكم حديث نسبياً، كان قد صدر في قضية أثّرت حول اندماج الشركات العائدة ملكيتها لشخص معنوي أو طبيعي، ويدور حول مدى امتداد أثر اتفاق التحكيم على أحد الشركاء، والذي اتفق عليه من قبل شركة اشتركت في عملية

(١) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٣٤.

(٢) قرار محكمة استئناف باريس، الدائرة الأولى، تاريخ ١١/٤/١٩٩٧، المنشور بمجلة التحكيم الفرنسية، العدد الرابع، ص ٧٠٤.

- الطعن رقم ٣٢٥، لسنة ١٩٩٣، صادر عن محكمة تمييز دبي في الجلسة تاريخ ٢٥/٦/١٩٩٤.
(٣) د. لافي درابكة، بحث بعنوان "مدى امتداد شرط التحكيم إلى الغير" المرجع السابق، ص ١٦.

الاندماج، حيث ذهب رأي في ذلك الاتجاه انبرت له إحدى هيئات التحكيم فقررت عدم التزام هذه الشركة باتفاق التحكيم^(١).

٦ - وفي حكم آخر انبرى القضاء الفرنسي، مقررًا عدم جواز تمسك المنتفع باتفاق التحكيم المبرم بين المشتري والمتعهد باعتباره اشتراطاً لمصلحة الغير^(٢). وانطلاقاً مما تقدم، نؤكد أن ما ذكرناه جاء على سبيل المثال لا الحصر، موضحين هنا أن اتجاه القضاء ما زال متردداً بين التضييق والتوسع في الأخذ بفكرة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، مع تطور قد نشاهده هنا وهناك بغض النظر عن مدى تأييد أو عدم تأييد هذا التوجه.

(١) - Oho Sand rock " Arbitration agreements and groups of companies " in etudes La live, 1993, p. 265.

(٢) - Hayward Holtzman and Joseph Neuhaus, The UNCITRAL model law on international commercial arbitration, 1994, p. 300.

Cassation Commercial 4Juin 1985, Revue de L'arbitrage 1987, p. 139. note Goutal.

المبحث الثاني الأساس القانوني لسلطة المحكم في إعادة التوازن المالي في مجال العقد الإداري

يقصد بالتوازن المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت نشوء العقد، قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً، وتتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلى استمرار هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد، ولكن قد يطرأ تعديل على الالتزامات المالية تصيب التوازن المالي بالخلل، مما يؤدي إلى اختلال الالتزامات العقدية، من هنا يضطر أطراف العلاقة معها إلى إعادة التفاوض بحيث يتطلب من المحكم أو هيئة التحكيم المختارة لهذه الغاية التدخل لحل النزاعات للوصول إلى وضع مالي متوازن.

إنّ مضمون فكرة التوازن المالي، تكمن في التوازن بين جانبي الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، وذلك باتباع سياسة مالية معينة، تقوم بها الإدارة المتعاقدة من جهة والمتعاقد معها من جهة أخرى، عند وجود تباين بين حجم الالتزامات المتقابلة، وذلك بتعديل أحد جانبي الالتزام بغرض خلق التوازن بينهما أي تعادل الحقوق والالتزامات المتقابلة.

من هنا جاءت فكرة البحث في الأساس القانوني الذي يشكل منطلقاً للمحكم وهو بصدد القيام بمهمته الموكولة إليه، جاهداً الوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، كل ذلك نوضحه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول : صلاحية المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض.

المطلب الثاني : صلاحية المحكم في ظل عدم النص على شرط إعادة التفاوض.

المطلب الثالث : صلاحية المحكم في ظل تغير شروط العقد.

المطلب الرابع : صلاحية المحكم في ظل تصرفات الإدارة الانفرادية في العقد.

المطلب الخامس : صلاحية المحكم في ظل التغيرات التشريعية.

المطلب الأول صلاحية المحكم في ظل شروط إعادة التفاوض

لقد اقتضت طبيعة عقود الاستثمار وما ينتج عنها من مشكلات خاصة جاءت انعكاساً لتلك الطبيعة سواءً من حيث خصوصية أطراف التعاقد، بحيث تتمثل في وجود

السلطة العامة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً في هذه المنازعات، كذلك النظر إلى طول المدة الزمنية التي يستلزم تنفيذ العقد، ومحل العقد وعلاقته بالخطط والبرامج الاقتصادية للدولة، الأمر الذي نشأ عنه إعطاء الشخص العام المتعاقد امتيازات وصلاحيات أخلت بالتوازن بين طرفي العقد. من هنا كان لزماً على طرفي التحكيم تضمين عقودهم شرطاً يتيح لهم إعادة النظر بشروط العقد من خلال ما يعرف بشرط إعادة التفاوض الذي يسمح بمقتضاه إعادة التوازن المالي للعقد بين أطرافه المتنازعة ابتداءً، أو من خلال مشاركة التحكيم التي يتفق عليها بعد نشوء النزاع.

هذا الإجراء برأينا يعد ضماناً مهمة للطرفين معاً، الدولة من جهة، بحيث يمكنها من اتخاذ الإجراءات المناسبة المؤدية إلى حماية مصالحها والعودة مرة أخرى إلى البحث في بنود العقد في ظل تلك الإجراءات والقواعد لاستدراك ما قد فاتها من بحثه وتضمينه العقد، وفي نفس المقدار يقرر هذا الشرط حماية لمصالح المتعاقد مع الإدارة، بحيث يعطيه فرصة إعادة النظر والبحث في الأسباب المؤدية إلى وقوع الخلل في الالتزامات العقدية ومعالجتها، سواء ما تعلق منها بالإدارة الطرف في العقد أو في أي ظروف أو متغيرات أخرى كانت سبباً في اختلال توازن العقد.

ومن وجهة نظر فقهية فإن ذلك قد يؤثر على استقرار العقد، بل في تحديد تكلفته، كما قد يؤدي إلى الحكم بعدم صلاحية هيئة التحكيم في نظر النزاع عند عرضه عليها لعدم وجود محل له محدداً ومعيناً، وإن حكمت وأصدرت بذلك قراراً قد لا يجد له طريقاً للتنفيذ^(١).

وفي هذا الاتجاه ذهب رأي فقهي إلى أبعد من ذلك، يتمثل في إعطاء هيئة التحكيم صلاحية أوسع من مجرد إصدار حكم بل صلاحية تصل إلى حد السماح لها بتعديل شروط العقد بما يحقق التوازن المالي له^(٢)، استناداً إلى الطبيعة المركبة للتحكيم، فهو نظام ذو طبيعة مزدوجة، فهو عمل اتفاقي في مصدره، لاستمداد المحكم سلطانه وسلطاته من إرادة الأطراف، فالمحكم على الرغم من أنه ليس قاضياً إلا أنه

(١) J.Y. GOTANDA, Renegotiation and Adaptation of Clauses in International Investment Contracts, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vole. 36, 2003, p. 1461.

(٢) K.BERGER, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, The role of Contract Drafter and Arbitrators, 36 Vandals. J- Transnational Law 2000, p. 1347.

يقوم بنفس الوظيفة المنوط بالقاضي القيام بها، ألا وهي الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإصدار حكم فيها^(١).

وتعليقاً على الرأي المتقدم، فإننا نقرر ابتداءً أن هناك تنازلاً من قبل أطراف النزاع عن إرادتهما لصالح هيئة التحكيم، وبالتالي حلول إرادة تلك الهيئة محل إرادة الأطراف في مجال الاتفاق على حل يرضونه ويعيد للعقد توازنه الاقتصادي، هذا الإجراء له محاذيره من حيث الإتيان بحل غير ملائم لتحقيق هذا التوازن المالي بما يتفق وتوقعات الأطراف، وذلك قد ينتج عن عدم معرفة هيئة التحكيم المعرفة الكافية بأبعاد الاتفاق وأهدافه ومعايير إعادة التوازن المالي وأدواته، بالإضافة إلى ذلك، عدم تزويد أطراف النزاع بالمعلومات والمستندات والبيانات المتعلقة بالعقد والضرورية لبناء قناعة حول عدالة الحل المنشود، وذلك من منطلق أن الالتزام بإجراء التفاوض في مرحلة التنفيذ الذي نشأ في ظلها النزاع يقوم على اعتبارات اقتصادية تؤدي إلى العدالة في تنفيذ العقد.

وهذا يقودنا إلى القول أن مهمة المحكم في مجال إعادة التوازن المالي للعقد هي مهمة أولية تتمثل في الفصل في تحقق شرط الإخلال بالتوازن المالي وبحث الأسباب الواقعية والقانونية المؤدية إلى ذلك، والنتائج المترتبة حال ثبوتها، وهي مهمة فنية يقع على عاتق المحكم التثبت من وجودها، والتي تحول دون تنفيذ العقد وفقاً للاتفاق الأولي للعقد، وكل ما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد^(٢)، بحيث يعيد ضبط الالتزامات المتبادلة في العقد وإعادة التوازن إليه مرة أخرى^(٣).

ونحن بدورنا نؤيد مثل هذا الشرط الذي يؤدي إلى إعادة التفاوض للوصول إلى توازن مالي مرضٍ لأطرافه، مع التأكيد على أنه ليس بالإجراء العلاجي الشامل، فقد يعترى هذا الإجراء الكثير من المثالب وينتج عنه الآثار الجانبية، فهذه الشروط

(١) د. حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، بيروت، ١٩٩٧، ص ٧.

– د. محمد نور شحاتة، بحث بعنوان "تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية" بحث مقدم إلى مؤتمر كليات الحقوق في الجامعات العربية، المنعقد بالقاهرة، سنة ٢٠٠٦، ص ١٢.
(٢) د. رشا علي، بحث بعنوان "سلطة المحكم في ظل الأزمة المالية الراهنة" مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث، والمنعقد بجامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٩، ص ٧٤.

(٣) W.MELIS, Force Majeure and hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the practices of the ICC Court of Arbitration. See at, <http://www1.fidic.org/recources/contracts/melis.pdf>, 22-12- 2008.

نفسها تؤثر على استقرار العقد، بل قد تؤثر على التكلفة الشاملة للصفقة، والأكثر من ذلك، إن هيئة التحكيم نفسها قد ترفض الاختصاص لعدم وجود منازعة محددة، وإن فصلت قد لا يلقى حكمها طريقاً للنفاذ^(١).

المطلب الثاني

صلاحية المحكم في ظل عدم النص على شرط إعادة التفاوض

يتعرض العقد في معرض تنفيذه إلى نشوء منازعات ناتجة عن الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وتكمن المعضلة في هذا الموضوع في حال خلو العقد من شرط إعادة التفاوض الذي يمكن أطراف النزاع من مراجعة التزاماتهما التي تأثرت بتلك الاختلال، للعودة بها إلى الحال الذي ارتضوه عند إبرام العقد.

في ظل هذا الوضع نتساءل، هل يملك المحكم أن يعيد النظر بموضوع العقد بحيث يعدل ما تم الاتفاق عليه؟ إذا علمنا أن طبيعة النزاع في هذه المرحلة لا تقوم على اعتبارات قانونية؛ كون المنازعة تتعلق بتعديل العقد من حيث الالتزامات والحقوق الدائرة بين طرفيه وإنما على اعتبارات العدالة، وهل يتيح لنا هذا الوضع الناتج عن طبيعة العقود الإدارية مراجعتها وإعادة التوازن المالي لها من خلال اللجوء إلى التحكيم وإعطاء هيئة التحكيم سلطة تعديل العقد، إذا نشأت أسباب تبرر ذلك؟

بداية يرى اتجاه في الفقه نؤيده أن القضاء الإداري قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص (إن العقد شريعة المتعاقدين متى وقع صحيحاً) وأنه يرى أن أي اتفاق لا يخالف التشريعات المرعية والنظام العام يمكن العمل بمقتضاه، وذلك استجابة لحالة ملحة تقتضيها العدالة لكل من طرفي النزاع (الإدارة والمتعاقد معها)، تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح الإدارة في بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة، فإنه من الطبيعي أن تطبق تطبيقاً مقابلاً لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى^(٢).

استناداً لهذا الرأي فلا ضير من اتفاق لاحق يجيز لأطرافه الجلوس إلى قاعدة

(١) د. عصام القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر، والمنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة ٢٠٠٨، ص ٢٠٤.

(٢) د. خالد سعد راشد، أثر نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا جامعة عمان العربية، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٧.

التفاوض للوصول إلى حلول مرضية تعيد للعقد توازنه المالي لضمان استمرارية تنفيذه، حتى نتجنب الوصول إلى طريق مسدود تتعطل فيه المصلحة العامة ومقتضيات العدالة في التعامل. وقد حاول المشرع الأردني في قانون التحكيم من خلال نص المادة (٣٦/د) تحديداً أن يضع أساساً يمكن الارتكان إليه في بيان ما إذا كان المحكم يملك سلطة إعادة النظر في بنود العقد وتعديله أم لا؟ وهذا ما حاول الإجابة عليه عند قوله: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". من ذلك النص نستنتج: أن أي سلطة للمحكم يجب أن تؤسس على الإرادة الصريحة لطرفي العقد، وأن يتأسس حكمها على قواعد العدالة والإنصاف بعد استبعاد أحكام القانون من مجال التطبيق.

والمتمحور حيثيات النص يستخلص أنه يحتمل التفسير على وجهين، الأول: إن هيئة التحكيم تستمد صلاحياتها في حل النزاع من إرادة طرفيه أنفسهم بحسب ما اتجهت إليه إرادتهما في العقد دون الإحالة إلى أي قانون آخر. والتفسير الثاني: أن سلطة المحكم لا تثبت له إلا بعد الاتفاق صراحة على ذلك للفصل في موضوع النزاع تأسيساً على قواعد العدالة والإنصاف، مع استبعاد القانون الواجب التطبيق.

وإعمالاً لمضمون ما اشتملت عليه تلك المادة، فإننا نميل إلى الأخذ بهذا التفسير، وفيه نقول: إن إرادة أطراف النزاع عندما توجهت إلى منح المحكم سلطة إنهاء النزاع قد خالفت بذلك أحكام العقد والتي منها تحديد القانون الواجب التطبيق على محل النزاع، وبهذا تم تقديم الإرادة اللاحقة لطرفي النزاع على ما انعقدت عليه إرادتهما في العقد ابتداءً، أي تعطيل شروط العقد والعمل بإرادتهما اللاحقة.

وأضيف أن في ذلك تعديلاً للعقد المبرم بينهما، وهذا طبقاً للقواعد العامة في العقد جائز قانوناً، وفي ذلك يقول المشرع الأردني في القانون المدني (المادة ٢٤١): "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله وفسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون".

بناءً عليه يحق للمحكم أن يعدل العقد بقصد إعادة التوازن المالي إذا نشأت أسباب تبرر تعديله، ولو لم يتفق ابتداءً على شرط إعادة التفاوض، وذلك استناداً للقواعد العامة في العقد التي تتطلب توافر شرطي التراضي (أي الاتفاق) والنص القانوني الوارد في القانون الخاص (قانون التحكيم المشار إليه) والقانون العام (القانون المدني).

المطلب الثالث

صلاحية المحكم في ظل تغير شروط العقد

يعد التوازن الاقتصادي من الأركان الأساسية في العقد، لذا ومن المتفق عليه أنه قد يتأثر التوازن المالي للعقد بسبب ظروف تطرأ عند تنفيذه، ظروف وحوادث خارجية ومستقلة عن إرادة طرفي العقد، ولم يكن في الحسبان توقعها عند إبرامه العقد، مما يتسبب في قلب اقتصادياته، وإن كانت هذه الحوادث أو الظروف لا تجعل التنفيذ مستحيلاً، ولكن يصبح مرهقاً وأكثر تكلفة على المتعاقد^(١)، مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأن شروطه.

ونظراً لأهمية هذه الأحداث وأثرها على تنفيذ العقد فقد جرى العمل على إدراج شرط إعادة التفاوض في ظل تغير شروط العقد الناتج عن القوة القاهرة أو الظرف الطارئ أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو فعل الأمير، التي يغلب عليها الطابع الفني ومن ثم فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة تتوافر للقائمين عليها من المحكمين كالخبرة والدراية العملية الكافية^(٢).

ومن ناحية أخرى، بعيداً عن الجانب الفني الذي تتسم فيه منازعات القوة القاهرة والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة وفعل الأمير (فعل السلطات)^(٣)، فإن المهمة الرئيسية التي سيضطلع بها المحكمون لن تقف عند حد التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة أو الظرف الطارئ أو توافر الصعوبات المادية غير المتوقعة أو تلك الأفعال الصادرة عن الإدارة والتي يعبر عنها بفعل الأمير، بل

(١) د. عبد المولى علي محمد، الظروف التي تطرأ عند تنفيذ العقد الإداري، منشورات مطبعة الطويجي، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٠.

(٢) د. عصام الدين القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٣) القوة القاهرة: حدث خارجي غير متوقع، لا يمكن مقاومته، مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ أحد الالتزامات العقدية أو مجموعها.

- الظروف الطارئة: ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقد والإدارة، يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام أكثر كلفة، ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد.

- الصعوبات المادية غير المتوقعة: وهي الصعوبات التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد بحيث لا ترجع إلى فعل أو إلى خطأ الإدارة، والتي يترتب عليه زيادة في الأعباء المحددة في العقد وبالتالي يصبح التنفيذ أكثر صعوبة.

- فعل الأمير (فعل السلطات): أعمال تصدر عن سلطة عامة أثناء تنفيذ العقد الإداري، دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة.

ستمد إلى جوهر المنازعة ذاتها، والذي يتركز في غالبية الأحيان حول أثر توافر تلك الأسباب المشار إليها على العقد الأصلي، هنا تبرز أهمية فض مثل هذه المنازعة بطريق التحكيم بحيث يعيدوا النظر في الرابطة العقدية لتصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة^(١). وحتى يقوم المحكم بدوره، نقرر ابتداءً أن ليس له سلطة تعديل أحكام العقد وشروطه بنفسه وبدون رضا أطراف العقد لإعادة التوازن المالي إليه، بل يقتصر دوره بشأن التعديل^(٢)، في دعوة أطراف العقد للتفاوض لإجراء مثل هذا التعديل، محاولة منه إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذي يرتضيه طرفا النزاع. وذلك كله من كون الإدارة حين تضمن العقد شروطاً معينة، وتحمل بمقتضاها التزامات محددة، فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، ولو أتيح للمحكم أن يعدل شروط العقد بإرادته رغماً عن الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر، ومن ثم فإن دواعي المصلحة العامة واعتبارات النفع العام أن تظل شروط العقد نافذة، ولا تعدل إلا بموافقة الإدارة، والإدارة لن توافق على التعديل إلا عندما تتحقق المصلحة العامة من إجراءاته^(٣).

ومن نافلة القول، أن اتفاقيات التنمية الاقتصادية التي تنفذ في جزء هام منها بواسطة العقود لا يمكن النظر إليها على أنها تتضمن تحديداً جامداً للحقوق والالتزامات بين أطرافها، وإنما هي تعد بمثابة أطر يتم على ضوئها، وبقدر من المرونة، تنظيم العلاقات المستقبلية، ومن هذا المنطلق، وأمام فتور المتعاقد عادة في تقبله لإعادة النظر مرة أخرى في شروط العقد خاصة إذا ما كانت لصالحه بصفة مطلقة، فإن بعض الدول تحرص على تضمين العقد ما يعرف بشروط المراجعة أو إعادة التفاوض التي تقوم على ضرورة الأخذ في الاعتبار بالسمة المتغيرة لظروف التعاقد في الاتفاقات ذات الأجل الطويلة خصوصاً، فهذه الشروط يقصد بها مواجهة متغيرات المستقبل^(٤).

(١) د. عصام القصبى، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار" مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٢) - د. نصري النابلسي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ٧٦٩.

- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٩٢.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٩٣.

(٤) FOUAD ROUHANI, Renegotiation des contrats entre Etat et investisseurs étrangers, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, 1975, p. 95.

وعلى الرغم من أهمية تضمين تلك الشروط للعقد، إلا أن البعض يرى محدودية أثرها، إذ أنها تتضمن فقط ما يعطي طرفي النزاع إعادة مناقشة بنود العقد دون أن تستلزم بالضرورة الخروج بحلول ناجعة بحيث تعدل من نصوص هذا العقد^(١)، بقصد إعادة التوازن المالي له، ومما لا شك فيه، أن هذا النوع من المنازعات الناشئة عن اختلاف الأطراف حول ضرورة مراجعة العقد هي منازعات غير قانونية، فهي لا تتعلق في الغالب بتفسير الالتزامات التعاقدية، وإنما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها، فقد يحدث أن يتفق الأطراف على المفهوم القانوني للعقد ولكن قد يجد أحدهم أن هذه الشروط لم تعد ملائمة في ظل المستجدات الحادثة في الظروف الاقتصادية الجديدة^(٢).

ومن المقرر أن مثل هذه المنازعات التي تنجم عن اتفاقيات مبناهما العقود الإدارية، مما تقبل بطبيعتها إنهاء النزاع بطريق التحكيم، وبما أن العقد مؤسس ابتداءً على إرادة أطرافه، فمن الممكن أن يُتفق انتهاءً على إعادة التفاوض على موطن الخلاف لتحقيق التوازن للعقد، مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرفين بما يتفق والمتغيرات الناشئة وما ترتب عليها من آثار، مع إعطاء هيئة التحكيم سلطة خاصة تمكنهم من الوصول لحكم تحكيمي ملزم دون اشتراط اللجوء لقواعد قانونية معينة. كل ذلك مرهون بالاتفاق على قواعد تنظيمية مسبقة يلزم اتباعها من قبل المحكمين؛ لضمان نجاح مهمتهم والنص على شرط يسمح لأطراف العقد بمراجعته والتفاوض بشأنه بقصد إعادة التوازن المالي إليه.

المطلب الرابع

صلاحية المحكم في ظل تصرفات الإدارة الانفرادية في العقد

تتجه إرادة الدولة عادة عند البدء في إبرام العقود إلى إيجاد مساحة من المرونة في مواجهة المتعاقد معها، يسمح لها في تشكيل النظام العقدي بما يخدم مصالحها ويحقق أهدافها من حيث قدرتها على استبعاد المتغيرات في الأحوال والظروف السياسية والاقتصادية التي قد تتعرض لها أثناء تنفيذ العقد، بحيث يدعوها ذلك إلى ضرورة اتخاذ تدابير إدارية من شأنها التأثير سلباً على شروط العقد، في حين يسعى

(١) OH.K.AHN, Les investissements étrangers dans les pays en voie de developpe-
ment, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, p. 111 et spec.
p. 121.

(٢) د. عصام القصبى، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود
الاستثمار" مرجع سابق، ص ٢٢٣.

المتعاقد مع الإدارة إلى التمسك ما أمكن بعوامل ثبات واستمرار العلاقة العقدية دون تعرضها للتغيير والتبديل.

وعلى الرغم من ذلك، فقد تتخذ الإدارة المتعاقدة أعمالاً انفرادية من شأنها أن تسيء إلى مركز المتعاقد معها وتزيد أعباءه المالية في تنفيذ التزاماته، بحيث تأخذ صوراً مختلفة تتمثل في إجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل إجراء عام.

ولتسليط الضوء على مفهوم تلك التصرفات فقد عرفها الفقه بأنها: أعمال مشروعة تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء أو (بمناسبة تنفيذ) عقد إداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ الفعل الانفرادي التزاماً على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الإضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقاً للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه^(١).

وبناءً على ما تقدم نتساءل: ما هي منطلقات الإدارة في اتخاذ تلك التدابير، أهى نظرية عمل الأمير، أم اعتبارات السيادة وتحقيق المصلحة العامة، أم ماذا؟ وما مدى تأثير استقلالية شرط التحكيم عن شروط العقد الأخرى؟

بداية نوضح أن العديد من التشريعات الوطنية ومنها التشريع الأردني^(٢)، قد أقرت مبدأ استقلال شرط التحكيم في مدلوله العام بقوله: "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". تأسيساً على موقف المشرع الأردني هذا، فإنه يتعين الأخذ بهذا الحكم والاعتراف به كمبدأ عام في مجال التحكيم وإخضاعه للتطبيق من حيث الاستقلال القانوني الكامل لاتفاق

(١) Guitter (CH): droit des contrats administratifs, themis droit, PuF. 2008.P. 417. _ Chapus (R): Droit administrative general, Montchrestion, t.1. 2001, 15, edition, No 1384. _Waline (M): Trait des droit administrative, Serrey ge9.ed 1963, p.620.

- د. عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري، الطبعة الأولى، دار الحريري، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥٣٨.

- د. محمد حسين سعيد، الالتزامات العامة وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٧٤.

- د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٢٨.

(٢) المادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

التحكيم، سواء نص عليه كشرط للتحكيم أو في مشاركة التحكيم، وبالتالي إبعاد هذا الشرط الاتفاقي عن أي تأثير ناتج عن تغير ذاتية شروط العقد أو حتى إلغائه. تأكيداً لمبدأ الاستقلالية هذا فإن شرط التحكيم يخرج من جهة عن نطاق تطبيق أحكام القانون الذي يخضع له العقد نفسه، ومن جهة أخرى، فإن شرط التحكيم لا يتأثر بأي خلل يصيب العقد سواءً من حيث بطلانه كلياً أو جزئياً أو فسخه أو تعديله^(١).

نستخلص من ذلك أن استقلالية اتفاق التحكيم يؤدي إلى ترسيخ فكرة الاختصاص لجهة إعطاء هيئة التحكيم استناداً لتلك الفكرة سلطة تعديل شروط العقد المؤدية إلى قلب اقتصادياته وبالتالي إحداث خلل في توازنه المالي مما يرهق المتعاقد، واعتبار سلوك الإدارة ذلك من التدابير التي تقوم بها بإرادتها المنفردة والذي يواجهه التحكيم أثناء نظر النزاع، وعليه فإنه مهما تكن اعتبارات الدولة، ومع قيام الفرض المؤسس على طبيعة تلك التدابير من حيث عدم قابليتها لأن تكون محلاً للتحكيم أصلاً، فمما لا شك فيه أنها تتضمن انتهاكاً لالتزاماتها العقدية الموافق عليها من قبلها كأثر من آثار العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها.

وبدورنا فإننا نؤيد ما اتجهت إليه غالبية الآراء الفقهية التي تقول بقابلية خضوع المنازعات الناتجة عن تلك التدابير لاختصاص هيئة التحكيم، بحيث تعتمد إلى إعادة النظر بينود العقد محل النزاع للوصول به إلى التوازن المالي المتفق عليه ابتداءً، ولا محل للإدارة ادعائها بشرعية الإجراءات والتدابير المتخذة من قبلها، ولا مجال هنا إلا البحث في حجم التعويض المناسب، استناداً لعدم قدرة هيئة التحكيم إجبار الإدارة المتعاقدة على إلغاء ما اتخذته من تدابير وقرارات، أو العودة إلى تنفيذ العقد بحال اتخذت قراراً بالتخلي عنه^(٢). ومن ذلك نستخلص أن هيئة التحكيم لا تملك صلاحية نظر شرعية الإجراءات والتدابير الانفرادية المتخذة من قبل الإدارة، وإنما لها فقط تقدير التعويضات التي تتناسب وحجم الضرر الواقع على المتعاقد معها.

وبالرجوع إلى اتفاقية واشنطن لتأييد ما تقدم من رأي والتي تبحث في تسوية وحل نزاعات العقود الاستثمارية التي يتولاها المركز الدولي، وجدنا أن هذا المركز جُلَّ اهتمامه ينصب على بحث الخلافات ذات الطابع القانوني التي تنشأ عن عقد استثمار بين الدولة وأحد المستثمرين الأجانب في إطار تحقيق توازن بين مصالح ورغبات

(١) هذا المبدأ أخذ به وطبقه القضاء الفرنسي، يراجع في ذلك: YLousouarn Cours general de droit international prive Rec.des Cours, 1973, LL, p. 307-308.

(٢) G.GEIGER, The unilateral change of economic developments, I.C.L.Q, 1974. p.73.

الطرفين^(١)، وبالتالي تستبعد من نطاق اختصاص المركز كافة المنازعات ذات الطبيعة غير القانونية والتي تتجسد في هذه الحالة بتقرير التعويض الملائم والحكم به لجبر الضرر الواقع على المتعاقد مع الإدارة بسبب ارتكابها من التدابير والأفعال ما يبرر الحكم دون النظر إلى بواعث الإدارة.

مما تقدم نخلص إلى أن التدابير والإجراءات الانفرادية التي قامت بها الدولة والتي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقدين فإنها تدخل في اختصاص هيئة التحكيم، بحيث يتقرر بموجبه للمتعاقدين حق ضمان التوازن المالي وذلك بتعويضه عن الضرر.

والتعويض في هذه الحالة يكون قد تقرر بسبب التأثير المباشر على شروط العقد أو جاء نتيجة تغيير في ظروف تنفيذه بكيفية من شأنها تحميل المتعاقد أعباء جديدة لم تكن متوقعة وقت التعاقد^(٢).

المطلب الخامس

صلاحية المحكم في ظل التغيرات التشريعية

قد يقف النظام القانوني للدولة سداً يحول دون القدرة على ممارسة أطراف التعاقد حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، والفرض المتوقع هنا أن يصدر عن الدولة تشريع جديد قائم على حق الدولة في ممارسة سلطاتها السيادية، يتضمن حظر اللجوء إلى التحكيم، كأن ينص على أن كل إجراء خاص بالتحكيم التي تكون الدولة أو أحد هيئاتها الإدارية قد ارتبطت بها قبل سريان هذا القانون سيعد لاغياً، ولن يكون لأي حكم تحكيمي تنتهي إليه هذه الإجراءات أي أثر أو نفاذ في مواجهة الدولة أو أحد هيئاتها، وإن أي نص في العقد خاص بتسوية المنازعات بطريق التحكيم والتي شرع بإجراءات التحكيم وفقاً له يعتبر لاغياً ومعدوم الأثر.

والفرض المقبول طرحه هنا إذا كان التشريع الذي تم تغييره هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بوجود هذا الفرض يبقى السؤال قائماً، ويدور حول مدى تأثيره على اتفاق التحكيم القائم ومدى إخلاله بالضمانات التي يكون المتعاقد قد عول

(١) Philippe Chapal, L'arbitrage des differends internationaux, ed, pedon. Paris, 1967, p. 60.

(٢) د. نصري منصور، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٧٠١.

عليها عند إبرامه العقد الإداري محل النزاع، وبالتالي ما هو دور المحكم في إعادة التوازن المالي لهذا العقد.

بناءً على ما تقدم فإن الفرض الأول الذي يتبادر لدينا هو أن القانون الذي نشأ الالتزام في ظله ونقصد (موجب اتفاق التحكيم) هو القانون الأولي بالتطبيق الذي جاء نتاجاً لإعمال مبدأ سلطان الإرادة لطرفي العقد^(١)، وبالتالي يتوجب على طرفي النزاع أن تتجه إرادتهما إلى تطبيق هذا القانون دون النظر لموضوعه، الأمر الذي يضع هذا القانون تحت مظلة التأثيرات التي تصيبه، مما يؤدي إلى الحد من فاعلية مبررات اللجوء إلى التحكيم. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن تلك التغيرات تزرع الخوف في نفوس المتعاقدين، مسبباً هذا الإجراء إذا تم تبنيه زعزعة الثقة والاستقرار الاقتصادي المنشود. ولمعالجة هذا الوضع، قرر المشرع في العديد من البلدان على سبيل المثال^(٢)، ضمان استمرار تطبيق القانون وشرط التحكيم الذي نشأ الاتفاق في ظله، وهو ما عرف بشرط الثبات التشريعي نظراً لما يتمتع به المتعاقد من مزايا وضمانات تكون قد تقررت له بموجب تلك التشريعات، وبالتالي الاعتراف لهيئة التحكيم المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون لحل النزاع الدائر بين أطرافه، ومع ذلك يبقى الخوف قائماً إزاء جدية هذا الشرط من حيث مدى تمسك الدولة المتعاقدة بهذا القيد التشريعي على إرادتها إذا رغبت في إجراء تعديلات تشريعية لها مساس باتفاق التحكيم، وحق اللجوء إليه في حال نشوء نزاع بين المتعاقدين.

إزاء هذا الواقع ظهرت بعض الآراء الفقهية المنادية بالإحالة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي لتجنب إشكالية التغيرات التشريعية الوطنية من قبل الدولة الطرف في اتفاق التحكيم، مع وجود بعض المحاذير القانونية التي قد تشكل عائقاً أمام هيئات التحكيم لجهة تطبيق قواعد القانون الدولي في مجال المنازعات الوطنية، وهو ما يعرف بتدويل تلك النزاعات. مقابل هذا التوجه ظهر اتجاه معارض لتلك الأفكار مدعياً ابتعاد أحكام القانون الدولي عن مجال تطبيقها في علاقات القانون الخاص^(٣)، كما إن

(١) Ryziger: Intervention au, 1 er congres international de l'arbitrage' Rev. Arbitrage, 1961, p. 138.

(٢) المادة (٥) من قانون الاستثمار الجزائري الصادر بتاريخ ١٥/٩/١٩٦٦. والمادة (٢) من قانون الاستثمار التونسي رقم (٣٥) لسنة ١٩٦٩، والمادة (٢٢) من قانون تشجيع الاستثمار الأردني لسنة ٢٠١٠.

(٣) P.WEIL" Problems relatif contrats passes entre un Etat et un particulier", Rec. des L'Academie de Dr.Int,L, TIII,P. 155.

هذه الأحكام تمثل نظاماً قانونياً قائماً بذاته ولا يعد معبراً عن حقيقة سيادة أية دولة، ونضيف أن قواعد القانون الدولي في هذا المجال لا ترقى إلى مصاف النظرية القانونية المختصة بتنظيم العلاقات التعاقدية؛ وذلك لعدم اكتمال قواعده في هذا المجال، كما هو الحال في مجالي القانون الخاص والقانون العام الإداري الداخلي^(١). وبالمقارنة بما هو منصوص عليه في التشريع الأردني فإننا نستخلص أن هناك إمكانية قانونية يستند عليها للرجوع والاحتكام إلى قواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة الأردنية إذا ما رغب أطراف التعاقد تجنب التغييرات التشريعية التي تطرأ على تنفيذ العقد.

وقد أعطى المشرع الأردني للمحكم سلطة اختيار إجراءات التحكيم التي يراها مناسبة إذا لم يتم الاتفاق ابتداءً على اختيار القواعد الإجرائية المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيمي في المملكة أو خارجها، على أن يراعي أحكام قانون التحكيم الوطني، وهذا نجد أساسه في منطوق المادة (٢٤) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، حيث نصت على أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون".

وتأكيداً على ذلك أيضاً في مجال الإحالة إلى قواعد الاتفاقيات الدولية فقد أورد المشرع الأردني في المادة (٢٢) من قانون تشجيع الاستثمار لإسباغ نوع من الحماية للاستثمارات الأجنبية أن يراعي عند تطبيق أحكام قانون الاستثمار الاتفاقيات العربية والدولية المتعلقة بتسوية النزاعات التي تكون المملكة طرفاً فيها.

مما تقدم وبالرجوع إلى مطلع نص المادة (٢٤) المشار إليها سابقاً التي قالت: "لطرفي التحكيم الاتفاق....." هذا يؤكد أن إرادة طرفي العقد إذا اتجهت نحو تطبيق القواعد التي ترد في الاتفاقيات الدولية التي يكون الأردن طرفاً فيها، فإن دولية هذا الاتفاق يكون مرجعه الشرط التعاقدي الذي تعلق بتحديد القانون الواجب إخضاع إجراءات التحكيم لقواعده، وكذلك الحال فيما أورده المشرع في عجز منطوق المادة

(١) ROBERT.B.VON MEHREN AND NICHOLAS KOURIDES, International arbitration between states and foreign private parties: The Libyan. Nationalization, Am.J. Int'l law, voi 75, 1981, p.510-511.

(٢٢) من قانون الاستثمار عندما قالت: وفي غياب الاتفاق بين أطراف النزاع الذي يحيل إلى الاتفاقيات الدولية فإن سلطة اختيار القواعد القانونية المناسبة التي تخضع لإجراءات التحكيم لها تعود للمحكم.

يستفاد مما تقدم، أن حق أطراف التعاقد في اختيار القواعد القانونية التي ترد في الاتفاقيات الدولية بقصد تطبيقها على إجراءات التحكيم يجب أن تستند على قاعدة اتفاق تجيز ذلك، لذا فإن الشرط التعاقدي المبدئي الذي يجيز اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق بالضرورة يجب أن يستند على نظام قانوني موجود ومشروع.

من خلال هذا المدخل إلى الاتفاقيات الدولية، يستطيع المحكم أن يخرج النزاع من نطاق تأثير التغيرات التشريعية وما قد يطرأ عليها، وتجاهل تلك التغيرات، فالمحكم في هذا الأثناء يستمد سلطته من الاتفاقيات الدولية لا من القانون الوطني.

المبحث الثالث

نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

يشكل مبدأ توازن العقد الإداري توازن الحقوق مع الالتزامات المبدأ الأساسي في المفهوم التقليدي لفكرة الحقوق المالية الناشئة عن الالتزامات المتقابلة بين أطراف العقد، ويلاقي هذا المبدأ التأييد الكلي من المتعاملين مع الإدارة، فالحكمة تقتضي بآلا تنفق الإدارة إلا بقدر موازنتها، وبالتالي عليها أن توازن بين المخصصات المتعلقة بتنفيذ العقد وما تنفقه من أجل ذلك، بمعنى أن توازن العقد يقتضي بآلا تتجاوز الإدارة المخصصات من النفقة، ومن جهة أخرى، يعني التوازن أن تبقى الالتزامات والحقوق المترتبة على العقد في حدود المتفق عليه ابتداءً بين طرفي العقد، وهذا ما اتجهت إليه دراستنا.

وعليه فإن العجز الذي يصيب العقد ويؤدي به إلى اختلال تلك الالتزامات التي تؤثر فيما بعد على التوازن المالي الذي يخلق بدوره عجزاً من جانب المتعاقد قد يؤدي به التوقف وعدم القدرة على الاستمرار في التنفيذ، من هنا فإن الحديث عن نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يتطلب منا البحث في نطاق سلطته، وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: سلطة المحكم في تفسير أحكام العقد وحدوده.

المطلب الثاني: سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد.

المطلب الثالث: سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية.

المطلب الرابع: سلطة المحكم في إصدار قرار التعويض.

المطلب الأول

سلطة المحكم في تفسير أحكام العقد وحدوده

قد يحوي العقد بين نصوصه وبنوده ما يعوزه الوضوح أو التفسير أو التعليق لقصر عبارة النص عن الدلالة على ما قصده منه بالفعل أطراف التعاقد (الخطأ المادي)^(١)،

(١) الخطأ المادي: تضمين بنود العقد لعبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لورود خطأ لفظي، بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح ذلك اللفظ أو تلك العبارة، إن هذا الخطأ ليس بحاجة إلى تفسير دائماً وإنما إلى التصحيح فقط.

أو لغموض^(١) اكتنف عباراته، أو لتناقضه^(٢) الظاهر مع نص آخر، أو النقص^(٣) في اللفظ أو ذكر حالات معينة تؤدي إلى عدم وضوح الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، مما يؤثر على التوازن المالي للعقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يؤدي ذلك إلى صعوبة الفصل في موضوع النزاع دون الوقوف على حقيقة تلك العبارات ومعرفة مدلولها ومعناها للوصول إلى نية الأطراف، وما اتجهت إليه إرادتهم الحقيقية عند التعاقد. أمام هذا الواقع فما هي الوسيلة لتحديد مدى مثل هذه النصوص عند تنفيذ العقد؟

للإجابة عن ذلك نقرر أن المحكم يملك اللجوء إلى تفسير بنود العقد ليكون ذلك عوناً له في الوصول إلى حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين. والتفسير المقصود هنا، هو التفسير الذي يقوم به المحكم أثناء عرض موضوع التحكيم عليه، فالمحكم يتولى مهمة التفسير كإجراء تمهيدي يدخل في إطار مهمته في حل النزاع والحكم فيه، هذا كله مشروط بآلا يتجاوز المحكم نطاق مهمته في التفسير، ويذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، كأن تمتد سلطته إلى البحث في شروط العقد من حيث تعديل الالتزامات التعاقدية زيادة أو نقصان.

ويهدف المحكم من خلال التفسير، إلى البحث عن مقصد كل من طرفي العقد من إبرامه، ولكن التنفيذ ينصب على تعبير كل منهما عن إرادته، سواء أكان هذا التعبير قولاً أم فعلاً من الأفعال، أي أن الغاية من تفسير العقد، هي الكشف عن قصد المتعاقد، وذلك من تعبير الشخص عن هذا القصد، على أن تفسير العقد لا يتم بالكشف عن مقصد كل متعاقد على انفراد، بل يجب أن يكون ببيان ما اتفقا عليه عند إبرام العقد، أي تحديد مقاصد كل من طرفي العقد، في ضوء ما وقع عليه اتفاقهما، أي تحديد ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، وعدم حصر النظر عند التفسير في إرادة كل منهما على حدة^(٤).

ونؤكد هنا، أن تطبيق أحكام العقد يتطلب من المحكم بذل قصارى جهده لاستخلاص المعنى الذي قصده أطراف التعاقد في ألفاظه ومبانيه، ويستعين المحكم

(١) الغموض: تكون نصوص العقد غامضة أو مبهمة إذا كانت عباراته تحمل أكثر من مدلول، وحينئذ للمحكمة الاختيار بين المفاهيم والأخذ بالمفهوم الأقرب إلى الصواب.

(٢) التناقض: هو التعارض بين نصين في العقد يخالف أحدهما مفهوم الآخر وحكمه في موضوع محدد.

(٣) النقص: يعتبر العقد ناقصاً إذا سكت طرفا العقد عن إبراد بعض الألفاظ أو إغفال التعرض لبعض الحالات التي كان يلزم أن يتعرضا لها حتى يستقيم المعنى.

[http // arabadvocates.4t.com / 19.htm](http://arabadvocates.4t.com/19.htm).

في أكثر الحالات بشتى الوسائل اللغوية والمنطقية والعقلية للتفسير، والرجوع إلى مختلف المصادر والأعمال التحضيرية لبلوغ الغاية التي أرادها محررو العقد، وهكذا فإن التفسير يعد من صميم عمل المحكم في حالة غموض النصوص العقدية، أو تناقضها أو أي عيب فيها عندما يريد تطبيقها على النزاع المعروض عليه، فهو إذن لا يجنح إلى التفسير إلا إذا عرضت عليه قضية للتحكيم فيها، وحينذاك يقوم بتفسير العقد من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك أحد.

ويميل تفسير المحكم بطبيعته إلى الناحية العملية في استنباط الحلول، لأنه يملك من الخبرة العملية في موضوع النزاع ما يؤهله لفض النزاعات بين الأطراف بحكمة وروية، بما يعيد الحقوق لأصحابها من خلال إعادة التوازن للعقد، وهو في هذا السبيل يتأثر إلى حد كبير أثناء التفسير بالاعتبارات الواقعية وحسن النية المحيطة بالنزاعات المعروضة عليه، ويعمل على أن يكون تفسيره للعقد تمشياً مع تلك الظروف، ومن أجل هذا تأتي تفسيرات المحكمين قريبة من الواقع ومتأثرة به.

والتفسير الذي يجريه المحكم لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا في موضوع النزاع الخاضع للتحكيم المعروض عليه بحيث يستخدمه كوسيلة لحسم هذا النزاع، ويقتصر إلزام ما يتوصل إليه على النزاع نفسه في وقائعه وأشخاصه.

ومن نافلة القول، أن تفسير العقد يخضع للقواعد العامة المتبعة في تفسير الأعمال القانونية، لكن مع مراعاة ظروف إبرام هذه العقود والأهداف الاقتصادية المقصودة فيها، وهو ما قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى جعل عملية التفسير هنا أصعب من تفسير بقية الأعمال القانونية الأخرى، وتفصيل ذلك أن إرادة الطرفين قد لا تتفق مع الأسلوب أو الإطار الذي اتخذته الطرفان للوصول إلى هدفهما من العقد، فيكون ثمة محل للموافقة بين الأثر الذي اتجهت إليه الإرادة والأثر الذي ينتهي إليه الأسلوب الذي أفرغت فيه الإرادة، وهو أثر قد يفرضه الأسلوب المتخذ وإن لم يكن أحد الطرفين يريده، لهذا نرى أن المحكم كثيراً ما يستعين بظروف إبرام العقد والهدف الاقتصادي الذي استهدفه الطرفان.

كذلك يجد المحكم صعوبة في التفسير عندما يكون أمام حلقات متتابعة تنفيذاً لعملية واحدة تشارك في تنفيذها عقود متعددة، فيضطر في مجموع هذه العقود إلى تفسير كل منهما على حدة، مع تقديره لوحدة الهدف الاقتصادي المنشود، لذلك نستطيع القول أن تعدد العمليات الناشئة عن العقد، وتعقدها وظروف الاتفاق عليها والأسلوب الذي يتبناه المتعاقدان لتحقيق الأهداف المطلوبة من العقد يجعل تكييف

هذه العمليات وتفسيرها مختلفاً من حيث الروح التي تسيطر على المحكم والاعتبارات التي عليه احترامها.

ويقع على عاتق المحكم في هذا الأثناء التزام بالنظر أولاً إلى الإرادة المشتركة للطرفين سواءً في تكييف العقد أو في تحديد مضمونه، وثانياً بإعادة النظر في اتفاق الطرفين من حيث مدى ملاءمته مع الهدف الاقتصادي المطلوب من العقد، ويفترض عندئذٍ أنهما قبلاً كل الآثار المعتادة التي يقررها إبرام العقود والتي تتداخل مع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين^(١).

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد

يقصد بتعديل الالتزامات التعاقدية إدخال بعض التغييرات بإضافة شروط جديدة أو حذف شروط أخرى لم تعد ملائمة، وهذا التغيير قد يكون جزئياً أو كلياً، ويرى جانب من الفقه أن التعديل باستبعاد شرط من العقد يختلف عن إعادة النظر فيه، ويتمثل الاتفاق في أن إعادة النظر في العقد تمتد آثارها إلى المستقبل، في حين أن استبعاد شرط من العقد تبدو آثاره بالنسبة للحقوق المكتسبة من قبل^(٢).

بناءً على هذا المفهوم للتعديل، هل يجوز أن تمتد صلاحية المحكم إلى إعادة النظر في الشروط العقدية وإحداث تغييرات فيها على النحو المتقدم أملاً في الوصول إلى حل يرتضيه أطراف النزاع؟ وإلى أي مدى يعمل بهذه القاعدة؟ وما هو موقف الفقه من صلاحيته بالتعديل وأساسه القانوني وشروط ونطاق تطبيقه؟

للإجابة عن ذلك نقرر ابتداءً أن المبدأ العام في العقد الإداري أنه يقوم على توافق إرادتين بقصد إحداث آثار قانونية، فركنه إذن الرضا، وهذا الأثر القانوني المتولد عن العقد إنما ينشأ في ذمة كل من طرفيه؛ لأن إرادة كل منهما قد اتجهت إلى قبول هذا الأثر، وبذلك فإن الأثر القانوني ينشئ مباشرة الفعالية الإرادية لأطراف العقد^(٣).

من هنا نقول إن اتفاق الأطراف على التحكيم إنما يتفقون ضمناً على التنازل عن

(١) د. موسى خليل، بحث بعنوان "التحكيم التجاري الدولي" المجلد الأول، منشورات كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، للعام ٢٠٠٨، ص ٩٥.

(٢) د. محمد شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤٤٢.

(٣) G.Lebreton, Droit administrative general, Armand - Colin, Paris, 2000 ed, p. 233.

الدعوى، ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية إذ أنها تقوم على إرادة نوي الشأن، لأنه إذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر القانوني هي التي تحدد طبيعة هذا الأثر، فلا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة عامة لأن الأفراد الذين يعينون المحكمين لا يتمتعون بسلطة عامة، ولا يمنع من القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم أن يتم تعيين المحكم أحياناً من جانب السلطة القضائية، لأن هذه الأخيرة في تعيينها للمحكم إنما تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار المحكم^(١).

تأسيساً على ما تقدم، نقرر أن موضوع سلطة المحكم في تعديل بنود العقد محل النزاع لا تثار عند ورود نص صريح في العقد يجيز للمحكم التعديل دون الرجوع لطرفي العقد، لأن المتعاقدين أقرا مسبقاً بحق المحكم في التعديل، بمعنى أن سلطة المحكم في تعديل الالتزامات التعاقدية مقرونة دائماً بإرادة الأطراف ما لم يمنحه القانون الواجب التطبيق هذه السلطة، ولكن ما هو الموقف عند عدم وجود نص صريح يبيح للمحكم استعمال هذه السلطة تجاه المتعاقدين؟.

بالرجوع إلى منطوق المادة (٢/١٠٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، نجدها قد نصت على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن يكون العقد غير مبرم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

عند التدقيق بمضمون تلك المادة نجدها تكشف لنا مدى تمتع القاضي بصلاحيات تصل حد استكمال الشروط العقدية عند عدم كفايتها بالنظر لطبيعة المعاملة والعرف ومقتضيات العدالة، والسؤال الذي يطرح هنا، هل يمكن أن يولى المحكم نفس صلاحيات القاضي بالقياس من أجل إعادة النظر في التزامات المتعاقدين لإحقيق التوازن المالي للعقد؟

وفي ذلك نقول أن استكمال المحكم للنقص الذي اعترى العقد يختلف اختلافاً جوهرياً عن تعديل بنود العقد وشروطه، ونتفق مع بعض الفقه^(٢)، الذي يجيز للمحكم

(١) <http://kenanonline.com, users, Elesteha Advocate - Topics - 46598-posts - 123298>.

(٢) هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في قضايا التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٣٨.

استكمال ما يراه مناسباً لملء النقص الذي يعجز طرفا العقد عن تنظيمه والاتفاق عليه ابتداءً، بحيث يجنبهم الوقوع في الخلاف ويساهم في حل النزاع، كل ذلك في ظل غياب نص قانوني صريح يحظر على المحكم ممارسة تلك السلطة، وبالمخالفة لذلك يملك المحكم أن يمارس هذه السلطة لو وجد نص في اتفاق التحكيم أو في مشاركة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق بحيث يعطيه تلك السلطة، مع مراعاة قواعد العرف والعدالة وطبيعة العقد^(١).

ونؤكد على ما ذهبنا إليه من إمكانية لجوء المحكم للتعديل بوجود اتفاق أو نص قانوني، لما للرضا من أثر في مجال العقود الإدارية، بحيث يضع على عاتق الأطراف التزامات مؤيدة بمسؤوليتهم التعاقدية، مع إمكانية إضافة ضوابط على ممارستهم لإرادتهم لإضفاء طابع الجدية على ما اتفقوا عليه.

ومن زاوية أخرى نجد أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص والمتعلقة بالاستقرار التعاقدي لا يمكن إعمالها على إطلاقها في مجال العقود الإدارية، باعتبار أن العقد قائم ابتداءً على المحافظة على مبدأ التوازن المالي الذي يقتضي تعرضه لنوع من التغيير في حقوق والتزامات الأطراف، مع بقاء فكرة التوازن قائمة ومعمولاً بها كلما أصاب العقد تغيير، لأن مبدأ الاستقرار التعاقدي لا مجال لانطباقه على العقود الإدارية في كليته العامة ونتائجه وآثاره.

ويبقى أن نوضح في هذا الخصوص نطاق التعديل وشروطه، وعليه نقرر ابتداءً أن المحكم لا يملك التعديل إلا في نطاق موضوع النزاع المتفق عرضه على التحكيم، وبين أطرافه فقط، وليس له سلطة التعديل ومن بعده الحكم في أي نزاع آخر ولو كان مرتبطاً بهذا النزاع المعروض، كما لا يملك التعديل إلا بموافقتهم، وبالتالي يقع على عاتق المحكم قبل القيام بمباشرة مهمته أن يتحقق من نطاق النزاع المطروح عليه من حيث موضوعه وسببه وأطرافه، ويتحقق من السلطة المخولة إليه بمقتضى اتفاق التحكيم، وعليه أن يتحقق من أن موضوع النزاع لا يتصل بالنظام العام، أي مما يجوز فيه التحكيم، وهو على أي حال لا يملك إلا التعديل في موضوع النزاع المعروض عليه فقط بعد تحديد نطاق سلطته في الحكم حتى لا يجاوزها فيبطل حكمه^(٢).

(١) G.Verventis, Arbitrators and Contractual Gaps, Journal of international Arbitration, Vol.5, Issue3, 1988, p.109.

(٢) د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١١٣.

ونضيف أن سلطة المحكم بالتعديل المبني على أسس قانونية أو إرادية تجيزها ليست مطلقة، وإنما يرد عليها مجموعة قيود يترتب على مخالفتها بطلان حكم المحكم، واهم هذه الضوابط التي تحكم تعديل العقد هي ما استطعنا أن نستخلصها من طبيعة مهمة المحكم، وقد جاءت على النحو الآتي:

أولاً - أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بموضوع النزاع. إن شروط العقد المتصلة بموضوع النزاع هي وحدها تخضع لسلطة المحكم وتتعلق باحتياجات ومصالح أطرافه وكيفية تحقيقها، وهذا القيد ليس إلا نتيجة للفكرة الأساسية ذاتها التي تشكل الأساس القانوني لسلطة التعديل، وهي ضرورة إعادة التوازن المالي للعقد وتحقيق مصالح المتعاقد مع الإدارة.

من هنا فإن سلطة المحكم في التعديل تقتصر على شروط العقد المتصلة بالنزاع المعروض عليه، أما شروط العقد الأخرى غير المتصلة بموضوع النزاع فلا يملك المحكم تعديلها أو التعرض إليها إلا بالقدر الذي يعينه على الوصول إلى الحكم العادل، ويجب عليه أن يلتزم ببذل جهده على أوسع مدى في حدود الموضوع، ويتوقف التزامه عند هذا الحد.

وفي حال فرض المحكم على أطراف العقد التزاماً خارجاً عن العقد بسبب التعديل ولا صلة له بموضوعه، فإن قراره يعد باطلاً، ويجوز لطرفيه اللجوء إلى المحكمة المختصة لإلغاء حكم المحكم المبني على قراره هذا.

ثانياً - تقيد المحكم بمبدأ المشروعية. يجب أن يتقيد المحكم أثناء تعديله بنود العقد بمقتضيات مبدأ المشروعية، إذ توجد بعض البنود الخاصة بالنظام القانوني للعقد الإداري والمؤسسة على قواعد قانونية، فإذا قام المحكم بتعديل هذه البنود فإنه سوف يرتكب خرقاً لمبدأ المشروعية.

وخير مثال على تلك القواعد، تلك التي ترد على عقود الأشغال العامة، وهي في جزء كبير منها ذات طابع تنظيمي، كنسبة التأمين والكفالة التي تفرض على من يشترك في العطاء أن يرفقها في طلبه، وكذلك مراعاة القواعد والمبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية، وبالتالي لا يمكن تعديلها إلا بالطريق التنظيمي، أو عن طريق السلطة المختصة بالتشريع إذا كانت ذات طابع تشريعي^(١).

(١) Laubadere A. - DE LVOLVE,P et MODERNE F: traite des contracts administratifs,L.G.D.J,Paris TL 1983,p. 406.

المطلب الثالث

سلطة المحكم في اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية

من المعلوم أن القاضي هو الذي يختص بإصدار القرارات والبت في طلبات الخصوم ذات الصلة المستعجلة فيما تعلق باتخاذ تدابير مؤقتة^(١)، أو تحفظية^(٢)، تقتضيها طبيعة النزاع. ولكن الذي يطرح، هل يملك المحكم سلطة إصدار قرارات مؤقتة أو تحفظية في مجال النزاع المطروح أمامه لتكون له سنداً أو معيناً في حل النزاع وإعادة التوازن المالي للعقد؟

من خلال بحثنا للإجابة عن ذلك، وجدنا أن الفقه قد انقسم إلى عدة اتجاهات دارت حول تقرير اختصاص هيئة التحكيم في إصدار تدابير وقائية أو تحفظية يملئها طبيعة النزاع المعروض عليها.

أما الاتجاه الأول: فإنه يرى أن القضاء وحده صاحب الولاية في إصدار قرارات وقائية أو تحفظية في النزاعات المعروضة أمام هيئات التحكيم، وذلك لما للقضاء من مميزات يمتد أثرها على طرفي النزاع، بحيث تؤدي إلى إصدار أحكام في نهاية النزاع أقرب إلى العدالة، ويظهر ذلك من خلال مجموعة من المبررات التي تشكل ضمانات هامة جاءت على النحو الآتي^(٣):

١ - امتلاك القاضي الخبرة والدراية والمعرفة بالقانون وإجراءات تطبيقه^(٤).

(١) عرف الفقه التدابير المؤقتة بأنها: تلك الإجراءات التي تتخذها هيئة التحكيم وتكون سابقة لقرار التحكيم المنهي للخصومة، بحيث تهدف إلى حماية الحق المتنازع عليه. يراجع: د. مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ١٠٣.

(٢) التدابير التحفظية: تلك الإجراءات التي تتخذها هيئة التحكيم بهدف الحفاظ على الحقوق المستقبلية وضماتها، وذلك تحاشياً للخطر أو لدفع الضرر الذي يمكن أن يتعرض له الحق أو المركز القانوني. يراجع: د. مهند الصانوري، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) د. هاني الدريدي، التدابير الوقائية والتحفظية طبقاً لقانون التحكيم الأردني، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٦.

- د. مظفر الراوي، سلطة المحكم في اتخاذ التدابير التحفظية والوقائية، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٢.

- د. الصاق علي السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ١، وما يليها.

(٤) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٣٦.

٢ - عدم امتلاك المحكم سلطة الإجبار على التنفيذ لا في مواجهة الأطراف، ولا في مواجهة الغير، إذ يمكن لمن صدر قرار ضده تجاهل الأمر وامتناعه عن التنفيذ إلا في بعض القوانين التي تتصدى لهذا المانع. (وهذا ما يحصل من الناحية العملية لذلك نجد أن قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١، قد أورد نصاً في المادة (٢٣/ ب) يقول أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (١٣)..... يحق لأي من طرفي التحكيم الطلب من قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها).

٣ - إن نظام التحكيم يتطلب احترام مبدأ المواجهة في الدفاع، لذلك نجد أن اتخاذ أي إجراء تحفظي يستوجب السرعة بالإضافة إلى عنصر المباغة، لذلك فإن مبدأ المواجهة يفقد الغرض الذي من أجله اتخذ الإجراء الوقتي أو التحفظي، ويعطي الخصم سيء النية الفرصة لتعطيل اتخاذه، وعلى سبيل المثال، إذا رغب أحد الخصوم الحصول على قرار بالحجز التحفظي على مال للطرف الآخر، ضمناً لما قد يحكم له على الطرف الآخر، فعليه الانتظار إلى حين عقد جلسة هيئة التحكيم، وفي حضور الطرف المنوي الحصول على القرار ضده، مما يمكن هذا الأخير من التصرف بالمال وبيعه للحيلولة دون إجراء الحجز، أو أن يقوم بالتغيب وبالتالي لا تستطيع هيئة التحكيم القيام بأي إجراء تحفظي إلا بحضور الطرف الذي صدر ضده تطبيقاً لمبدأ المواجهة^(١).

٤ - لا يملك المحكم سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه في موضوع النزاع المعروض أمامه ابتداءً، مما يدعو الخصوم إلى اللجوء للقضاء لاكتساء الحكم الصيغة التنفيذية الضرورية للشروع بتنفيذه. مع هذا الإجراء فإن من الأفضل اللجوء إلى القضاء من البداية.

٥ - إن طبيعة العمل التحكيمي تقتضي أن يكون للقضاء وحده صلاحية إصدار التدابير الوقائية والتحفظية، حيث إن العمل التحكيمي ينظر إليه من الجانب القانوني على أنه أقل الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية من حيث الشكل والموضوع، لذلك فإن القوانين

(١) - د. فتحي والي، بحث بعنوان "سلطة المحكمين في إصدار الأحكام والأوامر الوقائية"،

منشور في مجلة التحكيم التجاري الخليجي، الصادرة عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي، العدد (١٣) كانون الأول ١٩٩٩، ص ٩.

- د. سيد أحمد، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٣) ٢٠٠١، ص ٩٨.

الإجرائية تتطلب في العمل التحكيمي أمرين هما: أ- وجوب استصدار أمر قضائي بتنفيذه وإلا فلا صيغة تنفيذية له، وبالتالي فلا يجوز تنفيذه جبراً. ب - يتوجب على القاضي أن يفحص العمل التحكيمي لضمان خلوه من العيوب الإجرائية وإلا فلا يأمر بتنفيذه.

والفقه إذ يرى أن وظيفة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هي رفع هذا الحكم إلى مصاف أحكام القضاء العام، إنما يقر ضمناً بأن حكم التحكيم بطبيعته ليس في مصاف الأحكام القضائية بل أدنى منها من حيث العمومية وبالتالي من حيث الرسمية، كما يقر ضمناً بأن حكم التحكيم بطبيعته ليس في مصاف الأوامر القضائية بل أقل منها، من حيث العمومية وبالتالي الرسمية، لأن الأوامر القضائية لا يتطلب القانون في شأنها استصدار أمر قضائي بتنفيذها، وبهذا فإن نظام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو نظام وحيد وحكر على حكم التحكيم وحده دون سواه من أوراق المرافعات، مما يعني أن حكم التحكيم قبل الأمر القضائي بتنفيذه، ليس فقط أقل من الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية، إنما أيضاً أقل من أوراق المرافعات عامة، وذلك من حيث الشكلية والرسمية.

وبخصوص الاتجاه الثاني: فقد قرر مناصروه التوجه إلى إعطاء المحكم سلطة إصدار التدابير الوقائية والتحفظية، وأنكروا ذلك على القضاء باعتبار أن النزاع حول العقد من اختصاص هيئة التحكيم، وقد ساق أنصار هذا الاتجاه المبررات الآتية^(١):

- ١ - إن اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية تخضع لإرادة طرفي العقد، وبالتالي فإن سلطة المحكم مستمدة من تلك الإرادة، ومن ثم فلا حاجة للجوء إلى القضاء، وإن هيئة التحكيم هي الأقدر من غيرها على تقدير ملائمة اتخاذ مثل هذه الإجراءات، كما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع، ومن باب أولى تستطيع اتخاذ الإجراءات الوقائية أو التحفظية.
- ٢ - إن اختصاص هيئة التحكيم بنظر طلبات اتخاذ التدابير الوقائية إلى جانب النظر في موضوع النزاع يؤدي إلى الاقتصاد في النفقات وتوفير الوقت وسهولة التنفيذ.
- ٣ - بالإضافة إلى أن القاعدة التي تنص على أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ومن ثم فمحكم الأصل هو محكم الفرع، فمتى كان يباح له الفصل في النزاع فيكون من

(١) د. الصابق علي السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة في التحكيم، مرجع سابق، ص ٣، وما يليها.

باب أولى مسموحاً له بإصدار الأوامر على العرائض المتعلقة بموضوع النزاع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، من يملك الكل يملك الجزء.

الاتجاه الثالث: يرى مؤيدو هذا الاتجاه أن هناك اختصاصاً مشتركاً لجهة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية للمحكّمين والقضاء الرسمي للدولة، حيث تبني أنصار هذا الاتجاه فكرة أن الاختصاص الأصيل في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية هو لقضاء الدولة دون غيره، إلا إذا نص اتفاق التحكيم على تخويل المحكّمين هذه السلطة، عندها يصبح لهيئة التحكيم صلاحية اتخاذ القرار الوقائي، أما إذا لم ينص شرط التحكيم أو مشارط التحكيم على تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة فلا تملك اتخاذ مثل تلك القرارات، وعند إصدار هيئة التحكيم المخولة بالإجراء التحفظي أو الوقائي لقرار وقائي فعلى صاحب المصلحة من القرار أن يطلب من هيئة التحكيم، أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ، والرد الذي يقوم به القضاء في منح هذا الإذن هو من أهم ما يقدمه للتحكيم من مساعدة من أجل سد العجز الناتج عن المحكم باعتباره شخصاً عادياً لا يتمتع بسلطة الأمر، والذي لولا هذا الدعم والمؤازرة لفقد صاحب الحق حقه نتيجة ظروف طارئة حلت بالحق، ولم يكن هناك وسيلة سريعة لإيقاف الضرر أو لزوال الدليل الذي سيثبت هذا الحق^(١).

وبالرجوع إلى نص المادة (٢٣) من قانون التحكيم الأردني لعام ٢٠٠١^(٢)، نجد أن المشرع الأردني قد اتجه إلى الجمع بين الاتجاهين الأول والثاني حيث تبني ما جاء به الاتجاه الثاني الذي أعطى دوراً لإرادة الأطراف في اتفاقهم على منح المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، والاتجاه الثالث الذي ينادي بالاختصاص المشترك بين المحكم والقاضي لجهة اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية لسد النقص أو العجز الذي قد يعتري اتخاذ وتنفيذ تلك التدابير.

(١) - د. الصابق علي السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة للتحكيم، مرجع سابق، ص ٤.

(٢) - د. مظفر الراوي، سلطة المحكم في اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة، مرجع سابق، ص ٣،
نص المادة (٢٣): "يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أي من طرفي التحكيم أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، وإن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير. وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ".

ونحن بدورنا نؤيد مسلك المشرع الأردني عندما جمع بين الاتجاهين، الاتجاه الأول، الذي استمد المحكم سلطته في اتخاذ تدابير وقتية وتحفظية من الاتفاق المبني على إرادة طرفي العقد، حيث إن المشرع استدرك عجز المحكم في إجبار أطراف العقد من تنفيذ تلك التدابير وذلك باللجوء إلى القضاء لاستصدار أمر بالتنفيذ.

إذن الإشكالية تثور ليس عند اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية أو من يملك اتخاذهما، ولكنها تثور بشكل جدي عند البدء بالتنفيذ، من هنا وجدنا أن المشرع الأردني قد أبرز من خلال لمادة (٢٣) المشار إليها سابقاً، الدور التكاملي بين سلطة المحكم في اتخاذ تلك التدابير وسلطة القاضي في توجيه أمر التنفيذ، كون أن المحكم لا يملك سلطة التنفيذ الجبري التي يتمتع بها القضاء، وبالتالي قد يتخلف من صدر إليه الأمر عند التنفيذ، لذا برزت الحاجة إلى إشراك القضاء في تحقيق أهداف التحكيم. بناء على ذلك استبان لنا أن المشرع الأردني قد وضع عدة ضوابط وشروط لاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية نذكرها من خلال الآتي:

- ١ - لممارسة المحكم سلطة اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم نصاً يجيز للمحكم ممارسة تلك السلطات.
- ٢ - يجب أن تتناسب تلك التدابير الوقتية والتحفظية وطبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم.
- ٣ - أن يأمر المحكم طالب اتخاذ تلك التدابير بتقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير.

المطلب الرابع

سلطة المحكم في إصدار قرار التعويض

إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، باعتبار أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً واحداً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة نتيجة تغير شروط العقد أو بناءً على تصرفات انفرادية صادرة عن الإدارة أو تغيرات تشريعية زادت من الأعباء المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة واحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك، لانتهى الأمر من الناحية العملية، إلا أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم

سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها، وعليه فإن التوازن المالي في العقود الإدارية يشمل في المفهوم الواسع كامل الحالات التي يحق فيها للمتعاقد مع الإدارة التعويض عن خسارة إما بسبب تصرف الإدارة الخاطئ معه خلال تنفيذه للعقد، وإما بسبب القرارات الإدارية التي تجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً له، وإما بسبب ظروف خاصة خارجة عن التوقع لا دخل للإدارة فيها زادت من الأعباء عليه^(١).

ومما لا شك فيه أن تلك الأسباب إذا وقعت من قبل الإدارة فمن المتوقع أن تصيب المركز المالي للمتعاقد بالضرر، بحيث ينشأ عن ذلك نزاع يستدعي عرضه على التحكيم، لأنه من المتوقع أن يحرم المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة إذا نفذ العقد بالكامل، وبناء عليه فإن مسؤولية المحكم تتحرك لجهة اتخاذ الإجراءات الكفيلة لإعادة التوازن المالي، من خلال إعمال سلطته للحكم بالتعويض لصالح المتعاقد باعتباره حقاً له، كل ذلك تأسيساً على أن التعويض يعد أحد المبادئ الثابتة في مجال العلاقات العقدية.

هذه المبادئ الثابتة نستخلص دقة تطبيقها عندما ينظم العقد ذاته أو القوانين النازمة لأحكامه مقدار التعويض المستحق للمتعاقد المتضرر، بسبب إنهاء العقد، أو بسبب خسارة أصابته نتيجة تصرف إداري أو تغير تشريعي، وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القانون حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض، بمعنى أن المحكم يملك سلطة الحكم بالتعويض في ضوء ما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، وقد ذهبت بعض قرارات التحكيم إلى ضرورة تعويض الطرف المضرور تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، وقد استندت هذه القرارات إلى أن مبدأ تعويض الطرف المضرور يعد مبدأ عاماً ومشاركاً في جميع الأنظمة القانونية^(٢). أما إذا لم ينظم العقد أو القانون مدى استحقاق التعويض، فإن المحكم في هذه الحالة وبلاستناد لقواعد العرف والعدالة وحسن النية هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد، مع مراعاة أن التعويض يخضع للأحكام العامة المقررة في هذا الصدد، ومنها شروط حصول ضرر من جراء تنفيذ العقد، أو عدم تنفيذ أحد الالتزامات التعاقدية من قبل

(١) د. نصري منصور، العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٦٠٤.

(٢) AmcoArbitration,rticle202,Seeat,www.arbitration-icca.org,media-1232633887130-final-list-of-awardspdf,1-2-2007.

أحد أطراف العقد^(١). وعلى خلاف ذلك ذهبت بعض قرارات التحكيم إلى أن على المحكم أن يعوض المضرور بتعويض مناسب وليس تعويضاً كاملاً^(٢).

في الحقيقة لا خلاف في امتلاك المحكم مكنة التعويض على المضرور، ولكن الخلاف يكمن في مقدار التعويض، وبهذا يعد التعويض وسيلة في يد المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد، إلا أنه في النهاية يتعين على المحكم ألا يقضي بتعويض لا تقره قواعد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو بالمخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ^(٣).

وقد تتضمن بعض العقود نصوصاً تتعلق بالإعفاء من المسؤولية، وتنصب معظم حالاتها على القوة القاهرة، إلا أن الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها مقرون بعدم وقوع غش أو خطأ جسيم، كما أن توقع الظروف وعدم إمكانية دفعها يخضع لتقدير المحكم مراعيًا ظروف أطراف العقد وخبراتهم^(٤).

ويعد إنهاء العقد من قبل أحد الأطراف بإرادته المنفردة، أو تأخره في تنفيذ التزاماته، أو امتناعه عن ذلك، أو تعديل التزاماته أو فرض جزاءات مالية دون وجه حق، إخلالاً بالالتزام التعاقدي، المؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، إلا أن المحكم قد يجد نفسه مضطراً تحت تأثير بعض الظروف التي لا يستلزم ارتكاب تلك المخالفات إلى إعفاء الطرف المخالف؛ نظراً للقوة القاهرة التي حالت بينه وبين تنفيذ التزاماته، إلا أنه لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يقضي بتعويض مناسب للمضرور أو يرجئ تنفيذ العقد للمدة التي يستحيل فيها التنفيذ، وذلك لحين انتهاء القوة القاهرة، هذا ما إذا كانت القوة القاهرة جعلت من استحالة التنفيذ أمراً مؤقتاً لا مستحيلاً^(٥).

أخيراً لقد بحثنا في هذه الدراسة سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، من عدة جوانب عكست نطاق سلطته فيها، حيث ظهر لنا أن بعضها يستمد سلطته أثناء ممارستها من واقع طبيعة عمله كمحكم، وأخرى يستند في ممارسة سلطته فيها على توافق إرادة أطراف النزاع، وبالتالي فهي تضيق في جانب وتتسع في آخر، إلا أن

(١) C.Guttier, op.cit.p548.no701.

(٢) Liamco Arbitration, See at, www.Biicl.org-files-3939-1977-liamco-v-libyo.pdf, 12-2-2007.

(٣) د. رشا علي السيد، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد في ظل الأزمة المالية العالمية، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٤) Cour de Cassation, 26-11-1980, Voir a. www.lexeek.com-jusluminum-decision-cass026-11-1980 -7970473, 302645htm.

(٥) د. رشا علي السيد، المرجع السابق، ص ٩١.

هذه السلطة تبقى محل جدل فقهي واختلاف قضائي حولها ونقص تشريعي ينظمها ويبين نطاق ممارستها.

الخاتمة:

عرضنا في هذا البحث لدور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وقدمنا في هذا المجال عرضاً وصفيّاً وتحليليّاً لمختلف الموضوعات ذات العلاقة التي تبرز دور المحكم وأهمية التحكيم في حل النزاعات التي تثور أثناء تنفيذ العقود الإدارية باعتبارها من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في مناسبة تنفيذ نشاطاتها، والتي ترسم بموجبها وتحدد لأطراف التعاقد مراكزهم القانونية.

ونظراً للمبررات العملية والقانونية للجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض الخلافات في مجال منازعات القانون تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية طرفاً في هذه المنازعات، فقد أضفى بعداً آخر على طبيعة الدور الذي يقوم به المحكمون وهم بصدد معالجة تلك الخلافات والبحث عن حلول لها تؤدي إلى زيادة في الأعباء الموكولة إليهم؛ مما يتطلب منهم بذل العناية والبحث الكبيرين للوصول إلى حلول منصفة تجبر الضرر وتعيد للعقد توازنه الاقتصادي.

وفي سبيل ذلك أوضحنا مفهوم التحكيم وأهميته وأنواعه وشروط اتفاق التحكيم في مجال بحث التوازن المالي للعقد، تأسيساً على أن الدراسات الإنسانية عموماً تعنى بتحديد المفاهيم للأفكار محل البحث، من منطلق أن سبر غور الأفكار وتحليل مضمونها يساعد كثيراً في الوقوف على المعاني التي تتداعى عند إطلاقها أو الأحكام التي تبني عليها، كذلك بدت لنا أهمية اللجوء إلى التحكيم باعتباره نظاماً خاصاً يلجأ إليه أطراف النزاع بالاتفاق للفصل فيما يثار بينهم من منازعات حول الخلل الذي أصاب العقد وأثره على الالتزامات التعاقدية بين أطرافه، حيث قادنا هذا المفهوم إلى بيان آثار الاتفاق على التحكيم وأساس سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد، ونطاق ممارسة هذه السلطة.

وقد توصلنا إلى فكرة أساسية مفادها أن التحكيم نظام قانون خاص، مؤسس على الفكر القانوني السائد والمعمول به والذي يوازي قضاء الدولة الرسمي في مجال حل الخلافات وإعادة التوازن المالي للعقد، ونظراً لما يمتاز به من وضوح ودقة، من هنا فقد شكل التعرض لمفهوم التحكيم مدخلاً مهماً لدراسة الأساس القانوني الذي يشكل منطلقاً للمحكم وهو بصدد القيام بمهمته الموكولة إليه، جاهداً للوصول إلى توازن مالي يقبله أطراف الاتفاق، كل ذلك بحثناه من عدة جوانب: سلطة المحكم في ظل شرط إعادة التفاوض، وكذلك في ظروف عدم وجود مثل هذا الشرط، ومدى تغير

شروط العقد وما ينبثق عن الإدارة من تصرفات انفرادية ومثلها التغيرات التشريعية على سلطة المحكم.

وتعرضنا في الجزء الأخير من دراستنا إلى بحث نطاق سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد محل النزاع، للوقوف على حقيقة سلطته في ذلك، وبيان ما هي حدود صلاحياته، وهل يملك بصدد ذلك صلاحية مطلقة أم تقديرية أم مقيدة، وذلك من خلال بيان نطاق تلك السلطة في تفسير أحكام العقد، وتعديل أحكامه، ومدى سلطته في اتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية في مواجهة المخالف، وأخيراً سلطته في إصدار حكم بتعويض المتضرر.

وقد تبين لنا أن أسلوب التحكيم عموماً، والبحث في دور المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد خصوصاً، يؤدي إلى إنهاء النزاع الدائر بين أطرافه ويعيد للعقد توازنه، مجسداً بذلك مصلحة السلطة العامة والمتعاقد معاً، بحيث تأتي نتاجاً للقدرة العالية لدى المحكم لتفهم وجهة نظر طرفي النزاع أثناء السير في إجراءات التحكيم.

وفي هذا السياق فإننا توصلنا إلى النتائج الآتية:

- ١ - أجاز المشرع الأردني والعديد من التشريعات العربية والأجنبية للمحكم اتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية في حال اتفاق أطراف التحكيم، إلا أن ذلك لا يمنع القضاء من استرداد هذه الصلاحية ونظر تلك الطلبات إذا ما رفض من وجه إليه القرار الوقائي تنفيذه.
- ٢ - تكريساً لاستقلالية شرط التحكيم قرر المشرع الأردني اعتبار شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً، ولا يتأثر ببطالان العقد أو فسخه أو انتهائه،
- ٣ - تشكل نظرية التوازن المالي محور عمل المحكم من خلال البحث عن إحقاق التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يتمكن من تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، فالمتعاقد لا يعنيه انعكاسات الاستثمار وآثاره الإيجابية على الخطط الاقتصادية للدولة المتعاقد معها، بقدر ما تعنيه التوازنات بين المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها أثناء تنفيذ العقد والعائد المتوقع.
- ٤ - التشعب والإسراف في سن التشريعات النازمة للشأن الاقتصادي في الدولة عموماً، وتلك المتعلقة بقضايا الاستثمار، التي توقع المستثمر بمخاطر البيروقراطية الإدارية وعدم ثبات واستقرار مركز المتعاقد نتيجة التغيرات التشريعية المتتالية.
- ٥ - ارتباط نجاح أسلوب التحكيم في فض المنازعات بمدى تحقيقه التوازن المالي

للعقد، حيث بات من الضروري تطوير التحكيم وبيان دور المحكم وتنظيم وتحديد نطاق عمله بدقة ووضوح.

٦ - تضافرت عدة اعتبارات قانونية وعملية أدت بمجملها إلى ازدهار التحكيم في مجال العقود الإدارية ورواجه كنظام قانوني لحل المنازعات الناشئة بين أطراف التعاقد، والتي تعد الإدارة أحدهم، وتفضيله على القضاء العادي في الدول المختلفة في وقتنا الحاضر.

٧ - أجاز المشرع الأردني الاتفاق على عرض النزاع المحتمل وقوعه على التحكيم وذلك لإخلال بركن (المحل) في العقد أو الاتفاق، مما يعرض اتفاق التحكيم للبطلان.

٨ - إن مضمون فكرة التوازن المالي تكمن في التوازن بين جانبي الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، وذلك باتباع سياسة مالية معينة تقوم بها الإدارة من جهة والمتعاقد من جهة أخرى، عند وجود تباين بين حجم الالتزامات المتقابلة، وذلك بتعديل أحد جانبي الالتزام بغرض خلق التوازن بينهما، أي تعادل الحقوق والالتزامات المتقابلة.

٩ - جرى العمل في نطاق اتفاقيات التحكيم على تضمين تلك الاتفاقيات شرطاً يتيح لأطراف العقد إعادة النظر بشروط العقد من خلال ما يعرف بشرط إعادة التفاوض الذي يسمح بمقتضاه إعادة التوازن المالي للعقد بين أطرافه المتنازعة.

١٠ - يوجد خلاف فقهي حول خضوع التدابير والتصرفات الإدارية المنفردة التي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدي إلى إلحاق الضرر لاختصاص هيئة التحكيم من عدمه.

١١ - يصادف المحكم وهو بصدد التصدي للنزاعات العقدية تغيرات تشريعية تنعكس آثارها على سلطته أثناء تطبيق أحكام القانون على النزاع المعروض عليه، بحيث يحول ذلك دون قدرة أطراف التعاقد على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم.

١٢ - يملك المحكم الشروع في تفسير بنود العقد من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك أحد، بهدف استخلاص المعنى الذي قصده أطراف التعاقد في ألفاظه ومبانيه، بحيث يخضع في ذلك للقواعد العامة المتبعة في تفسير الأعمال القانونية، مع التأكيد على أن التفسير الذي يجريه المحكم لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا في موضوع النزاع الخاضع للتحكيم المعروض عليه، بحيث يستخدمه كوسيلة لحسم هذا النزاع.

١٣ - يستمد المحكم سلطة تعديل بنود العقد من إرادة أطرافه، ما لم يمنحه القانون

- الواجب التطبيق هذه السلطة، ويقتصر التعديل على موضوع النزاع المتفق عرضه على التحكيم وبين أطرافه ولا يتعداه لغيرهم مع تقيده بمبدأ المشروعية.
- ١٤ - تمتد سلطة المحكم إلى إقرار التعويض المناسب بناء على إجراءات يقوم بها كفيلة بإعادة التوازن المالي لصالح المتعاقد المتضرر باعتباره حقاً له، انطلاقاً من كون التعويض أحد المبادئ الثابتة في مجال العلاقات العقدية.
- بناءً على ما تقدم توصلنا إلى الاقتراحات الآتية:**
- ١ - وضع ضوابط ومعايير تعين المحكم وهو بصدد تقدير التعويض المناسب للمتعاقد المتضرر.
 - ٢ - توحيد التشريعات النازمة للنشاط الاقتصادي في الدولة كمنظومة واحدة؛ لتسهيل الإطلاع عليها من قبل المستثمر والتخفيف من مخاطر البيروقراطية الإدارية.
 - ٣ - النص على إخضاع العقود الإدارية عموماً والعقود ذات الطابع الاستثماري خصوصاً للقواعد القانونية التي أبرمت في ظلها، لتحسينها من خطر التعرض لتأثيرات التغيرات التشريعية وعدم استقرارها في الدولة.
 - ٤ - دعوة المشرع الأردني إلى تحديد مفهوم اتفاق التحكيم ليصار إلى التعرف على خصائص التحكيم وطبيعته.
 - ٥ - نظراً لتعاظم دور التحكيم في الوقت الحاضر فإننا ندعو المشرع الأردني إلى إعادة النظر بقانون التحكيم كلياً، وطبيعة دور المحكم خصوصاً، بما يتناسب والظروف الاستثمارية القائمة.
 - ٦ - دعوة المشرع الأردني إلى إضافة نص يمنح هيئة التحكيم صلاحية النظر في مشروعية التدابير والتصرفات الإدارية التي من شأنها إحداث التعديل المباشر في شروط العقد والمؤدية إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد.

المراجع

المراجع العربية:

- ١ - د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤٨.
- ٢ - د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ١٦.
- ٣ - د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧/١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٤، بدون ذكر دار النشر وعاصمتها، ص ١٣.
- ٤ - د. أحمد شرف الدين، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، مجلة إدارة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد ٥، السنة ١٩٨٥، ص ١١.
- ٥ - د. أحمد عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥.
- ٦ - د. أحمد عبد الكريم، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية لقاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩.
- ٧ - د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، دون ذكر دار النشر وعاصمتها، رقم ٨١٠، المادة (١).
- ٨ - د. الصادق على السيد، التدابير التحفظية والمؤقتة، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص ١، وما يليها.
- ٩ - أسيل الفضالة، التحكيم القضائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة ٢٠٠٠، ص ٦.
- ١٠ - د. برهان أمزالله، بحث بعنوان "القضاء ونظام التحكيم في المواد المدنية والتجارية" مقدم إلى "المؤتمر الأول للاتحاد الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم" عمان تاريخ ٩/١٠/٢٠١٠، ص ١.
- ١١ - د. بشار عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٢٠.
- ١٢ - د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

- ١٣- د. جابر جاد جابر، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٤- د. حسين الحسين، بحث بعنوان "التحكيم في العقود الإدارية" قدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، ٢٠٠٨.
- ١٥- د. حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، بيروت، ١٩٩٧.
- ١٦- د. خالد الياقوت، التعليق على قانون التحكيم في التشريع الكويتي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- ١٧- د. خالد سعد راشد، أثر نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا جامعة عمان العربية، عمان، ٢٠٠٨.
- ١٨- د. رشا علي، بحث بعنوان "سلطة المحكم في ظل الأزمة المالية الراهنة" مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث، والمنعقد بجامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٩.
- ١٩- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، بدون ذكر دار النشر والعاصمة، ١٩٨٤.
- ٢٠- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٢١- د. سيد أحمد خليل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢٢- د. سيد أحمد، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد (٣) ٢٠٠١.
- ٢٣- د. عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري، الطبعة الأولى، دار الحريري، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٤- د. عجيل النمشي، التحكيم والتحاكم في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة في فرنسا سنة ٢٠٠٣.
- ٢٥- د. عصام القسبي، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن

- الاقتصادي لعقود الاستثمار" بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر، والمنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة ٢٠٠٨.
- ٢٦- د. علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ عند تنفيذ العقد الإداري، منشورات مطبعة الطويجي، القاهرة، ١٩٩١.
- ٢٧- د. عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٢٨- د. فتحي والي، بحث بعنوان " سلطة المحكمين في إصدار الأحكام والأوامر الوقتية، منشور في مجلة التحكيم التجاري الخليجي، الصادرة عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي، العدد (١٣) كانون الأول ١٩٩٩.
- ٢٩- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦.
- ٣٠- د. قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.
- ٣١- د. لافي درادكة، بحث بعنوان "امتداد شرط التحكيم إلى الغير" مقدم إلى مؤتمر الاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم "بعنوان التحكيم من أجل استثمارات أكثر"، خلال الفترة ٩/١٠/٢٠١٠، عمان - الأردن، ٢٠١٠.
- ٣٢- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٣٣- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، منشورات كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- ٣٤- د. مظفر الراوي، سلطة المحكم في اتخاذ التدابير التحفظية والوقتية، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
- ٣٥- د. موسى خليل، بحث بعنوان "التحكيم التجاري الدولي" المجلد الأول، منشورات كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، للعام ٢٠٠٨.
- ٣٦- د. موسى متري، بحث بعنوان "التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول" مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المجلد الأول، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية، ٢٠٠٩.
- ٣٧- د. مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.

- ٣٨ - د. محمد السيد، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٣٩ - د. محمد حسين سعيد، الالتزامات العامة وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٤٠ - د. محمد شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٤١ - د. محمد عبد المجيد إسماعيل، العقود الإدارية وعقود B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٤٢ - د. محمد نور شحاته، بحث بعنوان "تنفيذ أحكام المحكّمين في التشريعات العربية" بحث مقدم إلى مؤتمر كليات الحقوق في الجامعات العربية، المنعقد بالقاهرة، سنة ٢٠٠٦.
- ٤٣ - د. محمد وليد منصور، دستورية التحكيم، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، البيرة، فلسطين، ٢٠٠٩.
- ٤٤ - د. نصري منصور، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ٤٥ - د. هاني الدرديري، التدابير الوقائية والتحفظية طبقاً لقانون التحكيم الأردني، بحث مقدم للمؤتمر الأول للاتحاد العربي الدولي لمؤسسات ومراكز التحكيم، عمان، الأردن، ٢٠١٠.
- ٤٦ - هدى محمد عبد الرحمن، دور المحكم في قضايا التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧.

المراجع الأجنبية:

- 1 - Alanredfern, Martin Hunter and Murray Smith, lazy and practice of enter national commercial arbitration Second edition, London, sweet Maxwell, 1991.
- 2 - Auby (J.M) et Drago (G), traite de contentieux administratif, T.1, 3 ed L.G.D.J, Paris.
- 3 - AmcoArbitration,rticle202,Seeat,www.arbitration-icca.org,media-12326338887130-final-list-of- awards PDF, -1-2-2007.
- 4 - Caste (Sergio): Manuela siderite process ale civil, Toronto 1955 no 61 p.76.

- 5 - Cassation Commercial 4Juin 1985, Revue de L'arbitrage 1987, p. 139. note Goutal
- 6 - Chapus(R):Droit administrative general, Montchrestion,t.1. 2001,15,edition,No 1384
- 7 - Cour de Cassation,26-11-1980,Voir a.www.lexeek.com-juslumi-num-decision-cass026-11-198 7970473,302645htm.
- 8 - David (Rene)L'arbitrage dans le commerce international, Paris Economic, 1982, p. 9.
- 9 - Dalloz. 1993. p. 3 _ Mikulski (Henri): Ecrits _ etudes et notes sur L,arbitrage, Dallos 1974, p. 5.
- 10 - Fouchard (Philippe) and Gillard (Emmanuel) and Golden (Berth old): Paris 1996 - no 7 p. 11-12 - Mathieu de Boise's, Michel de Jug lard, Pierre Ballot: Le adroit Françoise de L,arbitrage, Paris, 1983, p. 5.
- 11 - FOUAD ROUHANI,Renegociation des contrats entre Etate et investisseurs etrangers, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, 1975, p. 95.
- 12 - Gutter (CH): droit des contrats administratifs,themis droit,PuF. 2008.P. 417.
- 13 - G.GEIGER, The unilateral change of economic developments, I.C.L.Q, 1974.p.73.
- 14 - G.Lebreton, Droit administraif general, armand - colin, Paris, 2000 ed, p2.
- 15 - G.Verventis, Arbitrators and Contractual Gaps, Journal of international Arbitration, Vol. 5, Issue3, 1988, p.109.
- 16 - [http // arabadvocates.4t.com /](http://arabadvocates.4t.com/) 19.htm
- 17 - [http: kenanonline.com/users/ElستهAdvocato/Topics/46598/ posts/123298,](http://kenanonline.com/users/ElستهAdvocato/Topics/46598/posts/123298) p.2.
- 18 - Harland (A), Mau rim (A) La justice, editionssirey, p2.
- 19 - Hayward Holtzman and Joseph Neuhaus, The UNCITRAL model law on international commercial arbitration, 1994, p. 300.
- 20 - J.D.M.Lew, Applicable law in international commercial Arbitra- tion, 1978, p. 443.

- 21 - J.Y. GOTANDA, Renegotiation and Adaptation of Clauses in International Investment Contracts, Vanderbilt journal of Transnational law, Vole. 36, 2003, p. 1461.
- 22 - K.BERGER, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts, The role of Contract Drafter and Arbitrators, 36 vandals. J- Transnational law 2000, p. 1347.
- 23 - Liamco Arbitration, See at, www.biicl.org-files-3939-1977-liamco-v-libyo.pdf, 12-2-2007
- 24 - Mottawa (A); " L' arbitrage en métier de transport maritime des marchandises "Etude de adroit François et de droit Egyptian, these,
- 25 - M.Domke, The Enforcement of Maritime Arbitration Agreements with foreign, Governments, J.Mar. L. and.Com, VOL2. April, 1971, p. 617.
- 26 - Mann, Lex Facit arbitrum, in Arbitration international, Paris, 1986, p. 113.
- 27 - Oho Sand rock " Arbitration agreements and groups of companies " in etudes La live, 1993, p. 265.
- 28 - OH.K.AHN, Les investissements etrangers dans les pays en voies de developpement, Rev. Juridique et politique, independence et cooperation, p. 111 et spec.p. 121.
- 29 - P.WEIL " Problems relatifs contrats passes entre un Etat et un particulier", Rec.des des L'Academie de Dr.Int, L, TIII, P. 155.
- 30 - Philippe Chapal, L'arbitrabilite des differends internationaux, ed, pedon. Paris, 1967, p. 60.
- 31 - Ryziger: Intervention au, 1 er congres international de l'arbitrage ' Rev. Arbitrage, 1961, p. 138
- 32 - Robert (Jean) and Moreau (Bertrand): L, arbitrage, droit interne et, droit international prive Paris 5 ed 1984. university de Paris 1, 2003 tome 1, p.6 est. -
- 33 - R.P.Bishop, the role of Cominecial, people as apposed to law as arbitrators in maritime arbitration, the VII the I.C.M.A.Casablanca, 1985, p. 56.

- 34 - R.J.Merlins, L'Arbitrage Maritime, etudes efforts a' René Rodiere, 1982. p. 401.
- 35 - ROPERT.B.VON MEHREN AND NICHOLAS KOURIDES, International arbitration between states and foreign private parties: The lybian. Nationalization, Am.J. Int'l law, voi 75, 1981, p.510-511.
- 36 - W.MELIS, Force Majeure and hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the practices of the ICC Court of Arbitration. See at,<http://www1.fidic.org/recourses/contracts/melis.pdf>,22-12- 2008.
- 37 - T5292/vb /- www.al3boshi.com
- 38 - Waline(M): Trait des droit administrative, Serrey ge9.ed 1963, p.620.
- 39 - YLoussouarn Cours general de droit international prive Rec.des Cours, 1973, LL,p. 307-308.

Marine Assured's duty of Disclosure

A Study of English and Kuwaiti Law

Dr. Abdulla Hassan Mohamed
Faculty of Law
UAE University

Abstract:

Marine Insurance is a contract of speculation. The facts upon which the risk is to be computed, lie, for the most part, within the knowledge of the assured only. The underwriter must therefore rely upon him for all necessary information; and must trust to him that he will conceal nothing, so as to make him form a wrong, estimate. If a mistake happens, without any fraudulent intention, still the contract is annulled, because the risk is not the same which the underwriter intended. Good faith forbids the assured by concealing what he privately knows to draw the underwriter into a bargain from his ignorance of the fact and his belief to the contrary.

This article attempts to explore various issues relating to the marine assured' duty of disclosure under English and Kuwaiti Law.

Introduction

Before the insurance contract is concluded, the insurer will need necessary information about the risk he is asked to undertake. This information will allow him to evaluate whether he wishes to take the risk at all or what premium he should calculate, whether the insurance should be shared with others via co-insurance or re-insurance arrangements, whether there is a need for special safety regulations, etc. Information can be retrieved from various sources, but the central source will be the person effecting the insurance. The assured is, therefore, bound to make a full disclosure of material facts. In the leading case of *Carter v.*

Boehm⁽¹⁾ Lord Mansfield stated the universal rule relating to the duty of disclosure as follows:

“The special facts upon which the contingent chance is to be computed lie most commonly in the knowledge of the assured only; the underwriter trusts to his representation and proceeds upon confidence that he does not keep back any circumstance in his knowledge to mislead the underwriter into a belief that the circumstances do not exist. The keeping back of such circumstances is fraud, and therefore the policy is void. Although the suppression should happen through mistake, without any fraudulent intention, yet still the underwriter is deceived and the policy is void; because the risk run is really different from the risk understood and intended to be run at the time of agreement.... The policy would be equally void against the underwriter if he concealed.... Good faith forbids either party, by concealing what he privately knows to draw the other into a bargain from his ignorance of the fact, and his believing the contrary.”⁽²⁾.

(1) (1766) 3 Burr. 1905. This was a non-marine policy made in 1759 by the brother of General George Carter, the Governor of the Fort Marlborough, on his behalf. The General was stationed on the island of Sumatra in the East Indies and the policy, on an “interest or no interest” basis, insured against the risk of the fort’s being taken by a foreign enemy. Indeed the fort was taken by the French forces during the currency of the policy. The defendant underwriter defended the claim on the policy by alleging fraudulent concealment, relying on two letters from the governor, one to his brother and the other to the East India Company. The facts which it was alleged ought to have been disclosed were the weakness of the fort and the probability of a French attack. The plaintiff argued that he had only insured 10,000 of his 20,000 of property, and had been guilty of no fault in his defence of the fort. His counsel led evidence that it was not so much a fort as a trading post or factory which was secure against native assault but was not designed to resist European attack. The governor’s role was more mercantile than military. Counsel for the plaintiff crucially submitted that “all the circumstances were universally known to every merchant upon the exchange of London”. This argument was eventually accepted and the King’s Bench held that the defence of non-disclosure failed on the facts.

(2) American marine insurance law, which is largely derived from English law, first adopted the English duty of disclosure in the landmark case of *McLanahan v. Universal Insurance Co.*, 26 U.S. (1 Pet.)170. This case involved, inter alia, the failure of a vessel owner to communicate to his agent information of the vessel’s loss, so as to countermand a previous order for the procurement of insurance. After acknowledging that a contract of insurance is a contract of utmost good faith, Justice Story, writing for the Court, stated:

The true principle deducible from the authorities on this subject is, that where a party orders insurance, and afterwards receives intelligence material to the risk, or has knowledge of a loss, he ought to communicate it to the agent, as soon as, with due and reasonable diligence, it can be communicated, for the purpose of countermanding the order, or laying the circumstances before the underwriter. If he omits so to do, and by due and reasonable diligence the information might have been communicated, so as to have countermanded the insurance, the policy is void.”

The principle initiated by Lord Mansfield was later codified in the U.K. Marine Insurance Act 1906 (hereafter the MIA 1906). Section 18 sets out the general principle that “....the assured must disclose to the insurer, before the contract is concluded, every material circumstance which is known to the assured, and the assured is deemed to know every circumstance which, in the ordinary course of business, ought to be known by him. If the assured fails to make such disclosure, the insurer may avoid the contract”.

The English model of duty of disclosure has operated for hundreds of years and its success has greatly influenced the Marine Insurance Laws of other nations among them Kuwait which adopted the principle in its Maritime Code 1980 (hereafter the *KMC 1980*) as one of the internationally recognized principles. Article 280/1⁽³⁾ stipulates that "(Free translation) [T]he insurer may avoid the insurance contract,... if the assured fraudulent non-discloses information which could lead the insurer to underestimate the risk to be insured against”.

The subject of this article is to study the duty of the assured to disclose primarily in the English law of marine insurance. During the investigation of the matter a comparison is made with Kuwaiti Maritime law.

The study will cover the following issues:

- 1 - Duty to Disclose.
- 2 - Materiality of Non-disclosure.
- 3 - Time of Non-disclosure
- 4 - Effects of Non-disclosure.

1. DUTY TO DISCLOSE

1.1. DISCLOSURE BY THE ASSURED HIMSELF

“The insurer is entitled to assume as the basis of the contract between him and the assured, that the assured will communicate to him every material fact of which the assured has, or in the ordinary course of

(3) KMC 1980, Article 280/1:

"يجوز للمؤمن أن يطلب إبطال عقد التأمين إذا... كتم (المؤمن له) بسوء قصد ما يلزم من البيانات وكان من شأن ذلك التقليل بصورة محسوسة من تقدير المؤمن لأهمية الخطر".

business ought to have, knowledge; and that he will take the necessary measures by the employment of competent and honest agents, to obtain, through the ordinary channels of intelligence in use in the mercantile world, all due information as to the subject-matter of the insurance. This condition is not complied with where, by the fraud or negligence of the agent, the party proposing the insurance is kept in ignorance of a material fact, which ought to have been made known to the underwriter, and through such ignorance fails to disclose it”⁽⁴⁾.

The MIA 1906, s.18 (1) regulates the duty of the assured to disclose as follows:

“Subject to the provisions of this section, the assured must disclose to the insurer, before the contract is concluded, every material circumstance which is known to the assured,⁽⁵⁾ and the assured is deemed to know every circumstance which, in the ordinary course of business, ought to be known by him. If the assured fails to make such disclosure, the insurer may avoid the contract”.

The motive for non-disclosure is irrelevant. The duty to disclose is absolute, and it is not a good defence that the assured failed to inform the insurer properly either by mere inadvertence or by the belief that the fact was not material to the risk.⁽⁶⁾ “It is well-established law” said Cockburn

(4) *Proudfoot v. Monterfiore* (1867) L.R. 2 Q.B. 511, 519.

(5) It is submitted that where the assured is an individual, the actual knowledge means that he must disclose what is known to him personally; see *PCW Syndicates v. PCW Reinsurances* [1996] 1 Lloyd's Rep. 241, per Staughton L.J., at p. 254. Where the assured is a company, the actual knowledge depends on whose knowledge can in law be attributed to it. In the opinion of Staughton L.J., in *PCW Syndicates v. PCW Reinsurers* [1996] 1 Lloyd's Rep. 241 at 253, the relevant question under the limb of s.18 was whether the facts are known “to a director or an employee at an appropriate level”. In Staughton L.J.'s view, there is no reason to restrict the knowledge of a company under s.18 to what is known at a high level, by its directing mind and will, and knowledge held by employees whose business it was to arrange' insurance would for example be included; see Arnould's *Law of Marine Insurance and Average*, 17th ed, 2008, pp. 614,615.

(6) Many cases have held that the assured need not have a specific intent to defraud the insurer. It will suffice if the assured knew that certain information was material, but did not disclose it, even though the insurer did not inquire about it (see, e.g., *Citizens Ins. Co. v. Whitley*, 67 S.W.2d 488 (Ky. 1934)(insurer may avoid if insured knew of materiality or an ordinarily prudent person would have known it). Under this view, the insurer may void the policy even though the information was withheld unintentionally, or by mistake or inadvertence, so long as the applicant knew it to be material (see e.g., *Methodist Med. Ctr. Of Ill. v. American Med. Security Inc.*, 38 F.3d 316 (7th Cir. 1994).

C.J., in *Bates v. Hewitt*⁽⁷⁾ that it is immaterial whether the omission to communicate a material fact arises from intention, or indifference, or a mistake, or from it not being present to the mind of the assured that the fact was one which it was material to make known". The argument that the assured may have acted with perfect good faith and honesty of intention is not sufficient⁽⁸⁾.

Not only must material circumstances known by the assured be disclosed but also material circumstances which he is deemed to know and the assured is deemed to know every material circumstance which in the ordinary course of business ought to be known by him⁽⁹⁾. If, through neglect on his part, he does not happen to know or to have ascertained any material circumstance, he will nevertheless be deemed to have known it, and the consequent non-disclosure of it will enable the underwriter to avoid the contract. The question is not what he ought to have known, but what he must be deemed to have known. In *London General Ins. Co. v. General Marine Underwriters' Association*⁽¹⁰⁾ a cargo per steamer *Vigo* had been insured with the plaintiffs, who decided to effect a reinsurance. They instructed their brokers at 10 a.m. on the following day, and the reinsurance was concluded with the defendants about 4 p.m. There was, however, posted on the casualty board at Lloyd's on that morning a telegram that the vessel's cargo had been on fire, and a copy of this announce (a casualty report) was, as usual, circulated among the subto Lloyd's. Owing to pressure of business these reports were not looked at by the plaintiffs' underwriter, but were put in a drawer, and were from time to time during the day taken to the claims department; and the underwriter of the defendants had himself not looked at the casualty

= However, it is quite common to find a clause in an insurance policy, sometimes included by the insurer voluntarily but more likely required by statute, that requires that a non-disclosure must be willful to void the policy (see *Allstate Ins. Co. v. Chance*, 582 S.W.2d 530,533 (Tex. Civ. App. 1979)). A typical provision would state: "This entire policy shall be void if, whether before or after a loss, the insured has willfully concealed or misrepresented any material fact or circumstance concerning this insurance, or the subject thereof, or the interest of the insured therein...."

(7) (1867) L.R. 2 Q.B. 595, at p. 607.

(8) Willes, J., in *Anderson v. Pacific Fire and Marine* (1872), L.R. 7 C.P. 65, at p. 68

(9) MIA 1906, s. 18(1).

(10) [1920] 3 K.B. 23; Affirmed by the Court of Appeal [1921] 1 K.B. 104.

reports: so that all three parties were in fact unaware of the casualty when the reinsurance was effected. The defendants denied liability on the ground of non-disclosure of a material fact deemed to have been within the knowledge of the plaintiffs. Bailhache, J., held that the casualty report which had been circulated was sufficient notice to the plaintiffs of the casualty; that the plaintiffs must therefore be deemed to have had knowledge of the fire; that they had had ample time in which the information of the casualty might, and should, have been communicated by them to the brokers, and that therefore there had been a non-disclosure of a material fact which the assured was deemed to know, which relieved the defendants of liability. "I am not concerned," said Bailhache, J., "with the particular method in which the plaintiffs carried on their business. The question which I must ask myself is- was the casualty slip notice to the plaintiffs of the fire in the *Vigo*? And I think that it was. If it were not so, the magnitude of the business of an assured, or the extent of his personal attention to it, or even the pressure of a busy time, would always have to be considered in applying s. 18 of the Marine Insurance Act, and the same means of knowledge would have different results according to the way an assured chooses to carry on his business, and might even depend upon whether he was busy or slack, or whether his clerks, were efficient or inefficient." The Court of Appeal affirmed the decision.

The wider the risk the greater the burden upon the assured to make full disclosure of material circumstances. A policy "on ship or ships", or "on steamer or steamers", or a policy on goods with an indorsement of different lines of steamers on which the goods insured may be carried, requires greater care on the part of the assured than a policy on goods to be shipped on a named ship. His duty in both cases is the same, but the possibility of innocent non-disclosure is much greater in the one case than in the other.

Mere disclosure of part of the information will not avail the assured if that which remains undisclosed is found to be material⁽¹¹⁾.

All information with regard to material facts which have been received must be disclosed, even if there are good grounds for doubting

(11) Kirby v. Smith (1818), 1 B. & Ald. 672; *Westbury v. Aberdeen* (1837), 2 M. & W. 267.

the correctness of the information. It is no defence to say that the source of the information was unreliable, nor will the assured be protected if the information turns out in the event to be untrue. His duty is to disclose the facts and their source, and to leave the underwriter to form his own opinion as to the correctness of the report, and its effect on the proposed contract. Thus, in *De Costa v. Scandret*⁽¹²⁾ Lord Macclesfield, L.C., said:

“The insured has not dealt fairly with the insurers in this case; he ought to have disclosed to them what intelligence he had of the ship’s being in danger, and which might induce him at least to fear that it was lost, though he had no certain account of it.”

Similarly, in *Lynch v. Hamilton*⁽¹³⁾ Sir James Mansfield, C.J., said:⁽¹⁴⁾

“I cannot distinguish this from the case of *Seaman v. Fonereau*⁽¹⁵⁾ where a letter received stated that the vessel insured had been Seen in the night leaky, and had disappeared the next day, and though that rumour was false, inasmuch as the ship kept her course and was afterwards captured, it was held that for want of that disclosure the underwriters were not liable.”

KUWAITI LAW

According to the *KMC 1980*, the assured should make truthful disclosure of the circumstances which are known to him and which are such as to enable the insurer to assess the risks to be insured. “Truthful” here means that the circumstances disclosed must be true and the assured can neither conceal the truth nor make misrepresentation⁽¹⁶⁾. The duty is to disclose what the assured knows, but he does not need to disclose what he ought to know⁽¹⁷⁾ or the insurer knows or ought to know⁽¹⁸⁾. If the assured acts intentionally, in the sense that he knows that his act would be a breach of his duty, breaches the duty of disclosure, the insurer may avoid

(12) (1723), 2 P. Wms. 170

(13) (1810), 3 Taunt. 37.

(14) Ibid., at p. 44.

(15) (1743), 2 Stra. 1183.

(16) See Sarkhoh, Y., *Marine Insurance in Kuwaiti Law* 1993, p. 164.

(17) Cf. Sarkhoh, Y., op. cit., p.166 where he expressed the view that the assured has to disclose what he ought to know.

(18) See the Explanatory Memorandum of the KMC 1980, p. 254

the contract and forfeit the premium,⁽¹⁹⁾ and the insurer is not liable for any loss rising from the perils insured against, whether or not the loss occurs before or after the avoidance. If the assured unintentionally, the insurer may avoid the contract but he must refund the premium.

1.2. DISCLOSURE BY AGENT EFFECTING INSURANCE

The duty of making a full disclosure of material circumstances lies upon the assured, whether the insurance is effected by himself or by an agent. The agent of the assured should not only disclose to the insurer the material circumstances that he knows, or ought to know, but also what the assured is bound to know unless it comes to the assureds' knowledge too late to communicate to the agent⁽²⁰⁾. It was held that material facts ought to be forwarded to the agent with all reasonable diligence so as to reach the underwriter before the insurance is actually effected⁽²¹⁾.

Whether the knowledge of an agent is imputed to the principal assured depends on the nature of the position of the agent and the authority given to him by the principal. "Some agents, so far represent the principal that in all respects their acts and intentions and their knowledge may truly be said to be the acts and intentions and knowledge of the principal. Other agents may have so limited and narrow an authority, both in fact and in the common understanding of their form of employment, that it would be quite inaccurate to say that such an agent's knowledge or intentions are the knowledge or intentions of his principal."⁽²²⁾ The master of a ship and the general agent of a shipowner for the transaction of his shipping business,⁽²³⁾

(19) KMC 1980, article 285/4; Sarkhoh, Y, op. cit., p.170.

(20) See MIA 1906, section 19.

(21) Grieve v. Young [1782] Morison's Dictionary 7086.

(22) Blackburn Low & Co v. Thomas Vigors [1887] 12 A Cas. 531 at 537-538.

(23) In *Gladstone v. King* (1813) 1 M & S 35 it was held that the master of the ship and the general agent of a shipowner for the transaction of his shipping business are agents whose knowledge will be deemed to be the knowledge of the ship-owner. In *Australia & New Zealand Bank Ltd v. Colonial & Eagle Wharves Ltd; Boag (third party)*, [1960] 2 Lloyd's Rep. 241 at 254. McNair, J., after reviewing the authorities, summarised the law regarding the persons whose knowledge is imputed to the assured for the purposes of the rule as to non-disclosure in the following terms: "These judgments make it clear to my mind that it is not the knowledge of all agents or servants that is imputed to the proposer of any marine insurance, but only the knowledge of quite a limited class, namely, the broker who actually places the insurance, the master or the ship-agent, or, to use Lord Halsbury's phrase (in *Blackburn v. Vigors*) .. 'his general agent for the management of his shipping business'.

the consigner and shipper of a cargo⁽²⁴⁾ and the general representative of the assured at a foreign port⁽²⁵⁾ have been held to be agents with whose knowledge the assured is affected. If one of these agents has withheld information of a material fact from his principal which he should, in the ordinary course of events, have communicated to the latter at the time when the insurance is effected, the contract can be avoided by the underwriter on account of the non-disclosure of this fact, which, if the agent had done his duty, the principal would have been able to disclose. In such a case it may be said that the knowledge of the agent is the knowledge of the principal⁽²⁶⁾. Thus, in *Proudfoot v. Montefiore*⁽²⁷⁾ where an agent shipped goods, and, after learning of the loss of the vessel, had deliberately abstained from telegraphing news of the loss to his principal who, thereupon, insured the vessel in ignorance of the casualty. It was held that the principal could not recover against the underwriter because the agent should have telegraphed communicating the loss⁽²⁸⁾.

This case is regarded as having laid down the law on the subject of information which ought to be communicated to the principal. The court said:

“If an agent, whose duty it is, in the ordinary course of business, to communicate information to his principal as to the state of a ship and cargo, omits to discharge such duty, and the owner, in the absence of

(24) In *Fitzherbert v. Mather* (1785) 1 T.R. 12 it was held that the consignor and shipper of the goods insured was the agent whose knowledge ought to have been communicated to the assured (owner of the goods) before the policy is effected; *Proudfoot v. Montefiore* (1867) LR 2 QB 511. As to the knowledge of a clerk of the assured being equivalent to that of the assured; see *Stewart v. Dunlop* (1785) 4 Bro Parl Cas 483, HL.

(25) *Proudfoot v. Montefiore* (1867) L.R. 2 Q.B. 511.

(26) Arnould, op. cit., p.619. See *Berger and Light Diffusers Pty Ltd v. Pollock* [1973] 2 Lloyd's Rep 442, where the shipping agents of the assured knew that the bills of lading in respect of an insured cargo were subject to certain clauses, that knowledge was imputed to him.

(27) (1867) L.R. 2 Q.B. 511.

(28) Compare, however, the American cases of *Mercantile Mut. Ins. Co. v. Folsom*, 85 U.S. 237 (1873) and *General Interest Ins. Co. v. Ruggles*, 25 U.S. 408 (1825).⁸ In the former, the master of the vessel which was lost could have telegraphed news of the loss to the assured but did not do so. The policy was nonetheless held to be in force. In the latter, the master of the vessel which was lost, wilfully and with a fraudulent design to enable the owner to make insurance after a total loss, failed to communicate news of the loss, whereupon the owner, in good faith, placed coverage. The court held that the non-disclosure did not render the policy void or preclude the owner from a recovery under it.

information as to any fact material to be communicated to the underwriter, effects an insurance, such insurance will be void on the ground of concealment, or misrepresentation. The insurer is entitled to assume, as the basis of the contract between him and the assured, that the latter will communicate to him every material fact of which the assured has, or in the ordinary course of business ought to have, knowledge; and that the latter will take the necessary measures, by the employment of competent and honest agents, to obtain, through the ordinary channels of intelligence in use in the mercantile world, all due information as to the subject-matter of the insurance. This condition is not complied with where, by the fraud or negligence of the agent, the party proposing the insurance is kept in ignorance of a material fact which ought to have been made known to the underwriter, and through such ignorance fails to disclose it”⁽²⁹⁾.

The above judgment, with some qualifications, was adopted by the House of Lords in *Blackburn v. Vigors*⁽³⁰⁾ where their Lordships held that it is not every agent whose knowledge can be deemed to be the knowledge of his principal. “Some agents”, said Lord Halsbury, “so far represent the principal that in all respects their acts and intentions and their knowledge may truly be said to be the acts and intentions and knowledge of the principal. Other agents may have so limited and narrow an authority, both in fact and in the common understanding of their form of employment, that it would be quite inaccurate to say that such an agent’s knowledge or intentions are the knowledge or intentions of his principal”. The agent whose knowledge is deemed to be that of his principal must be one to whom the principal looks for information concerning the property insured⁽³¹⁾.

(29) (1867) L.R. 2 Q.B. 511, at pp. 521-522.

(30) (1887) 12 App. Cas. 531, where plaintiffs instructed a broker to insure an overdue ship. Whilst acting for the plaintiffs, the broker received information material to the risk and did not communicate it to them, but no policy was actually effected by him. Later the plaintiffs gave instructions to another broker, who effected the policy with the defendant. Both the plaintiffs and the second broker acted in good faith, and the question was whether the knowledge of the first broker would affect the policy and enable the defendant to treat it as void. The House of Lords decided that the policy was not vitiated on the ground that the first broker was not one of those agents whose duty it was to give information to the principal. For a somewhat unusual case where the agent stood in other relationships to the insured; see *St. Margaret's Trust Ltd v. Navigation & General Ins Co Ltd* (1949) 82 Ll. L.R. 752.

(31) Arnould, op. cit., at p. 620.

It should be noted that the agent's duty of disclosure extends only to those facts which the assured would be required to disclose if it knew of them. Thus, in *Sail v. Farex Giell*⁽³²⁾ Saville, L.J., said⁽³³⁾:

“Why should it be a breach of good faith sufficient to deprive the assured of his contract if the agent fails to disclose something which, had the assured known of it, would not have had to be disclosed by the latter?”

This being so, a failure to disclose by an agent in these circumstances cannot be categorised as fraudulent or negligent, whatever the agent's motives may have been⁽³⁴⁾.

The MIA 1906, codifying previous case law, provides in section 19:

“Subject to the provisions of the preceding section as to circumstances which need not be disclosed, where an insurance is effected for the assured by an agent, the agent must disclose to the insurer-

- a - every material circumstance which is known to himself, and an agent to insure is deemed to know every circumstance which in the ordinary course of business ought to be known by, or to have been communicated to, him; and
- b - every material circumstance which the assured is bound to disclose, unless it come to his knowledge too late to communicate it to the agent.”

In circumstances where the insurance is effected through more than one broker, it was held that the concealment of a material fact within the knowledge of any agent through whose agency, whether directly or indirectly, the insurance has been effected vitiates the policy⁽³⁵⁾. On the other hand, where the insurance is not effected through the broker, the concealment of any material circumstance by the broker will not vitiate the contract⁽³⁶⁾.

(32) *Societe Anonyme d'Intermediaries Luxembourgeois v. Faro. Gie* [1995] L.R.L.R. 116.

(33) *Ibid.*, at 157.

(34) *National Westminster Bank v. Utrecht-America Finance Co* [2001] 3All E.R. 733.

(35) *Blackburn, Low & Co. v. Haslam* (1888) 21 Q.B.D. 144; *Republic of Bolivia v. Indemnity Mutual Mar. Ass. Co.* [1908] 14 Com. Cas. 156 at 168.

(36) *Blackburn Low & Co v. Thomas Vigors* [1887] 12 A Cas. 531.

KUWAITI LAW

KMC 1980 does not mention the duty of agent. The relationship between the principal and the agent and the relationship toward a third party are set out in the Kuwaiti Civil Law 1980. The general principle is that the principal should bear any consequence of the acts by the agent within his authority⁽³⁷⁾.

It may follow that, when the assured makes an insurance contract through an agent, whatever the agent knows, is presumed to be the knowledge of the assured. However, this is not expressed by law in unambiguous words, so it is preferred that the *KMC 1980* could add an article imitating section 19 of the MIA 1906 so that any non-disclosure made by the agent through whom the insurance contract is made, for whatever reasons (except that the agent was defrauding the principal insured) and whether the principal knows, should result in the same consequence as if the non-disclosure were done by the assured himself.

Not all the employees have the same position as the agents under Kuwaiti law. The law does not specify in which conditions the employees' knowledge is imputed on the assured. Article 17 of the Kuwaiti Companies Law stipulates that "the company (as a legal person) shall bear the consequences of the acts done by its managers in the name of the company". Article 17 is concerning the employees' conduct, not their knowledge. The law would go too far if the employee's knowledge were all imputed on the employer. Kuwaiti law should use the English concept of the "agent to know" for reference on this point and only the knowledge of the agent to know should be imputed to the insurer.

2. MATERIAL CIRCUMSTANCES

2.1. THE TEST OF MATERIALITY

As discussed previously, every failure to disclose a material circumstance, whether by design or mistake, entitles the underwriter to avoid the policy. This brings us to the vexed question how is the

(37) Kuwaiti Civil Code 1980, article 57:

"إذا أبرم النائب، في حدود نيابته، عقداً بإسم الأصيل، فإن كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل".

'materiality' of a circumstance to be assessed; in other words, what criterion is to be used to determine whether a circumstance is, or is not, material. According to the MIA1906,⁽³⁸⁾ a representation or non - disclosure is material if it "would influence the judgment of a prudent insurer⁽³⁹⁾ in fixing the premium, or determining whether he will take the risk". The leading case on this very important subject is now the non marine case of *Pan Atlantic Insurance Co Ltd v. Pine Top Insurance Co Ltd*⁽⁴⁰⁾ where the House of Lords held that the appropriate test of materiality is whether the matter would have been taken into account by the prudent insurer when assessing the risk; it is not necessary to show that the matter would have had a decisive influence on the prudent insurer.

The facts of the case were as follows: Pine Top (the defendants) provided Pan Atlantic (the plaintiffs) cover for the years 1980, 1981 and 1982. During the meetings that the Pine Top's underwriter had with Pan Atlantic's broker, in 1982, the broker had in his possession two different kinds of Pan Atlantic's loss records. The 'long record' covered the years from 1977 until 1981 whereas the 'short record' covered only the years from 1980 to 1981. Although Pine Top's underwriter knew that the 'long record' was available to him, somehow his attention was diverted from asking to examine it and the broker offered just the 'short record' to him. Furthermore, the loss record for 1981 which was \$235,768 was inaccurate because Pan Atlantic had information (before the signing of the slip) about additional losses which was \$468,168 which they did not disclose. At some point Pine Top, after covering some of Pan Atlantic's losses that

(38) MIA 1906, s.20(2) and s.18(2).

(39) The term "prudent insurer" is nowhere defined but was considered in *Associated Oil Carriers Ltd v. Union Insurance Society of Canton Ltd* [1917] 2 K.B. 184. The insurer in this case argued that it was material on 31 July 1914 for charterers of a vessel to disclose that they were of German nationality. Aitkin, L.J., pointed out that this fact had been held material in *British and Foreign Marine Insurance Co Ltd v. Samuel Sanday & Co*, [1916] 1 A.C. 650, but rejected the insurer's contention that a prudent insurer must be taken to know the law as it was subsequently declared in *Sanday's* case. He stated:

I think that this standard of prudence indicates an insurer much too bright and good for human nature's daily food. There seems no reason to impute to the insurer a higher degree of knowledge and foresight than that reasonably possessed by the more experienced and intelligent insurers carrying on business in that market at that time."

(40) [1995] 1 AC 501.

proved to be disastrous, refused any further liability on the grounds of material non-disclosure and a claim was brought against Pan Atlantic for the sums that they had already collected under that same policy.

At first instance⁽⁴¹⁾ the trial judge held that he was bound by the *C.T.I* case⁽⁴²⁾ to hold that a circumstance was material if it would have had an impact on the prudent underwriter's decision-making process, but not necessarily his final judgment. The judge found that the undisclosed actual losses for the year 1981 were material and that they should have been disclosed to the defendant. Therefore, the judgment was granted in favour of Pine Top who was entitled to avoid the contract. The Court of Appeal⁽⁴³⁾ affirmed the decision. The Court Appeal sought to ameliorate

(41) [1992] 1 Lloyd's Rep 101.

(42) *Container Transport International Inc (C.T.I.) v. Oceanus Mutual Underwriting Assn (Bermuda) Ltd* [1984] 1 Lloyd's Rep 476. In this case, the plaintiffs (C.T.I.) were a company leasing out containers. C.T.I., had frequent disputes with its lessees as to who was responsible for the repairing of the small damages on the containers that were often. C.T.I., at some point, devised a plan called Damage Protection Plan (D.P.P.) under which it was agreed that, for an additional charge, it (C.T.I.) would bare the first \$250 (according to plan A) or \$500 (according to plan B) of the expenses and that the excess of the damage would be the lessee's responsibility. After devising the Damage Protection Plan, C.T.I. needed to insure the containers for up to \$250 (or \$500) which were included in the "plan". Before contracting with Oceanus, the plaintiffs had insured with two other insurers, but the subsequent claims of C.T.I. forced these insurers to either ask for changes in the insurance terms, or cancel the contract. When the losses occurred, Oceanus refused to meet C.T.I.'s claims. The refusal was based on the ground of non-disclosure of C.T.I.'s previous claim experience. The problem that had arisen in this case was whether or not the C.T.I.'s past claims record, on which Oceanus had relied, was complete.

At first instance, the court held that the contract could have been avoided for nondisclosure if the prudent insurer would have been influenced by the facts that were not disclosed. And because the defendants could not support the allegation for non-disclosure, the court held that plaintiff succeeded in his claim. Lloyd, J., in his decision, interpreted the meaning of the word "influence" in s.18(2) of the MIA 1906 and stated (at p. 187) that:

In general I would say that underwriters ought only to succeed on a defence of nondisclosure if they can satisfy the Court by evidence or otherwise that a prudent insurer, if he had known the fact in question, would have declined the risk altogether or charged a higher premium. It seems to me that this should be the general rule".

The Court of Appeal reversed the trial judge's decision and held (at p. 492) that:

[A]n insurer was entitled to avoid a contract under s. 18 (1) of the Marine Insurance Act, 1906 if there was undisclosed before the contract was concluded any circumstance which a prudent insurer would take into account when reaching his decision whether or not to accept that risk or what premium charge; the yardstick was the prudent insurer and not the particular insurer; here the representation made... was material and untrue within s. 20 [of the Marine Insurance Act 1906]...".

(43) [1993] 1 Lloyd's Rep 496.

what it perceived as the harshness of the ruling in *C.T.I.* by discerning two possible solutions which were consistent with the earlier Court's rejection of the "decisive influence" test. In his leading judgment, Steyn L.J., said:

"Having rejected the "decisive influence" construction, it seems to me that there were at least two feasible alternative solutions to be considered in *C.T.I. v. Oceanus*. The first solution was that a fact is material if a prudent insurer would have wished to be aware of it in reaching his decision. The second solution involves taking account of the fact that avoidance for non-disclosure is the remedy provided by law because the risk presented is different from the true risk. But for the non-disclosure the prudent underwriter would have appreciated that it was a different and increased risk. Approaching the matter in this way it is possible to say that the test is whether a prudent underwriter, if he had known the undisclosed facts, would have regarded the risk as increased beyond what was disclosed on the actual presentation....In my view we are free to choose between the two solutions. As between the two alternative solutions, I unhesitatingly choose the second solution. In other words, I would rule that, as the law now stands, the question is whether the prudent insurer would view the undisclosed material as probably tending to increase the risk. That does not mean that it is necessary to prove that the underwriter would have taken a different decision about the acceptance of the risk. After all, there may be many commercial reasons for still writing the risk on the same terms."⁽⁴⁴⁾

The plaintiffs (Pan Atlantic) appealed to the House of Lords on the basis, among other, that that the words "influence the judgment" in s.18(2) and s. 20(2) of the MIA 1906 must mean that a contract could not be avoided for misrepresentation or non-unless it was shown that accurate and full disclosure would have had a decisive influence on the mind of the prudent insurer. The majority in the House of Lords, however, disagreed. Led by Lord Mustill, they interpreted the statute to reject the "decisive influence" test:⁽⁴⁵⁾

(44) [1993] 1 Lloyd's Rep. at 505-06.

(45) To be material, the fact must be "something which would have controlled the underwriter's decision to accept the risk." *Knight v. U.S. Fire Ins. Co.*, 804 F.2d 9, 13 (2d Cir. 1986).

In American law materiality has not provided the judicial fireworks that it has in the United Kingdom. From earliest times in the United States the courts applying the admiralty law rule applicable to marine insurance cases have used what amounts to the "decisive influence" test: at =

“In the first place I cannot find the suggested meaning in the words of the Act. This is a short point of interpretation, and does not yield to long discussion. For my part I entirely accept that part of the argument for Pan Atlantic which fastens on the word ‘would’ and contrasts it with words such as ‘might’. I agree that this word looks to a consequence which, within the area of uncertainty created by the civil standard of proof, is definite rather than speculative. But this is only part of the inquiry. The next step is to decide what kind of effect the disclosure would have. This is defined by the expression ‘influence the judgment of the prudent underwriter’. The legislature might here have said ‘*decisively* influence’; or *conclusively* influence; or ‘determine the decision’; or all sorts of similar expressions, in which case Pan Atlantic’s argument would be right. But the legislature has not done this, and has instead left the word ‘influence’ unadorned. It therefore bears its ordinary meaning, which is not, as it seems to me, the one for which Pan Atlantic contends. ‘Influence the judgment’ is not the same as ‘change the mind’. Furthermore, if the argument is pursued via a purely verbal analysis, it should be observed that the expression used is ‘influence the judgment of a prudent insurer or [the underwriter] in... determining *whether* he will take the risk’. To my mind, this expression clearly denotes an effect on the thought processes of the insurer in weighing up the risk, quite different from words which might have been used but were not, such as ‘influencing the insurer *to take* the risk’.

Lord Mustill also observed that the decisive influence test might cause practical difficulties:

"I am bound to say that in all but the most obvious cases the ‘decisive influence’ test faces them with an almost impossible task. How can they tell whether the proper disclosure would turn the scale? By contrast, if all that they have to consider is whether the materials are such

= a minimum "the risk must be increased so as to enhance the premium." (See *M'Lanahan v. Universal Ins. Co.*, 26 U.S. (1 Pet.) 170 (1828). The decisive influence test is now universally employed under the strict admiralty rule; the American formulation is that a fact in order to be material must be "something which would have controlled the underwriter's decision." (See e.g., *Btresh v. Royal Ins. Co.*, 49 F.2d 720, 721, 1931 AMC 1044 (2d Cir. 1931); *Knight v. U.S. Fire Ins. Co.*, 804 F.2d 9, 1987 AMC 1 (2d Cir. 1986), cert. denied, 480 U.S. 932, 1987 AMC 2407 (1987).

that a prudent underwriter would take them into account, the test is perfectly workable”⁽⁴⁶⁾..

After thoroughly reviewing the cases and authorities, Lord Mustill announced that materiality in s. 18(2) and s.20(2) means:

“[T]he duty of disclosure extend[s] to all matters which would have been taken into account by the underwriter when assessing the risk (i.e. the ‘speculation’) which he was consenting to assume. This is in my opinion what the Act was intending to convey, and what it actually says.”⁽⁴⁷⁾

By a majority of 3 to 2⁽⁴⁸⁾, the House of Lords decided to retain the “mere influence” test of *C.T.I.*

The effect of the *Pan Atlantic* decision was considered by the Court of Appeal in *St Paul Fire and Marine v. McConnell*⁽⁴⁹⁾, where the issue of materiality was again put to the test by counsel for the defendant, who argued that the ‘increase of risk’ is the criterion to be applied for determining the materiality of a circumstance. This, together with counsel’s other suggestion that the test of materiality laid down by the House of Lords in *Pine Top* is not conclusive, was, however, roundly dismissed by Evans, LJ., as follows:

“... I would reject Mr. Phillips’ [acting for the defendants] submission that the fact cannot be material unless the risk is thereby increased, and I would support this conclusion on the wider ground that ‘material’, like ‘relevant’, denotes a relationship with the subject matter rather than a prediction of its effect”.

Thus, the ‘increased risk’ test was clearly rejected by the Court of Appeal.

In his valuable work, Arnould summarises the legal position as it is now established by the *Pan Atlantic* as follows:⁽⁵⁰⁾

“The test of materiality is whether the matter would have been taken into account by the hypothetical prudent insurer when assessing the risk. The object of the rules in ss.18 and 20 of Act 1906 is to enable the insurer

(46) *Pine Top*, [1994] 3 All E.R. at 600-01.

(47) *Pine Top*, [1994] 3 All E.R. at 607.

(48) (Lords Goff, Mustill and Slynn; Lords Templeman and Lloyd dissenting).

(49) [1993] 2 Lloyd’s Rep 503; [1995] 2 Lloyd’s Rep 116, CA.

(50) Arnould, *op. cit.*, at pp. 561,562.

to judge accurately of the risk. There must be accuracy of representation on those matters which would naturally and reasonably enter into the estimation of the risk by a prudent insurer, and influence his thought processes in weighing up the risk. Such matters must be disclosed voluntarily except in those circumstances set out in s.18(3) where disclosure is not required. It does not have to be shown that the hypothetical prudent insurer would have reached a different decision, if supplied with an accurate presentation and proper disclosure”.

KUWAITI LAW

The *KMC 1980* on the question of materiality does not present substantial difference. Article 280, without using any word equivalent to "materiality", provides that non-disclosure of circumstances made fraudulent by the assured which would diminish the insurer's view of the risk voids the insurance contract. Thus, article 280 does not vitiate the contract merely because the risks represented and the actual risks are different. It is not this difference which is important but the effect of the non-disclosure upon the insurer's opinion of the risk. Thus, the insurance is voidable only when the non-disclosure circumstance would influence the insurer's mind in determining either the conditions of the contract, or, even, its conclusion at all. The insurer is induced to undertake the risk by this opinion. The loss, also, needs not be connected with the non-disclosure. The same article says that the insurance is voidable even in the case where the non-disclosure would not have influenced the damage or the loss of the subject-matter insured.

The opinion of the risk relates either to the value insured or to the perils exposed. For instance, non-disclosure relating to the nature of the cargo (in a cargo policy), non-disclosure about the voyage and the date of the ship's sailing.

Further, false answer to questions contained in the proposal form render the insurance contract voidable, because their importance to the insurer is implied⁽⁵¹⁾.

Generally speaking, to establish materiality the insurer has to prove that the non-disclosure has modified his opinion of the risk. This is a

(51) Kuwaiti Civil Code 1980, article 790/1.

matter of fact confined to the jurisdiction of the "judges of fact". The Court of Cassation, which reviews findings of law, inquires only if causation was established between non-disclosure and the conclusion of the contract.

KMC 1980 seems to have adopted the particular insurer test since article 280 leave the word "insurer" unadorned, saying that the insurer may avoid the insurance contract, if the assured,... fraudulent non-discloses information which could lead the insurer to underestimate the risk to be insured against".

It is possible for the judges to read in the word "prudent" before the word "insurer" in article 280. A Kuwaiti scholar has supported this view⁽⁵²⁾. It goes without saying that, between the particular insurer test and a prudent insurer test, the *KMC 1980* should choose the latter, which is the standing law of U.K.

2.2. EXAMPLE OF MATERIAL CIRCUMSTANCES

Section 18 (4) of the MIA 1906 states:

“Whether any particular circumstance, which is not disclosed, be material or not is, in each case, a question of fact.”

And section 18 (5) provides:

“The term ‘circumstance’ includes any communication made to, or information received by, the assured.”

In *Cantiere Meccanico Brindisino v. Janson*⁽⁵³⁾, which concerned a floating dock insured for a voyage, Buckley, L.J., emphasized that the material circumstance referred to in s. 18(4) of the MIA 1906 was a material circumstance of fact, and observed:⁽⁵⁴⁾

“But by material circumstance is, I think, meant a material circumstance of fact to the exclusion of a material circumstance of opinion. Whether the dry dock here tendered for insurance required to be strengthened for the voyage or not was, I think, a question of opinion. The assured honestly believed, and had the authority of Watkins’ report for believing, that she did not require to be strengthened for the voyage, but

(52) See Sarkhoh, Y, *op. cit.*, p. 165.

(53) (1912), 107 L.T. 281 C.A.

(54) (1912), 107 L.T. 281 C.A., at p. 287.

might safely be towed to a Mediterranean port provided that suitable arrangements for towing were made. The assured was bound to disclose that report as soon as he had it. He did so. If he had received any other report, say to a contrary effect, the existence of the opinion which it contained was a matter of fact, and its disclosure was necessary as being a material circumstance.”

It does not necessarily follow that because a fact has been held to be immaterial in one case, a similar fact is not material in another.

A number of cases decided before and after the passing of the Marine Insurance Act 1906 concerning the question of materiality are considered below. But we should notice that those cases particularly those from the nineteenth century or earlier, are to be treated with caution, as affording examples of the types of circumstances which are to be regarded as material, or as not being material, under a marine policy, or as indicating the scope of a marine underwriter's presumed knowledge. Materiality is a question of fact, on which nowadays expert evidence is almost invariably adduced. The question is to be judged in the light of contemporary conditions and patterns of business⁽⁵⁵⁾.

2.2.1. Excessive Valuation

An Excessive valuation of the subject-matter insured may be a material circumstance to be disclosed because “the excessive valuation not only may lead to suspicion of foul play, but that it has a direct tendency to make the assured less careful in selecting the ship and captain, and to diminish the efforts which, in case of disaster, he ought to make to diminish the loss as far as possible, and cannot therefore properly be called altogether extraneous to the risks”⁽⁵⁶⁾. In *Ionides*

(55) Arnould, op. cit., at p 647.

(56) Per Blackburn, J., in *Ionides v Pender* (1874), L.R. 9 Q.B. 531, 535. KMC 1980, article 284 provides (Free translation):

"1- The insurer may avoid the contract if the amount of the insurance exceeds the value of the things insured and fraud had been proved in the part of the assured or his agent. In such a case the insurer keeps the premium in full.

2- Where there is no fraud proved the contract remains valid to the extent of true value of the things insured".

١- يجوز للمؤمن طلب ابطال العقد إذا كان مبلغ التأمين يزيد على قيمة الاشياء المؤمن عليها وثبت التدليس من جانب المؤمن له أو وكيله. وفي هذه الحالة يبقى القسط كاملا من حق المؤمن.

٢- فإذا انتفى التدليس اعتبر العقد صحيحا بقدر الاشياء المؤمن عليها.

v. Pender⁽⁵⁷⁾ part of a cargo insured consisted of 222 casks, the cost, charges and insurance of which amounted to £973, but which were valued for insurance at £2,800. This over-valuation was not disclosed by the assureds. It was in evidence that excessive valuation, to such an extent as here, was considered by underwriters to be a speculative risk, which one class of underwriters would not take at all, and another class would take only if a sufficient premium were offered. The insurer was held to be entitled to avoid liability because the overvaluation was material.

In *Gooding v White*⁽⁵⁸⁾ a cargo of cloves was loaded aboard a barge to be taken from Harwich to London. The barge sprang a leak and had to be beached. Part of the cargo was then jettisoned, and the remainder was returned to Harwich where it was landed and dried. The cargo-owner claimed on his policy insurance, but the insurers refused payment, contending that the cargo was excessively over-insured at £5,000 and that 'the whole thing was a fraud from beginning to end'.

The court ruled in favour of the underwriters for the assured had concealed a material fact. "...To ascertain whether" said Pickford, J., "there was such an over-valuation as to alter the nature of the risk, his Lordship then examined the figures in great detail, and said that he had come to the conclusion that the cargo had been very much over-valued. He had the gravest doubts whether the cargo was worth half the £4,000 which was the figure one of the witnesses put upon it. It was unnecessary to say whether that over-valuation was effected for the purpose of defrauding the underwriters or was done with too enthusiastic an idea of the profits likely to be realised from the cargo. It was sufficient if there was, as he thought there was, such an over-valuation as ought to have been communicated to the underwriters, and as it had not been

(57) (1874), L.R. 9 Q.B. 531; see *Berger and Light Diffusers Pty., Ltd. v. Pollock*, [1973] 2 Lloyd's Rep. 442, Q.B.D. (Commercial Court), where the assured stated that some steel injection moulds were worth £20,000, it was held that the insurers had failed to prove that the alleged overvaluation was material. See also *Williams v. Atlantic Assurance Co., Ltd* [1932] All.E.R. 32, CA, where the insurers repudiated liability for the loss of a cargo of textile goods shipped from Alexandria to Liverpool, on the ground that they had been grossly overvalued. They contended that they had been told that they were worth £8,000 whereas in fact their value was only £250. Scrutton, L.J., giving judgment in the Court of Appeal, held (obiter) that this plea failed because the underwriters had not given evidence in support of their allegation.

(58) (1913) 29 TLR 312

communicated, there was a concealment of a material fact which avoided the policy. On that ground, therefore, the action failed”⁽⁵⁹⁾.

In the case of hull insurance the position may be different than in the case of cargo because, as it was held, the underwriter is as well able as the assured to estimate the proper value. *In General Shipping and Forwarding Co. v. British General Insurance Co., Ltd*⁽⁶⁰⁾. a vessel was insured for £2,000 in December, 1921 under a policy in which she was valued at £5,000. In fact her market value was about £1,500. She became a total loss on September 23, 1923 during the currency of the policy. The assured claimed £2,000 under the policy, but the insurers repudiated liability on the ground that she was grossly over

It was held that the claim succeeded. Although the vessel was considerably over-insured, probably to the extent of twice her value, the insurers were just as able to estimate her market value as her owners were. There was no fraud, and under s. 27 (3) of the MIA 1906 the value fixed by the policy was conclusive. Bailhache, J., observed:⁽⁶¹⁾

“Now it is sought to reopen the valuation upon the ground of excessive insurance. In considering that one must bear in mind that this was an insurance of hull and machinery and not an insurance of goods. One must bear in mind that the underwriter had at his hand in Lloyd’s Register of ships all the information about the (vessel) that the owners had, except, of course, the price at which she had changed hands, and the circumstances under which she became the property of the Janet S.S. Co. The defendants had been on the risk twice before; and on this third occasion they increased their risk to £2,000. The underwriters were just as well able in my judgment to estimate what the market value of the (vessel) was as were the people who owned her; and with all the information before them and the same possibilities of estimating her value they chose to accept this valuation and to make a contract on these terms and to take premiums on this valuation of £5,000. Now they seek to upset it on the ground that it is an overset excessive as to entitle them to be off the risk. Now, where the subject-matter of the case is goods, the matter is on

(59) Ibid. at p 312.

(60) (1923) 15 Ll.L.Rep. 175, K.B.D.

(61) Ibid., at p. 176

a different footing. There the underwriter has no means of knowing the value of the goods except the state of the assured. He has not, as in this case, all the information to his hand when he comes to insure goods; and it is much more easy to infer fraud from over-insurance of goods than from over-insurance of ships when both parties are in approximately the same position to know what the market value of the ship proposed to be insured is.

Moreover, it must be borne in mind that underwriters who know their business very well and make large sums of money out of it for the most part favour over of hull and machinery. They particularly favour it not only when they cover total loss and constructive total loss but particular average loss as well, because the 3 per cent franchise is harder to get over when the value is high than when the value is small. But there are good reasons why they should accept over-valuation in the case of total and constructive total loss, particularly where, as is always the case now, the insured value and the repaired value are to be taken at the same figure. But it is no business of mine to tell underwriters how to conduct business which they do very successfully. It suffices that they prefer over-valuation of hull and machinery.”

In *Piper v. Royal Exchange Assurance*⁽⁶²⁾ a vessel was insured for £2,500. She stranded on the Buxey Sands while on a voyage to Burnham-on-Crouch. The assured claimed under the policy, but was met with the defence that she was overvalued and that therefore there had been non-disclosure of a material fact, and that the insurers accordingly were entitled to avoid liability.

Roche, J., held that the claim succeeded. At the time of the stranding the assured was endeavouring to sell her at a price rather less than the insured value, and it could not be said that he was aware of her actual value, which was little more than the value of her lead keel. His Lordship observed:⁽⁶³⁾

“In my judgment the vessel never was worth £2,500; but it does not follow that the overvaluation was one which avoided the policy.... I think

(62) (1932), 44 Ll.L. Rep. 103, K.B.D.

(63) Ibid., at p. 119.

[the assured] was hoping against hope that he might sell this vessel, and might sell her at somewhere about £2,000, or perhaps rather less. It may not have been very honest, from some points of view, to sell a vessel with those defects, but still, it is not a matter quite unknown in business and I am not prepared to find that he so knew at that date of her deficiency in value and that he ought to have told his underwriters in 1928. In other words, that was his asking price at that time, and I am not prepared to find that he ought to have declared her at a lower figure.”⁽⁶⁴⁾

In *The Grecia Express*⁽⁶⁵⁾ the vessel was insured for US \$ 8 million, about twice her true market value. The market value was not disclosed and the insurer relied on that as being a material non-disclosure, justifying avoidance. That defence failed. Colman, J., concluded that (i) a vessel is insured for more than her open market value is not material per se; (ii) a valuation which is “consistent with reasonably prudent ship management”, in that it takes into account matters such as the cost of replacing a lost vessel and potential lost earnings, is not material to disclose; and (iii) “it is only where the disparity [between the market value and the insured value] cannot be justified on reasonable commercial grounds” that any duty of disclosure arises. On that basis, Colman, J., held that, the insured value being consistent with reasonably

(64) Another issue in *Piper v. Royal Exchange Assurance* (1932), 44 Ll.L.Rep. 103, K.B.D. concerned a later policy in respect of the same yacht, and this issue also was whether she was overvalued. The insurers repudiated liability in respect of damage to her by fire on the ground that she had been overvalued to the assured's knowledge. It was proved that she was only worth half the sum for which he insured her, and there was little chance of selling her, and repairs which had been carried out on her had not been effective to get rid of the real trouble that affected her saleable value.

Roche, J., held that the vessel was overvalued to the knowledge of the assured, and that the insurers were not liable. He observed at p. 120:

I am satisfied that at that time the vessel was worth little more than, if as much as, half the value at which she was insured; that £1,000 or £1,200 would have represented the whole value of the ship-her mast, her sails, and everything. That, in my judgment, is a material circumstance which the assured knew, and which would have made a difference to the underwriters so that they would not have insured the risk at all. I accept the evidence given on that matter by the underwriters. The matter had been progressive ever since the beginning. The inherent defects in this ship, and her want of salability, had been becoming progressively known to the assured, and at that date, at any rate, if not before, he ought to have disclosed the decrease in value to the underwriters if he wanted them to insure her at that value.”

(65) [2002]1 Lloyd's Rep. I.R. 669.

prudent ship management, there had not been a failure to disclose a material fact. He said that it was nothing to the point that the insurer was thereby deprived of the opportunity of investigating why there was a disparity. An insurer who wanted such an opportunity had the simple expedient of asking for an independent market valuation and calling for an explanation of the disparity from the insured.

In *King v. Aetna Ins. Co. (The Greyhound)*⁽⁶⁶⁾ a vessel purfor \$2,500 was insured for \$40,000 without there being a disto underwriters of the purchase price. In addition, the assured placed two additional policies of \$10,000 and \$5,000 with other insurance companies and was refused a third additional policy of \$15,000 because he refused to divulge the purchase price.

One week after the binder was issued the vessel was totally destroyed by fire. Underwriters defended upon the basis of concealment of the purprice. In upholding the defense, the court observed that concealof an overvaluation so excessive as to make the risk speculative vitithe policy, and that a valuation sixteen times what she had just cost the insured made the risk speculative because the insured had less incento protect her than he would have had if he had paid a price somenear commensurate with the stated value.

Materiality is in this sense, therefore, a question of degree and of the explanation for it. An excessive valuation of the hull is not necessarily material per se⁽⁶⁷⁾.

2.2.2. Nature of the Cargo

Generally speaking it is not necessary, in a policy on goods, to disclose information relating to their condition (although there is no implied warranty that the goods are seaworthy)⁽⁶⁸⁾ because the underwriter will not in any event be liable for loss caused by the condition of

(66) 1931 AMC 1940 (2d Cir). See, also, *Btresh v. Royal Ins. Co.*, 1931 AMC 1044 (2d Cir.), and *Hauser v. American Central Ins. Co.*, 1964 AMC 526 (E.D., La.).

(67) Arnould, op. cit., p.652. In *The Dora* [1989] 1 Lloyd's Rep. 69 (where the issue was treated as one of misrepresentation, but the same position would apply if the point were treated as one of non-disclosure), Phillips J., held that overvaluation was not to be material in the light of the expert evidence.

(68) MIA 1906 s.40(1). Where there is a warranty of seaworthiness, matters rendered superfluous by reason of that warranty do not have to be disclosed; s. 18(3)(d) of the 1906 Act.

the goods themselves⁽⁶⁹⁾. In *Mann, Macneal and Steeves v. Capital and Counties Ins. Co*⁽⁷⁰⁾ policies of insurance were effected upon the hull and machinery of a wooden ship at and from ports in the United States to port in France, while there, and back again to ports in the United States. At the date of the insurance the owners had engaged the vessel to carry 100,00 gallons of petrol in 2500 iron drums from New Orleans to Bordeaux; but this fact was not disclosed to the underwrites. The voyage to Bordeaux was completed without mishap, but on the return journey she was totally lost by an accidental fire. In answer to a claim on the policies the underwriters pleaded non-disclosure of the engagement for carriage of the petrol to Bordeaux. It was proved that petrol in iron drums was an ordinary form of merchandise for inclusion as part of a general cargo to be carried across the Atlantic. Greer, J., in the court of first instance, held that there had been non-disclosure of a material fact and gave judgment for the underwriters. In the Court of Appeal, Bankes, and Atkin, L.J., whilst refraining from overruling this finding of Greer J., held that the requirement of disclosure had been waived. Younger L.J., also held that the fact withheld was immaterial. The judges were therefore unanimous in allowing the appeal. Atkin, L.J., further, remarked that the reasons given for this decision do not necessarily apply to the case of a cargo which is unusual and of a cargo of dynamite. The solution depends upon the circumstances of each particular case. But even upon the facts of this case the insurer could protect himself by making an inquiry or by insisting on a warranty against such cargo.

The above rule, however, is not unrestricted, as it is clear from *Greenhill v. Federal Insurance Co*⁽⁷¹⁾ that the previous history or condition of the goods may in certain circumstances be a material fact which should be disclosed. In this case, a consignment of celluloid was shipped from Halifax, Nova Scotia, to Nantes, and arrived in a damaged condition. When a claim was made under the policy, the insurance company repudiated liability on the ground that there had been non-disclosure of the fact that the celluloid had been

(69) In accordance with section 55 (2) (c) of the MIA 1906, the insurer is not in any event liable for inherent vice of nature of the subject-matter insured. See Arnould, op. cit., p. 663.

(70) [1921] 2 K.B. 300.

(71) (1926), 135 L.T. 244, C.A.

previously carried from New York to Halifax on a very slow steamer, and that the cargo had been exposed to rough weather on deck and had been left on an open quay on arrival at Halifax. The Court of Appeal held that the pre-carriage of goods was a material fact and ought to have been disclosed to the underwriters by the owners when effecting the policy. Accordingly, the insurance company was entitled to avoid liability.

2.2.3 Other Insurance Policies effected by Assured

Even though in a particular case there may be no duty to make any disclosure with regard to the valuation of the subject matter insured, there may be other contracts of insurance which place the assured or his servants who have the management of the property in the position of making a profit out of its destruction⁽⁷²⁾. When such is the position (i.e. changing the character of the risk from a business to a 'speculative' risk) the existence of the other insurances must be disclosed⁽⁷³⁾. Thus, in *Thames and Mersey Marine Insurance Co., Ltd. v. Gunford Ship Co., Ltd.*⁽⁷⁴⁾ the assured effected a valued policy in respect of a vessel for a voyage from Hamburg to Santa Rosalia, the sum insured being £18,500,

(72) Arnould, op. cit., at p 656.

(73) KMC 1980 adopts a similar rule. Article 285 provides (Free translation):

"1- Except in the case of the fraud, if the risk is insured against by several contracts.... and the total amount of the insurance stated in those contracts exceeds the value of the thing insured, then those contracts shall be considered valid and the assured may recourse against the various insurers within the limit of the damage which shall not exceed the value of the thing insured...

2- The assured who demands the damages must declare to the insurer

about the other existing insurances which he knows otherwise his claim shall not be acceptable.

3- If the assured committed fraud then each of the several insurance contracts becomes avoidable upon the request of the insurance.

4- In all cases the premium shall be the right of the insurer who acts in good faith".

١- فيما عدا حالة الغش إذا كان الخطر مؤمنا عليه بعدة عقود سواء أكانت مبرمة في تاريخ واحد، أم في تواريخ مختلفة، وكان مجموع مبلغ التأمين المذكور في هذه العقود يزيد على قيمة الشيء المؤمن عليه، اعتبرت عقود التأمين صحيحة وجاز للمؤمن له الرجوع في حدود الضرر وبما لا يزيد على قيمة الشيء المؤمن عليه على المؤمنين المتعديين بغير ترتيب بينهم بنسبة مبلغ التأمين الذي يلتزم به كل منهم إلى القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه.

٢- ويجب على المؤمن له الذي يطلب تسوية الضرر الذي لحق به أن يصرح للمؤمن بوجود التأمين الأخرى التي يعلم بها وإلا كان طلبه غير مقبول.

٣- وفي حالة ثبوت الغش من المؤمن له، يكون كل عقد من عقود التأمين المتعددة قابلاً للإبطال بناء على طلب المؤمن.

٤- وفي جميع الأحوال يكون قسط التأمين بأكمله من حق المؤمن حسن النية.

(74) (1911), 105 L.T.312, H.L.

whilst her real value was only £9,000. But the insurance company was not told that the assured had also taken out policies to a large amount on freight and disbursements. She was wrecked off the Brazilian coast. It was held by the House of Lords that the insurance company could avoid liability on the ground of non-disclosure of a material fact.

Lord Shaw of Dunfermline said:⁽⁷⁵⁾

“I do not find myself able to agree with the judgment of either House of the Court of Session. It follows upon the nature of the argument there presented that no duty rests upon the owners, or agent, to disclose to the insurers of the hull facts of the character found in this case. I cannot assent or give any countenance to such a view. The learned Lord Ordinary says: ‘I cannot see that there is any duty whatever on the part of the assured to disclose to the underwriter on hull, who accepts the vessel at a declared value, that he is also effecting insurances upon freight and disbursements.’ The opinion of all your Lordships is to an opposite effect, and I humbly agree with that opinion. So far as the effecting of insurances upon freight is concerned that is sound business, because it is grounded upon a stipulation for true indemnity; but so far as disbursements, wherever they are duplications of freight, are concerned, these, when freight has already been insured, form no part of a contract of indemnity, but the insurance upon them is merely a gamble, discountenanced by sound principle and not enforceable by law.”

However, where the additional policies do not change the character of the risk then the defence of non-disclosure will be failed. Thus in *Mathie v. Argonaut Marine Insurance, Ltd*⁽⁷⁶⁾ the plaintiff sent his vessel in ballast from a port in the United Kingdom to Delagoa Bay to load a cargo there for Mauritius. He took out a freight policy for £6,000 in the form “Freight and anticipated freight and/or chartered freight on board or not”. On the arrival of the vessel at Delagoa Bay a cargo for Mauritius was not available, so the plaintiff supplied a cargo of coal for Bombay and insured it for £6,000. The cargo was lost in the course of the voyage to Bombay. The plaintiff claimed against the insurers, but they repudiated liability on the ground that he had not disclosed the fact

(75) (1911), 105 L.T. 312, H.L., at p.317.

(76) (1925), 21 Ll.L.Rep. 145, H.L.

that there was already in existence a policy for £6,000 on freight. They contended that the actual freight upon the coal from Delagoa Bay to Bombay might have been something from £1,800 to £2,000, and that, if the insurance of the cargo and the freight were added together, there was no doubt that it was considerably in excess of the total value of the cargo and the freight which, calculated on the price at which the plaintiff thought that he could sell the cargo at Bombay, was £7,200.

The House of Lords held that the action succeeded, for there had been no non-disclosure of a material fact. Lord Buckmaster adopted⁽⁷⁷⁾ the test used by Bailhache, J., who had said in the trial Court:⁽⁷⁸⁾

“As I understand it, in order to find out whether existing insurances ought to be disclosed when a fresh insurance is taken out one has to consider this: of course, one must take the figures, but one has to consider whether the discrepancy between the insured value and the actual insurable value is of such a nature as to change the character of the risk from a business risk to a speculative risk.”

His lordship saw no reason to differ from the conclusion of fact reached by Bailhache, J., to the effect that in the circumstances of the case there had been no change in the character of the risk.

In *Wilson, Holgate & Co., Ltd. v. Lancashire and Cheshire Insurance Corporation*,⁽⁷⁹⁾ 657 barrels of palm oil were insured for a voyage from Singapore to Liverpool. The policy contained the following clause:

“Average payable on each package separately or as customary including risks of leakage, and breakage from any cause whatsoever irrespective of percentage.”

One hundred and seven of the barrels were found to be damaged on arrival at Liverpool. The assured claimed for a loss under the policy, but the insurers denied liability on the ground that the assured had failed to disclose that they had effected another insurance against marine risks “f.p.a. and warranted free from all claims for leakage and breakage however caused”.

(77) Ibid., at p. 146

(78) (1924), 18 Ll.L. Rep. 118 at p. 121.

(79) (1922), 13 Ll.L.Rep. 486, K.B.D.

Bailhache, J., held that the defence of non-disclosure failed, and that the insurers were liable. He observed:⁽⁸⁰⁾

“Then it is said that there has been non-disclosure of material facts. The first material fact non-disclosed is that there was an insurance effected with the Marine Insurance Society of Canton. That was an insurance against marine risks f.p.a., and warranted free from all claims from leakage and breakage, however caused. It did not cover the particular risk intended to be covered by this policy, and, in my opinion, there was no reason why the fact of that insurshould be disclosed to the underwriters in this case.”

2.2.4. Circumstances that may aggravate the Risk

When the assured has entered into a contract which makes the risk of ultimate loss to the underwriter greater than the usual one, this fact ought to be disclosed⁽⁸¹⁾. Thus, the insertion of a new kind of clause in the contract, concluded between the assured and a third party, must be disclosed by the former when he takes out a policy against the eventual non-performance of the contract inasmuch as this clause may effect the rights of the underwriters. In *Tate v. Hyslo*⁽⁸²⁾ the plaintiffs effected policies of marine insurance with the defendants on goods for the carriage of such from ocean-going ships, by way of lighters, to their refinery. Insurances of that nature, at a higher premium, gave recourse against lightermen in the event of a loss. However, the plaintiffs failed to inform the insurers that, under an agreement, the lighterman was only covered against loss brought about by his negligence. When a loss occurred in the course of lighterage, the insurers refused payment, because they had not been informed of this special arrangement which, in effect, altered the risk.

The Court of Appeal ruled that the insurers were not liable under the policies. The non-disclosure amounted to the concealment of a material fact which would have influenced the insurers in undertaking the risk and setting the premium.

In *Mercantile Steamship Co. v. Tyser*⁽⁸³⁾ the plaintiffs, on the 29th of July, 1875, chartered their ship *G.* for a voyage from New York to

(80) Ibid., at p. 488.

(81) Arnould, op. cit., at p 668.

(82) (1885) 15 Q.B.D. 368.

(83) (1880) 7 Q.B.D. 73.

Odessa. The charterparty contained a clause giving the charterer an option to cancel the contract “if the vessel has not arrived at the port of New York on or before the 1st of September, 1875.” The plaintiffs, on the 7th of August, 1875, effected an insurance with the defendant “to and from London to New York while there, and thence to Odessa, via Constantinople,” on their chartered freight, including, besides the ordinary ones, all risks “incident to steam navigation”. The clause in the charterparty giving the option to cancel was not mentioned to the defendant. The ship started from England on the 7th of August, but owing to the failure of her machinery in the British Channel was obliged to put back for repairs, which occupied so much time that she did not reach New York until after the 1st of September, whereupon the charterers cancelled the charter and the freight was lost.

Lord Coleridge C.J., held that the interest in the chartered freight had commenced at the time when the charter was cancelled, but that the defendant was not liable, for the freight was not lost by any of the perils insured against, but by the exercise of the option to cancel in the charterparty; and, further, that the withholding from the defendant information as to the power to cancel vitiated the policy. “The evidence showed” said the learned Chief Justice “that this provision as to the cancelling option was of comparatively recent introduction into charterparties, that it had come in with the greater prevalence of steamships in the mercantile marine, that it was sometimes inserted and sometimes not in the charters of steamships, and that there was no usage as to its disclosure or non-disclosure. It is plain that it may enormously increase the risk to be run. In this case there were four or five days to spare; but the argument as to its non-disclosure would have been the same if there had been but an hour. I think, therefore, that the fact of this option existing in this charter was a fact which the assured was bound himself to disclose to the underwriter. The case of *Bates v. Hewitt*⁽⁸⁴⁾ appears to me to be directly in point. On the whole I give judgment for the defendant.”⁽⁸⁵⁾

(84) (1867), L.R. 2 Q.B. 595.

(85) (1881) 7 Q.B.D. 73,77. Cf. *Ruger v. Firemen's Ins Co*, 90 Fed.R. 310 (1898), where an American court held that underwriters are presumed to have knowledge of cancellation clauses in charterparties.

Where, however, it is the general and well-known practice to put a certain clause in a particular kind of mercantile contract, the underwriter is presumed to know that the contract contains the clause, and therefore the assured is not bound to give information about its insertion, though the clause may tend to increase the risk.

In time charters it is now the universal practice for an off-hire clause to be inserted, providing for the payment of hire to cease in specified events. For obvious reasons, the presence of such a clause in a time charter will, depending on the terms of the clause and of the policy, tend to increase the risk under a freight policy, but considering that off-hire clauses are always inserted and that in most cases they are in a standard form which is well known, there is no obligation to disclose them. The Court of Appeal has thus held that an assured is not bound to disclose that a charterparty contained an off-hire clause⁽⁸⁶⁾.

2.2.5. Condition of Goods on Shipment

It would be necessary for the assured to disclose to the underwriter the fact that the goods to be insured consisted of an end of stock clearance purchase in which there may be a proportion of seconds or rejects, for in the event of a claim there could be difficulty in distinguishing between damage already in existence and damage sustained in transit. Moreover, defective or previously repaired goods might be susceptible to further damage. In *Liberian Insurance Agency Inc. v. Masse*⁽⁸⁷⁾ a cargo described as “enamelware (cups and plates) in wooden cases” was insured for a voyage from Hong Kong to Monrovia and arrived in a damaged condition. Donaldson, J., held that the insurers

However, cancelling clauses are now so general in charterparties that it is extremely doubtful whether a court would now hold that it was material to disclose the fact of their inclusion even in a case where this increased the risk.

(86) *The Bedouin* [1894] P. 1., the non-disclosure of cesser clause in a policy on time freight was held to be not non-disclosure of a material fact.; see also *Salvador v. Hopkins* (1765) 3 Burr. 1707, where it was held that the underwriter need not be told that a charterparty of the East India Company contained a clause entitling the company to keep the ship out in India for a year, there being a general usage of the East India trade to this effect.

(87) [1977] 2 Lloyd's Rep. 560. Cf. *Berger and Light Diffusers Pty., Ltd. v. Pollock* [1973] 2 Lloyd's Rep. 442, QBD (Comm), the fact that the bills of lading relating to some steel injection moulds which were insured for a voyage from Australia to England were “claused” in that they described the goods as “unprotected”, “secondhand” and “insufficiently packed” was held not to be material.

could avoid liability on the ground of non-disclosure of material facts *viz.* (i) the cargo included 823 cartons as contrasted with wooden cases; (ii) a significant proportion of the enamelware had been touched up by overpainting; and (iii) the cargo was an end of a stock or job lot purchase and had been bought at a cheap rate.

2.2.6. Nationality

The national character of the subject insured may be material. No general rule can be laid down with regard to any particular nationality. If insurers would be influence in deciding whether to accept a risk, or what premium to charge, by the fact the subject insured was of a particular nationality, then the nationality in question becomes a material fact to be disclosed. Thus, in *Bates v. Hewitt*⁽⁸⁸⁾ a policy was effected in 1864 on a vessel which had been a Confederate war cruiser in the years 1863 and 1864, and which afterwards was dismantled and sold to the plaintiff. The vessel had been notorious to the British public at the time she was cruising, and after she had been laid up in Liverpool had been the subject of comment in the London newspapers and in the House of Commons. The defendant, one of Lloyd's underwriters, had been cognisant of all this; but at the time that the risk was proposed to him nothing revived his recollection of these things, and it did not occur to him that this might be the Confederate cruiser. The court held that the previous knowledge possessed by the defendant did not release the plaintiff from disclosing that the vessel was the late Confederate cruiser, and therefore liable to capture by the United States.

In *Demetriades v. Norhern Assurance Co*⁽⁸⁹⁾, a Greek subject purchased a foreign ship and afterwards transferred the vessel to an impecunious British subject, who was registered as owner. A subsequent agreement between these parties bore that the British subject agreed to sell the vessel to the Greek on her arrival in Greece, and also stipulated that, during the voyage, the vessel should be managed by the Greek. The vessel was insured by the transferee. The Greek's interest in the vessel was not disclosed to the insurers, and she was represented as sailing under the

(88) (1867) L.R. 2 Q.B. 595.

(89) (1925) 21 Ll.L. Rep. 265, H.L.

British flag and with British crew. When the insurance was effected Greek-owners vessel were uninsurable, or only insurable at exceptionally heavy premium. The House of Lords held that the insurers were entitled to avoid the policy both on the ground of misrepresentation and non-disclosure. Lord Shaw of Dunfermline said:⁽⁹⁰⁾

“A material representation which should have been made, and was not made but was concealed, was that this was a Greek ship. In my opinion, as I have said, that was material enough to avoid the contract if the falsehood in regard to that matter was upon the register. But when we come to the actual fact of the nation of the vessel, how material it is appears from the evidence of Mr. Harper, the shipping editor of ‘Lloyd’s List and Shipping Gazette’, who gives the official statistics with regard to a long period of time, namely, the period from September 1, 1920 to November 30, 1921. During that period, 14 British vessels of over 500 tons were lost, and during the same period 27 Greek vessels were lost, that is to say, nearly double the number of Greek vessels to British. But, my Lords, that is not really the substantial comparison. The substantial comparison is the relation of Greek losses to Greek tonnage afloat as compared with British losses compared with British tonnage afloat, and the startling fact is that for every 22,000 Greek tons afloat one vessel was lost, whereas in the case of British regisships one loss only occurred in the case of 1,570,000 tons afloat, a contrast so startling that it requires very little evidence in a law court to convince me that in the insurance and shipping world any representation which would conceal the Greek nationality of the vessel was a material matter for the companies. That misrepresentation or concealment on that subject having occurred, the defence is completely justified.”

2.2.7. Nature of Port

The adverse characteristics of ports within the insured trading area were held to be material circumstances requiring disclosure. In *Harrower v. Hutchinson*⁽⁹¹⁾, the policy was effected on goods “at and from Buenos Ayres and port of ports of loading in the province of Buenos Ayres”. The

(90) (1925) 21 Ll.L. Rep. at 269.

(91) (1870) L.R. 5Q.B. 584.

place of loading was Laguna de los Padres. It was not an artificial port, but only a roadstead protected by natural headland, forming king of bay. Laguna de los Padres was known to underwriters as a place of loading; and if underwriters, on a policy as above, had been informed that the vessel was going to load there they would have required a higher premium than the defendant charged. The Exchequer Chamber held, reversing the judgment of the Queen's Bench,⁽⁹²⁾ that the non-communication of the fact that the vessel was going to Laguna de los Padres to complete her cargo was a concealment of a material fact which vitiated the policy.

2.2.8. Previous History of the Subject Matter insured

The extraordinary history of the subject-matter insured is a material fact which should be disclosed. Thus, in *Greenhill v. Federal Insurance Co*⁽⁹³⁾, celluloid was shipped from Halifax, Nova Scotia, to Nantes, and arrived in a damaged condition. When a claim was made under the policy, the insurance company repudiated liability on the ground that there had been non-disclosure of the fact that the celluloid had been previously carried from New York to Halifax on a very slow steamer, and that the cargo had been exposed to rough weather on deck and had been left on an open quay on arrival at Halifax. It was held by the Court of Appeal that the pre-carriage of goods was a material fact and ought to have been disclosed. Accordingly, the insurance company was entitled to avoid liability.

In *Bates v. Hewitt*⁽⁹⁴⁾ it was held that the assured should have disclosed that the insured vessel, which was a merchant ship, had formerly a Confederate cruiser.

2.2.9. Unseaworthiness of Vessel

In *Tremaine v. Phoenix Ins. Co*⁽⁹⁵⁾, a failure to disclose that the vessel was unseaworthy and sunk and in need of repairs was held to be material in an application to renew and extend the insurance and was a complete defense to underwriters.

(92) (1870) L.R. 4Q.B. 523.

(93) (1926), 135 L.T. 244, C.A.

(94) (1867), L.R. 2 Q.B. 595.

(95) 1935 AMC 753.

In *The*⁽⁹⁶⁾ the US Court of Appeal held that the insurers were entitled to avoid liability under a time policy in respect of the insured vessel because the assured had not disclosed that (i) in June 1961 the master had reported to the assured that the vessel had unusual rhythmic vibrations and leaked excessively; (ii) after a period in a shipyard she again leaked excessively; and (iii) in September 1961 a marine surveyor had reported that she was unfit for any use off shore.

2.3. Examples of immaterial Circumstances

“No proposition of insurance law can be better established than this, viz. that the party proposing the insurance is bound to communicate to the insurer all matters which will enable him to determine the extent of the risk against which he undertakes to guarantee the assured. It is true, if matters are common to the knowledge of both parties, such matters need not be communicated. It is also true that when a fact is one of public notoriety, as of war, or where it is a matter of inference, and the materials for informing the judgment of the underwriter are common to both, the party proposing the insurance is not bound to communicate what he is fully warranted in assuming the underwriter already knows.”⁽⁹⁷⁾

Section 18(3) of the MIA 1906 states:

“In the absence of inquiry the following circumstances need not be disclosed, namely:

- (a) Any circumstance which diminishes the risk;
- (b) Any circumstance which is known or presumed to be known to the insurer. The insurer is presumed to know matters of common notoriety or knowledge, and matters which an insurer in the ordinary course of his business, as such, ought to know;
- (c) Any circumstances as to which information is waived by the insurer;
- (d) Any circumstance which it is superfluous to disclose by reason of any express or implied warranty.”

(96) 409 F.2d 974, 1969 AMC 781.

(97) Per Cockburn C.J., in *Bates v. Hewitt* (1867) L.R. 2 Q.B. 595.

2.3.1. Facts within the actual or presumed Knowledge of the Insurer.

The insured needs not, in the absence of inquiry, disclose that which the insurer actually already knows⁽⁹⁸⁾ or that which the insurer is presumed to know. The presumed knowledge extends to “matters of common notoriety or knowledge” and “matters which an insurer in the ordinary course of his business, as such, ought to know”⁽⁹⁹⁾. This encompassed matters such as physical risks, including “lightning, hurricanes, earthquakes”, as well as political risks, such as the likelihood of conflict or peace. In the celebrated judgment on this subject already cited, Lord Mansfield said: “There are many matters, as to which the insured may be innocently silent. He needs not mention what the underwriter knows... The insured needs not mention what the underwriter ought to know; what he takes upon himself the knowledge of;... He needs not to be told general topics of speculation; as for instance- The underwriter is bound to know every cause which may occasion natural perils; as, the difficulty of the voyage- the kind seasons- the probability of lighting hurricanes, earthquakes, etc. He is bound to know every cause which may occasion political perils; from the ruptures of states from war, and the various operations of it. He is bound to know the probability of safety, from the continuance or return of peace; from the imbecility of the enemy, through the weakness of their counsels, or their want of strength”⁽¹⁰⁰⁾.

On the particular facts of *Carter v. Boehm*, the Court of King’s Bench held that the state and strength (or otherwise) of the fort was “in general well known, by most persons conversant or acquainted with Indian affairs”⁽¹⁰¹⁾. Indeed, having carefully reviewed the evidence, Lord Mansfield concluded: “The underwriter at London, in May 1760, could judge much better of the probability of the contingency, than Governor Carter could at Fort Marlborough, in September 1759”⁽¹⁰²⁾. This applied in particular to the likelihood of an attack by the French, which was held

(98) As a matter of first principles, the actual knowledge of the insurer should be treated in the same way as the actual knowledge of the insured. This topic is discussed at p.5 and following above.

(99) Arnould, op. cit., at p. 675

(100) *Carter v. Bohem* (1766) 3 Burr 1905,1910

(101) (1766) 3 Burr 1905, 1912-1913.

(102) (1766) 3 Burr 1905,1914.

to be a matter which the underwriter could more accurately assess than the Governor, thereby rejecting the second allegation of non-disclosure made in the case⁽¹⁰³⁾.

In *North British Fishing Boat Insurance Co., Ltd. v. Starr*⁽¹⁰⁴⁾ an insurance company claimed on a reinsurance policy in respect of a motor fishing vessel which was destroyed by fire. The reinsurer refused to pay the claim on the ground that the company had not disclosed a material fact, viz. that there had been an exceptional increase in the number and amount of fire losses among motor fishing vessels insured by the company.

Rowlatt, J., held that the defence failed because under s. 18(3)(b) of the Marine Insurance Act 1906 the assured was under no duty to disclose facts which the insurer knew or ought to know. In the present case the reinsurer ought to know the losses which were taking place in motor fishing vessels.

His Lordship observed:⁽¹⁰⁵⁾

“I must look at the underwriter in this case as a person doing the business of insuring ships and as necessarily conversant with the course of losses affecting particular classes of ships. What he is not bound to know in the ordinary course of his business are particular circumstances specially affecting ships or lines of ships, and specially affecting some limited number of ships.

In my judgment this action must succeed and the defence fails, because I think that whether motor boats fishing round the coast of England as a whole are or are not suffering losses making a particular premium worth while taking is a matter which the underwriter ought to find out, or is supposed to know, because it is his business to know that class of thing, and, therefore, the assured is not bound to go into these matters or disclose these matters when he comes with his business.”

In *St. Margaret's Trust, Ltd. v. Navigators and General Marine Insurance Co Ltd*⁽¹⁰⁶⁾, the insurance company knew the age, type,

(103) (1766) 3 Burr 1905,1916.

(104) (1922), 13 Ll.L. Rep. 206, K.B.D.

(105) Ibid., at p. 210.

(106) (1949), 82 Ll.L. Rep. 752, K.B.D.

condition and agreed value of a ketch, and the intended manner in which she was going to be laid up. Morris, J., held that it was unnecessary for the assured to describe the neglected state of her topsides caulking.

The learned Judge observed:⁽¹⁰⁷⁾

“In the present case, the defendant company had insured this craft when she was owned by the Hardway Company. They had insured her without survey when she was in a mud berth at Fareham Creek, and they had insured her without survey after she was moved to deep water moorings at Gosport. When asked for a quotation assuming that the craft was to be used as a houseboat they said: ‘Our quotation then is 2 per cent, provided that there is a satissurvey on the underwater part of the hull and the moorings.’ Afterwards the defendants were told that the quotation was not sought for the craft to be used as a houseboat, but it was sought for her when in mud berth and for a time when she would be out of commission, during which time she would be worked on by Mr. Griffin, who was an experienced man in connection with yachts. The defendants knew that the *Vishela* was an old craft; that she was 43 years old.”

In *Bates v. Hewitt*⁽¹⁰⁸⁾ the court expressed the proposition that it is not enough for the assured to show that the particulars supplied by the assured, coupled with the underwriter’s previous knowledge, would, if the underwriter had given sufficient consideration to the subject, have brought to his mind the material fact not communicated. He must establish that the facts not disclosed were present to the insurer’s mind at the time he underwrote the policy. The facts of the case were as follows: a policy was effected in 1864 on a vessel which had been a confederate cruiser in the years 1863 and 1864, and which afterwards was dismantled and sold to the plaintiff. The vessel had been notorious to the British public at the time she was cruising, and after she had been laid up in Liverpool had been the subject of comment in the London newspapers and in the House of Commons. The defendant, one of Lloyd’s underwriters, had been cognisant of all this; but at the time that the risk was proposed to him nothing revived his recollection of these things,

(107) *Ibid.*, at p. 762.

(108) (1867) L.R. 2 Q.B. 595.

and it did not occur to him that this might be the Confederate cruiser. Under these circumstances the jury found that the defendant was not aware that the vessel he was underwriting was the Confedecruiser, but that at that time he had abundant means from the particulars to be found in the slip of identifying the ship. The court held that the previous knowledge possessed by the defendant did not release the plaintiff from the duty of disclosure⁽¹⁰⁹⁾.

Further, it was laid down in the same case that where a fact is a matter of inference, and the materials for informing the judgment of the underwriter are common to both parties, the party proposing the insurance is not bound to make any communication on the subject. And this principle was applied in the case of *Gandy v. Adelaide Insurance Co*⁽¹¹⁰⁾. the facts of which were as follows: The plaintiff was the owner of a vessel, which was classed in Lloyd's register in November, 1865, as A.1. for seven years. In order to retain that position it was required to undergo a half-time survey in the fourth year, the result of which was reported to the committee. If the survey was satisfactory to the committee, the ship retained her class and the letter "H.T." with the date of the survey were placed opposite to the entry of her name. On the 23rd of October, 1869, the plaintiff informed Lloyd's survey that he would not continue the vessel in Lloyd's register. On the 28th October the plaintiff's agent asked the defendants at what rate they would insure the vessel. After having seen that the vessel stood as A.1., the latter gave the current rate of insurance as of a ship so classed, and on the 15th November the ship was initialed for insurance. On the 16th of November the ship was struck out of Lloyd's register, and subsequently she was lost. In an action for recovery the defendants pleaded non-disclosure. The jury found that the fact that the plaintiff had resolved not to continue the ship on the register, and had so stated to the surveyor was not material. The Court of Queen's Bench declined (Cockburn C.J., dissenting) to say that this finding was wrong because the underwriter ought to have seen from

(109) It has also been held in the Supreme Court of the United States, that the assured cannot excuse his omission to disclose material facts by showing that they were actually known to the underwriter, unless the knowledge of the latter was as full and particular as his own. *Sun Mutual Ins Co v. Ocean Ins Co* 107 U.S. 485 (1882).

(110) (1871), L.R. 6 Q.B. 746.

the entry in the register that the time for the survey had passed, and that no survey had been held. Cockburn C.J., however, thought that this fact was material. The refusal to submit to the survey, he said, led fairly to the inference that the owner was conscious that the condition of the vessel had so far deteriorated that the result of the survey would be unfavourable. The Chief Justice refused to apply the rule which he had laid down in *Bates v. Hewitt*⁽¹¹¹⁾ on the ground that the fact which was not disclosed was “a matter of positive knowledge to the party proposing the insurance, and only matter of possible inference, from very imperfect materials, to the underwriter”; for it was proved that vessels were suffered to remain as of their former class though the half time had expired and no fresh survey had been held.

Although the underwriter is presumed to have knowledge of a general nature on such matters as those just mentioned above, he cannot be expected to carry in his head a detailed knowledge of every item of intelligence that might be available to him concerning every particular vessel, unless, of course, the casualty to the vessel in question is of such importance as to have achieved common notoriety. However, the assured is expected to have knowledge of matters relating specifically to his own business⁽¹¹²⁾.

2.3.2. Circumstances tending to diminish the Risk

The insurer has no ground of complaint because he is not informed of a circumstance which diminishes the risk⁽¹¹³⁾. In *Carter v. Boehm*⁽¹¹⁴⁾- Lord Mansfield illustrated this point when he said:⁽¹¹⁵⁾ “The underwriter needs not be told what lessen the risk agreed and underto be run”. Thus, to take the instances furnished by his lordship: “If the underwriter insures for three years, he needs not be told any circumstances to show it may be over in two; so if he insured a voyage, with liberty of deviation, he needs not to be told what tends to show there will be no deviation.”

(111) (1867) L.R. 2 Q.B. 595

(112) See *Morrison v. Universal Marine Insurance Co.*(1873), L.R. 8 Exch. 197.

(113) Although a circumstance which diminishes the risk need not be disclosed under s. 18(3)(a) it may still be material within the meaning of s 18(2): *PCW Syndicates v. PCW Reinsurers* [1996] 1 All ER 774, [1996] 1 WLR 1136, CA.

(114) (1766), 3 Burr. 1905.

(115) *Ibid.*, at p. 1910.

2.3.3. Circumstances as to which Information is waived by the Insurer

If the assured satisfies the requirements of the contract by acting honestly in his disclosures, and by showing an endeavour to treat the insurer fairly, he will not be held responsible for not explicitly disclosing a fact which afterwards turns out to be material, if the information which he has given discloses sufficiently to warn the insurer that such a fact existed. Section 18(3) (c) of the MIA 1906, provides that the assured needs not disclose any circumstance as to which information is waived by the insurer. The Act codifies, therefore, the law as it was already laid down by Lord Mansfield in *Carter v. Boehm*⁽¹¹⁶⁾ where his lordship said:⁽¹¹⁷⁾

“The insured needs not mention what the underwriter ought to know, what he takes upon himself the knowledge of, or what he waives being informed of.”

Further, his lordship illustrates as follows the application of the principle:

“If an underwriter insures private ships of war, by sea and on shore, from ports to ports, and places to places, anywhere- He needs not be told the secret enterprises they are destined upon; because he knows some expedition must be in view; and, from the nature of his contract, without being told, he waives the information”.

The reason is that where from the facts communicated a reasonable insurer could infer the existence of other facts non-disclosed, the fact that he abstained from asking more details implies that he needs not be further informed on the point in question

As an example of the waiving of information by the underwriter the case of *Asfar & Co. v. Blundell*⁽¹¹⁸⁾ may be referred to. The plaintiffs were charterers of the steamer *Govino* for a lump sum freight, and effected an insurance with the defendant underwriters 'on profit on charter,' but the latter were not informed whether the vessel had been chartered for a lump sum or at a tonnage rate. The *Govino* loaded a cargo, largely consisting of dates, in the Persian Gulf for London, and was sunk by collision in the

(116) (1766), 3 Burr. 1905.

(117) *Ibid.*, at p. 1910.

(118) [1895] 2 Q.B. 196.

Thames. The dates were condemned as unfit for human food, and were sold and exported for distilling purposes. The 'profit on charter' having thus been totally lost, no freight being payable in respect of the dates, the plaintiffs sued the defendant underwriters to recover a total loss under the policy. The defendants pleaded that there had been a concealment of a material fact - that they ought to have been informed by the plaintiffs that the charter was for a lump sum and not at a tonnage rate. Mathew J., held that the plaintiffs were entitled to recover for a total loss. 'I am not satisfied,' said his Lordship, 'that there was any concealment in point of fact. But even if there had been no disclosure the point would be disposed of by reference to the principle that underwriters need not be given information which they waive. Here the underwriters, if they wanted to know about the provision of the charter-party, should have asked for information.' This decision was affirmed by the Court of Appeal and in the course of his judgment, Lord Esher M. R. said:

'The rules applicable to concealment in the contract of insurance ought to be well known. The assured is bound to disclose every material fact within his knowledge which is not fairly to be taken as being within the knowledge of the underwriter, and if he fails to do so he is guilty of concealment. But for years it has been established that the assured is not bound to enter minutely into every material fact which he is bound to disclose. If sufficient is disclosed with regard to a material fact to enable an underwriter to ask for further information, if he wants it, that is enough. Here the plaintiffs informed the underwriters that there was a charter-party, because the subject-matter of insurance was the difference between the charter freight to be paid by the plaintiffs to the owners and the bills of lading freight which the plaintiffs were to get. In effect, all the circumstances were disclosed, for the assured were clearly saying, "We want to make a profit on this charter." Having told the underwriters so much, the assured did not mention whether the charter freight was a lump sum or at a tonnage rate. As I have said, it was almost certain that it was a lump sum freight, and the underwriters could have had immediate knowledge on the point by asking. If they wanted to know they ought to have put the question. According to the rules I have mentioned, there was sufficient disclosed to them by the plaintiffs, and Mathew

J. was justified in holding as he did. There is no new law in the case. It deals with well principles of insurance; it has been decided by an experienced Judge, and there is nothing wrong in his decision.'

Waiver was also raised as a defence to a plea of non-disclosure by the assured in the following cases:⁽¹¹⁹⁾

In *Mann, MacNeal & Steeves v. Capital and Counties Ins Co*⁽¹²⁰⁾ a wooden vessel was insured for a voyage from the United States to France and return. The vessel was lost by fire on its return voyfrom France to the United States. The Underwriters defended on the ground of non-disclosure of the fact that the vessel was carrying as part of its cargo 100,000 gallons of petrol in 2,500 drums. The evidence indithat the carriage of petrol in drums was not an unusual occurence in trade from the United States to France and that the vessel normally would carry petrol and oil for its own engines.

Greer, J., in the court of first instance, held that there had been non-disclosure of a material fact and gave judgment for the underwriters. In the Court of Appeal, Bankes, and Atkin, L.J., whilst refraining from overruling this finding of Greer J. held that the requirement of disclosure had been waived. "I do, however, consider" said Bankes, L.J., "that the appellants are entitled to succeed upon either of two grounds with which the learned Judge does not deal. In the first place, I think that the evidence as to the practice in relation to the non-disclosure of the

(119) See *Property Ins. Co., v. National Protector Ins. Co.*, a reinsurance policy effected "subject without notice to the same clauses and conditions as the original policy". Scrutton J., held that, by the words "without notice", the reinsurer waived information as to an unusual clause of which he ought otherwise to be informed. In *Cantiere Meccanico Brindisino v. Janson* [1912] 3 K.B. 452, C.A. a floating dock in tow of two tugs was insured for a voyage from Avonmouth to Brindisi. The policy contained a clause stating "seaworthiness admitted". The dock was lost on the voyage and the assured claimed for a total loss. The insurers refused to indemnify the assured on the ground that there had been a failure by them to disclose a material fact, viz. that the dock had not been specially strengthened for the voyage. The Court of Appeal held that the action succeeded. The insurers, by the use of the clause "seaworthiness admitted", had waived any duty on the assured's part to disclose the want of special strengthening. Again, in *The Bedouin* [1894] P.1. there was an insurance on chartered freight. The "slip" stated "Freight chartered and/or as if chartered on board or not on board one-third diminishing each month". This showed the insurer that he was insuring "time chartered freight". It was held that the insurer had waived information as to the fact that such a charter-party contained the usual "off-hire" clause.

(120) (1920), 124 L.T. at p. 780.

character of cargo when effecting a policy on hull does not only justify, but requires, the court to hold that an underwriter waives any information in relation to what may be fairly described as a parcel of ordinary cargo of lawful merchandise, which this parcel was. In the second place, I think that the plea of waiver can be supported on the ground indicated by Lord Esher, M.R., in *Asfar v. Blundell*, where in dealing with the question of concealment he says: 'But it is not necessary to disclose minutely every material fact; assuming that there is a material fact which he-the assured-'is bound to disclose, the rule is satisfied if he discloses sufficient to call the attention of the underwriters in such a manner that they can see that if they require further information, they ought to ask for it.' In my opinion the disclosure in the present case that this vessel was a wooden vessel with auxiliary motor engines was a disclosure of the fact that it was proposed to carry cargo from the United States to France in a vessel specially and dangerously liable to fire damage, and that such a disclosure was, within Lord Esher's language, a sufficient disclosure to put the underwriter on inquiry."

In *Garnat Trading and Shipping (Singapore) Pte Ltd and another v. Baominh Insurance Corp*⁽¹²¹⁾ the second plaintiff (Vinashin) wished to purchase a floating dock and workshop for commercial use in Vietnam. The first plaintiff (Garnat), acting as a broker, identified a floating dock for sale in Vladivostok. It was agreed that the first plaintiff would purchase the floating dock from its owners, and sell it to the second plaintiff. The first plaintiff was to arrange for modifications to the dock, to make it ready to be towed from Vladivostok to Vietnam, and sell it to the second plaintiff in a seaworthy state ready for towing. A towage plan was made for the voyage, which was approved by a classification society, and insurance for the voyage was provided by the defendant insurer on the basis that the towage plan had been so approved. During the negotiations over the terms of the insurance, the draft policy had contained an express towage plan warranty, but that was removed from the final form of the policy as the insurer was satisfied that the classification society had inspected and approved the technical content of the towage plan. While the dock was being towed to Vietnam, it sank in rough seas. The plaintiffs

(121) [2011] 1 All ER (Comm) 573.

sought to recover under the insurance policy, but the insurer refused to pay on, inter alia, the ground that the plaintiffs had failed to disclose, under s.18 of the Marine Insurance Act 1906, documents that formed part of the towage plan, which had concluded that sea towage was permissible only in conditions up to a wave height of 3.5 metres.

Christopher Clarke, J., held that the defence of non disclosure failed. On the evidence, there had been actual disclosure of the information which the insurer complained was not told to it. The disclosure constituted a fair presentation of the risk and included the wave height limit. Alternatively, disclosure of the information was not required, as a reasonable underwriter of floating docks would have known that the towage of the dock would be subject to some limitations regarding wave height (although not the precise limitations for the particular dock),

The practice of underwriters, however, in accepting risks or not making inquiries on particular points cannot affect the duty of the assured to disclose, or be received as evidence of waiver in any particular case. In short, waiver is not to be easily presumed. Thus, in *Greenhill v. Federal Insurance Co., Ltd*⁽¹²²⁾ celluloid was shipped from Halifax, Nova Scotia, to Nantes, and arrived in a damaged condition. When a claim was made under the policy, the insurance company repudiated liability on the ground that there had been non-disclosure of the fact that the celluloid had been previously carried from New York to Halifax on a very slow steamer, and that the cargo had been exposed to rough weather on deck and had been left on an open quay on arrival at Halifax. It was held by the Court of Appeal that the pre-carriage of goods was a material fact and ought to have been disclosed. Accordingly, the insurance company was entitled to avoid liability. There had been no waiver of non-disclosure arising from the absence of inquiry by the company as to the manner in which the celluloid had been brought to Halifax.

Sargent, L.J., said:⁽¹²³⁾

“But it is said that here there was, within s. 18, sub-so (3), sub-head (c), a waiver by the insurer of information as to the previous history of

(122) (1926), 135 L.T. at p. 253.

(123) *Ibid.*, at p. 253.

the goods so far as pre-carriage was concerned, and this because such goods were known not to have originated in Halifax; that there must have been some pre-carriage, and that it was therefore for the insurers to make inquiries as to the circumstances of such pre-carriage. Had the pre-carriage necessarily or ordinarily involved incidents-vicissitudes—of the same character as those which occurred in the actual pre-carriage here, there would have been much in favour of this arguBut it is clear from the evidence that this is not so, and that the circumof the pre-carriage were so exceptional that they would necessarily be material and ought to have been disclosed. Indeed, the argument of the plainif pressed to its logical conclusion, would in almost every case negative mere non-disclosure as a defence, since in almost every case appropriate inquiries would have got behind the non-disclosure and have elicited the material circumunless indeed they had resulted in a positive mis-statement by the assured."

In his judgment Scrutton, L.J., endeavoured to settle certain limits in the plea of waiver, which otherwise would have entirely destroyed the obligation to disclose at all. He considered it to be of great importance that the general duty of disclosure should be maintained and not whittled away by alleged waiver. But he said:

"the way in which cargo is tendered may put the underwriter on inquiry. For instance, this celluloid shipment appears to have a variety of odd names- fiberloid, pyralin...I can conceive that if an underwriter is told, "I propose to ship pyralin," and does not ask, "what on earth is that?" he waives the disclosure to him of the ordinary qualities of puralin or fiberloid. But if any particular shipment of puralin or fiberloid has some peculiar quality which would not ordinarily follow from, or be disclosed by, saying "This is puralin," it seems to me that that is clearly a matter which ought to be disclosed".

In *Marc Rich (MR) & Co AG v*⁽¹²⁴⁾.MR brought an action against P, underwriters of a marine insurance policy. MR had instructed its brokers to obtain demurrage liability cover for its vessels. Cover was obtained with P but MR volunteered no information, nor did P request any, relating to the incidence of demurrage liability or their previous loss

(124) [1996] 1 Lloyd's Rep 430.

experience. It seems that the broker did not regard it as part of his responsibility to volunteer information about the plaintiff's claims experience. A substantial claim arose and P denied liability on the ground that MR had not disclosed the relevant information concerning loss experience. MR argued that (1) P must be presumed to have known about the likely delays at the ports for which the demurrage insurance was sought, it being a matter of common knowledge; (2) that P, on his own admission, knew there was a fundamental requirement to ask for the loss record which he did not do, that he should have been on inquiry, and his failure to inquire implied waiver of the duty to disclose and (3) that P had not discharged the burden of showing inducement by the non-disclosure.

Longmore, J., held that the broker's presentation of the risk, which made no reference to the demurrage claims experience, which revealed extensive losses, could not be a fair presentation of the risk. MR appealed.

The Court of Appeal⁽¹²⁵⁾ held, dismissing the appeal, that (1) the information regarding the appellant's loss experience was not a matter of common knowledge and was not, therefore, something the insurer could be presumed to have known without that information being disclosed by the appellant; (2) waiver of the necessity for disclosure could not be imputed from the underwriter's failure to question the appellant's loss experience, distinguished and (3) the evidence of the expert underwriters was that the appellant's losses were so serious that the risk would have been uninsurable, and that had the information been disclosed to the underwriter, despite his imprudence, he would probably have investigated further, and the risk would have been written on different terms.

The question of waiver has been clearer recently in the case of *C.T.I. v. Oceanus*⁽¹²⁶⁾, the brokers relied in their presentation of the risk on summaries which they had prepared of expiry rates under earlier policies. The rates were mis-stated in every instance, and certain rates had been omitted; it was held by Kerr, L.J., that there was nothing which could reasonably be said to have put the underwriters on notice of those errors and omissions; the fact that the broker had the full placing file with him containing lengthy policy documents from which (if they had studied

(125) *Glencore International AG v. Portman* [1997] 1 Lloyd's Rep 225 (CA).

(126) [1984] 1 Lloyd's Rep. 476.

them) the underwriters could have ascertained the correct expiry rates could not be treated as giving rise to any question of waiver. The proper test, as stated by Kerr, L.J., is as follows:

“the principle is that if a certain fact is material for the purposes of ss.18(2) and 20(2) so that a failure to draw the underwriter’s attention to it distorts the fairness of the broker’s presentation of the risk, then it is not sufficient that this fact could have been extracted by the underwriter from material to which he had access or which was cursorily shown to him. On the other hand, if the disclosed facts give a fair presentation of the risk, then the underwriter must ask if he wishes to have more information.”

Then after discussing *Asfar v. Bhundell*⁽¹²⁷⁾ Kerr, L.J., stated:

“The doctrine of waiver cannot be applied to undisclosed facts which are unusual or special, so that their non-disclosure distorts the presentation of the risk. In such cases, the underwriter is not put on enquiry about the existence of any such facts.”⁽¹²⁸⁾

2.3.4. Circumstances covered by a Warranty

In the absence of inquiry the assured needs not disclose any circumstance which is superfluous to disclose by reason of any express or implied warranty. The reason for this being that all warranties, whether express or implied, must be strictly complied with, and if they are not so complied with the underwriter is discharge from liability. Thus, the MIA 1906, provides that “in a voyage policy there is an implied warranty that at the commencement of the voyage the ship shall be seaworthy for the purpose of the particular adventure insured”, and consequently the assured needs not make any disclosure of information relating to the ship’s unseaworthiness when she sailed, because if she did not start on her voyage in a seaworthy condition, the insurer would not be liable⁽¹²⁹⁾. It is,

(127) [1896]1 Q.B. 123.

(128) [1984] 1 Lloyd’s Rep. 476 at 498.

(129) *Schoolbred v. Nutt* (1782) 1 Park’s Marine Insurances (8th Edn) 493; *Haywood v. Rodgers* (1804) 4 East 590; *Beckwith v. Sydebotham* (1807) 1 Camp 116; *Gunford Ship Co Ltd v. Thames and Mersey Marine Insurance Co Ltd* 1910 SC 1072 (revsd, but not on this point, sub nom *Thames and Mersey Marine Insurance Co Ltd v. Gunford Ship Co Ltd*, *Southern Marine Mutual Insurance Association v. Gunford Ship Co Ltd* [1911] AC 529, HL) (qualification of master; it was held that neither his name nor his previous history were in ordinary circumstances, or in the circumstances of that case, material to be disclosed). In *Boyd v. Dubois* (1811) 3 Camp 133 =

however, otherwise in the case of a time policy⁴, where there is no implied warranty of seaworthiness⁵. Thus, in *Russell v. Thornton*⁽¹³⁰⁾ a time policy on a ship was effected on the 19th of January. On the 15th the assured had received a letter from the captain informing him that the vessel had been ground on the 2nd of January, and had sprung a leak, and was forced to go into port for repairs. The Court of Exchequer held that the non-communication of these facts avoided the policy.

It is to be noticed that in a voyage policy the effect of the words “seaworthiness admitted” is that the insurer cannot dispute the seaworthiness, unless it is proved that the assured knows any material circumstance within the meaning of the Marine Insurance Act 1906; but it has been held that, where the nature of the insured vessel is such as to raise a doubt as to its seaworthiness, the defence of concealment fails inasmuch as the assured has put the insurer on inquiry as to its construction, and the latter may investigate if he thinks further information is required.

2.3.5. Matters contained in Lloyd's List

It was one time held that the underwriter was presumed to have knowledge of the contents of Lloyd's List. In *Friere v. Woodhouse*⁽¹³¹⁾ Burrough, J., said: “what the underwriter, by fair inquiry and due diligence, may learn from the ordinary sources of information need not be disclosed”. However, this knowledge was not deemed to extend to contents of the foreign lists filed in the reading room.

= the insurers claimed to avoid the policy, which was on cargo, on the ground that the fact that the cargo had been damaged had not been disclosed to them. Lord Ellenborough C.J., said that the assured was ‘not bound to represent to the underwriter the state of the goods’. This observation was doubted in *Carr v. Montefiore* (1864) 5 B & S 408 at 423, and cannot now be regarded as authority for the general proposition that a person insuring cargo is never bound to disclose the condition of the goods; see *Greenhill v. Federal Insurance Co Ltd* [1927] 1 KB 65, CA. Probably the true view is that any unusual circumstances relating to the cargo must be disclosed, but that the assured is not bound to point out to the insurer the consequences which naturally follow from the facts which he discloses unless the insurer inquires as to those consequences; *Greenhill v. Federal Insurance Co Ltd* supra at 84 per Scrutton LJ; and see *Cantiere Meccanico Brindisino v. Janson* [1912] 2 KB 112 at 115 per Scrutton J (affd [1912] 3 KB 452, CA).

(130) (1859), 4 H. & N. 788.

(131) 1817, Holt N.P. 572

But it is now considered unreasonable to expect the underwriter to have knowledge of all facts disclosed in Lloyd's lists relating to all the ships there. In *Morrison v. Universal Marine Insurance Co*⁽¹³²⁾ the defendants were subscribers to Lloyd's and the entry found in the Liverpool Mercury newspaper had first appeared in Lloyd's List, where, however, their underwriter did not discover it until after he had initialled the slip; and as the broker, admitting his own knowledge of the entry, had taken upon himself to make no mention of it, this failure to disclose defeated the policy. Upon the point here under consideration, Bramwell B., said: 'It is impossible to say that there is any rule of law or any principle of authority which affects the underwriter with knowledge of what is contained in Lloyd's Lists. No doubt some knowledge may be assumed in the underwriter-what, I will not attempt to define or describe; though I agree with what was thrown out by my brother Cleasby in the course of the argument, that the matters he must take knowledge of are matters of general knowledge, not matters relating to any particular ship. But to hold that the underwriter is bound to carry in his head all that is contained in Lloyd's Lists relating to a ship in which he has no interest, rather than to hold the owner of the ship bound to disclose it, would be to put a difficult and useless burden on the underwriter, while the opposite view puts no difficulty at all in the way of the owner.'

This view of the law thus expressed by Bramwell B. was concurred in by the other members of the Court of Exchequer.

The decision in *Morrison v. Universal Manne* was cited and applied by Colman, J., in *The Grecia Express*⁽¹³³⁾ Colman, J., concluded, therefore, that a proposer for insurance is not entitled to presume that an underwriter will carry around in his head previous casualties with which he was not concerned and be in a position to relate that information to a new risk proposed. That being so, coupled with a delay of 18 months between the previous casualty and the placing of the new risk, the previous casualty (and specifically that the insured was concerned in the charter of the previous vessel) could not be said to be a matter of common notoriety or knowledge. This decision demonstrates that issues

(132) (1872) L.R. 8 Ex. 40; on appeal (1873) *ibid.* 197

(133) [2002] 2 Lloyd's Rep. 88 at 135.

of this kind are to be decided on their own particular facts and in the modern context in which they arise.

2.3.6. Usage of Business

Section 18(3)(b) of the MIA 1906, provides not only circumstances known to the insurer but matters of common notoriety or knowledge, and matters which an insurer in the ordinary course of his business, as such, ought to know, need not be disclosed.

It follows that the underwriter is presumed to know the usual practice of the trade which may operate upon the subject-matter of the insurance. In *Noble v. Kennoway*⁽¹³⁴⁾ it was held that an insurer is bound to know the nature and peculiar circumstances of the branch of trade to which the policy relates; “every underwriter”, Lord Mansfield said, “is presumed to be acquainted with the practice of the trade he insures, and that whether it is established, or not. If he does not know it, he ought to inform himself”. Thus, in *Vallance v. Dewar*⁽¹³⁵⁾ it was held that the assured is not bound to communicate the usage of the Newfoundland trade according to which ships upon their arrival at the coast are either employed for some time in fishing (called banking) or they make an intermediate voyage in the American seas before beginning to take in their homeward cargo.

Again the underwriters are bound to take notice either of a usual mode of loading in a particular trade, or the usage that certain goods are properly carried on the decks of ships, or the usual course of landing the goods insured, such as transshipment on board the shallows.

But, the insurer is not deemed to know the contents of a casualty slip relating to a vessel which at the time he receives the information would have had no interest to him at all. Thus, in *London General Insurance Co., Ltd. v. General Marine Underwriters' Association, Ltd*⁽¹³⁶⁾ the plaintiffs on September 24 insured “lost or not lost” the cargo of a vessel which was on a voyage from Italy to the United Kingdom. On the evening of that day she put into port with her cargo on fire. Notice of the fire was posted on the casualty board at Lloyd's on September 25 at 10 a.m. At about 4

(134) (1780) 2 Roug. 511.

(135) (1809) 1 Camp. 503

(136) [1920], 124 L.T. 67, C.A.

p.m. on that day the plaintiffs effected a reinsurance policy on the cargo “lost or not lost” with the defendants. Neither the plaintiffs nor the defendants knew of the casualty at the date of effecting the reinsurance. The plaintiffs claimed for a loss under the reinsurance policy, but the defendants contended that the occurrence of the fire should have been disclosed to them, and that consequently they were not liable. The plaintiffs, however, maintained that since the defendants ought to have known in the course of their business the contents of casualty slips, this was a circumstance which they were not bound to communicate to them. The Court of Appeal held that the defendants were not deemed to know the contents of casualty slips about a vessel which, at the time they received the information, would have had no interest to them at all, and that therethe plaintiffs’ contention failed.

Lord Sterndale M.R., said:⁽¹³⁷⁾

“There remains another point, and that is this: It is said that if that is true of the plaintiffs it is equally true of the defendants, and as they ought to have known in the course of their business the contents of the casualty slips it was a circumstance which the plaintiffs were not bound to communicate to them. The learned Judge has taken the view-again I do not see my way to differ from it-that the defendants were not upon the risk in the *Vigo*. I think that is right, and he has then taken this-that you could not expect the defendants, supposing they had looked at the casualty slips, to have present to their minds always the information about a vessel which at the time they got the information, if they did get it, would have had no interest to them at all.”

One of the issues⁽¹³⁸⁾ in *Piper v. Royal Exchange Assurance*⁽¹³⁹⁾ was whether the insurers should have known any facts material to the actual value of a yacht, which was excessively overvalued to the knowledge of the assured. When she was damaged by fire, the insurers sought to disclaim liability on the ground that the assured was guilty of non-disclosure of material facts, but the assured contended that he was

(137) (1920), 124 L.T. at p. 70

(138) Another issue was whether the assured knew that the yacht was excessively overvalued. AS to this aspect of the case see p. 25

(139) (1932), 44 Ll.L. Rep. 103, K.B.D.

excused from disclosing them by reason of s. 18(3) (b) of the Marine Insurance Act 1906.

Roche, J., held that the facts were not deemed to be known to the insurers, and that the assured's contention failed. He observed:⁽¹⁴⁰⁾

“With regard to that, various comments have been made, and perhaps I have made some of them, on the organisation of the defendants' business. The fact

is that some things are known to one department which are not known to another, and some things were not known to people who were underwriting the later insurance which might well, under a better business organisation-which, I understand, has now been introduced-have been known to them, but they were not the facts which I have found ought to have been the subject-matter of disclosure on this occasion. They knew from the reports which they had received both from the voyage damage and in respect of the stranding damage that there were defects in this ship which would affect her value. Of course, she was not valued at the value of a new ship, which would be many times more than £2,500, and there was little to show that a number, at any rate, of those defects of which they had been made aware were not remedied by subsequent repair, and certainly what they did not know was of the progress of the deterioration on board the ship, evidenced by her manifest unsaleability and evidenced by the resolution of the plaintiff himself to make the best he could of her for himself, whatever that might be, instead of continuing to put her upon the market. I am not saying, and it was never contended on the part of the defendant that those were facts which ought to have been disclosed *eo nomine* or specifically to the underwriters, but what was said was that this deterioration and these facts with regard to her value were matters which were known to the assured and were not known to the underwriters. I think that is true, and, therefore, I hold that the plaintiff is not saved by the provisions of s. 18(3) (b) of the Marine Insurance Act 1906.”

It is submitted that to dispense with communication of anything done according to usage, such usage must be notorious and uniformly established among all merchants in the branch of trade under

(140) Ibid., at p. 120.

consideration. In *Glencore International AG v. Alpina Insurance Co Ltd*⁽¹⁴¹⁾ Moore-Bick, J., said⁽¹⁴²⁾:

“[W]hen an insurer is asked to write an open cover in favour of a commodity trader he must be taken to be aware of the whole range of circumstances that may arise in the course of carrying on a business of that kind. In the context of worldwide trading the range of circumstances likely to be encountered is inevitably very wide. That does not mean that the insured is under no duty of disclosure, of course, but it does mean that the range of circumstances that the prudent underwriter can be presumed to have in mind is very broad and that the insured’s duty of disclosure, which extends only to matters which are unusual in the sense that they fall outside the contemplation of the reasonable underwriter familiar with the business of oil trading, is correspondingly limited. It also means that the insured is not bound to disclose matters which tend to increase the risk unless they are unusual in the sense just described.”

2.3.7. Usual Clauses in mercantile Contracts

where there is a general and commonly known practice to insert a certain clause in a particular kind of mercantile contract, the assured is entitled to assume that the underwriter knows that the contract may contain that clause, and therefore needs not inform him of this fact, although the clause may tend to increase the risk⁽¹⁴³⁾.

Thus, time charters generally contain the so-called “off-hire” clause expressly providing for cessation of hire inasmuch as certain events prevent the working of the vessel for more than twenty-four consecutive hours. In *The Bedouin*⁽¹⁴⁴⁾ case a policy on chartered freight was effected, and, from the description of the ship, the insurer was sufficiently aware of the nature of the risk. As the clause in the charterparty was put into operation through the immediate action of the perils insured against, the Court of Appeal held the insurer liable for the loss, though he was not

(141) [2004] 1 Lloyd’s Rep. 111.

(142) [2004] 1 Lloyd’s Rep. 111.

(143) Arnould, op. cit., at p. 679

(144) [1894] P. 1; see also *Salvador v. Hopkins* (1765) 3 Burr. 1707, where it was held that the underwriter need not be told that a charterparty of the East India Company contained a clause entitling the company to keep the ship out in India for a year, there being a general usage of the East India trade to this effect.

told at the time of initialing the slip, that he was insuring freight under a time charter, containing the twenty-four hours' clause, this did not amount to non-communication of a material fact as this cesser clause is practically universal in a time charter.

Again where a ship was chartered at a lump freight and the charterers insured their 'profit on charter', the fact that it was agreed that a lump sum freight shall be paid, although material, needs not be communicated, provided that it had been sufficiently disclosed by a reference to the charterparty. The reason is, as the Court of Appeal said, that a clause for payment of a lump sum for freight is a usual clause in charterparties, and the obligation specifically to disclose the contents of a charter extends only to unusual clauses, the insertion of which the underwriters could not reasonably have anticipated⁽¹⁴⁵⁾.

2.3.8. Where the Insurer calls for Information

In the end of the discussion of the circumstances which the assured is not bound to communicate it is to be remarked that, as the MIA 1906, sets out, it is only "in the absence of inquiry" that the assured is discharged from the duty to disclose the matters enumerated, otherwise if information upon the subject be particularly called for, then he must disclose truly what he knows in respect required.

It has been suggested⁽¹⁴⁶⁾ that if an insurer shows an interest in matters which are not material within s.18 of the MIA 1906, s.17 requires the assured to disclose them fully and fairly. It would seem to follow from that proposition that the underwriter will have a right to avoid on the ground of nonof immaterial circumstances, which were the subject of a specific inquiry, although if he proceeds to write the risk without having received a response it can be envisaged that arguments as to waiver and as to the requirement of inducement might arise. It is not clear how far this principle should be taken. If an assured's failure to respond can be seen as fraudulent or dishonest, the availability of a right of avoidance presents no difficulty; it is clearly established that materiality needs not be shown where there is fraud. But in other circumstances, a doctrine

(145) *Asfar v. Blundell* [1896] 1 Q.B. 123. It has been held in the United States that underwriters are presumed to have knowledge of cancellation clauses in charterparties-*Roger v. Firemen's Ins Co*, 90 Fed.R. 310 (1898).

(146) *CTI v. Oceanus* [1984] 1 Lloyd's Rep. 476, per Parker LJ. at 512

which enables the underwriter unilaterally to extend the scope of the assured's duty appears harder to justify⁽¹⁴⁷⁾.

Kuwaiti Law

In Kuwaiti law there is no special provision relating to matters which need not be disclosed. Nevertheless, from the general principles of interpretation, we can deduce for instance that the rule of section 18(3)(a) of the MIA, 1906, releasing the assured from the duty to disclose any circumstance which diminishes the risk, is equally valid in the context of Kuwaiti law⁽¹⁴⁸⁾.

Again it is generally admitted that the assured is not bound to communicate facts of public notoriety which are presumed to be known or facts which the insurer must normally know.

Further, it is submitted that where the insurer may seek information but he does not he commits a fault, and consequently he is not entitled to plead non-disclosure⁽¹⁴⁹⁾.

3. THE DURATION OF THE DUTY OF DISCLOSURE

As the purpose of the duty of disclosure is to help the insurer to assess the risk, the duty of disclosure continues throughout the negotiation of the contract and ceases at the time when the contract is concluded⁽¹⁵⁰⁾. And according to s. 21 of the MIA 1906, "a contract of marine insurance is deemed⁽¹⁵¹⁾ to be concluded when the proposal of the

(147) Arnould, op. cit., p. 695.

(148) Sarkhoh, Y, op. cit., p.167.

(149) Sarkhoh, Y, op. cit., p.167

(150) MIA 1906, s.18(1).

(151) The presumption is, however, rebuttable. It may happen that the terms of cover are intentionally changed after the slip has been initialled. Two consequences follow. First, the duty of disclosure continues, until the contract is finalised (although in some cases the indorsement may be severable from the main contract, in which case it would appear that only the relevant indorsement would stand to be avoided by non-disclosure subsequent to the making of the original contract. Secondly, failure to disclose facts which are not material to the risk described in the policy would afford no defence to the underwriter, even though those facts were material to the risks described in the slip: see *British & Foreign Mar Ins Co v. Sturge* (1897) 77 L.T. 208; 2 Com. Cas. 244, where the alteration appears to have been intended by the broker, but not by the underwriter. If the alteration is made by mistake, the underwriter could in an appropriate case seek rectification of the policy to bring it into line with the slip and then seek to avoid the contract, but there was no claim to rectify in the case cited; see Arnould, op. cit., p. 579.

assured is accepted by the insurer, whether the policy be then issued or not⁽¹⁵²⁾. So any non-disclosure of facts made after the conclusion of the contract, will not entitle the underwriter to avoid the policy, for it did not influence him in accepting the risk. It follows that it is necessary to determine what constitutes such acceptance. The same section provides that "for the purpose of showing when the proposal was accepted, reference may be made to the slip or covering note or other customary memorandum of the contract (although it be unstamped)"⁽¹⁵³⁾. The initialing, therefore, of the slip⁽¹⁵⁴⁾ concludes the contract and subsequent non-disclosure has no effect upon the policy⁽¹⁵⁵⁾.

In *Niger Co., Ltd. v. Guardian Assurance Co., Ltd.*⁽¹⁵⁶⁾ which concerned a loss of goods stored in a warehouse at Burutu whilst in transit from the United Kingdom to Africa and from Africa to the United Kingdom, an excessive accumulation of goods occurred there due to the difficulty of getting shipping space. The policy was effected in

(152) MIA 1906, s.20(1)

(153) MIA 1906, s.21.

(154) In *Berger and Light Diffusers Pty Ltd v. Pollock* [1973] 2 Lloyd's Rep 442, an insurance was accepted under an open cover on a 'cross slip', to be supplemented by further information. It was held there was a continuing duty of disclosure between the date of 'cross slip' and the 'singing slip'.

(155) *Cory v. Patton* (1872) LR 7 QB 304; *Lishman v. Northern Maritime Insurance Co* (1875) LR 10 CP 179, Ex Ch; and see *Ionides v. Pacific Insurance Co* (1871) LR 6 QB 674 (affd (1872) LR 7 QB 517, Ex Ch). The fact that the contract was concluded by the slip being initialled subject to ratification by the assured, and that the matter concealed came to his knowledge before the issue of the policy, makes no difference: *Cory v. Patton* (1874) LR 9 QB 577, following *Hagedorn v. Oliverson* (1814) 2 M & S 485. This accords with the MIA 1906 s 86. Where, however, a broker is instructed to effect a policy on goods and by mistake effects one on the ship, and the insurer afterwards agrees to a rectification of the policy, the broker is bound to disclose a material fact which has come to his knowledge between the execution of the policy and its rectification, for the insurer is under no obligation to make the alteration, and by doing so he is really making a new and distinct insurance: *Sawtell v. Loudon* (1814) 5 Taunt 359. If, on the other hand, the policy does not correspond with the slip to which the insurer has assented, so that it is his duty to correct the error, the alteration does not make a new contract, but merely declares the true meaning of that already concluded, and there is no necessity to disclose the information acquired after the making of the contract: 2 Duer on Marine Insurance 428. It seems that if the contract is varied between the initialling of the slip and the issue of the policy, matters material to the variation, and those only, must be disclosed when the variation is made: see *Lishman v. Northern Maritime Insurance Co* (1875) LR 10 CP 179 at 182, Ex Ch, per Blackburn J).

(156) (1922) 13 Ll. L.R. 75.

January 1916, and the accumulation occurred after that date. When they were sued under the policy, one of the defences pleaded by the insurers was that the assured should have disclosed the accumulation, and since no disclosure had been made, they could avoid liability under the policy.

It was held by the House of Lords that this defence failed, and that the claim under the policy succeeded, because there had been no non-disclosure, since non-disclosure was a matter which went only to the formation of the contract, and once the contract had been concluded no further disclosure was necessary⁽¹⁵⁷⁾.

Lord Summer observed:⁽¹⁵⁸⁾

“There remains the question of non-disclosure. The object of disclosure being to inform the underwriter’s mind on matters immediately under his consideration with reference to the taking or refusing of a risk then offered to him, I think it would be going beyond the principle to say that each and every change in an insurance contract creates an occasion on which a general disclosure becomes obligatory, merely because the altered contract is not the unaltered contract, and therefore the alteration is a transaction as the result of which a new contract of insurance comes into existence. This would turn what is an indispensable shield for the underwriter into an engine of oppression against the assured.”

If a statement made at the time of the policy is true, the fact that due to a change of plan on the part of the assured the statement subsequently becomes untrue does not entitle the insurer to avoid the policy, unless the

(157) The House of Lords in the *Niger* case relied heavily on the earlier authorities of *Cory v Patton* (1874) LR 9 QB 577, and *Lishman v. Northern Maritime Insurance Company* (1875) LR 10 CP 179, HL. In *Cory v Patton* (1874) LR 9 QB 577, goods were shipped and were, by the perils insured against, wholly lost. The insurer declined payment on the basis that a circumstance material to the risk was not disclosed, namely, that the goods on board had met with an accident and misfortune before the loss occurred. The court ruled that the slip is the complete and final contract binding upon the parties. Accordingly, whatever events may subsequently happen, the assured need not communicate to the underwriters material information which only came to his knowledge after the conclusion of the contract.

Similarly, in *Lishman v. Northern Marine Insurance Company* (1875) LR 10 CP 179, the assured failed to disclose the loss of the ship after acceptance of the risk by the insurer, but before issuing the policy. The court, applying *Cory v. Patton*, held that the concealment of the loss was not a concealment of a material fact so as to avoid the policy which had already been concluded.

(158) (1922) 13 Ll.L.R. 75.

change of plan is expressly prohibited by the contract. In *Willmott v. General Accident Fire and Life Assurance Corporation*⁽¹⁵⁹⁾ a motor boat, which was insured under a time policy, sank during a gale while lying at moorings off Anchor Head near Weston-super-Mare. When a claim in respect of a total loss was made by the assured, the insurers denied liability on the ground that he had not disclosed the fact that the vessel would be habitually moored off Anchor Head. When the policy was entered into, he had no intention that she should ever be moored anywhere except in Knightstone Harbour, and, in fact, she was not moved to Anchor Head until two months later.

Branson, J., held that this defence failed, and that the action succeeded. The change of plan as to mooring was made subsequent to the date of the policy, and such a change was not prohibited by the policy. Consequently the question of non-disclosure of that material fact did not arise.

He observed:⁽¹⁶⁰⁾

“The position with regard to that is this, that until some time after Whitsuntide, which happened in June, this policy having been entered into in April, there seems to have been no intention on the part of the plaintiff that the ship should ever be moored anywhere but in Knightstone Harbour. No doubt in June, when it was discovered that sometimes it shortened the period during which the vessel would be available for running passenger trips, moorings were put down in this Gut and afterwards the ship was very frequently moored there, but the fact that that state of things arose in June is nothing to do with the allegation that there was a failure to disclose the material fact in April.. It was not a fact in April that she was going to be moored off Anchor Head; that was simply something which came about at a subsequent time altogether. As I said in the course of the argument, had the defendants desired to make it a contractual obligation on the part of the plaintiff to keep his boat in Knightstone Harbour and noelse, they could have made a condition to that effect, but they did not, and the result is that though they may have complained if he had intended, when he gave his answers

(159) (1935), 53 Ll.L. Rep. 156, K.B.D.

(160) (1935), 53 Ll.L. Rep. at p. 158.

to the questionnaire, to keep this boat at Anchor Head and not at Knightstone Harbour—of course, they could have complained then—they cannot complain, if the answer was true at the time it was given, because a subsequent change of plans, which is not prohibited by the contract into which he has entered, has not prevented him from keeping her not inor indeed very often, at another and less safe mooring”.

Where, however, the underwriter issues the policy under protest, after he has received information that a material circumstance has not been disclosed, is not estopped from disputing his liability on the ground of such non-disclosure, merely because he has issued the policy. In *Nicholson v. Power*⁽¹⁶¹⁾ the defendant, an underwriter, signed a 'slip' effecting an insurance on the freight of a certain ship; at the time of his so signing plaintiff knew of, but did not communicate to defendant, a fact which the court held to be a material fact, which plaintiff was bound to communicate. The defendant subsequently, at a time when he was fully acquainted with this fact, signed a policy in conformity with the terms of the 'slip', but also at the same time wrote a letter of protest to plaintiff's brokers, declaring that he would resist any claim made under the policy: Held the policy was vitiated by the non-disclosure, and the action was not maintainable.

Kuwaiti Law

Kuwaiti law does not follow English law. The duty of disclosure should be observed throughout the contract. It is submitted that KMC 1980, articles 280 and 281⁽¹⁶²⁾ do not distinguish between non-disclosure made before and after the conclusion of the contract and that in the contract of insurance, which has a continuous character (without further qualification), the insurer is entitled to be informed inasmuch as the risk attaches.

(161) (1869), 20 L.T. 580.

(162) KMC 1980, article 281/1 provides (Free translation):

"The assured should notify the insurer of the material circumstances arise during the currency of the contract and which may increase the risk insured against within 3 days from the date he has come to know it, holidays excluded, and if he did not do so, the insurer may avoid the contract".

"على المؤمن له أن يخطر المؤمن بالظروف الجوهرية التي تطرأ اثناء سريان العقد ويكون من شأنها زيادة الأخطار التي يتحملها المؤمن، وذلك خلال ثلاثة أيام من تاريخ العلم بها بعد استبعاد أيام العطلة الرسمية، فإذا لم يقع الأخطار في الميعاد المذكور جاز للمؤمن فسخ العقد".

4. EFFECT OF NON-DISCLOSURE

MIA 1906, Section 18 is explicit as to the legal effect of the breach of the duty of disclosure; the contract 'may be avoided' by the insurer. Avoidance of the contract is the main, if not the sole remedy, for the breach of the duty of disclosure,⁽¹⁶³⁾ and in most cases where the insurer seeks for remedy, avoidance is an adequate and proper remedy. Many cases have decided that a failure on the part of the insured to observe the duty of disclosure renders the insurance contract avoidable at the option of the insurer⁽¹⁶⁴⁾. "The policy is equally liable to be avoided whether his failure is attributable to fraud,⁽¹⁶⁵⁾ carelessness⁽¹⁶⁶⁾, inadvertence⁽¹⁶⁷⁾, indifference,⁽¹⁶⁸⁾ mistake,⁽¹⁶⁹⁾ error of judgment,⁽¹⁷⁰⁾ or even to his failure to appreciate its materiality."⁽¹⁷¹⁾ In breach of the duty of disclosure, the policy is not avoided automatically. The insurer may either elect to avoid the policy or confirm it⁽¹⁷²⁾. The effect of avoidance is "total retroactivity",⁽¹⁷³⁾ which means that avoidance "terminates the contract, puts the parties in *statu quo ante* and restores things, as between

(163) Tuckey, J., at first instance, in *Star Sea* [1995] 1 Lloyd's Rep 651, remarked: Tuckey, J., [p667]"...the only specified remedy for such a breach is avoidance. The courts have held that damages cannot be awarded for such a breach (see *Banque Financiere de la Cite SA v. Westgate Insurance Co Ltd* [1990] 2 Lloyd's Rep 377)".

(164) *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905; *Bank Leumi le Israel BM v. British National Insurance Co* [1988] 1 Lloyd's Rep. 71.

(165) *Rivaz v. Gerussi* [1880] 6 QBD 222 C.A.).

(166) *M'Millan v. Accident Insurance Co* 1907 S.C. 484 per Lord Stormonth-Darling at 493; *Cantere Meccanico Brindisino v. Janson* [1912] 3 K.B. 452, (C.A.) per Fletcher Moulton L.J. at 469.

(167) *Abbott v. Howard* [1832] Hayes 381 (life insurance).

(168) *Bates v. Hewitt* [1867] 2 Q.B. 595, per Cockburn CJ at 60.

(169) *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905, per Lord Mansfield CJ at 109.

(170) *Elton v. Larkins* (1832) 5 C. & P. 385; *Morrison v. Universal Marine Insurance Co.* (1872) L.R. 8 Ex. 197, where the broker had made inquiries and satisfied himself that the information did not relate to the ship in question, though, as a matter of fact, it did.

(171) *Dalglish v. Jarvie* [1850] 2 M. & G. 231 at 243 per Rolfe B.; *Asfar & Co v. Blundell* [1896] 1 Q.B. 123, (C.A.) per Lord Esher MR at 129; *Bates v. Hewitt* (1867) L.R. 2 Q.B. 595; *Joel v. Law Union & Crown Insurance Co* [1908] 2 K.B.863, (C.A.) (life insurance).

(172) *Mackender, Hill and White v. Feldia A.G., Ch. Brachfeld and Sons S.A. and Diamil S.R.L.* [1966] 2 Lloyd's Rep. 449, per Lord Denning MR at 455.

(173) Malcolm A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 4th ed. (London: LLP, 2002) at para. 23-17C. If, however, the contract is avoided by reason of actual fraud on the part of the assured, whether committed by himself or his agent, there shall be no return of premium; and this principle is implied in ss. 84(1) and (3)(a) of the MIA 1906 (see Arnould, op. cit., at p. 166).

them, to the position in which they stood before the contract was entered into”⁽¹⁷⁴⁾. It follows that the insurer must return the premiums⁽¹⁷⁵⁾ and he is not liable for claims arising before the moment of avoidance; even if the insurer has paid the claim only after which he finds the breach of the duty of disclosure on the part of the assured, the insurer has the right to recover the compensation from the assured.

Kuwaiti Law

Articles 280 and 281 of *KMC 1980* purport to regulate a situation in which the assured is proven to have breached the duty of disclosure. The provisions differentiate between intentional non-disclosure and unintentional non-disclosure. If the assured has knowingly concealed important information prior or after the conclusion of the insurance contract, the insurer is entitled to avoid the contract, keep the premium paid, and refuse to indemnify any losses incurred before the avoidance of the contract. If the assured has unintentionally failed to disclose truthfully any important information to the insurer, the insurer is entitled to choose between avoiding the contract or demanding additional payment for the premium. If the insurer chooses to avoid the contract, he is liable for the loss incurred prior to the avoidance of the contract unless it can be proven that the undisclosed matter or information contributed to the occurrence of the insured risk or incident. In the second situation, the insurer's liability to indemnify the assured largely depends on the proof that the undisclosed information is relevant to the risk that caused the loss or damage concerned.

(174) *Abram Steamship Co v. Westville Shipping Co* [1923] A.C. 773, per Lord Atkinson at 781. In *Johnson v. Agnew* [1980] A.C. 367, House of Lords drew a clear distinction between rescission for breach of contract, which operates prospectively, and rescission for misrepresentation/non-disclosure, which operates retrospectively. See Malcolm A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, 4th ed. (London: LLP, 2002) at para. 23-17C.

(175) The insurer may retain the premium yet cancel the policy if the non-disclosure is fraudulent. See *Feise v. Parkinson* (1812) 4 Taunt. 640 at 641; *Anderson v. Fitzgerald* (1853) 4 H.L.Cas. 484 at 508; *Fowkes v. Manchester and London Life Assurance and Loan Association* (1863) 3 B. & S. 917 at 927, 931; *Prince of Wales Association v. Palmer* (1858) 25 Beav. 605; *Rivaz v. Gerussi* [1880] 6 Q.B.D. 222 at 229-230; Marine Insurance Act 1906, s.84 (1), (2). Nicholas Legh-Jones, gen. ed., *MacGillivray on Insurance Law*, 10th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2003) at para.

5. CONCLUSION

The duty to disclose is one of the most effective means of achieving contractual equality between the marine assured and the marine insurer. Clearly, at the time the proposal is made by the assured, it is the assured who has the most intimate knowledge of the nature of the risk. Even with the sophisticated information databases available in today's technological insurance market, the insurer is often at a considerable disadvantage in trying to assess the nature and extent of the risk. The law thus requires the assured to volunteer all information material to the assessment of the risk by the prospective insurer which the assured knows or ought to have known. But the assured needs not to disclose facts which are matters of common notoriety or knowledge or which an insurer in the ordinary course of business, as such, ought to know. Further, if the insurer forbears to ask questions after disclosure of facts have put him on inquiry, he may taken to have waived the right to disclosure of the facts which such inquiry would have disclosed.

The duty to disclose extends to agents of the assured who are employed by him actually to make the contract on his behalf. The duty only extends, however, to facts within the knowledge of his principle, which are presumed to have been communicated in due course to the agent, or to facts which he has discovered in the course of his agency.

The duty is to disclose every material fact, namely, every circumstances which would influence the judgment of a prudent insurer in fixing the premium or his determining whether he will take the risk. Materiality is a question of fact, but it is the practice to adduce expert evidence on the point from insurers, brokers and the like.

The duty to disclose persists throughout the pre-contractual negotiation until the contract is concluded. Any material fact which comes to light, or any previously immaterial fact which becomes material through change of circumstances, must be disclosed, though once the contact is made, there is no duty to disclose material facts which then occur or which previously were neither known nor ought to have been known.

Non-disclosure, however innocent, makes the contract of marine insurance voidable, not void, so that the insurer has an election whether or not to avoid the contract.

Analyzing the New Institute Cargo Insurance Clauses of 2009 and its Harmonization with the Arabic Marine Insurance Legislations

Dr. Mahmoud Ababneh
Assistant professor - Faculty of
Law - Middle East University
Jordan

Abstract:

The aim of this paper is to discuss in details the new changes in the marine cargo insurance in particular and the new editions of the Institute Cargo Clauses of 2009 known as (I.C.C clauses) in comparison with the old editions of the 1982 clauses. The old clauses at that time were a radical change in the world of marine cargo insurance. The paper examines briefly the reasons behind the change that occurred in 1982 to better understand the recent changes of 2009. The paper also investigates the aims behind the 2009 changes carried out by the Institute of London Underwriters. This paper will also discuss whether the new changes came in favor of the insurers or the insureds. The method adopted by the researcher to tackle with the subject is the analytical and comparison study. The paper considers this matter and the effect of the clauses and harmonization of their wordings compression with the provisions of the English marine insurance ACT of 1906 and the Jordanian Maritime Commercial Law of 1972, which is very similar to other Arab concerned legislations. Finally, the paper will evaluate arrived at the following conclusions; 1- the changes in the marine insurance clauses designed to keep up with the new developments in the international trade and politics. 2- The intention of the draftsman was to create self-standing clauses, stating clearly the terms of the marine insurance contract. A

new balance between the insurers and the insured has been achieved, and in general the changes was in favor of the assureds. 4- the new versions of the I.C.Clauses may applied in the Arab marine insurance market without any contradiction the Arab marine insurance legislations.

1. Introduction

The contract of insurance has not been mentioned neither in Islamic Sharia law nor in the judicial provisions magazine referred to as “Al-Majallatu”⁽¹⁾. Thus, the contract of insurance is a new and demanding issue in the Arab legal regime⁽²⁾. The origins of insurance and its primitive seeds can be dated back to the Latin and Anglo-Saxon legal regimes⁽³⁾. The contracts of insurance, which have particularly been known in the Maritime commercial business and marine insurance were the basic of the insurance before they have been divided into the Insurance against Fire, the Properties Insurance, Life insurance, and other types of insurance.

Discussing the starting of the Maritime insurance could take us to even far further eras in the old history as some of the insurance types had been known in old civilizations for instance Mesopotamia (i.e. The Code of Hammurabi) and later of course to the Greeks and the Romans⁽⁴⁾. Added to that, Insurance had become very well known to the Italian Lombardi merchants in Italy, who immigrated to the United Kingdom

(1) Al-Majallatu, is the first comprehensive civil and commercial law enacted by the ottoman government in 1877 and imposed as the civil law on the territories of the Ottoman Empire; see M Kalani, the commercial and banking encyclopedia Vol 1, Amman 2008, p 25.

(2) Insurance in its evaluated way was practiced in the Arab world in mid-Seventeenth century. It was parasitized by foreign commercial agents, and the first legislation concerning maritime commerce was issued by the Ottoman government in 1883 and was named the Ottoman maritime commercial law, which later was adopted by Egypt and kept in force until 1990. The first person to elaborate about insurance in the Islamic sharia was Imam Hanafi Ibin Abdeen who died in 1252. See Mustafa Kamal Taha, and Anwar Bondq, Marine Insurance, Dar Alfaker Aljamai, Alexandria 2005 P 14

(3) The origin of the marine insurance referred to the (Bottomary-foeus Nautcum) where some investor lend the charter or the ship-owner money to execute the marine voyage and the right of lender to restore his money depend on the succession of the voyage. See Mustafa Kamal Taha, and Anwar Bondq op.cit, p12.

(4) انظر: د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٩.

under commercial circumstances and worked in the Maritime insurance industry⁽⁵⁾.

In England, the Maritime Insurance developed in the Lloyds Coffee House on the banks of the Tigers River, which was then an assembly for traders and ship-owners, where the endorsement of insurance subscriptions on the incoming and out leaving ships to and from Britain took place⁽⁶⁾. Out of this coffee house, the industry of insurance has been evolved where traders gathered in the Lloyd association, which was really considered the biggest market for the Maritime insurance and the use of the policy of Lloyd's (ship and goods), known as (S. &G), to insure the ship and cargo together. This form of policy serviced and lasted for hundreds of years⁽⁷⁾.

The English Maritime insurance act issued in 1906. Work continued in the Maritime insurance according to the historical Maritime insurance policy on the (S.G), but because of the short coming in the (S.G) in particular, the London market for Maritime insurance formed extra conditions to fill in the gaps that appeared in the insurance policy. These conditions were known as the institute clauses formed by the institute of London underwriters ILU⁽⁸⁾.

In order to improve these conditions they were subjected to amendments for example the amendment which took place in 1963 to help working along with the old complex policy⁽⁹⁾. The next appeal to change the marine insurance documents came in the form of issuing new conditions by London Institute in 1982, which included all Maritime insurance principles. The changes of 1982 were a radical change,

(5) Some of the specialized English books point that the German Hanza parasitized maritime Insurance, and that some of them immigrated to the U.K in the similar manner as to the Italian Lombardi merchants. See Cockerell, *Lloyds of London- A portrait*, 1985 p 21.

(6) See Carter and Falush., *The London Insurance Market*, July [2007]. P.9.

(7) See.. Cockerell, *Lloyds of London - a portrait*, [1985]p.68

(8) The institute was established in 1882 to gather a large number of insurance company as a members. The institute aims to provide services for these companies and coordinating facilities for the wording of the clauses and conditions. Furthermore, the institute co-operates with Lloyds syndicates in problem affecting the insurance market in general. See Lloyd's key Facts, online 2010.

(9) The old insurance (S&G) policy with its complicated language and form evoked many problems and complaints particularly for those who were insured in the third world countries. See the Unctad Report of 1978. *Infra*, Section One.

attempting to create self-sufficient clauses and the use of the historical policy dropped out.

Taking into consideration the particular leading role of London market for insurance, as it has been followed by most of the world insurance markets in applying these clauses, many European countries have applied these conditions such as Sweden and Norway, as well as the Arab insurance markets which literary implemented the English formula of these conditions⁽¹⁰⁾.

Recently in 2009, a very important amendments were applied to these clauses, which acquired an international character and spouse to be used in the Arabic marine insurance markets. Henceforth, the need to revise the amended conditions became urgent to see why and how these changes were accomplished and its effect on the Arab insurance legal framework.

Questions of the study

- 1 - How can we evaluate the implementation of the old clauses?
- 2 - What are the reasons behind the modifications of I.C.C of 1982?
- 3 - What are the changes carried out in the new I.I.C of 2009?
- 4 - Which of the contracting parties benefit from each change in the whole structure of the clauses?.
- 5 - Do the provisions of the clauses contradict with Arabic marine insurance legislations?
- 6 - What is the researcher's final judgment of the new provisions of the 2009 clauses?.

Hypothesis of the study

As a result of the English marine insurance market dominance, the MAR insurance policy of Lloyds and the attached I.I.C became as a lingua franca all over the world of marine insurance. Unfortunately, the marine insurance industry in the Arab world still does not have self-

(10) This can be evidenced from the traulation of clauses by the Arab federation of insurance of 1982, and the practical use of the clause by insurance company in many Arab countries such as Jordan, Egypt, Syria, Lebanon, Iraq, Kuwait, Bahrain and many other countries.

انظر أيضاً تأكيد استاذنا د. مصطفى كمال طه وأنور بندق، التأمين البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام ٢٠٠٥، صفحة ١٥.

sufficient documents⁽¹¹⁾. The Arab marine insurance market still adopts literally the Institute Cargo Clauses and there is a need to investigate the new versions of these clauses in order to see how much they are consistent with Arab marine legislations, it also needs to assess their future effect in the market in the view of some Arab insurance companies who still favored the old versions of 1982⁽¹²⁾.

Review of literature

The contract of marine cargo insurance based on the quality of institute cargo clauses chosen and attached to the policy which becomes not less than a cover with short guidance provisions⁽¹³⁾. In the Arab world the estimated marine insurance expert Jamal Alhkeem was the first pioneer to discuss the version of the 1963 clauses to introduce it to the Arab marine insurance world. Unfortunately, the researcher did not find a new edition of his book dealing with the next version of the clauses⁽¹⁴⁾.

The Arab estimated scholars⁽¹⁵⁾, were also pioneers to explain the marine insurance principles and the legislation concerned. They also discussed the version of the clauses of 1963, and the next version of 1982 in their valuable books, but up to the researcher's best knowledge there is no new edition that discusses the new version of the cargo clauses. Nonetheless their valuable literature gave us great benefits and enabled the researcher to compare and analyze English scholars who discussed the marine insurance contract. Here, it is imperative to confess that the

(11) The Issue of not having a Unified Arabic Insurance was a debatable issue at many of the Insurance seminars and workshops. Mustafa Kamal Taha talked about the necessity of having our Arab own marine policy by saying "it is time to put a new maritime Insurance policy and Probably it is best to put this as a document module contract that is agreed upon by Insurance Companies and Insurance commotions in the Arab world. See Mustafa kamal Taha and Anwer Bondg, Op cit p 15. See also a paper discussed during the Arab Insurance and Maritime Transport held in Aqaba in 2007. Jordan Insurance Federation Library.

(12) The writer acquired information from the Jordan insurance Federation about the application of the new clause in the Marine insurance contract on goods carried by Sea.

(13) Lloyds policy usually contains the jurisdiction clause, the survey clause and requests to read the document and return it if it is incorrect.

(14) The last copy for Mr. Jamal Al Hakeem's book about maritime insurance in insurance companies Unions library is dated back to 1979.

(15) Such as Alsanhoury, Baheg Shookry Dr Ali Jamal Alden Awad, Dr Samir Sharkawy, Dr Ahmad Hosni, Dr Mustafa Kamal Taha, Dr. Hussin Ganaim, Dr. Tharwat Abdel Rahem, Dr Yakoup Sarko, Dr Hesham Farown and others.

English authors play in their court-yard as they are the innovators of the subject matter of this research⁽¹⁶⁾.

The best English reference in marine insurance is Arnold (2010). In the 17th edition of 1 supplement, the Authors; Jonathan Gilman Qc and Professor Robert M Merkin discussed the marine insurance contract in the view of the new versions but referred to the marine insurance Act of 1906.

Our The estimated professor Rhidian Thomas in his new edition book - The modern Law of Marine Insurance Volume 3 (2010)- highlight the changes in the clauses. He said that the clauses have to be looked after from time to time, to respond to the developed needs of the market and enable the London market in the forefront of marine insurance world⁽¹⁷⁾.

Some short articles that were written by British insurance practioners appear in the internet search comment on the in the linguistic change of the clauses in a way of introducing the clauses to their customers, without any depth in literature or indication to old authorities of marine insurance contract.

Significance of the study

Recently in 2009, very important amendments were applied to these clauses, which acquired an international character and spouse to be used in the Arab marine insurance markets. Henceforth, the need to revise the amended conditions became urgent to see why and how these changes were accomplished and its future effect on the Arab insurance legal framework.

Since the application of these clauses in the Arab countries and because of the dominance of the British Maritime insurance market over the Arab insurance markets⁽¹⁸⁾, the researcher found it very important to study these new changes in the maritime insurance documents in

(16) Most of the principles of marine insurance were codified upon the old cases and how it resolved by the British judiciary. see also Brown, Marine cargo claims (Vol 2) cargo practice London 14th ed 1993. p 19.

(17) Rhidian Thomas and others, The Modern Law of Marine Insurance, Vol (3) 2010 p.99

(18) انظر: عبد القادر العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية . دراسة مقارنة . دار الثقافة، ص ٥٩٩.

compression with old clauses of 1982. Also the researcher, tried to highlight the efficiency of the adjustment and revision made to the wording of the new clauses and whether the changes were in favor of the assureds or the insurers. Moreover it focused on whether the provisions of clauses contradict with Arab marine insurance legislations.

This problem under investigation has never been discussed in the Arab world before- to the best available knowledge. This makes the study significant, because it may fill a gap in the literature of marine insurance. It also may benefit other future researchers in Jordan or in the Arab countries in general.

Method and procedures

Jordanian marine Insurance legislations are regarded as a model of the Arabic legislations and as a reference of applying the clauses when forming the marine insurance contract. Also the researcher has to confess that the principles of marine insurance encapsulated in the clauses had been built over hindered of years upon the judgments of English courts in general. To achieve the purpose of the study, which is the investigation of the new modified I.C.C of 2009 according to the questions said before, the researcher adopted the analytical and comparative method between the old and the new clauses together with reference to the old judicial authorities in one hand and between the provisions of the clauses with some of the Arab marine insurance legislations in the other hand.

This research was divided into three following sections:-

The first section provided a short introduction of the London Maritime Insurance market which is considered the real producer and overseers of the I.C.C and a review of their historical developments as well as the changes applied to them.

The second section aimed at introducing the reasons behind the clauses change issued in 1982, and the circumstances, which led to the amendments that have been applied to it, and the emergence of 2009 clauses.

The third section meant to show the changes that took place to marine cargo insurance and illustrate its direct results. This section also

refers to the relation of the Arab marine insurance statute provisions with the clauses of 2009. The section ends with the final outline.

SECTION ONE

1.1 London marine insurance market as producer of the clauses.

The city of London still leads the world with one commercial activity, which is the marine insurance business⁽¹⁹⁾. The long-standing of marine insurance practice, which has grown over a period of more than 300 years with emergence of Lloyds of London, played the central role in enabling the London marine insurance market to gain a worldwide dominance and still have growing reputation in the world of marine insurance and re-insurance business⁽²⁰⁾. The major feature of the London insurance Market is its international scope in operating marine insurance⁽²¹⁾. This is because the underwriters of Lloyds are national and international investors who practice insurance and re-insurance through specialized syndicates. Most of the syndicates are specialized in certain classes of risks or in particular types of Insurance⁽²²⁾.

Although the Lloyds market is considered the largest marine insurance market in the world, there are many national and foreign companies practicing insurance side by side with the Lloyds syndicate. In

(19) The London market is the only place in the world where 20 of the worlds largest insurers and reinsurers are represented. Gross premiums on the market were estimated at 22 billion in 2004. Between 10 percent and 15 percent of the worlds large industrial insurance is placed on the market and, in certain key classes of business, such as marine, it is reported much higher. See www.jua.co.uk/ and London market key facts. 1 October 2006. Published jointly by Lloyds Market association and the International underwriting Association (available at www.Imalloyds.com/).

(20) In the case of *Queen Ins Co. v Globe & Rutgers Five In-co.* where the deciding judge Holmes said “ There are special reason for keeping in harmony with the marine Insurance Law of England, the great field of this business “ See Bugloss, marine Insurance and general average in the united states, merry land 1991 p.4. Lloyds is licensed to underwrite business in 79 territories and can accept risks from over 200 countries and territories. Read the latest news on Lloyds at www.lloyds.com/newscentre.

(21) A major feature of the London insurances Market is its international scope in operating Foreign non-life insurance and reinsurance. There quarters of insurance companies are foreign owned. See Carter and Flush *The London insurance*, op, cit p.24.

(22) For example there are syndicates which specials in covering war risks, or in Cargoes forwarded to middle East Area, or kind of goods such as livestock or fruit etc. See Cockerel, *Lloyds of London- portrait*, [1985].p.68. See also Lloyds key facts 2010 at: www.Lloyds.com- online only.

addition to the Lloyds' and companies the Mutual Indemnity Association, which was founded over 100 years ago, was developed into the so-called protection and indemnity clubs. The rules of the P&I club define the cover on cargo and the indemnity for loss or damage to or responsibility for a cargo transported⁽²³⁾.

Cargo insurance in the London market is affected by two main methods; either "facultative or under an "open cover system. The difference between these two methods is that, in the first one the risk of insurance transactions, especially those effected at Lloyds conclude by accredited Lloyds brokers. The essential instrument to cover the risks insured is the marine insurance policy together with Institute Cargo Clauses. It is discussed separately and the underwriter, weighing his judgment and options decide whether or not to accept the risk proposed by the brokers. Brokers in London insurance market play a vital role in effecting marine insurance contract⁽²⁴⁾.

Conversely, open cover has a compulsory character by which the merchant must declare all relevant shipments and underwriter undertakes to cover all shipments declared to him⁽²⁵⁾.

1.2 The old (ship & goods) policy

The form of the policy used through the history of marine Insurance market in London called (ship & goods) policy known as (S&G). It is set out in first schedule in marine Insurance Act 1906, and it was adopted in its final form by Lloyds in 1779⁽²⁶⁾. The S&G policy form consisted of three interrelated standards; though distinct subjects; the insurance or risk insured against; sue and labor clause including the waiver clause; and

(23) Hill, Robertson, and Hazelwood, Introduction to P&I, 2 ed 1996 p.85.

(24) Broker in the London market could be, either, Lloyds Brokers and non Lloyds Brokers. Both are members of the British insurances Brokers association see Merkin (The Duties of marine insurance brokers, in the modern law of marine insurance (BIBA), [1996] by Rhidian Thomas. P.277.

(25) Most of the insurance transactions, especially those effected at Lloyds are concluded by accredited Lloyds brokers. The essential instrument to cover the risks insured is the marine insurance policy together with Institute Cargo Clauses. See The Duties of Marine Insurance Brokers By Professor Robert M. Merkin-The Modern Law of Marine Insurance, Edited by Dr Rhidian Thomas. 2010 p 294

(26) Howard N. Bennett, The law of marine insurance, Oxford 1996. p.3: see Goodacre K, Goodbye to the Memorandum. 1st ed [1988]p.13

the memorandum. It also provided the attachment and duration of the risk. As far as the memorandum is concerned, it purported to relieve the insurers from having to deal with partial loss claim below a certain percentage except in some cases as provided in the policy of marine insurance.

The form of ship and Cargo (S.G) policy drafted by underwriters for both ship and cargo insurance reflected the commercial background in the eighteenth Century. However, the continuous development of international commerce and the shipping industry towards the end of the eighteenth century requested demands for various types of cover to cope with modern perils with which the S.G policy was not capable of dealing.

The inefficiency of the S.G policy has been revealed in many cases and was severely criticized by judges and been described as “a very strange document as we all know and feel”⁽²⁷⁾. As ship and cargo remained in service until the end of 1981 together with I.C.C clauses Issued in 1963, the criticism of marine insurance increased all over the world.

1.3 Historical Development of I.C.C Clauses.

Despite those harsh judicial criticisms, which focused on the linguistic structure of the S.G policy, the underwriters were unwilling to change the time honored policy or even to simplify its sonorous phrases⁽²⁸⁾. The underwriters were afraid that any attempt at radical revision would initiate a flood of litigations to clarify the concept of the new phrases and terms. The earliest attempt to revise the clauses was made by sir. Douglas Owen, who in 1882 published a selection of marine “insurance Notes and Clauses”⁽²⁹⁾. Two years later the Institute of London Underwriter was established for the purpose of systematizing

(27) The comment referred to Lord Mansfield who is considered the founder of commercial law, see [1812]4T aunt 367.380.

(28) This cause was confirmed by Chris Hower, A climate by compromise [1983] [June] policy market 12, “ It is unlikely that the London market would have changed so much as comma in the old clauses if left to its own devices, but with the entire Third World breathing down its neck, it may eventually have been a case of change or go under”.

(29) Arnould, Law of Marine insurance and Average, 1st supplement to the 17th edition Robert, Merkin, Jonathan Gilman, Joseph Arnould, 2010 p 21.

and publishing a different standard set of clauses to meet the need of the market. The task of drafting was assigned to the Technical and Clauses Committee.

The first Institute cargo Clauses (which took their names from the institute of London underwriters) were introduced in 1912. The I.C.C of 1912 was produced in three different forms of cover: Institute Cargo Clauses "All risks" the I.C.C with Average (hereinafter F.P.A) These three forms remained in force up to 1963, and were identical in form except for clause number 5⁽³⁰⁾.

Accordingly, instead of updating a structure of (S.G) policy; the underwriters adopted a policy of temporary treatment, whenever circumstances revealed the inefficiency of the (S.G) policy form. In fact they designed a series of standard clauses for particular types of risk⁽³¹⁾.

This treatment accomplished through lengthy amended clauses were designed on a separate slip attached to the S.G policy form or printed in the original policy itself. Hence, it became customary for additional clauses to be affixed by gum to the S.G policy form, with the result that both documents had to be looked into in order to ascertain the extent of the cover intended and to clarify the liability of the parties⁽³²⁾. Example of these clauses are inchmaree clause, Ranging down clause, and free of capture & Seizure clause hereinafter (FC&C)⁽³³⁾. However, the result of this approach in dealing with new incidents was not satisfactory. The document turned into some complexity and became more difficult to be understood⁽³⁴⁾.

In 1963, the London market produced a new edition of I. C. C with the same title. No doubt that the I.C.C clauses of 1963, (The I.C.C of 1963) were advancement in that they brought greater clarity because they

(30) See also Brown, Marine cargo claims (Vol 2) cargo practice, op. cit p. 98-99.

(31) Howard N. Bennett. Op.cit, p.103.

(32) Ibid. at 100-102.

(33) The above series of clauses was designed as result of unusual cases, or of circumstances where the failure of S.G policy had been revealed. the inchmaree clause was adopted following the decision of the case of *Thomes Mersey marine Ins.co.Ltd v. Hamilton* in 1887.

(34) In the leading case (*The Salem* 1981), May L.J criticized the language of the policy as " the mystique which the subject matter of insurance has acquired".See Arnould Vol 111, 17 edition, Published by Sweet& Maxwell 15 Dec 2010.

were worded in contemporary language, and they extended the scope of the cover. For instance, the transit clause (Cl 1) of 1963 clauses provided for extended warehouse-to-warehouse cover⁽³⁵⁾. Also the free capture and seizure clause (Cl 12) and the strikes, riots and civil commotion clause (Cl 13), greatly affected the list of perils insured against.

The “all risk” form of 1963 extended the cover by embracing all accidental loss irrespective of percentage, except where it was proximately caused by delay or inherent vice or by the nature of the subject-matter insured⁽³⁶⁾. However despite these improvements, the cargo insurance package did not offer enough solutions to the inadequacies of the old cover in that the assured had to refer to various over-complicated documents. The basic one was the (SG) policy form with its complexity and its antiquated terminology, especially for those who were not familiar with practice of London marine insurance market⁽³⁷⁾.

1.4 The I.C.C of 1982 and the radical change.

The structure and condition of S.G policy with the frequent confusion borne by the assured provoked a growing stream of complaints and demands, with a wide-spread international dissatisfaction coupled with critical view of the English judiciary toward the S.G policy. It had been described as an obscure, incoherent and a strange document⁽³⁸⁾.

All of these reasons, found their way to the London insurance market. It became clear that some efforts should be made toward a simpler and more comprehensive marine insurance package⁽³⁹⁾. At the time of these circumstances, the hard shock to change was delivered in 1978 by the UNCTAD legal secretariat report⁽⁴⁰⁾.

(35) Brown, Marine Insurance (Vol 2) cargo practice- London [1985]. P. 107.

(36) See clause 5 of I.C.C. of [1963].

(37) See Omay, o p. Cit, at p. As he said “the international debate which took place in the working Group of Experts acted as a catalyst with regard to the timing of the abandonment of S.G form.

(38) As Mocatta J. In the case of Anita stated “The present method certainly as regards war risks is “ tortuous and complex “ to the extreme.

(39) Anthony George, The new Institute cargo clauses 1986 L.M.C.L.Q. p438.

(40) The UNCTAD Report commented on the fear of change as follows: “Although the argument merits consideration the immortalization of an antiquated and obscurely worded document as being immune from any improvement is excessive and unnecessary, the unyielding resistance to any change of the SG form is unfounded”.

Criticism of the de facto marine insurance system from all over the world especially the developing countries⁽⁴¹⁾, and the conference of the UNCTAD in Geneva came up with its remarkable report⁽⁴²⁾. (Free Particular Average Clause) and (with Average clause) were criticized for their complex structure and S.G policy was criticized for its complexity and its obscure terminology and antiquated wording such as "letter of mart" and "counter mart" and "rovers".

There is no doubt that the UNCTAD Report put more pressure on the London marine insurance market. In fact, the London marine insurance market swiftly considered these arguments for change⁽⁴³⁾. The task of reviewing the English marine institute legal regime was given to joint working party under the auspices of the institute of London underwriters.

By January 1982, a new policy form coupled with new standard had been introduced, the achieved work reflected in a very constructive marine insurance package free from obscurity and verbiage. The draftsmen tried their best to create simple modern language and self-evidence clauses⁽⁴⁴⁾.

1.5 Basic Features of the 1982 Changes

The abandonment of the SG policy form itself, together with its memorandum may be considered as a tangible step towards modernizing and updating the terms of cover. The persons insured, judges, scholars, Third World Insurance companies will no longer be confused with problems in the interpretation of the meaning of the archaic and obscure words in the SG policy and the complex interpretation of the

(41) The number of the developing countries which completed the questionnaires organized was 45 out of the 68 which articulated.

(42) United Nations Conference on Trade X Development Report No TD/B/C. 4/15/27 (Legal Secretariat)[1978].

(43) May refer to the long survival of the S.G policy form: it was largely familiarity and habit that had sustained the S.G policy for more than two hundred years" Omay, op. cit, at p.9. See also the modern law of marine insurance [1996], ed by Rhidian Thomas, p. 48.

(44) It has been suggested that most obvious effect of these changes are the disappearance of archaic obscure and in places obsolete wording contained in the old policy. See Arnold, vol 111, Para 9 p.8.

memorandum attached⁽⁴⁵⁾. The step was taken when the draftsman of the new clauses used simple language and selected a range insurable risks that were tailored to contemporary words used in the marine insurance industry. Some misleading terms have been omitted such as lost or not lost , others have been replaced, such as sue and labour . At the same time new words for the sake of clarity and slight extension of cover, found their way into the construction of many clauses. For example, stranding was supplemented by grounding , and sinking by capsizing⁽⁴⁶⁾. The inclusion of preparation of the subject matter, served to solve the ambiguity meaning between stowage and packing.

The old war and strike exclusion clauses have been subjected to considerable change. For the first time war risks have become an independent insured risk in a policy of marine insurance⁽⁴⁷⁾. Piracy as a risk has been transferred to the marine perils covered under the all risk clause in form of the clauses. Totally new clauses have been introduced such as Insolvency or financial default of the ownership. This has almost been achieved by simplifying the terms used and organizing the terms of the cover in one document.

However, nothing is complete. Through the last two decades developments of international trade practice and Law has emerged and demands have been increased to place cargo Insurance, more suitable, and fair for international sellers and buyers⁽⁴⁸⁾.

(45) Many developing countries throughout the world adopted marine Insurance policies similar to S.G policy, so that the effect of S.G form become part of common currency of marine insurance world-wide. For example in many Arab marine Insurance markets S.G policy form was used as in Jordan and Kuwait or translated into Arabic. A specific example is the policy form used in Kuwait in the leading case of *Amin Rasheed*.

(46) This is a welcome addition for no longer has it to be ascertained whether grounding in some cases can be considered as stranding, see *Mc Douglass v. Royal Exchange Assurance Co.* [1816] 4 cam p 283.

(47) The new reforms and clauses are free from technicalities which require familiarity on the part of the reader with the M.I.A or with the practice of marine Insurance, See *Arnould*, Vol 111.op.cit. para. 9 p.9.

(48) The incoterms issued in 2000, has been changed and the chamber of commerce issued the new version “ Inco terms 2010 which reflect the profound trends and change that have taken place in global trade in international commercial practices since 2000, see International chamber of commerce web-sit at 11-5-2011.

SECTION TWO

The New Institute Cargo Clauses of 2009

2.1 The Reasons for Change

There is no doubt, that the introduction of the new MAR policy form, and the accompanying of A, B and C clauses of 1982 was an important historical development in London marine insurance market. However, according to the logic of nature nothing remains static. After 27 years of this radical change many modern international trade and transport, have been subjected to a new concept and change⁽⁴⁹⁾. In addition to the developments in the world trades in method and innovations, a new unpredictable phenomenon, such as the rise of the terrorist acts, backed by different organization and motives has been raised. Similarly the piracy risk became more common in some areas of the world and the increase of maritime fraud became parallel with the increase of international sales of Goods and their associated commercial credits⁽⁵⁰⁾. All yielded a demanding need for adequate change.

The I.C.C clause of 1982 which was in use for more than a quarter of century revealed in its turn some ambiguity in the meaning of some terminology. Some clauses missed the fair balance between the interest of the insured and the interest of the insurer⁽⁵¹⁾.

The attempt to deal with troublesome situations of the insolvency of a carrier and in dealing with increased use of land transport, the unseaworthiness of a vessel or unfitness of the land conveyance exclusion in clause 5 was not successful and market usually adopted the parallel provisions in the trade clauses. The draftsman ignored the position of the innocent assignee who buys under a CIF⁽⁵²⁾. This issue was the most

(49) The researcher sees the Developments over the last three decades in legislation, case Law and practice, incoterms new verisins2010, development in regard to Bill of lading, the governing Law of the documentary credit version 600, the enactment of the contract (right of third party) Act 1999. All these new innovators designed to combat international fraud call for a new version of the I.C.C. see also John F Wilson, Carriage of goods by sea, Longman 2001. p. 2.

(50) Thomas R (ed) The Modern Law of Marine Insurance, London (1st ed 1996) p. 128.

(51) See R Thomas, The Modern Law of Marine Insurance Vol 2010 p 108. See www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.htm

(52) The international Insurance & Banking Forum, op. cit. paper discussed by Dr Mohammad Jawad Haded(CO) of the Jordanian Commercial Bank.

unfair application to the insureds in the Arab world who may buy goods while it is carried by sea⁽⁵³⁾.

Moreover, the London marine Insurance market prepared for overhaul and change in the construction and wording of the provisions of the I.C.C of 1982. The commercial custom and practice in marine insurance and transport by sea developed in courts pointed out the unfair and an increase number of legal disputes between the marine insurance contracting parties⁽⁵⁴⁾.

Therefore, and upon these reasons, the London Marine Insurance market in 2006 started to encourage the Lloyds Market Association (LMA) and the joint cargo committee (JCC) to perform a questionnaire to the partners throughout the world⁽⁵⁵⁾.55 They obtained data that disclosed demands to follow a more fair policy between sellers and buyers. Also the insurers expressed their concerns against the increase of volumes and methods of the terrorist acts were the religious motive that was beyond the acts especially after 12 September 2002.

The task of reviewing the English marine Insurance legal regime was given to a Lloyds market Association (LMA) and joint cargo committee (JCC) king party) who took the task to analyze the responses of practitioners in marine Insurance from all over the world. The final set of the I.C.C clauses were ready by the end of 2008 and in January 2009 the new I.C.C became available for use in London market and in many countries. The amendments can be regrouped under six heading subjects as the follows.

2.2 The last forms of the clauses

The diversity of the clauses designed in order to respond to the needs and choices of the insured regarding the nature of their marine adventures and the quality of their cargoes. The Institute of cargo clause

(53) مؤتمر التأمين و النقل البحري المنعقد بالعقبة عام ٢٠٠٧.

(54) In the leading case of *The Moonacre* [1992] 2 Lloyds Rep 501, the court developed a more flexible interpretation of insurable interest, regardless of the narrow sanitary provision. The same as in the case of the *Vasso* [1993] 2 Lloyds Rep 309, where it was argued that the effect of the minimizing loss clause (16) had the same effect as section 78 of M.I.A of 1900. See also *Fraser River v. Can - Dive Services* [2000] Lloyds Rep 199 158, 160.

(55) See institute cargo clause 2009 - Brief comparison of the 1982 and 2009 clause - Lloyds Market Association (LMA)- provides. <http://www.Lloyds.com>.

of 2009 was divided as the previous version of the 1982 clauses. Their categories come in order to respond to the needs of the insured and the costs of their insurances. Thus, the form of A set of clauses are designed to cover all risks of physical loss or damage to the subject matter insured, whereas B clauses are designed to cover intermediate perils, and the intention of C clauses is to cover major casualties. Each set consists of nineteen clauses Listed under eight general headings⁽⁵⁶⁾.

They are identical in content except for the risks clause (cl 1) and general exclusions clause (cl4) the risks covered under the B and C clauses were separated into two main groups according to whether they are reasonably attributable or proximately caused test applies to substantiate claim. The differences in the two clauses reflect the extended capacity of each of them in respect of the ambit of cover provided. The chart bellow provides more data.

Risks in B and C under Cargo Clauses of 2009

Risk	B clause No	C clause No
Loss or damage reasonably attributable to:		
Fire or explosion	1.1.1	1.1.1
Vessel or craft being stranded, grounded, sunk or capsized.	1.1.2	1.1.2
Overturning or derailment of land conveyance	1.1.3	1.1.3
Collision or contact of vessel. Craft or conveyance with any external object other than water.	1.1.4	1.1.4
Discharge of cargo at a port of distress	1.1.5	1.1.5
Earthquake, volcanic eruption or lightning	1.1.6	uncovered
Loss or damage caused by:		
General average sacrifice	1.2.1	1.2.1
Jettison	1.2.2	1.2.2
Washing overboard	1.2.2	uncovered
Entries of sea, lake or river water into vessel, craft, hold. Conveyance, container, lift van or place or storage.	1.2.3	uncovered
Total loss of any package lost overboard or dropped whilst loading on to, or unloading from. Vessel or craft.	1.3	uncovered

(56) See the appendix 1.

2.3 Amendments in Language and Terms

It seems that the common use of I.C.C world-wide especially in some parts of the world, where practitioners are not familiar with English language imposed a pressure on the London market to reconsider certain terms which may be subjected to a legal litigation as some term has been acquired precise definition⁽⁵⁷⁾. That is what happened when the draftsman replaced the words “goods“ and “cargo“ by the words “subject-matter insured”, as goods and cargo cannot embrace all the types of cargoes insured. The same as to the word (underwriters) in clause 17 which had been derived from the common practice in Lloyds coffee shop. The term did not describe all kind of insurers, where some companies cover the risks completely, rather than to cover a slice of the whole insurance. In fact to satisfy the insurers the draftsman replaced the term (underwriters) by the word insurers, which is more common and clear, especially in the developing countries. The word “insured” has been defined under clause 15 of I.C.C (A) all risk clause to connect the person whom the mean of insurance was affected or assigned. In the same track the word servants Included in clause 4.3 did not express the real linguistic meaning, a part of its uncivilized lateral meaning, it may invoke legal dispute. By replacing it by the term employees ” “they gave more accurate meaning.

The same as the term (contract of affreightment) in clause A which had been replaced by the term (contract of carriage). Also, the word “arising” in clause 4.6 replaced by the word “caused by”. Some obscure terms such as (proximately caused) (in clause 4.5) were omitted and dropped. On the other hand new terms needed to respond to the new extended risks have been added such as in clause 4.7 dealing with atomic risks, the draftsman added the word “device” in addition to weapon and the term caused by, supplemented by “directly or indirectly”⁽⁵⁸⁾. The archaic wording in clause 3 (This insurance is extended to indemnify the insured rewarded with straightforward meaning and become applicable in all three sets of clauses as the following: (This insurance indemnifies the assured...).

(57) New Market Investment Corporation V. Fire mans Fund Insurance company [1989] the term terrorism had not been defined in this case for the benefit of the jury as a matter of law.

(58) See institute cargo clauses 2009, appendix 1.

2.3.1 Amendments in the Exclusion Clauses.

It seems that exclusion clause (Cl 4) was subjected to an extensive amendments in all sets of the clauses related to the commercial developments and custom of trade. The responsibility must be determined clearly and fairly, whether be in the interest of the assureds or in the interest of insurers.

2.3.2 Insufficiency or Unsuitability of Packing or Preparation of the Goods.

The first amendment belongs to the sub-title clause cl 4.3 which dealt with the insufficiency of packing or preparation. In the old clauses of 1982, loss caused by insufficient packing was not covered. Some of the old authorities considered packing as part of the subject matter insured⁽⁵⁹⁾, therefore excluded as an inevitable loss and fall under the Inherent vice losses⁽⁶⁰⁾. In the introduction of I.C.C 1982, the draftsman solved partially the implications dealing with problems when the draftsman distinguished between loss due to defective packing and loss caused by inherent vice. But it remained part of the problem as to whether the loss, damage or expenses were caused by the unsuitability of packing which has to be defined on the basis of the fact in each case. It necessitates the market, taking into account the nature of the goods, the method of transportation, and how the cargo was described in the policy⁽⁶¹⁾ the charters who in most cases ship the goods without the control of the assureds. This creates an unfair situation for a consignee under a CIF contract as he has no control over stowage matter. ARNOLD refers to the assureds servants, and according to him servants are the servants of the claimant assured⁽⁶²⁾.

Furthermore the term "preparation" in the clause has an independent meaning which is different from packing or stowage as

(59) See *Brown V. Fleming* [1902] 7 com cas 245. It was held by Bingham J, that insurers were liable to compensate for loss of 228 cases of whisky bottles including the cases in which they were packed, as being part of subject-matter Insured.

(60) *F. Brek & co. Ltd v. Style* [1955] 2 LIL Rep 382.

(61) *Crime, Insurance Cargo* in the 1990 p. 120; see also the *style V Berk* [1955] 2 LIL Rep 382.

(62) Arnold suggests that the provision has a narrow scope in that it will not extend the instances where the packing of containers is done by agents or independent contractors. See Arnold, Vol 111, para 215, p. 138.

the clause provides “unsuitability of packing or preparation presumably “preparation for the purpose of clause 4.3 applies to the process before loading and inception of transit.

This is no longer a need to consider the clause now limited only to the case when the goods are packed by the assured or their employees. This change favored the assured, and responded to the assured needs that may buy goods on CFR or FOB terms and arrange insurance rather than letting the seller to arrange it.

2.3.3 Insolvency or Financial Default of the Owner.

The reason behind the introduction of (cl. 4.6) in the old clauses of 1982 is to discourage the assured from shipping his goods on a vessel whose operator is in financial difficulties⁽⁶³⁾. It was applied strictly to any loss suffered to the goods or expense incurred by the assured, arising from the carriers insolvency or financial default of the owner. But in the light that the custom in the international trade is that innocent assignee who buys under a CIF contract must not be responsible as he did not choose the vessel. This implication led the market to compensate the unfair position of the assured by adopting the compensative provision in the Commodity Trades Clauses⁽⁶⁴⁾. Accordingly the clause amended to make its operation conditional upon the awareness of assured of the difficult financial position of carrier at the time of Loading.

Such a "draconian"⁽⁶⁵⁾ exclusions clause brought sever criticism from brokers, shippers and innocent assureds. As the amendment of the clause aims to create self-evidence clause, the draftsman limited the effect

(63) The referee to financial default is, probably, aimed a circumstances where the Carrier uses the goods as security for outstanding financial liabilities, perhaps leaving the goods at an intermediate port so that his vessel may be relapsed from liability for port dues, see also the *Mandarin Star* [1969] 1 *Lloyds Rep.* p.293. Where a master of a vessel acting on behalf of ship owner had pledged cargo in order to pay the charter hired.

(64) The provision of the Institute commodity clause 4.6 is “Loss damage or expenses caused by insolvency or financial default of the owners managers charters or operators of the insured on board the vessel, where the Assureds are aware, or in the ordinary course of business should be aware that such insolvency or financial default could prevent the normal prosecution of voyage. This exclusion shall not apply where this insurance has been assigned to the party claiming hereunder who has bought or agreed to buy the subject-matter insured in good faith under a binding contract”.

(65) Chris Hewer *A climate of compromise Policy Market* June 1983 p.12.

of this exclusion to only if the assured was aware, or should have been aware of such insolvency or financial default. Furthermore, the exclusion will not operate where the cargo has been purchased and the policy assigned to buyers acting in a good faith.

2.3.4 Nuclear Fission or Fusion.

The third amendment in the exclusion clause belongs to nuclear fission and / or fusion exclusion in sub-title clause (4.7), the new wordings of the clause widened the exclusion and fill in interest of the insurers and go consistently with the increase of nuclear activities and probable political conflict, especially where a new nuclear state joins the nuclear club⁽⁶⁶⁾.

The wording widened the effect of the exclusion when the loss, damage or expenses caused or advised directly and indirectly from the use of weapon or device employing atomic or nuclear fusion. The new words directly or indirectly, and the addition of the word "device" alongside to "weapon", widened the exclusion, favored the insurers. Obviously the word "use of "any weapon of war " or "device" should not be understood as being confined to nuclear or atomic weapons in war time. It is likely that the application of the clause is envisaged for peace time, because the use of such weapons in war time is excluded under the war exclusion risk clause. The words directly or indirectly may mean that contamination by radiation or by explosion in a nuclear power station manufacturing these weapons would be excluded by the clause because the words employing atomic or nuclear fusion refer to "caused by or arise from the use of " in time of peace⁽⁶⁷⁾. Therefore, loss, damage, or

(66) Apart from the great nuclear five states, many other countries conducted nuclear testing including: India, Pakistan, North Korea and Iran. Brazil and Turkey also thought to have nuclear ambitions. See Jayne Lyn Stahl, Huffpost world, The nuclear club, site <http://www.huffingtonpost.com>.

(67) *Costain-Blankevoor U.K ltd v. Davenport (The Nassau)* [1979] 1 Lloyd's Rep. p395 where it was held that total loss of a derdger at the end of the world War II is a marine risks rather than a war risks, because the way in which the ammunition was dumped in the sea was not an act of war or warlike operation. It was a peaceful act covered. See 1 Lloyd's Report. p 395. The researcher would expect the a similar case under the new clauses would be decided as a clear exclusion not covered, because the new version of the clauses states that: if the loss arising directly or indirectly.

expense caused by or arising from testing nuclear weapon or device without hostile intent is not covered⁽⁶⁸⁾.

2.3.5 Amendments in Unseaworthiness and Unfitness Exclusion Clause (cl 5)

One of the general principles of marine insurance is that a ship-owner who contracts to carry goods by sea thereby warrants that the ship in which he proposes to carry them shall be seaworthy in the ordinary sense of the word. That is to say, It is not enough that she shall be tight, staunch, and strong, and reasonably fit to encounter whatever perils may be expected on the voyage-but also that both the ship and the furniture and equipment shall be reasonably fit for receiving the contract cargo and carrying it across the sea. The Latter obligation, which is sometimes referred to as a warranty of seaworthiness for the cargo⁽⁶⁹⁾.

Unseaworthiness and Unfitness exclusion clause (CL 5) has been modified in the interest of the assured, because the old the exclusion clause of 1982 applies when the benefit of insurance has been assigned to a new buyer of the subject-matter insured acting in good faith⁽⁷⁰⁾.

The clause has been amended to limit the exclusion effect in relation to unfitness of vehicles or containers to cases where the assured or their employees are aware to such unfitness. The clause limits the exclusion in the marine transport section, as the exclusion comes into effect only when the assureds are privy to a vessels Unseawovthiness at the time of loading⁽⁷¹⁾.

2.3.6 The Amendment in Terrorism Exclusion Clause (clause 7).

Except the risk related to the act of terrorism all the risks under the war and strikes remained untouched; The reason behind the modifications of this risk is to clarify causes and to make harmony with UK terrorism act

(68) Grime, op. cit. p. 121- See also Hudson and Allen where they suggest that exclusion would apply even where a nuclear device is intended to form the basis of a weapon. Hudson and Allen. op cit p. 20

(69) Elder, Dumpster & co., Ltd v. Paterson, zoc honis & Ltd [1924] all E.R.Rep. 135 where J.Viscunt Cave confirmed the meaning of seaworthy established by lord Ellenborough in 1804 - see EHardY Ivam, Case Book on Carriage by sea. London 4 the ed 1979. P.1

(70) Arnould, Law of Marine insurance and Average, 1st supplement to the 17th edition Robert,Merkin, Jonathan Gilman, Joseph Arnould, 2010 p 298.

(71) The amendment confirm the argument invoked by Arnold, that clause 5 should be clear and understood that the knowledge of ship-owner, of shipping agents, of stevedores, or container operators will not ordinarily effect the assureds rights recovery under the policy.

aftermath the September 11th of the terrorism attack. The new amendment also reflects the political climate and tries to satisfy the concerns of insurers. The clause widened the operation of the exclusions as the definition of the terrorist act has been given a wider scope⁽⁷²⁾. It embraces any act that may be committed by any person acting on behalf of, or in conjunction with any organization which carries out activities directed towards the overthrowing or influencing, by force or violence, of any government whether or not legally constituted. This means that actions of a lone terrorist fall outside the scope of the exclusion. Apart from expanding the definition terrorism term the clause widened the exclusion to embrace, not only act caused by any person acting from a political motive, but also by any person acting from ideological or religious motives. This may coincide with natural linguistic meaning provided by the Oxford English Dictionary⁽⁷³⁾. The act is not confined to the use of traditional weapon. The concept of terrorism concedes with the American judiciary view point, where the American jury held that the poisoning by cyanide of cargo of grapes shipped to the United States in order to protest about suffering of the poor children and about economic injustice in Chile was an act of terrorism⁽⁷⁴⁾.

2.3.7 Amendments to the Transit Clause (clause 8).

In the transit clause two points were amended, both of them are in favor of the assured. The first one is connected with commencement of the insurance. The old clauses of 1982 the insurance attaches "once the goods insured leave the warehouse or place of storage", that means the insurance did not come into effect during the loading of goods. By the new transit clause, the insurance attaches "within the warehouse or place of storage when the goods are first moved for the purpose of the

(72) According to the Prevention of Terrorism Act of 1980 terrorism means "Terrorism means the use of violence for political ends, and includes any use of violence for the purpose of putting the public or any section of the public in fear. The editors of Arnold (Vol 111) consider that such a definition is worthless as the normal meaning must be the only one to be considered.

(73) Oxford English Dictionary defines terrorism as "a policy intended to strike with terror those against whom it is adopted, the employment of methods of intimidation" See also Miller who considers that terrorist act may be performed by different sects and extreme religious or Miller, M gives some examples of these groups such as the Baader Meinhof group in Germany. Tamale forces in Sri Lanka, Al-Qaeda in Afghanistan will be considered the same, where political and religious motive behind the terrorist act.

(74) New Market Investment Corporation v. Fireman's Fund Insurance.

immediate loading unto, or into the carrying vehicle or other conveyance for the commencement of transit". The result of this modification is that the subject-matter became covered if any loss occurred in the warehouse at the time of loading of the conveyance to be used for the insured transit.

The second point regarding the termination of insurance, the amendments expanded the duration of cover instead of termination of the insurance once the goods delivered to the final warehouse as the case in the old clause. The new clause extended the duration of cover until a completion of unloading from the carrying vehicle at the final warehouse. Such amendment responded to the need of the brokers who used to work in the wording and try to extend coverage or include loading and unloading operations.

2.3.8 Amendment to Change of Voyage Clause (clause 10)

Change of voyage is defined in M.I.A (1906) as: where after the commencement of the risk, the destination of the ship is voluntarily changed from the destination contemplated by the policy, there is said to be a change of voyage⁽⁷⁵⁾.

The reasons behind the amendments of the voyage clause has been manifested in two points: The first one is for clarifying purpose when the draftsman removed the misleading term (held cover) which may be borne in the mind of the assured that he still enjoys coverage where it would not be available. By removing the term (held cover), the assured required to know the steps to be taken in order to enjoy coverage. The actions required from the assured in the case where a change in destination occurred, is that the assured has to lodge a prompt notice as soon as he decides to change the a voyage. The time between the determination of change and the time of issuing the prompt notice is covered according to the note. Secondly, the assured would be subject to a new rates and terms. The premium must be reasonable and agreed upon by all parties in the contract. This is a question of fact in each case⁽⁷⁶⁾, and premium rates

(75) M.I.A 1906, S. 45 (1).

(76) Circumstances considered for fixing reasonable commercial premiums are for example change involving a longer voyage or one which has become more hazardous. See *Liberian Insurance Agency Inc v. Mosse* [1977] 2 Lloyds Re p 560.

can be agreed upon and if loss has already occurred, the coverage may be possible on reasonable terms- would have been available.

The second point of alteration of the clause achieved for combating maritime fraud, the draftsman dealt with case of “phantom ship”. Where vessels with false papers sail to a different destination and sell the goods, that means a destination change by someone other than the assured or by circumstances beyond his control; mostly a dishonest act of the master who may sell the cargo, regain to the original route, and scuttle the vessel⁽⁷⁷⁾. The old edition of clause 10 remains silent on this issue. Under the new (sub-clause 10.2), the insurance continue and attached in above case as long as the assured or his employee lack the knowledge of such change of destination. Here, a question may arise with respect to the giving of notice by the assured, namely how quickly such notice should be given.

SECTION THREE

The evaluation of the clauses of 2009

3.1 Features of the 2009 Changes.

Revision of the change of the encapsulated I.C.C of 2009 shows that the change is not a radical one as much as the changes in the cargo cover which took place in 1982. In fact, this revision could be considered a natural demand for amendment after more than 25 year of practice. The revision was directed to promote clarity and create free standing clauses, up-dated and simply worded.

Apart of simple and clear Language made to the rewording of provisions, the draftsmen enhanced the capability to respond to demands of modern international trade and transport and the international sale of goods contracts as well⁽⁷⁸⁾. They also attempted to solve problems thrown up by past market experience along with the international development in economic and political field.

(77) *Shell international petroleum Co.v Gibbs (The Salem)* [1982], in this case a cargo owner could not claim for loss by barratry because it must committed against the ship owner, or charterer.

(78) Consideration must be given to the terms of the sale contract, this remains one of the most common areas which mistakes and misunderstandings occur.

The aim of the London market was to keep its prominence in the world of marine Insurance worldwide and introduce flexible and more attractive marine Insurance clauses. This is manifested in both the language and substance of the clauses that produce straightforward Insurance terms.

The draftsman of the new clauses re-considered the balance between the interest of the assureds and the interest of Insurers. While the ambit of the terrorism exclusion clause has been extended to reflect wide range of motives. That would stand behind the terrorist acts, which fill in the interest of the insurers. where as the rewording of the insolvency exclusion clause reduced the ambit of the clause, its effect apply only where the assured is aware, or should have been aware. Financial distress of the vessel owners or charterers, may affect the compilation of voyage⁽⁷⁹⁾, such modification fill in the interest of the assured. This is an example, but not limited to many clauses reshaped and reworded to satisfy many related parties mainly the assured.

3.2 Application of the clauses and the Arab legislations.

In the clauses of 1982, particularly, under clause 19, which stated, "this Insurance is subject to the English Law and practice", The new version of this clause replaced the term English law and practice by "subject to state issue law and practice".

Although the new clauses of 2009 became available in the market, they were not compulsory. The assured may choose to obtain cover according to these clauses or continue insuring according to the old version of clauses of 1982⁽⁸⁰⁾. In both versions of clauses, the old and the new one are subject to English law and practice, except where the use of clauses is outside England, the insurers outside England may alter clause 18 which states; "This insurance is subject to state of issue law and

(79) Such issue had been discussed after the issuing of the 1982 clauses and criticized by Malls, see Mills C, The fetter of deviation in law of carriage of Goods. [1983] L.M.C.L.Q

(80) Only five insurance companies -out of 26 insurance companies in Jordan- have applied the new clauses upon the request of their claints, it appeared to the researcher upon discussion with some practioners that the companies did not favor the application of the new version as they realize that the new clauses become more favorable to the assureds. A visit to the Jordanian International insurance company, The Jordanian Union for Insurance Companies at 22-12-2010.

practice. For example, insurance companies in Jordan modify the clause “as the following: “this insurance is subject to the Jordanian law and practice, and this applies in most of Arab insurance markets⁽⁸¹⁾.

The question, is whether the new clauses of 1982 contradict with provision of M.I.A 1906 and other international legislations such as the Arab marine insurance laws. Even though the principles of marine insurance has been contemplated in the statutory provisions, the marine insurance contract manifested in the policy is a contract of “common will” and the parties can add or exclude which were not perceived when English M.I.A 1906 or the Arab marine insurance legislations when they were issued⁽⁸²⁾.

As far as the Arab marine insurance legislations are concerned, Jordan as an example⁽⁸³⁾, the marine risks enumerated in the maritime commercial law are:

“The insurers shall bear the risks of any loss or damage to the subject matter insured as a result of storms, sinking, stranding, collision, restraint of princes, compulsory deviation or compulsory change of the adventure or of the ship, jettison, fire, explosion, robbery, barratry, theft and, in general all sea casualties and accidents”. The risks of civil and foreign war shall not be borne by the insurers unless otherwise agreed. In which case the insurer shall be liable for any loss of, or damage to the subject matter insured as a result of hostile or retaliatory acts, arrests, restraints and detainments by any government whether friendly or enemy, and whether recognized or not, and, in general, as a result of any compulsory acts or events of war”⁽⁸⁴⁾.

Analyzing the wording of section (329) of Jordanian maritime commercial law which are almost identical to the article 356 and 357 of the Egyptian marine trade law and many other Arab marine

(81) بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، دار الثقافة، عمان عام ٢٠٠٧ ص ١٩.

(82) Although Egypt considered as a leading country in the Arab world especially in the field of legal legislations the Egyptian maritime commercial law enacted 1883 serviced and lasted for more than a hindered year before it had been replaced by the new one No 8 of 1990.

(83) انظر بهيج شكري ص ٣٦ التأمين البحري في التشريع والتطبيق، دار الثقافة ٢٠٠٨ حيث يقول أن معظم التشريعات المتعلقة بالتأمين البحري متشابهة إلى حد كبير فيما عدا الصياغة والفهرسة ويؤكد ذلك الدكتور مصطفى كمال طه وأبور بندق، مرجع سابق ص ١٥.

(84) المادة (٣٢٩) من قانون التجارة البحرية الأردني، لعام ١٩٧٢.

insurance⁽⁸⁵⁾, we can see that not only recognized risks are covered. Insurance for a new peril could be achieved in two ways. First, the section already indicates one possibility by the phrase: “and in general all sea casualties and accidents”. The second would be by embracing risks, other than the listed risks provided by section 332 of the Jordanian law or in the mentioned articles of Arab marine insurance legislations. The same would be for the exclusions provided in the same section 332 of the Jordanian Maritime Commercial Law of 1972 and would be made available by general rule prevalence of common will of the parties” as long as words common will do not contradict the general rules of marine insurance contract. Section 297 in this concern states:

“All the provisions of this part which do not contain on express stipulation to the effect that shall be applicable notwithstanding any agreement to the contrary, or to the effect that their violation shall render void any contrary agreement, shall only be regarded as interpreting the will of the contracting parties and be superseded by express provision.”

3.3 The legal justification of using the I.C.C.

Except for the Egyptian maritime commercial law⁽⁸⁶⁾, the above article is also identical to Qatari, Bahranian, Omani marine insurance legislations according to section 233, 234, 332, irrespectively. The provisions indicate that the authorized contracting parties can add risks to the policy through insuring under to I.C.C clauses unless the subject-matter of insurance or the risk insured contradicts with general rules and the public order or in cases where the law provides avoidance to the contrary of certain article. The same is true in some Arab marine insurance legislation as the theory of contract is the same where by the freedom of contracting means the basic rule in all the Arab civil law legal regime⁽⁸⁷⁾. Therefore it is obvious that the clauses may go in harmony

انظر المادة ٢٤٤ و ٢٤٥ من القانون القطري المادة ٢٤٢ و ٢٤٥ من القانون بحريني والمادة ٣٤٣ (85) من القانون العماني.

(86) The researcher did not found a similar provision in the Egyptian Maritime Commercial Law of 1990, but at the same time there is no provision prevent the contacting parties to reach an agreement to add a new risks or to exclude others. See also Mr. Baheg Soukry, Marine Insurance in practice and Legislation Op. cit where he commented that where the law stand silent in the marine insurance issue it mean the legislator give the parties an implied legalization.

(87) S.E Rayner, The theory of Contracts in Islamic law -London, 1st ed 1991.

with Arab marine insurance legislations without any contradiction. Moreover the use of clauses either in the London or in Arab marine insurance market serve as supporter to old constant provision of law, for example the clauses of 2009 added a new type of excluded risk when clause 7 provides that "In no case shall this insurance cover loss damage or expense caused by any person acting from political, ideological or religious motive. This term does not exist in the Arab legislations.

The applicability of the Institute Cargo Clauses in the Jordan market is a clear indication of the established international position of the London market. There is no doubt that the assureds and professional practitioners in Jordan and their counterpart of the Arab world have benefited from the simplicity of the new clauses even more than their counterparts in the London market, because Arab practitioners are unfamiliar with the original legal foundation of the clauses⁽⁸⁸⁾. No doubt that clauses were in favor of the assureds whoever they are. For example, the difficulties of paying indemnity to the assured party due to the mistake attributed to the servant of the assured no more effected the interest of the assureds. In the case a cargo of frozen chickens imported to Jordan under warehouse to warehouse insurance policy, the cargo transported from Aqabah to the warehouse of the assured in Amman. On the arrival most of chicken was spoiled due to unsuitable temperature in the carrying vehicle frig. The assured claimed indemnity, but the insurer denied liability on the grounds that the insurer or his servants are responsible in mentoring the degree of temperature and the fitness of the carrying fridge vehicle. The action of the assured before the first instance court was dismissed. Jordanian Appeal Court decided in favor of the insurance company. The honorable Judges commented that the insurer or his servants are supposed to guarantee a fit and suitable fridge vehicle or to be aware of the fitness of fridge vehicle of third party contractor⁽⁸⁹⁾.

The researcher would like to comment on this Judgment, that if the insurance contacted under the new clauses of 2009 the result of this judgment would be completely different as clause 4.3 consider the land

(88) المحامي بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٧، ص ١٩.

(89) [2008] Adaleh publications, A-C, Civil Action Case No 397- 86 A

carrier not within the concept of the assured employees. Also we could imagine that preparation carried out without his control.

3.4 Conclusion

The evidence suggests that the old marine cargo insurance in the London market after more than a quarter of century became relatively not the ideal up-dated clauses, some archaic, and obscure terms may cause a confusion such as servants, underwriters, proximately caused, goods.. etc.

The new introductory of 2009 consider the new international trade development, and reviewing the balance between the assureds and the insurers, yet it is worth mentioning that these clauses favored the assureds in general. As far as the exclusions are concerned, loss caused by insufficient packing applies only when the assured or their employees pack goods; this modification is applicable to those cases where cargoes are purchased on CFR or FOB term with insurance concluded by the buyers⁽⁹⁰⁾. This provides a great benefit to the Arab insureds as most of them buy goods by FOB and CFR and less by CIF contract of sale.

In the case of a cargo of timber shipped from Holland to Jordan via Aqaba, some shortage and damage to the goods were found upon arrival. The assured filed a claim against the insurance company. The insurers refused to pay any indemnity as they alleged that the loss resulted due to insufficient packing of port of loading, The claim of the assured was dismissed. The cassation court decided that the assured bought under a CIF contract and had delegated the seller to supervise the packing and loading, and in the absence of evidence that the loss caused during the maritime adventure, the claim must be dismissed⁽⁹¹⁾. Unfortunately there was no mention of the I.C.C in the decision. But one would imagine that the new clauses favored the insurers in this case as it is unfair for a consignee under a CIF contract as he has no control over packing and stowage matters and no evidence that he obtained Knowledge of the insufficient packing fact.

(90) 90 [2008] Jordanian Bar Magazine, civil action p 281

(91) 91 [2008] The Jordanian Bar Magazine. civil Action. Case No 1710.

Insolvency and Financial Default exclusion clause (4.6) has always been criticized in the set of the clause of 1982. Now after the modification of the clause, the exclusion applies only when the Assured is privy, or should have been aware that the owner was in distressed financial circumstances, this should relieve the market that usually adopted provision in the Trade clause to compensate for failure of insolvency or/ and financial default clause of 1982. The Arab market also benefits of this clauses particularly as the international fleet of commercial vessels owned by non Arab traders is located in Europe⁽⁹²⁾.

In the same track where some clauses were amended to the advantage of the assured, the Unseaworthiness exclusion clause (cl.5) no longer applies when the benefit of the insurance assigned to a purchaser of the insured cargo acting in good faith.

On the principle of fair balance between the parties of the insurance contract, Transit clause (cl.8) expands the ambit of cover. The new clause now attaches "when the goods first moved in the warehouse or place of storage for the purpose of immediate loading", the cover will continue until completion of unloading from the carrying vehicle.

Clause (cl.10) was subjected to important amendment and addition, the modification necessitated and coincided with international efforts to combat the maritime fraud cases, where the master changes the destination beyond the control of the assured and sells the goods⁽⁹³⁾. This change came in harmony with old authorities and decided cases⁽⁹⁴⁾. The amendments of clauses consider also the political climate where many countries enter the nuclear club⁽⁹⁵⁾.

As the increased waves of terrorism and of extremist group have appeared and were involved in very tragic incidents, it became necessary

د. هاشم رمضان الجزائري، مسؤولية مالك السفينة، بحث منشور في مجلة الخليج العربي، مجلد ١٢، (92) عدد ١، ١٩٨٠، ص ٦٥.

(93) 93 See document discussed in the " The International Insurance & Banking Forum " organized in Amman by General Arab Insurance Fedaration 21-23 February 2005.

(94) 94 Richard v. Forestal Land, Timber and Railway Co ltd [1941] 3 All ER. In world War11 where a German master had obeyed the instruction of his government to seek refuge in a natural port, it was held by the House of Lords that the voyage had not changed within the meaning.

(95) 95 See supra not No (67).

to re-define the terrorism act and reconsider it in the view that the motive is not only a political one, but it may be ideological or religious too, and thus applies to acts conducted by a person in connection with an organization. Unfortunately, terrorism phenomena may be confused with many political disturbance riots or civil commotions, such as the Arab spring nowadays taking place in some Arab countries in the absence of International agreed definition of terrorism; hence, the proper meaning will differ from one country to another⁽⁹⁶⁾.

Accordingly, the draftsman expanded the ambit of the exclusion clause related to the terrorist act (cl 7.3). Apparently, the intention of the draftsman in London marine insurance market in 2009 was to produce a new versions of I.C.C, stating clearly the terms of the contract, and override the troublesome situations of some old clause such as the insolvency of a carrier in clause 4.6.

The new version of clauses introduced in 2009 is a great success. The London market succeeded keeping his world-wide dominance in the world of marine insurance business including the Arab marine insurance market. This is manifested in language and substance of the clauses that produce straightforward instance terms with cover re-defined in simple and modern terms to respond to the contemporary commercial needs, although the change was not a radical one, the new clause was not entirely new. However, it is reshaped to meet the needs of the market.

As the application of the clauses in the Arab marine insurance market, the clauses were in favor of the assureds party, This may interpret the hesitation of the insurance companies to apply the new clauses⁽⁹⁷⁾.

However, despite these simplification and achievements made in the new clauses, the draftsman intended to introduce self-standing clauses that clearly state the terms of the contract, The researcher would like to comment on the forming of some clauses.

(96) 96 The editors of Arnould (Vo 111) consider the definition of terrorism appeared in pretention of terrorism Act of 1989 is worthless as the normal every day meaning must be considered. This is confirmed by the authors in the new edition p. 298

(97) 97 Upon the investigation of the researcher, it is appear that just five companies started to apply the new versions of the clauses out of 26 insurance companies practicing marine insurance in Jordan. See Supra.

The new exclusion clause (cl 7.3) dealt with terrorist acts may bring up an ambiguous interpretation, as the clause limited the act by any person acting on behalf of or in connection with any organization one would ask whether an act of an activist who is not related to any organization falls within the effect of the clause?

Whereas the practical need of the market requires the insurance to embrace the land sea sections of a transit; this brought about the warehouse-to-warehouse clause- currently the Transit clause. The incompatibility between the concepts embodied in the statutory provisions and I.C.C of 2009 as far duration of insurance and change of destination in relation to the land section as concerned, the result was in a rather ambiguous consideration given to the deviation provision in clause 8 and the change of voyage provision in clause 10. This is because section 45 and 46 of the M.IA deal with deviation and change of voyage⁽⁹⁸⁾. These provisions relate to the sea section of the voyage, and according to section 45 of M.IA 1906 that refers to the voluntary change of the terminus ad quem after the risk has been attached where as the nature of the Transit clause expands the cover to the warehouse or place of storage at the stated final destination. This in turn may call to question the proper interpretation of the concept of deviation or change of voyage in the statutory in the M.I.A of 1906 and in the Arab marine insurance legislations⁽⁹⁹⁾.

Recommendation

- 1 - In view of all above and as far as Arab Insurance Market is concerned, I recommend that the Arab Federation of Insurance, particularly the insurance commission and the federation insurance companies in Jordan to translate and review these changes.
- 2 - The researcher believes that the full application of the new versions of the clauses in the Arab insurance market is inevitable in coming time, as most of the Arab insurance companies connected with international reinsurance companies. Accordingly we call for the

(98) 98 Gough, Insurance and Delay [1983] Post magazine 2762 See also Mills, The futher of Deviation, op. cit. p 33

(99) 99 See for example an article 355 of the Egyptian Maritime Commercial Law of 1990 and article 348 Jordanian of Maritime Commercial Law of 1972.

- immediate implementation of the new clauses, even of its favor the assured interests.
- 3 - The researcher calls on the Jordanian Insurance Commission to encourage the implementation of new clauses due to their simplicity and clarity in order to avoid any ambiguous meaning of the marine insurance contract terms which may create legal dispute.
 - 4 - It is quite important for better implementation to advocate local lawmakers to make necessary changes in light of the upcoming maritime commercial law under study.
 - 5 - Workshops, seminars, courses are highly recommended in this regard in order to raise the awareness of the recent changes to enable all stakeholders and all those concerned in this field reaching towards proper and correct understanding of all terms of these clauses.

(References)

- 1 - Arnould, Jonthan C.B.Gilman, Law of marine Insurance and Average, London. Vol.111, London 1st ed 1997.
- 2 - Arnould, 1st supplement to the 17th Edition, Robet,Merkin, Jonathan Gilman, Joseph Arnould 2010,
- 3 - Bennet, The Law of marine Insurance. Oxford, 1st ed 1998.
- 4 - Chalmers, Marine Insurance Act 1906. London 10th ed [1993].
- 5 - Goodacre K, Good by to the Memorandum 1st ed 1988.
- 6 - Grime R and Jaffe P, Marine Insurance, The Legal and Documentary Frame work, London 1995.
- 7 - Marine Insurance Act 1906.
- 8 - OMay R, Marine Insurance — Law and practice, London 1993
- 9 - Rayner S, The Theory contract in the Islamic law, London 1st ed [1991].
- 10 - Thomas R, The Modern Law of Marine Insurance Vol 111 Edited by Rhidian Thomas 2010.
- 11 - Thomas R (ed), the modern Law of marine Insurance London 1st ed [1996].
- 12 - Ivamy E. R. H. Case book on Carriage by Sea Lloyds of London 1997.

Articles

- Barritt B. Maritime Terrorism and the Law [1997] L.M.CL
- Gaber.A, Insurance Development [1998] Insurance Letter Magazine 4 (Arabic Text).
- HEWER C, A climate of compromise [1983] policy market, 12.
- Mr Malaysian insurance, The new (1-1-2009) Institute Cargo Clauses in a nutshell, Malaysia Insurance Online; <http://www.Malaysianinsurance.info/coverage>.
- Gough, Insurance and Delay [1983] Post magazine 2762.
- Mills, The further of Deviation in the Law of Carriage of Goods [1983] L.M.C.L.Q.

Websites:

www.businessdictionary.com/Institute-cargo-clause.

www.Imalloyds.com/cargo_clause.aspx?html.

www.Lloyds.com/Lloyds_key_facts-key_fact_sheet_online_only.

www.iccwbo.org/incoterms/id3040/index.html

المراجع باللغة العربية:

- د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل أنور بندق، التأمين البحري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية عام ٢٠٠٥.
- بهاء بهيج شكري، التأمين البحري في التشريع والتطبيق، دار الثقافة، عمان عام ٢٠٠٨.
- بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، دار الثقافة، عمان عام ٢٠٠٧.
- د. جلال وفاء محمدين، التأمين البحري على البضائع بوثيقة الاشتراك، دارالجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية عام ٢٠٠٤.
- عبد القادر العطير، شرح قانون التجارة البحرية، دار الثقافة، عمان عام ١٩٦٦.
- علي جمال الدين عوض، النقل البحري، دار النهضة، القاهرة عام ١٩٦٢.
- د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- جمال الحكيم، التأمين البحري، الإسكندرية، ١٩٧٩.
- مجلة رسالة التأمين الأردنية، العدد الرابع، لعام ١٩٩٨.
- مجلة رسالة التأمين الأردنية، العدد الثاني، لعام ٢٠١١.
- منشورات عدالة إلكترونية، قرارات المحاكم الاردنية.

التشريعات القانونية:

- قانون التجارة البحري الأردني لعام ١٩٧٢.
- القانون البحري البريطاني لعام ١٩٠٦.
- قانون التجارة البحري المصري لعام ١٩٩٠.
- قانون التجارة البحري القطري لعام ١٩٨٠.
- قانون التجارة البحري البحريني لعام ١٩٨٢.