

مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم ٧٨٣/ لسنة ٢٠١٢ في السندات التنفيذية، ووسائل الإجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضي التنفيذ نوعياً ومحلياً

الأستاذ الدكتور/ عزمي عبدالفتاح عطية
أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق
جامعة الكويت
نائب رئيس جامعة المنصورة سابقاً

ملخص:

هدف البحث هو شرح القواعد التي جاءت في قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ رقم ٧٨٣ الصادر في فرنسا عام ٢٠١٢ في مسائل السندات التنفيذية والتوسع فيها، ووسائل الإجبار على التنفيذ وعلى الأخص الغرامة التهديدية القطعية، والتجديدات في طرق الحجز على المنقول والعقار وما للمدين لدى الغير. والتعريف بقاضي التنفيذ ونطاق اختصاصاته القضائية بالفصل في منازعات التنفيذ وصعوباته وإعطاء المدين نظرة ميسرة وفرض غرامة تهديدية على المدين لتنفيذ السندات التنفيذية ولو كانت أحكاماً صادرة من غيره والحكم في طلبات التعويض عن التعسف في استعمال الحق الذي قد يقع من المدين أو من الدائن. وتحديد قاضي التنفيذ المختص محلياً حسب مكان الأموال المحجوز عليها أو موطن المدين. مع إجراء مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي في موضوعات البحث.

المقدمة:

يتضمن هذا البحث معالجة أهم المستجدات في موضوع التنفيذ الجبري في القانون المقارن وعلى الأخص القانون الفرنسي رقم ٧٨٣ لسنة ٢٠١٢ والقانون السابق عليه ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ وبعض القوانين الأوروبية والعربية الأخرى، ويركز البحث على أربعة من موضوعات التنفيذ الجبري وهي:

- أ - الاتجاهات الحديثة في فكرة السندات التنفيذية.
 - ب - فلسفة قانون التنفيذ الفرنسي الجديد ووسائل الإجبار على التنفيذ.
 - ج - مستجدات القانون الفرنسي الجديد في مجال طرق الحجز.
 - د - نظام قاض التنفيذ ونطاق اختصاصه النوعي والمحلي في مسائل التنفيذ.
- وستتناول كل موضوع في مبحث مستقل:

المبحث الأول الاتجاهات المختلفة في فكرة السندات التنفيذية

المطلب الأول الاتجاه التقليدي في مدلول السندات التنفيذية

ظهر اتجاهان أساسيان في تحديد السندات التنفيذية، الأول هو الاتجاه الأنجلوسكوني common law الذي يقلل من نطاق هذه السندات ويحصرها في الأحكام والأوامر. بينما اتجه الفكر اللاتيني romano - Germanique إلى التوسع في تحديد هذه السندات، فاقترنت لوقت طويل على الأحكام القضائية والأوامر بأنواعها المختلفة (أوامر الأداء ordonnance de payer والأمر على العرائض ordonnance sur requête وأوامر التقدير (تقدير رسوم الدعوى ومصاريف الدعوى وأتعاب الخبراء)، ومحاضر الصلح المصدق عليها والمحركات الموثقة les actes notariés والممهورنة بالصيغة التنفيذية، وأحكام المحكمين الصادر بها الأمر بالتنفيذ sentences arbitrales سواء كانت وطنية أو أجنبية، والأوامر الأخرى التي يعطيها القانون قوة تنفيذية كمحضر تعهد الكفيل في حالات النفاذ المعجل، ومحضر بيع المال المحجوز عليه بالنسبة للمشتري المتخلف عن دفع الثمن. ومع التطور الذي حدث في المعاملات على الصعيد الداخلي والدولي واتساع المعاملات التجارية الذي نشأ عنه نماذج جديدة من المعاملات تقتضي ضرورة استيفاء الدائن لحقه بشكل ميسر يتسم بالبساطة وبإجراءات تتسم بالسرعة وعدم التكلفة المالية، ومسايرة لحاجات التجارة الدولية بدأت التشريعات في تطوير فكرة السندات التنفيذية وضرورة استحداث سندات جديدة لمواجهة التطورات الحديثة في المعاملات المالية بين الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية كالشركات التجارية والمؤسسات المالية وشركات الاستثمار على ما سنبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني الاتجاه الحديث في تحديد مدلول السندات التنفيذية

ظهر اتجاه حديث يتجه نحو التوسع في تحديد ماهية الأوراق التي تعتبر سندات تنفيذية. وقد تبني قانون التنفيذ الفرنسي رقم ١٩٩١/٦٥٠ هذا الاتجاه الذي يقلل من حالات الالتجاء للقضاء للحصول على السندات التنفيذية والذي حافظ عليه المرسوم بقانون الإجراءات المدنية للتنفيذ code des procédures civiles d'exécution رقم

٧٨٣ لسنة ٢٠١٢ الذي طبق اعتباراً من ١/٦/٢٠١٢. حيث تم استحداث سندات تنفيذية جديدة أُضيفت إلى السندات التقليدية السالف الإشارة إليها، وهو الاتجاه السائد في القانون الإيطالي بصفة خاصة.

أ - اعتبار الشيكات سندات تنفيذية بناء على شهادة صادرة من المُحضر:

إذا صدر شيك من صاحب لصالح المستفيد وتوجه الأخير إلى البنك المسحوب عليه الشيك ثم تبين عدم وجود رصيد أو كان الرصيد غير كاف، فإن البنك يسلم المستفيد شهادة بعدم الدفع *certificat de non paiement*، ويقوم المستفيد بتسليم هذه الشهادة إلى المحضر الذي يقوم بإعلان الشهادة إلى مصدر الشيك، ثم ينتظر خمسة عشر يوماً. فإذا لم يتلق من الساحب تبريراً لعدم وجود الرصيد، فإن المحضر يسلم للمستفيد سنداً تنفيذياً وهو شهادة بعدم دفع قيمة الشيك، ويستطيع الدائن بمقتضاه اتخاذ إجراءات التنفيذ بالحجز على أموال المدين.

وهذا التطور الذي استحدث بقانون ١٩٩١/٧/٩ (المواد من ٣-٥) قد أكدت عليه المادة ١١١ من المرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ الصادر ٢٠١٢، هو تطور هام، يعطي فاعلية حقيقية للشيك كأداة وفاء، ويُغني الدائن وهو المستفيد من الشيك عن الحصول على حكم قضائي بحقه أو أمر أداء وهو ما يوفر الوقت والجهد والمال^(١).

فضلاً عن أن هذا التطور يستجيب لاتساع نطاق استخدام الأوراق التجارية سواء على المستوى الداخلي أو على مستوى العلاقات التجارية الدولية التي زادت بشكل كبير في السنوات الماضية.

ويأخذ حكم الشيكات خطابات الضمان المقبولة من المدين.

ب - الاتفاقات التي تتم بالوساطة والتي يعطيها القضاء العادي أو القضاء الإداري قوة تنفيذية:

بناء على توجه البرلمان الأوروبي صدر في عام ٢٠٠٨ توجه برقم ٥٢ للمجلس الأوروبي في ٢١/٥/٢٠٠٨ حول بعض الاتفاقات التي تتم عن طريق الوساطة *médiation* في المسائل المدنية والتجارية ويعطيها القضاء قوة تنفيذية. فقد اعتبر المشرع الفرنسي في المادة ٣ من قانون التنفيذ رقم ٦٥٠ الصادر في ١٩٩١/٧/٩

(١) انظر: حكم محكمة باريس في ٥/٧/٢٠٠١ منشور في *دالوز* ٢٠٠١ - ٣٣٠٨ وتعليق Julien على هذا الحكم - وانظر أيضاً: مقال N. Casal في مجلة المحضرين الفرنسية Rev.huiss سنة ٢٠١٢ ص ٢١٢.

ثم في المرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ الصادر عام ٢٠١٢، هذه الاتفاقات من السندات التنفيذية (م ٣/١١١)^(٢).

ووجه التجديد أن القضاء وليس المشرع هو الذي ينشئ السند التنفيذي في هذه الحالة، وهي أشبه بمحاضر الصلح transactions التي يعطيها رئيس المحكمة الكلية الأمر بالتنفيذ (م ٤ - ١٤٤١ مرافعات) ويكون دور القاضي هو التصديق على قرار الوساطة فيصبح هذا القرار سنداً تنفيذياً. وقد يكون القائم بالوساطة خبيراً ثم ينتهي إلى حل فإذا صدق عليه القاضي صار سنداً تنفيذياً. وأهمية هذا التجديد أنه أعطى لاتفاقات الأطراف التي تتم خارج القضاء قوة تنفيذية إذا صدق عليها رئيس المحكمة الكلية وتتحول إلى سندات تنفيذية. فالسند التنفيذي إجراء مركب من إرادة الخصوم وإرادة القاضي ولا يحتاج لوقت لإصداره.

وإجراء التصديق بواسطة القاضي أفضل من إجراءاته بمعرفة الموثق^(٣).

ولا يعد السند التنفيذي في هذه الحالة حكماً قضائياً بالمعنى الفني الدقيق، ولكنه أقرب إلى محاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم، والفرق بينهما أن محاضر الصلح تتم بعيداً تماماً عن تدخل القاضي وليس له رقابة على مضمونها، ولكن القاضي يراقب مضمون اتفاق الوساطة الذي يصدق عليه.

ج - القرارات الإدارية كسندات تنفيذية:

استقر القضاء والفقه على أن الإدارة لها بعض الامتيازات المسلم بها تقليدياً، وهي سلطة الأشخاص الاعتبارية العامة إذا كانت من أشخاص القانون العام Personnes morales de droit public في أن تُنشئ لنفسها سندات تم تكييفها قانوناً على أنها سندات تنفيذية. ويعطي التشريع لهذه القرارات خصائص الأحكام من حيث القوة التنفيذية، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا المبدأ^(٤). ولا يتم تنفيذ هذه القرارات الإدارية إلا بعد إعلانها للمنفيذ ضده، وهو ما تسير عليه محكمة النقض الفرنسية^(٥).

(٢) انظر بالتفصيل: B. Gorchés-Gélzer في مقال بعنوان نظرة انتقادية حول المرسوم ١٥٤٠-

٢٠١١ منشور في Droit et Procédure عام ٢٠١٢ بند ١٠.

(٣) انظر: في التعليق على نص المادة ٤-١٤٤١ مرافعات فرنسي مقال Taormina منشور في دالوز ٢٣٥٣-٢٠٠٢

(٤) انظر: نقض مدني فرنسي/ ٢ في ١٧/٦/١٩٩٨ دالوز معلومات سريعة ١٧٧ فيما يتعلق بقرار صادر من عمدة لتحصيل أجرة مباني مملوكة للدولة بناء على عقد إيجار يخضع للقانون الخاص.

(٥) نقض مدني فرنسي / ١ في ١٨/٣/٢٠٠٣ منشور في مجلة المحضرين Rev. huiss عام ٢٠٠٣-٣١٥ وتعليق C.caille.

وقد نص التشريع الفرنسي على اعتبار القرارات الإدارية سنداً تنفيذية في قانون التنفيذ ٦٥٠ الصادر في ١٩٩١/٧/٩ في المواد من ٣-٦، ثم أعيد النص عليها في المرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ الصادر سنة ٢٠١٢ في المادة ٦-٣-١١١، وقد جاء نص هذه المادة عاماً، بحيث يشمل القرارات الإدارية التي نص القانون على اكتسابها خصائص الأحكام القضائية.

Les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement

وحكمة هذا التجديد هو تسهيل حصول الإدارة على الديون العامة، ولذلك تستخدم هذه الوسيلة لتحصيل الديون في المسائل المالية وعلى الأخص الضرائب. ويرى البعض أن بعض الهيئات كمؤسسات الضمان الاجتماعي تملك إصدار قرارات إدارية لها قوة تنفيذية كالقرارات التي تصدر من أشخاص القانون العام التي لها شخصية اعتبارية (كالوزارات والهيئات المحلية)^(٦).

المطلب الثالث

الإصلاحات في مجال زيادة فعالية أحكام القضاء كسندات تنفيذية

تعتبر الأحكام القضائية سواء صدرت من القضاء العادي أو الإداري سنداً تنفيذية، فإذا كانت صادرة من محاكم الدرجة الثانية أو محكمة النقض فإنها تنفذ نفاذاً عادياً، أما إذا كان الحكم صادراً من محكمة أول درجة فإنه لا ينفذ جبراً إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل. وتتمتع الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري بالقوة التنفيذية Force exécutoire طالما وضعت الصيغة التنفيذية على صورة الحكم التنفيذية، وتم إعلانها قانوناً، وطالما لا يوجد ما يوقف القوة التنفيذية للحكم لرفع بعض طرق الطعن أو لإثارة الإشكال الأول في تنفيذه، فإن القوة التنفيذية للحكم تقتضي اتخاذ إجراءات التنفيذ mesure d'exécution.

ونظراً لأن تنفيذ الحكم النهائي يتطلب وقتاً طويلاً للبطء المعروف عن قضاء الموضوع، وتأخر الفصل في الطعون؛ لذلك يتجه التشريع الحديث إلى إعطاء قوة تنفيذية لأحكام أول درجة وهو ما يسمى بالنفاذ المعجل أي تنفيذ هذه الأحكام رغم قابليتها للاستئناف أو وقوع الطعن فعلاً. فالنفاذ المعجل exécution Provisoire يعالج مشكلة الحصول على الحماية العاجلة التي قد يحتاجها المحكوم له.

(٦) انظر: مقال P.Ancel في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣ ص ١٣٥ وما بعدها بعنوان L'exécution par la puissance publique, La réforme de Procédure civile d'exécution

وإذا كانت القاعدة هي عدم تنفيذ الحكم الابتدائي فإن حالات النفاذ المعجل تكون كثيرة كما هو الشأن في القانون الفرنسي والمصري والكويتي، أما إذا كان النفاذ المعجل يعني تنفيذ الحكم رغم الطعن فيه فعلاً فإن حالات النفاذ المعجل تكون محدودة كما الشأن في القانون العراقي.

وينقسم النفاذ المعجل إلى نوعين نفاذ قانوني (حتمي) حيث يستمد الحكم قوته التنفيذية من القانون ذاته ولا يحتاج لطلب ولا يجوز رفضه عند طلبه^(٧)، ولا حاجة للنص عليه في الحكم. أما النفاذ الثاني وهو النفاذ القضائي فلا بد من طلبه صراحة^(٨)، ولا بد أن يرد النص عليه في منطوق الحكم وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم أو عدم الحكم به^(٩).

وقد حدث العديد من الإصلاحات في مجال النفاذ المعجل في القانون الفرنسي بدءاً من عام ١٩٧٣ فيما يتعلق بالنفاذ المعجل القضائي، وضمانات المحكوم عليه بحكم مشمول بالنفاذ المعجل على النحو الآتي:

أولاً - إلغاء شرط الاستعجال للحكم بالنفاذ المعجل القضائي:

صدر في فرنسا المرسوم المؤرخ في ١٢/٧/١٩٧٣ الذي ألغى به المشرع الفرنسي شرط الاستعجال urgence أو الخطر Peril كشرط ضروري للحكم بالنفاذ المعجل القضائي^(١٠). وذلك لأن كثيراً من المحكوم عليهم يرفعون استئنافاً ضد الحكم المشمول بالنفاذ المعجل ويطلبون وقف تنفيذ حكم أول درجة على الرغم من عدم وجود استعجال وهو ما أدى إلى شل فاعلية النفاذ المعجل.

وجاء تعديل ١٩٧٣ ليعطي القاضي الفرنسي سلطة تقديرية إطلاقية في تقدير وجود الاستعجال أو عدم وجوده للأمر بالنفاذ أو برفضه، ومن ثم لم يعد مطلوباً من القاضي أن يبرر أسباب الاستعجال في حكمه^(١١).

(٧) انظر: مقال Maurice في إنسكلوبيدي دالوز تعليقات ص ٢ بند ٢١.

(٨) انظر: مقال Henry souls بعنوان إصلاحات في النفاذ المعجل مجلة القوانين الجديدة ١٩٤٢-١-١٥٣.

(٩) سوليس، المقال السابق.

(١٠) اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية أن الضرر الجسيم والخطر شيئاً واحداً، انظر على سبيل المثال: محكمة باريس الكلية ٢٥/١/١٩٩٢ وتعليق Raynaud في المجلة الفصلية للقانون المدني R.T.V ١٩٤٣، ٢٨٤.

(١١) مقال رينيه موريس المشار إليه في إنسكلوبيدي (الوز ١٩٧٩-٥٢، ٥٣ وانظر أيضاً: مقال J.viatte في جازيت دي باليه D.1979 - 463.

وعندما صدر قانون المرافعات الفرنسي في عام ١٩٧٥ والذي نفذ اعتباراً من ١٩٧٦/١/١ فقد أكد هذا التجديد وجاء نص المادة ٥١٥ على النحو الآتي:
"يحكم القاضي بالنفاذ المعجل كلما وجد ذلك ضرورياً وملائماً حسب طبيعة الدعوى".

ويعني ذلك أن الأمر متروك لفطنة القاضي وتقديره ولا إلزام عليه بتسبيب حكمه، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض لتعلق الأمر بالواقع^(١٢).

ولازالت بعض القوانين تتطلب الاستعجال للحكم بالنفاذ المعجل كالقانون الإيطالي الذي يتطلب الخطر الذي يلحق بالمحكوم له من جراء تأخير التنفيذ، ولزال القانون المصري والكويتي يتطلبان وجود ضرر جسيم يلحق بالمحكوم له للحكم له بالنفاذ المعجل، وأن يسبب القاضي حكماً تسببياً وافياً بالنسبة لوجود الضرر (م ١٩٤ / د. مرافعات كويتي) وذلك تمشياً مع الوضع الذي كان قائماً في فرنسا قبل عام ١٩٧٣.

ثانياً - قصر سلطة المحكمة في وقف النفاذ المعجل على حالات النفاذ المعجل القضائي دون حالات النفاذ الحتمي (القانوني):

تستهدف قواعد التنفيذ الجبري تحقيق التوازن بين مصلحة المحكوم له والمحكوم ضده. وطالما سمح القانون للمحكوم له أن يطلب تنفيذ حكم أول درجة نفاذاً معجلاً، فإنه سمح في ذات الوقت للمحكوم عليه أن يطلب وقف هذا النفاذ الذي منحتة محكمة أول درجة للحكم أو الأمر، وذلك من المحكمة التي تنظر الاستئناف أو التي تنظر التظلم إذا كان النفاذ المعجل بناء على أمر على عريضة أو بناء على أمر أداء.

وجرياً على ما كان عليه قبل صدور قانون المرافعات الفرنسي الجديد، فإن القانون المصري يجيز للمحكمة التي تنظر الاستئناف أو التظلم وبناء على طلب الطاعن، وقف النفاذ المعجل الذي منحتة محكمة أول درجة سواء أكان قانونياً أم قضائياً. حيث تصدر النص الذي يتكلم عن وقف النفاذ المعجل بعبارة وفي جميع الأحوال (م ٢٩٢ مصري). ولذلك يرى الفقه المصري أن وقف النفاذ يشمل كلا النوعين من النفاذ. ويأخذ القانون الكويتي بذات المبدأ وإن لم ترد عبارة وفي جميع الأحوال في المادة ٢/١٣٣ مرافعات كويتي.

ولما صدر قانون المرافعات الفرنسي الجديد فقد قصر وقف النفاذ المعجل على

(١٢) نقض مدني فرنسي في ٢١/٧/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض الفرنسي ٢-٢٦١.

حالات وقف النفاذ المعجل القضائي فقط. أما حالات النفاذ المعجل القانوني (كالأحكام الصادرة في المواد المستعجلة وفي مواد النفقات.... الخ) فلا يجوز وقف قوتها التنفيذية^(١٣).

وفكرة القانون الفرنسي هي إعطاء فاعلية حقيقية لأحكام أول درجة. وأنه طالما أن المشرع هو الذي قرر النفاذ المعجل فلا يمكن أن يوقفه القاضي. أما في حالات النفاذ القضائي، فإن القاضي، في المحكمة الأعلى يُعقب على قاضٍ في محكمة أدنى في مسألة النفاذ المعجل وهو أمر منطقي تماماً.

لذلك يتعين تعديل النصوص في القانونين المصري والكويتي ومن يأخذ بموقفهما، بحيث ينصب وقف النفاذ المعجل على الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل القضائي من محكمة أول درجة دون غيرها. وذلك لإعطاء فاعلية لأحكام أول درجة المشمولة بالنفاذ المعجل القانوني؛ لأنها غالباً ما تكون أحكاماً مستعجلة أو أوامر على عرائض، وهي تصدر بإجراء وقتي لا يمس أصل الحق، كما أن الأحكام الصادرة بنفقات لا يصح وقف تنفيذها نظراً لحاجة الصادر لصالحه الحكم ولأن حقه مؤكد. كما أن الأحكام الصادرة في المواد التجارية مشمولة وجوباً بالكفالة ولا خشية من تنفيذها معجلاً بعد تقديم الكفالة.

ثالثاً - إلغاء الصور المختلفة للكفالة واختيار المحكوم له صورة منها ومنازعة المحكوم عليه في هذا الاختيار، وترك تحديد نوع الكفالة للقاضي بحكم غير قابل للطعن:

جرى قانون المرافعات الفرنسي القديم على أنه حماية لمصالح المحكوم عليه بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، فإنه يتعين إلزام المحكوم له بتقديم كفالة كضمانة لإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا ألغي الحكم المشمول بالنفاذ المعجل أو الأمر من محكمة الطعن.

والأصل في الكفالة أن تكون جوازية أي يجوز الأمر بها أو عدم الأمر بها والكفالة جوازية في كل حالات النفاذ المعجل القضائي.

ولكن المشرع قد يعين بعض حالات لا يجوز فيها طلب الكفالة حيث يكون

(١٣) انظر: مقال Giverdon في جيرس كلاسير المرافعات ٤٦-٧٢٤ وانظر: حكم محكمة باريس الكلية في ١٩٧٦-١٩٠٣ J.C.P 18354-2-1976 وتعليق Haine على هذا الحكم وتعليق آخر على حكم صادر من نفس المحكمة بتاريخ ١٥/١٢/١٩٧٦ J.C.P 18277-2-1976.

الإعفاء منها واجباً، ويعين حالات أخرى تكون الكفالة وجوبية بحيث لا يمكن البدء في التنفيذ إلا بعد إيداعها، وتكون الكفالة واجبة في المواد التجارية ولا يجوز اشتراطها في حالات النفاذ المعجل الحتمي طبقاً للقانون الكويتي (م ١٩٤).

وقد أخذ القانونان المصري والكويتي بهذا الفكر فأورد المشرعان ثلاث صور للكفالة، يختار الملزم بتقديمها واحدة منها وهي أن يقدم الملزم بالكفالة كفيلاً شخصياً، أو إيداع مبلغ من النقود خزانة المحكمة، ومن لا يجد لا هذا ولا ذاك فإنه يطلب بيع المال المحجوز وإيداع المتحصل خزانة إدارة التنفيذ إلى حين تحديد مصير الحكم أو الأمر المشمول بالنفاذ المعجل. ويعلن الملزم بالكفالة اختياره إلى الطرف الآخر ويستطيع الأخير المنازعة في الكفالة التي قدمها الطرف الأول وذلك بدعوى ترفع خلال أجل قصير (ثلاثة أيام في القانون الكويتي) ويختص بنظر هذه الدعوى المحكمة الجزئية ويكون الحكم الصادر فيها غير قابل للطعن بالاستئناف^(١٤).

وقد عدل قانون المرافعات الفرنسي الجديد عن هذا التنظيم للكفالة في النفاذ المعجل، لأن المنازعة في الكفالة تحدث في الغالب الأعم من الأمور وتوقف التنفيذ لحين الفصل في المنازعة. لذلك نص القانون الفرنسي المشار إليه (م ٥١٨) على أن المحكمة التي تريد القضاء بها عليها أن تحدد نوع الكفالة بحكم غير قابل للطعن. وبذلك ألغيت النصوص التي تنظم المنازعة في الكفالة، ولم تعد المحاكم تنشغل بها ولم يعد التنفيذ يتعطل بسبب بطء المحكوم لصالحه في اختيار الصورة المناسبة وتفضيله الانتظار حتى يصبح الحكم نهائياً، وهو ما يهدر فائدة النفاذ المعجل.

المطلب الرابع

الإصلاحات في الأوامر على العرائض كسندات تنفيذية، إلغاء التظلم والاكْتفاء بالاستئناف في كل الأوامر كسندات تنفيذية

تعتبر الأوامر على العرائض Ordonance sur réquête من السندات التنفيذية الشائعة الاستعمال، وكثيراً ما تُتخذ الإجراءات التحفظية mesures conservatoires كالحجز التحفظي saisie Consevatoires بناء على أمر على عريضة، وكذلك يوقع حجز ما للمدين لدى الغير saisie d' attribution بأمر على عريضة^(١٥).

(١٤) انظر بالنفصيل: مؤلفنا قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي، الكتاب الأول طبعة

٢٠١٣ من ص ٢٢٧ إلى ص ٢٣٤.

(١٥) كان هذا الحجز يسمى قديماً في فرنسا Saise arrêt.

وقد حدث تطور هام في نظام الأوامر على العرائض في القانون الفرنسي حيث اعتبرت هذه الأوامر أعمالاً قضائية واكتسبت خصائص العمل القضائي Acte Juridictionnel، وأهمها التسبب، حيث استلزم القانون تسببها كما تسبب الأحكام (م ٤٩٥ / فرنسي جديد)، ولم يجز الطعن فيها إلا بطريق الاستئناف، ولها حجية مؤقتة ولكنها لا تستنفذ سلطة القاضي^(١٦).

ولم يواكب التشريعان المصري والكويتي هذا التطور حيث يشوب التنظيم التشريعي للأوامر على العرائض كسندات تنفيذية العيوب الآتية:

أولاً: أخذ المشرعان المصري والكويتي بمبدأ تحديد حالات استصدار الأمر في الحالات التي ينص عليها القانون وهو اتجاه خاطئ (م ١٦٣ كويتي). لأن المشرع لا يمكن أن يحصر سلفاً كل حالات الأوامر. وقد أخذ القانون الفرنسي (م ٢/٨١٢ مرافعات) باتجاه عكسي حيث سمح للقاضي بإصدار الأوامر على العرائض إذا كانت توجد حالة استعجال، أو كانت الضرورة تقتضي إصدار الأمر في غيبة الخصم الآخر.

ثانياً: يستلزم القانون المصري (م ٢/١٩٢) عدم تسبب الأوامر على العرائض إلا إذا صدرت على خلاف أمر سابق، فيتعين ذكر أسباب الأمر الجديد وإلا كان باطلاً.

أما القانون الكويتي فلم يعد يتطلب التسبب في جميع الأحوال بعد التعديل الذي حدث بالقانون ٣٦ لسنة ٢٠٠٢، وبذلك لا يخضع القاضي في الكويت لأية رقابة عند إصدار الأمر؟؟؟

ثالثاً: يُجيز القانون المصري والكويتي الطعن في الأمر بالتظلم، ثم يطعن في الحكم الصادر في التظلم بالاستئناف. ويجيز القانونان للمحكمة التي تنظر التظلم والتي تنظر الاستئناف وقف القوة التنفيذية للأمر على عريضة مع أن النفاذ قانوني؟؟ وبذلك تشل فاعلية الأوامر على العرائض. وتتعدد طرق الطعن فيها وهو ما يهدر قوتها التنفيذية. وكان يجب الأخذ بنظام الطعن بالاستئناف فقط أمام رئيس المحكمة الأعلى ودون إعلان في حالة رفض الأمر، حتى لا يفسد التظلم فاعلية الأمر على عريضة وضياع عنصر المفاجأة؟؟ وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي " م ١/٤٩٦ من قانون المرافعات ".

(١٦) انظر: بالتفصيل

Roger Perrot, le inversion du contenu ou les prouesses de L'ordonnance sur requête in Mélang. Normanad- lite 2003.P387.

Ph. Bettin, L'ordonnance sur requête et le nouveau signataires Gaz. Pal.Tom.- Doc 294.

المبحث الثاني فلسفة المرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ الفرنسي ٧٨٣-٢٠١٢ ووسائل الإكبار على التنفيذ

المطلب الأول الفلسفة الأساسية للقانون الفرنسي هي الفاعلية لصالح طالب التنفيذ، والإنسانية لصالح المنفذ ضده أولاً - الفاعلية لرعاية مصالح الدائن:

أ - هجر قانون التنفيذ الفرنسي الجديد الفلسفة التي كانت تنحاز للمدين باعتباره الطرف الضعيف، وارتكز قانون التنفيذ الفرنسي الجديد على فلسفة قوامها تحقيق فاعلية L'effectivité لطرق التنفيذ مما يؤدي إلى حصول صاحب الحق على حقه. وإمكان تحقيق هذه الفاعلية عن غير طرق التنفيذ كاللجوء إلى الحلول الودية amiable^(١٧). وهو ما أكدته قانون التنفيذ الفرنسي (القانون ٦٥٠-٩١ في ٩/٧/١٩٩١) والمرسم بقانون ٧٨٣ الصادر في ١/٦/٢٠١٢ في المادتين ٣٢ و ١١١-٨ L وقد أكد القانون المشار إليه ومن بعده المرسوم بالقانون ٧٨٣-٢٠١٢ في المادة الأولى على "حق الدائن أن يقهر عناد المدين الممتنع عن التنفيذ بشرط احترام الشروط المنصوص عليها في القانون (م ١/١)"^(١٨) وأهمها الحق في التنفيذ الجبري الذي ينشأ من وجود سند تنفيذي من السندات التي ينص عليها القانون. وقد تأثر القانون الفرنسي في ذلك بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان واعتبر أن القضية العادلة Procès équitable تقتضي مراعاة مصلحة الدائن ومصلحة المدين^(١٩) معاً. وأنه لا يصح أن يخوض الدائن خصومة جديدة مع المدين وهو يحمل سنداً تنفيذياً خاصة إذا كان حكماً، وحتى لو كان السند التنفيذي لم يعد قطعياً بعد كالسندات الوقتية (الأحكام المستعجلة والأوامر على العرائض).

(١٧) انظر: مقال Ph thirty في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٩٣ في الجزء المخصص لإصلاحات إجراءات التنفيذ procédures d'exécution.

(١٨) تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى على ما يلي:
Tout créancier put, dans conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard.

(١٩) Gérard Couchez et Daniel lebeau, voies d'exécution 19 éd 2012 no 13.P10

- ب - وقد عالج القانون الفرنسي مشكلة معرفة القائم بالتنفيذ وهو المحضر للمعلومات التي تمكنه من معرفة ثروة المدين المنقولة، سواء أكانت منقولات مادية أم معنوية. وأصبحت واجبات المحضر محددة في الحصول مباشرة على المعلومات التي تمكنه من معرفة أموال المدين مهما كان طريق الحجز^(٢٠).
- ج - وقد امتدت الفاعلية أيضاً إلى الإجراءات البسيطة والسريعة بحيث تبدأ دون تدخل من القاضي بقدر الإمكان. فأصبحت توجد إجراءات حجز على المنقول بناء على سندات تنفيذية غير قضائية، ولكن نطاق هذا الأمر محدود لأن القاضي يتدخل إذا وجدت منازعات تنفيذ أو خصومات تقتضي تدخله.
- د - ومن مظاهر الفاعلية إعطاء قاضي التنفيذ دوراً هاماً وتوسعة اختصاصاته في مسائل التنفيذ، وأبرز مثال ما جاء بالقانون الصادر عام ٢٠٠٦ بإجراء إصلاحات في مجال الحجز على العقار حيث وسع اختصاصات قاضي التنفيذ في مجال التنفيذ على العقار وجعله مختصاً دون غيره بإجراءات بيع العقار المحجوز عليه، وتوزيع حصيلة بيع العقار المحجوز عليه، والفصل في المنازعات الناشئة عن إجراءات الحجز على العقار، وأسند إليه الاختصاص بالإجراءات التحفظية على العقار التي تتسم بالبساطة والسرعة، وهكذا ركز التشريع كل هذه الأمور في يد قاضي التنفيذ^(٢١).

ثانياً - الاهتمام بالجوانب الإنسانية رعاية لمصلحة المدين:

- اهتم المشرع الفرنسي بتحقيق المواءمة بين مصالح الدائن ومصالح المدين، فتضمن التشريع بعض النصوص التي تكفل إنسانية Humaniser إجراءات التنفيذ.
- أ - ومن هذه النصوص ما يتعلق باحترام السكن الخاص للمدين، ولم يقتصر الأمر على النصوص التي تنظم إجراءات الطرد وحظر ذلك خلال فصل الشتاء، بل تناول حظر الحجز على بعض المنقولات اللازمة لإقامة المدين وأسرته، وأن يكون هذا الحجز ذا طابع احتياطي لا يلجأ إليه إلا بعد الحجز على حساب الدائع، وعلى الجزء الجائز حجزه من مرتب الموظف أو العامل، وعدم جواز الحجز على المنقولات اللازمة لسكن المدين وذلك لاستيفاء الديون قليلة القيمة عدا ديون النفقة.
- ب - ومن خصائص رعاية المدين عدم اللجوء إلى البيع الجبري لمنقولات المدين إلا بعد فشل محاولة البيع الودي أولاً، مع مراعاة الشروط الواردة في المادة ١٦٥ من

(٢٠) جيرار كوشيز المرجع السابق بند ١٥ ص ١٥.

(٢١) J.vincent et Prévault, voies d'exécution. Dalloz 1999, 19 éd No 15.

القانون. وقد أجاز المشرع الفرنسي ذات المبدأ بالنسبة للبيع الجبري للعقار وذلك في إصلاحات عام ٢٠٠٦ مع أخذ إذن القاضي في بعض الحالات.

ج - وقد اهتم المشرع الفرنسي بتنظيم إجراءات طرد المستأجر أو شاغل العين بلا سند mesure d'expulsion (المواد ٤١١ إلى ٤٥١ من القانون) وأجاز للمستأجر اللجوء إلى القاضي لوقف قرار الطرد، ولا ينفذ حكم الإخلاء إلا بعد إنذار المستأجر^(٢٢) ولا يكون الإخلاء إلا بحكم قضائي أو سند آخر صادر من القضاء أو بموجب محضر صلح مصدق عليه، ولا ينفذ قرار الإخلاء إلا بعد مضي شهرين من تاريخ الإنذار بالإخلاء. ويجوز للقاضي إلغاء مهلة الشهرين في حالة طرد غاصب العقار بلا سند، ولكن يجوز للقاضي في غير هذه الحالة مد مهلة الإخلاء لمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ثم زيدت المدة إلى سنة.

ثالثاً - إعطاء القاضي سلطة جدولة الدين وإنقاص الفوائد:

أ - يجيز القانون المدني الفرنسي في المادة ١٢٤٤ فقرة ١ ب ٣ للقاضي أن ينظم اقتضاء الدين d'aménager le rglement la dette مع ملاحظة مقدار الدين، طالما أن هذا الدين ليس دين نفقة. وتتم الجدولة في حدود سنتين، وله أن ينقص مقدار الفوائد بشرط ألا تقل عن الفائدة القانونية وأن يقدر القاضي سداد أصل الدين أولاً ثم الفوائد بعد ذلك.

ب - وإذا قرر القاضي الجدولة فإن هذا القرار يوقف إجراءات التنفيذ بقوة القانون إذا كانت قد بدأت في مواجهة الدائن. ويوقف سريان الفوائد خلال فترة التوقف وأي اتفاق خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكتب non écrite. وقد صدر في ١/٧/٢٠١٠ قانون تنظيم هذه المسألة، وسبقه قوانين أخرى تتعلق بحماية المستهلك تقرر ذات المبدأ^(٢٣) ويتعلق قانون ٢٠١٠ بالإصلاحات الخاصة بديون المستهلكين.

(٢٢) انظر في شرح تفصيلي لطرد المستأجر: مقال

J.Beauchard, le logement et le procédure civile d'exécution. PTD.civ 1993 P 109

وانظر أيضاً مقال:

A.Léon et L. choquet, la Pratique de L'expulsion le cahiers de L, ENP, 2011

(٢٣) انظر بالتفصيل مقال: 47-2004 Rev. huis Vigneau, les réformes du surendettement.

وفي شرح قانون ١/٧/٢٠١٠ مقال كل من:

S-Piedelivère, les, nouvelles règles relatives au surendettement des Particuliers.

C.P.2010 858, Vigneau, La, reforme du droit du surendettement Par La loi du

La Juillet 2010, D. 2010. 2593.

المطلب الثاني وسائل التنفيذ أو الإجبار على التنفيذ الحبس والمنع من السفر والغرامة التهديدية

أولاً - الحبس واعتبار عدم الوفاء أو تهريب المدين لأمواله قبيل الحجز جريمة جنائية:

أ - تعرف بعض القوانين الحبس la contrainte par corps كوسيلة للضغط على المدين من أجل الوفاء بديونه. وكان قانون المرافعات الفرنسي يعرف هذه الوسيلة منذ عام ١٥٦٦ في مرسوم مولان، وفي عام ١٦٦٧ ألغى هذا المرسوم الحبس من حيث المبدأ مع إجازته في خطابات الضمان والأوراق التجارية، وظل الحبس قائماً بعد الثورة الفرنسية ونظمه تفتين نابليون الصادر ١٨٠٦ إلى أن ألغى بقانون ١٩٦٧/٧/٢٢^(٢٤).

وكان الحبس جائزاً لاقتضاء المبالغ المحكوم بها كتعويضات من المحاكم الجنائية، وفي عام ١٩٥٨ ألغى هذا الحبس ولم يعد الحبس جائزاً إلا في حالة الحكم بالغرامات المستحقة للدولة (م ١٤٨٥ من قانون الضرائب)، كما أصبح جائزاً في بعض المخالفات الاقتصادية^(٢٥).

وقد ساعد على اندثار الحبس في الديون المدنية في فرنسا تصديق فرنسا على اتفاقية نيويورك في ١٩٦٦/١٢/١٦ التي تمنع الحبس في الالتزامات التعاقدية، ومع ذلك ظهر في فرنسا من ينتقد إلغاء الحبس في التعويضات المحكوم بها من المحاكم الجزائية^(٢٦).

ب - وقد أجازت كل التشريعات العربية عدا القانون المصري حبس المدين نقلاً عن قانون الإجراء (التنفيذ) العثماني القديم والمؤقت الصادر ١٩١٤. وقد استقى هذا القانون الفكرة من الراجح في الفقه الإسلامي، ومن ثم أجاز القانون الكويتي الحبس (م ٢٩٢ - ٢٩٨ مرافعات) كما أجاز القانون العراقي^(٢٧) والسوري^(٢٨) وكل الدول العربية.

(٢٤) Glasson, Tissier et Morel, Traité élémentaire de voies d'exécution. Tom 4 - N 1421-P1422.

(٢٥) Marce Donier, voies d'exécution et procédure de distribution éd 2001. P18

(٢٦) Henry Petit, Faut-il rétablir la contrainte par corps au profit civile Rec, Dalloz sirey C.P.17.

(٢٧) أفرد قانون التنفيذ العراقي باباً من أبوابه للحبس.

(٢٨) نصره حيدر، طرق التنفيذ ١٩٦٦ بند ٢٨٠، ص ٣٠٣.

وقد اختلف الفقه بين مؤيد للحبس ومعارض له ولكل حججه القانونية. وتجزئ الشريعة الإسلامية حبس المدين إذا كان موسراً وممتنعاً عن الوفاء^(٢٩).

ونحن نرى تأييد الرأي الذي يؤيد الحبس لأنه وسيلة وقائية تتحاشى إجراءات التنفيذ الجبري ومشاكله، فقد تنجح هذه الوسيلة في حض المدين على الوفاء.

وجدير بالذكر أنه إزاء فشل فكرة الذمة المالية في حماية حقوق الدائن لسهولة تهريب المدين لأمواله، لجأت بعض الدول إلى تجريم أفعال المدين التي قد تضيع حقوق الدائن. فالجزء الجنائي لعدم تنفيذ أحكام النفقة معروف في معظم التشريعات وجريمة هجر العائلة معروفة في فرنسا (م ٥٧ عقوبات). وجُرم المشرع الفرنسي فعل المدين إذا هرب أمواله قبيل الحجز (م ٤٠٤ عقوبات مضافة بالقانون ٨٣-٦٠٨). ونص القانون الألماني (م ٢٨٨) على تجريم أعمال الغش التي يقوم بها المدين قبيل الحجز، ونص القانون الكندي (م ٨٤٣ مرافعات) على معاقبة من يعيق تنفيذ الأمر الصادر بالحجز.

ثانياً - المنع من السفر كوسيلة تنفيذ غير مباشرة:

أ - تأخذ بعض القوانين العربية بنظام منع المدين من السفر لعدم دفعه الديون المدنية على الرغم من قدرته على الوفاء، ومن هذه التشريعات القانون الكويتي في المواد من ٢٩٧ إلى ٢٩٨ والمعدلة بالقانون ٣٦ لسنة ٢٠٠٢، ويجوز المنع من السفر إذا كان حق الدائن محقق الوجود وحال الأداء، ولا يشترط صدور حكم قضائي بالمنع من السفر فيجوز بأمر على عريضة، ويشترط أيضاً يسار المدين وقدرته على الوفاء، ويشترط أخيراً احتمال فرار المدين. ويختص بإصدار الأمر بالمنع من السفر مدير إدارة التنفيذ أو من تنتدبه الجمعية العمومية للمحكمة الكلية من الوكلاء.

ب - ويجوز منع المدين الكويتي وغير الكويتي من السفر ولا توجد موانع تمنع إصدار هذا الأمر. ويعلن هذا الأمر الصادر بالمنع من السفر للمدين، ويسقط هذا الأمر إذا انقضى الحق الموضوعي لأي سبب (م ٢٩٨/١)، أو إذا وافق الدائن كتابة على إلغاء الأمر (م ٢٩٨/٢)، أو إذا قدم المدين كفيلاً، أو قام بإجراءات الإيداع والتخصيص. كما يسقط الأمر لأسباب إجرائية بحتة كعدم رفع المطالبة بالدين

(٢٩) انظر في تفصيل ذلك: رسالتنا، قاضي التنفيذ في القانون المصري والمقارن، طبعة ١٩٧٨ دار النهضة القاهرة، ومؤلفنا قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي طبعة ٢٠١٣ مؤسسة دار الكتب الكويتي من ص ٢٥ إلى ص ٣٠.

خلال ٧ أيام من صدور الأمر، أو إذا انقضت ثلاث سنوات على صدور الحكم النهائي في دعوى المطالبة بالدين الصادر أمر المنع من السفر لاقتضائه دون أن يتقدم المحكوم له بطلب إلى إدارة التنفيذ لتنفيذ الحكم (م ٢٩٨ والمعدلة بالقانون ٣٦ لسنة ٢٠٠٢)، أو إذا انقضت ثلاث سنوات على آخر إجراء صحيح من إجراءات التنفيذ دون أن يتقدم المحكوم له بطلب الاستمرار في مباشرة إجراءات التنفيذ^(٣٠) ولم ينظم قانون التنفيذ الفرنسي الجديد إجراءات لمنع سفر المدين، أو يضع شروطاً للمنع لأنه لا يقر المبدأ أساساً.

ثالثاً - الغرامة التهديدية l'astreinte كطريق من طرق التنفيذ وكوسيلة للإكراه على التنفيذ:

المفهوم التقليدي لفكرة الغرامة التهديدية:

أ - ظهرت فكرة الغرامة التهديدية كوسيلة لإلزام المدين الملتزم بالتزام عيني لا يجوز أن ينفذه سواه، وذلك بإلزامه بدفع مبلغ عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه الممتنع أصلاً عن تنفيذه، ويزيد هذا المبلغ كلما زاد التأخير. وقد ابتدع القضاء الفرنسي هذه الوسيلة ولم تقن في فرنسا إلا حديثاً جداً، وقد قننها كل من التشريع المدني المصري الصادر عام ١٩٤٩ في المادتين ٢١٣، ٢١٤ مدني، بينما قننها المشرع الكويتي في المادة ٢٩٢ من القانون المدني^(٣١).
واتسع نطاق تطبيق الغرامة التهديدية فأصبحت تستخدم في حالة الالتزام بامتناع عن عمل بحيث تفرض في كل مرة يقوم فيها الملتزم بإتيان العمل الممنوع عليه القيام به. كما في حالات المنافسة غير المشروعة أو الالتزام بعدم الغناء في ملهى مناسف، ويتسم الحكم الصادر بالغرامة التهديدية بأنه حكم وقفي provisoire وبأنه حكم تهديدي comminatoire.
ونظراً لعدم معرفة عدد المرات التي يخالف فيها المدين فإن الغرامة يجب أن يتعين مقدارها liquidation عند التنفيذ؛ أو إذا طال مدة الإصرار على مخالفة المدين لالتزامه (التصفية).

(٣٠) انظر بالتفصيل مؤلفنا: قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الكويتي الطبعة الثانية ٢٠١٣ من ص ٥٥ إلى ص ٨٤.

(٣١) انظر في الغرامة التهديدية في القانون الفرنسي: G.Marty, P.Raynaud, et Ph Jestaz, Droit civil, les obligations 2èd 1989 No.29 السنهوري طبعة ١٩٦٤ ص ٥١، ٥٢، والجزء الثاني طبعة ١٩١٥، ص ٨٠٤، وما بعدها وإسماعيل غانم، أحكام الالتزام بند ١٩ ص ٢٨-٣٠.

- ب - وقد بدأت الغرامة في أول ظهورها في القضاء نوعاً من التعويض يستحقه الدائن لعدم استيفائه لحقه أو للتأخر في ذلك، ثم بدأ ينظر إليها على أنها جزاء على المدين المماطل. فيعتقد عند تصفية مقدارها بالعت الذي بدا من المدين. وفي مرحلة أخيرة من التطور أصبحت الغرامة مستقلة عن التعويضات وينظر عند تصفيتها للضرر الذي أصاب الدائن ومقدار العنت الذي بدا من المدين.
- ج - وقد استمرت النظرة إلى الغرامة التهديدية بأنها ليست وسيلة لتنفيذ السندات التنفيذية، لأن الالتجاء إليها لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي، واقتصرت دورها على كونها وسيلة ضغط لتنفيذ بعض أنواع الالتزامات. ولذلك كان الحكم الصادر بها غير قابل للتنفيذ الجبري، لأن الحق غير محقق الوجود لاحتمال إعفاء القاضي المدين من مبلغ الغرامة نهائياً، كما أن الحق غير معين المقدار قبل إجراء التصفية لأن القاضي قد يزيد مقدار الغرامة أو ينقصه؛ لذلك أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي أن حكم الغرامة التهديدية غير واجب التنفيذ؛ لأنه حكم وقتي وهو تبرير غير صحيح قانوناً.

المفهوم الحديث لفكرة الغرامة التهديدية:

- أ - اتجه الفكر الإجرائي الحديث إلى ضرورة تنفيذ حكم الغرامة التهديدية؛ لأن ذلك يجعل منها وسيلة وقائية قد تنجح في عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري بالحجز والبيع إذا أوفى المدين تحت وطأة الغرامة التهديدية.
- وقد انقسم الفقه حول جواز تنفيذ حكم الغرامة أو عدم جواز تنفيذه، فظهر رأي يرى عدم جواز التنفيذ، وظهر رأي آخر أجاز تنفيذ حكم الغرامة التهديدية في ظل نصوص القانون المدني القائمة، وقد أيدنا الرأي الثاني.
- ب - وتعد هولندا أول دولة تصدر قانوناً ينظم فكرة الغرامة التهديدية عام ١٩٣٨. وعندما صدر قانون المرافعات في بلجيكا عام ١٩٨٠ نظم الغرامة التهديدية في صلبه وليس في القانون المدني (م ١٣٨٥ مكرر ب ١٣٨٥ مكرر / ٢)، باعتبارها أداة للإجبار على تنفيذ الأحكام القضائية بصرف النظر عن نوع الالتزام. وأساس الفكرة في القانون البلجيكي أن بلاد القارة الأوروبية لا تعرف جريمة احتقار العدالة contempt of court المعروفة في إنجلترا؛ لذلك لا بد أن تستخدم الغرامة التهديدية كوسيلة للإجبار على تنفيذ الأحكام، ومن ثم ترد في صلب القانون الإجرائي (المرافعات) مع وجودها في القانون المدني. ويستهدف وجود الغرامة التهديدية في صلب القانون الإجرائي التأكيد على دورها في احترام تنفيذ الأحكام والأوامر

الصادرة من القضاء مما يتحقق معه مبدأ سيادة القانون وهو أساس الدولة الحديثة^(٣٢).

ج - وقد أجاز القانون البلجيكي لكل القضاة سواء في القضاء المدني أو الإداري أو الجنائي إصدار الحكم بالغرامة التهديدية، وسواء أكان هذا القاضي هو قاضي الموضوع أو قاضي الأمور المستعجلة. وأجاز القانون البلجيكي الحكم على جهة الإدارة بغرامة تهديدية إذا امتنعت عن إعادة موظف مفصول لعمله أو برد مبالغ تم خصمها، أو إذا لم يقيم موظف في الإدارة بعمل يتعين عليه القيام به كالامتناع عن الاجتماع لمناقشة رسالة علمية^(٣٣).

وقد أجاز القانون البلجيكي تصفية مقدار الغرامة بمعرفة أي قاض، فلا يشترط أن يكون هو القاضي الذي حكم بالغرامة أو القاضي المختص بالتنفيذ، ويكون السند التنفيذي الذي يتم التنفيذ بمقتضاه لتنفيذ حكم الغرامة هو السند الصادر في الموضوع والذي حسم النزاع الأصلي؛ لذلك لا ينفذ حكم الغرامة إلا إذا كان هذا السند واجب التنفيذ، وبعد إعلان المنفذ ضده حسب القواعد العامة في التنفيذ^(٣٤).

التنظيم التشريعي لفكرة الغرامة التهديدية في القانون الفرنسي:

أ - صدر في فرنسا أول تشريع يجيز استخدام الغرامة التهديدية للإجبار على التنفيذ عام ١٩٤٩ في مجال طرد المستاجرين وشاغلي العين بلا سند. وعندما صدر القانون ٧٢-٦٢٦ الصادر في ٥/٧/١٩٧٢ فقد قنن فكرة الغرامة التهديدية، وابتدع نوعاً جديداً غير الغرامة المعروفة وهي الغرامة التهديدية الوقائية، وهذا النوع الجديد هو الغرامة التهديدية القطعية، ثم صدر قانون التنفيذ الفرنسي رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ فنظم الغرامة التهديدية القطعية وأصبحت الغرامة التهديدية وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري، ومنح قاضي التنفيذ سلطة الأمر بها لاحترام القرارات الصادرة منه، بل ولاحترام الأحكام والأوامر الصادرة من غيره من القضاة^(٣٥).

(٣٢) Marcel Storme, Lastreinte. Bulletin spirituel 1986. P 515 وهو الرئيس الحالي للجمعية الدولية لقانون المرافعات.

(٣٣) حكم مجلس الدولة البلجيكي في ١٩٨٢/٧/٨ مشار إليه في مقال storme المشار إليه في الهامش السابق.

(٣٤) حكم محكمة العدالة لدول البنولكس في ١٩٨٥ - ٥١٧ مشار إليه في مقال storme السابق الإشارة إليه بند ١١ ص ٥٢٠.

(٣٥) كان يوجد جدل في فرنسا حول اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بإصدار الحكم بالغرامة التهديدية، انظر في ذلك:

= Henri vizioz.les pouvoirs de Juge des référés en matière d'astreinte J.C.P 1-689, 1945.

وكان يوجد خلاف حول جواز إصدار المحاكم الإدارية لأحكام مقترنة بالغرامة التهديدية، وأجازت محكمة النقض الفرنسية الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية وأيد ذلك مجلس الدولة^(٣٦). وقد صدر القانون رقم ٥٣٩/١٩٨٠ في فرنسا أجاز إصدار أحكام بالغرامة التهديدية ضد الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة لإجبارها على تنفيذ أحكامها.

ب - وكان يوجد خلاف حول استقلال الغرامة التهديدية عن التعويضات أو عدم استقلالها، وبعد صدور القانون ٦٢٦-١٩٧٢ والقانون ١٩٩١/٦٥٠ وهو قانون التنفيذ، والمرسوم بقانون ٧٨٣/٢٠١٢ فقد تم بالمادة ١٣١/٢ من قانون ١٩٩١ حسم بعض الأمور وهي استقلال الغرامة التهديدية عن التعويضات وإعطاء كل القضاة بمن فيهم قاضي الأمور المستعجلة الحكم بالغرامة التهديدية. وأن يحكم بها دون طلب d'office والتمييز بين الغرامة التهديدية الوقتية والغرامة التهديدية القطعية l'astreinte definitive التي أنشئت لمعالجة عيوب الغرامة الوقتية، ولم يعد جائزاً الرجوع عن الغرامة التهديدية القطعية عند تصفيتيها إلا للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

ج - وقد أكد قانون التنفيذ الفرنسي الجديد (م ٣٣) على حق المحاكم في فرض غرامة تهديدية لضمان تنفيذ أحكامها وأوامرها، وبذلك أصبحت الغرامة الوقتية وسيلة للإجبار على تنفيذ الالتزام، وأصبحت الغرامة القطعية وسيلة لتنفيذ الأحكام الصادرة في كل أنواع الالتزامات ولو بدفع مبلغ من النقود.

وقد أكد قانون التنفيذ الفرنسي الجديد على سلطة قاضي التنفيذ في إصدار حكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ الحكم الصادر منه أو من غيره من القضاة (م ٣٣/٢، وهي المادة ١٣١ بالمرسوم بقانون ٧٨٣ لسنة ٢٠١٢) إذا بدا من الظروف أن ذلك ضرورياً، وبذلك أصبحت توجد وسيلة فعالة للإلزام المنفذ ضدهم على تنفيذ السندات التنفيذية الصادرة ضدهم، ويستطيع قاضي التنفيذ الحكم بالغرامة ولو لم يكن الحكم الأصلي مشمولاً بها^(٣٧).

د - وقد حسم قانون التنفيذ الفرنسي الجديد بعض الخلافات حول الغرامة التهديدية

= R.Rayand.Distinction entre lastreinte et les dommages intérêt in, mélanges Secret 1966 P.249.

(٣٦) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٣/٧/١٩٥٦ منشور في ١٩٥٦ G.pal.

(٣٧) نقض مدني فرنسي في ٢١/١/١٩٩٢ مجموعة النقض ج ٤ بند ٣١ ص ٢٦.

القطعية وكانت بعض أحكام القضاء قد رفضتها باعتبارها عقوبة مدنية^(٣٨)، ولكنها أصبحت أمراً قائماً بصدور قانون التنفيذ الجديد، وأوجب القانون على القاضي عندما يحكم بها أن يحدد نوعها، فإذا لم يحدد تكون وقتية. وأوجب القانون على القاضي عند الحكم بالغرامة القطعية أن يحدد مدتها حتى لا يلتزم المدين بدفع مبلغ كبير للدائن بخلاف التعويضات، مما يؤدي إلى الإثراء بلا سبب على حساب المدين، كما أصبح فرض الغرامة القطعية أمراً احتياطياً. ومن أبرز التعديلات التي جاءت بقانون التنفيذ أنه أسند إلى قاضي التنفيذ تصفية مقدار الغرامة بنوعيتها سواء أكان هو الذي أمر بها أم كان غيره^(٣٩). ويختص بذلك إلا إذا كانت المحكمة التي أصدرت حكم الغرامة قد احتفظت بسلطتها في تحديد مقدارها، أو كانت المحكمة التي أصدرت الحكم لم تستنفد سلطتها بإصداره. وبعد تعيين مقدار الغرامة فإن الحكم ينفذ بها على أموال المدين بطرق الحجز المختلفة. وقد نص القانون (م ٣٧/١) على أن الحكم الصادر بالغرامة بنوعيتها نافذ نفاذاً معجلاً بقوة القانون، ولا يجوز طلب وقف النفاذ في فرنسا لأنه نافذ معجل قانوني.

(٣٨) نقض مدني فرنسي / ١ في ١٩٩١/١١/٢٠ مجموعة النقض ج ٢ بند ٣٠٨ ص ١٦٣
(٣٩) وعدل المشرع بذلك عن الوضع الذي كان قائماً في ظل القانون ٦٢٦-٧٢ الذي كان يسند إلى القاضي الذي أصدر الغرامة تحديد مقدارها دون غيره.

المبحث الثالث مستجدات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد في طرق التنفيذ المختلقة (الحجوز)

المطلب الأول في نطاق الحجز على المنقول

تتسم إجراءات الحجز على المنقول بالبساطة بالقياس إلى إجراءات الحجز على العقار لسببين، الأول اقتصادي وهو أن المنقولات ليست لها قيمة العقارات، والثاني فني هو عدم وجود حق التتبع بالنسبة للمنقول؛ لذلك فإن إجراءات هذا الحجز ذات طابع غير قضائي. extra - judiciaire. وقد أكد قانون ٢٠٠٦ المتعلق بالحجز على العقار الطابع القضائي لهذا الحجز على عكس المنقول^(٤٠). ويترتب على الحجز أياً كان طريقه عدم نفاذ تصرفات المدين في المنقول المحجوز indisponibilité، ويترتب عليه إعطاء الدائن الحاجز مركزاً ممتازاً كما لو كان صاحب حق عيني تبعي، وهذا التجديد من أهم مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد.

وقد عالج قانون التنفيذ الفرنسي الجديد (القانون ٦٥٠ سنة ١٩٩١) إجراءات الحجوز التنفيذية على المنقول في المواد من ٢١١ إلى ٢٥١ وهي تتضمن نصوصاً للحجز التنفيذي على المنقول وأخرى تحفظية. وسار المرسوم بقانون ٢٠١٢/٧٣٨ عى ذات المبدأ حيث تضمن قواعد للحجز التنفيذي في المواد من م ٥١١ إلى م ٥٣٣ وقواعد للحجز التحفظي في المواد من ٦٧ إلى ٧٩.

أولاً - إجراءات الحجز التنفيذي على المنقول المادي meuble corporel لدى المدين^(٤١):

أ - ميز القانون بين إجراءات الحجز على المنقولات المادية، والحجز على المبالغ النقدية، والحجز على الأسهم والسندات والقيم المنقولة.

وقد ميز القانون الفرنسي بين الحجز بقصد البيع saisie vente والحجز على المنقولات المادية وضبطها ولو في غير حيازة المدين saisie appréhension، والحجز على المركبات التي تسير على الأرض بموتور.

(٤٠) جيرار كوشيز المرجع السابق بند ١٣٤ مكرر

(٤١) Ph Herbin, la saisie de meubles corporels المجلة الفصلية للقانون المدني P 83 et suiv

1993 R. Trim.C

وتتميز إجراءات الحجز التنفيذي الذي ينتهي بالبيع^(٤٢) بأن الدائن يجب أن يكون بيده سند تنفيذي واجب النفاذ، ويتضمن حقاً محقق الوجود وحال الأداء ومعين المقدار. ويشترط أن تكون المنقولات مملوكة للمدين وأن تكون في حيازته وحتى ولو كانت في حيازة الغير (المادة ١-٢٢١، ٩-٢٢١ من قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ، وهي المواد ١/٥٠ من قانون ١٩٩١).

- ب - والجديد الذي جاء في هذا القانون هو إلغاء النصوص القديمة التي كانت تجيز الحجز على المنقولات المادية لدى الغير بإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير.
- ج - ومن جهة أخرى فقد استحدث القانون الفرنسي قواعد خاصة للحجز على المنقولات الخاصة بالسكن الذي يقيم فيه المدين. فإذا كان الحجز على منقولات في السكن الخاص يحوزها غير المدين فلا يوقع الحجز عليها إلا بإذن من قاضي التنفيذ في جميع الأحوال (م ٢٢١ من قانون ٧٨٣ لسنة ٢٠١٢). وإذا كانت قيمة حق الدائن لا تتجاوز ٥٣٥ يورو فإن الحجز على المنقولات بمسكن المدين لا يكون جائزاً، إلا إذا كان الحجز على حساب الودائع أو مستحقات المدين لدى رب العمل غير ممكن. فإذا أمكن الحجز على النقود لا يجوز للدائن الحجز على منقولات المدين الكائنة بمسكنه، وفي جميع الأحوال لا يجوز الحجز على هذه المنقولات إلا بإذن من قاضي التنفيذ يصدر على عريضة (المادة ٢/٢٢١ والمادة ١/٥١ من القانون).
- د - وعن إجراء الحجز التنفيذي على المنقول يجب اتخاذ مقدمات التنفيذ وهي إعلان المدين بالسند التنفيذي وتكليفه بالوفاء قبل توقيع الحجز، وهو ما يشجع المدين سيئ النية على تهريب المنقولات، وإذا لم يحدث التكليف يكون الحجز باطلاً. وتسري في حق المدين بعد تكليفه بالوفاء الفوائد التأخيرية ويترتب عليه قطع التقادم الساري لمصلحة المدين. ويجب الانتظار لمدة ثمانية أيام بعد إعلان التكليف بالوفاء، فإذا لم يف المدين فيمكن أن تبدأ عمليات الحجز (م ١٠ - ٢٢١). ويتم الحجز بانتقال المحضر ولا يحضر الدائن إلا بإذن من القضاء، وإذا اقتضى الأمر فتح الأبواب بالقوة فلا بد أن يصاحب المحضر مندوب عن عمدة المنطقة maire de la commune. وإذا لم يوجد شاهدان يلزم حضور الشرطة أو الجندرية، ويحرر المحضر محضراً بالحجز يتضمن جرد الأشياء التي يجري عليها التنفيذ (م ١٦ - ١ - ٢٢ من قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ سنة ٢٠١٢) ويتضمن المحضر جرد المنقولات تفصيلاً.

(٤٢) نظمت إجراءات هذا الحجز في قانون ١٩٩١ في المواد من ١٥٠ إلى ٥٥ ونظمت في قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري ٧٨٣ لسنة ٢٠١٢ في المادة ٢٢١ بفقراتها الست والمادة ٢٢٤

ويعين المدين حارساً، ولا يملك المدين التصرف في المنقولات المحجوزة وإن تصرف يكون تصرفه غير نافذ (م ١٣/٢٢١ من قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ).

وحتى لا يمكن استبدال المنقولات فقد أجاز القانون للمحضر أن يصور المنقولات فوتوغرافياً (م ١٢/٢٢١).

هـ - ووضع المشرع الفرنسي قواعد خاصة للحجز على النقود، فقد أوجب القانون على المحضر أن يذكر في محضر الحجز المبلغ المحجوز عليه وإلا كان الحجز باطلاً. ويستطيع المدين خلال شهر من إعلانه بمحضر الحجز إثارة منازعات التنفيذ أمام قاضي التنفيذ الذي يقع الحجز في نطاق اختصاصه. فإذا ثارت المنازعة في الموعد فإن قاضي التنفيذ يملك أحد خيارين إما تسليم المبلغ للدائن أو يرد المبلغ للمدين. وإذا لم يختار أحد الحلين فإنه يقوم بإيداع المبلغ خزانة المحكمة، وإذا لم تحدث منازعة من المدين خلال شهر يُسلم المبلغ للدائن وتنزل قيمته من مقدار الدين الذي يطالب به^(٤٣).

و - وإذا كانت المنقولات للمملوكة للمدين ليست في حيازته وإنما في حيازة الغير tiers الذي يحوز المنقولات لحساب المدين، فإن المحضر يكلف الغير بالوفاء بإعلان، ثم يخبر المدين خلال ثمانية أيام من الإعلان، ويتضمن التكليف تكليف الغير بإيضاح منقولات المدين التي يحوزها، والإفادة عن سبق توقيع حجوز عليها (م ٢١ - ٢٢١). وتوقع جزاءات على الغير إذا أدلى ببيانات كاذبة mensongere أو غير مضبوطة حيث يمكن إلزامه شخصياً بدين الحاجز فضلاً عن التعويضات (م ٢١/٣-٢٢١) ويمكنه الرجوع على المدين.

وإذا رد الحائز بأنه لا توجد منقولات للمدين في ذمة الحائز، أو رفض الرد توقع الجزاءات السالف الإشارة إليها، أما إذا رد إيجابياً بوجود منقولات فإنه يتم تحرير محضر حجز l'acte de saisie ويتم جرد المنقولات. ويتضمن المحضر الإشارة إلى السند الذي تم الحجز بمقتضاه، واسم وموطن الحائز، وإخطار الحائز بأنه سيلزم بدفع دين الحاجز والتعويضات إن قدم بياناً déclaration كاذباً أو غير منضبط. وتجرّد المنقولات تفصيلاً، ويخطر الحائز بأنه ليس من حقه التصرف في الأموال أو استبدالها، ويخطر بالقضاء المختص بنظر منازعات التنفيذ^(٤٤).

R.Perrot, R.T.CIV. 1995-195

(٤٣)

(٤٤) ويخطر الحائز أيضاً بالجزاءات الجنائية التي توقع عليه في حالة اتلاف المنقولات التي في حوزته.

وبعد تحرير محضر الحجز بواسطة المحضر يتعين إعلانه إلى الغير الذي تم الحجز على الأموال التي تحت يده (م ٢٤-٢١ والمادة ٢٥-٢٢٥ R من قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ ٢٠١٢). وعلى الغير أن يعلن خلال ثمانية أيام من إعلانه سبق توقيع حجوز على نفس الأموال إذا كانت ثمة حجوز سابقة. ويعلن المدين بالحجز الذي توقع، وله أن يعلن عن رغبته في البيع الودي vente amiable للمنقولات.

ويعين الغير حارساً على الأموال المحجوزة وله أن يرفض الحراسة فلا يعين حارساً ضد إرادته (م ٢٧-٢٢١). وقد يطلب الحارس إعفاه وفي هذه الحالة يعين المحضر غيره أو يقوم بنقل المنقولات.

و - وإذا كان بين المنقولات سيارة أو آلة تسير على الأرض بموتور فإنه يترتب على الحجز عدم إمكان تحركها، وتظل كذلك حتى يرفع الحجز عنها، أو تباع طبقاً للإجراءات الخاصة الواردة في المادة ٢-٢٢٣ L من قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ ٧٨٣ لسنة ٢٠١٢^(٤٥). ولكن يجوز لقاضي التنفيذ أن يأذن للمدين باستعمال السيارة إذا كانت طبيعة عمله تقتضي ذلك.

ز - وجدير بالذكر أن الحجز على منقولات المدين المادية لدى الغير بإجراءات الحجز التنفيذي على المنقول لدى المدين يتم دون موافقة الغير. وهو عكس القانون الكويتي الذي يشترط موافقة الغير لإجراء هذا الحجز (م ٢٢٨ مرافعات كويتي). وكان قانون التنفيذ ٩١-٦٥٠ في فرنسا يشترط موافقة القاضي لإجراء الحجز، ولكن المرسوم ٧٠٣ لسنة ٢٠١٢ لم يعد يشترط هذا الأمر.

ح - ومن المستجدات الهامة إجازة البيع الودي للمنقول المحجوز عليه بدلاً من البيع الجبري بالمزايدة العامة العلنية enchère publique par adjudication حيث أجاز القانون الفرنسي الجديد ذلك (م ٣٠-٢٢١ R و ٣٢-٢٢١^(٤٦)).

وللمدين أن يطلب خلال شهر من إعلانه بمحضر الحجز أن يطلب إجراء البيع الودي للمنقولات المحجوزة بمعرفته شخصياً وليس عن طريق السلطة العامة. ووضع القانون شروطاً لذلك في المواد من ١٠٧-١٠٩ من مرسوم ١٩٩٢/٧/٣١ والتي

(٤٥) وإذا تم الحجز على أموال يملكها الحائز وليس المدين فإن الحائز له استعمال الحق في الحبس droit de rétention ويجب على الغير إعلان المحضر بذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول (م ٢٩-٢٢١ R جديد) ويكون للدائن مهلة قدرها شهر لتقديم منازعة في التنفيذ أمام قاضي التنفيذ للمنازعة في استعمال الغير للحق في الحبس.

(٤٦) وهي ذات المواد من القانون ٦٥٠ لسنة ١٩٩١ (م ١٠٧-١٠٩).

أصبحت المواد في المرسوم بقانون ٧٠٣ لسنة ٢٠١٢ (من ٢٢١-٣٠ R إلى ٢٢١-٣٢ R). وهذه المنقولات المحجوزة تكون تصرفات المدين بشأنها غير نافذة، ولا يجوز استبدالها في أية حالة من الحالات حتى يتم دفع الثمن من المشتري ودياً أو بالمزاد.

ويتعين على المدين في هذه الحالة إخطار المحضر كتابة الاقتراحات التي يتم على أساسها البيع، واسم المالك المحتمل، والمهلة التي سيدفع خلالها المشتري الثمن المقترح. وعلى المحضر إخطار الدائن الحاجز وغيره من المتدخلين إن وجدوا، ويعطهم أجلاً قدره ١٥ يوماً للرد، وإذا وافق الدائنون صراحة على اقتراح البيع الودي أو لم يردوا خلال الأجل اعتبر ذلك موافقة (م ٣١-٢٢١-R). وبعد أن يتم البيع يتعين على المدين إيداع الثمن لدى المحضر المختار من قبل الدائن في الموعد المتفق عليه، وإذا تم ذلك تنتقل الملكية للمشتري. أما إذا لم يقم المدين بتسليم الثمن في الميعاد المتفق عليه للمحضر، فتتم إجراءات التنفيذ الجبري (المادة ٣٢-٢٢١-R) ويتم الإعلان عن البيع الجبري وإجراء المزايدة طبقاً للقواعد العامة.

ثانياً - في نطاق الحجز التحفظي على المنقول المادي لدى المدين أو لدى الغير:

أ - يهيئ القانون للدائن إجراءات تحفظية يرد بعضها في القانون المدني أو التجاري أو الأحوال الشخصية، كوضع الأختام والحفاظ على مصالح القصر وعلى التركات، وينظم القانون الإجرائي الحجز التحفظي الذي وردت قواعده في المواد من ٦٧-٧٣ من قانون التنفيذ ١٩٩١/٦٥٠، وأعيد النص على هذه النصوص في المرسوم للإجراءات المدنية للتنفيذ رقم ٧٨٣ لسنة ٢٠١٢ (المواد ١-٥٣٣ L ١-٥١١ L والمواد ٥٣٤ R ١-٥٥١ R).

ويتضمن قانون التنفيذ الفرنسي الجديد عدة أنواع من الإجراءات التحفظية، فيوجد الحجز التحفظي على المنقول المادي سواء لدى المدين أو الغير ويتحول هذا الحجز إلى حجز تنفيذي. *saisie vente*، ويوجد بجانب الحجز التحفظي العام صوراً خاصة من حجز ما للمدين لدى الغير كالحجز على الأموال المنقولة الموضوعة داخل خزنة خاصة مستأجرة في بنك والحجز التحفظي الاستحقاق. وتوجد قواعد لحجز الديون *créance* ويتحول هذا الحجز الأخير على الديون إلى حجز ما للمدين لدى الغير، وتوجد قواعد خاصة لحجز الأسهم والحصص *droit d'associé* وللقيم المنقولة *valeurs mobilières*.

ب - والجديد الذي جاء به قانون المرافعات الفرنسي الجديد هو التأمينات القضائية les surêts Judiciaire على المنقولات وهي الرهن التحفظي على المنقولات في المواد التجارية nantissement sur un fonds de commerce، والرهن القضائية على العقار سواء أكان الرهن تحفظياً أم قطعياً L'hypothèques sur un immeuble. وقد نظم قانون التنفيذ الفرنسي الجديد القواعد العامة في كل الإجراءات التحفظية، ثم نظم الحجز التحفظي، ثم نظم التأمينات القضائية^(٤٧)

وأهم التجديدات التي استحدثت في مجال الحجز التحفظية هي ما يلي:

ج - لم يشترط قانون التنفيذ ١٩٩١/٦٥٠ ولا المرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ الجبري ٧٨٣ لسنة ٢٠١٢ أن يكون حق الدائنين محقق الوجود certain، بل اكتفى بعبارة أن لكل شخص يبدو أن حقه مؤسس من حيث المبدأ cérance. parait fondée en son principe.

واختفى لفظ الخطر peril أو الاستعجال urgence اكتفاء بوجود تهديدات من شأنها أن تمنع الدائن من الحصول على حقه (م ٥٥١-١ L).

وأصبح الحق بالمدلول الجديد (التأسيس من حيث المبدأ) يصلح لكل الإجراءات التحفظية بما فيها التأمينات القضائية كرهن المحل التجاري، والرهن القضائي التحفظي على العقارات، أو قيد رهن قضائي مؤقت على عقار. وأصبح يكفي لتوقيع الحجز التحفظي أن يبدو من الظاهر أن الطلب جدي ولا ينطوي على تعسف^(٤٨). ولكن إذا ثارت منازعة جدية حول صحة العقد الذي يستند إليه طالب الحجز، فإنه لا يجوز اتخاذ الإجراءات التحفظية، ويجب في جميع الأحوال أن يكون حق الدائن مبلغاً من النقود.

د - لم يعد القانون الفرنسي يشترط لتوقيع الحجز التحفظي أن يكون حق الدائن حال

(٤٧) وقد اختفى حجز المؤجر وحجز الحاصلات الزراعية وبقي الحجز التحفظي الاستحقاقى saisie - revendication وكان قد صدر مرسوم صدر في ١٩٩١/١٢/٣١ ينظم القواعد التفصيلية للحجز التحفظي والتأمينات القضائية، وقد أعيد نص المواد ٦٧ إلى ٧٣ والمادة ٧٤ والمادة ٧٠ في المواد من ٥١١ إلى ٥٣٤ من المرسوم بقانون التنفيذ الصادر عام ٢٠١٢.

(٤٨) نقض تجاري ١٩٧٩/١/٢٢ مجموعة النقض الفرنسي ج ٤ - بند ١٧١ ص ١٤٠ ونقض ١٩٨١/١١/١٠ بند ٣٨٩ ص ٣٠٨

الأداء أو معين المقدار^(٤٩)، وهو في ذلك يختلف تماماً عن القانون المصري والقانون الكويتي.

هـ - لم يعد إذن القاضي لازماً لتوقيع الحجز التحفظي، وكان الأمر قبل صدور القانون ١٩٩١/٦٥٠ يجري على ضرورة الإذن ولو كان الدائن بيده سند تنفيذي (م ٦٨ فرنسي جديد). بل أصبح يمكن توقيع الحجز في حالات عديدة دون إذن من القاضي حتى ولو لم يكن مع الدائن سند تنفيذي فاصل في أصل الحق. فيكفي لتوقيع الحجز التحفظي وجود خطاب ضمان مقبول lettre de chang accepté، أو شيك chèque أو أوراق مالية لحاملها بيد الدائن Billet à ordre أو دين أجره^(٥٠) بناءً على عقد إيجار مكتوب (م ٦٨ من قانون ١٩٩١ تقابل م ٢-٥١١ L من قانون ٢٠١٢).

و - أسند القانون الاختصاص بإصدار أمر الحجز إلى قاضي التنفيذ حينما يكون هذا الأمر واجباً وذلك بعريضة تقدم إليه، ويجب على القاضي تحديد الأموال التي يوقع الحجز عليها وإلا كان الحجز باطلاً، ويختص محلياً قاضي التنفيذ الذي يقع موطن المدين في نطاق اختصاصه (المادة ٣-٥١١-L). ويمكن طلب الإذن من رئيس المحكمة التجارية بشرط عدم سبق رفع أي دعوى، وإذا لم ينفذ أمر القاضي ويوقع الحجز فعلاً خلال شهر وإلا يعتبر الأمر كأن لم يكن.

ز - لم يعد لازماً رفع دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام أو تحديد المهلة التي يجب رفع الدعوى بواسطة القاضي خلافاً لما كان عليه الحال قبل صدور القانون الجديد، بل حدد القانون مهلة قدرها شهر لرفع دعوى صحة الحجز من تاريخ صدور الأمر بالحجز وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن caduque. (م ٦-٥١١ من المرسوم بقانون ٢٠١٢)، ولا زالت المدة ثمانية أيام في القانون المصري والكويتي.

ح - إذا قدم المدين كفالة تتوافق مع حق الدائن فإن القاضي يأمر بإلغاء كل الإجراءات التي تمت ويرفع الحجز، ويجوز إلغاء الحجز إذا حدث استئناف لأمر الحجز وتبين عدم توافر الشروط.

ط - أصبح الحجز على المنقولات المادية سواء أكانت لدى المدين أم لدى الغير يتم بإجراءات الحجز التحفظي على المنقول لدى المدين، وهو عكس القانون المصري

(٤٩) Emmanuel Blanc, les nouvelles procédures d'exécution 1993. P 109. Gérard Couchez ed 2013 No. 347.P 200.

(٥٠) جيران كوشيز التنفيذ طبعة ٢٠١٣ بند ٣٤٩ ص ٢٠٢

والكويتي، وتباع المنقولات المادية بذات إجراءات بيع المنقول المحجوز عليه تنفيذياً، ويترتب على الحجز عدم نفاذ تصرفات المدين في المال المحجوز. ولا يحول الحجز دون استعمال المدين لهذه الأموال، وإذا كانت المنقولات لدى الغير فإنه يكون حارساً عليها، ولا يجوز للأخير نقل الأموال من مكانها إلا لسبب مشروع (م ٤ و ١-٥٢٢ R). ويتعين إعلان محضر الحجز للمدين إذا كان الحجز على منقول لدى الغير، ويترتب على الحجز قطع التقادم الساري لمصلحته في مواجهة الحاجز.

ي - إذا كان الحجز موقفاً على حقوق معنوية للمدين Crèances فقد نظم القانون هذا الحجز الذي كان محل خلاف في ظل قانون المرافعات الملغي^(٥١) ونص القانون ١٩٩١/٦٥٠ في المادة ٧٤ على هذا الحجز وورد النص عليه في مرسوم ٢٠١٢ في المادة ١-٥٢١ L. وتتم إجراءات هذا الحجز بإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير، حيث تعلن ورقة الحجز من الدائن للغير، ثم يبلغ بها المدين الذي يستطيع إيداع المبلغ الذي في ذمته للمدين في حدود حق الدائن. ويجب على المحجوز لديه التقرير أمام المحضر بما في ذمته ويرفق به المستندات، وإذا كذب أو أخفى المستندات يسأل شخصياً عن دين الحاجز. ويعلن محضر الحجز للمحجوز عليه خلال ثمانية أيام من إعلان المحضر.

ويترتب على الحجز عدم نفاذ تصرفات المدين في المبلغ المحجوز عليه في حدود حق الدائن فقط، أما ما زاد على ذلك فلا يحجز.

وإذا أودع المحجوز لديه ما في ذمته فإن الحاجزين قبل الإيداع يتمتعون بأولوية في تحصيل الدين كما لو كانوا أصحاب امتياز، ولا يتأثرون بالحجز اللاحقة.

وإيداع المبالغ التي تخضع لعدم نفاذ التصرفات في خزنة المحكمة واجب بقوة القانون، ويتحول هذا الحجز وهو حجز ما للمدين لدى الغير إلى حجز تنفيذي متى حصل الدائن على سند تنفيذي واجب النفاذ، ويعلن الحاجز السند التنفيذي إلى الغير، ويجب أن يتضمن بيانات معينة وإلا كان باطلاً^(٥٢).

ك - نظم قانون التنفيذ الفرنسي التأمينات القضائية وهي النموذج الثاني للإجراءات التحفظية. ولا تعد هذه التأمينات حجوزاً تحفظية، وهي تستهدف تقرير عدم نفاذ

(٥١) انظر في هذا الخلاف: تعليق Raynaud على حكم لمحكمة النقض الفرنسية في دالوز قضاء

- ١٩٦١-٦٤٤ والحكم صادر بتاريخ ١٧/٤/١٩٦١ من الدائرة التجارية

(٥٢) وهذه البيانات هي الإشارة في محضر الحجز إلى السند التنفيذي والمبلغ المستحق للحاجز.

تصرفات المدين في العقار وإعطاء صاحب التأمين ميزتي التقدم والتتبع كما لو كان دائماً ممتازاً.

وكان القانون القديم يسمح للدائن بتوقيع رهن قضائي تحفظي على العقار إذا كان حق الدائن مؤسساً من حيث المبدأ، وكان القاضي يرخص للدائن بقيد الرهن مؤقتاً إذا لم يكن معه سند تنفيذي فاصل في أصل الحق، وتكون مدة القيد ثلاث سنوات وتجدد. وإذا لم يحصل الدائن على سند تنفيذي يزول القيد المؤقت بأثر رجعي، أما إذا حصل على هذا السند يتحول القيد الوقتي إلى قيد قطعي ويتم التأشير بالرهن بإدارة التسجيل العقاري.

وقد نظم قانون التنفيذ الفرنسي الجديد ثلاث صور للتأمينات القضائية، وهي تأمين قضائي تحفظي على المنقولات والبضائع البحرية، وأسهم وحصل الشركاء، والقيم المنقولة. ويقيد أمر القاضي بالرهن الحيازي في الشهر العقاري. والصورة الثانية هي رهن قضائي تحفظي على العقارات. والصورة الثالثة رهن قضائي مؤقت على العقار. وقد أكد القانون (م ٧٣ من القانون ٦٥٠-١٩٩١) على أن يترتب على قيد الرهن عدم جواز تصرفات المدين في المال محل الرهن ويتمتع الدائن بميزتي التقدم والتتبع.

وإذا حصل الدائن على سند تنفيذي بحقه، وكان قد أوقع التأمين دون سند. فإنه لا يترتب أثر عدم نفاذ التصرفات إلا بعد الحصول على السند التنفيذي.

ثالثاً - في نطاق حجز ما للمدين لدى الغير:

نظم قانون التنفيذ الفرنسي ١٩٩١/٦٥٠ حجز ما للمدين لدى الغير في المواد من ٤٢ إلى ٤٧، وأصبح يسمى هذا الحجز saisie d'attribution بدلاً من saisie arrêt، وأصبح يترتب عليه تخصيص المبلغ المحجوز للدائن الحجز، وأعيد النص على هذه المواد في المرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ ٧٨٣ لعام ٢٠١٢ في المواد ٢٣-١/٢١١ R و ٥-١/٢١١ L

ويعد هذا الحجز أكثر طرق الحجز تطبيقاً في العلاقات التجارية ولا يحتاج لتكليف بالوفاء قبل وقوعه، واحتفظ بالطابع الثلاثي لأطرافه^(٥٣).

وأهم التجديدات التي جاءت في هذا الشأن:

أ - لم يعد هذا الحجز تحفظياً في مرحلة أولى ثم تنفيذياً في مرحلة ثانية كما كان عليه

(٥٣) بيرو التنفيذ ص ١١٢ وفنسان بند ٩١ ص ١٨ وجوفريه بند ٣٩٦ ص ٢١٧ اندريه جولي بند ٣٥٧ ص ٦٢

في القانون الملغي، وأصبح هذا الحجز ذا طابع تنفيذي فقط^(٥٤)، واختفى بذلك حجز ما للمدين لدى الغير ذو الطابع العام، ولم تعد هناك ضرورة لوجود حكم قضائي فاصل في أصل الحق لتوقيع هذا الحجز، فيمكن توقيعه بناء على سند تنفيذي وقتي كحكم صادر من قاضي الأمور المستعجلة أو بأمر على عريضة، اكتفاء بأن حق الدائن يبدو مؤسساً فقط من حيث المبدأ seulement parait fondée dans son principe ويكون التنفيذ على مخاطر الدائن إذا كان السند التنفيذي وقتياً.

ب - لم يعد هذا الحجز جائزاً على المنقولات المادية واقتصر فقط على النقود somme d'argent فقط (المادة ٢١١-١ L) وهو على خلاف الوضع في القانون المصري والكويتي، فيجوز الحجز على نقود في بنك أو مرتب مستحق لعامل أو موظف، ولم يعد جائزاً حجز القيم المنقولة والحصص بهذا الطريق.

ج - نص القانون (المادة ٢١١-١ L) على توقيع هذا الحجز بناء على سند تنفيذي يتضمن حقاً حال الأداء exigible ومعين المقدار Liquide، ولم يشترط أن يكون محقق الوجود certain عند توقيع الحجز على حقوق المدين لدى الغير إذا كان محلها مبلغاً من النقود. وباشتراط وجود السند التنفيذي وعدم الإغفاء منه، أصبح هذا الحجز بذلك إجراءً تنفيذياً ولا يمكن الإغفاء من وجود هذا السند.

د - أعطى القانون الجديد للدائن ميزة وهي اختصاصه بالمبلغ الذي توقع عليه الحجز فلا يزاحمه فيه دائن لاحق، وبذلك أصبحت إجراءات الحجز أكثر فاعلية وأكثر سرعة.

هـ - أصبح الحجز يوقع على ما يوازي حق الدائن فقط، ويكون للمدين حرية التصرف في الباقي ويجوز للغير الوفاء به للمدين، وبذلك لم تعد هناك حاجة لرفع دعوى قصر الحجز من المدين cantonnement لمغالاة الدائن في توقيع الحجز.

و - لم يعد رفع دعوى صحة الحجز لازماً إذا كان الحجز موقعاً ابتداءً بناء على سند تنفيذي فاصل في أصل الحق وهو ما كان يعقد الإجراءات بلا فائدة.

ز - رتب القانون على مجرد إعلان ورقة الحجز للمحجز لديه أن يصبح مبلغ النقود المحجوز عليه مخصصاً لصالح الدائن الحاجز attribué. ولا يجوز لدائن لاحق مشاركته فيه ولو كان دائناً ممتازاً (م ٤٣/٢). وتشارك الخزنة العامة الدائن في

(٥٤) جبرار كوشيز طرق التنفيذ طبعة ٢٠١٣ بند ١٤ ص ٧٠

هذا التخصيص ولكن الدائن الحاجز يسبقها في المرتبة^(٥٥). ويترتب على مجرد الحجز عدم نفاذ تصرفات المدين المحجوز عليه في المبلغ المحجوز عليه. ولحل مشكلة التزاحم نص القانون على أنه إذا وقعت حجوز متعددة في يوم واحد فتعتبر كلها موقعة في ذات اللحظة، وإذا بطل الحجز الأول فإن آثار الحجز اللاحقة تبقى، ويوزع المبلغ على الدائنين قسمة الغرماء إذا لم يكن كافياً.

ح - حدد القانون (م ١/٥٩ من القانون والمادة ٤-٢٤ من مرسوم ٢٠١٢) الالتزامات التي تلقى على عاتق الغير في حالة التقرير بما في الذمة بمجرد إعلانه بورقة الحجز من الدائن الحاجز. ويحدث التخصيص منذ هذه اللحظة وقبل إبلاغ المحجوز عليه بتوقيع الحجز. وأوجب القانون على المحجوز لديه أن يعلن عن التزامه قبل المحجوز عليه ومقدار المديونية وكيفية الوفاء بها والحوالات والإنايات في الوفاء والحجوز الأخرى التي تم توقيعها من قبل إن وجدت^(٥٦). ولا يعتبر مجرد الخطأ في التقدير مبرراً للإلزام المحجوز لديه شخصياً بدین الدائن وهو الجزاء المنصوص عليه في المادة ٦٠ من قانون ١٩٩١ وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية^(٥٧). وإذا رفض المحجوز لديه التقرير فإنه يمكن اللجوء إلى رئيس المحكمة الكلية لإجباره على ذلك (م ٥٩ من القانون ١٩٩١/٦٥٠).

ط - استلزم القانون تقديم أية منازعة في التنفيذ خلال شهر من اتخاذ الإجراء (م ٤٥ من القانون) وإلا قضى بعدم قبولها، فإذا مضى الشهر دون تقديم منازعة كان من حق الدائن أن يطلب من المحجوز لديه تسليمه المبلغ الذي أوقع الحجز من أجل اقتضائه والذي اختص به بمجرد توقيع الحجز. وإذا رفعت المنازعة خلال الشهر اختص قاضي التنفيذ بنظرها، أما إذا رفعت بعد فوات الشهر فترفع إلى المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة^(٥٨).

ي - يترتب على رفع المنازعة تأجيل الوفاء من المحجوز لديه إلى حين الفصل فيها إلا إذا أمر القاضي بالوفاء بمبلغ يحدده، والقاضي المختص هو قاضي التنفيذ، وعلّة

(٥٥) إيمانويل بلان المرجع السابق ص ٧٣.

(٥٦) نقض مدني فرنسي ١٩٨١/٦/٧ وتعليق Perrot عليه في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٨٢ ص ٥١ وانظر مقال: Dedessus Le moustier, L' obligation des renseignements du tiers saisie dans La saisie d'attribution, J.C.P 1998-1-106

(٥٧) نقض مدني فرنسي في ١/٨/١٩٩١ مجموعة النقض بند ٢٢ ص ١٤

(٥٨) إيمانويل بلان المرجع السابق ص ٧٧

- ذلك القضاء على مماطلة المدين، ويمكن للدائن الاعتراض برفع دعوى تعلن للمحجوز عليه كي يبدي دفاعه (م ٤٦ من قانون ١٩٩١).
- ك - نظم قانون التنفيذ الفرنسي الجديد صوراً خاصة لحجز ما للمدين لدى الغير إذا كانت المبالغ ذات طبيعة خاصة، كما لو كان حق الدائن هو نفقة، أو كان المحجوز لديه شخصية اعتبارية عامة، أو كان الحجز على مستحقات عامل ناشئة عن علاقة عمل، كما لو وقع الحجز تحت يد رب العمل على القدر الذي يجوز حجزه من أجر العامل وأوجب القانون محاولة الصلح في هذا النوع من الحجز.
- ل - لم يتعرض قانون ١٩٩١ أو المرسوم ٢٠١٢ بقانون لتعريف الغير وهو المحجوز لديه الذي تباشر الإجراءات على النقود التي تحت يديه وهو مدين المدين. وثمة أمور متفق عليها وهي استقلال شخصية الحائز عن شخصية المدين *totallement distingué*، وأن الغير يجب أن تكون له سلطات خاصة ومستقلة على المال الذي يحوزه *pouvoir propre et indépenat*. ومن أمثلة الغير البنك والموثق والحارس والمحامي الذي يحوز مبالغ لموكله، والممثل القانوني لعيدم الأهلية أو ناقصها^(٥٩) والوكيل^(٦٠).

المطلب الثاني

في نطاق الحجز على العقار

عندما صدر قانون التنفيذ رقم ١٩٩١/٦٥٠ فإنه لم يتضمن إجراءات الحجز على العقار وبيعها، حيث لم تكن اللجنة قد انتهت من وضع النصوص، وبعد خمسة عشر عاماً وفي عام ٢٠٠٦ صدرت القواعد الخاصة بالحجز على العقار، وأضيفت للمرسوم بقانون ٧٨٣/٢٠١٢.

وقد استهدفت تعديلات ٢٠٠٦ تبسيط الإجراءات وجعلها أقل تكلفة مع الحفاظ على حقوق الدائنين الحاجزين وأصحاب الحقوق المقيدة والراسي عليه المزداد والمدين.

(٥٩) انظر مقال: J.C.woog بعنوان - concurrence- J.cl contrtats - Le tiers saisie, consomation 2002 P011

ويعتبر البعض أن نصوص القانون غير كافية لتحديد مدلول الغير انظر مؤلف Perrot et Thery, Procédure civile d exécution No. وانظر لذات المؤلفين الطبعة الثانية بند ٣٥٨- P ٣٥٨.

(٦٠) نقض مدني فرنسي/ ٢ في ٢٦/٣/٢٠١١

وبدأ العمل بها اعتباراً من ١/١/٢٠٠٧، وأهم ما جاء بالقانون الجديد^(٦١) (المواد من ٣١١ - ٣٤١ في قانون ٢٠١٢) ما يلي:

أولاً: إلغاء التعقيدات المبالغ فيها في الإجراءات الخاصة بالحجز على العقار.
ثانياً: عدم الاختصار على تنظيم إجراءات الحجز والبيع، بل شمل التنظيم أيضاً توزيع حصيلة بيع العقار؛ لأنه قد يوجد عليه من حقوق عينية تبعية.

ثالثاً: تأكيد الطابع القضائي لإجراءات الحجز على العقار، وإسناد الاختصاص إلى قاضي التنفيذ في الكثير من إجراءات الحجز والبيع، وسير الإجراءات تحت رقابة قاضي التنفيذ، وهو الذي يفصل في منازعات التنفيذ المتعلقة بالعقار. ويتم بيع العقار جبراً في جلسة يديرها هذا القاضي (المادة ٣٣٢-٥ من مرسوم ٢٠١٢).

رابعاً: أكد هذا القانون على ضرورة تمثيل الخصوم بمحاميين أثناء إجراءات التنفيذ، واستلزم توقيع محامي على الأوراق التي تتضمن طلبات من الخصوم.

خامساً: التقليل من نطاق البيع الجبري للعقار والاتجاه نحو البيع الودي وبحث إمكانية ذلك في جلسة يحضرها المدين والدائنون الحاجزون وأصحاب الحقوق المقيدة ويرأسها قاضي التنفيذ وتسمى جلسة توجيه الإجراءات.

سادساً: ومن أبرز التجديدات التي جاء بها القانون الجديد ما يسمى بجلسة التوجيه audience d'orientation (المادة ٣٢٢-١٥ R) أي توجيه الإجراءات.

أ - ولم يقتصر الأمر على تغيير لفظ الجلسة الاحتمالية الذي كان موجوداً

في القانون القديم بل انصب التغيير على المضمون، فأصبح عقد هذه الجلسة إلزامياً obligatoire، وينظر فيها ما قد يثار من منازعات، ولم تعد قاصرة على الاعتراضات على كراسة شروط البيع، ويبحث في جلسة التوجيه ما إذا كان العقار يباع جبراً أو ودياً، ويكون البيع الودي بموافقة قاضي التنفيذ، وإذا كان البيع جبرياً فإن متابعة إجراءات البيع تتم في جلسة توجيه الإجراءات، ويعدل قاضي التنفيذ شروط البيع حسب ملاحظات المدين والدائن وأصحاب الحقوق المقيدة وبعد الفصل فيما قد يقدم من منازعات حول هذه الشروط.

(٦١) صدر قانون التأمينات في ٢٣/٣/٢٠٠٦ قبل صدور تعديلات ٢٠٠٦ بالمرسوم الصادر بتاريخ ٢٧/٧/٢٠٠٦ وبعد ارتباط بين القانونين

ب - ويدعى لحضور هذه الجلسة المدين والدائن الحاجز والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة . Les créanciers inscrits ويتم الإعلان بواسطة الدائن مباشر الإجراءات. ويجب أن يتم الإعلان لحضور الجلسة قبل مرور شهرين على تسجيل التكليف بالوفاء وقبل ثلاثة أشهر من تاريخ عقد الجلسة مع تحديد الساعة واليوم المحدد للجلسة.

ج - وإذا كانت هناك منازعات في التنفيذ فتودع الصحيفة إدارة كتاب قاضي التنفيذ عن طريق محام ويمكن تقديمها متأخراً في الجلسة. ويمكن للمدين الاطلاع على كراسة شروط بيع العقار المودعة إدارة كتاب قاضي التنفيذ والتي يُعدها الدائن مباشر الإجراءات ويحدد فيها ثمن العقار، ويمكن للمدين أن يطلب في هذه الجلسة البيع الودي للعقار المحجوز عليه.

د - ويتم في جلسة توجيه الإجراءات بحث المنازعات المحتمل تقديمها حول الإجراءات التي تمت^(٦٢) والتي ترجع إلى تعدد الدائنين أو لطلب الحلول في الإجراءات أو لبطلان الإجراءات وطلب رفع الحجز. ولكن يبحث فيها أيضاً النماذج الأفضل للإجراءات التي ستتخذ مستقبلاً، وعلى الأخص إجراءات البيع^(٦٣).

هـ - وبعد أن يتأكد قاضي التنفيذ من أن محاولات الوفاء من قبل المدين قبل البيع غير قائمة، ويتأكد قاضي التنفيذ من صحة الإجراءات المتخذة قبل الجلسة، وعدم وجود أي خطأ في الإجراءات أو شروط الحجز (م ١٥-٣٢٢ من مرسوم ٢٠١٢)، ومن أنه قد فصل فيما قدم من منازعات التنفيذ، فإنه يتخذ في جلسة توجيه الإجراءات قراراً بإجراء البيع الجبري أو الودي، ويجب أن يلاحظ القاضي عند اتخاذ قرار البيع الودي الوضع الخاص للعقار والأحوال الاقتصادية للسوق،

(٦٢) نقض مدني/٢ فرنسي في ٢٣/١٠/٢٠٠٨ دالوز ٢٠٠٨-٢٠٠٩-٣١٢٠ وتعليق Leborgne وتعليق Perrot على ذات الحكم في المجلة الفصلية للقانون المدني ٢٠٠٩-١٧٤

(٦٣) نقض مدني/٢ فرنسي ٢٤/١٠/٢٠١٠ وتعليق Lebrgne على الحكم في مجلة الإجراءات ٢٠١١/١/٩

ومدى فطنة المدين (م ١٥-٣٢٢ من مرسوم ٢٠١٢). وإذا انتهى القاضي إلى البيع الجبري فإنه يحدد جلسة المزايدة وإجراءات معاينة العقار لمن يرغب في الشراء.

سابعاً: نظم القانون الحجز على الملكية الشائعة أو الأموال المملوكة ملكية مشتركة كأموال الزوجين، فأجاز الحجز على الملكية المشتركة وأن توجه الإجراءات إلى الزوجين معاً.

وبالنسبة للملكية الشائعة فقد كان الأمر منظماً بالمادة ٧١٧ - ٨١٥ من القانون المدني الذي كان يميز بين أمرين؛ الأول هو نشوء حق الدائن قبل نشأة حالة الشيوع فإنه يستطيع الحجز على العقار الشائع^(٦٤)، أما الدائنون بحقوق شخصية للمالك على الشيوع indivisaire فإنهم لا يستطيعون الحجز على حصة المالك على الشيوع، ولكن الدائن يستطيع رفع دعوى قسمة، ثم يحجز على الجزء المفروز الذي اختص به الشريك على الشيوع^(٦٥) سواء أكان الشيوع في ملكية العقار أم حق عيني أصلي غير حق الملكية.

ويستطيع المدين رفع دعوى لقصر الحجز إذا وقع على المال الشائع ويختص بنظرها قاضي التنفيذ، وذلك إذا وقعت حجوز متعددة في وقت واحد على عدة عقارات مملوكة على الشيوع (م ٦-٣٢١ من مرسوم ٢٠١٢).

ثامناً: يترتب على مجرد الحجز (بشهر التكليف بالوفاء وهو ما يعادل تسجيل تنبيه نزع الملكية) عدم إبرام التصرف، وعدم إنشاء حقوق عينية على العقار أصلية كانت أم تبعية كالرهن (م ٢-٣٢١ من المرسوم ٢٠١٢). أما تصرفات المدين التي تتم قبل شهر التكليف ويتم قيدها في إدارة التسجيل العقاري فتكون نافذة. ولا تنفذ التصرفات التي تتم بعد التسجيل في مواجهة الحاجز أو الحاجزين أو أصحاب الحقوق المقيدة والراسي عليه المزاد، ولا تنفذ تلك التصرفات إلا إذا لجأ المدين لإجراءات الإيداع والتخصيص.

(٦٤) R.Perrot. Rev.trim.D.C 2002 P 150 وهو يرى أن النص نسبي في التطبيق.

(٦٥) وكان هذا الأمر يسري على الملكية الشائعة سواء في العقار أو المنقول.

المبحث الرابع اختصاص قاضي التنفيذ بمسائل التنفيذ في قانون التنفيذ الفرنسي الجديد ٧٨٣/٢٠١٢

المطلب الأول

نشأة قاضي التنفيذ في القانون الفرنسي واختصاصاته

أولاً - مرحلة ما قبل صدور قانون التنفيذ الفرنسي ١٩٩١/٦٥٠ والمرسوم بقانون ٧٨٣/٢٠١٢:

أ - عرف القانون الفرنسي مصطلح قاضي التنفيذ Juge de L'exécution في المسائل المدنية لأول مرة في القانون ٧٢-٦٢٦ الصادر في ٥/٧/١٩٧٢ وسمى هذا القانون بقانون قاضي التنفيذ، على الرغم من أنه تناول مسائل أخرى وأهمها تنظيم الغرامة التهديدية لأول مرة واستحداث الغرامة التهديدية القطعية. ونصت المادة التاسعة من هذا القانون على إضافة فقرة ثانية إلى المادة ٣ من مرسوم ٥٨-١٩٧٣ المتعلق بالتنظيم القضائي، وجاء نص المادة التاسعة على النحو الآتي: "تعهد المحكمة الكلية إلى قاضي فرد من قضااتها بكل ما له صلة بتنفيذ الأحكام والسندات الأخرى، ويشمل اختصاصه الأمر بتنفيذ الأحكام والمحركات الموثقة وأحكام المحكمين الفرنسية والأجنبية، كما يختص بالمنازعات التي تثور أثناء التنفيذ وتتعلق بموضوع الحق عندما يكون التنفيذ وارداً على المال، وتجرى أمامه البيوع الخاصة بأموال القصر وما يشابهها، وهو يستطيع إحالة الدعوى (منازعة التنفيذ) في أية حالة تكون عليها إلى التشكيل الجماعي Formation Collégiale^(٦٦)".

ب - وقد حددت المادة ١٩ من القانون تاريخاً لبدء العمل به وهو ١٦/٩/١٩٧٢، وقد علقت المادة ١٧ التطبيق العملي لإنشاء قاضي التنفيذ على تحديد قانون المرافعات للشروط والحالات التي تحدد اختصاص قاضي التنفيذ (النوعي والمحلي). ولكن

(٦٦) انظر في النص الفرنسي: مؤلفنا، قاضي التنفيذ في القانون المصري والمقارن، طبعة ١٩٧٨ دار النهضة العربية ص ٥٨٧. وقد نشأ هذا القاضي بقانون وليس بمرسوم لأن الأمر يتعلق باعتمادات مالية: انظر مقال

PH.Bertin, un sarieux cocktail: la loi du 5 Juillet 1972 instituant un juge de l'exécution. Gaz.Pal. 12/12/1972.P717 et suiv.71)

قانون المرافعات الذي صدر عام ١٩٧٥ لم يتضمن شيئاً في ذلك حيث ترك الأمر لإصلاحات قواعد التنفيذ الجبري التي تصدر فيما بعد؛ ولذلك اعتبر البعض أن قاضي التنفيذ في حالة سبات أو أنه قائد بلا جنود^(٦٧). وقد أبدى الفقه الفرنسي حماساً لهذا التجديد وأكد على أن وجود قاضي للتنفيذ هو نظام كان التشريع الفرنسي في أمس الحاجة إليه^(٦٨).

ج - ويتضح بجلاء من نص المادة التاسعة من قانون ١٩٧٢/٧/٥ أن قاضي التنفيذ هو قاض من قضاة المحكمة الكلية ويوجد في كل محكمة من هذه المحاكم، ولا يوجد على مستوى المحكمة الجزئية التي يختص قاضيها بمسائل التنفيذ الجبري^(٦٩).

ويعين هذا القاضي في بداية كل سنة قضائية بقرار من رئيس المحكمة الكلية، ويملك هذا الرئيس تفويض غيره في هذا الاختصاص، بل ويملك أن يعين نفسه كقاضي فرد قاضياً للتنفيذ^(٧٠). ولكن قاضي التنفيذ يختلف عن باقي القضاة الفرد في أن هذا القاضي يستمد اختصاصه من القانون وليس من مجرد التفويض، ويُعين قاضي التنفيذ لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد^(٧١).

د - وقد ورد في تقرير اللجنة التي وضعت قانون ١٩٧٢/٧/٥ والتي رأسها الفقيه Foyer أسباب الأخذ بهذا النظام، حيث جاء بالتقرير أن (السبب الأول) لإنشاء هذا النظام هو تجميع منازعات التنفيذ وصعوباته أمام قاض واحد بدلاً من تشعب ذلك بين عدة قضاة، أما (السبب الثاني) فهو اعتبارات التخصص لأن تخصص قضاة بمسائل التنفيذ يؤهلهم للوصول إلى أعلى درجات التخصص الفني^(٧٢). وقد وردت أسباب أخرى في تعليقات الفقهاء ومنها التطور الذي حدث على تشكيل المحكمة الكلية والتوسع في تطبيق الإحالة إلى تشكيل جماعي (هيئة ثلاثية)، مع

(٦٧) Jacques Normand, le juge unique en droit privé

مقال منشور في أعمال مراكز الدراسات القضائية بمدينة نيس يومي ٢٠، ٢١/٥/١٩٧٤

(٦٨) مقال برتان السابق الإشارة إليه

(٦٩) فنان التنفيذ طبعة ١٩٧٦ بند ١ مكرر ص ٥

(٧٠) Claude Giverdon, Attribution au Juge unique. J.cl.proc.part 11 1975. Fasc.227

(٧١) جيفردون المقال السابق بند ٧

(٧٢) تقرير اللجنة منشور في أعمال الفصل التشريعي الثاني لعام ١٩٧١/١٩٧٢ فقرة ٢٤٤٧، ص ٢، وانظر مقال: نورمان السالف الإشارة إليه ص ١٨

الأخذ بنظام القاضي الفرد باعتبار أن ذلك حقيقة تعبر عن رؤية جديدة للعدالة^(٧٣).
ووصف البعض قانون إنشاء قاضي التنفيذ بأنه قانون الإنقاذ^(٧٤).

هـ - (والسبب الرابع) الذي نادى بها الفقه هو ضرورة إعطاء القاضي دوراً إيجابياً في مسائل التنفيذ، بحيث يقوم بالأعمال اللازمة لاحترام كلمة القضاء. أول فقيه - فيما نعتقد - استخدم مصطلح قاضي التنفيذ هو الفقيه الفرنسي Michel Sordillat وذلك في رسالته عن الرقابة القضائية على طرق التنفيذ الجبري^(٧٥).

وقد تردد صدى هذا الفكر في المذكرة الإيضاحية لقانون ١٩٧٢/٧/٥، حيث جاء بها أنه لا بد من قهر عناد المدين الذي يسعى إلى تأخير الوفاء بديونه. واعتبر البعض أن الرقابة القضائية بعد إنشاء نظام قاضي التنفيذ سيكون لها وجهان: (الأول) هو عدم إساءة الدائن للوسائل التي منحها له القانون لكي يجبر المدين على التنفيذ الجبري، والوجه (الثاني) هو عدم إساءة المدين الذي يقوم بمناورات تسويقية لتنظيم إعساره حتى لا يستفيد الدائن شيئاً^(٧٦). لتهريب المدين للضمان العام.

ثانياً - اختصاصات قاضي التنفيذ في فرنسا في ظل القانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٧٢، وقبل صدور إصلاحات عام ١٩٩٨، وعام ٢٠١٢:

أ - لم يأخذ القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٧٢ بما تأخذ به التشريعات العربية التي تعرف نظام قاضي التنفيذ وتجعل منه محكمة مستقلة لها اختصاصها النوعي المتعلق بالنظام العام^(٧٧).

وكان اختصاص قاضي التنفيذ منحصراً في مسائل التنفيذ التي تختص بها المحكمة الكلية فحسب، فإذا وجد نص يعطي الاختصاص بمنازعة تنفيذ أو بإصدار أمر من الأوامر المتعلقة بالتنفيذ لغير قاضي التنفيذ فيبقى الاختصاص

(٧٣) نورمان المقال السابق ص ٣

(٧٤) فنسان مقال منشور في حلقة مراكز الأبحاث القضائية في نيس ص ١١٠، ١١١، وذكر فنسان أن القانون هو تشريع إنقاذ Loi de souvetage، وجدير بالذكر أن المحكمة الكلية كانت تفصل في منازعات التنفيذ دائماً بهيئة مشكلة من ثلاثة قضاة وذلك قبل صدور قانون إنشاء قاضي التنفيذ.

(٧٥) La c?ntrole Juridictionelle sur les voies d'exécution.thès.Paris 1937.P 135.136

(٧٦) برتان المقال السابق ص ٧١٨ وفي نفس الاتجاه فنسان التنفيذ طبعة ١٩٧٦ ص ٢ ز وهو يقول: إنه من المؤسف تصوير الدائن على أنه رجل ثري متسلط على مدين مسكين؛ لأن هناك من الدائنين من هم أشد حاجة لحماية حقوقهم وتحصيلها من المدين.

(٧٧) كالقانون العراقي والسوري واللبناني والمصري.

لغير هذا القاضي قائماً؛ لأن قاضي التنفيذ ليس قضاءً مستقلاً وإنما هو تشكيل خاص للمحكمة الكلية^(٧٨). ومن ثم يبقى اختصاص المحكمة الجزئية وقاضي الأمور المستعجلة بالأمور التي كانا يختصان بها قبل صدور هذا القانون.

ب - وعندما صدر قانون المرافعات الفرنسي عام ١٩٧٥ فقد أكدت المادة التاسعة على اختصاص قاضي التنفيذ بالفصل في منازعات التنفيذ الموضوعية^(٧٩).

وظهر اتجاه في الفقه يرى عكس ذلك ويرى أن اختصاص قاضي التنفيذ بالمنازعات الموضوعية التي تتعلق بالحق الموضوعي كانقضائه بالتقادم أو تملك الغير للمال المنفذ عليه أمر غير مقبول في تصوره^(٨٠).

ورأى جستانز أن اختصاص قاضي التنفيذ يتعلق فقط بالمنازعات الناشئة عن إجراءات التنفيذ، أو التي تتعلق بمحل الحجز كعدم جواز الحجز على بعض أموال المدين. ويتحدد الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ باختصاص المحكمة الكلية (المنازعات التي تزيد على ١٠٠٠٠ فرنك في هذا الوقت) فهو يفصل في دعوى بطلان الحجز ودعوى صحة الحجز حسبما يراه جمهور الفقه^(٨١). إذا كانت قيمة الدعوى تدخل في اختصاص المحكمة الكلية.

وكان قاضي التنفيذ لا يختص في ظل قانون ١٩٧٢ بدعوى استرداد المنقولات المحجوزة، بينما يختص قاضي الأمور المستعجلة بطلبات وقف التنفيذ أو استمراره^(٨٢)، وكان الاختصاص بدعوى قصر الحجز من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة الذي كان يختص أيضاً بمنح المدين نظرة ميسرة *délai de grace*، والخلاصة أن قاضي التنفيذ لم يكن مختصاً بمنازعات التنفيذ الوقتية.

(٧٨) روجيه بيرو محاضرات في التنفيذ طبعة ١٩٧٥ ص ١٦، ١٧. وقد امتدح موقف التشريع آنذاك ووصفه بالحكمة والاعتزان. وسوليس وبيرو المطول ج ٢ بند ٥٥ ص ٣٨٥ وفسنان التنفيذ طبعة ١٩٧٦ بند ٦٤ ص ٩٢

(٧٩) وهو عكس الوضع القائم في بعض التشريعات العربية التي تجعل من قاضي التنفيذ قاضياً للأمور المستعجلة فحسب كالقانون العراقي والسوري واللبناني

(٨٠) Jean Vincent et Prevault طرق التنفيذ طبعة ١٩٧٤ ص ٣٧

(٨١) وجدير بالذكر أن القانون المصري يجعل دعوى صحة الحجز من اختصاص محكمة الموضوع الكلية أو الجزئية ودعوى بطلان الحجز من اختصاص قاضي التنفيذ.

(٨٢) بيرو المرجع السابق طبعة ١٩٧٥ ص ٢٣٣ وفسنان وآخر المرجع السابق ص ٢٢٨

ثالثاً - الاختصاص الولائي هو المميز لاختصاص قاضي التنفيذ في قانون ١٩٧٢:

أ - كان الطابع الولائي هو المميز لاختصاصات قاضي التنفيذ في ظل المادة التاسعة من قانون ١٩٧٢/٧/٥. وقد نصت هذه المادة على اختصاص قاضي التنفيذ بالأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية، والأحكام الأجنبية وبيع أموال القصر وما يشابهها^(٨٣). كما يختص بإصدار الأمر بتنفيذ المحررات الموثقة الأجنبية. واختلف الفقه حول مسألة اختصاص قاضي التنفيذ بإصدار أمر الحجز التحفظي حيث ارتأى البعض اختصاص قاضي التنفيذ طالما أن قيمة الدين تدخل في اختصاص المحكمة الكلية^(٨٤). بينما رأى اتجاه آخر اختصاص رئيس المحكمة الكلية^(٨٥). وارتأى الفقه قياس الأمر بتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير على حالة الحجز التحفظي^(٨٦).

ب - وبالنسبة لإجراءات الحجز على العقار فقد ارتأى الفقه أن قاضي التنفيذ يجب أن يختص بإجراء بيع العقار، والفصل في منازعاته^(٨٧). كما يختص بإجراء توزيع حصيلة التنفيذ كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ٦٢٦ لسنة ١٩٧٢.

المطلب الثاني

قاضي التنفيذ واختصاصه بعد الإصلاحات التشريعية بقانون التنفيذ ١٩٩١/٦٥٠ والمرسوم بقانون ٢٠١٢/٧٨٣

أولاً - التعريف بقاضي التنفيذ ومكانته في التنظيم القضائي الفرنسي والهدف من إنشائه:

أ - اهتمت الإصلاحات التشريعية في التنفيذ بقاضي التنفيذ اهتماماً بالغاً باعتباره الشخص الرئيسي Personage central بالنسبة لمرحلة التنفيذ^(٨٨). ويرى البعض أن الاهتمام لا يتوافق مع فلسفة واضعي قانون ١٩٩١ الذي استهدف الحد من

(٨٣) انظر بالتفصيل مؤلفنا: نظام قاضي التنفيذ مشار إليه ص ٦١١، ٦١٢

(٨٤) فنان التنفيذ طبعة ١٩٧٥ بند ٧٤ مكرر ص ١٥

(٨٥) بيرو المرجع السابق ص ٢٣٢

(٨٦) فنان وبيرو الإشارة السابقة

(٨٧) بيرو المرجع السابق ص ٣٩٣

(٨٨) Pierre. Julien, le juge de l'exécution, les petites Affiches (L.P.A) 6/1/1993.P 45 et saiv.

تدخل القاضي في نطاق التنفيذ إلا بشكل محدود^(٨٩). لأن بعض الحجز يمكن أن تتم بعيداً عن تدخل القضاء كالحجز على المنقول، وبعض طرق الحجز الأخرى تحتاج لرقابة وإشراف قاضي التنفيذ. وثمة إجراءات تتطلب إذناً من القاضي قبل اتخاذها أو لإتمام بعض الإجراءات، ومن ثم يكون وجود القاضي أمراً ضرورياً. واستهدفت التشريعات الجديدة جمع شتات الاختصاص بنظر منازعات التنفيذ والتي كانت مبعثرة بين المحكمة الكلية والمحكمة الجزئية والمحكمة التجارية ومحكمة الإيجارات الزراعية فضلاً عن قاضي الأمور المستعجلة ليعتبر الاختصاص بنظرها أمام قاض واحد هو قاضي التنفيذ. فضلاً عن هذا الهدف فإن إنشاء قاضي التنفيذ استهدف فحص الإجراءات للتأكد من صحتها، وبذلك أصبحت مسائل التنفيذ تشمل الفصل في المنازعات contestation والإشراف على الإجراءات، ولم تظهر هذه الأمور في قانون ١٩٧٢ لأن اللائحة التنفيذية لهذا (المرسوم) لم تصدر، ولم يدخل قاضي التنفيذ حيز الواقع إلا بعد صدور القانون ٦٥٠ لسنة ١٩٩١^(٩٠).

ج - قاضي التنفيذ هو رئيس المحكمة الكلية أو من يفوضه في اختصاصاته، وقد نص قانون التنظيم القضائي الفرنسي cod.orga.judic في المادة ١/٥-٢١٣ على أن قاضي التنفيذ هو رئيس المحكمة الكلية^(٩١).

ولما كان يستحيل على هذا الرئيس مباشرة كل وظائف قاضي التنفيذ، فإنه كان ضرورياً أن يلجأ إلى التفويض أي تفويض بعض سلطاته لعدد من القضاة لمدة معينة، مع تحديد الاختصاص المحلي لكل من هؤلاء القضاة المفوضين (م ٢-٢١٣/٥)، وتوزيع نظر منازعات التنفيذ على هؤلاء القضاة المتعديدين. وقراراته في هذا الشأن لا تعد أحكاماً، وإنما هي من أعمال إدارة القضاء ولا يجوز الطعن فيها بالاستئناف^(٩٢). ولا يقتصر التفويض على قضاة المحكمة الكلية ولكن رئيس المحكمة الكلية يستطيع أن يفوض قضاة من المحكمة الجزئية^(٩٣) ويجب إعلان قرار التفويض لنقابة المحامين، ورئيس غرفة المحضرين، ويعلن قرار التفويض

(٨٩) جيرار كوشيز طرق التنفيذ طبعة ٢٠١٣ بند ١١١ ص ٧٤٩

(٩٠) Phillipe Honnaker. Gaz.Pal.1993.D.321 9

(٩١) Le Président du tribunal de grande instance9

(٩٢) المادة ١١/٢ - ٢١٣ من قانون تنظيم القضاء ٩٩

(٩٣) جيرار كوشيز المرجع السابق بند ١١٢ ص ٧٥ ويرى أنه لا يجوز تفويض قضاة المحكمة الجزئية في المسائل العقارية.

أيضاً في لوحة الإعلانات بالمحكمة، كما يعلن للغير الذين يمارسون اختصاصهم في نطاق المحكمة الكلية.

د - ويستفاد مما تقدم أن قاضي التنفيذ سواء أكان هو رئيس المحكمة الكلية أم قاضي مفوض يمارس اختصاصاته بالنسبة لمسائل التنفيذ كقاضي فرد *Juge unique*. ومع ذلك فقد أجاز القانون للقاضي أن يحيل المسألة المعروضة عليه إلى هيئة مشكلة من ثلاثة قضاة حسب تشكيل المحكمة، وهو ما يسمى الإحالة إلى التشكيل الجماعي للمحكمة^(٩٤). والمقصود بطبيعة الحال المحكمة الكلية. وتقضي الهيئة باعتبارها قاضي تنفيذ حسبما نص عليه قانون التنظيم القضائي (م ١/٧-٢١٣) وتباشر الهيئة سلطات القاضي الفرد الذي أحال إليها مسألة التنفيذ.

ثانياً - الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ:

أ - لعل أهم ما يلاحظ على الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ هو أن قانون التنفيذ لعام ١٩٩١ وسع في الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ فأسند إليه - دون غيره - النظر بجميع منازعات التنفيذ *contentieux de L'exécution* عدا تحفظات قليلة. وجاء قانون ٢٠٠٦ بشأن الحجز على العقار فوسع اختصاصات قاضي التنفيذ في مسائل الحجز على العقار، وأعطى قانون ١٩٩١ ومن بعده المرسوم بقانون لسنة ٢٠١٢ اختصاصات واسعة لقاضي التنفيذ بالنسبة للإجراءات التحفظية. وبالنسبة للاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ فإن القانون استهدف تركيز الاختصاص بنظر منازعات التنفيذ لينظرها قاض واحد هو قاضي التنفيذ^(٩٥). إلا ما استثناه بنص خاص كأوامر الحجز التحفظية التي أجاز لرئيس المحكمة التجارية إصدارها بالاشتراك مع قاضي التنفيذ، وكذا المنازعات الخاصة بالحجز على الأجور والمرتبات، وبذلك أصبح لقاضي التنفيذ اختصاصاً حصرياً *compétence exclusive* يتعلق بالنظام العام، وهو عكس الحال في قانون ١٩٧٢ تماماً^(٩٦) ومن ثم إذا عرضت مسألة على قاضي التنفيذ لا يختص بنظرها أو عرضت مسألة تنفيذ على محكمة أخرى غير قاضي التنفيذ، فإن عليها الحكم

(٩٤) Renvoyer à la formation collegiale du tribunal de grande instance.

(٩٥) Concentrer les contentieux de l'exécution devant un seul Juge.

انظر مقال: Normand في جريس كلايسر المرافعات كراسة رقم ٢٠٤٠١٠

(٩٦) وامتد اختصاص قاضي التنفيذ إلى الحجز على الطائرات والسفن. انظر مقال: نورمان السالف الإشارة إليه.

من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص لتعلق الأمر بالنظام العام.

وطبقاً للمادة ٦-٢١٣ من قانون التنظيم القضائي فإن قاضي التنفيذ يختص بما يلي:

ب - الصعوبات المتعلقة بالسندات التنفيذية وهذه الصعوبات *difficultés* غير المنازعات *contestations* التي يختص بها قاضي التنفيذ بلا خلاف^(٩٧). ويشوب الغموض النصوص التي تتحدث عن الصعوبات ومتى يختص بها قاضي التنفيذ، ولكنها لا بد أن تثار بمناسبة تنفيذي جبري شأنها شأن المنازعات^(٩٨).

ويمكن تفسير عبارة الصعوبات المتعلقة بالسندات التنفيذية بمفهوم واسع أو ضيق^(٩٩). ومن هذه الصعوبات مسألة تفسير السند التنفيذي. وقد ذهب اتجاه إلى أن تفسير السندات التي يجري التنفيذ بناء عليها مما يختص به قاضي التنفيذ، ولم يعد أمر التفسير مقصوراً على المحكمة التي أصدرت الحكم^(١٠٠).

ومن الصعوبات أيضاً ما يتعلق بالقوة التنفيذية للسند الذي يجري التنفيذ بمقتضاه وهل يتمتع أو لا يتمتع بها، ويختص قاضي التنفيذ أيضاً بالفصل في هذه المسألة، كما يختص بالفصل في مسألة قانونية المصلحة أو عدم قانونيتها عند التدخل في إجراءات الحجز أو توزيع حصيلة التنفيذ. وإذا أثار أحد الخصوم مسألة المقاصة أثناء إجراءات التنفيذ، فإن قاضي التنفيذ يختص بأعمال المقاصة^(١٠١)، وإذا ثارت صعوبة تتعلق بإعادة ما فصل فيه السند من حيث صحته وما قرره من التزامات على الطرفين فإن قاضي التنفيذ لا يختص بهذه المسألة^(١٠٢). ويختص بمسألة بطلان التزام وارد في محرر موثق إذا كان التنفيذ يجري بناء على هذا المحرر الموثق، كما يختص بمسألة تقادم الدين إذا كان التنفيذ يجري بناء على محرر موثق أيضاً^(١٠٣).

(٩٧) L.comensuli - Feuillard. la connaissance par le Juge de l'exécution des titres exécutoires-Droit et Procédure 2010.P 71

(٩٨) جيرار كوشيز المرجع السابق ص ٧٧

(٩٩) نقض مدني فرنسي/ ٢ في ٢٣/٦/٢٠١١ الإجراءات ٢٠١١ رقم ٣٠٢ وتعليق بيرو على هذا الحكم

(١٠٠) نقض مدني فرنسي / ٢ في ٢٢/٣/٢٠١٢ الإجراءات ٢٠١٢ ص ١٧٦ وتعليق بيرو مشار إليه في جيرار كوشيز ص ٦٦ هامش ٢

(١٠١) نقض مدني فرنسي / ٢ في ٢٥/٢/٢٠١٠ الإجراءات ٢٠١٠-١٧٦- وتعليق بيرو

(١٠٢) حكم استشاري لمحكمة النقض الفرنسية في ٧/٥/١٩٩٦ دالوز ١٩٩٦- الموجز ٣٥٤ وتعليق Julien

(١٠٣) جيرار كوشيز المرجع السابق وأحكام النقض الفرنسي المشار إليها ص ٧٨ هامش ١، ٢

وإذا وجد المُحضر صعوبات تعترض سير عمليات التنفيذ فإنه يثبت ذلك في محضر، ويعرض المحضر على قاضي التنفيذ المختص محليا (المادة رقم ١/١/ ١٥١) من المرسوم بقانون ٢٠١٢). ويعرض المُحضر في محضره سؤالاً محدداً يوجهه لقاضي التنفيذ.

وإذا كان ذلك هو الإجراء المعتاد، فإن قانون التنفيذ ٧٨٣/٢٠١٢ تضمن نصوصاً خاصة في المادة ١٥١-٢ R بشأن الصعوبات، ويتم إعلان قاضي التنفيذ المختص بواسطة إعلان مكتوب يحرره المُحضر ويضعه إدارة كتاب قاضي التنفيذ، ويعرض فيه الصعوبة التي تعترض التنفيذ. ويجب على المحضر إعلان باقي الأطراف بالجلسة المحددة وتاريخها وساعتها، والتي ينظر فيها حل تلك الصعوبة بواسطة قاضي التنفيذ.

ويمكن أن يتم هذا الإعلان بخطاب مسجل بعلم الوصول، ويخطر المحضر أيضاً الجهات التي يطلب منها التدخل والمساعدة لإزالة الصعوبة التي تعترض التنفيذ. وإذا لم يحضر من يتعين إخطارهم فإنه يمكن لقاضي التنفيذ إصدار قرار في غيبتهم بعد سماع ملاحظات المُحضر، ولا يعد قرار قاضي التنفيذ حكماً وليس له حجية الشيء المحكوم فيه (المادة ١٥١-٤ R) من المرسوم بقانون ٢٠١٢/٧٣٨

ج - منازعات التنفيذ المثارة بمناسبة التنفيذ الجبري:

يختص قاضي التنفيذ بنظر المنازعات contestations التي تثار بمناسبة إجراءات تنفيذ La contestation soit élevée à L'occasion d'une procédure d'exécution ومثال هذه المنازعات كل المنازعات المثارة عن مشروعية إجراءات الحجز^(١٠٤). والمنازعات المتعلقة بتوزيع حصيلة التنفيذ، وإعفاء المدين من الفوائد القانونية أو إنقاص قيمتها^(١٠٥).

د - الإجراءات التحفظية والمنازعات الناشئة عنها:

يختص قاضي التنفيذ بالأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية بشرط أن يكون حق الدائن يبدو مؤسساً من حيث المبدأ حسب السائد في قضاء النقض الفرنسي^(١٠٦).

(١٠٤) نقض مدني فرنسي / ٢ في ١٨/٦/٢٠٠٩ دالوز ٢٠٠٩-١٧٦٨ وتعليق Avena Robardet وفي المجلة الفصلية ٥٧٧-٢٠٠٩ وتعليق بيرو

(١٠٥) نقض مدني فرنسي / ٢ في ٢٢/٣/٢٠١٢ دالوز ٢٠١٢-٢٠٦٧ وتعليق L.L.G و F.R.M

(١٠٦) نقض مدني / ٢ في ١٩/١٢/٢٠١٢ وتعليق بيرو عليه في المجلة الفصلية الفعلية للقانون المدني ٢٠٠٣ ص ٣٥٧

ويتمتع قاضي التنفيذ بسلطة مطلقة Pouvoir souverain في هذا النطاق^(١٠٧). ويشاركة رئيس المحكمة التجارية في الاختصاص بإصدار أمر الحجز على السفن bateau de navigation والطائرات aeronefs أو إذا كان الإجراء التحفظي مطلوباً قبل رفع الدعوى أمام القضاء، فإذا كانت توجد دعوى مرفوعة يكون قاضي التنفيذ هو المختص دون غيره^(١٠٨). ويختص برفع الإجراء التحفظي القاضي الذي أمر به.

د - طلبات التعويض لجبر الضرر الناشئ عن التنفيذ أو عدم التنفيذ بسبب الإجراءات

التنفيذية أو التحفظية، والتعسف أثناء التنفيذ من الدائن أو المدين أو الغير: قد يحدث تعسف من الدائن عند اتخاذ الإجراءات التنفيذية أو التحفظية، أو تحدث مقاومة من المدين تنطوي على تعسف لمنع اتخاذ الإجراءات التنفيذية أو التحفظية أو قيام الغير برفع دعاوى كيدية لعرقله الإجراءات (رفع دعوى استرداد أو استحقاق كيدية)^(١٠٩).

وقد نص كل من قانون التنظيم القضائي الفرنسي والمرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ لسنة ٢٠١٢ على اختصاص قاضي التنفيذ (م٦-٢١٣ تنظيم قضائي والمادة ١-٢٢٢-L قانون التنفيذ) بكل الدعاوى التي ترفع بطلبات تعويض من الدائن أو المدين، بل وبطلبات التعويض التي ترفع على الغير أو حتى المحضر إذا كان ثمة سبب لمسؤوليته مدنياً^(١١٠).

وقد اهتم المشرع الفرنسي بتوقيع جزاء على من يتعسف في أثناء التنفيذ، سواء أكان هو الدائن أم المدين، وكان القانون ١٩٩١/٦٥٠ يتضمن نصاً يعالج تعسف طالب التنفيذ في المادة ٢٢/١. وقد نقل هذا النص إلى المادة ٢-١٢١-L من قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ لسنة ٢٠١٢، وكان قانون ١٩٩١ يتضمن نصاً آخر لتعسف المدين المنفذ ضده، هو نص المادة ٢٣ وقد نقل ذات النص إلى قانون

(١٠٧) جيرار كوشيز المرجع السابق ص ٧٨ هامش ٥ وحكم النقض الفرنسي المشار إليه في الهامش

(١٠٨) محكمة باريس الكلية في ٧/٩/٢٠٠٠ مجلة المحضرين ٢٠٠١ ص ١٣٠ وتعليق Brenner
(١٠٩) قضت محكمة النقض الفرنسية باختصاص قاضي التنفيذ بتعويض عن الضرر الذي حدث من اتخاذ إجراءات تحفظية نقض مدني/٢ في ١٦/١٠/٢٠٠٦ مجلة المحضرين ٢٠٠٧ ص ٨٤ وتعليق Lefort كما نصت بأن قاضي التنفيذ يختص بطلبات التعويض التي تقدم بسبب مسؤولية المحضر نقض مدني/٢ في ٢٤/٦/١٩٩٨، وتعليق بيرو على هذا الحكم في المجلة الفعلية ١٩٩٨ ص ٧٥٣، ١١

(١١٠) انظر في فكرة رفع الإجراءات غير الضرورية وغير النافعة مقال
De Lebeau, la mainlevée. Rev.huiss.2004.249

٢٠١٢ برقم ٣-١٢١-L. وقد أعطى كل من القانونين لقاضي التنفيذ سلطة توقيع جزاء على المتعسف.
وبالنسبة لتعسف الدائن فقد نص القانون على أن قاضي التنفيذ يملك رفع الإجراءات غير المفيدة أو التي بها تعسف.
Les pouvoir d'ordonner la mainlevée de la mesure inutile ou abusive.^(١١١)

وبذلك قنن المشرع ما كان يجري عليه القضاء من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، ونص قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ على أن الدائن الذي يقوم باتخاذ إجراءات تنفيذية أو تحفظية لا يجوز أن يتجاوز ما هو ضروري للحصول على حقه (المادة ٧-١١١-L)^(١١٢) فإذا تجاوز في توقيع الحجز كان متعسفاً، ويستطيع قاضي التنفيذ الحكم عليه بتعويضات بناء على طلب المنفذ ضده، ويكون متعسفاً إذا اتخذ إجراءات غير شرعية أو ثقيلة Lourde^(١١٣). وبالنسبة لتعسف المدين الذي يقاوم بوسائل عديدة استيفاء الدائن لحقه أو تأخير الحصول عليه فإنه يسأل أيضاً بالتعويض^(١١٤).

هـ - اختصاص قاضي التنفيذ بإصدار حكم بالغرامة التهديدية لتنفيذ الأحكام الصادرة منه أو من غيره من القضاة، وتصفية مقدار الغرامة التهديدية في جميع الأحوال. سبق وأن عالجتنا هذا الموضوع عند بيان قواعد الغرامة التهديدية، ونذكر بأن حكم الغرامة التهديدية قد يصدر من المحكمة التي نظرت موضوع النزاع وقد يصدر من قاضي التنفيذ للإجبار على تنفيذ الحكم الصادر منه^(١١٥)، وقد يصدر حكم الغرامة من قاضي التنفيذ للإجبار على تنفيذ الحكم الصادر من غيره إذا كان القاضي الذي فصل في النزاع الأصلي قد استنفد سلطته، وكانت الظروف والضرورة تقتضي ذلك (م ١-٢-١٣١-L من المرسوم بقانون ٧٨٣/٢٠١٢).
وتطبيقاً لذلك فقد استقر قضاء النقض الفرنسي على أن قاضي التنفيذ يتمتع

(١١١) Ne peut exceder ce qui se rével nécessaire, pour obtenir le paiement de l'obligation

(١١٢) محكمة باريس الكلية في ١٢/٧/١٩٩٠ دالوز ١٩٩٧ - قضاء - وتعليق Prévault

(١١٣) Résistance abusive

(١١٤) نقض مدني فرنسي/ ٢ في ٢٧/١١/١٩٩٧ دالوز معلومات سريعة ٢٠-١٩٩٨

(١١٥) نقض مدني فرنسي / ٢ في ٢٠/١٢/٢٠٠١ دالوز ٢٠٠٢-٢٥٣

بسلطة تقديرية سيادية *pouvoir souveraine d'appréciation* ومن ثم يعفى من التسبب^(١١٦)، لذلك قضت المحكمة بأن قاضي التنفيذ يستطيع فرض غرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر بالتصديق على محضر صلح^(١١٧)، ويختص قاضي التنفيذ بتصفية مقدار الغرامة التهديدية مهما كان القاضي الذي أصدر حكم الغرامة. وإذا ألغى الحكم بالغرامة أو خفض مقدارها وكان الحكم صادراً من غيره فإنه يجب أن يسبب حكمه حسبما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية^(١١٨)، وإذا خلاص قاضي التنفيذ إلى استحالة تنفيذ حكم الغرامة التهديدية فإنه يصدر قراراً بعدم التصفية.

ولا يختص قاضي التنفيذ بتصفية مقدار الغرامة إذا كان القاضي الذي فصل في الموضوع قد احتفظ لنفسه بهذه المسألة، بالنص على ذلك بشكل صريح في الحكم (م ١-٣-١٣١ L من المرسوم بقانون ٧٣٨/٢٠١٢).

و - اختصاص قاضي التنفيذ بمنح المدين نظرة ميسرة:

يجيز القانون المدني الفرنسي للقاضي الذي قضى ضد مدين بإمكان إعطاء هذا المدين نظرة ميسرة *dlai de grace* قبل تنفيذ الحكم ضده (م ١-١٢٤٤ مدني فرنسي). وقد حدد قانون المرافعات الفرنسي القاضي المختص بالموافقة على منح المحكوم ضده نظرة الميسرة (م ٥١٠ مرافعات)، وقد فرق هذا القانون بين أمرين (الأول) هو ما قبل إعلان المحكوم ضده بتكليفه بالوفاء، وفي هذه الحالة يكون المختص بالموافقة على إعطاء المدين نظرة ميسرة هو قاضي الأمور المستعجلة، والأمر (الثاني) هو بعد إعلان التكليف بالوفاء، وفي هذه الحالة يكون المختص بإعطاء نظرة الميسرة هو قاضي التنفيذ (م ١-١٢١ R). ولا شك أن إعطاء قاضي التنفيذ هذه السلطة هو أمر في غاية الأهمية؛ لأنه يستطيع تنظيم الوفاء بالحق الذي قضى به موضوع الحكم الذي يراد تنفيذه^(١١٩) ويختص بمنازعات التنفيذ المتعلقة بالحق ويفصل فيها كما يفصل قاضي الموضوع. وهو ما أكدته

(١١٦) نقض مدني فرنسي/٢ في ٢٠١٠/١٢/٨ وتعليق بيرو على هذا الحكم في المجلة الفصلية للقانون المدني ٢٠٠٦ ص ١٥٦

(١١٧) نقض مدني فرنسي/٢ في ٢٠٠١/١٢/٢٠ وتعليق بيرو على هذا الحكم في المجلة الفصلية ٢٠٠٢ ص ٣٦٠

(١١٨) وقد يكون هذا القاضي هو المحكمة الجزئية أو محكمة الاستئناف

(١١٩) جبرار كوشيز المرجع السابق بند ١١٨ ص ٨١

قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ (م ١٤-١٢١-R) ويكون للحكم الصادر منه في هذا الشأن حجية الشيء المحكوم فيه^(١٢٠).

ز - تحديد الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ حسب اختصاص جهة القضاء العادي التي يتبعها:

لما كان قاضي التنفيذ هو تشكيل من تشكيلات القضاء العادي، فإن ما يخرج عن اختصاص القضاء العادي (والإداري) لا يختص به قاضي التنفيذ (م ١٤-١٢١ R). ولا يختص قاضي التنفيذ بمسائل تنفيذ تتعلق بالأحكام الإدارية أو القرارات الإدارية ولا يملك وقف تنفيذها، وإذا أثبت أمامه منازعة تتطلب الفصل أولاً في صحة قرار إداري فإنه يوقف الخصومة تعليقاً لحين الفصل فيها من جهة القضاء الإداري^(١٢١).

ثالثاً - الاختصاص المحلي لقاضي التنفيذ:

أ - حدد قانون الإجراءات المدنية في التنفيذ الصادر عام ٢٠١٢ الاختصاص المحلي لقاضي التنفيذ في المادة ٢-١٢١-R. وجاء بالنص أن طالب التنفيذ هو الذي يحدد قاضي التنفيذ المختص محلياً، وله أن يختار أحد قاضيين وهما إما قاضي التنفيذ الذي يقع في اختصاصه موطن المدين lieu ou demeure le débiteur أو المكان الذي تتخذ فيه إجراءات التنفيذ la mesure d'exécution de^(١٢٢) وإذا قدم طلب التنفيذ أمام أحد القاضيين فإنه لا يجوز تقديمه أمام القاضي الآخر. وبذلك أراد المشرع الفرنسي جمع مسائل التنفيذ أمام قاض واحد حتى يحقق هدفه من تركيز مسائل التنفيذ.

ولم يعالج المشرع حالة اتخاذ إجراءات التنفيذ في نطاق أكثر من قاضي تنفيذ لتعدد أماكن الأموال التي يجري عليها التنفيذ، وتحل المشكلة طبقاً للقواعد العامة في الإنابات القضائية Commission rogatoire ويختص القاضي المنيب دون غيره بمسائل التنفيذ المتعلقة بهذه الحوز.

(١٢٠) وقد أكد قضاء النقض الفرنسي ذلك. انظر نقض مدني/ ٢ في ٢٠٠٩/٣/٥ وتعليق بيرو على هذا الحكم في المجلة الفصلية ٩٠٠٩ ص ٣٧١

(١٢١) نقض مدني فرنسي/ ٢ في ١٤/١٠/١٩٩٩ دالوز معلومات سريعة ١٩٩٩ ص ٢٤٩
(١٢٢) والواقع أن هذا الاختيار غير قائم عملاً لأن الاختصاص في الحوز يكون دائماً لقاضي التنفيذ الذي يقع المال في نطاق اختصاصه ولا يختص قاضي آخر. انظر كوشيز المرجع السابق ص ٨٢ هامش ٢

ب - وإذا كان موطن المدين غير معلوم أو كان في الخارج، فلا يختص محلياً إلا قاضي التنفيذ الذي تتخذ الإجراءات على الأموال الكائنة في نطاق اختصاصه المحلي.

رابعاً - بساطة الإجراءات أمام قاضي التنفيذ:

اهتم المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية للتنفيذ (عام ٢٠١٢) بتبسيط الإجراءات أمام قاضي التنفيذ، واعتبر هذا الهدف من أهداف الإصلاحات التشريعية، ومن مظاهر التبسيط ما يلي:

أ - عدم إلزام الخصوم بتمثيلهم بواسطة محام، عدا إجراءات الحجز على العقار والسفن والطائرات^(١٢٣).

ب - تطبيق الإجراءات التي تتبع أمام المحكمة الجزئية على الإجراءات أمام قاضي التنفيذ (المادة ١٢١-٤ L)، حيث يدافع الخصوم عن أنفسهم ولهم رخصة الاستعانة بممثل قانوني أو مساعدة محام إن شاءوا.

ج - القاعدة في الإجراءات هو مبدأ الشفوية لا الكتابة، وإذا قدمت طلبات في غيبة الخصم الآخر وغيبة ممثله القانوني فإنها تكون غير مقبولة. irrecevables.

د - ويطبق أمام قاضي التنفيذ نصوص المرسوم الصادر في ١٠/١٠/٢٠١٠ الخاص بالصلح وشفوية الإجراءات في المسائل المدنية والتجارية والاجتماعية^(١٢٤).

هـ - يتم تبادل الإعلان بخطابات مسجلة بعلم الوصول أو بالإعلان على مكتب محاميهم إذا وجدوا.

و - يحدد قاضي التنفيذ المواعيد التي يتم خلالها تبادل الاطلاع على المستندات ومذكرات الدفاع المقدمة من كل خصم، فإذا كان التبادل لأوراق مكتوبة فيجب ذكر الطلبات الختامية في آخر مذكرة قدمت، وإلا تعتبر غير معروضة على قاضي التنفيذ.

ز - يُعلن الخصوم بالجلسات بخطابات مسجلة بعلم الوصول، ويغني عن الخطاب حضور الخصم في الجلسة ولو لم يرسل له الخطاب، ويعتبر الحكم الصادر في هذه الحالة حضورياً (المواد ١٠-١٢٠ R - و ٢/١٠-121 من مرسوم ٢٠١٢).

(١٢٣) إذا كانت حمولة السفينة تزيد على ٢٠ طناً. وضرورة الاستعانة بمحام في حالة الحجز العقاري ورد النص عليها في المادة ٣١١-٤ R من المرسوم بقانون سنة ٢٠١٢

(١٢٤) كوشيز ص ٨٣. وهامش ٢ من نفس الصحيفة والمقالات المشار إليها

ويستطيع قاضي التنفيذ في جميع الأحوال إلزام الخصوم والحضور أمامه بأشخاصهم (م ١/٢/١ - ٤٤٦ من قانون المرافعات).

خامساً - طرق الطعن في الأحكام والأوامر الصادرة من قاضي التنفيذ: الاستئناف هو طريق الطعن في الأحكام:

أ - تستبعد المعارضة opposition والمناقضة contredit كطريق طعن في أعمال قاضي التنفيذ إلا إذا وجد نص يسمح بها (م ٣-١١٢ من المرسوم بقانون لسنة ٢٠١٢). ولا يجوز الطعن فيما يصدره قاضي التنفيذ من أعمال تعد من أعمال إدارة القضاء، ومن ثم يبقى الاستئناف l'appel هو طريق الطعن في الأحكام والأوامر الصادرة من قاضي التنفيذ (م ١٩-١٢١ من قانون ٢٠١٢)^(١٢٥).

ب - ويجوز الطعن في الأحكام الصادرة في الموضوع أو التي تصدر قبل الفصل في الموضوع وتنتهي بها الخصومة، ومدة الطعن خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم (المادة ٢٠-١٢١ R) من المرسوم بقانون الإجراءات المدنية في التنفيذ ٢٠١٢، ويرفع الاستئناف طبقاً للقواعد العامة مع مراعاة قواعد التمثيل القانوني، وتفصل محكمة الاستئناف في الطعن في أجل قصير. bref delai.

ج - وخلافاً للقواعد العامة فليس للاستئناف أثر موقوف effet suspensif لإجراءات التنفيذ (م ١٢-١٢١ R) فالحكم الصادر من قاضي التنفيذ ينفذ على الرغم من الطعن فيه بالاستئناف فعلاً.

ولا تستطيع محكمة الاستئناف أن تثير من تلقاء نفسها مسألة عدم اختصاص قاضي التنفيذ على الرغم من تعلق الأمر بالنظام العام، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية^(١٢٦) على الرغم من أن قاضي التنفيذ قد تجاوز نطاق سلطاته^(١٢٧)، ومع ذلك فإنه يمكن طلب وقف تنفيذ أحكام وأوامر قاضي التنفيذ من المحكمة التي تنظر الاستئناف، ويقدم طلب وقف التنفيذ إلى الرئيس الأول لمحكمة

(١٢٥) Autier et lechary, les voies des recours des décisions du Juge de l'exécution, les petites Affiches L.P.A 1993/11/6 - P 54 et suiv.1

(١٢٦) نقض مدني فرنسي/٢ في ١٨/١١/٢٠٠٤ وتعليق بيرو على هذا الحكم في المجلة الفصلية للقانون المدني ٢٠٠٥ ص ٨٨

(١٢٧) انظر في التمييز بين الاختصاص والسلطة مقال Honnakker على حكم نقض فرنسي مدني/٣ في ٢٣/٣/٢٠٠٥ في مجلة المحضرين ٢٠٠٦ ص ٨٨

الاستئناف، ويعلن الأمر الصادر من هذا الرئيس إلى الطرف الآخر وإلى الغير إذا كان يحوز الأموال التي وقع الحجز عليها^(١٢٨).

د - وهناك حالات استثنائية لا يجوز فيها للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وقف تنفيذ أحكام وأوامر قاضي التنفيذ طبقاً لأحكام محكمة النقض الفرنسية. ومنها عدم إمكان وقف تنفيذ القرار الصادر من قاضي التنفيذ بتصفية مقدار غرامة تهديدية^(١٢٩)، والحكم الصادر برفض طلب رفع إجراء من إجراءات الحجز^(١٣٠) حيث لا يجوز للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وقف تنفيذ هذه الأحكام.

هـ - وإذا قضى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بوقف تنفيذ حكم أو أمر قاضي التنفيذ، فلا بد أن توجد أسباب جدية لبطلان القرار أو لوجود ضرورة لإصلاحه وذلك حسبما نص عليه القانون (م ٣ al ٢٢-١٢١ R).

وإذا قضى برفض طلب وقف التنفيذ، فيحكم بغرامة مدنية على طالب وقف التنفيذ لا تتجاوز ٣٠٠٠ يورو، فضلاً عن الحكم عليه بالتعويضات إذا ثبت أنه متعسف، أما مجرد رفض طلب وقف النفاذ فلا يستوجب الغرامة أو التعويضات.

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه

(١٢٨) ومثال ذلك ما يصدر من قاضي التنفيذ من أوامر بتأمينات قضائية على عقار

(١٢٩) نقض مدني فرنسي/٢ في ٢٥/٦/١٩٩٧ دالوز ٥٣٦-١٩٩٧ وتعليق Julien.

(١٣٠) نقض مدني فرنسي/٢ في ٢٥/٣/١٩٩٩ وتعليق بيرو عليه في المجلة الفعلية ١٩٩ ص ٤٧٠١

التعسف في استعمال حق المؤلف

الدكتور/ خالد جاسم الهندياني
قسم القانون الخاص - كلية الحقوق
جامعة الكويت

ملخص:

تطبيق نظرية التعسف على حق المؤلف، يثير الكثير من المسائل والشك، لما يتصف به حق المؤلف في جانبه الأدبي من اعتباره لصيقاً بشخص المؤلف يمنحه الحق باستعمال هذا الحق بالشكل والوقت الذي يريد، إلا أنه قد يسيء المؤلف استعمال حقه بما يلحق الضرر على المصلحة العامة ويخرج الحق عن غايته، لذلك اتجهت التشريعات إلى إخضاع حق المؤلف لنظرية التعسف في استعمال الحق، واتخذت التدابير اللازمة لمنع إساءة استعمال حق المؤلف.

المقدمة:

ارتبط ظهور حقوق الملكية الفكرية كحق إنساني، مع وجود الإنسان على ظهر الأرض، شأنها في ذلك شأن غيرها من الحقوق الأخرى التي ظهرت نتيجة لتعارض المصالح المختلفة وتعارف الناس عليها، ثم لحقها التنظيم في مراحل زمنية لاحقة، ولما كانت الملكية الفكرية مرتبطة بالإبداع والفكر وهذه الأمور مرتبطة بملكات العقل البشري، فإن هذه الحقوق ظهرت منذ استخدام الإنسان لعقله وفكره، لذا نجد الكثير من الإبداعات الفكرية منسوبة إلى الحضارات البشرية القديمة، لكن أهمية تنظيم هذه الحقوق وحمايتها لم تظهر إلا بارتباطها بالمصالح المالية نتيجة لاستغلال الفكر والإبداع، مما استوجب حماية أصحاب حقوق الملكية الفكرية.

وما من شك في أن الحماية التشريعية لأصحاب حقوق الملكية الفكرية تساهم في التنمية من النواحي العلمية والحضارية، لأنها تستند في أساسها على الفكر والإبداع، وحماية أصحاب حقوق الملكية الفكرية تضمن لهم الحصول على المنافع المالية التي تعتبر مقابل لما بذلوه من جهد ذهني وإبداع حتى حصلوا على الفكرة والاختراع، وهذا بدوره يضمن استمراريتهم في إنتاج الفكر والإبداع مما يساهم بشكل كبير في تطور وتنمية البلاد. أما التقاعس في توفير الحماية اللازمة لهم من الاعتداءات التي تقع على حقوقهم والتي قد تحرمهم من المزايا والمنافع المالية

المستحقة لهم، سيؤدي حتما إلى توقفهم عن الإبداع والاختراع، مما قد يؤدي إلى تخلف المجتمعات وتوقف تطورها وتنميتها^(١).

ويأتي حق المؤلف على رأس موضوعات الملكية الفكرية، والذي يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ومن أسمى الحقوق، باعتباره ينصب على الناتج الذهني أياً كان نوعه، فكثر الحديث عن المؤلف ورصدت الكثير من الاتفاقيات الدولية لتنظيم وحماية هذه الحقوق، كما أن أغلب الدول قد نظمت هذه الحقوق بتشريعاتها الوطنية.

تذهب التشريعات المعاصرة إلى حماية حقوق المؤلف من أية اعتداءات قد تقع على حقوقه الأدبية والمادية، وترتب مسؤوليات قانونية (مدنية وجنائية) للمعتدين على هذه الحقوق. لكن رغم أهمية وضرورة هذه الحماية القانونية، علينا أن نتساءل، ألا يستحق المجتمع الحماية من إساءة المؤلف لاستعمال حقوقه؟ وهل يجب علينا أن نطلق يد العنان دون أية قيود على المؤلفين في ممارسة أو عدم ممارسة حقوقهم وبغض النظر عما قد ينتج من أضرار بالغة بالمجتمع من هذا المسلك؟

قد يسيء المؤلف استعمال حقوقه، كأن يمتنع عن نشر مصنف أو ترجمة مصنف يحمل قيمة أدبية أو علمية كبيرة ويمس حاجات المجتمع؛ مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح المجتمع الثقافية وبحركة تطور المجتمع وتنميته، لذا لا بد أن يواجه هذا الاستعمال السيء بشيء من التدابير بحيث يضمن عدم الإضرار بالمجتمع وتمكينه من الاستفادة من المصنفات.

هل يمكننا في هذا الإطار معاملة حقوق المؤلف - على الرغم من ارتباطه بالفكر والإبداع وبشخصية المؤلف - مثل باقي الحقوق ونخضعها إلى نظرية التعسف في استعمال الحق؟ أم أن هذه الحقوق بطبيعتها الخاصة لا تتناسب معها نظرية التعسف في استعمال الحق؟ هذه مجموعة من الأسئلة التي سوف نجيب عنها من خلال معالجتنا لمدى تطبيق نظرية التعسف في استعمال حقوق المؤلف، مستعينين ببعض

(١) "وإذا كانت المصنفات على اختلاف أنواعها الأدبية والفنية والعلمية هي ثمار فكر المؤلف وناتج ذهنه وجهده ومرآة لشخصه، وتعتبر قوام حق الملكية الفكرية وأصله وجوهره، فقد ارتأى المشرع أن حماية هذا الحق أصبحت من الضرورات التي تفتضيها النهضة الثقافية الحاضرة وظهور الوسائل الحديثة في الطبع والنشر، وذلك تأميناً لأصحاب هذا الحق وحفاظاً على جهودهم وابتكاراتهم وحافزاً وتشجيعاً لهم على المضي قدماً في نشاطهم الأدبي ومصنفاتهم الفنية". المحكمة الدستورية، قيد رقم ٢/٥/٢٠٠٦، مجلة معهد القضاء، عدد خاص بالملكية الفكرية، السنة الثامنة، العدد السابع عشر، ص ٢٠٠.

التشريعات المقارنة التي تمثل المصادر التاريخية للقانون الكويتي كالتشريع المصري والتشريع الفرنسي.

وبناء على ذلك سوف تكون المعالجة على النحو التالي:

- المبحث الأول: أحكام التعسف في استعمال الحق ومدى انطباقها على حق المؤلف.
- المطلب الأول: ماهية التعسف في استعمال الحق.
- المطلب الثاني: محل التعسف في استعمال الحق.
- المبحث الثاني: التدابير اللازمة لمواجهة التعسف في استعمال حق المؤلف.
- المطلب الأول: إساءة استعمال حق المؤلف من قبل المؤلف.
- المطلب الثاني: إساءة استعمال حق المؤلف من قبل الورثة.

المبحث الأول

أحكام التعسف ومدى انطباقها على حقوق المؤلف

للتعرف على مدى شمول نظرية التعسف في استعمال الحق لحقوق المؤلف، علينا بداية أن نحدد مفهوم التعسف ومدى توافقه مع حقوق المؤلف. لذا سنقوم بتبيان ماهية التعسف في استعمال الحق في (المطلب الأول) ومن ثم سنعالج محل التعسف في استعمال الحق في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية التعسف في استعمال الحق^(١)

ارتبطت فكرة التعسف في استعمال الحق بالحق ذاته، وبتطور مفهومه من الإطلاق والنسبية، فنظرية التعسف في استعمال الحق ليست نظرية مستحدثة، وإنما تمتد جذورها في الشرائع القديمة، فقد عرفها القانون الروماني، وعرفتها الشريعة الإسلامية.

كان ظهور التعسف في استعمال الحق نتيجة لتطور مفهوم الحق، من النزعة

(١) انظر في: محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨م. محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، ١٩٩١، دار النهضة العربية. حسين عامر وعبدالرحيم عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، الهيئة المصرية العامة للكتاب. هاللي عبدالله أحمد، تجريم فكرة التعسف، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، دار النهضة العربية. حسين كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، ١٩٩٣، منشأة المعارف بالإسكندرية ص ٤٥٧ وما يليها. عبدالله مبروك النجار، إساءة استعمال حق النشر، ٢٠٠١، دار النهضة العربية. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية ص ٨٤٦ وما يليها. إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق، ٢٠٠٠، دار الفكر الجامعي. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، ٢٠٠٦، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ص ٤٥٧ وما يليها. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء (١)، دار النهضة العربية، ١٩٨١، بند ٥٤٤ وما يليه.

Josserand Louis, De L'abus de droit, 1905, p.15. Josserand Louis, De l'esprit de droit et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd.1939. Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris 1952. Georges Ripert, Abus de droit, Encyclopédie Dalloz, civil, T. 2. P.28.

الفردية السائدة في ذلك الوقت، التي جعلت الحقوق مطلقة ذات حصانة غير خاضعة لأي قيد أو رقابة، إلى اعتبار الحق ذا وظيفة اجتماعية، هذا التطور أدى إلى وجود نظرية للتعسف في استعمال الحق متبناه من أغلب التشريعات الوطنية، كما ساهم في تحديد معيار موضوعي للتعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول

التطور التاريخي لفكرة التعسف في استعمال الحق

لكل حق مضمون معين يتمثل بما يمنحه لصاحبه من سلطات ومكنات تمكنه من تحقيق المصلحة التي يكفلها هذا الحق. هذه السلطات والمكنات يحددها القانون عند تنظيمه لكل حق على حدة، فمثلاً حق الملكية يمنح المالك سلطات استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وحق المعير يتمثل في قدرته على استرداد الشيء المعار بنهاية مدة الإعارة، وهكذا بالنسبة لسائر الحقوق الأخرى.

وطالما أن الشخص قد تقيد في استعماله لحقه في حدود مضمون الحق، فإن استعماله يكون مشروعاً ويحظى بحماية قانونية^(١). أما إذا تجاوز الشخص الحدود المرسومة للحق فإنه يكون مخطئاً ومتعدياً على الغير يلزمه التعويض من أي ضرر ينسب إلى هذا الخطأ، طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية التي تقضي بأن كل من يرتكب خطأ يسبب ضرراً للغير يلتزم بتعويضه.

إذا قام مالك الأرض بالبناء خارج حدود ملكيته، كأن يبني على أرض الجار، فإنه يكون قد تجاوز حدود حقه ويكون مخطئاً ويلتزم بتعويض الجار.

بيد أنه قد يحدث أحياناً أن يستعمل الشخص حقه ضمن إطار مضمون الحق الذي حدده له القانون، ولا يتجاوزه أو يتخطاه، ويتسبب بإلحاق الضرر بالغير نتيجة لهذا الاستعمال، فهل يحظى بالحماية القانونية أم يكون تحت طائلة المسؤولية بسبب ما لحق الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال؟

تتوقف الإجابة عن هذا السؤال حسب المفهوم المتبع لفكرة الحق واستعماله في وقت من الأوقات، وهذا المفهوم كان بالطبع مرتبطاً ومتأثراً بالمذهب السائد آنذاك.

(١) "ولا جناح على من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً فلا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر على نحو ما تقضي به المادة الرابعة من القانون المدني...". محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٢٨٤٥ لسنة ١٩٥٩، ق: جلسة ١١/٢٢/١٩٥٩. مشار إليه في هاللي أحمد، المرجع السابق، ص ٥٢.

أولاً - المذهب الفردي:

تقوم فلسفة المذهب الفردي على اعتبار أن الفرد هو السيد المطلق الذي يجب على الجماعة خدمته، فلذا عند تعارض مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة، يجب تغليب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة، وإن مصلحة الجماعة تتحقق من خلال تحقيق وكفالة مصالح الأفراد، وإن القانون لم يوجد إلا لخدمة وتحقيق مصالح الفرد، ولحماية حقوقه، وتمكينه من ممارسة السلطات التي تخولها له هذه الحقوق.

نتيجة لهذه الفلسفة، كان منطقياً أن تتصف حقوق الأفراد بشيء من القدسية وأن تتمتع بحصانة مطلقة في استعمالها، للفرد أن يستعمل حقه متى يشاء وكيف يشاء، فيجب ألا توضع له القيود لاستعمال الشخص لحقه، ولا يجوز منعه من استعمال حقه دائماً، وإنما له مطلق الحرية في استعماله لحقه، كما لا تجوز مساءلته عما قد يترتب نتيجة لهذا الاستعمال من أضرار بالغير أو بالمجتمع.

ولقد ساد هذا المذهب في القانون الروماني، واعتبرت الحقوق في ذلك الوقت سلطات مطلقة ومحصنة من أية رقابة، ولا يكون الشخص مسؤولاً عما يترتب للغير من ضرر نتيجة لهذا الاستعمال^(١).

ومع مرور الزمن ثبت للرومان سوء وظلم النتائج التي تؤدي إليها الحصانة المطلقة للحقوق، فلاحظوا أن استعمال الحق إلى أقصى حدوده قد يؤدي إلى ظلم فاحش للغير، فعملوا على التخفيف من هذا الإطلاق في استعمال الحق، فتبنا فكرة ربط المصالح، بحيث إن على الشخص أن يستعمل حقه بما يحقق له من مصالح وبما لا يتعارض مع مصلحة الغير، بمعنى أن لا يكون الشخص في استعماله لحقه قاصداً الإضرار بالغير، ومن هنا بدأت النواة الأولى لنظرية التعسف في استعمال الحق، حتى لو كان في نطاق ضيق، وهو في حالة نية الإضرار بالغير، لذلك ظهرت قاعدة "سوء النية لا يستحق الرعاية"^(٢).

انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم مع إضافة حالة جديدة من حالات التعسف في استعمال الحق، وهي حالة استعمال الحق دون تحقيق أية مصلحة

(١) كان يقال: "سعيد من يملك" Nimenem l'édit qui jure sou utitur Beattie possédantes.:

مشار إليه في: هالالي أحمد، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٥٥.

لصاحبه، فالتعسف لم يقتصر فقط على استعمال الحق بنية الإضرار بالغير، وإنما شمل الاستعمال دون تحقيق مصلحة لصاحبه^(١).

هذا التطور لفكرة التعسف في استعمال الحق سرعان ما انتكس بسبب قيام الثورة الفرنسية وما صاحبها من طغيان النزعة الفردية، مما أثر على التقنين الفرنسي الصادر في ذلك الوقت، فتجاهل تنظيم التعسف في استعمال الحق، فلم يتعرض القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ إلى نظرية التعسف في استعمال الحق^(٢). وبسبب هذا التحول عدنا إلى النزعة الفردية والتي تغلب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة، وتضفي الحصانة على استعمال الحقوق من قبل الأفراد، فلا يجوز تقييد الفرد أو منعه من استعمال حقوقه، ولا تثريب عليه إذا أضر بالغير نتيجة لاستعماله لحقه.

وبالتأكيد العودة إلى النزعة الفردية والتحول في مفهوم استعمال الحق، أعاد النتائج السابقة، من ظلم فاحش في كثير من الأحيان، ومع تدخل القضاء وبسط رقابته

(١) محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٤٦. تجدر الإشارة إلى أن هناك من الفقه من ينكر ظهور أية تطبيقات لفكرة التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني، وأن هذه الحالة ليست إلا تطبيق لقواعد العدالة أو قاعدة الأخلاق. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ٤٣٤. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، ص ٣١١، حيث يذكر أن: "القانون الروماني قد وردت فيه تطبيقات قامت على مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة، أكثر من كونها تطبيقاً حقيقياً لنظرية التعسف كاملة المعايير، ومدعمة الأصول، بل لا تحسب أنها قامت على فكرة متبلورة للتعسف في معيار واحد من معاييرها، ولعل العادات لها أثر في تقييد بعض الحقوق". مشار إليه في: فتحي الدريني، ص ٤٣٢، وفي نفس الاتجاه، حسن عكوش، المسؤولية المدنية، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٥٧، ص ٨٦. إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ص ٦٠، الطبعة الثانية، ١٩٦٠.

(٢) القانون المدني الفرنسي الصادر لسنة ١٨٠٤ لم يشتمل في نصوصه على نظرية التعسف في استعمال الحق، وإنما كانت هناك بعض النصوص المتفرقة والتي من الممكن إدخالها ضمن مفهوم التعسف في استعمال الحق. مثلاً: قانون ٢٧ ديسمبر لسنة ١٨٩٠ المعدل للمادة ١٧٨٠ والتي بعد أن أكدت حق الأطراف بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة، أضاف فقرة ثانية وقرر فيها بأن الإنهاء الصادر من أحد الطرفين يمكن أن يعطي مجالاً للتعويض. انظر في ذلك:

- Mazeaud, Traité de la responsabilité, T.I, n.555.

- 'Il n'y a dans le code civil aucun texte permettant d'affirmer le principe que l'exercice abusive des droits est interdit, Certaines dispositions particulières ont été relevées par les juristes comme des manifestations d'une règle générale. Georges Ripert, op.cit., p.29, n.4.

على استعمال الحقوق، ظهر دعاة المذهب الاجتماعي، فتطور مفهوم استعمال الحق إلى النقيض تماماً.

ثانياً - المذهب الاجتماعي:

على النقيض من المذهب الفردي، يقوم المذهب الاجتماعي في أساسه على فكرة حماية مصالح الجماعة وحقوقها، فيغلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، بل لقد وصل الأمر بهم أن ينكروا فكرة الحق ذاتها، وأن الحق ليس سلطة مطلقة لصاحبه، وإنما ذو وظيفة اجتماعية، تفرض على صاحبه تسخير هذا الحق لخدمة الجماعة "ليس لأحد من حق إلا فعل واجبه"^(١)، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلاً باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام.

ونظراً لما يحمله المذهبان من مغالاة وتطرف في مفهوم الحق واستعماله، انبرى الفقه^(٢) لتبني مفهوم مختلف، يكون وسطاً بين الإطلاق والنكران، يتمثل هذا المفهوم بفكرة "التعسف في استعمال الحق".

أقامت هذه النظرية توازناً بين مصلحة الفرد في استعمال حقه بحرية بما يحقق مصالحه، وما يفرض على هذه الحرية من قيود لضمان عدم اندفاع صاحب الحق إلى تحقيق أغراض غير مشروعة من وراء استعماله للحق، فيكون للفرد أن يستعمل حقه بغية تحقيق مصالحه ولكن دون أن تتعارض هذه المصالح مع مصلحة الجماعة. وعند التعارض بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، تغلب الأخيرة لأنها أولى بالرعاية والحماية القانونية، أما صاحب المصلحة الخاصة فيكون غير جدير بالحماية القانونية في هذه الحالة ويكون متعسفاً في استعمال حقه.

إذن وفقاً لهذه النظرية لم تعد الحقوق مطلقة لتقدير صاحبها دائماً وإنما أصبحت مقيدة بعدم التعارض مع المصلحة العامة وخاضعة للرقابة.

انتقلت هذه النظرية من الفقه والقضاء الفرنسي إلى مختلف التشريعات الحديثة.

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٥٢.

(٢) يعود الفضل لإحياء فكرة التعسف باستعمال الحق بعد اندثارها إلى الفقيه جوسران، عندما أصل نظرية التعسف في استعمال الحق وحدد معاييرها بمفهومها الحديث من خلال مؤلفه: Josserand Louis; L'abus des droit, 1905. وما لحقها من تطور في مفهومها ومعاييرها

من خلال مؤلفه الثاني في عام ١٩٢٧.

- De l'esprit des droits et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits).

فلقد تبناها المشرع المصري في القانون المدني في المادة الخامسة منه^(١)، كما أخذ بها القانون المدني الكويتي ونظمها ضمن الأحكام العامة في المادة الثلاثين منه، والتي تنص على أن: "يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.
- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.
- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف".

كما كرس الدستور الكويتي الوظيفة الاجتماعية للحق عندما نص في المادة السادسة عشرة منه على أن: "الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون".

هذا عن موقف بعض القوانين الوضعية، وأما الفقه الإسلامي فقد اعتنق نظرية التعسف من البداية، وأصلها على أساس القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"، والضرر كما فسره العلماء هو جلب المنفعة مع الإضرار بالغير، أما الضرر فهو استعمال الحق لمجرد الإضرار بالغير ودون منفعة ترجع على صاحب الحق"^(٢).

كما أن الشريعة الإسلامية كانت المصدر التاريخي لبعض القوانين العربية في تبنيها لحالات التعسف في استعمال الحق، فما تبناه المشرع المصري والمشرع الكويتي من حالات للتعسف في استعمال الحق مستنبط من الفقه الإسلامي، وفي ذلك

(١) تنص المادة الخامسة من القانون المدني المصري على أن: "يكون استعمال الحق غير المشروع في الأحوال الآتية:

- أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- ب - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- ج - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

(٢) محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٦٧. هلال أحمد، المرجع السابق، ص ٦٨. سعد محمد العصفور الهاجري، التعسف في استعمال الحرية والخيار، رسالة ماجستير، ٢٠١٣، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص ٦.

تؤكد المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في تعليقها على المادة ٣٠ منه على أن: "وفي تعدد التطبيقات الرئيسية لعدم المشروعية، حرص المشرع على أن تكون هذه التطبيقات مستمدة من الفقه الإسلامي بوجه خاص".
الفرع الثاني: معيار التعسف في استعمال الحق^(١):

لجأت التشريعات المختلفة في تنظيمها لنظرية التعسف في استعمال الحق إلى طريقتين مختلفتين: الأولى أن تتبنى معياراً عاماً للتعسف دون التعرض لما قد يدرج تحته من صور وتطبيقات (كالقانون اللبناني في المادة ١٢٤ موجبات)^(٢)، والثانية أن يقوم المشرع بتعداد الصور المختلفة والتي تعبر عن معيار التعسف دون إبراز المعيار العام الذي تتبناه، كما هو الحال في القانون المدني المصري، عندما نظم نظرية التعسف في المادة الخامسة منه.

أما المشرع الكويتي قد اتخذ موقفاً مغايراً، فقد تبني الطريقتين معاً، فقد نظم نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة ٣٠ من القانون المدني، بحيث وضع المبدأ العام الذي يحكم معيار التعسف، ثم أورد بعده عدداً من التطبيقات الرئيسية لهذا المبدأ. فقد نصت المادة ٣٠ من القانون المدني على أن: "يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص:

- ١ - إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.
 - ٢ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
 - ٣ - إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير.
 - ٤ - إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف."
- وكما هو واضح من النص لم يكتف المشرع الكويتي؛ بوضع المعيار العام للتعسف في استعمال الحق، وإنما أورد إلى جانب ذلك أهم التطبيقات والصور للاستعمال غير المشروع.

أولاً: معيار التعسف في استعمال الحق في القانون الكويتي:

(١) انظر في أطوار تطور نظرية التعسف في استعمال الحق وتطور معاييرها، حسين عامر وعبدالرحيم عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ص ٥١٤ وما يتبعها.
(٢) تنص المادة ١٢٤ موجبات لبناني على أن "يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزة أثناء استعماله حقه، حدود حسن النية، أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق". توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٨٥١.

من خلال نص المادة ٣٠ من القانون المدني، نجد أن المشرع الكويتي قد ربط نظرية التعسف في استعمال الحق بفكرة الحق ذاته، وبالأدق بكيفية استعمال الحق، فقرر أن صاحب الحق يكون قد استعمل حقه استعمالاً غير مشروع (أي متعسفاً) عندما ينحرف باستعماله عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية.

وتجد هذه الفكرة تبريرها من خلال أن للحقوق غايات، واستعمالها يكون بقصد تحقيق غاياتها والمنفعة المرجوة منها، والقانون إذ يوفر حماية للحقوق فيكون ذلك من أجل تمكين أصحابها من تحقيق غاياتها من خلال استعمال السلطات والمكنات التي تخولها لهم الحقوق، فمتى ظهر استعمال الحق بصورة تخرجه عن الغرض منه أو غايته فيكون الاستعمال غير مشروع، ويكون بالتالي غير جدير بالحماية القانونية.

إذن لا بد أن يكون استعمال الحق متوافقاً مع غايته أو الغرض منه، لأن الحقوق ليست غايات بذاتها، وإنما هي مجرد وسائل لتحقيق المصالح والمنافع المرجوة من وراء استعمالها، فلا بد أن يتقيد في استعمال الحق بهذه الغايات، وهذا ما يستلزم وجود رقابة قضائية على استعمال الحقوق لمنع التعسف فيها بالخروج عن غاياتها^(١).

وتحديد معيار التعسف بالانحراف عن الغرض من الحق أو غايته يحظى بتأييد في التشريع والفقهاء الحديث^(٢) والقضاء الكويتي^(٣).

أما عن الخروج عن وظيفة الحق، فإن هذا المبدأ مكرس بالدستور الكويتي، في المادة (١٦) التي تؤكد كما أشرنا سلفاً على أن الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي والثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون. هنا أضفى المشرع الكويتي الصفة الاجتماعية للحقوق، بحيث يجب أن توظف الحقوق لحماية مصالح أصحابها وبما لا يتعارض مع مصلحة الجماعة^(٤). وتؤكد المذكرة التفسيرية في تعليقها على هذه المادة بقولها: "ومما تجب

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

(٣) "معيار التعسف في استعمال الحق هو انحراف صاحبه عن السلوك المألوف للشخص العادي ولا يعتد بهذا الانحراف إلا إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية. تمييز كويتي، طعن ٥٧٣ لسنة ٢٠٠١، تجاري، ٢٨ إبريل ٢٠٠٢، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية. وبنفس الاتجاه، تمييز كويتي، طعن ٢٢٨، تجاري ٣، سنة ٢٠٠١، موسوعة صلاح الجاسم، طعن رقم ٥٧٣ لسنة ٢٠٠١، تجاري، ٢٨/٤/٢٠٠٢.

(٤) عادل الطبطاوي، النظام الدستوري في الكويت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨، ص ٤٧٨.

ملاحظته كذلك بصدد المادة (١٦) أن النص فيها على أن لهذه الحقوق وظيفة اجتماعية، لم يقصد به بالذات تحديد الملكية، بل قصد به تنظيم وظيفتها بما فيه مصلحة الجماعة إلى جانب حق المالك، ومظاهر التنظيم الاجتماعي للملكية عديدة تهدف إلى منع الإضرار بمصلحة المجموع أو إساءة استعمال الحق".

وفقاً للمادة ٣٠ من القانون المدني الكويتي، يكون صاحب الحق متعسفاً في استعماله للحق متى ما انحرف عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية، وقد أورد المشرع بعض الصور التي تعبر عن الانحراف عن الغرض من الحق^(١).

ثانياً: صور التعسف في استعمال الحق:

خص المشرع الكويتي في المادة ٣٠ من القانون المدني أهم التطبيقات والصور للتعسف في استعمال الحق، ولقد استمدها من الفقه الإسلامي بوجه خاص كما أنه قد وردت هذه التطبيقات على سبيل المثال وليس الحصر، "ويبقى بعد ذلك أن يجتهد القاضي رأيه فيما يعرض عليه من مسائل لا تندرج تحت أية صورة من هذه الصور، ذلك من خلال تطبيق المعيار العام الذي وضعته المادة ٣٠ من القانون المدني، مهتدياً بأحكام الفقه الإسلامي ومتأسياً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)"^(٢).

سنعرض بإيجاز للتطبيقات الواردة في المادة ٣٠ من القانون المدني:

أ - عدم مشروعية المصلحة التي تترتب على استعمال الحق:

لا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات نفع ولو كبير له، إنما يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة؛ ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة^(٣). السعي لتحقيق مصالح غير مشروعة، يؤدي إلى الانحراف عن الغرض من الحق، وبالتالي يجرده من الحماية القانونية، والقانون يقر الحقوق

(١) تمييز كويتي، طعن ٩٣/٢٩، تجاري ١٩٩٣/٥/٩. الطعن ٩٦/١٦٩، تجاري ١٩٩٦/١١/١٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المواد التجارية والمدنية، القسم الثالث، المجلد الثاني، يوليو ١٩٩٩، ص ١٣١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، طبعة الفتوى والتشريع، ١٩٩٨، ص ٢٨. "العقد قانون المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، مناط التعسف في استعمال الحق هو انحراف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي، أي الانحراف عن الغرض من الحق أو وظيفته الاجتماعية، معيار ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠ من القانون المدني". تمييز كويتي، طعن رقم ٣٤٢ لسنة ٢٠٠١، مدني، ٢٠٠٢/٥/١٣، موسوعة صلاح الجاسم.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، طبعة الفتوى والتشريع، ١٩٩٨، ص ٢٩.

لأصحابها وبما تحتويه من سلطات ويحميها، ليتمكن أصحابها من خلال استعمالها، من تحقيق مصالحهم المشروعة^(١)، أي المصالح التي يقرها القانون ويحميها. إذا قصد الشخص من وراء استعماله لحقه تحقيق مصالح غير مشروعة فإنه يكون متعسفاً في استعمال حقه، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت مخالفة للقانون وللنظام العام وحسن الآداب^(٢).

بناء على ذلك، يعتبر متعسفاً في استعمال حقه مثلاً:

- صاحب العمل الذي يستعمل حقه في فصل العامل بسبب التحاقه بالنقابة أو بسبب عقيدته الدينية أو مذهبه السياسي.
- المالك الذي يطالب بإخلاء العين المؤجرة من مستأجره بحجة حاجته للسكن فيه، وفي الحقيقة أنه لم يفعل ذلك إلا بسبب إخفاقه في رفع الأجرة على المستأجر.
- كذلك من يستأجر منزلاً لإدارته للدعارة أو لعب الميسر، ويكون متعسفاً في استعماله لحقه في الإيجار.

ب - قصد الإضرار بالغير:

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير، بمعنى أن يكون الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق^(٣). بل إنه لا ينفي وصف التعسف بالاستعمال ما قد يتحقق لصاحبه من منافع إذا لم يقصده أصلاً، وإنما قصد الإضرار بالغير^(٤). فيكون متعسفاً من يعتمد غرس أشجار عالية بأرضه بقصد حجب أشعة الشمس عن جاره، أو من يضع مدخنة على سطح منزله مواجه تماماً لنافذة الجار بقصد إيذاؤه.

في هذه الحالة، يقع على عاتق المضرور إثبات توافر قصد الإضرار بالغير لدى

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٧٦. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦٠

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦٠.

(٣) فتحي الدين، المرجع السابق، ص ٤٥١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦١. توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٨٤٩. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٨١٧. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص ٥٤٥. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨، جلسة ٢٤م/٣/١٩٨٣، السنة ٣٤، ص ٧٤٦.

(٤) عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٢، ص ٨١٧. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص ٥٤٦.

من استعمال الحق، وهذا القصد يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، وقد يستدل عليه من انتفاء المصلحة لصاحب الحق من استعماله لحقه أو تفاهة المصلحة المترتبة على استعمال الحق^(١).

ج - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق الغير:

تقوم هذه الحالة على عملية موازنة بين المصلحة التي تحققت لصاحب الحق وبين الأضرار التي أصابت الغير، فإذا رجحت المصلحة على الأضرار كان الاستعمال مشروعاً، أما إذا رجحت الأضرار التي حاقّت بالغير على المصلحة التي عادت على صاحب الحق، كان صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه، لذلك لا يكفي أن تكون مصلحة الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه^(٢)، حتى ينتفي عنه وصف التعسف، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه المصالح في الحالات التي لا يكون فيها قصد صاحب الحق متمحّضاً للإضرار بالغير^(٣). لذلك لا بد أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة ترجح ما قد يصيب الغير من ضرر، فإذا لم يكن الأمر كذلك، وكانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها تافهة قليلة القيمة إذا ما قورنت بالأضرار التي قد تصيب الغير، كان الاستعمال غير مشروع ومتعسفاً.

تطبيقاً لذلك، يكون صاحب الحق متعسفاً إذا كان يملك عدة طرق لاستعمال حقه، ولكنه استخدم الطريقة الأكثر إضراراً بالغير، ودون أن تحقق له منفعة كبيرة، كمن يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه يضر بها جاره، في حين بإمكانه وضعها في مكان آخر ليس فيها إضرار بالجار، ولا يقلل من حجم المصلحة التي ينتظرها^(٤).

(١) "ونصت المادتان الرابعة والخامسة من القانون المدني على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر للغير، وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق...". محكمة النقض المصرية ١٩٧٧/٣/٢٨، س ٢٨، ص ٨١٢، جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩، س ١١، ص ٥٧٤.

(٢) "من المقرر أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة في هذه الصورة الأخيرة وبين الضرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون النظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو للمضرور يسراً أو عسراً، إذ لا تنبغ فكرة إساءة استعمال الحق من دواعي الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب". نقض مصري، طعن رقم ١٠٨ لسنة ١٩٤٥، ق، جلسة ١٩٨٠/١/٢٦، س ٢١، ص ٢٩٧.

(٣) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٥٠. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٧٤. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٤) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٤٦٠. جلال محمد إبراهيم ومحمد وحيد محمد علي، نظرية الحق ص ٤٣٨.

د - الضرر الفاحش غير المألوف:

هذا التطبيق توليه الشريعة الإسلامية اهتماماً كبيراً وتخصص له كياناً وتنظيماً مستقلاً، وهو من تطبيقات التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وتندرج تحت هذه الحالة كل صور مضار الجوار غير المألوفة والتي تترتب بسبب استعمال المالك لحقه في الملكية. في هذه الحالات يستعمل المالك حقه استعمالاً يؤدي إلى إلحاق أضرار فاحشة غير مألوفة بالجيران تتجاوز حدود التسامح والتحمل بين الجيران، فهنا المالك يخل بين التوازن المفروض بين مصلحته ومصلحة الجماعة، ويؤدي باستعماله لحقه إلى إلحاق الأضرار الفاحشة غير المألوفة بالجيران مما يجعله منحرفاً عن غاية الحق ويصبح متعسفاً غير جدير بالحماية القانونية. مثال ذلك الأضرار التي تحدث للجيران من الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام في ملحق الفندق.

المطلب الثاني

محل التعسف في استعمال الحق

منذ الوهلة الأولى لنشأة التعسف في استعمال الحق، اختلف الفقه في تحديد نطاق تطبيقه، فهناك من رأى تطبيق نظرية التعسف على كافة الحقوق دون استثناء، وهناك من ضيق من نطاق تطبيق هذه النظرية باستبعاد بعض الحقوق. بين هذا الاتجاه وذاك، يهمن أن نبحت مدى إمكانية تطبيق نظرية التعسف في استعمال حقوق المؤلف، وعن كيفية تحديد فكرة التعسف في هذا المجال.

الفرع الأول

قابلية التعسف في استعمال حق المؤلف

من الضروري قبل البحث عن مدى انطباق نظرية التعسف في استعمال الحق على حقوق المؤلف أن نعرج بإيجاز على طبيعة حق المؤلف، والتعرف عما إذا كان لحق المؤلف طبيعة خاصة تجعله بمنأى عن نطاق نظرية التعسف. من المعروف أن حق المؤلف ذو طبيعة مزدوجة^(١)، فهو يتضمن جانبين

(١) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، حق المؤلف في القانون الكويتي، الطبعة الثانية، الكويت ٢٠١٢، ص ١٢٣. عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الكتاب الأول، حقوق المؤلف، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٨٠. عبد المنعم =

متميزين: يمنح كل منهما سلطات مختلفة عن الآخر وهما: الجانب الأدبي (المعنوي) والجانب المالي.

فالحق الأدبي للمؤلف، تقرر بهدف حماية المقومات الأدبية في شخصية المؤلف، وقد عرّفه الفقه المعاصر بأنه "سلطة يقررها القانون للمؤلف يستطيع بمقتضاها حماية شخصيته الأدبية من أي اعتداء يمكن أن يقع عليها"^(١).

يتميز الحق الأدبي بكونه من الحقوق اللصيقة بشخصية صاحبها، نظراً لما يحتوي عليه هذا الحق من مقومات أدبية بحتة، فللمؤلف وحده الحق أن يقرر متى تعتبر الفكرة صالحة للنشر، ومتى ما نشرت يجب أن تنسب إليه، فله عليها حق الأبوة، كما يجب أن تبقى الفكرة في الإطار الذي عبر به عنها دون حذف أو تغيير.

يدخل الحق الأدبي ضمن دائرة الحقوق غير المالية التي لا يمكن تقويمها بالمال، فهي تتميز بخصائص وهي:

- عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه^(٢).

= البدرأوي، المرجع السابق، ص ٥٢٠. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٤٨٩. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ٢، الحق، ١٩٧٠، ص ٢٠٨. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٢٠. عبدالله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

وهذا ما تؤكدته المادة الرابعة من قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٩ في شأن حقوق الملكية الفكرية، حيث تنص على أن: "للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة النشر". وله وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بأي طريقة من طرق الاستغلال، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق إلا بإذن كتابي مسبق منه أو ممن يخلفه". وانظر كذلك: المواد ١٣٨، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٩، من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية الملكية الفكرية المصري.

لقد أكدت محكمة النقض المصرية الطبيعة المزوجة لحق المؤلف على مصنفه، حيث قررت أن "مفاد النص في المواد ١٣٨، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٩، من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية الملكية الفكرية يدل على أن المشرع أفصح بجلاء عن الطبيعة المزوجة لحقوق المؤلف على مصنفه، وفرق بين الحقوق المالية والحقوق الأدبية وأورد لكل منها أحكاماً تتفق وطبيعة الحق التي تحميها...". محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢٦١٠، لسنة ١٩٦١ ق. غير منشور.

(١) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٢٧. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٢) هذا ما تؤكدته المذكرة الإيضاحية في تعليقها على المادة (٣٢) من القانون الكويتي حين أشارت: "نظراً لأن الحقوق الأدبية المشار إليها في المادتين (٤/فقرة أولى) و (٦) من القانون وهي من الحقوق اللصيقة بشخص المؤلف، فإن القانون قد نص صراحة في المادة =

- عدم قابلية الحق الأدبي للتقادم.
 - عدم قابلية الحق الأدبي للحجز عليه.
 - عدم قابلية الحق الأدبي للانتقال للورثة.
- أما الحق المالي فهو يتمثل في إمكان استغلال الفكرة بما يعود عليه بالمنافع المادية، فهو سلطة للمؤلف تمكنه من استغلال مصنّفه لكي يستفيد منه مالياً، سواء قام بهذا الاستغلال بنفسه أو تصرف فيه إلى الغير بمقابل أو بدون مقابل.
- وفي المقابل، يمنح الحق المالي المؤلف امتيازات مالية، فهو يدخل ضمن دائرة الحقوق المالية، ولذلك فهو يقوم بالمال، ويتميز بنفس خصائص الحقوق المالية وهي:
- جواز التصرف فيه سواء بمقابل أو بدون مقابل.
 - جواز الحجز عليه.
 - ينتقل الحق المالي إلى الورثة بوفاة المؤلف.
 - كما أنه حق مؤقت بفترة زمنية ينقضي بفواتها^(١).
- يطرح التساؤل من جديد، فهل لهذه الطبيعة الخاصة لحق المؤلف، باعتباره حقاً لصيقاً بشخصية المؤلف، كفيلاً أن يخرج من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق؟
- كما ذكرنا سابقاً، بأن تحديد محل نظرية التعسف كان مثار جدل فقهي منذ النشأة، ولم يخرج حق المؤلف عن هذا الجدل.

= (٣٢) على بطلان كل تصرف فيها كما نص في المادة (٣٣) على بطلان تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري في المستقبل". وفي تأكيد ذات المعنى، محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٢١٦٠، السنة القضائية ٦١، غير منشور. نقض مدني ١٢/٥/١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، س ١٧، رقم ١٥١، ص ١١١٤.

- Cass.1er, Civ. 5 Mai1993, petites Affiches 22 out 1994, p.10. note Caron; C.A. Paris, 1er.fev. 1989, D.1990, Somm., p. 52, obs. Claude Colombet.

(١) خالد الهندياني ومحمد عبد الصائق، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما يليها. عبدالرشيد مأمون ومحمد عبد الصائق، المرجع السابق، ص ٣٦٨ وما يتبعها. تركي صقر، حماية حقوق المؤلف، اتحاد كتاب العرب، ١٩٩٦، ص ١٦٩ وما يتبعها. نواف كنعان حق المؤلف، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٤، ص ١٢٩ وما يتبعها. محمد السيد فارس، الوسيط في الملكية الأدبية والفنية، المجلد الأول، حقوق المؤلف، الجزء الأول، الحقوق المالية للمؤلف ومفهوم الحقوق المالية للمؤلف، ص ١١٦ وما يليها. السيد عبدالوهاب عرفه، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ٢٦٧.

بداية هناك جانب من الفقه بسط محل التعسف على كافة الحقوق بالإضافة إلى الحريات والرخص العامة^(١). وذلك على اعتبار أن كل من الحق والحرية والرخصة العامة منحت من قبل المشرع من أجل تحقيق غرض معين، ومن هنا يأتي مجال انطباق نظرية التعسف، لأن التعسف هو استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع له، وهذا أمر متصور في الحق كما هو متصور في الرخصة أو الإباحة على السواء^(٢).

وفي المقابل يقصر جانب من الفقه نطاق تطبيق نظرية التعسف على كافة الحقوق بمعناها الفني ودون امتدادها للحريات والرخص العامة^(٣). أساس رفضهم هو أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستثناء والافراد بشيء أو بقيمة، بينما الرخص والحريات العامة لا تفترض وجود هذه الرابطة، وإنما تفترض ثبوت حريات معينة لكافة الناس دون أن تكون محل استثناء لأحد منهم دون غيره من الناس، مثل حرية الرأي وحرية التعاقد وحرية الاجتماع. كما أن توسعة نطاق تطبيق نظرية التعسف على الحريات والرخص ظهر نتيجة للخلط القائم بين فكرة

Josserand, op. cit. p. 23.

(١)

- De l'esprit, op. cit. no. 240.

- مشار إليهما في: حسن كيرة، المرجع السابق، ٧٥٤. أنور سلطان، مصادر الالتزام، ج ١، فقرة ٤٣٣، ١٩٥٥. فتحي الدريني، المرجع السابق، ٢٦٩. إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق، ص ١٦٦. إسماعيل غانم، تجدد عقد العمل المحدد المدة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س ٢٤، العدد ٢، ص ٢٤١. سعود محمد الهاجري، المرجع السابق، ص ٣٦ وما يتبعها.

(٢) فتحي الدريني، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، فقرة (٥٤٤). عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، فقرة ٣٤٥ - ٤٣٧. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، ج ١، سنة ١٩٦٠، فقرة ٤٢٤. أحمد حشمت أبوستيت، نظرية الالتزام، فقرة ٤٣٥، ٤٣٨. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٨٣. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٥٦. ويبدو أن المشرع المصري قد اتجه هذا الاتجاه وقصر تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق ودون الرخص والحريات العامة، فقد كانت المادة (٥) من المشروع التمهيدي تنص على أن: "الحقوق المدنية نوعان: حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره. ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة". وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تعليقها على هذه المادة أن هذا النص يفرق بين الحق والرخصة وأن التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها. أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك.. لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، هامش ص ٢٠١). وقد حذف هذا النص، ولكن حذفه لا يتنقص من دلالة على اتجاه المشرع المصري، لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملاً فقهياً تشريعياً، حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٨٦.

الحق والحرية أو الرخصة العامة، وازداد هذا الخلط عندما أدرجوا الكثير من الحريات ضمن حقوق الإنسان الطبيعية، والتي يجب كفالتها، في حين أنها ليست من الحقوق في المفهوم القانوني الدقيق، وإنما هي قد تعني حقوقاً بالمفهوم السياسي أو الفلسفي أو الأخلاقي؛ مما يبعدها عن نطاق التعسف التي تقتصر على الحقوق بالمفهوم القانوني الدقيق وهو استثناء شخص بشيء أو بقيمة، كما أن أحكام المسؤولية المدنية كفيلة في محاسبة من ينحرف في مسلكه عندما يستعمل رخصة من الرخص أو حرية ما، ويكون قد أخطأ مما تستوجب ترتيب مسؤوليته^(١).

أولاً - الاتجاه الرافض لتطبيق نظرية التعسف على حق المؤلف:

وفي إطار توضيح نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، يذهب جانب من الفقه^(٢). ويدعمه بعض أحكام القضاء^(٣)، إلى عدم شمول نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق المطلقة والتقديرية^(٤)، ويعتبرون حق المؤلف في جانبه الأدبي من الحقوق المطلقة والتقديرية.

- (١) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٨٣. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٥٦.
- (٢) Josserand, op. cit., no.269. Frédéric Pollaud-Dulian, Abus de Droit Moral, Recueil Dalloz 1993, Chronique 97, p.21. F. Pollaud-Dulian, Le droit d'auteur, Economica, Paris, 2005, no 549. Ph. GAUDARAT, Propriété intellectuelle de droit moral, la construction du droit français, p.3. M. Vivant, Lamy droit de l'informatique et des Réseaux 2005 - Lamy droit des Medias, et de la communication, no. 317. Rouast, droits discrétionnaires et droits contrôlés, R. T. 1944, no. 3, p.2, 3.
- P- Y, Gautier, propriété littéraire et artistique, Puf, 3ème. éd.1999. p.178.
- مشار إليه في: حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٨٧.
- وفي الفقه العربي، لطفي خاطر، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٤٣. محمد الشمري وأيمن مساعدة، التعسف في استعمال حق المؤلف المعنوي من قبل الورثة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد الخامس والأربعون يناير ٢٠١١، ص ٢٧.

Cass. Civ. 1ere. ch, 5 juin 1984, Bull.civ.1.no.184. (٣)

تؤكد محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بأن: "تتصف ممارسة الحق الأدبي بطابع تقديري بحيث لا يخضع تقدير مشروعية هذه الممارسة للقاضي"

T.G.I. Paris,23 Mars 1994. " Il y a, par suit, des droits qui ne sont pas susceptibles d'abus parce qu'ils sont délimités d'une façon tellement nette qu'il ne saurait y avoir de discussion sur l'application des règles légales, et que les tribunaux ne peuvent rien retrancher ou ajouter. On a parfois dénommé ces droits absolus, ou droits discrétionnaires." George Ripert, p. 29. (٤)

وتأسيسهم في ذلك يقوم على اعتبار أن الحق الأدبي للمؤلف هو حق يعبر عن شخصية المؤلف ولصيق فيه، فالمؤلف يعبر في مصنفه عن فكره وذوقه وإحساسه، وقناعاته وعواطفه، وغيرها من المشاعر الذاتية التي تعبر عن شخصيته^(١). فهناك رابط روحي بين المؤلف وإنتاجه الذهني^(٢). فلذلك يتصف الحق الأدبي للمؤلف بخاصيته المطلقة، فيستطيع المؤلف أن يستعمل حقه كيفما يشاء، وفيما يشاء، ويجب ترك استعمالها لمحض اعتبارات شخصية للمؤلف، دون خضوع هذا الاستعمال في دوافعه وأغراضه، لرقابة أو تعقيب من القضاء، لأن المصالح التي يحميها هذا الحق هي مصالح معنوية مرتبطة بشخصية المؤلف وخاضعة لتقديره، يستصعب على القضاء تقديرها^(٣).

ومن جانب آخر، يذكر أن فكرة التعسف تقوم على أساس الانحراف عن الغاية أو الغرض الاجتماعي، فإنه بالنظر إلى غاية الحق الأدبي يصعب تصور وجود التعسف، فالغاية من الحق المعنوي للمؤلف هي حماية شخصية المؤلف المجسدة بالمصنف من خلال الرابط الروحي الذي يجمع بينهما، مما يعني اعتبارات ومشاعر وتصورات وقناعات المؤلف وأفكاره، فلا يمكن لأحد غيره أن يقرر ما هو المناسب وغير المناسب منها، وما إذا كان المؤلف في استعماله لحقه قد انحرف عن الغرض من عدمه^(٤).

لذلك يذهب هذا الاتجاه، إلى استبعاد نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق المطلقة، ومن هذه الحقوق حقوق المؤلف، وذلك بسبب طبيعة حق المؤلف، بل إن أحد أنصار هذا الاتجاه قد بالغ في التدليل على استبعاد حقوق المؤلف عن مجال تطبيق نظرية التعسف بقوله: "أما بالنسبة للحقوق غير المالية (ومن ضمنها الحقوق المعنوية للمؤلف) عندما تحمي الشخص في أكثر مما يملكه جوهرياً، لا يمكن أن تكون إلا تقديرية: فنحن لا نتعسف في حق من حقوق الإنسان، لا نتعسف في حق من حقوق الشخصية، فالشخص الذي يرفض أن يتبرع بكليته، في حين أن هناك مريضاً بحاجة ماسة لها، أياكون متعسفاً في حقه بسلامة جسده وكيانه؟ على الرغم من أنه يضر بكامل إدراكه بالمستقبل، حتى وإن أدى رفضه إلى موت المستقبل، حتى

F.Pollaud- Dulian. op. cit. no. 544.

(١)

محمد الشمري وأيمن مساعدة، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢)

F.Pollaud- Dulian, op. cit. no. 595.

(٣)

محمد الشمري وأيمن مساعدة، المرجع السابق، ص ٣١.

(٤)

لو كان لدينا كل الأسباب للتفكير بأن المتبرع المعاند لم يتأثر، فلا يمكن أن ينسب إليه أي تعسف، أخيراً عندما تكون المصلحة المحمية بالحق قاعدة عامة: لا محل لتطبيق نظرية التعسف لأن هذه النظرية تهدف بالتحديد إلى كبح تثبيت مصلحة خاصة في محل مصلحة العامة. فالقول بأن كل حق يمكن أن يكون قابلاً للتعسف دون تفرقة، من شأنه أن يغلب مصالح خاصة جداً على المصلحة العامة والقيم العليا التي تحكم قانوننا^(١).

ثانياً – الاتجاه المؤيد لتطبيق نظرية التعسف على حق المؤلف:

الاتجاه السابق لم يلق قبولاً من الفقه^(٢) أو من التشريعات المعاصرة، والحجج التي يستندون إليها في استبعاد حقوق المؤلف والحقوق المطلقة بشكل عام غير مقبولة، على اعتبار أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي مرتبطة بفكرة استعمال الحق، ومدى تحقيقه الغاية المرجوة من إقراره، فهذه النظرية وضعت أصلاً لمراقبة الدافع من وراء الاستعمال، والدوافع بحسب طبيعتها شخصية، فلذلك يجب أن يخضع هذا الدافع الشخصي لرقابة القضاء، ولا يمكن القبول بأن يكون لصاحب الحق مطلق التقدير في كيفية استعماله لحقه، كما أن الاستناد على الدوافع والاعتبارات الشخصية لاستبعاد تطبيق نظرية التعسف، سوف يدخلنا في مشكلة أخرى، وهي متى تعتبر الدوافع شخصية ومتى لا تعتبر كذلك^(٣)؟ هذا بالإضافة إلى أنه إذا كان صحيحاً أن الغاية من إقرار الحقوق الأدبية للمؤلف هي حماية شخصية المؤلف، إلا أنه لا يمكن

Ph. Gaudrat, op. cit. p. 38, et note de bas de page 177.

(١)

قد تمت الترجمة من قبل محمد الشمري وأيمن مساعدة، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٨٦. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٥٦. فتحي الدين، المرجع السابق، ص ٤٨٢. السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٥٦٢، ص ٨٤٧ وما يليها. شحاتة غريب شلقامي، مضمون الحقوق الأدبية للمؤلف في القانون البحريني. Int. J. Res. Intel. Pro. Vol. No. 1, 102-123 (244), p.110.. عبد الصديق، المرجع السابق، ص ٢٤٧ وما يليها. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ٢٦٣ وما يليها. حسام الدين الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية التريبس) دار النهضة العربية، ١٩٩٤، القاهرة، ص ١٧٤. إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص ٣٣.

Emmanuel Emile-Zola-Place,, note sur TGI Paris, 3e Ch., 4e Sect., 9 février 2012,. Kid Vince, Le droit moral du vivant de l'auteur: droit discrétionnaire ou droit susceptible d'abus?, Droit moral, Jurisclasseur civil Annexes, fasc. 310,n.13.

(٣) حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٧٨٦.

إنكار لما للمجتمع من مصالح ومنافع من ممارسة المؤلف لحقوقه، بل إنه في كثير من الأحيان، قد تتعارض مصالح المؤلف مع الجماعة، لذلك لابد من التوازن بين هذه المصالح من خلال أعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، حتى لا يخرج الحق الأدبي عن غايته وغرضه الاجتماعي^(١)، كما أن أنصار الاتجاه الرافض لخضوع الحق المعنوي للمؤلف لنظرية التعسف بسبب ارتباطه بشخصية المؤلف، فهم يقبلون بانتقال بعض الحقوق الأدبية للمؤلف إلى الورثة، وكأنهم يقرون بانتقال هذا الرابط الفكري والروحي إلى الورثة، بل يقبلون خضوع الورثة لنظرية التعسف في استعمال حقوق المؤلف (المورث). أخيراً فإن تحصين الحقوق المطلقة أو التقديرية من رقابة القضاء هو من بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة والتي تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة في استعماله لحقه، فهذه النظرة للحقوق قد سادت فترة من الزمن، ثم زالت وحلت محلها نظرة أخرى وهي أن الحقوق لها وظيفة اجتماعية^(٢).

إن استبعاد الحقوق المطلقة أو التقديرية من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، قد انحصر في إطار فقهي، لم تتبن التشريعات المعاصرة عند تنظيمها لنظرية التعسف في استعمال الحق، هذه التفرقة بين الحقوق^(٣). نجد أن المشرع الكويتي في المادة ٣٠ من القانون المدني، والتي تنظم نظرية التعسف في استعمال الحق، قد أتت صياغتها ومفرداتها عامة دون أي تمييز بين الحقوق أو أية إشارة إلى وجود حقوق مطلقة غير خاضعة للرقابة، وأمام وصف المادة (١٦) من الدستور الكويتي الوظيفة الاجتماعية للحقوق نستطيع القول بأن نظرية التعسف في استعمال الحق ترد وتشمل

(١) "Ainsi, appliqué à notre discipline, l'abus de droit permet de déterminer un "code de bonne conduite à l'usage des auteurs qui exercent leurs droits. "Ce correctif paraît cependant moins développé ou inconnu dans certains Etats, Il est surtout admis dans les pays où le système des exceptions est dit (fermé)". Pierre Sirinelli, Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de L'OMPI, Genève, décembre 1999, p.36.

(٢) عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٣١٣.

(٣) انظر مثلاً: المادة ٢٢٦ من القانون المدني الألماني، والمادة الثانية من القانون المدني السويسري الصادر في ١٩٠٧، والمادة الثانية من القانون المدني السوفييتي، والمادة ٣٥ من القانون المدني البولندي، والمادتين الخامسة والسادسة من القانون المدني السوري، والمادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني المصري، والمادة السابعة من القانون العراقي، والمادة ١٢٤ موجبات لبناني، والمادة ٦٦ من القانون المدني الأردني، والمادة الرابعة من القانون الليبي، والمادة ١٠٣ من القانون التونسي (مجلة الالتزامات والعقود). وغيرها من التشريعات الوطنية.

كافة الحقوق، ومن ضمنها الحق الأدبي للمؤلف، فاستعمال المؤلف لحقه الأدبي خاضع لرقابة القضاء سواء قبل ممارسة الحق أو بعد ممارستها.

ومما يؤكد هذا الأمر، أن المشرع الكويتي قد أخضع حق المؤلف في تعديل المصنف وسحبه من التداول إلى رقابة قضائية سابقة، لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب جدية تدفعه لتعديل المصنف أو سحبه من التداول. وفي ذلك تنص المادة (٣٥) من قانون الملكية الفكرية رقم ٦٣ لسنة ١٩٩٩ على أن "للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب جدية أن يطلب من المحكمة الكلية سحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي".^(١)

كما أن المادة (٧) من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٧ في شأن حماية المنافسة قد نصت على أن: "تسري أحكام هذا القانون على إساءة استعمال حقوق الملكية الفكرية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والنشر إذا أدى إلى آثار ضارة بالمنافسة وحماية التجارة الحرة خلافاً لأحكام هذا القانون".

هذه النصوص تؤكد بما لا يدع مجالاً للشك بخضوع حقوق المؤلف إلى النظرية العامة للتعسف.

وفي إطار الاتفاقيات الدولية، نجد أن اتفاقية التريبس^(٢)، قد طلبت من البلدان الأعضاء في هذه الاتفاقية اتخاذ تدابير لمنع حائزي حقوق الملكية الفكرية من إساءة استخدامها، فقد نصت في الفقرة الثانية من المادة الثامنة على أن: "تكون هناك حاجة لاتخاذ تدابير، يشترط اتساقها مع أحكام الاتفاق المالي لمنع حائزي حقوق الملكية الفكرية من إساءة استخدامها، أو منع اللجوء إلى ممارسات تسفر عن تقييد غير معقول للتجارة، وتؤثر سلباً على النقل الدولي للتكنولوجيا"^(٣). وبالفعل اتخذت الكثير من الدول ومنها الكويت هذه التدابير لمنع إساءة استعمال حقوق الملكية الفكرية وهو ما سنعالجه في المبحث الثاني.

إذا توصلنا في النهاية إلى شمول نظرية التعسف لحقوق المؤلف بشقيه المالي والأدبي، إلا أنه يبقى التساؤل عن كيفية تحديد التعسف في استعمال حقوق المؤلف.

الفرع الثاني: تحديد فكرة التعسف في استعمال حقوق المؤلف:

إذا توصلنا إلى شمول نظرية التعسف في استعمال الحق لحقوق المؤلف وعلى

(١) يقابلها المادة (١٤٤) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

(٢) تريبس: TIRPS اختصار لـ: Trade Related Aspects of Intellectual Property.

(٣) حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع السابق، ص ١٧٤، ص ٢٥١.

الأخص الحق الأدبي منه، فإن تساؤلاً قد يثار، هل من شأن أعمال هذه النظرية على الحقوق الأدبية للمؤلف أن يؤدي إلى الانتقاص من هذه الحقوق؟

إن الحق الأدبي مرتبط باعتبارات شخصية للمؤلف، ومن حقه أن يستعمله وقت ما يريد وبالكيفية التي يراها مناسبة، وليس لأحد أن يستعمله عنه، على اعتبار أنها أفكار تعبر عن صاحبها بالشكل الذي أراده، وهذه الأفكار هي جزء من شخصية المؤلف، وتنشأ بينهم رابطة البنوة، فإذا ما تم وضع قيود على استعمال هذا الحق، ألا يكون في ذلك انتقاص وتقليل من هذا الرابط بين الحق وصاحبه. وهل طبيعة الحق الأدبي للمؤلف تأثرت بتغليب مصلحة الجماعة على مصلحة المؤلف، أم يبقى رغم كل ذلك محتفظاً بطبيعته وخصائصه؟

أهمية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على حقوق المؤلف تكون في فرضيات تعارض المصالح بين المؤلف عند ممارسته للحق الأدبي وبين مصلحة الجماعة^(١). فعند استعمال المؤلف لحقه الأدبي، فإنه من يتعامل مع المؤلف قد يستفيد من هذا الاستعمال أو يتضرر، بمعنى أن المؤلف قد يسيء استعمال الحق الأدبي من خلال سعيه لتحقيق الثروة المالية، وبغض النظر عما قد يتسبب به من جراء ذلك من أضرار بالغير.

بديهي أن هناك أشخاصاً يتضررون من الممارسات غير المشروعة للحق الأدبي من قبل المؤلف، وخصوصاً عند استعماله للمكنات والسلطات التي يخولها له الحق الأدبي، فمثلاً عندما يقرر المؤلف وبشكل غير مشروع تعديل المصنف أو سحبه من التداول أو الرجوع عن نشره، فإن هناك الكثير ممن قد يتضرر من ذلك، ومنهم أصحاب الحق في الاستغلال المالي الذي أحال إليهم المؤلف ذلك الحق من أجل نشر المصنف، وكذلك يتضرر المجتمع خصوصاً الأشخاص الذين سيتوجه إليهم المصنف، مثلاً، عندما يسحب المؤلف كتاباً ذا قيمة كبيرة في التربية، وكذلك أصحاب الحقوق المجاورة لحق المؤلف بوجه عام من فنانين مؤدبين أو منتجين لتسجيلات سمعية أو سمعية بصرية أو هيئات الإذاعة، بالإضافة إلى من يشترك معه في تأليف المصنف، بالتأكيد أن مصالح هذه المجموعات مرتبطة بالحق الأدبي للمؤلف، فهم يستفيدون أو يتضررون حسب استعمال المؤلف لحقه الأدبي^(٢).

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٤٩. تركي صقر، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٢) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٤٨. تركي صقر، المرجع السابق، ص ١٤٧.

لذا، لا بد من تنظيم استعمال المؤلف لحقوقه، ولكن علينا الحذر بمواجهة الاستعمال السيء للحقوق من قبل المؤلف، فلا يجب أن يكبل هذا الحق بالقيود، وتحويله من حق أدبي لصيق بشخص المؤلف إلى حق اجتماعي.

إن كثرة القيود تؤدي إلى إلغاء شخصية المؤلف وتشويه المصنف من خلال السماح للغير بالتدخل فيه، فهذا أمر غير مقبول إطلاقاً ولا يتناسب مع طبيعة الحق الأدبي، وليس هو غاية إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن ذلك إن حصل فإن ضرره لن يقتصر على المؤلف وحده وإنما يمتد ليشمل المجتمع بأكمله^(١).

لذا لزم التوفيق بين المصالح المتعارضة، وعمل موازنة بين مصلحة المؤلف ومصلحة الجماعة، ويكون ذلك من خلال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على حقوق المؤلف.

وهكذا انتهينا إلى أنه لا يوجد ما يسمى بالحقوق المطلقة أو التقديرية والتي تترك لمحض تقدير صاحبها، وإنما الحقوق لها غايات وأغراض اجتماعية، فالحق يجب أن يمارس وفقاً للغاية الاجتماعية الذي منح من أجله الحق، فالحقوق ليست غايات بذاتها، وإنما هي وسيلة لتحقيق الغاية المنشودة من منحها، والحماية القانونية مرتبطة بتحقيق هذه الغاية الاجتماعية، وترتفع هذه الحماية بالانحراف عنها، فمتى انحراف صاحب الحق في استعماله لحقه عن غايته أصبح متعسفاً.

والحق الأدبي كسائر الحقوق الأخرى له وظيفة اجتماعية، فهو لا يحمي فقط المصالح الشخصية للمؤلف بل يحمي بالإضافة لذلك مصالح المجتمع، بحيث يمنح المجتمع سلطات معينة في المراقبة والتتبع؛ بحيث يوجه الحق الأدبي إلى وجهته الاجتماعية متى ما حاد عنها بالاستعمال غير المشروع له.

والحق الأدبي يجب أن يتقيد بمصلحة الجماعة التي يجب مراعاتها إلى جانب مصلحة المؤلف، وأن تعسف المؤلف في استعمال حقوقه الأدبية بقصد الإضرار

(١) "Mais dans tous les cas, il ne s'agit pas d'une limite au droit lui-même, pris intrinsèquement, mais d'un correctif à l'exercice qui en est fait. Paradoxalement, ce mécanisme n'affaiblit pas le droit d'auteur. Au contraire. Alors qu'un droit exercé de façon abusive entraînerait un rejet général et global du droit d'auteur au risque d'une certaine ineffectivité, la présence du correctif rassure et rend le droit d'auteur plus fort ou mieux accepté en ce que les tiers se savent à l'abri d'abus potentiels. Reste que, comme pour toutes les choses dangereuses, on doit faire un usage modéré de cette théorie". P. Sirinelli, op. cit., p.36.

بالغير يسمح للمضرور باللجوء إلى القضاء لوقف هذا التعسف والمطالبة بالتعويض استناداً إلى نظرية التعسف في استعمال الحق^(١).

لذلك يجب أن يخضع المؤلف لبعض القيود في ممارسته لحقه الأدبي، وهي القيود التي تتطلبها المصلحة العامة والمتمثلة بمصالح الأفراد الأخرى في المجتمع، وأن تكون هذه القيود في حدود القانون، وإن تستعمل بحذر حتى لا تنتقص من الصفة الشخصية للحق المادي.

لذلك نرى أن على المشرع الكويتي أن يتخذ في قانون حقوق الملكية الفكرية بعض التدابير اللازمة لمنع تعسف المؤلف في ممارسته لحقه الأدبي^(٢).

بهذا نرى أن نظرية التعسف في استعمال الحق، تلعب دوراً مزدوجاً في مجال حقوق المؤلف، فهناك الدور الوقائي وهو عندما يتدخل المشرع ويضع التدابير لمنع المؤلف من استعماله السيئ لحقه مقدماً، فهو يمنع التعسف مقدماً، أو أن يواجه المؤلف ذا الموقف السلبي، والذي يعد بامتناعه متعسفاً في عدم استعماله لحقه، ومن أمثلة ذلك: لقد وضع المشرع في سحب المصنف من التداول الرقابة القضائية المبتدأ، فإذا اتضح للمحكمة عدم وجود أسباب جدية تبرر السحب وأن المؤلف لم يقصد من وراء السحب سوى الإضرار بصاحب الحق بالاستغلال المالي فإنها سوف ترفض طلبه بسحب المصنف من التداول، وهي بذلك تمنع المؤلف من التعسف في استعمال حقه بسحب مصنفه.

وهناك دور علاجي لنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال حقوق المؤلف، وهي عندما تواجه استعمال سيئ من قبل المؤلف أو الخلف فيكون من حق المتضرر اللجوء إلى القضاء لوقف التعسف والمطالبة بالتعويض، كالمؤلف الذي يرفض ورثته نشر مصنفه على الرغم من موافقته لتقرير النشر قبل وفاته.

وهذا الدور لنظرية التعسف قد تبناه المشرع الكويتي كتدابير لازمة لمنع وقوع التعسف أو لمعالجة ووقف التعسف في استعمال حق المؤلف، وهو ما سنعالجه في المبحث الثاني.

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٢) انظر المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني

التدابير اللازمة لمواجهة التعسف في استعمال حق المؤلف

يتدخل المشرع أحياناً، ويمارس الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق، فيتخذ بعض التدابير لمنع المؤلف من إساءة استعمال حقه، من خلال وضع قيود معينة لممارسة هذا الحق، أو أن يخضع ممارستها لرقابة القضاء السابقة أو اللاحقة، أو يمنح بعض السلطات (التراخيص) للجهات المعنية باستخدام حقوق المؤلف، أو إجبار المؤلف أو من يخلفه باستخدامها في حالة امتناعه.

فرضيات إساءة استعمال حقوق المؤلف كثيرة ومتعددة، وقد تمارس من قبل المؤلف نفسه أو من قبل من يخلفه، وهي شاملة لجميع حقوق المؤلف الأدبية والمالية على السواء، وقد تمارس هذه الإساءة في الاستعمال في مواجهة الجمهور أو في مواجهة من تعاقد معه على الاستغلال المالي، لذا فإننا سنسلط الضوء على أهم هذه التطبيقات والمتمثلة في الحقوق الأساسية التي يتمتع فيها المؤلف من حقوق أدبية ومالية، وسواء تمت من قبل المؤلف نفسه أو ممن يخلفه، لنتبين كيفية مواجهة هذا التعسف من خلال تدخلات المشرع في القانون الكويتي أو من خلال النظرية العامة للتعسف في استعماله الحق.

المطلب الأول

إساءة استعمال حق المؤلف لحقه الأدبي أو المالي

قد يسيء المؤلف استعمال سلطاته الأدبية أو المالية على مصنفه، لذا نجد المشرع الكويتي يعالج هذه الفرضية من خلال تبني تدابير لازمة لمنع التعسف، أو بتركها للقواعد العامة في نظرية التعسف في استعمال الحق.

وتطبيقات التعسف في استعمال الحق تمارس في الحقوق الأدبية والمالية على السواء لذا سنستعرض أهمها:

الفرع الأول

إساءة استعمال الحق في تقرير النشر أو النشر ذاته

يعتبر حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه - أو الحق في الإتاحة كما يطلق عليه أحياناً - من أهم السلطات التي يمنحها له الحق الأدبي، وفي ذلك تنص الفقرة الأولى

من المادة ٤ من قانون حماية الملكية الفكرية الكويتي على أن: "للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر"^(١).

المؤلف هو الشخص الوحيد الذي يقرر ما إذا كان مصنفه جاهزاً للنشر من عدمه، فلا يستطيع أحد أن يجبره على نشر المصنف في وقت يرى فيه عدم صلاحيته للنشر. كما أن للمؤلف وحده الحق في تحديد طريقة نشر مصنفه في الشكل الذي يريده، فلا يجوز بعد ذلك أن يتم نشر المصنف على خلاف الطريقة التي ابتغاها المؤلف. كما أن للمؤلف وحده الحق في اختيار الوقت الذي يريد أن ينشر فيه مصنفه فلا يستطيع أحد أن يجبره على نشر المصنف بأي وقت آخر.

فرضيات إساءة استعمال الحق في تقرير النشر تثار عندما يكون فيه تشابك بين ممارسة المؤلف لحقه في تقرير النشر ولحقه في الاستغلال المالي لمصنفه^(٢)، من خلال التزامه التعاقدية مع الغير. تكون هذه الفرضيات عندما يقوم المؤلف بالبدا في إعداد المصنف ثم يمتنع عن إتمامه، أو ينتهي منه ويمتنع عن تسليمه إلى من تعاقد معه، فيسيئ استعماله لحقه في تقرير النشر، فهل من الممكن في هذه الحالة أعمال نظرية التعسف في استعمال الحق؟

لتبيان ذلك يجب أن نميز بين عدة فرضيات^(٣):

- (١) يقابله نص المادة (١/٥) من قانون حماية المؤلف المصري والتي تنص على أن: "للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه، وفي تعيين طريقة هذا النشر".
- (٢) لقد وضع المشرع الكويتي بعض القيود على المؤلف عند ممارسته لحقه المالي، بحيث سمح للأفراد باستعمال مصنفه المحمي من دون الحاجة إلى تصريح أو مقابل، وبررت المذكرة الإيضاحية في تعليقها على المواد (٤ إلى ١١) من القانون - والتي تتضمن القيود على أنها "لا تتعارض في الواقع مع حق المؤلف على مصنفه لأنها لا تنطوي على استغلال مادي أو عدوان على حقه الأدبي وإنما تتفق مع طبيعة هذا الحق الذي يهدف إلى نشر الثقافة بصفة عامة. كما أن المذكرة الإيضاحية للقانون المصري تؤكد في تعليقها على هذه القيود أن مثل هذه القيود يملئها الصالح العام لأن للهيئة الاجتماعية حقاً في تيسير الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري فلا تحول دون بلاغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين، ذلك لأن الأجيال الإنسانية الثقافية تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات. وهي من جانب آخر تمنع تعسف المؤلف في ممارسته لحقه المالي من خلال الاعتراض على هذه الاستخدامات الحرة". وهذه القيود وردت في المواد من ٧ إلى ١٤ والمادة ١٤ و ١٦ من القانون الكويتي.
- (٣) إساءة استعمال الحق في تقرير النشر، قد لا تقتصر في حالة المصنفات الفردية، وإنما من المتصور وجودها في المصنفات المشتركة أيضاً، حيث يشترك عدد من المؤلفين في مصنف واحد، وحيث يتطلب الإجماع لممارسة الحقوق الأدبية من المصنف، فتظهر المشاكل والخلافات بين المؤلفين من خلال تعارض المصالح أو الأفكار، فمنهم من يرغب بنشر المصنف ومنهم لا يرغب بذلك، وفي هذه الحالة، يتم اللجوء إلى القضاء لفك التشابك (م ١٨).

الفرض الأول: أن يكون امتناع المؤلف عن تسليم العمل الأدبي (المصنف) الذي التزم به راجع إلى القوة القاهرة التي تسببت في عدم إتمامه العمل، فللمؤلف أن يثبت القوة القاهرة حتى يتخلص من التزامه العقدي طبقاً للقواعد العامة.

الفرض الثاني: حالة المؤلف الذي يبدأ العمل ولا يتممه أو ينتهي منه ولكنه يمتنع عن تسليمه للمتعاقد الآخر لأسباب يقدرها وحده، كعدم رضائه على العمل، أو أنه لا يليق بسمعته، في هذا الحالة لا يجوز إجبار المؤلف على تسليم العمل الأدبي للمتعاقد، احتراماً لحقه الأدبي في تقرير نشر مصنفه، لأن إجباره على تسليم المصنف وإن كان يخلصه من التزام تعاقدية، يحمل في طياته إكراه المؤلف على الإبداع الأدبي وهذا يتعارض مع طبيعته التي تستند على اعتبارات شخصية خاصة بالمؤلف، فهنا الحق الأدبي يسمو على أية حقوق أخرى للغير، ولقد أيد هذا الاتجاه القضاء الفرنسي^(١). وغالبية الفقه العربي^(٢).

مع التأكيد على أن السماح للمؤلف بالامتناع عن تسليم مصنفه لن يعفيه عن دفع التعويض المناسب للمتعاقد معه نتيجة لإخلاله بالتزامه التعاقدية بتسليم العمل الأدبي.

الفرض الثالث: حالة المؤلف الذي ينتهي من العمل الأدبي بشكل مرضي بالنسبة له، ويفرض مع ذلك، تسليم المصنف إلى المتعاقد معه؛ وذلك طمعاً منه في التعاقد مع ناشر آخر بميزات أفضل أو ربما أوفر، وكان الناشر الآخر يعلم بسبق تعاقد المؤلف مع الناشر الأول، في هذه الحالة يكون المؤلف قد تعسف في استعمال حقه في تقرير

(١) لقد أثرت أمام القضاء الفرنسي قضية شهيرة هي قضية (Whistler) ضد (Eden) حيث تعهد الأول برسم لوحة للثاني وامتنع عن تسليمه للوحة، فقضت المحكمة برفض إلزام الرسام بتسليم اللوحة مستندة إلى أن الحق الأدبي للمؤلف يسمو على الالتزامات التعاقدية التي تتصل بهذا الحق.

"Si le peintre refuse de livrer son œuvre, Y. la personne qui lui a commandé le portrait ne peut pas le revendiquer ni en exiger la remise ...

– مشار إليه: عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، المرجع السابق، ص ٤٠٩. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ١٩٩. تركي صقر، المرجع السابق، ص ١٦١. محمد علي عرفه، المرجع السابق، ص ٣٨٨. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٨٧. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ٩٢. خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٤١. حسن محمد بودي، حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٨٠.

النشر، لأن العقد الذي أبرمه مع الناشر الثاني فيه إضرار بالناشر الأول، الذي يستحق الحماية من سوء استعمال هذا الحق.

يذهب جانب من الفقه^(١)، في هذه الحالة إلى إجبار المؤلف على تسليم المصنف إلى الناشر الأول عن طريق التنفيذ العيني. في حين يرى البعض الآخر، وهو الأرجح أنه لا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني في هذه الحالة لما فيه من مساس باعتبارات شخصية للمؤلف وفي حقه في تقرير النشر، وإنما يلتزم المؤلف في هذه الحالة بدفع التعويض عن إخلاله بتنفيذ التزامه استناداً إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، على اعتبار أن المؤلف قد تعمد الإضرار بالمتعاقدين معه الأول^(٢).

كما أن للمؤلف الحق في تقرير نشر مصنفه لأول مرة، فإن له الحق كذلك في معاودة النشر من عدمه، فقد يقرر المؤلف عدم معاودة نشر مصنفه لعدة اعتبارات ترجع لتقديره الشخصي، كأن يرى بأن مصنفه أصبح متأخراً عن ركب التطور العلمي، أو لأن أفكاره قد تغيرت، ولم يعد المصنف معبراً عن أفكاره، فيقرر عدم معاودة نشر مصنفه بعد نفاذ نسخ المصنف من التداول، وهذا من حقه. لكن قد يقرر المؤلف أحياناً أخرى عدم معاودة النشر، ودون أن تكون لديه أية أسباب مبررة لذلك، ويؤدي ذلك إلى الإضرار بالثقافة العامة للمجتمع، ويكون هذا الأمر عندما يكون المصنف ذا قيمة علمية أو أدبية كبيرة، والمجتمع بحاجة شديدة إليه، فامتناع المؤلف عن معاودة النشر يشكل حرماناً للمجتمع من هذه القيمة الأدبية أو العلمية.

ومعالجة لهذا الأمر، ذهب جانب من الفقه بأنه لا بد من التدخل وإجبار المؤلف على معاودة النشر في هذه الحالة، لأن من الممكن مراقبة استعمال المؤلف لسلطاته من الوقت الذي ينفصل فيه المصنف عن المؤلف، ويكون ذلك من خلال طرحه للتداول بين الجمهور، فمنذ هذه اللحظة يقوم المجتمع بتسهيل وتسيير كل السبل للمؤلف التي تمكنه من النشر أو معاودة النشر، فإن رفض، رغم ذلك لأسباب غير مبررة وتتعارض مع المصلحة العامة، فإن المؤلف يكون في هذه الحالة قد فقد جميع سلطاته على المصنف، فتقوم السلطات المختصة بالترخيص في استعمال هذه السلطات على المصنف لكل من يطلبه^(٣).

(١) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ٤١١. حازم عبد السلام المجالي، حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني، ص ١٢٤.

(٢) حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٣٤. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق ص ١٤٤. تركي صقر، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

(٣) انظر في ذلك، عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٥٤. تركي صقر، المرجع السابق، ص ١٤٨. شحاتة شلقامي، المرجع السابق، ص ١١٢.

والترخيص إما أن يكون إجبارياً مع المؤلف سيئ النية، عن طريق تدخل المحكمة وإجبار المؤلف على معاودة النشر^(١)، وإما أن يكون الترخيص قانونياً من خلال تدخل الجهات المختصة بالدولة ومنحها الترخيص بالنشر أو معاودة النشر لمن يطلبه ودون الحاجة لتدخل المؤلف، ولكن مع تعويضه بالتعويض المناسب في كل الأحوال.

الترخيص القانوني، إن كان يحل إشكالية تعنت المؤلف في معاودة نشر مصنفه، إلا أن فيه إهدار لسلطات المؤلف، ومن الممكن الاكتفاء بالترخيص الإجباري من خلال تدخل القضاء ومراقبته لسوء استعمال هذا الحق الأدبي للمؤلف؛ إذ يجب أن يتقيد استعمال الحق بمصلحة الجماعة التي يجب مراعاتها إلى جانب مصلحة المؤلف، فإذا كان المجتمع بحاجة شديدة لنشر مصنف ذي قيمة علمية كبيرة، فليس للمؤلف أن يرفض ذلك دون مبرر، فمصلحة الجماعة ترجح على مصلحة المؤلف، وباللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، يمكن للقضاء إجبار المؤلف على معاودة نشر مصنفه تحقيقاً للمصلحة العامة.

الفرع الثاني

إساءة استعمال الحق في تعديل المصنف

يحدث في كثير من الأحيان، وبعد مرور فترة على نشر المصنف، أن يقرر المؤلف إجراء بعض التعديلات على مصنفه، وقد يكون ذلك بسبب رؤيته إلى المصنف بأنه لم يعد مطابقاً لأرائه الأدبية أو الفنية، أو يكتشف بوجود عيب بالمصنف لا يليق بسمعته الأدبية، أو أن المصنف أصبح متخلفاً عن ركب التطور العلمي، وأصبح من الواجب القيام بإجراء بعض التعديلات على المصنف، سواء بالحذف أو الإضافة.

وقد اعترف المشرع الكويتي بهذا الحق للمؤلف، فقرر في المادة ٣٥ من قانون الملكية الفكرية أن "للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب جدية أن يطلب من المحكمة الكلية سحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي... (٢)".

(١) لقد تبني المشرع الكويتي أسلوب التراخيص في مجال حق المؤلف في عدة مواضع منها المواد (١٤، ١٦، ٣٥).

(٢) يقابلها: المادة ١٤٤ من القانون المصري، المادة ٨/ج من القانون الأردني، المادة ٢١/٥ من القانون اللبناني، المادة ١٦ من القانون القطري، المادة ٥ من القانون البحريني، المادة ٣٧ من القانون الإماراتي.

ولا تثار مشكلة إذا أراد المؤلف أن يقوم بإجراء التعديلات على مصنفه قبل طرحه للجمهور وقبل التعاقد عليه مع الغير، فمن حقه إجراء التعديلات بما يراه مناسباً وتحت تقديره الشخصي. لكن المشكلة تطرأ عندما يرتبط حق الغير بهذا المصنف، وذلك عندما يتعاقد المؤلف مع الناشر للاستغلال المالي للمصنف، وإجراء التعديلات على المصنف خلاف ما تم الاتفاق عليه، وقد يضر بالناشر ويحملة أعباءً إضافية، لذلك يجب التفرقة بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: عندما يقرر المؤلف إجراء التعديلات على المصنف على الرغم من تعاقد مع الناشر ولكن قبل طرح المصنف للتداول، هنا لا ضير إذا كانت التعديلات طفيفة وبسيطة بحيث لا تمس بجوهر ومضمون المصنف ولا يترتب عليها أية نفقات إضافية على الناشر، فهذه التعديلات مقبولة ولا تثير أية مشاكل.

أما إذا كانت التعديلات تؤثر بجوهر ومضمون المصنف وقد تجعله مختلفاً عن المصنف الأصلي المتفق عليه، وترتب نفقات إضافية على الناشر، في هذه الحالة لا بد من السماح للمؤلف بإجراء التعديلات الجوهرية، مع حق الناشر في التعويض العادل عن الأضرار التي تترتب عليه نتيجة لهذه التعديلات، أو يكون من حقه طلب فسخ العقد مع التعويض^(١).

الفرضية الثانية: عندما يقرر المؤلف القيام ببعض التعديلات على المصنف بعد نشره أو طرحه للتداول، ويكون المصنف قد أصبح بمتناول الجمهور، وانتشرت أفكاره بين أفراد المجتمع، في هذه الحالة، لا ضير من إجراء بعض التعديلات البسيطة والطفيفة التي لا تغير من جوهر المصنف ولا تزيد من أعباء الناشر المالية.

أما إذا كانت التعديلات جوهرية تمس مضمون المصنف وتزيد من أعباء الناشر المالية، فنظراً لخطورة الأمر ولمسأسة بمصالح المجتمع، تدخل المشرع الكويتي في هذا الشأن، وقيد حق المؤلف في إجراء التعديل على مصنفه بطرود أسباب جدية تدعوه إلى التعديل وأن يتم ذلك تحت رقابة المحكمة الكلية، وعليه أن يطلب من المحكمة الكلية سحب مصنفه من التداول لإجراء التعديلات عليه مع تعويض الناشر تعويضاً عادلاً تقدره المحكمة عن الأضرار التي لحقت بالناشر، ويتم دفع التعويض

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصديق، المرجع السابق، ص ٣٠٥. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ١١١. خالد الهندياني ومحمد عبد الصديق، المرجع السابق، ص ١٥٤. شحاته شلقامي، المرجع السابق، ص ١١٩. عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي، المرجع السابق، ص ١٢٢.

بصورة عاجلة بعد الحكم القضائي وقبل السحب الفعلي للمصنف، فإن لم يتم دفع التعويض في الأجل المحدد لذلك، زال كل أثر للحكم القاضي بسحب المصنف وعاد المصنف مرة أخرى للتداول^(١).

يتضح مما سبق أن المشرع الكويتي قد أخضع حق المؤلف لتعديل مصنفه بعد طرحه للتداول إلى رقابة القضاء، لمنع أية إساءة في استعمال هذا الحق والإضرار بالغير، والمحكمة تقرر فيما إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر السحب من أجل التعديل أو عدمه، مع الاحتفاظ بحق الغير في التعويض نتيجة للتغيير والأعباء المالية للناشر. وهذا يعتبر إجراء احترازياً وقائياً لمنع التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثالث

إساءة استعمال الحق في سحب المصنف من التداول

يحدث بعد أن يقوم المؤلف بنشر مصنفه عن طريق التعاقد مع ناشر معين تنتقل إليه حقوق الاستغلال المالي، وبعد مرور فترة من الزمن على تداول هذا المصنف بين أفراد المجتمع، أن يشعر المؤلف بحاجته إلى سحب المصنف من التداول لأسباب أدبية ترجع إليه شخصياً، قد يرى أن المصنف لم يعد يليق بسمعته الأدبية ومكانته العلمية، فتتأثر مشكلة بين احترام المؤلف الأدبي بسحب مؤلفه، وحقوق المتعاقد معه على الاستغلال المالي.

أقرت أغلب التشريعات المعاصرة بحق المؤلف بسحب مصنفه من التداول^(٢)، ومن ضمن هذه التشريعات، المشرع الكويتي الذي نص في المادة ٣٥ منه على أن "للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب جدية أن يطلب من المحكمة الكلية سحب مصنفه من التداول..".

يؤسس هذا الحق، لما للمؤلف من رابطة شخصية مع مصنفه، فالمصنف يعبر عن آراء وأفكار ومعتقدات المؤلف، فإذا تغيرت هذه الآراء والأفكار والمعتقدات، كان من حق المؤلف أن يقوم بسحب مصنفه من التداول لإجراء التعديلات عليه أو لوقفه من التداول، فلا يتصور حرمان المؤلف من هذا الحق لارتباطه بشخصيته.

لكن ممارسة هذا الحق قد تتعارض مع مصالح أصحاب حقوق الاستغلال

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون حماية الملكية الفكرية الكويتي.

(٢) المادة ١٤٤ من القانون المصري، المادة ٨/هـ من القانون الأردني، المادة ٣٧ من القانون الإماراتي، المادة ١٦ من القانون القطري.

المالي، فتضرهم وتكبدهم نفقات إضافية، لذلك نجد أن المشرع الكويتي عندما منح هذا الحق للمؤلف، وضع له قيوداً عند ممارسته له، تضمن عدم إساءته لاستعمال هذا الحق بسحب المصنف، ولعمل موازنة مع حقوق المتعاقد معهم وهذه القيود تتمثل في:

- أن تتوافر أسباب جدية تبرر سحب المصنف، يجب أن يستند طلب المؤلف بسحب المصنف إلى أسباب جدية وليست أسباب وهمية، أو أسباب ترجع إلى الطمع بالمزيد من المنافع المالية من خلال تعاقد مع ناشر آخر يدفع له مبالغ مالية أكثر من الناشر الأول، ومسألة جدية الأسباب من عدمها خاضعة لرقابة القضاء.
 - أن يتقدم المؤلف بطلب إلى المحكمة الكلية بسحب المصنف، فلا يبادر من تلقاء نفسه بسحب المصنف من التداول، وإلا يكون قد أساء استعمال هذا الحق، وإنما لا بد من تقديم طلب إلى المحكمة الكلية، وللمحكمة السلطة التقديرية في الاستجابة لطلبه أو رفضه.
 - أن يكون المصنف مطروحاً فعلاً للتداول عند سحبه، أما إذا كان قبل ذلك فإنه يكون ضمن ممارسته لحقه في تقرير النشر.
 - أن يكون السحب مقابل تعويض عادل تقدره المحكمة.
 - أن يقوم المؤلف بدفع التعويض مقدماً إلى المتعاقد معه، بعد صدور الحكم القضائي بسحب المصنف وقبل عملية السحب الفعلية، وإلا زال كل أثر للحكم القاضي بسحب المصنف، وعاد المصنف إلى التداول.
- ولنا على هذه القيود ملاحظات^(١) عدة وهي:
- إن عملية إخضاع السحب إلى تقدير القضاء بمدى توافر أسباب جدية من عدمه، مسألة متقدمة، لأن الحقوق الأدبية ومنها الحق في السحب مبنية ومستندة على اعتبارات شخصية لصيقة بالمؤلف، وقد يجد هذا المؤلف الحرج الكبير بإبداء الأسباب الحقيقية من وراء رغبته بالسحب، ولا يمكن إخضاع هذه الاعتبارات

(١) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٦٢. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٩٨. عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص ١١٨. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ١٢٠. حسن محمد محمد بودي، المرجع السابق، ص ٨٣. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، الحقوق المجاورة لحق المؤلف، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٤٧٦.

الشخصية لرقابة الغير، وإن كان القضاء، وليس مبرراً تقييد المؤلف بأية قيود فكرية، وإنما يجب أن تترك الأمور لتقدير المؤلف شخصياً كما فعل المشرع الفرنسي والألماني^(١).

- اشتراط التعويض المعجل، قبل السحب فعلياً، فيه إرهاب للمؤلفين، قد لا يجد البعض منهم القدرة على سداد هذا التعويض، وبالتالي يعجز عن ممارسة هذا الحق، وكان الأجدر على المشرع أن يطلب تقديم ضمانات كافية، كالكفالة الشخصية كما فعل المشرع الأردني (م ٨/ من قانون الملكية الفكرية).
- لم يتطرق المشرع الكويتي لفرضية معاودة النشر بعد السحب وإجراء التعديلات، وكان الأفضل أن يحذو حذو المشرع الفرنسي في إعطاء الأفضلية لصاحب حق الاستغلال المالي في حالة معاودة النشر. وهذا الأمر قد يضمن عدم لجوء المؤلفين إلى سحب مصنفهم إلا لأسباب جدية وليس من أجل كسب المزيد من المنافع المالية.
- أخيراً لم نكن بحاجة إلى الرقابة القضائية السابقة على ممارسة الحق، وأن نظرية التعسف في استعمال الحق في دورها العلاجي، تسمح للقضاء ببسط رقابته اللاحقة، وهي كفيلة بأن تعالج مشكلة إساءة المؤلف لاستعمال حقه في سحب المصنف، ودون أن نلجأ إلى وضع قيود قد تحرم المؤلف فعلياً من إمكانية ممارسة الحق في السحب.

الفرع الرابع

إساءة استعمال الحق في الترجمة

يقصد بالترجمة التعبير عن أي مصنف بلغة أخرى غير لغة النص الأصلي^(٢). المشرع يعطي للمؤلف الحق في ترجمة مصنفه، سواء تمت منه شخصياً، أو أن يسمح بالترجمة إلى الغير، والمشرع يمنح الحماية للمترجم الذي قام بترجمة المصنف الأصلي، والترجمة تعتبر صورة من صور المصنفات المشتقة، بمعنى أن عملية الترجمة سوف تخرج مصنف آخر جدير بالحماية، لأن الترجمة تعتبر في حد ذاتها تعبيراً عن قدرة المترجم الشخصية وكفاءته، لذلك تشمل الاتفاقيات الدولية

(١) المادة ٤- ١٢١ من القانون الفرنسي، والمادة ٤٢ من القانون الألماني.

(٢) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٣٩٧.

والتشريعات الوطنية المصنفات المترجمة من ضمن المصنفات المحمية بحقوق المؤلف على السواء مع المصنفات الأصلية^(١).

وبما أن المترجم يعتمد في ترجمته، وإخراج مصنف جديد على المصنف الأصلي، عليه أن يحصل على الإذن بترجمة المصنف من المؤلف الأصلي، قبل القيام بالترجمة، طالما أن مدة حماية المصنف الأصلي لم تنقض.

إلا أن المشرع الكويتي قد أورد بعض الأحكام الخاصة بالترجمة والتي تمثل استثناءً على القواعد العامة المقررة في حماية حقوق المؤلف، وهذه الأحكام هي:

أولاً: ما أورده الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون الكويتي بأن "للمؤلف أو خلفه الخاص أو العام الحق في الاعتراض أو منع أو حذف أو تغيير أو إضافة أو إجراء أي تعديل آخر على مصنفه دون إذنه.

ويستثنى من حكم الفقرة السابقة التعديل في ترجمة المصنف أو تحويله أو تطويره إلى صورة أخرى، إلا إذا ترتب على ذلك مساس بسمعة المؤلف أو شرفه أو مكانته العلمية أو الفنية أو إخلال بمضمون المصنف في جميع الأحوال يجب التنويه بما تضمنته الترجمة أو التحويل من تعديل المصنف الأصلي".

نلاحظ مما سبق، أن المشرع الكويتي أورد استثناءً على حق المؤلف في الاعتراض على التعديل أو الحذف أو المساس بمصنفه، وأجاز التعديل بالمصنف الناتج عن ترجمته، ويجد هذا الاستثناء تبريره، من جانب أن عملية الترجمة هي عبارة عن التعبير بلغة أخرى غير لغة المصنف الأصلي، لذلك يجب أن يعطى المترجم الحرية الكافية للوصول إلى المعنى المبتغى من المصنف الأصلي من خلال البحث عن العبارات التي تعبر بدقة عن المصنف وعدم الوقوف عند الترجمة الحرفية، والتي قد تخرج ترجمة مشوهة ودون معنى. ومن جانب آخر فإن عملية الترجمة هي عمل إبداعي، لأنها تعبر عن القدرات الشخصية وعن كفاءة المترجم، وسينتج عنها مصنف جديد يحمل بصمات المترجم جدير بالحماية.

لكن بالمقابل، حتى لا يسيء المترجم هذا الحق، ويتمادى بالتعديل، فقد قيد المشرع الكويتي هذه المكنة للمترجم بتوافر شروط معينة، وهي:

— ألا يترتب على الترجمة أي مساس بسمعة المؤلف أو شرفه أو مكانته العلمية أو الفنية.

(١) "وجوب ذكر اسم المترجم باعتباره مؤلفاً للترجمة قرين اسم المؤلف الأصلي"، (قضية كتاب نهضة مصر)، حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية، في ٢٩/١٢/١٩٩٠، قضية رقم ٣٤٦٥ لسنة ٨٨ مدني، تعليق حسن البدرابي.

- ألا تؤدي الترجمة إلى الإخلال بمفهوم المصنف.
 - أن يتم التنويه بما تضمنته الترجمة من تعديل في المصنف الأصلي.
- ثانياً: أورد المشرع الكويتي حكماً خاصاً بالنسبة لترجمة المصنفات الأجنبية إلى اللغة العربية، قاصداً بذلك نشر الثقافة وإفادة المجتمع من كل ما هو إبداع وابتكار، وإثراء الثقافة العربية بترجمة المصنفات الأجنبية، فقد نصت المادة ١٦ على أن: "تنتهي حماية حق مؤلف المصنف بلغة أجنبية وحق من ترجم هذا المصنف إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية، إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم، ومع ذلك يجوز لوزير الإعلام أن يرخص ترجمة المصنف إلى اللغة العربية أو نشره بعد مضي سنة من تاريخ نشر المصنف الأصلي أو المترجم لأول مرة، وفي هذه الحالة يعوض المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة تعويضاً عادلاً".

هذه الأحكام الخاصة، لمواجهة احتمالية تعسف المؤلفين في ممارستهم حقهم في ترجمة المصنف، ولزوم الحصول على إذن منهم وفقاً للمبدأ العام، فيمتنعون دون مبرر عن ترجمة المصنف إلى اللغة العربية أو السماح بذلك للغير، مما قد يحرم المجتمع من فوائد علمية وأدبية تقدرها الدولة، فيكون من الواجب أن تواجه الدولة ذلك وتقوم بتوجيه المؤلف إلى ممارسة سلطاته بما يعود بالنفع على المجتمع ودون الإضرار بمصالحه الخاصة.

- هذا الإجراء الاضطراري من قبل المشرع يحتاج إلى تفصيل لتوضيح أحكامه:
- المصنفات العربية، لا يجوز ترجمتها إلى لغات أجنبية إلا بعد الحصول على إذن المؤلف طوال مدة الحماية، كذلك المصنفات الأجنبية، لا يجوز ترجمتها إلى لغة أجنبية أخرى، إلا بعد الحصول على موافقة المؤلف طوال مدة الحماية، فهذه المصنفات لا تشملها المادة ١٦.
- أما المصنفات الأجنبية فإن المشرع الكويتي قد أضفى عليها مدة حماية خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف، خلال هذه المدة لا يجوز لأي شخص أن يقوم بترجمة المصنف إلى اللغة العربية، إلا بعد الحصول على إذن من المؤلف، وبعد انقضاء مدة الخمس سنوات، ولم يكن المؤلف قد ترجم المصنف إلى اللغة العربية، يكون من حق أي شخص أن يقوم بترجمة المصنف إلى اللغة العربية، دون الحاجة للحصول على إذن من المؤلف ودون مقابل، لأن حق المؤلف بترجمة المصنف إلى اللغة العربية قد سقط بفوات مدة الحماية، وآل إلى الملك العام.

- المصنفات الأجنبية المترجمة إلى لغة أجنبية أخرى، كأن يكون المصنف مكتوباً بلغة إسبانية وترجم إلى اللغة الإنجليزية، أيضاً لهذه المصنفات مدة حماية خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم، وبانقضاء هذه المدة يكون من حق أي شخص أن يقوم بترجمة المصنف الأصلي أو المترجم إلى اللغة العربية، ودون الحاجة إلى الحصول على الإذن ودون مقابل.
 - أجاز المشرع الكويتي لوزير الإعلام، أن يسمح للغير بترجمة المصنف إلى اللغة العربية بعد مضي سنة من تاريخ نشر المصنف الأصلي أو المترجم لأول مرة، وفي هذه الحالة يعوض المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة تعويضاً عادلاً. هنا المشرع الكويتي قد قلص مدة الحماية إلى سنة فقط.
- وينبغي في هذا السياق التنويه إلى أن هذه الأحكام وإن كانت من أهدافها تحقيق المصلحة العامة ونشر الثقافة ومواجهة تعسف المؤلفين في ترجمة مصنفاتهم إلى اللغة العربية على الرغم من حاجة المجتمع إليها، إلا أنها تنطوي على مخالفات صارخة لاتفاقيات دولية معنية بحقوق المؤلف، وعلى وجه الخصوص ما ورد في اتفاقية برن المادة ٨^(١)، وما ورد من أحكام في اتفاقية تريبيس^(٢).

المطلب الثاني

التعسف في استعمال حقوق المؤلف من قبل الورثة^(٣)

يذهب الفقه إلى بقاء الحق الأدبي بعد وفاة المؤلف، وتنتقل بعض السلطات إلى خلفه العام من بعده، بحيث يستطيع الورثة أو الموصى لهم بالمصنف حماية فكر المؤلف وشخصيته الأدبية التي أظهرها في المصنف، ومنع أي اعتداء يمكن أن يقع

(١) تنص المادة ٨ من اتفاقية برن "يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه الاتفاقية بحق استثنائي في ترجمة أو التصريح بترجمة مصنفاتهم طوال مدة حماية ما لهم من حقوق في المصنفات الأصلية".

(٢) محمد حسام لطفي، حقوق الملكية الفكرية، المفاهيم الأساسية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٦٩. خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٠٤. تركي صقر، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٣) أثرنا استخدام مصطلح (الورثة) بدلاً من مصطلح (الخلف العام) على الرغم من دقة المصطلح الأخير، وذلك لسببين: السبب الأول أنه قلما نجد من يوصى له المؤلف بالمصنف، وذلك فإن ورثة المؤلف هم من ينفردوا غالباً بمفهوم الخلف العام له، السبب الثاني أن المشرع الكويتي في العديد من أحكامه يعالج وضع ورثة المؤلف ولا يعالج وضع خلفه العام، وهو مسلك منتقد، وإن كان المشرع لا يعنيه إلا أنه يأتي مواكباً للاعتبارات العملية في هذا الخصوص.

على أعماله الأدبية أو الفنية، ولضمان استمرار أفكار وإبداع المؤلف من خلال ممارسة الخلف العام لبعض السلطات، لذلك نجد الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية اعترفت بانتقال بعض الحقوق الأدبية إلى الخلف العام، ومن ذلك ما تقرره اتفاقية برن في الفقرة الثانية من المادة السادسة، حيث تنص على أن: "الحقوق الممنوحة للمؤلف بمقتضى الفقرة (١) السابقة (الحق بالأبوة - الحق بالاحترام) تظل محفوظة بعد وفاته، وذلك على الأقل إلى حين انقضاء الحقوق المالية" ^(١).

هذا الأمر من الممكن ملاحظته بشكل صريح بالقانون المصري والقانون الفرنسي ^(٢)، حيث تبني المشرع المصري صراحة انتقال بعض الحقوق الأدبية إلى الخلف العام للمؤلف بعد وفاته، حيث تنص المادة ١٤٣ على أن: "يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها".

لم نجد مقابلاً لهذا النص في القانون الكويتي، وإنما خص المشرع الحقوق المالية بانتقالها إلى الورثة (م١٣)، لكن هذا الأمر لا يعني إطلاقاً عدم انتقال بعض الحقوق الأدبية إلى الورثة في القانون الكويتي، لأنه بقراءة بعض النصوص في القانون الكويتي، سنجد أن المشرع الكويتي يعترف ضمناً بانتقال بعض الحقوق الأدبية إلى الورثة، كما أن الغاية من انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة تبرر هذا الأمر، كما أن حماية أفكار وشخصية المؤلف بعد وفاته، تستلزم أن يكون للورثة بعض السلطات تمكنهم من صد أي اعتداء، كما أن استمرار أفكار المؤلف الأدبية بعد وفاته تستلزم أن يكون للورثة الحق في استعمال حقوق المؤلف.

ويتفق الفقه أن ما ينتقل إلى الورثة من حقوق أدبية، هي بعضها وليست كلها، وللورثة الحق في تقرير نشر المصنف والحق في أبوة المصنف، بعد وفاة المؤلف، بما يعود بالمنافع على المصنف وعلى شخصية المؤلف ^(٣)، ولكن ليس لهم ممارسة الحق في التعديل وسحب المصنف على اعتبار أن هذه السلطات، ممارستها تعتمد

(١) محمد الشمري وأمين مساعدة، المرجع السابق، ص ٤٦. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصاق، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٢) المادة (L.121-1) في الفقرة الرابعة تنص على انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة بعد وفاة المؤلف.

"Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur..."

(٣) Stéphane Thomas. Droit d'auteur et dévolution successorale du droit moral, Mémoire présenté à l'université de Robert Schuman de Strasbourg 2002. p.6.

بشكل كبير على اعتبارات شخصية لصيقة بالمؤلف وقدرات وإمكانات أدبية وعلمية لدى المؤلف، وقد لا تكون هذه الأمور متوافرة لدى الورثة^(١).

هذا بالإضافة إلى أن للورثة الحق في ممارسة الحقوق المالية على المصنف، من نشره وترجمته وجميع الحقوق المالية الأخرى التي ترد على المصنف.

وعلى ذلك فإن احتمالية إساءة استعمال هذه السلطات من قبل الورثة واردة، لذلك نجد أن المشرع يتدخل أحياناً بشكل مسبق ووقائي لمنع إساءة استعمال هذه الحقوق قبل أن تحدث فعلاً، وأحياناً يتم تركها إلى نظرية التعسف في استعمال الحق لمعالجة ما يترتب على هذا الاستعمال السيء من خلل.

الفرع الأول

إساءة الورثة لاستعمال الحق في تقرير النشر أو النشر ذاته

تذهب بعض التشريعات المعاصرة في أحكامها إلى انتقال الحق في تقرير النشر إلى الخلف العام؛ وذلك للحفاظ على فكر المؤلف وإبداعه.

أما المشرع الكويتي فلم ينص صراحة على انتقال هذا الحق إلى الورثة، بل إن المادة الرابعة تنص صراحة على أن للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر. فهل يعني ذلك أن المشرع الكويتي قد خالف التشريعات المعاصرة وتبنى عدم انتقال هذا الحق إلى الورثة؟

المادة ١٣ من قانون الملكية الفكرية الكويتي تنص على أن: "الورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي للمصنف على الوجه المنصوص عليه في هذا القانون مع مراعاة ما يلي:

أ - إذا كان المؤلف قد تعاقد كتابة مع غيره بشأن استعمال مصنفه وجب تنفيذ تعاقده وفقاً لأحكامه.

ب - إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو حدد له تاريخاً أو شروطاً أخرى وجب تنفيذ وصيته ...".

والمادة ١٤ من ذات القانون تنص على أن: "إذا لم يقر ورثة المؤلف الكويتي الجنسية أو من يخلفه بنشر المصنف أو بإعادة نشره ورأى وزير الإعلام أن

(١) مثلاً: المشرع المصري م ١٤٣، المشرع الفرنسي (م 2-L121) المشرع اللبناني، م ٢٢، المشرع الإماراتي المادتان (٥ و٧)، المشرع القطري م ١٠.

المصلحة العامة تقتضي نشر المؤلف، واستمر امتناعهم لمدة سنة اعتباراً من تاريخ طلبه ذلك بكتاب مسجل بعلم الوصول جاز له أن يباشر هذا الحق في استصدار أمر من رئيس المحكمة الكلية بتسليم المصنف إليه لنشره، وذلك مع عدم الإخلال بحق ورثة المؤلف أو من يخلفه في التعويض العادل".

من خلال قراءة النصين، نستطيع أن نستنتج انتقال الحق في تقرير النشر إلى الورثة وذلك لعدة أسباب وهي:

- لا يمكن أن نلزم الورثة بمباشرة الاستغلال المالي وتنفيذ تعليمات المؤلف بخصوص نشر المؤلف، إذا لم يكن بداية للورثة الحق في تقرير نشر مصنفهم من عدمه، على اعتبار أن الاستغلال المالي يأتي بعد تقرير النشر.
- الفقرة (ب) من المادة ١٣ والتي تلزم الورثة بتعليمات المؤلف بخصوص نشر المصنف في تاريخ محدد أو عدم نشره، وهو ما يفيد ضمناً أن المشرع أعطى الورثة الحق بتقرير نشر مصنف مورثهم ووفق تعليماته.
- والمادة ١٤ تواجه حالة امتناع الورثة عن تقرير نشر المصنف أو معاودة نشره، وتعطي الحق لوزير الإعلام بتجاوز الامتناع باستصدار أمر من رئيس المحكمة الكلية، ووفقاً لإجراءات معينة، وهذا يدل على أن للورثة الحق في تقرير النشر وامتنعوا عن ممارسة هذا الحق^(١).
- يضاف إلى ما سبق أنه لا يمكن إغفال أهمية انتقال الحق في تقرير نشر المصنف إلى الورثة بعد وفاة المؤلف، فالأفكار والإبداع والمصنف لا تتوفى بوفاة صاحبها وإنما تبقى موجودة وحاملةً لشخصيته، وما دور الورثة إلا حماية هذه الشخصية والعمل على استمرارها دون توقف^(٢).
- وبناء على ما سبق، فإنه وفقاً للقانون الكويتي، إذا مات المؤلف دون أن يكون قد قرر نشر مصنفه بعد، فإن للورثة الحق في تقرير نشر مصنف مورثهم من عدمه. ولكن هذا الحق مقيد بداية بتعليمات المؤلف إذا كان قد ألزمهم ببعض الأمور، كأن يوصي بعدم النشر، فليس لهم الحق أن يقرروا نشر المصنف، أو أن يلزمهم بنشر المصنف بتاريخ معين، فعليهم احترام تعليمات المؤلف، لأن العبرة بداية بإرادة المؤلف^(٣).

(١) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٢) عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٥٦٩.

أما إذا توفي المؤلف دون أن يقرر نشر مصنفه ودون أن يعبر عن إرادته نحو ذلك؟ يكون للورثة في هذه الحالة الحق في تقرير نشر مصنف مورثهم في أي وقت يرونه مناسباً والطريقة التي يرونها مناسبة، كما أن لهم الحق في الاستغلال المالي لمورثهم.

قد يسيء الورثة ممارسة هذا الحق بتجاوزهم إرادة المؤلف كأن يتم نشر المصنف على الرغم من توصية المؤلف بعدم النشر، أو أن يمتنع الورثة عن نشر المصنف على الرغم من توصية المؤلف بنشر المصنف، فيذهب الورثة بعكس إرادة المؤلف، ويمثل هذا الأمر اعتداء على حق المؤلف، كما أن إساءة استعمال الحق في تقرير النشر من الخلف قد تتمثل: مثلاً، بتقرير النشر والنشر بصورة لا تليق بسمعة المؤلف الأدبية ومكانته العلمية، كأن ينشر المصنف بطباعة رديئة وبشروط مجحفة بحق المؤلف^(١). وفرضيات إساءة استعمال الحق في تقرير النشر من قبل الورثة كثيرة، لكن المشرع الكويتي قد نظم وتصدى لإحدى حالات إساءة الورثة لاستعمال الحق في تقرير نشر مصنف المؤلف أو معاودة النشر^(٢).

ما أورده المادة ١٤ من أحكام تواجه فيها امتناع الورثة أو خلف المؤلف من نشر أو معاودة نشر مصنف مورثهم على الرغم من حاجة المجتمع إليه، فقد قرر لها حلاً لمواجهة هذا التعسف.

قد يمتنع الورثة من نشر المصنف لعدم توافر الإمكانات الأدبية أو العلمية أو الفنية لديهم، أو لاختلاف فيما بينهم حول نشر المصنف من عدمه، أو لعدم اقتناعهم أن الوقت مناسب لطرح المصنف وبانتظار وقت آخر يطمعون فيه تحقيق مكاسب مادية أعلى، وغيرها من الأسباب.

لذا تدخل المشرع الكويتي في المادة ١٤ وواجه امتناع الورثة والخلف من نشر مصنف مورثهم، وسمح لوزير الإعلام بالتدخل متى رأى أن المصلحة العامة تقتضي

(١) Camille Bouloc. L'exercice du droit moral après la mort de l'auteur, Mémoire présenté à l'université de Panthéon- Assas (Paris II) 2013.p.17.

(٢) وهذا ما قرره المشرع الفرنسي في المادة (١.١21-3) عندما تصدى لتعسف الورثة الواضح في ممارستهم للحق في تقرير النشر، حيث تنص على:

"En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation ou des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article précédent, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée".

- ذلك، والعمل على نشر المصنف رغماً عنهم، ولقد تطلب المشرع الكويتي عدة شروط لاستخدام هذه الرخصة من قبل الوزير وهي:
- أن يكون المؤلف كويتي الجنسية.
 - وفاة المؤلف.
 - امتناع ورثة المؤلف وخلفه عن نشر المصنف أو إعادة نشره.
 - أن تقتضي المصلحة العامة نشر المصنف.
 - طلب وزير الإعلام من الورثة نشر المصنف أو إعادة نشره بخطاب مسجل بعلم الوصول.
 - استمرار امتناع الورثة عن النشر أو إعادة النشر لمدة سنة اعتباراً من تاريخ طلب الوزير.
 - إصدار وزير الإعلام أمراً من رئيس المحكمة الكلية بتسليمه المصنف لنشره أو إعادة نشره.
 - أن يكون النشر أو إعادة النشر بمقابل تعويض عادل للورثة^(١).
- هذا الإجراء الذي تبناه المشرع الكويتي هو إجراء وقائي لمنع إساءة استعمال الحق في تقرير نشر المصنف أو معاودة نشره من قبل الورثة، وذلك تغليياً للمصلحة العامة على مصلحة الورثة، على اعتبار أن سلطة الورثة في منع نشر المصنف مقيدة بما يمليه الصالح العام^(٢).

الفرع الثاني

إساءة استعمال الحق في الأبوة من قبل الورثة

في ظل الحفاظ على مصالح المؤلف الأدبية ولتمكين ورثة المؤلف من الدفاع عن شخصية المؤلف وأعماله الإبداعية، تعترف أغلب التشريعات بانتقال هذا الحق إلى الورثة، للورثة أن ينسبوا المصنف إلى المؤلف عند تقريرهم للنشر، وأن يحافظوا على هذا النسب، طوال فترة الحماية لهذا المصنف، فيمنعوا أية اعتداءات قد تطل هذا المنصف، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون الكويتي على أن

(١) خالد الهندياني ومحمد عبدالصادق، المرجع السابق، ص ١٤٧. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٤٤.

(٢) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٥٦٨.

"للمؤلف أو خلفه الخاص أو العام الحق في الاعتراض أو في منع أو حذف أو تغيير أو إضافة أو إجراء تعديل آخر على مصنفه دون إذنه" فيكون من حق الورثة والخلف أن يطالبوا من قام بالاعتداء على مصنف المؤلف وتسبب بتشويهه بالتعويض ووقف هذا الاعتداء، وإلزام الغير باحترام أبوة المؤلف لهذا المصنف.

لكن إساءة استعمال هذا الحق من قبل الورثة، من الممكن تصورها في عدة فرضيات منها: أن يقوم الورثة بالكشف عن الشخصية الحقيقية للمؤلف على المصنف على الرغم من إخفائه لذلك المؤلف، ما لم يكن قد منحهم الإذن بذلك، فعلى الورثة احترام إرادة المؤلف، قيام الورثة بإعادة نشر المصنف لدى ناشر بشروط لا تليق بقيمة المصنف الأدبية والعلمية، أن يسمح الورثة للغير بإجراء تعديلات جوهرية على مصنف المؤلف مما يؤدي إلى تشويهه، أو أن يسمح مثلاً بتحويل الرواية إلى عمل فني رديء يسيء إلى سمعة المؤلف، أو أن يتخذ الورثة والخلف موقفاً سلبياً من الدفاع عن المصنف من الاعتداءات الواقعة عليه.

في هذه الحالات تتدخل نظرية التعسف في استعمال الحق، لتعالج هذا القصور والخلل في ممارسة الحق في الأبوة، على اعتبار أن الورثة أو الخلف عموماً عليهم واجب الدفاع عن المصلحة الأدبية للمؤلف المتوفى المتمثلة في قيمته العلمية وسمعة مصنفه أو سمعته، ومكانته العلمية والأدبية وحفظ كرامة المؤلف^(١). لذلك يكون لكل من له مصلحة الاعتراض على مسلك الورثة عن طريق نظرية التعسف في استعمال الحق^(٢).

الفرع الثالث

إساءة الورثة في استخدام الحق في ترجمة مصنف مورثهم

تنص المادة ١٣ من القانون الكويتي على ما يلي: "لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي للمصنف على الوجه المنصوص عليه في هذا القانون...".

يتضح من هذا النص أنه إذا مات المؤلف، انتقلت حقوقه المالية إلى ورثته، كل بمقدار حصته بالإرث، ولا يجوز الوقوف أمام الصياغة الحرفية للمادة ١٣ بحصر هذا

(١) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٥٦٨.

(٢) محمد الشمري وأيمن مساعدة، المرجع السابق، ص ٤١. عبدالرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٣٦٢. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ١٠٨.

الانتقال إلى الورثة دون الخلف، على اعتبار أن المشرع لم يقصد استبعاد الخلف من هذا الانتقال، وذلك لعدة اعتبارات أهمها الفقرة (ج) بنفس المادة تنص على أن: "إذا توفي أحد المؤلفين لمصنف مشترك ولم يكن له وارث أو وصى له يؤول نصيبه إلى باقي المؤلفين بالتساوي...". هذا يعني أن إمكانية أن يوصي المؤلف بانتقال حقوقه المالية إلى أحد الأشخاص. كما أن المادة الرابعة تنص على أن: "وله (أي المؤلف) وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً بأي طريقة من طرق الاستغلال، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق إلا بإذن كتابي مسبق منه أو ممن يخلفه". وهذا أيضاً يدل على أن الحقوق المالية من المتصور انتقالها إلى الخلف، لذلك يقرر لهم المشرع إمكانية منح الإذن للغير لمباشرة الاستغلال المالي. لذلك نعتقد أن الحقوق المالية تنتقل إلى الورثة والخلف على السواء ولهم ممارسة الحقوق المالية على المصنف، ومن ضمن هذه الحقوق، الحق في ترجمة مصنف مورثهم.

فيكون للورثة والخلف الحق في ترجمة المصنف إلى لغة أخرى، ويستفيدون من العائد المادي الناتج عن ذلك، وفرضية تعسف الورثة والخلف في هذا الجانب متصور، فقد يمتنع الورثة أو الخلف عن ترجمة مصنف أجنبي للمؤلف إلى اللغة العربية، فهل يسري عليهم ما قد يسري على المؤلف نفسه، من تقليص مدة الحماية وإمكانية وزير الإعلام بممارسة الرخصة في ترجمة المصنف إلى اللغة العربية.

نرى طالما أن الحق المالي قد انتقل إلى الورثة، فعليهم أن يمارسوا هذا الحق بما لا يتعارض مع مصالح المجتمع، لذا نجد أن من المنطق أن يسري عليهم ما يسري على المؤلف من قيود في ممارسة حقه في ترجمة مصنفه الأجنبي إلى اللغة العربية. كما أن المادة ١٦ من القانون الكويتي تشمل الورثة أو الخلف في أحكامها، ويستنتج ذلك من تقرير الحق في التعويض، بحيث إذا مارس وزير الإعلام الرخصة وأذن للغير بترجمة المصنف الأصلي، فيجب أن يكون ذلك بمقابل تعويض للمؤلف أو لمن آل إليه حق الترجمة، قد يكون الورثة أو الخلف، وهذا يعني أن المشرع قد يفترض أن يسيء الورثة أو الخلف ممارسة الحق في الترجمة من خلال امتناعهم عن ترجمة المصنف الأصلي أو المترجم لمورثهم المؤلف.

بناء على ذلك إذا لم يمارس ورثة المؤلف أو خلفه العام حقهم في ترجمة المصنف الأجنبي أو المترجم للغة أخرى لمورثهم المؤلف إلى اللغة العربية خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم، سقطت الحماية عن هذا المصنف، وأصبح لكل من يرغب أن يقوم بترجمة هذا المصنف الأصلي أو

المترجم إلى اللغة العربية دون الحاجة إلى الحصول على الإذن من الورثة أو الخلف ودون دفع أي مقابل لذلك.

كذلك يجوز لوزير الإعلام إذا رأى أن مصلحة المجتمع تقتضي ذلك، أن يرخص بترجمة هذا المصنف الأصلي أو المترجم لمن يرغب بعد مرور سنة من تاريخ نشر المصنف الأصلي أو المترجم لأول مرة، وفي هذه الحالة يعوض المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة تعويضاً عادلاً.

هنا أيضاً نجد أن المشرع الكويتي قد تدخل بشكل وقائي لمنع التعسف من قبل الورثة في ممارسة الحق في الترجمة.

الخاتمة:

حاولنا من خلال البحث التعرف على مدى انطباق أحكام التعسف في استعمال الحق على حقوق المؤلفين بشقيها الأدبي والمالي، وقد خلصنا إلى النتائج الآتية:

أولاً: على الرغم من الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف، وتفاوت النظر إليه بين جانبيه الأدبي والمالي، إلا أنه يبقى هو حق في النهاية، ولا بد من أن يمارس هذا الحق بما لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية له، ومن ثم هو ليس عصياً على الخضوع لأحكام نظرية التعسف في استعمال الحق.

ثانياً: قد تتعارض ممارسة المؤلف لحقوقه الأدبية مع حقوق الغير أو الجماعة، وفي هذه الحالة لابد من عمل الموازنة من خلال الحفاظ على مصالح المؤلف بما لا يتعارض مع مصالح الجماعة، وخير وسيلة لذلك، إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، هذه النظرية ترجع ممارسة حق المؤلف إلى جادتها الصحيحة كلما انحرف بها أصحابها عن غرضها أو عن وظيفتها الاجتماعية، لذلك رأينا أن المشرع - أحياناً - ترك بعض الأمور لمجال تطبيق النظرية العامة في التعسف في استعمال الحق ودون المعالجة الصريحة لها، وفي أوان أخرى، نجده يتصدى بشكل وقائي لاحتمالية تعسف المؤلف أو من يخلفه في ممارسة حقوق المؤلف، فنجد يضع بعض القيود على ممارسة بعض الحقوق ويخضعها لرقابة القضاء، ويمنح الرخص لبعض الجهات المعنية لتتدخل لمواجهة تقاعس الخلف أو الورثة في ممارسة حقوق المؤلف.

ثالثاً: اجتهد المشرع الكويتي في تنظيم التدابير اللازمة للحد من التعسف في استعمال حق المؤلف، ووضح ذلك في نصوص قانون الملكية الفكرية رقم ٦٣ لسنة ١٩٩٩م، وإن فات المشرع التنظيم الواضح للتراخيص الإجبارية والقانونية، أسوة بما

هو موجود في التشريعات المقارنة، ونأمل أن يتدارك المشرع الكويتي هذا القصور في التعديلات المزمع إجرائها على قانون الملكية الفكرية في الفترات المقبلة.

رابعاً: لقد ساهم إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق في تقديم الكثير من الحلول في مجال حق المؤلف، لفك التشابك بين المصالح المتعارضة، وقد وضع ذلك سواء في ممارسة المؤلف لحقوقه على مصنفه أو في ممارسة ورثته من بعده لهذه الحقوق، وإن كان لنا بعض التحفظات في منح الرخص والاستثناءات للجهات التنفيذية في الدولة والتي من الممكن أن تسقط الحماية تماماً عن بعض هذه الحقوق.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: أصول القانون، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- إبراهيم سيد أحمد: التعسف في استعمال الحق، دار الفكر الجامعي. ٢٠٠٠.
- أحمد حشمت أبوستيت: نظرية الالتزام.
- إسماعيل غانم:
- محاضرات في النظرية العامة للحق، ط ٢، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦.
- تجدد عقد العمل المحدد المدة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س ٢٤، العدد ٢.
- السيد عبدالوهاب عرفة: الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة النشر.
- أنور سلطان: مصادر الالتزام، ج ١، ١٩٥٥.
- بول دشتاين: الملكية الفكرية وحقوق المؤلف، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٨.
- تركي صقر: حماية حقوق المؤلف، اتحاد كتاب العرب، ١٩٩٦.
- توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، ط ٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون سنة نشر.
- جلال محمد إبراهيم ومحمد وحيد علي: نظرية الحق، دون سنة نشر ودار نشر.
- حازم عبد السلام المجالي: حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني، دار وائل، الأردن، ٢٠٠٠.
- حسام الدين الصغير: أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.
- حسن البدرأوي: قضايا مختارة في مجال حقوق المؤلف، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الويبو الوطنية المتخصصة لأعضاء المعهد القضائي الأردني، الأردن، أكتوبر ٢٠٠٤.

- حسن محمد بودي: حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
- حسن عكوش: المسؤولية المدنية، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٥٧.
- حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ط ٦، منشأة المعارف، ١٩٩٣.
- حسين عامر وعبد الرحيم عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ط ٢، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٨.
- خالد جاسم الهندياني ومحمد سامي عبد الصادق: حق المؤلف في القانون الكويتي، ط ٢، الكويت ٢٠١٢.
- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ: الحقوق المجاورة لحق المؤلف دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.
- سليمان مرقس: أصول الالتزامات، ج ١، سنة ١٩٦٠.
- سعد محمد الهاجري: التعسف في استعمال الحرية والخيار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠١٣.
- شحاتة غريب شلقامي: مضمون الحقوق الأدبية للمؤلف في القانون البحريني. - Int. J. Res. Intel. Pro. Vol. No. 1, 102-123 (244).
- عادل الطبطبائي: النظام الدستوري في الكويت، ط ٣، ١٩٩٨.
- عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصادق: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الكتاب الأول، حقوق المؤلف، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- عبد الله مبروك النجار: الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ، ٢٠٠٠.
- إساءة استعمال حق النشر، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء (١)، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- عدنان القوتلي: الوجيز في الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٧.
- عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط ٢، الحق ١٩٧٠.
- عبد المنعم البدرابي: المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٢.
- عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

- فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط ٣، ٢٠٠٨.
- لطفي خاطر: موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢.
- محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩.
- محمد السعيد رشدي: التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
- محمد السيد فارس: الوسيط في الملكية الأدبية والفنية، المجلد الأول، حقوق المؤلف، الجزء الأول.
- محمد الشمري وأيمن مساعدة: التعسف في استعمال حق المؤلف المعنوي من قبل الورثة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد ٤٥، يناير ٢٠١١.
- محمد حسام لطفي: حقوق الملكية الفكرية، المفاهيم الأساسية، ٢٠٠٤.
- محمد سامي عبد الصادق: حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، المكتب المصري الحديث، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- نواف كنعان حق المؤلف: حق المؤلف، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٤.
- هالالي عبد الله أحمد: تجريم فكرة التعسف، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.
- * هناك العديد من المراجع التي تم الاستعانة بها لا تتضمن أية تحديد لسنة النشر ودار النشر، وبلد النشر، لذا قد تظهر غير كاملة في قائمة المراجع.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:

- Camille Bouloc: L'exercice du droit moral après la mort de l'auteur, Mémoire présenté a l'université de Panthéon- Assas (Paris II) 2013.
- Emmanuel Emile-Zola-Place :
- "La théorie de labus de droit dans l'exercice du droit moral a de beaux jours devant elle, note sur TGI. Paris, 3e Ch., 4e Sect., 9 février 2012.
- Frédéric Pollaud-Dulian : Le droit d'auteur, Economica, Paris, 2005.
- Abus de droit et droit moral, D.1993,chron.97.

- Georges Ripert : Abus de droit, Encyclopédie Dalloz, civil, T. 2.
- Georges Decoq : Regard sur le droit des abus de position dominante, droit la propriété intellectuelle et abus de position dominante. RIDA, April 2008.
- Hassan Kira: La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris 1952.
- JosserandLouis: De l'abus de droit, 1905.
- De l'esprit de droit et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd.1939.
- Kid Vince : Le droit moral du vivant de l'auteur: droit discrétionnaire ou droit susceptible d'abus?, <http://marchepas-danslamode.over-blog.fr/article-18190647.html>
- Mazeaud H.L.: Traité de la responsabilité, T.I.
- M. Vivant: Lamy droit de l'informatique et des Réseaux 2005 - Lamy droit des Medias, et de la communication, 2005.
- Gaudarat Ph.: Propriété intellectuelle de droit moral, la construction.
- Pierre Sirinelli: Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins, Atelier sur la mise en œuvre du Traité de L'OMPI, Genève, décembre 1999.
- Rouast : Droits discrétionnaires et droits contrôles, R. T. 1944.
- R. Plaisant: Droit moral, Jurisclasseur Civil Annexes, Fasc 10.
- Sylvianne Durrande: Droit Patrimoniaux, Généralices, Jurisclasseur Civil Annexes, Fasc 1240.
- Stéphane Thomas: Droit d'auteur et dévolution successorale du droit moral, Mémoire présenté à l'université de Robert Schuman de Strasbourg 2002.
- Y. Gautier: Propriété littéraire et artistique, Puf, 3ème. éd.1999.

حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته في القانون الكويتي دراسة تحليلية ومقارنة مع القانون الأمريكي

الدكتور/ مشاري خليفة العيفان
قسم القانون الجزائي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تتناول هذه الدراسة موضوع يطغى دائما على أوجه الدفاع في المحاكم الجنائية، ألا وهو حرمان المتهم من حقه في عدم انتزاع بالإكراه المادي أو المعنوي دليل من شأنه إدانة ذلك المتهم، وتتعرض هذه الدراسة لبيان الحدود الفاصلة للسلوك المسموح به من قبل رجال الشرطة أو التحقيق أو المحاكمة، وما يدخل في الانتهاك غير المشروع في وسائل البحث عن دليل مصدره المتهم ذاته، وفي سبيل ذلك، تتعرض هذه الدراسة للجانب التاريخي لهذا الحق، ثم للجانب الفلسفي وما تضمنه من نقاشات حول هذا الحق ومدى جدوى الاستمرار في كفالته، ثم تختتم هذه الدراسة ببيان الإطار القانوني لهذا الحق وسبل احترامه.

المقدمة:

إن الحمد لله تعالى، نحمده ونستعينه ونستهديه، ونؤمن به ونتوكل عليه، ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلله فلا هادي له، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه أجمعين، أما بعد،

فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته بعد محاكمة قانونية تؤمن فيها جميع الضمانات اللازمة لممارسة حق الدفاع، كرامة الإنسان وحياته مصونة، يحظر إيداء المتهم جسديا ومعنويا، كل ما سبق يعد من المبادئ التي جاء بها دستور دولة الكويت، ولا ريب أنه - من الناحية النظرية على الأقل - تعلق هذه المبادئ على جميع الاعتبارات الأخرى، ورغم أن القوانين الجنائية الإجرائية تهدف في مجمل إجراءاتها إلى استيضاح الحقائق حول الجرم المرتكب، إلا أنه كما يقال الحقيقة لا قيمة لها إذا تم التوصل إليها عن طريق مذهب للحرية هذا من جانب.

ومن جانب آخر، يعد تطوير المجتمعات ونموها أحد الأهداف الرئيسة التي تسعى الأمم إلى تحقيقها في وقتنا الحاضر، ولا ريب أن حماية وكفالة حقوق الإنسان وحياته تعد أحد العوامل المهمة في قياس ذلك التطور والنمو، وفي مجال المحاكمات

الجنائية نجد أن حماية حقوق المتهم أبرز مثال لتحقيق ذلك الرقي والنهوض، ولتحقيق هذه الحماية نجد التشريعات الإجرائية الجنائية تسعى دائماً لتحقيق الموازنة بين مصلحة الفرد في حماية حقوقه وحرياته ومصلحة المجتمع في حفظ الأمن وعدم إفلات المجرمين من قبضة العدالة، ولا سبيل لعمل هذه الموازنة إلا في ضوء مراعاة إمكانيات كل طرف في الخصومة القضائية.

ولما كان الفرد هو الطرف الضعيف في العلاقة مع الدولة (جهة الاتهام) بسبب ما تتمتع به من إمكانيات بشرية ومادية، كان لزاماً على المشرع التدخل بانحياز ولو جزئياً نحو هذا الفرد، لذلك نجد أن المشرع يرسم لهذا الطرف الضعيف الكثير من الحقوق والمزايا غير المتاحة للطرف الآخر، كحق المتهم في الاستعانة بمحام وحق المتهم في محاكمة عادلة وحق المتهم في عدم انتهاك خصوصياته إلا وفقاً لإجراءات محددة منصوص عليها قانوناً وحق المتهم من الاستفادة من الإجراءات غير المشروع (كإمكانية القضاء بالبراءة تأسيساً على دليل تم الحصول عليه بإجراء غير مشروع).

ولما كان الأصل براءة الفرد إلى أن تثبت إدانته، وذلك بعد قيام جهة الاتهام باستيفاء عبء الإثبات الذي يقع على عاتقها، فنجد أن المشرع يكفل حق المتهم في الصمت وما يتفرع عنه من حقوق والتي من أبرزها حقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، إذ يترتب على انتهاك هذا الحق عدم العدالة في أصول المنازلة القضائية، واستفادة طرف من خطئه تجاه الطرف الآخر وتحقيق ميزة عليه، وحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته جاء تنظيمه بشكل مختلف في العديد من الأنظمة القانونية على مستوى دول العالم.

وتأتي هذه الدراسة وقد امتد نطاقها لبيان هذا الحق (حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته) على مستوى النظام التشريعي لدولة الكويت والنظام التشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية، باعتبار أن الأنظمة القانونية لهاتين الدولتين ينتميان إلى عوائل قانونية مختلفة وتقوم فوارق إجرائية جوهرية بين هذه الأنظمة القانونية، وهذه الفوارق بلا شك أنها تلعب دوراً في التأثير على حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، وتتمثل هذه الفوارق فيما يلي:

أولاً: نجد أن كثيراً من تفاصيل الضمانات الإجرائية التي تحكم مراحل الدعوى العمومية قد وردت ضمن نصوص الدستور الفيدرالي الأمريكي، على خلاف الحال في النظام القانوني في دولة الكويت باعتبار أن هذا التنظيم محله التشريع العادي (قانون الإجراءات الجزائية) وليس النصوص الدستورية التي تأتي بالإطار العام للحقوق والحريات العامة تاركة التنظيم التفصيلي للمشرع. وما ورد على سبيل المثال، من

ضمن الضمانات الإجرائية التي جاءت في نصوص الدستور الأمريكي ما يتعلق بإجراءات التفتيش والقبض والكفالة، وحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته وحق المتهم في عدم ازدواج معاقبته عن ذات الفعل الإجرامي.

ثانياً: وبناء على ذلك نجد أن المحاكم الجنائية في الولايات المتحدة الأمريكية تقوم بتطبيق وتفسير النصوص الدستورية وهي بصدد الفصل في وقائع الدعوى العمومية، على خلاف المحاكم الجنائية (محكمة الجنايات والجنح) في دولة الكويت التي تقوم بتفسير وتطبيق النصوص القانونية الواردة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجنائية وغيرها من التشريعات المكملّة على الإجراءات التي تمت بصدد الدعوى التي أمامها، أما النصوص الدستورية فالفصل فيها ومدى توافق نصوص التشريعات العادية معها متروك لاختصاص المحكمة الدستورية^(١). بعبارة أخرى، يتطابق معيار المشروعية مع معيار الدستورية أمام المحاكم الجنائية الأمريكية.

ثالثاً: في المراحل التمهيدية للدعوى الجنائية تتولى جهة المباحث (رجال الشرطة) مهمة التحقيق الابتدائي، بينما تتولى النيابة العامة مهمة الادعاء أمام المحكمة المختصة بخلاف التنظيم القانوني بدولة الكويت، حيث تجمع النيابة العامة بالنسبة للجنايات ضمن اختصاصها مهمة التحقيق والتصرف والادعاء^(٢).

رابعاً: يمنح الدستور الفيدرالي الأمريكي المتهم حقاً لا تعرفه معظم التشريعات العربية ومنها قانون الإجراءات الكويتي، وهو الحق في أداء الشهادة حيث يعد المتهم شاهداً في الدعوى المرفوعة قبله، ويتعين القول أن هذا يعد حقاً للمتهم يرتبط بمشيئته، فله ممارسته أو تركه، ويعد هذا الحق مظهراً من مظاهر الديمقراطية باعتبار أن للمتهم الحق في الدفاع عن نفسه وتقديم الصورة الكاملة للواقعة الإجرامية المنسوبة إليه أمام هيئة المحلفين، ومتى ما قرر المتهم ممارسة هذا الحق فإنه سيخضع للأحكام القانونية المتعلقة بالشاهد من حيث وجوب أداء اليمين والمسؤولية عن جريمة شهادة الزور والخضوع لأحكام جريمة احتقار المحكمة.

خامساً: في الولايات المتحدة الأمريكية، يعد من الحقوق الدستورية الأساسية للمتهم محاكمته عن طريق هيئة محلفين محايدة، ومتى قرر المتهم ممارسة هذا الحق

(١) انظر: المادة الأولى من القانون رقم (١٤) لسنة (١٩٧٣) بإنشاء المحكمة الدستورية.

(٢) تقرر المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي أن: تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنايات. ويتولى سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنح محققون يعينون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام.

قام بالمشاركة في عملية تشكيل تلك الهيئة بالمناصفة مع جهة الادعاء تحت إشراف المحكمة المختصة بالمحاكمة، وتتولى هيئة المحلفين الفصل بالسؤال المتعلق بالواقع (مدى كفاية الأدلة المقدمة) بينما تتولى المحكمة مهمة الفصل في التساؤلات التي تتعلق بالقانون، ومنها على سبيل المثال العقوبة التي يستحقها المتهم متى تمت إدانته من هيئة المحلفين.

وتدور محاور هذه الدراسة حول ما يلي:

- ما إذا كان لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته من جنور دستورية ترسم حدود التنظيم التشريعي؟
 - دراسة هذا الحق من حيث التأييد والرفض وما يتفرع من ذلك من حجج.
 - بيان الإطار القانوني لهذا الحق.
 - التعرض لضوابط التمسك بهذا الحق وما هي الآلية المناسبة لذلك؟
 - ما هو الجزاء المترتب على انتهاك هذا الحق وعدم التزام أحكامه؟
- وتستمد هذه الدراسة أهميتها الأكاديمية باعتبار أنها الأولى على مستوى دولة الكويت في التعرض لهذا الحق، وبيان أحكامه الموضوعية والإجرائية، كما يبرز دورها التثقيفي بشأن الأحكام القانونية السائدة في الولايات المتحدة الأمريكية حيال هذا الحق، بما يجعل منها إضافة إلى المكتبة القانونية العربية، كما أن هذه الدراسة تبرز أهميتها العملية مما ثبت من أن انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته في تزايد مضطرب بما يجعله روتين متواتر عليه خلال إجراءات الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، لذلك نجد الكتابات الفقهية قليلة في هذا الشأن، كما أن الحاجة لبيان الإطار القانوني لهذا الحق تعد حاجة مجتمعية ملحة، وإلا كان الباحث بمعزل عن الواقع، ودراساته تعد جوفاء لا تسهم في تطور المجتمع وتقدمه.
- وتحقيقاً للهدف من هذه الدراسة جاءت خطة بيان عناصرها على النحو الآتي:
- المبحث الأول: الإطار التاريخي والفلسفي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته.
 - المبحث الثاني: الإطار القانوني لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته.

المبحث الأول الإطار التاريخي والفلسفي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

نظرة عامة:

لا يختلف النظام الدستوري الكويتي عن الوضع القائم في الولايات المتحدة الأمريكية باعتبار أن هناك عدة ضمانات إجرائية تتعلق بالحبس أو القبض أو التفتيش أو التعذيب جاءت في نصوص الدستور الكويتي^(٣)، ونجد أن حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته يمكن تتبع جذوره الدستورية في نص (٣٤) من الدستور الكويتي والتي تقرر أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً".

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، تتضمن النصوص الدستورية الكثير من الأحكام الموضوعية والإجرائية التي من شأنها تنظيم عملية الملاحقة الجنائية، وقد جاء مبدأ عدم إجبار المتهم على تقديم دليل إدانته - كغيره من حقوق المتهم - ضمن إطار تلك النصوص الدستورية، لذلك نجد أن نص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي يقرر أنه: "لا يجوز إجبار الشخص في أي محاكمة جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه"^(٤). وقد جاء حكم هذا النص الدستوري الفيدرالي سارياً على تلك المحاكمات المحلية من خلال نص التعديل الرابع عشر من الدستور الفيدرالي^(٥). ويمكن بصفة عامة القول إن نطاق الاستفادة من هذا الحق يمتد ليشمل في أحكامه أية إجراءات قانونية أيا كانت طبيعتها جنائية أو مدنية طالما أن الدليل الشفهي المراد تقديمه قد يؤدي إلى إدانة المتحدث في أي محاكمة جنائية حاضرة أو لاحقة^(٦).

كما يمكن القول إن إثارة أي مسألة قانونية تتعلق بنص التعديل الخامس وما ورد به من حق ينبغي أن تكون من خلال النظام القانوني (الإجراءات القانونية). وعلى الرغم من أن هناك تشريعات قانونية متعددة ومراجع فقهية كثيرة جاءت شارحة لهذا

(٣) انظر على سبيل المثال: نص المادة (٣١) من الدستور الكويتي.

(٤) The Fifth Privilege of the U.S. Constitution provides that "No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself."

(٥) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

(٦) Lefkowitz v. Turley, 414 U.S. 70 (1973).

الحق الوارد في التعديل الخامس، إلا أنه ينبغي القول إن فهم هذا الحق قد جاء بصورة قاصرة عن غايته وأهدافه، وفي ذلك، يقول أحد الفقهاء: إن الحق بعدم إجبار المتهم على تقديم دليل إدانته قد نوقش كثيراً إلا أن استيعابه لا يزال قاصراً^(٧).

المطلب الأول

الأصل التاريخي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته^(٨)

وفي التحقيق في الأصول التاريخية لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، نجد أن هذه الأصول التاريخية تجد مصدرها في أغلب الدراسات التاريخية^(٩) والتي لم تخل من نقد فيما توصلت إليه وذلك من خلال الدراسات الحديثة، فلو عدنا للدراسات التاريخية التي اعتنت بالبحث عن جذور حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، نجد أن هذه الدراسات قد امتدت إلى القرن الثاني عشر، إذ تشير هذه الدراسات إلى الصراعات التي كانت قائمة في ذلك الوقت بين كل من الملك والكنيسة^(١٠).

وتخلص دراسات أخرى إلى أن قراءة التاريخ بشأن نشأة حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته قد جاءت قاصرة وضيقة، باعتبار أن هذا الحق كان نتاج كفاح ذي طبيعة مختلطة بين الكفاح السياسي والديني وما تعلق بحقوق الإنسان وذلك في القرنين السادس عشر والسابع عشر^(١١). ووفقاً لتلك الدراسات، يجد حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته الفضل في نشوئه إلى المعارضة التي قامت

Robert B. McKay, self Incrimination and the New Privacy, 1967 Sup. Ct. Rev. 193 (٧)

See generally Leonard w. Levy, The Origins of The Fifth Amendment (1968); (٨)
Albert W. Alschuler, A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent, 94 Mic. L. Rev. 2625 (1996); John H. Langbein, The Historical Origins of the Privilege Against Self -Incrimination at Common Law, 92 Mich. L. Rev. 1047 (1994); M.R.T. Macnair, The Early Development of The Privilege Against Self- Incrimination, 10 Oxford J. Legal Stud. 66 (1990); Eben Moglen, Taking the Fifth Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege Against Self- Incrimination, 92 Mich. L. Rev. 1086(1994); E.M. Morgan, The Privilege Against self -incrimination, 34 Minn. L. Rev.1 (1949).

Laurence A. Benner, Requiem for Miranda: The Rehnquist Court's Voluntariness Doctrine in Historical Perspective, 67 Wash. U. L. Q. 59, 68 (1989) (٩)

Evidence 2251, at 317 (McNaughton rev. 1961) 8 John H. Wigmore, (١٠)

See Charles T. McCormick, McCormick on Evidence 114 (Cleary rev. 1984) (١١)

في إنجلترا في القرنين السابع عشر والثامن عشر حيال ما كان يجري في ذلك الوقت من تحقيقات كانت تتم بمعرفة المحاكم التابعة للكنيسة بشأن قضايا الإلحاد.

وإذا كانت القوانين - في ذلك الوقت - تسمح بضبط الأشخاص من الطريق العام وإخضاعهم لأداء قسم يتم بموجبه إجبارهم على الإجابة بكل صدق على ما توجهه تلك المحاكم إليهم من أسئلة، وذلك دون مواجهة هؤلاء الأشخاص وإبلاغهم بالتهمة المنسوبة إليهم، بل الأسوأ من ذلك أن الغاية الحقيقية من تلك الإجراءات كانت تحديد من يقف من الأشخاص ضد إرادة الملك ومعاقتهم^(١٢). وفي عام ١٦٤١ م ألغي هذا القسم ورغم ذلك استمرت المحاكم بإجبار الشهود على أداء تلك الشهادة واستخدامها ضدهم، ومن ثم وتدرجياً، تحول الاعتراض على ذلك القسم إلى رفض عام بعدم عدالة إلزام الأشخاص تقديم أدلة إدانة ضد أنفسهم^(١٣). وقد انتقل هذا الاعتراض إلى الولايات المتحدة الأمريكية عبر المستعمرات الإنجليزية التي قامت بها، وبمرور الزمن، أصدرت هذه المستعمرات قوانين يحظر بموجبها إخضاع المتهم للقسم، ويحظر استخدام التعذيب للحصول على اعترافات من جانب هذا المتهم، وعند قيام الثورة وجد مؤسسو الدستور الأمريكي الفيدرالي أن الحق بعدم الإجبار على إدانة الذات يعتبر حقيقة ثابتة الدليل، أو أمراً بديهياً لا يمكن إغفاله في نصوص ذلك الدستور^(١٤). هذا في شأن الدراسات القديمة.

بينما تشير الدراسات الحديثة إلى أن هذا الحق يرتبط بظاهرة جديدة ولا يرتبط بأي صلة بالعوامل الدينية أو السياسية التاريخية التي أشارت إليها الدراسات القديمة، وفي ضوء إحدى الدراسات الحديثة، يجد هذا الحق مصدره التاريخي في طبيعة النظام القانوني الإجرائي الأمريكي باعتبار أنه نظام اتهامي وأن هذا الحق يعود لجهد وعمل محامي الدفاع عن المتهمين خلال القرن الثامن عشر^(١٥). وتضيف هذه الدراسات إن قراءة تاريخ الإجراءات الجنائية الأمريكية يبرهن على أن تلك الإجراءات التي كانت سائدة في القرنين السادس عشر والسابع عشر غايتها وأثارها تقوم على فكرة إلزام

(١٢) Akhil Reed Amar & Renee B. Lettow, Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause, 93 Mich. L. Rev. 857, 896 (1995)

(١٣) See generally Leonard w. Levy, The Origins of the Fifth Amendment 330 (1968)

(١٤) See generally Leonard w. Levy, The Origins of the Fifth Amendment 404, 430 (1968)

(١٥) John H. Langbein, The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, 92 Mich. L. Rev. 1047 (1994)

المتهم بالرد على التهم الموجهة إليه^(١٦). وتخلص هذه الدراسات إلى أنه في تلك الحقبة الزمنية كانت القاعدة السائدة أن المتهم ليس له الحق في الاستعانة بمحام، بل يجب ألا يتم تزويده بذلك العامل المساعد، إذ كانت الغاية الرئيسية من المحاكمات الجنائية منح المتهم الفرصة للرد على الاتهامات الموجهة إليه بصفة شخصية^(١٧). حيث كانت وجهة النظر السائدة في ذلك الزمان أن المتهم ليس بحاجة لمحام لأنه إذا كان بريئاً فإنه سيكون مؤثراً في الدفاع عن نفسه كأبي محام، أما إذا كان مذنباً فإن الحقيقة ستظهر ولا يحول دون ذلك الخطاب الرنان أو الإيماء أو التأييد من جانب المحامي^(١٨).

في عام ١٦٩٦ م، بدأت قاعدة حظر الاستعانة بمحام بالتلاشي تدريجياً، وذلك من خلال المحاكمات التي كانت تتم بشأن جرائم الخيانة العظمى، في عام ١٧٣٠ م، أضحت فكرة الاستعانة بمحام في المحاكمات الجنائية أمراً متعارفاً عليه وسائداً، ومع نشوء الحق في الاستعانة بمحام، يرى الفقيه (Langbein) أن المحاكمة الجنائية تحولت في شكلها أو صورتها من صورة (تعبير المتهم) إلى صورة (رقابة سلطة الاتهام)، ويذكر الفقيه (Moglen) واصفاً هذه الظاهرة بأن:

الدفاع أدى إلى توجيه النظام القانوني للسماح للمتهم بدحض أدلة الإدانة الموجهة ضده، وجعل جهة الاتهام تقوم بمهمة إثبات قضيتها في ضوء موقف سلبي من جهة الدفاع، ويعد حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانة ضد نفسه أحد النتائج المترتبة على ذلك التغيير في طبيعة النظام القانوني، حيث إن النظام في السابق كان يقوم بصفة أساسية على إدانة الذات^(١٩).

في نهاية المطاف: يمكن القول: إنه لا يجب إهمال الكفاح المتكرر على مدار التاريخ الذي قام مراراً لأسباب تتعلق بالدين أو بحقوق الإنسان كأسباب ساهمت في جعل حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانة ضد نفسه حقاً ذا أهمية عظيمة، إن لم يكن الأهم على الإطلاق بين الحقوق الأساسية للمتهم الواردة في نصوص دساتير العالم.

(١٦) John H. Langbein, The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, 92 Mich. L. Rev. 1047, 1049 (1994)

(١٧) John H. Langbein, The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, 92 Mich. L. Rev. 1047 (1994)

(١٨) William Hawkins, A Treatise of the Pleas Of The Crown Ch. 39 2 (1721)

(١٩) Eben Moglen, Taking the Fifth: Reconsidering The Origins Of the Constitutional Privilege Against Self-Incrimination, 92 Mich. L. Rev. 1086, 1088 (1994)

وقد بدأت النهضة التشريعية الحقيقية في دولة الكويت منذ عام (١٩٦٢) بصور الدستور الكويتي، والذي جاء بنصوص وأحكام قانونية متطورة ومتكاملة خصوصاً في مجال الحقوق والحريات العامة، وهو ما جاء تنظيمه في الباب الثالث من ذلك الدستور، ويعد من أبرز ما جاء بهذه الحقوق حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته كما سبق وأن بينا.

المطلب الثاني

حق المتهم في عدم إجباره على إدانة ذاته بين التأييد والرفض^(٢٠)

انقسم الفقه حول حق المتهم في عدم إجباره على إدانة ذاته بين مؤيد ومعارض، وفي هذا الصدد، يقول البروفيسور (Schulhofer) "يعتبر الحق بعدم إجبار المتهم على إدانة ذاته حقاً منفصلاً الشخصية"^(٢١). كما تصف محكمة التمييز الفيدرالية هذا الحق بأنه: "يعكس كثيراً من القيم الجوهرية في النظام القانوني في

(٢٠) See Generally Erwin N. Griswold, The fifth Amendment Today (1955); David Dolinko, Is there a Rationale for the Privilege Against Self- Incrimination?, 33 UCLA L. Rev. 1063 (1986); Donald A. Dripps, Self-Incrimination and Self-Preservation: A Skeptical View, 1991 U. Ill. L. Rev. 329; Donald A. Dripps, Against Police Interrogation - And the Privilege Against Self- Incrimination, 78 J. Crim. L. & Criminology 699 (1988); Henry J. Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 37 U. Cin. L. Rev. 671 (1968); Robert S. Gerstein, The Demise of Boyd: Self- Incrimination and Private Papers in the Burger Court, 27 UCLA. L. Rev. 343 (1979); R. Kent Greenawalt, Silence as a Moral and Constitutional Right, 23 Wm. & Mary L. Rev. 15 (1981); Yale Kamisar, On the Fruits Of Miranda Violations, Coerced Confessions, and Compelled Testimony, 93 Mich. L. Rev. 929 (1995); Susan R. Klein, Enduring Principles and Current Crises in Constitutional Criminal Procedure, 24 Law & Social inquiry 533 (1999); John T. McNaughton, the Privilege Against Self- Incrimination: its Constitutional affectation, Raison d'Etre and Miscellaneous implications, 51 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 138 (1960); Irene Merker Rosenberg & Yale Rosenberg, In the Beginning: The Talmudic Rule Against Self-Incrimination, 63 N. Y. U. L. Rev. 955 (1988); Peter W. Tague, The Fifth Amendment: If an Aid to the Guilty Defendant, An Impediment to the Innocent One, 78 Geo. L. J. 1 (1989); George C. Thomas III & Marshall D. Bilder, Aristotle's Paradox and the Self-Incrimination Puzzle, 82 J. Crim. L. & Criminology 243 (1991).

(٢١) Stephen J. Schulhofer, Some Kind Words for the Privilege against Self- Incrimination, 26 Val. U. l. Rev. 311 (1991).

الولايات المتحدة الأمريكية" (٢٢). وفي مناسبة أخرى قررت ذات المحكمة أن هذا الحق يعد "خطوة هامة متقدمة لتطوير الحرية التي كافح من أجلها الرجل الأمريكي؛ ليجعل من نفسه شخصاً متحزراً" (٢٣). ورغم أهمية هذا الحق، لم يمنع هذا الأمر أحد أعضاء محكمة التمييز الفيدرالية من القول بأن "العدالة لن تفنى إذا ما خضع المتهم لواجب يلزمه بالرد على تساؤلات قانونية منظمة" (٢٤).

ونجد أنه في نطاقه الفقهي، لم يخل هذا الحق من اتجاه مؤيد ومن اتجاه معارض، على سبيل المثال، نجد أن الفقيه "Wigmore" يرى أن هذا الحق "علامة فارقة في مفهوم العاطفة أو الحساسية" (٢٥). ويذهب الفقيه "Schulhofer" - معارضاً لهذا الحق - أنه من الصعب في هذه الأيام أن تجد شخصاً مستعداً للدفاع عن هذا الحق (٢٦). لذلك يثور في هذا النطاق تساؤل مهم حول مدى قابلية هذا الحق للدفاع عنه؟ مما لا شك فيه أن الإجابة عن هذا التساؤل تعتمد بالدرجة الأولى على ما لهذا الحق من حجج مؤيدة وحجج معارضة، وعلى الرغم من أنه قد وجهت عدة انتقادات لهذا الحق إلا أنه ينبغي التأكيد عن أنه لم يقل أحد بوجوب إلغاء هذا الحق بصفة عاجلة. وتأكيداً لذلك يوضح أحد الفقهاء هذه المسألة بالقول إنه "من يجري عملية جراحية لأحد أعضاء الجسد لا يمكن أن يقوم بذلك دون الأخذ بالاعتبار للأعضاء الأخرى" (٢٧). وفي ذلك يؤكد الفقيه (DOLINKO) - أحد منتقدي الحق - على أنه "رغم أن الحق في عدم الإجبار على تقديم إدانة للذات لا يجد في نشوئه مبرراً، إلا أنه من الممكن أن يحقق هذا الحق وظيفة مهمة في النظام القانوني الأمريكي؛ لذلك فإن إلغاء هذا الحق كلية من شأنه إيداء النظام القانوني ككل" (٢٨). وبناء على ما سبق سنخصص لكل حجة من حجج الفريق المؤيد فرعاً قائماً بذاته.

Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52, 55 (1964). (٢٢)

UIImann v. United States, 350 U.S. 422, 426 (1956). (٢٣)

Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 326 (1937). (٢٤)

John H. Wigmore, Evidence 2251, at 317 (McNaughton rev. 1961) (٢٥)

Stephen J. Schulhofer, Some Kind Words for the Privilege against Self-Incrimination, 26 Val. U. L. Rev. 311 (1991). (٢٦)

John T. McNaughton, the Privilege Against Self- Incrimination: its Constitutional affectation, Raison d'Etre and Miscellaneous implications, 51 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 153 (1960) (٢٧)

David Dolinko, Is there a Rationale for the Privilege Against Self- Incrimination?, 33 UCLA L. Rev. 1064 (1986) (٢٨)

الفرع الأول نظرية ثلاثية الأبعاد والحجج

يذهب أنصار حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته إلى القول بأن هذا الحق "في جوهره يهدف أو يمثل عدم الرغبة العامة نحو عدم إخضاع المتهمين لورطة من ثلاثة اتجاهات، وهي اتهام الذات والحنث باليمين واحتقار المحكمة" (٢٩). بعبارة أخرى، في حالة غياب هذا الحق، فلا شك أن شخص المتهم إذا ما قرر ممارسة حقه في الشهادة في محاكمته سيكون في مأزق باعتبار أنه سيكون في موقف من ثلاثة خيارات: إما أن يقر بالحقيقة ويخضع للعقوبة وإما أن يكذب ويحاسب على جريمة الحنث باليمين وإما أن يرفض الإجابة عن أسئلة المحكمة، ويمثل هذا ركناً مادياً لجريمة احتقار المحكمة.

ولا يسلم الاتجاه المعارض لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته بهذه الحجة، إذ يرى هذا الاتجاه أنه من البديهي القبول بفكرة الإقرار بالخطيئة أو تحمل نتائج اتخاذ موقف سلبي حيال استفسارات جهة التحقيق أو المحكمة الموجهة إليه ولا يمثل ذلك قسوة في حقه، ويضيف هذا الاتجاه أنه إذا كانت هذه المسألة تمثل قسوة في وجهة نظر الاتجاه المؤيد للحق، فهذه القسوة في حقيقتها تعد أخف بكثير من صور أخرى للقسوة يسمح بها القانون في مواضع ومناسبات أخرى، على سبيل المثال، نجد أنه في الدعاوي المدنية يمكن إجبار الخصم على تقديم مستندات أو عبارات تعد ضارة لدعواه، وذلك في جلسة من جلسات الاستكشاف (٣٠) أو جلسات المحاكمة، ولم يعتبر أحد أن هذا الإجبار يمثل قسوة أو وحشية في حق ذلك الخصم (٣١).

(٢٩) Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582, 596 (1990).

(٣٠) في قانون الإجراءات المدنية والتجارية الأمريكي، جلسة الاستكشاف هي جلسة سابقة على المحاكمة المدنية يقوم فيها كل خصم بتقديم المستندات والأدلة المؤيدة لمطالبه.

(٣١) تقرر المادة (٢٢) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي أن "يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده: (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبة بتقديمها أو تسليمها. (ب) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. (ج) إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى، ويجب أن يبين في هذا الطلب، أوصاف الورقة، وفحواها تفصيلاً، والواقعة التي يستدل بها عليها، والدلائل والظروف المؤيدة لوجودها تحت يد الخصم، ووجه إلزام الخصم بتقديمها.

ويضيف الرأي المعارض مثلاً آخر يعد أكثر بروزاً، وهو أنه يمكن إجبار الأب أو الأم على الشهادة ضد ابنهما في قضية جنائية، وإلا كان امتناعهما عن هذه الشهادة يمثل جريمة احتقار للمحكمة^(٣٢)، ويرى الاتجاه المعارض أن هذا الإجبار يمثل صورة من صور القسوة النفسية بل يعد أقصى قسوة من التي يعانيها الشخص في حالة شهادة الشخص ضد نفسه^(٣٣). أضف إلى ذلك أن الاتجاه المعارض يرى أن من يستفيد من حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته هو الشخص المذنب، أما الشخص البريء فلا يواجه تلك الورطة أو الصعاب التي سبق ذكرها؛ لأنه سوف يشهد بالحقيقة، الأمر الذي ينتفي معه مبرر وجوب الإقرار بهذا الحق للشخص المذنب.

الفرع الثاني

الإجبار على إدانة الذات خطأً أخلاقياً

يؤسس مؤيدو حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته حجتهم الثانية بالقول إن هناك قاعدة أخلاقية تؤيد وتدعم حق الإنسان في خصوصية تفكيره وكرامته واستقلاله النفسي^(٣٤)، إذ يرى هذا الاتجاه أن إدانة الذات تمثل إضراراً لها وإخضاعاً للاتهام^(٣٥). ويضيف هذا الاتجاه أن الدولة - ممثلة في جهة الاتهام - يجب ألا تقحم نفسها في خصوصية الأفراد وتفكيرهم، ولا يجب أن تقوم بتشجيعهم على إدانة نواتهم، ولا يوجد في ذلك التزام أخلاقي على الشخص بالقيام بذلك وإخضاع نفسه للعقوبة.

(٣٢) وعلى الرغم من أن المشرع الكويتي أعفى زوج المتهم وأصوله وفروعه من جريمة الإبلاغ عن تلك الجرائم التي ارتكبها قريبهم، إلا أن المشرع لم يسمح لهم - باستثناء الزوج - بالامتناع عن الشهادة ضد قريبهم متى ما اكتشفت جريمته، وتقوم مسؤوليتهم الجنائية في حالة امتناعهم عن أداء تلك الشهادة متى طلب منهم ذلك. وعلى خلاف الحال في التشريع الكويتي، نجد أن قانون الإجراءات المصري قرر في المادة (٢٨٦): يجوز أن يمتنع عن أداء الشهادة ضد المتهم أصوله وفروعه وأقاربه وأصهاره إلى الدرجة الثانية وزوجه ولو بعد انقضاء رابطة الزوجية، وذلك ما لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد أو على أحد أقاربه أو أصهاره الأقربين، أو إذا كان هو المبلغ عنها، أو إذا لم تكن هناك أدلة أخرى.

(٣٣) Akhil Reed Amar & Renee B. Lettow, Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause, 93 Mich. L. Rev. 857, 890 (1995)

(٣٤) Susan R. Klein, Enduring Principles and Current Crises in Constitutional Criminal Procedure, 24 Law & Social Inquiry 533, 552 (1999)

(٣٥) George C. Thomas, III, An Assault on the Temple of Mirianda, 85 J. Crim. L. & Criminology 807, 815 (1995)

فالدولة - بحسب ما يرى هذا الاتجاه - لا تحترم الفرد عندما تستخدمه كوسيلة لتدمير ذاته، وذلك يتم عندما تخضعه لحالة الإكراه على استخدام أفكاره الخاصة التي في عقله لتحطيمه^(٣٦)، ويضيف أنصار هذا الحق أنه حتى في حالة القبول بأن الإقرار بالمسؤولية يمثل أفضل ما يمكن تحقيقه في مصلحة المذنب، إلا أنه ينبغي التأكيد على أن الإقرار يجب أن يكون قد تم بإرادة حرة، فالشخص يجب أن يترك له حرية التقدير بشكل مستقل حول مسألة إذا ما كان الإقرار بالمسؤولية من شأنه تحقيق مصلحته من عدمها^(٣٧). ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن المجتمعات المتقدمة تحترم حرمت وخصوصيات الفرد، وتكرس سلوكيات أفرادها على التسليم بحق كل فرد في حياته الخاصة^(٣٨).

ويرد الاتجاه المعارض لهذا الحق بأن ما قاله الاتجاه المؤيد له من حجج أخلاقية جدير ظاهرياً بالتصديق. فأولاً: يعد هذا الحق غير مقبول من الناحية الأخلاقية؛ لأن الدرس الذي يرغب الآباء في تعليمه لأبنائهم أنه إذا كان الإثم قابلاً للغفران فإن تائب الضمير لا يجب أن يكون^(٣٩). إنه في الدعاوي المدنية يجبر المتقاضون والشهود على الإدلاء بمعلومات سرية وخاصة حول حياتهم وشؤونهم الداخلية، ولم يحل هذا الحق دون ذلك الإدلاء. ثانياً: يمكن لجهة الاتهام إعطاء شخص المتهم ضماناً عدم محاكمته مقابل الإدلاء بهذه البيانات والتي تعد بيانات خاصة بحقه. أخيراً: إلغاء هذا الحق ليس من شأنه تهديد الخصوصية؛ لأن ما ترغب جهة الاتهام بالحصول عليه من شخص المتهم ليس الإضرار بالأشخاص أو مشاعرهم الشخصية حيال الجريمة، بل كل ما تريد معرفته مجرد حقائق بسيطة تعد خارجية بطبيعتها وليست خاصة، مثل مكان وجود المتهم وقت الجريمة، وماذا شاهد المتهم وقت ارتكاب الجريمة وما دورها؟^(٤٠)

(٣٦) Akhil Reed Amar & Renee B. Lettow, Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause, 93 Mich. L. Rev. 857, 892 (1995)

(٣٧) Susan R. Klein, Enduring Principles and Current Crises in Constitutional Criminal Procedure, 24 Law & Social Inquiry 533, 552 (1999)

(٣٨) Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52, 55 (1964)

(٣٩) Henry J. Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 37 U. Cin. L. Rev. 671, 680 (1968)

(٤٠) Stephen J. Schulhofer, Some Kind Words for the Privilege against Self-Incrimination, 26 Val. U. L. Rev. 311, 320 (1991).

الفرع الثالث

كون هذا الحق عنصراً ضرورياً في النظام الإجرائي الجنائي

يرى أنصار هذا الحق أنه قابل للدفاع عنه وذلك لأسباب إجرائية، حيث يرى أنصار هذا الحق أنه يعد جوهرًا يرتكز عليه النظام الاتهامي، باعتبار أنه وسيلة ضرورية لا غنى عنها في المحافظة على التوازن بين خصوم الدعوى الجنائية (الدولة والمتهم) باعتبار أن هذا الحق من شأنه الحيلولة دون استخدام جهة الاتهام لتلك الوسائل غير الإنسانية والتي من شأنها استخلاص عبارات إدانة من قبل المتهم في حق نفسه^(٤١). لذلك يرى مؤيدو هذا الحق أنه أصبح علامة فارقة في الأنظمة القانونية والتي طرأ عليها تحول جوهري من نظام تحقيقي يقوم على حرمان المتهم من الاستعانة بمحام، ويجبر ذلك المتهم على الشهادة ضد نفسه، إلى نظام اتهامي يسمح للأطراف بالمنازعة عبر ممثليهم وتقديم روايات متناقضة للقضاة وهيئات المحلفين في الأنظمة القانونية التي تتبنى هذا النوع من المحاكمات.

ومما لا شك فيه أنه في ظل هذا النظام سيتكفل محامي المتهم بتقدير سلامة موقف موكله، وتحديد إذا ما كان من الأسلم السماح له بصعود منصة الشهود من عدمه، في الأنظمة القانونية التي تجعل من المتهم شاهداً في محاكمته، ويرى أنصار الحق أن من دون حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، يمكن لجهة التحقيق التعسف مع الأفراد خلال مرحلة التحقيقات الجنائية، وإعادة زمن مضى كانت تتجاوز فيه الدولة حقوق الأفراد، وكان يعد هذا التجاوز أمراً مألوفاً، ويؤكد أنصار هذا الحق على أنه الوسيلة التي ستعزز فكرة عدالة المنازعة بين الفرد والدولة، وذلك بجعل هذه الأخيرة تحمل على عاتقها حمل الإدانة^(٤٢).

ويرد الرأي المعارض لهذا الحق بالقول: إن هذه الحجة لا تصلح في ظل النظام القانوني السائد في الدول المتقدمة أو المتطورة، باعتبار أنه نظام لا يحتوي على أية صورة من صور المحاكم التابعة للكنيسة والسائدة في الأزمنة الغابرة، إذ يرى المعارضون لهذا الحق أن فكرة إلغائه لن يترتب عليها إساءة التعامل مع المشتبه بهم، باعتبار أنه توجد بعض المبادئ والقواعد القانونية الأخرى التي تخدم هدف الحيلولة

(٤١) Stephen J. Schulhofer, Some Kind Words for the Privilege against Self-Incrimination, 26 Val. U. l. Rev. 311, 317 (1991).

(٤٢) Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52, 55 (1964)

دون حدوث تلك الإساءة كمبدأ المحاكمة المشروعة (Due Process)^(٤٣). لذلك، يرى أنصار الاتجاه المعارض أن ما تبقى من حجج لمصلحة هذا الحق لا يمكن وصفه إلا بالقول إنها عبارة عن شعارات تردد لإنكار أحقية جهة الاتهام بإجبار المتهم على الشهادة في مرحلة المحاكمة^(٤٤).

ويضيف هذا الاتجاه المعارض: إن العدالة في الموازنة بين جهة الاتهام والمتهم تثير تساؤلات جوهرية حول كيفية تقييم هذه الموازنة لتحقيق العدالة، وحول المبرر الداعي لجعل جهة الاتهام هي الطرف الذي يتحمل العبء في مسألة الإدانة، وتأييداً لحجتهم، يرى الاتجاه المعارض أن القول بأن جهة الاتهام يجب أن تتحمل العبء كله في مسألة الإدانة مؤداه وجوب عدم إجبار المتهم على الوقوف بطابور العرض أو عدم إجباره على إجراء الاستكتاب أو بتقديم عينة من دمه؛ لأنها إجراءات ستؤدي إلى إدانته، ويعد من المستقر عليه قانوناً أن هذا الحق لا يحول دون اتخاذ تلك الإجراءات سائلة الذكر، ولا شك أن قلة في المجتمع ستؤيد فكرة تجريد جهة الاتهام من استخلاص أدلة مادية من المتهم.

الفرع الرابع حماية الشخص البريء

يذهب أنصار حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته إلى القول بأنه إذا كان من شأن هذا الحق - أحياناً - الحيلولة دون الإدانة، إلا أن هذا الحق قد يحمي الشخص البريء^(٤٥) وتجد هذه الحماية مصدرها في مسألتين: **المسألة الأولى:** تتعلق بإجراء الاستجواب الذي يجري بمعرفة رجال الشرطة، بينما تتمثل **المسألة الثانية:** في أحقية المتهم في عدم أداء الشهادة في مرحلة المحاكمة.

فمن الناحية الأولى: الشهادة القهرية من قبل المتهم تعتبر دليلاً غير موثوق به؛ وذلك لأن الفرد البريء قد يجبر على الإدلاء بكلمات إدانة لذاته رغبة منه في تفادي الألم الذي قد يتعرض له هو أو أحد أقاربه من قبل جهات التحقيق، ويضيف أنصار

(٤٣) وقد تبني الدستور الكويتي في العديد من نصوصه مبدأ المشروعية، انظر على سبيل المثال: نصوص المواد (٢٧) (٣١) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٣).

(٤٤) Akhil Reed Amar & Renee B. Lettow, Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause, 93 Mich. L. Rev. 857, 893 (1995)

(٤٥) Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52, 55 (1964)

هذا الحق: إنه ينبغي التأكيد على أن التعديل الرابع عشر من الدستور الأمريكي^(٤٦) وإن كان صحيحاً أنه يمنع تلك السلوكيات الوحشية لرجال الشرطة في حق الأفراد المشتبه بهم، إلا أن التاريخ أثبت أن ذلك النص القانوني قد أخضع الاستجابات من قبل جهات التحقيق لرقابة ضعيفة وشكلية، كما أن التاريخ أثبت أن التعديل الرابع عشر لم يكن وسيلة فعالة في حماية الأفراد من تعسف جهات التحقيق لغاية عام ١٩٦٦م، حيث صدر قرار محكمة التمييز الفيدرالية الشهير في قضية (Miranda v. Arizona)^(٤٧) حيث بدأ الوضع في التحسن بشكل تدريجي، ويصف البروفيسور (Schulhofer) الوضع بالقول إنه:

إذا لم يقر حق المتهم في الصمت، وأبلغ رجل الشرطة أن استخدام بعض وسائل الضغط للتغلب على إرادة المتهم أمر مسموح، سيكون من البديهي تصور حدوث بعض التجاوزات بحق الأفراد الذين تدور حولهم شبهات، ولا يحول دون حدوث ذلك وجود قواعد قانونية تمنع الانتهاكات الأكثر قسوة^(٤٨).

ومن الناحية الثانية، هناك احتمالية أو مخاطرة كبرى أن يكون الشخص البريء الذي يستجوب في المحاكمة في طريقه إلى أن يدين نفسه بسبب ارتبائه، فالشخص البريء لن يكون بكل الأحوال قادراً على إيصال الحقيقة للمحكمة، إذ ليس بالضرورة أن الشخص البريء سيكون شخصاً ذا قدرة فعالة في إثبات براءته، باعتبار أن هذا الشخص قد يكون ارتكب في الماضي بعض الهفوات والتي تدور حولها شبهات قد تستخدم ضده في إجراء استجوابه، بل قد يكون هذا المتهم إذا ما قرر صعود المنصة لأداء الشهادة - في الأنظمة التي تسمح بذلك - مشتمت الذاكرة، أو يكون شخصاً سريع الاستفزاز، أو شخصاً مرتبكاً، ومما لا شك فيه أن هذه العوامل جميعها من شأنها أن تلعب دوراً في إدانة شخص بريء^(٤٩).

(٤٦) ينص التعديل الرابع عشر من الدستور الأمريكي على أن: لا يجوز حرمان الشخص من حياته أو حريته أو ملكيته إلا وفقاً للقانون.

The Fourteenth Amendment of the U.S. Constitution provides that "Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of Law."

384 U.S. 436 (1966)

(٤٧)

Stephen J. Schulhofer, Some Kind Words for the Privilege Against Self-Incrimination, 26 Val. U. L. Rev. 311, 326 (1991).

(٤٨)

Stephen J. Schulhofer, Some Kind Words for the Privilege Against Self-Incrimination, 26 Val. U. L. Rev. 311, 330 (1991).

(٤٩)

رداً على ذلك، يرى الاتجاه المعارض لهذا الحق أنه لا يوجد مما ساقه الاتجاه المؤيد من مبررات ما يستدعي الإقناع، إذ إن الاعترافات الناشئة بوسائل غير مشروعة غالباً ما تكون مؤيدة بأدلة أخرى معتبرة من الناحية القانونية، الأمر الذي يبعد فئة الشخص البريء من هذه الحجة^(٥٠). ويضيف أنصار هذا الاتجاه: إنه من المتصور دون اللجوء إلى هذا الحق أن تقوم السلطة التشريعية بإصدار قوانين لا تسمح بالاعترافات الناشئة عن استخدام الوسائل غير المشروعة، واستثناء الأدلة المادية المستمدة بصورة غير مباشرة من تلك الاعترافات، ويضيف هذا الاتجاه: إنه في أغلب الحالات ينذر أن يضر الشخص البريء نفسه متى ما قرر الصعود إلى منصة الشهود؛ لأنه كما يقال: "كل شخص يقول الحقيقة يمكنه قول القصة كاملة وبقناعة"^(٥١).

ويرى أحد المعارضين لهذا الحق أنه يصعب على الاتجاه المؤيد الإشارة إلى قضية واحدة على الأقل في التاريخ القانوني الأمريكي - على سبيل المثال - ظلم فيها شخص بريء بسبب صعوده لمنصة الشهود^(٥٢). ويضيف المعارضون لهذا الحق: إن الاتجاه المؤيد يخفي حقيقة قاسية مؤداها أن الشخص المذنب من الممكن أن يستفيد من هذا الحق للإفلات من العقاب^(٥٣)، وأخيراً يقترح الاتجاه المعارض لهذا الحق وسيلة للحيلولة دون إدانة الأشخاص الأبرياء، وذلك من خلال سن تشريع يوجب على المتهم الخضوع لإجراء أداء الشهادة بجلسة سابقة على المحاكمة ودون حضور أعضاء هيئة المحلفين، بحيث تمكن جهة الاتهام من استخلاص أدلة مقبولة من ذلك الإجراء^(٥٤).

(٥٠) Akhil Reed Amar & Renee B. Lettow, Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause, 93 Mich. L. Rev. 857, 895 (1995)

(٥١) Henry T. Terry, Constitutional Provision Against Forcing Self-Incrimination, 15 Yale L. J. 127 (1906)

(٥٢) Ernest C. Carman, A Plea for Withdrawal of Constitutional Privilege from the Criminal, 22 Minn. L. Rev. 200, 204 (1938)

(٥٣) Akhil Reed Amar, The Constitution and Criminal Procedure: First Principles 84 (1997)

(٥٤) Akhil Reed Amar & Renee B. Lettow, Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause, 93 Mich. L. Rev. 857, 895 (1995)

المبحث الثاني الإطار القانوني لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

وقد جاء تنظيم حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته في نص التعديل الخامس من الدستور الفيدرالي الأمريكي، حيث ينص على أن: "لا يجبر شخص في أية محاكمة جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه". وقد توالى لاحقاً سوابق قضائية تفسيرية من المحكمة الفيدرالية العليا (محكمة التمييز الفيدرالية) وبينت تلك الأحكام القضائية في مناسبات عدة الأحكام التفصيلية الموضوعية والإجرائية للتمسك بذلك الحق.

بينما أورد المشرع الكويتي حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته المبدأ العام فينص (٣٤) من الدستور الكويتي والذي يقرر أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً." وقد نظم المشرع الأحكام القانونية التفصيلية لذلك الحق من خلال نصوص متفرقة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية بحسب مراحل الدعوى الجزائية (مرحلة البحث والتحري ومرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة المحاكمة)^(٥٥). وقد أكد المشرع على هذا الحق في عام (١٩٩٦) بانضمامه لاتفاقية العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية^(٥٦) واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو غير الإنسانية أو المهينة^(٥٧).

حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته غير قابل للتطبيق الذاتي^(٥٨). وبناءً على ذلك، فهذا الحق لا يحظر فعل توجيه الأسئلة من جانب جهة الاتهام والتي

(٥٥) انظر على سبيل المثال: المواد (١٢) (٣٧) (٤٥) (٧٧) (٩٨) (١٥٨) (١٥٩) (١٦٠) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم (١٧) لسنة (١٩٦٠).

(٥٦) تقرر المادة (١٤/٣/ز) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أنه: لكل متهم بجرمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب. القانون رقم (١٢) لسنة (١٩٩٦) بالموافقة على الانضمام لاتفاقية العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(٥٧) راجع في ذلك القانون رقم (١) لسنة (١٩٩٦) بالموافقة على الانضمام لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو غير الإنسانية أو المهينة.

Roberts v. United States, 445 U.S. 552, 559 (1980)

(٥٨)

يكون من شأن إجابة المتهم عليها إدانته، كما أن ذات الحق لا يحظر مسألة طلب تقديم مستندات من شأنها إدانة الشخص إذا كان هذا الطلب موجهاً من قبل المحكمة^(٥٩).

المطلب الأول

ضوابط الاحتجاج بحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

يقصد بضوابط الاحتجاج بهذا الحق الشروط اللازم توافرها للتمسك بهذا الحق، وترتيب تلك الآثار القانونية لانتهاكه، وتختلف هذه الضوابط من حيث الطبيعة، فمنها ما يدخل في الجانب الشخصي ومنها ما هو مبني على الجانب الموضوعي ومنها ما يعد ذا طبيعة إجرائية ومنها ما يتعلق بالغاية، وبالنسبة على ما سبق سنخصص لكل ضابط من هذه الضوابط فرعاً قائماً بذاته.

الفرع الأول

الضابط الشخصي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

يقصد بالضابط الشخصي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته الأشخاص الذين يحق لهم الاستفادة من هذا الحق، وقد استخدم المشرع الكويتي لفظ "متهم" بينما استخدم المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية لفظ "شخص" في النص الدستوري، وقد استقر تفسير محكمة التمييز الفيدرالية لكلمة "شخص" بأنها قاصرة على الأشخاص الطبيعيين دون المعنويين، فقد قررت المحكمة أن الأشخاص المعنوية مثل الشركات^(٦٠) واتحادات العمال^(٦١) والمؤسسات الفردية^(٦٢) لا يمكنها التمسك بهذا الحق، وذلك بخلاف المالك الوحيد لها إن وجد^(٦٣)، كما انتهت المحكمة إلى أن الحائز القانوني لمستندات تلك الأشخاص المعنوية ليس له الحق في التمسك بحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته^(٦٤) وذلك لرفض الانصياع للطلب القضائي بتسليم تلك المستندات، سواء أكانت حجة أن التسليم سيترتب عليه إدانته شخصياً أم إدانة ذلك الشخص المعنوي^(٦٥).

United States v. Mandujano, 425 U.S. 564, 574 (1976) (٥٩)

Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906) (٦٠)

United States v. White, 322 U.S. 694 (1944). (٦١)

Bellis v. United States, 417 U.S. 85 (1974) (٦٢)

United States v. Doe, 465 U.S. 605 (1984) (٦٣)

Wilson v. United States, 221 U.S. 361 (1911) (٦٤)

Braswell v. United States, 487 U.S. 99 (1988) (٦٥)

ونرى أن المشرع الكويتي على الرغم من استخدامه لفظ "متهم" ^(٦٦) في النص الدستوري، وهو لفظ يصلح أن يشمل في طياته الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، إلا أن ما يستفاد من لفظ "الإكراه" الوارد في ذات النص الدستوري هو أن يكون هذا الشخص وهو المتهم هو ذاته من يخضع للإكراه وليس غيره، وبالتالي يمكن القول أن حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته يعد حقاً شخصياً ^(٦٧)، وبناءً على ذلك فإن نطاق الحق يتحدد بالشخص المتمسك به وليس بطبيعة المعلومات المدلى بها بغض النظر عن الشخص المدان منها ^(٦٨). وتطبيقاً لذلك يقول القاضي (Holmes): "إن الشخص له الحق في الامتناع عن تقديم دليل إدانته وليس من تقديم جميع المعلومات بغض النظر عن طبيعتها" ^(٦٩). لذلك، تعد من أصعب الفرضيات التي تواجه القضاء الأمريكي حالة تقديم مستندات جبراً بغاية استخدامها في التحقيق الجنائي، ويمكن القول أن تحديد مدى انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته من عدمه يقوم على طرح ثلاثة أسئلة: (١) من الذي أجبر على تقديم المستندات؟ (٢) من الذي سوف يدان بموجب المستندات المطلوب تقديمها؟ (٣) ما هو مصدر الإدانة: المستندات أو فعل التقديم؟

مثال لذلك، لا يستطيع المتهم في قضية التهرب الضريبي التمسك بحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، وذلك لمنع تنفيذ الأمر القضائي الموجه للمحاسب الذي يعمل لدى المتهم بتقديم مستندات تتعلق بضرائب المتهم والتي من شأنها إدانة المتهم عن جريمة التهرب الضريبي، وأساس ذلك أن في هذه الفرضية نجد أن من أجبر على تقديم المستندات هو شخص المحاسب، بينما من سيكون محل الإدانة هو شخص المتهم، لذلك يمكن القول أن المحاسب قد أجبر على أن يكون شاهداً ضد المتهم وليس ضد نفسه ^(٧٠).

(٦٦) ويمكن تعريف المتهم بأنه: كل شخص تحركت نحوه أية سلطة مدفوعة بالاشتباه في مساهمته في ارتكاب جريمة معينة بالذات أو النوع، ويمكن أن يكون إقراره على نفسه أو ما أريد حمله على الإقرار به مؤدياً إلى محاكمته جنائياً ولم يؤد إليها بالفعل. لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقية، انظر: د. حسن صادق المرصفاوي - عرض لمؤلف: د. عمر الفاروق الحسيني - تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف (الجريمة والمسؤولية) - منشور في مجلة الحقوق السنة الثالثة عشرة - العدد الرابع - ديسمبر ١٩٨٩ - ص ١٦١ - ١٨٧.

Couch v. United States, 409 U.S. 322, 327 (1973) (٦٧)

Couch v. United States, 409 U.S. 322, 328 (1973) (٦٨)

Johnson v. United States, 228 U.S. 457, 458 (1913) (٦٩)

Couch v. United States, 409 U.S. 322 (1973) (٧٠)

وفي فرضية أخرى عرضت على المحكمة جاءت وقائعها كالآتي: اتهم شخص بجريمة تهرب ضريبي وطلب من شخص آخر يعمل لحساب المتهم بتقديم بعض المستندات الضريبية التي بحوزته والتي تتعلق بالمتهم مع العلم أن بعض هذه المستندات قد تم إعدادها من قبل المتهم نفسه، قررت المحكمة عدم وجود إجبار في حق المتهم، وذلك لأن من أجبر هو من أعد هذه المستندات ولا يحول دون ذلك التذرع بأن المتهم قد أعد بعضاً من هذه المستندات باعتبار أن عملية الإعداد قد جاءت لاحقة على صدور الأمر القضائي بتسليم هذه المستندات^(٧١)، وقد يختلف الحكم القانوني فيما لو كانت هذه المستندات ذات طبيعة شخصية وبحوزة المتهم نفسه، إذ أن إجباره على تقديمها يعد بحد ذاته شهادة من المتهم ضد نفسه بغض النظر عن طبيعة تلك المعلومات الواردة بالمستندات^(٧٢).

وبناءً على استخدام المشرع الأمريكي للفظ "شخص" نجد أن الحق في عدم إجبار الشخص على تقديم دليل إدانته يمتد للانطباق على كل شخص أياً كانت صفته في الإجراء القضائي، ومن ثم يستفيد من هذا الحق كل من الشاهد والمتهم في المحاكمة الجنائية بشرط أن يكون الإدلاء بهذه المعلومات من شأنه إدانة الشخص جنائياً سواء في تلك المحاكمة أو بمحاكمة مستقبلية، والجدير بالذكر أن المتهم البريء لا يستطيع إجبار الشاهد المذنب على أداء الشهادة بل لا يستطيع المتهم إجبار الشاهد المتهمور - الذي لا يؤتمن على دقة المعلومات التي من الممكن أن يدلي بها - على التمسك بهذا الحق أمام هيئة المحلفين^(٧٣).

وتختلف فلسفة المشرع الكويتي عن المشرع الأمريكي في هذا الشأن باعتبار أن المشرع الأمريكي يواجه فرضية إمكانية أن يتحول الشاهد إلى متهم متى قام بالإدلاء ببيانات في جعبته، الأمر الذي يحول دون ممارسة ذلك الشخص لحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، بينما نجد المشرع الكويتي يفترض في رسم ضمانات المتهم - ومنها عدم إجباره على تقديم دليل إدانته - أن هذه الصفة (صفة الاتهام) قد تحدث منذ البداية قبل خضوعه لجميع إجراءات ومراحل الدعوى الجزائية، لذلك نجد أن هذه الضمانة في مرحلة التحقيق الابتدائي مثلاً لا تثبت إلا أثناء القيام

Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976)

(٧١)

United States v. Doe, 465 U.S. 605 (1984)

(٧٢)

Peter W. Tague, The Fifth Amendment: If an Aid to the Guilty Defendant, An Impediment to the Innocent One, 78 Geo. L. J. 5 (1989)

(٧٣)

بإجراء الاستجواب وهو إجراء غير متصور فرضه إلا بمواجهة شخص يصدق عليه لفظ متهم، أما الشاهد فلا يستطيع التمسك بهذا الحق - الامتناع عن الإدلاء ببيانات أو تقديم شيء - وإلا عد مرتكباً لجريمة امتناع عن أداء الشهادة^(٧٤).

ويتميز المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية عن المشرع الكويتي بأنه يضع آلية إجرائية لممارسة حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، فنجد أن التمسك بهذا الحق يتم من خلال ما يلي: إذا لم يكن لجهة الاتهام سبب يقطع بأن عملية الكشف المطلوبة (سواء بصورة توجيه أسئلة أو طلب مستندات) من شأنها إدانة الشخص محل السؤال أو الطلب فلا سبيل لانطباق حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، وذلك ما لم يتم التمسك بذلك الحق في لحظة تقديم الطلب من جانب الدفاع، وبناء على ذلك يلاحظ أن سلوك جهة الاتهام ومدى ما يترتب عليه من نتائج يلعب دوراً في تحديد نطاق هذا الحق.

وتطبيقاً لذلك، إذا طلب من شخص أداء الشهادة أو تقديم مستند في أي جلسة أو إجراء قضائي وتمسك ذلك الشخص بحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته تأسيساً على أن هذا الأمر (أداء الشهادة أو تقديم المستند) سيكون من شأنه إثارة مسؤوليته الجزائية مستقبلاً، فهنا يجب على طالب ذلك الإجراء إما منح هذا الحق لذلك الشخص واحترامه وإما أن يطلب تحديد قضائي^(٧٥) لمدى حقيقة هذا الادعاء (ادعاء إدانة الذات)، وإذا ما توصل القاضي إلى حقيقة ادعاء ذلك الشخص، فهنا يجب على جهة الادعاء احترام حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته والكف أو الامتناع عن السير في ذلك الطلب أو يحق لجهة الاتهام - كخيار بديل - أن تقوم بمنح حصانة لذلك الشخص بما من شأنه قيام التزام على جهة الاتهام بعدم ملاحقة أو محاكمة الشخص مستقبلاً عما سيدلي به من معلومات من شأنها قيام مسؤوليته الجزائية^(٧٦).

(٧٤) انظر في ذلك: المادتين (٢١) (٧٧) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

(٧٥) United States v. Mandujano, 425 U.S. 564, 574 (1976)

(٧٦) غالباً ما تمنح الحصانة بمرحلة هيئة المحلفين الكبرى وهي مرحلة التصرف في التحقيق، وتهدف للتأكد من مدى كفاية الأدلة التي تملكها جهة الاتهام عن طريق طلب الشهود أو المتهمين لأداء الشهادة أمام تلك الهيئة وخلالها عادة يتمسك المطلوب لأداء الشهادة بحق في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته.

الفرع الثاني

الضابط الموضوعي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

ويقصد بالضابط الموضوعي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته هو موضوع الانتهاك المنسوب لجهة الاتهام أو من يمثلها، وهو يتكون من فكرة مزدوجة تقوم على عنصري الوسيلة والثمرة، ويقصد بالوسيلة الإجبار الذي تم توجيهه للمتهم، ويقصد بالثمرة الدليل المستمد من ذلك الإجبار، ويتعين للقول إن توافر الضابط الموضوعي لانتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته يتطلب أن يكون هناك إجبار وأن يترتب على ذلك الإجبار دليل ذو طبيعة معينة (دليل شفوي وليس مادي).

وبالتالي، يمكن القول أن الحظر الذي يرسمه حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته لا يشمل الإجابة الاختيارية من قبل المتهم أو تقديم مستندات من شأنها إدانته إذا ما تم ذلك التقديم بشكل اختياري من قبل المتهم^(٧٧)، وهنا تثار الصعوبة باعتبار أن ذلك يفترض أن يكون المتهم مدركاً وعالمًا بجميع حقوقه الدستورية والقانونية، ورغبة في تفادي هذه الصعوبة قامت محكمة التمييز الفيدرالية بابتداع ضمانة إجرائية لحماية الحقوق الدستورية للمتهم أطلق عليها تحذير ميرندا (Mirinada Warning)، وقد ألزمت المحكمة كل رجل شرطة بتوجيه لكل متهم فور القبض عليه التحذيرات الآتية: أولاً: أحقيته بالتزام الصمت، ثانياً: أن كل ما سيقوله به سيتم استخدامه ضده لاحقاً في محاكمته، ثالثاً: أن له الحق في استشارة محاميه قبل البدء بالاستجواب، بل وله الحق في اصطحاب محاميه خلال إجراء الاستجواب، رابعاً: في حالة عدم قدرته على الاستعانة بمحام على نفقته، فإن محامياً سيعين له بتكلفة مدفوعة من الدولة^(٧٨)، ولم يكفل المشرع الكويتي هذه الضمانة للمتهم أو حقه في الاستعانة بمحام خلال مرحلة البحث والتحري بما يجعل احتمال انتهاك هذا الحق كبير دون القدرة على إثبات ذلك الانتهاك^(٧٩).

Roberts v. United States, 445 U.S. 552, 559 (1980) (٧٧)

Mirinada v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). (٧٨)

(٧٩) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع بحثنا - دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٢ السنة ٣٥ - يونيو ٢٠١١.

يقصد بالإجبار استخدام الإكراه المادي أو المعنوي ضد الشخص المتمسك بثقة في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته^(٨٠)، وبناءً على ذلك، فإن الإجبار لا يتوافر مفهومه إلا عندما يجبر المتمسك بالحق (المتهم أو الشاهد)^(٨١) سواء في صورة طلب قضائي على أداء الشهادة أو بتقديم مستندات من شأنها إدانته^(٨٢)، وفي نطاق تحقیقات الشرطة، فإن استخدام الإكراه المادي أو النفسي أو الخداع من شأنه جعل الاعتراف الصادر عن المتهم غير إرادي وغير مقبول كدليل أمام المحكمة^(٨٣).

وينبغي التأكيد على أن المشرع الكويتي تبنى ذات الحكم في نصوصه، حيث أرسى المبدأ العام في المادة (١٢) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية بقوله إنه: لا يجوز للمحقق أو لأي شخص ذي سلطة قضائية أن يستخدم التعذيب أو الإكراه للحصول على أقوال متهم أو شاهد، أو لمنعه من تقرير ما يريد الإدلاء به، أثناء إجراءات المحاكمة أو التحقيق أو التحري". كما قررت المادة (٣٧) من ذات القانون أنه: يجوز في التحريات وفي التحقيق البحث عن الأدلة المادية والشفوية المتعلقة بالجريمة بالوسائل التي نظمها هذا القانون، كما يجوز الالتجاء إلى أية وسيلة أخرى إذا لم يكن فيها مخالفة للأداب أو إضرار بحريات الأفراد وحقوقهم".

وبالتصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب أو المعاملة غير الإنسانية أو اللائقة، يكون المشرع الكويتي قد تبنى مفهوم التعذيب الوارد فيها، حيث قررت المادة الأولى من الاتفاقية أنه يقصد بالتعذيب: أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم نفسياً، يتم إلحاقه بشخص ما بقصد الحصول من هذا

(٨٠) Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 397 (1976)

(٨١) يجب التأكيد على أن الإجبار يجب أن يكون موجهاً نحو الشخص المتمسك بالحق في عدم الإجبار على تقديم دليل إدانة الذات.

(٨٢) ينبغي التأكيد على أن المتهم ليس مجبراً على صعود المنصة لأداء الشهادة في المحاكمة التي تجرى بحقه، ولا يجوز فرض عقوبة لامتناع المتهم عن الصعود للمنصة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال لكل من جهة الاتهام أو المحكمة استخدام صمت المتهم للدليل على إدانته. انظر القضية: Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965) وفي حالة المحاكمات التي تتم بواسطة هيئة المحلفين، فإن المتهم له الحق في تقديم طلب للمحكمة بتوجيه تعليمات لهيئة المحلفين بشأن عدم استنباط أو استخلاص أية نتيجة سلبية بحق المتهم من جراء صمته.

انظر القضية رقم: Carter v. Kentucky, 450 U.S. 288 (1981)

(٨٣) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897)

الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أم معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو أي شخص ثالث، أو تخويله أو الضغط عليه هو أو أي شخص ثالث، أو لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه، حينما يلحق هذا الألم أو العذاب أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية^(٨٤).

ويلاحظ أن مفهوم التعذيب أوسع نطاقاً من مفهوم الإكراه الذي يوفره حقه المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، باعتبار أن التعذيب يشمل في طياته الإكراه المادي و المعنوي الموجه نحو متهم أو شاهد، وذلك بغية الحصول على اعتراف أو معلومات من شأنها إدانة الشخص محل التعذيب أو غيره، بينما الإكراه في نطاق حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته قاصر على المتهم دون غيره، كما أنه لا يمتد سوى لتلك الأدلة التي من شأنها إدانة الشخص محل الإكراه.

وقد قررت محكمة التمييز الكويتية أن: "الإكراه المبطل للاعتراف هو ما يستطيل بالأذى - مادياً كان أم معنوياً - إلى الماعترف فيؤثر في إرادته ويحمله على الإدلاء بما أدلى به"^(٨٥). ولم يعرف القانون الجنائي الإكراه المادي أو المعنوي ولم يتطلب درجة معينة من الجساماة^(٨٦). ويعرف الإكراه المادي بأنه عبارة عن "قوة إنسانية عنيفة مفاجئة أو غير مفاجئة تجعل من جسم الإنسان أداة لتحقيق حدث معين (الإدلاء بالاعتراف مثلاً) بدون أن يكون بين هذا الحدث وبين نفسية صاحب الجسم أي اتصال إرادي"^(٨٧). وبالتالي يتحقق الإكراه المادي "بكل فعل مادي من شأنه أن يحدث ألماً ببدن المتهم مهما تكن درجة الألم الحقيقي، ولو لم يترتب على ذلك الفعل

(٨٤) لمزيد من التفصيل حول هذه الاتفاقية، انظر: د. محمد يوسف علوان - حظر التعذيب في القانون الدولي لحقوق الإنسان - بحث منشور في مجلة الحقوق السنة الحادية عشر - العدد الرابع - ديسمبر ١٩٨٧ - ص ٥٣ - ١١٧.

(٨٥) انظر: الطعن رقم ٩٣/١٣٩ جزائي جلسة ١٣/١٢/١٩٩٣ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ٤١.

(٨٦) نقض ١٩٦٦/٦/٢٨ طعن رقم (١٣١٤) س٣٦ ق س ١٧ مج فني جنائي ص١١٦١.

(٨٧) انظر: د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - منشأة المعارف (الإسكندرية) - الطبعة الثالثة (منقحة) - ١٩٩٧ - ص٩٧٧.

حصول إصابات ظاهرة"^(٨٨). ومن صور الإكراه المادي التعدي البدني على المتهم أو تقييد رجلي المتهم وإصابته من جراء ذلك^(٨٩) أو إسقاط المتهم في مياه ملوثة^(٩٠).

أما الإكراه المعنوي فهو عبارة عن "قوة إنسانية تتجه إلى نفسية الشخص دون أن تقبض على جسمه، فتحمل هذه النفسية كرهاً على إتيان فعل (الاعتراف أو بالإدلاء بمعلومات معينة ذات طبيعة أخرى)"^(٩١)، ويدخل في الإكراه المعنوي الوعيد أو استخدام الكلاب البوليسية وتحليف المتهم اليمين وغيرها من الوسائل الأخرى التي من شأنها خلق حالة الخوف أو الخشية لدى المتهم مما يدفعه نحو الاعتراف^(٩٢)، ولا يعد إكراهاً معنوياً الخشية من سلطان الوظيفة^(٩٣) ولا يصح أن يكون مجرد الخوف من الاعتداء أساساً للقول بوجود إكراه معنوي^(٩٤)، كما لا يعتبر إكراهاً معنوياً لو اعترف المتهم مباشرة بعد إجراء تفتيش أو قبض غير مشروعين أسفر عنهما ضبط بعض من متعلقات الجريمة^(٩٥).

وعلى الرغم من أن الدفع ببطلان الاعتراف الناشئ عن إكراه يعد دفعاً جوهرياً يجب على المحكمة الرد عليه^(٩٦) وتقديره يعد تقديراً موضوعياً تستقل به محكمة

-
- (٨٨) ١٤/٤/١٩٥٢ أحكام النقض س ٣ ق ٣١١ ص ٨٣.
- (٨٩) جلسة ١١/٢٢/١٩٤٨ طعن رقم (١١٧٨) سنة ١٨ ق، الربع قرن ص ٢٨٦/٢.
- (٩٠) جلسة ١١/١٣/١٩٨٠ أحكام النقض س ٣١ ق ١٩٠ ص ٩٧٩.
- (٩١) د. حسن محمد ربيع - شرح قانون العقوبات المصري "القسم العام" - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٩٦ - ص ٥٢٣.
- (٩٢) لمزيد من التفصيل حول وسائل الإكراه المعنوي، انظر: د. محمد السعيد عبد الفتاح - أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ - ص ٢٠٧ وما بعدها.
- (٩٣) انظر: الطعن رقم ٩٢/١٨ جزائي جلسة ١٥/٦/١٩٩٢ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٢٤.
- (٩٤) انظر: الطعن رقم ٩٥/١١٤ جزائي جلسة ٤/١٢/١٩٩٥ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٢٧.
- (٩٥) انظر: الطعن رقم ٩٦/٩٩ جزائي جلسة ٢/١٢/١٩٩٦ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٣٠.
- (٩٦) انظر: الطعن رقم ٩٥/٩٦ جزائي جلسة ٢٥/١٢/١٩٩٥ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٤٢.

الموضوع^(٩٧) إلا أنه يعد دفعاً ذا طبيعة مختلطة (قانوني وواقعي)، ومن ثم لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز^(٩٨).

ووفقاً لمعيار محكمة التمييز الفيدرالية، تعتبر إرادة الشاهد (المتهم) غير حرة عندما يجبر على أداء الشهادة بسبب تهديده بالفصل من وظيفته الحكومية، فقد انتهت تلك المحكمة إلى أن المعلومات أو العبارات التي أدلى بها رجل الشرطة في تحقيق إداري داخلي في دائرة الشرطة حول واقعة ادعاء تحرير مخالفة مرورية دون وجه حق، لا يمكن استخدامها في محاكمة ذلك الشرطي عن تجاوز القانون إذا كانت عباراته قد جاءت نتيجة تهديد بنقله من مقر عمله، وقد أسست المحكمة قضاءها على أن التخيير بين خسارة مصدر الرزق أو دفع ضريبة إدانة الذات هو تخيير بين الاعتراف العلني أو الاستمرار في الصمت^(٩٩).

وقد قضت محكمة التمييز الفيدرالية بأن حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته ينتهك في حالة قيام الشخص بالشهادة ضد نفسه كوسيلة بديلة للخضوع لاختبار مؤلم من شأن أي شخص عاقل تفضيل الاعتراف على الخضوع لذلك الاختبار^(١٠٠)، لكن ينبغي التأكيد على أنه ليس بالضرورة أن تكون الخيارات الصعبة بين أمرين من شأنها توافر مفهوم الإكراه في جميع الأحوال، على سبيل المثال في حالة استيقاف قائد مركبة للاشتباه بقيادتها تحت تأثير المسكر، لا يعد تخيير قائد تلك المركبة بين الخضوع لفحص الدم أو استخدام رفضه للخضوع لذلك الفحص ضده للمحاكمة وإيقاف رخصة قيادته لمدة عام واحد، انتهاكاً لحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته^(١٠١).

(٩٧) انظر: الطعن رقم ٩٣/٥١ جزائي جلسة ١٩٩٣/٥/١٠ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٢٤.

(٩٨) انظر: الطعن رقم ٩٢/١١ جزائي جلسة ١٩٩٢/٢/٢٥ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ١٢٤.

(٩٩) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 497 (1967)

(١٠٠) South Dakota v. Neville, 459 U.S. 553, 563 (1983) (dictum)

(١٠١) George C. Thomas, III, A Philosophical Account of Coerced Self-Incrimination, 5 Yale J. L. & Human, 79, 108-110 (1993); H. Richard Uviller, Self-Incrimination by Inference: Constitutional Instructions on the Evidentiary Use of a Suspect's Refusal to Submit a Search, 81 J. Crim. L. & Criminology 37 (1990).

وحتى يتم انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، يجب أن ينتج عن ذلك الإجبار دليل ذو طبيعة شفوية وليست مادية، سواء أكان ذلك من خلال اعتراف يدلي به المتهم أم من خلال تقديم معلومة تؤدي إلى اكتشاف دليل آخر (ولو كان مادياً)، ومن ثم يمكن القول أن محل الحماية هو ما يحتويه العقل البشري من معلومات من شأنها إدانة صاحب ذلك العقل، ولا ريب أن هذه الحماية تركز بالدرجة الأولى على أهم إجراء من إجراءات التحقيق وهو إجراء الاستجواب.

ويختلف مفهوم الاستجواب في القانون الأمريكي عنه في القانون الكويتي، باعتبار أن الاستجواب في القانون الأمريكي يمتد ليشمل جميع أنواع الأسئلة أو الاستفسارات التي من الممكن أن يقوم بها رجل الشرطة أو رجل التحقيق، بينما الاستجواب في القانون الكويتي يتعين أن يتمثل في شكل مناقشة تفصيلية مع المتهم عما هو منسوب إليه من اتهام وما يحيط به من أدلة، ولا يقوم به إلا سلطة التحقيق أو المحكمة المختصة بالمحاكمة، وقد كفل المشرع الكويتي حق المتهم في الصمت أو الاستعانة بمحام خلال جلسة الاستجواب، حيث قرر في المادة (٣/٩٨) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أنه: "للمتهم أن يرفض الكلام أو أن يطلب تأجيل الاستجواب لحين حضور محاميه، أو لأي وقت آخر" (١٠٢).

يجب القول أن كلمة شاهد (Witness) الواردة بنص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي جعلت حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته قاصراً على المعلومات التي يمكن تصنيفها بأنها تدخل ضمن مفهوم الشهادة من حيث الطبيعة (١٠٣)، في قضية (Schmerber v. California) (١٠٤)، شرحت المحكمة هذا المفهوم وقررت أن الشخص لا يجبر أن يكون شاهداً ضد نفسه إلا إذا أجبر على أداء الشهادة أو أجبر على تقديم دليل ذي طبيعة معلوماتية، ويمكن القول إن التفرقة بين المحذور والمباح في سلوك جهة الاتهام تركز بحسب تفسير نص التعديل الخامس في التفرقة بين ما يدخل في الدليل الشفوي والدليل المادي، فالتعديل الخامس وما

(١٠٢) تكفل المادة (١٥٥) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي حق المتهم في الصمت أثناء توجيه التهمة له، بل يوجد التزام قانوني على المحكمة بتبنيه المتهم إلى حقه في الصمت، وتقرر المادة (١٥٨) بأن صمت المتهم أو امتناعه عن الإجابة يتعين ألا يفسر على نحو يضر بالمتهم.

(١٠٣) United States v. Hubbell, 530 U.S. 27, 34 (2000)

(١٠٤) 384 U.S. 757 (1966); See also Peter Arenella, Schmerber and the Privilege Against Self - Incrimination: A Reappraisal, 20 Am. Crim. L. Rev. 31 (1982)

ورد به من حق يحظر إجبار الشخص على الإدلاء أو تقديم معلومات بحوزته تؤدي إلى إدانته (دليل شفوي) ولا يحظر إجبار الشخص على استخلاص دليل مادي منه.

في قضية (Doe v. United States)^(١٠٥) قامت محكمة التمييز بشرح هذا المعيار بشكل أكثر تفصيلاً، فقررت أنه حتى يقوم معيار الدليل الشفوي المتطلب لانطباق حكم نص التعديل الخامس من الدستور، يجب أن تكون المعلومات المقدمة من الشخص عبارة عن حقائق ذهنية من ذلك الشخص، حيث قررت المحكمة أن الغاية من الحق الوارد في نص التعديل الخامس هو حماية المتهم من إجباره على إظهار أفكاره والمعلومات التي لديه، والتي تتعلق بسلوك غير مشروع، أو بعبارة أخرى المقصود من نص التعديل الخامس من الدستور هو عدم إجبار المتهم على كشف أفكاره ومشاعره لغيره (جهة الاتهام).

وبناءً على ذلك، يمكن القول إن مفهوم الدليل الشفوي يرتبط بعلّة تاريخية، وتتمثل هذه العلة من الحق الوارد بالتعديل الخامس وتشريع، وهي منع جهة الاتهام من إجبار المتهم بصورة قانونية على إخراج المعلومات التي لديه والتي من شأنها إدانته كما كان يجري أمام المحاكم التابعة للكنيسة في العصور الغابرة، ومما لا شك فيه أن حدود ما يدخل في مفهوم الدليل الشفوي والدليل المادي غير مكتملة بعد.

في قضية (Pennsylvania v. Muniz)^(١٠٦)، قررت المحكمة أن الشخص يعتبر شاهداً ضد نفسه جبراً عندما يكون أمام معضلة إدانة الذات أو الحنث باليمين أو احتقار المحكمة، ويعد الفصل بين الدليل الشفوي والمحظور إجبار المتهم على تقديمه والدليل المادي المباح استخلاصه من المتهم أمراً ليس بالهين، وذلك من واقع ما عرض على المحكمة من وقائع، ففي قضية (Schmerber v. California)^(١٠٧) قررت المحكمة أن نص التعديل الخامس من الدستور يحمي معلومات الشخص أياً كان مصدرها، ومن ثم فإن الحماية تشمل في نطاقها كلاً من السلوك الشفوي والسلوك غير الشفوي، طالما أن المعلومات التي من شأنها الإدانة جاءت من خلاله.

فقد قررت المحكمة في خطوة استباقية أنه سيكون هناك فرضيات نادرة الحدوث لعدم اعتبار المعلومات الشفهية، سواء نطق بها أو كتبت من جانب المتهم غير محمية بموجب الحق الوارد في التعديل الخامس من الدستور الأمريكي^(١٠٨). وبناءً على ذلك،

487 U.S. 201 (1988)

(١٠٥)

496 U.S. 582 (1990)

(١٠٦)

384 U.S. 757 (1966)

(١٠٧)

Doe v. United States, 487 U.S. at 213

(١٠٨)

يدخل في تلك الحماية الشهادات المدلى بها في مرحلة المحاكمة، واعترافات المتهم في مراكز الشرطة، والعبارات المكتوبة من قبل المتهم في المستندات الشخصية^(١٠٩)، ويدخل في الحماية كل إجابة عن تساؤل موجه لشخص أقسم وهو متهم في دعوى جنائية، إذا كان هذا التساؤل من شأنه وضع ذلك الشخص في معضلة إدانة الذات أو الحنث باليمين أو احتقار المحكمة^(١١٠).

في المقابل، لا يعد كل صوت إنساني أو كلمات مكتوبة أمراً مشمولاً بالحماية، على سبيل المثال، إجبار الشخص على الوقوف بطابور عرض المشتبه بهم للتعرف عليه من قبل المجني عليه، وكذلك الطلب من المشتبه به التحدث بعبارات معينة، لا يعد انتهاكاً للحق الوارد بالتعديل الخامس من الدستور الأمريكي، باعتبار أن الغاية من هذا الإجراء هو تعرف المجني عليه على صوت المتهم من بين المشتبه بهم^(١١١)، كما لا يعد انتهاكاً لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، الطلب من المتهم الاستكتاب وذلك للتعرف على شخصيته^(١١٢)، إذ في كلا المثالين (طابور العرض والاستكتاب) لم تقم جهة التحقيق بإجبار ذلك الشخص على الإدلاء بمعلومات لا يعلمها إلا هو.

وقد يدخل السلوك غير الشفوي في الحماية التي يقرها حق المتهم في عدم تقديم دليل إدانته، طالما أن هذا السلوك من شأنه الكشف عن أفكار ومعلومات في ذهن المتهم^(١١٣)، كما هو الحال في حالة إيماء المتهم برأسه صعوداً ونزولاً دلالة على الإجابة بنعم، بينما لا تشمل الحماية صوراً أخرى للأفعال التي تتخذ وذلك للتعرف على شخص المتهم، كما لو تم إلbas المشتبه به ملابس المتهم المضبوطة في مكان الجريمة لمعرفة إذا ما كانت تناسبه من حيث القياس^(١١٤) أو طلب من

(١٠٩) في قضية Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)، قضت المحكمة أن إجبار الشخص على تسليم أوراقه الخاصة لاستخدامها في مواجهته في محاكمته الجنائية تعد مماثلة لإجبار الشخص على أن يكون شاهداً ضد نفسه.

Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. at 596 -97 (١١٠)

United States v. Wade, 388 U.S. 218, 222-23 (1967) (١١١)

United States v. Dionisio, 410 U.S. 1 (1973) (١١٢)

Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. at 595 n. 9 (١١٣)

(١١٤) وفي قضية أخرى، قررت المحكمة أن حظر أن يكون الشخص شاهداً ضد نفسه مفاده حظر إجباره على إخراج ما في جعبته من معلومات، وليس معناه استبعاد جسم الشخص من ذلك الإكراه أو الإجبار. انظر:

Holt v. United States, 218 U.S. 245, 252-53 (1910).

المتهم الوقوف بطابور العرض^(١١٥) أو طلب منه تقديم عينة من دمه^(١١٦) أو طلب منه السير بشكل مستقيم لمعرفة مدى كونه شخصاً واعياً (إجراء يتخذ للكشف عن جرائم قيادة المركبة تحت تأثير السكر)^(١١٧).

وتبرز الصعوبة في التفرقة بين الدليل الشفوي والدليل المادي عند مراجعة معالجة محكمة التمييز الفيدرالية لوقائع قضية (Pennsylvania v. Muniz)^(١١٨). في تلك القضية تم القبض على متهم لقيادته المركبة تحت تأثير السكر وطلب منه إعطاء بياناته الشخصية كالاسم والعنوان والطول والوزن وتاريخ الميلاد والعمر وتاريخ عيد الميلاد السادس عشر، وذلك لمعرفة ما إذا كان واعياً أو أنه تحت تأثير السكر، وكانت إجابات المتهم عن هذه الأسئلة تنم عن عدم تركيزه، وكانت هذه الإجابات مسجلة صوتاً وصورة، وقدمت لاحقاً في محاكمة المتهم عن جريمة قيادة مركبة تحت تأثير السكر، قررت المحكمة بأغلبية ساحقة من أعضائها (٨-١) أن إجابات المتهم عن الأسئلة تعتبر أدلة غير مقبولة في المحاكمة بسبب طبيعتها، باعتبار أنها أدلة إدانة بحق المتهم، على الرغم من أن عدم قدرة المتهم على نطق العبارات بسبب عدم قدرته على التنسيق بين اللسان والفم مما يجعل ذلك الدليل مادياً بطبيعته وليس شفوياً، ولأن كلمات المتهم التي كان ينطق بها عن غير وعي دليل مادي على أنه كان تحت تأثير السكر ولم يجبر المتهم على الكشف عن معلومات في ذهنه.

كما أن المحكمة قررت أن إجابة المتهم "لا، أنا لا أعرف" على سؤاله عن تاريخ عيد ميلاده السادس عشر تعتبر ذات طبيعة شفوية وبالتالي فهي محمية بموجب نص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي ويجب استبعادها كدليل غير مقبول في المحاكمة، ولم تقتنع المحكمة بوجهة نظر جهة الاتهام من أن الأسئلة لم يكن المقصد منها معرفة التاريخ الحقيقي لعيد ميلاد المتهم السادس عشر، بل كانت الغاية من السؤال معرفة قدرة المتهم الذهنية وقدرته على التفكير، وهذا بحد ذاته يعد دليلاً مادياً وليس شفوياً، كما هو الحال في حالة طلب الوقوف في طابور العرض أو معرفة نبذة صوت المتهم.

وقد ردت المحكمة على جهة الادعاء بالقول إنه ولو كانت غاية رجل الشرطة من

-
United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967)	(١١٥)
Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966)	(١١٦)
Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582 (1990).	(١١٧)
496 U.S. 582 (1990)	(١١٨)

سؤال المتهم معرفة القدرة الذهنية للمتهم، فالسؤال لتحديد مدى انطباق الحماية المنصوص عليها في نص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي هو هل استخلاص الإدانة من التشويش الذهني للمتهم تم بطريقة شفوية أو من خلال دليل مادي؟ إجابة عن ذلك قررت المحكمة أن إجابة المتهم تعتبر سلوكاً شفوياً وكلماته تدعم استخلاصاً واقعياً وهو أنه كان تحت تأثير السكر، كما لو أجاب صراحة: أنا لا أستطيع الإجابة لأنني سكران.

مبدأ المستندات المطلوبة: (١١٩)

في بعض الأحيان، لا يجوز للشخص التمسك بحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته حيال طلب تقديم مستندات معهود إليه بموجب القانون الاحتفاظ بها، وفي عدد من الدعاوى التي قررتها محكمة التمييز الفيدرالية خلال النصف الثاني من القرن السابق، أنشأت المحكمة مبدأ يسمى مبدأ المستندات المطلوبة (The Required Document Doctrine).

وتعتبر قضية (Shapiro v. United States) (١٢٠) هي القضية الأم في هذا المبدأ، في تلك القضية قررت المحكمة دستورية لوائح صدرت تنفيذاً لقانون ضبط الأسعار، وقد ألزمت هذه اللوائح أصحاب المحلات بالاحتفاظ بسجلات البيع والشراء وتقديمها لموظفي الحكومة المعنيين متى ما طلب منهم ذلك، وقد أقامت المحكمة قضاءها على أن "الحق الوارد في التعديل الخامس من الدستور الأمريكي لا ينطبق على المستندات التي يحتفظ بها للصالح العام والفحص من قبل موظفي الحكومة"، وبالتالي - وفقاً لرأي المحكمة - فإن حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، يقصد به تلك المستندات أو الأوراق المحتفظ بها لأغراض خاصة، وعلى الرغم من أن المحكمة قد حذرت عن طريق الإقرار بأنه يوجد حدود لطلب الجهات الحكومية في تقديم المستندات إلا أنها لم تبين تلك الحدود.

تفسيراً لمبدأ المستندات المطلوبة، يرى جانب من الفقه أن هذا المبدأ ينطبق في حال توافرت ثلاثة شروط (١) إذا كانت الغاية من اللوائح وما ورد بها من التزام هي ضبط وتنظيم الأعمال التجارية وليس أعمالاً تدور حولها شبهات جنائية (١٢١). (٢) إذا

(١١٩) Stephen A. Saltzburg, The Required Records Doctrine, Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination, 53 U. Chi. L. Rev. 6, 6 (1986).

335 U.S. 1 (1948)

(١٢٠)

Alberston v. Subversive Activities Control Board, 382 U.S. 70, 79 (1965)

(١٢١)

كانت نصوص تلك اللوائح موجهة نحو الكافة، وليس نطاقها مقتصرًا على أنشطة تجارية تدور حولها شبهات جنائية^(١٢٢). (٣) إذا كانت المستندات المطلوب تقديمها تتعلق بأغراض وأنشطة تلك المؤسسات (كعمليات البيع والشراء والسادد الضريبي)^(١٢٣).

في قضية لاحقة قررت المحكمة أن المبدأ ينطبق حتى لو كانت المعلومات التي ستستخرج من المستندات ذات صلة بدليل من شأنه أن يؤدي إلى ملاحقة جنائية مستقبلية، على سبيل المثال في قضية (Byers v. California)^(١٢٤) قررت المحكمة دستورية قانوناً يوجب على قائد المركبة في حالة تسببه بحصول حادث مروري التوقف والإبلاغ عن اسمه ومقر سكنه لرجل الشرطة^(١٢٥)، وفي تسببها للقرار، استندت المحكمة إلى ثلاثة عوامل: (١) القانون كان ذا طبيعة تنظيمية غرضه تحديد المسؤولية المدنية لقائد المركبة (٢) القانون موجه للكافة (٣) طلب التوقف محل الالتزام القانوني لا مفر منه لتحقيق الغرض التشريعي من وراء ذلك القانون.

ولم تتوقف المحكمة عند هذا الحد بل وسعت نطاق مبدأ المستندات المطلوبة في قضية (Bouknight)^(١٢٦)، فقد قررت المحكمة أن الأم - التي سبق وأن فقدت حضانتها للطفل بسبب سوء المعاملة، ثم استرجعتها في ظل توافر بعض الشروط المفروضة من قبل المحكمة - لا يمكنها التمسك بحقها في عدم إجبارها على تقديم دليل إدانتها، وذلك بغية الامتناع عن تنفيذ أمر محكمة الأحداث الموجه إليها والذي يطالبها إما بتسليم الطفل الذي بحضانتها أو تحديد محل إقامته - وقياساً على الشخص الذي يحكم السيطرة على الشخص المعنوي الخاضع لرقابة الحكومة من

(١٢٢) Alberston v. Subversive Activities Control Board, 382 U.S. 70, 79 (1965)

(١٢٣) Stephen A. Saltzburg, The Required Records Doctrine, Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination, 53 U. Chi. L. Rev. 6, 24 - 25 (1986).

(١٢٤) 402 U.S. 424 (1971)

(١٢٥) تقرر المادة (٢٩) من المرسوم بقانون رقم (٦٧) لسنة (١٩٧٦) في شأن المرور في دولة الكويت ما يلي: على قائد أية مركبة وقع منه حادث نشأت عنه إصابات للأشخاص الوقوف وترك السيارة في مكان الحادث وإبلاغ أقرب رجل شرطة أو إسعاف بالحادث فور وقوعه، بينما تقرر المادة (٣٣) من ذات الوثيقة القانونية عقوبة جزائية لمن يخالف ذلك الالتزام الوارد في المادة (٢٩).

(١٢٦) Baltimore City Department of Social Service v. Bouknight, 493 U.S. 549 (1990); See Irene Merker Rosenberg, Bouknight: Of Abused Children and the Parental Privilege Against Self-Incrimination, 76 Iowa L. Rev. 535 (1991)

حيث تنظيم النشاط والتي تعتبر فرصته ضئيلة في التمسك بحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، انتهت المحكمة إلى أن قبول الأم بحضانة ذلك الطفل مؤقتاً هو قبول بالخضوع لوصاية ورقابة الدولة بشأن كيفية رعاية ذلك الطفل، ولا يحق للأم التمسك بحقها في عدم إجبارها على تقديم دليل إدانته للحيلولة دون إعمال تلك الرقابة.

وقد عالج المشرع الكويتي مسألة الأمر بتقديم شيء في المادة (٧٧) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية فقرر "إذا توافرت لدى المحقق أدلة أو قرائن على أن شخصاً معيناً يحوز أوراقاً أو أمتعة أو أي شيء آخر له علاقة بالجريمة التي يحقق فيها أو يفيد في تحقيقها، فإن له أن يصدر أمراً بتكليف الحائز بتسليم ذلك الشيء أو تقديمه أو تمكين المحقق من الاطلاع عليه، بالطريقة التي يحددها، وفي المكان والزمان المعينين في الأمر الذي يصدره، ويعلن الأمر للمكلف بالطريقة التي يقع بها إعلان الأمر بالحضور، إذا لم ينفذ المكلف بالأمر الأمر المعلن إليه في موعده، جاز للمحقق أن يأمر بإجراء تفتيش أو ضبط أو أي عمل آخر من أعمال السلطة العامة لوضع يده على هذا الشيء لمصلحة التحقيق، إذا ثبت للمحقق أن الموجه إليه الأمر قد امتنع عن تنفيذه بغير عذر مقبول، أو أنه قام بأي عمل يقصد به تهريب ذلك الشيء أو منع ضبطه، جاز له أن يقدمه للمحكمة للحكم عليه بعقوبة الامتناع عن الشهادة إذا لم يكن متهماً في القضية".

ويلاحظ من هذا النص أن المشرع الكويتي توسع في مفهوم الأشياء لتشمل الأوراق أو الأمتعة أو أي شيء آخر، كما أن المشرع الكويتي أحترم حق المتهم في عدم تقديم دليل إدانته على نحو أوسع نطاقاً من المشرع الأمريكي، باعتبار أن المشرع الكويتي حرم إجبار المتهم على تسليم هذه الأدلة المادية، يضاف إلى ذلك أن هذا النص يفترض عدم علم جهة التحقيق بمكان تلك الأشياء، وإلا أمكن الحصول عليها من خلال إجراء التفتيش وهو إجراء لا حاجة فيه إلى رضا المتهم أو صاحب المكان المراد تفتيشه، وخلاصة القول: إن حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته يتمحور نطاقه حول إجراء استجواب المتهم وتقديم أشياء تفيد التحقيق.

الفرع الثالث

الضابط الإجرائي لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

سبق وأن بينا أن المشرع الأمريكي يتميز عن المشرع الكويتي بأنه يضع آلية إجرائية لممارسة حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، فنجد أن التمسك بهذا الحق يتم من خلال ما يلي: سواء في مرحلة التحقيق أو المحاكمة إذا لم يكن

لجهة الاتهام سبب يقطع بأن عملية الكشف المطلوبة (سواء بصورة توجيه أسئلة أو طلب مستندات للمتهم) من شأنها إدانة الشخص محل السؤال أو الطلب، فلا سبيل لانطباق حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته وذلك ما لم يتم التمسك بذلك الحق في تلك اللحظة، وبناء على ذلك يلاحظ أن سلوك جهة الاتهام ومدى ما يترتب عليه من نتائج يلعب دوراً في تحديد نطاق هذا الحق.

وتطبيقاً لذلك، إذا طلب من شخص أداء الشهادة أو تقديم مستند في أي جلسة أو إجراء قضائي وتمسك ذلك الشخص بحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته تأسيساً على أن هذا الأمر (أداء الشهادة أو تقديم المستند) سيكون من شأنه إثارة مسؤوليته الجزائية مستقبلاً، فهنا يجب على من يطلب ذلك الإجراء إما منح هذا الحق لذلك الشخص واحترامه وإما أن يطلب تحديد قضائي^(١٢٧) لمدى حقيقة هذا الادعاء (ادعاء إدانة الذات)، وإذا ما توصل القاضي إلى حقيقة ادعاء ذلك الشخص، فهنا يجب على جهة الادعاء احترام حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته والكف أو الامتناع عن السير في ذلك الطلب أو يحق لجهة الاتهام - كخيار بديل - أن تقوم بمنح حصانة لذلك الشخص بما من شأنه قيام التزام على جهة الاتهام بعدم ملاحقة أو محاكمة الشخص مستقبلاً عما سيدلي به من معلومات من شأنها قيام مسؤوليته الجزائية^(١٢٨).

وفي نطاق الحصانات، يعرف النظام القانوني الأمريكي نوعين من الحصانات (Immunity): (١) الحصانة المطلقة (٢) الحصانة المقيدة، وتعني الحصانة المطلقة ضمان من جهة الاتهام بعدم ملاحقة مستقبلية لأي جريمة تكتشف، تتعلق بمعلومات الشهادة التي أداها الشخص الممنوحة له الحصانة، بينما تمثل الحصانة المقيدة نطاقاً أضيق من الحصانة المطلقة باعتبار أنها ضمانة لعدم أي ملاحقة مستقبلية منبثقة بالمعلومات المستمدة من أداء الشهادة التي قام بها الشخص المستفيد من تلك الحصانة، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر^(١٢٩)، وينبغي التأكيد على أن الحصانة المقيدة لا تمنع جهة الاتهام من ملاحقة ذلك الشخص عن ذات التهمة التي جاءت بها

(١٢٧) United States v. Mandujano, 425 U.S. 564, 574 (1976)

(١٢٨) غالباً ما تمنح الحصانة بمرحلة هيئة المحلفين الكبرى وهي مرحلة التصرف في التحقيق، وتهدف للتأكد من مدى كفاية الأدلة التي تملكها جهة الاتهام عن طريق طلب الشهود أو المتهمين لأداء الشهادة أمام تلك الهيئة وخلالها عادة يتمسك المطلوب لأداء الشهادة بحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته.

(١٢٩) 18 U.S.C. 6002 (1996)

معلومات الشهادة، بشرط أن تكون أدلة هذه الملاحقة مستمدة من مصدر مستقل تماماً عن الشهادة التي أدلى بها الشخص محل الملاحقة، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على جهة الاتهام بشأن استقلال مصدر الأدلة محل الاستناد في المحاكمة الجزائية اللاحقة^(١٣٠).

وينبغي التأكيد على أن منح الحصانة وترتيب آثارها مبني على شرط وهو أن يكون الشخص المستفيد من تلك الحصانة قد أدى تلك الشهادة بصدق، وبناءً على ذلك، إذا كانت الشهادة المطلوبة قد تمت بشكل يتنافى مع الحقيقة أو غير صادقة، فإن أقوال المتهم التي وردت في تلك الشهادة يمكن الاستناد إليها من قبل جهة الاتهام في الملاحقة الجزائية اللاحقة الخاصة بجريمة الحنث باليمين^(١٣١)، وتعد الحصانة سبيلاً من شأنه إغلاق كل الخيارات أمام الشخص الممنوحة له الحصانة، باعتبار أن ذلك الشخص لا يحق له الامتناع عن أداء الشهادة المطلوبة بعد منحه الحصانة وإلا عد مرتكباً لجريمة احتقار للمحكمة، وقد قررت محكمة التمييز الفيدرالية "أن الحماية التي تمنحها الحصانة المقيدة تعد أوسع نطاقاً من الحماية التي تترتب على التمسك بحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته الوارد في نص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي"^(١٣٢). وتعد الحصانة المقيدة أكثر شيوعاً في الاستخدام من الحصانة المطلقة في الولايات المتحدة الأمريكية في الوقت الحاضر، سواء على المستوى الفيدرالي أو المستوى المحلي.

ويتبنى المشرع الكويتي حكماً شبيهاً بحكم الحصانة من حيث الأثر، حيث يقرر في المادة (١٦٠) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية ما يلي: إذا كانت الجريمة معاقباً عليها بالحبس مدة تزيد على سبع سنوات أو بعقوبة أشد من ذلك، واشترك في ارتكابها أكثر من شخص واحد، وكان التحقيق في حاجة إلى أدلة كافية ضدهم أو ضد بعضهم، فلرئيس الشرطة والأمن العام (وزير الداخلية) بناء على طلب النيابة العامة أن يمنح عفواً لأي شخص يظن أن له علاقة بالجريمة ولو كان متهماً في ارتكابها، على شرط أن يدلي بمعلومات تكفي للقبض على المتهمين الآخرين، وأن يقدم كل ما لديه من أدلة تساعد على إدانتهم، ويعتبر المتهم في هذه الحالة شاهداً ولكنه لا يحلف باليمين.

United States v. Hubbell, 530 U.S. 27, 40 (2000)

(١٣٠)

United States v. Mandujano, 425 U.S. 564, 574 (1976)

(١٣١)

Kastigar v. United States, 406 U.S. 441, 453 (1972)

(١٣٢)

وتشترك هذه الحالة مع موضوع الحصانة المتعارف عليه في الولايات المتحدة الأمريكية حول كونهما يقومان بباعث واحد وهو تقديم أدلة إدانة للشركاء الآخرين، كما أنهما يشتركان بكون الطرف الآخر مع جهة الاتهام هو متهم في ذات الفعل الإجرامي محل التحقيق، وأيضاً التزام جهة الاتهام في كليهما بعدم القيام بملاحقة المتهم الراغب في الدخول بهذا الاتفاق جزائياً، هذا عن أوجه الاتفاق، أما الاختلاف فنجد هذه الحالة تختلف عن الحصانة في كون المتهم لا يحلف اليمين في المحاكمة، وفي كونها مقيدة بنوع معين من الجرائم وهي تلك المعاقب عليها قانوناً بالحبس مدة تتجاوز سبع سنوات أو أشد، بينما لا يوجد قيد مماثل على مستوى المحاكمات الجنائية في الولايات المتحدة الأمريكية.

وفي شأن ذلك الإجراء القضائي الذي يمكن فيه الاحتجاج بحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، فعلى الرغم من أن قراءة نص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي من شأنه تفسير تطلب المحاكمة الجنائية للتمسك بهذا الحق، إلا أن محكمة التمييز الفيدرالية قد انتهت إلى أن هذا الحق يمكن الاحتجاج به أمام قاض جنائي أو مدني، سواء أكان قاضي موضوع أم قاضي مستعجل، بشرط أن تكون المعلومة المراد الإدلاء بها من شأنها ترتب ملاحقة جنائية مستقبلية له^(١٣٣)، أضف إلى ذلك أن هذا الحق يمكن التمسك به أمام هيئة المحلفين الكبرى أو أمام رجل الشرطة أو في أي جلسة من جلسات الدعاوى المدنية أو أمام لجان التحقيق أيًا كانت طبيعتها تأديبية أو تشريعية.

ونرى أن المشرع الكويتي في هذا الجانب لا يتفق مع حكم المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية، باعتبار أن المشرع استخدم لفظ "متهم" بما يجعل الأمر في الاحتجاج بهذا الحق قاصراً على الدعوى الجنائية دون غيرها، وما يؤكد هذا التفسير خلو نصوص كل من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية وقانون الإثبات من إشارة لهذا الحق.

وتختلف آلية إثارة موضوع انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته في القانون الكويتي عما هو عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، باعتبار أن فحص ذلك الانتهاك غالباً ما يكون أمام المحكمة في مرحلة المحاكمة من خلال دفع الاعتراف قد جاء نتيجة تعذيب أو إكراه) مقدم من جانب هيئة الدفاع عن المتهم، يكون الغرض منه استبعاد ما ترتب على ذلك الانتهاك من أدلة إدانة، ولم يرسم

المشرع الكويتي دوراً حاسماً وجوهرياً لمحامي المتهم خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، حيث يقتصر دور المحامي على مراقبة مدى صحة الإجراءات التي قام بها خصمه (جهة التحقيق)، ولم يكفل المشرع الكويتي للمتهم هذا الحق (حق الاستعانة بمحام) خلال مرحلة البحث والتحري (الاستدلالات).

الفرع الرابع ضابط الغاية (جدية إدانة الذات)

لا يستطيع الشخص المتمسك بحقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته تأسيس حجته بالقول إن إدلاءه بالمعلومات أو أداءه للشهادة من شأنه إهانته شخصياً^(١٣٤) أو خسارة وظيفته^(١٣٥) أو خضوعه لإكراه بدني يتعلق بقضية مدنية^(١٣٦) بل يجب عليه أن يثبت أن شهادته سيكون من شأنها تحريك دعوى جنائية بحقه في الولايات المتحدة الأمريكية^(١٣٧).

ينبغي التأكيد على أن حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته لا يشمل في نطاقه إجابات المتهم التي من شأنها أن تؤدي إلى إدانته فقط، بل يمتد إلى كل إجابة من شأنها أن تفضي إلى مصدر لدليل إدانة^(١٣٨). وشمول الحق سالف الذكر بالحماية يمتد إلى خطر حقيقي من الإدانة وليس فرضيات بعيدة التصور^(١٣٩) أو احتمالات^(١٤٠). وعلى الرغم من أن من يتمسك بهذا الحق يقع عليه عبء تقديم سبب معقول لإثبات حقيقة خطر إدانته إذا ما قام بالإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه من قبل

(١٣٤) Brown v. Walker, 161 U.S. 591 (1896)

(١٣٥) Uhlmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956)

(١٣٦) Allen v. Illinois, 478 U.S. 364 (1986)

(١٣٧) استقر قضاء محكمة التمييز الفيدرالية على أن المتهم لا يحق له التمسك بحقه الوارد في التعديل الخامس والذي يقرر عدم إجباره على تقديم دليل إدانته إذا كانت حجته تقوم على أن الإجابة عن أسئلة رجال الشرطة أو المحكمة من شأنه تحريك الدعوى الجنائية قبله في دولة أجنبية أخرى. انظر القضية رقم: United States v. Balsys, 524 U.S. 666 (1998)

(١٣٨) Hoffman v. United States, 341 U.S. 479, 486 (1951)

(١٣٩) Heike v. United States, 227 U.S. 131, 144 (1913)

(١٤٠) في قضية (Mason) قضت محكمة التمييز الفيدرالية بأن المتهم ليس له الحق في التمسك بحقه الوارد في التعديل الخامس (عدم إجباره على تقديم دليل إدانته) متى كانت محاكمته عن الأقوال التي سيدلي بها قد سقطت بالتقادم أو سبق محاكمته عنها. انظر: Mason v. United States, 244 U.S. 362, 366 (1917)

جهة الاتهام^(١٤١)، إلا أن محكمة التمييز الفيدرالية قررت بأن هذا الحق يجب أن يفسر نطاقه بشكل يتميز بالمرونة لتحقيق الغاية التي يبتغي الحق تحقيقها^(١٤٢).

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

قانوناً، تتنوع الجزاءات المترتبة على انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته إلى جزاءات موضوعية وجزاءات إجرائية، وتتمثل الجزاءات الموضوعية بالجزاء الجنائي والجزاء المدني والجزاء التأديبي، بينما يتمثل الجزاء الإجرائي باستبعاد تلك الفائدة العائدة (الدليل) من جراء ذلك الانتهاك.

الفرع الأول

الجزاء الجنائي لانتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

تحقيقاً لغاية الردع والتزاماً بحماية حق المتهم والشاهد بعدم إجباره على تقديم دليل إدانته أو الإدلاء بمعلومات غير حقيقية، قرر المشرع الكويتي حماية هذا الحق من خلال تجريم كل سلوك ينطوي على استعمال العنف، تكون غايته الحصول على اعتراف من المتهم ولو كان حقيقياً، أو الحصول على معلومات من قبل شاهد أو خبير لا يرغب في الإدلاء بها^(١٤٣)، ويدخل في مفهوم الموظف العام "الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن

Hoffman v. United States, 341 U.S. 479, 486 (1951) (١٤١)

Hoffman v. United States, 341 U.S. 479, 486 (1951) (١٤٢)

(١٤٣) نصت المادة (٥٣) من القانون رقم (٣١) لسنة (١٩٧٠) بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠) على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل موظف عام أو مستخدم عذب بنفسه أو بواسطة غيره متهماً أو شاهداً أو خبيراً لحمله على الاعتراف بجريمة أو على الإدلاء بأقوال أو معلومات في شأنها. فإذا أفضى التعذيب أو اقترن بفعل يعاقب عنه القانون بعقوبة أشد، فيحكم بعقوبة هذا الفعل، وتكون العقوبة المقررة للقتل عمداً، إذا أفضى التعذيب إلى الموت."

طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق" (١٤٤)، ويأتي على رأس الموظفين العموميين المعنيين بهذا النص القانوني رجال الضبط القضائي (١٤٥).

ويشمل الركن المادي لجريمة التعذيب كل "فعل مادي من شأنه أن يحدث ألماً ببدن المتهم مهما تكن درجة الألم الحقيقي، ولو لم يترتب على ذلك الفعل حصول إصابات ظاهرة" (١٤٦). وإذا ما تترتبت إصابات جسدية لفعل التعذيب فيتعين أن تقوم علاقة سببية بين فعل التعذيب والضرر أو الإصابات المترتبة (١٤٧)، ولكي تقوم جريمة التعذيب لا يشترط أن يترتب على التعذيب نتيجة مرجوة كاعتراف أو إدلاء بأقوال معينة من جانب الشاهد أو الخبير.

وعلى خلاف موقف المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية، لم يشمل المشرع الكويتي في النص القانوني التعذيب النفسي الذي من الممكن أن يمارس بحق المتهم أو الشاهد أو الخبير لحمله على الاعتراف أو الإدلاء بمعلومات، كما أن جريمة التعذيب تعد من الجرائم العمدية ذات القصد الجنائي الخاص، باعتبار أنها ترتكب لتحقيق غرض إجرامي معين وهو الحصول على اعتراف أو أقوال معينة بحسب صفة الشخص محل التعذيب، بينما لا يعترف المشرع الأمريكي بهذا الغرض الخاص ويجعلها في عداد جرائم القصد الجنائي العام.

وقد جعل المشرع الكويتي جريمة التعذيب في عداد جرائم الجنايات (عقوبة الحبس بما لا يجاوز خمس سنوات) وتبني ظرف النتيجة (الوفاة) كظرف مشدد، بينما شدد المشرع الأمريكي من عقوبة هذه الجريمة وقرر لها عقوبة الحبس بما لا يجاوز عشرين سنة، وعقوبة الإعدام أو الحبس المؤبد متى ما تترتب الوفاة على ذلك الفعل (١٤٨).

(١٤٤) انظر: نقض جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ المكتب الفني س١٧ ص١٥٢ رقم ٢٧ مشار إليه لدى د. عبد الحكم فوده - الموسوعة الجنائية الحديثة التعليق على قانون العقوبات - المجلد الأول - دار الفكر والقانون (المنصورة) - (٢٠٠٠) - ص٨٣٢.

(١٤٥) انظر: نقض جلسة ١٩٦٦/١١/٢٨ المكتب الفني س١٧ رقم ٢١٩ ص١١٦١.

(١٤٦) ١٩٥٢/٤/١٤ أحكام النقض س٣ ق٣١١ ص٨٣.

(١٤٧) نقض جلسة ١٩٨٠/١١/١٣ المكتب الفني س٣١ رقم ١٩٠ ص٩٨٣.

(١٤٨) 18 U.S.C. § 2340 (A) (a).

الفرع الثاني

الجزاء المدني لانتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته^(١٤٩)

ولما كانت جريمة التعذيب تشكل انتهاكاً صريحاً لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، وإذا كانت الجرائم أو الأفعال الضارة قد أصبحت في وقتنا الحاضر تنقسم إلى نوعين: جرائم خاصة لا تملك الدولة فيها حق العقاب بل تقتصر فيها وظيفتها على جبر الضرر بإلزام الجاني بدفع تعويض لصالح المضرور، وجرائم عامة تملك فيها الدولة حق توقيع العقوبة على الجاني باسم المجتمع، وبذلك ظهرت فكرة المسؤولية الجنائية ممثلة في العقاب وبياسرها ممثل المجتمع، وفكرة المسؤولية التقصيرية ممثلة في التعويض وبياسرها المضرور من الجريمة أو الفعل غير المشروع. ولا يحول تقديم شكوى جنائية أمام النيابة العامة لفرض المسؤولية الجنائية دون مطالبة شخص المضرور بتعويض من جراء الأضرار التي أصابته، سواء أكانت هذه الأضرار بدنية أم نفسية أم مالية، وللمضرور في هذه الحالة الخيار بين اللجوء إلى المحكمة الجزائية المختصة^(١٥٠) أو الانتظار لحين الفصل في الدعوى الجزائية وإقامة الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية المختصة.

وتنص المادة (٢٢٧) من القانون المدني على أنه: "كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه للضرر مباشراً أم متسبباً"، كما يجوز للمضرور إقامة الدعوى المدنية على الدولة (وزارة الداخلية) تأسيساً على مبدأ مسؤولية التابع عن أعمال متبوعه^(١٥١)، ويدخل في تقدير التعويض جميع الأضرار

(١٤٩) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع د. عبد الوهاب حومد - المسؤولية الناشئة عن السير المعيب لأجهزة العدالة الجزائية - مجلة الحقوق والشرعية - السنة الرابعة - العدد الثالث - ١٩٨٠ - جامعة الكويت - كلية الحقوق.

(١٥٠) تقرر المادة (١١١) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية أنه: "يجوز لكل من أصابه ضرر بسبب الجريمة أن يرفع دعوى بحقه المدني أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية، في أية حالة كانت لديها الدعوى إلى أن تتم المرافعة، ويكون له في هذه الحالة صفة المدعي المنضم في الدعوى الجزائية إذا كان غيره هو الذي رفعها، ويجوز للمدعي المدني أن يطالب بحقه أثناء التحقيق الابتدائي بطلب يقدمه للمحقق، ويعامل كطرف مدع أثناء التحقيق".

(١٥١) تقرر المادة (٢٤٠) من القانون المدني الكويتي أنه: "يكون المتبوع مسؤولاً في مواجهة المضرور، عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه، في أداء وظيفته أو بسببها".

المادة^(١٥٢) والمعنوية^(١٥٣).

الفرع الثالث

الجزاء التأديبي لانتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

يرسم القانون المسؤولية التأديبية لحماية الوظيفة العامة ممن لا يستحق تقلدها، والمعني بهذه المسألة رجال الشرطة المنتمين لوزارة الداخلية، باعتبار أن التعامل مع المتهمين ومسألة جمع الأدلة تقع على عاتق هذه الفئة من الموظفين العموميين^(١٥٤)، وتتولى إدارة المحاكمات العسكرية بوزارة الداخلية مهمة التحقيق والادعاء والتصرف في شأن هذه المخالفات التي تقع من موظفي وزارة الداخلية بمناسبة أو بسبب أدائهم لوظائفهم، وتستوجب توقيع عقوبات انضباطية^(١٥٥).

ويرتكز أساس المسؤولية التأديبية على المخالفات الوظيفية والتي يدخل فيها "كل سلوك من شأنه التأثير على سمعة الشرطة أو الإخلال بالانضباط العام أو الخروج على مقتضيات واجبات الوظيفة"^(١٥٦)، ولا ريب أن جريمة التعذيب من شأنها

(١٥٢) يتحدد الضرر الذي يلزم المسؤول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، كلما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، إذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي. انظر المادة (٢٣٠) من القانون المدني الكويتي.

(١٥٣) تقرر المادة (٢٣١) من القانون المدني أن الضرر الأدبي يشمل "ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي، كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه.

(١٥٤) تنص المادة (٣٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أن: "الشرطة هي الجهة الإدارية المكلفة بحفظ النظام ومنع الجرائم، وتتولى إلى جانب ذلك، وطبقاً لهذا القانون، المهمات الآتية: أولاً - إجراءات التحريات اللازمة للكشف عن الجرائم ومعرفة مرتكبيها وجمع كل ما يتعلق بها من معلومات لازمة."

(١٥٥) انظر: المادة (٣) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

(١٥٦) انظر: المادة (١) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

التأثير على سمعة الشرطة، وإيمان المجتمع بعمل هذا الجهاز الحكومي المهم، ويعد خروجاً على مقتضيات واجبات الوظيفة العامة، باعتبار أن من أهم واجبات رجل الشرطة احترام القوانين وتطبيقها.

لذلك تعد هذه الجريمة أبرز مثال للمخالفات الوظيفية، وتعتبر الإدانة عن جريمة بعقوبة جنائية من أهم أسباب إنهاء الوظيفة العامة العسكرية لرجال الشرطة^(١٥٧)، أما في حالة الإدانة عن جريمة بعقوبة لا تدخل ضمن عقوبة الجنائية فمن الممكن تطبيق العقوبات الانضباطية الأخرى المنصوص عليها بالقانون كالتنبيه والتأنيب والإنذار والخصم من الراتب والحجز والحرمان من العلاوة الدورية وتأخير الترقية والحبس^(١٥٨)، ولا يحول الحكم الجنائي بالإدانة أو بالبراءة دون مساءلة رجل الشرطة مساءلة تأديبية أو انضباطية^(١٥٩).

الفرع الرابع

الجزاء الإجرائي لانتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته

يعتبر حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته حقاً محمياً بموجب قاعدة الاستبعاد (Exclusionary Rule)^(١٦٠)، وتعتبر هذه القاعدة جزءاً إجرائياً يترتب على انتهاك ذلك الحق، ويتمثل هذا الجزء باستبعاد كل دليل نشأ من جراء ذلك الانتهاك، ولا يجوز استخدامه في محاكمة المتهم، وفي قضية (New Jersey v. Portash)^(١٦١)، قررت المحكمة عدم جواز استخدام شهادة المتهم التي تمت أمام هيئة المحلفين الكبرى (هيئة لتقرير مدى كفاية أدلة جهة الاتهام تجاه المتهم تمهيداً

(١٥٧) انظر: المادة (٩٦) من القانون رقم (٢٣) لسنة (١٩٦٨) بشأن نظام قوة الشرطة.
(١٥٨) انظر: المادة (٢) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

(١٥٩) انظر: المادة (١٠) من المرسوم رقم (١٢٤) لسنة (١٩٩٨) بالعقوبات الانضباطية لأعضاء قوة الشرطة.

(١٦٠) لمزيد من التفصيل حول هذه القاعدة راجع: د. مشاري خليفة العيفان - قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٤ السنة ٣٥ - ديسمبر ٢٠١١ - ص ١١٥ وما بعدها.

440 U.S. 450 (1979)

(١٦١)

لإحالة للمحاكمة أو حفظ التحقيق لعدم كفاية الأدلة) والتي تمت بناء على منح مسبق لحصانة في محاكمة لاحقة عن جريمة الحنث باليمين، ومما لا شك فيه أن منع استخدام هذه الشهادة يؤدي إلى تقويض قدرة ومصلحة جهة الادعاء في مكافحة سلوك الحنث باليمين، والذي من الممكن أن يتم من قبل المتهمين المراءوغين، وقد بررت المحكمة قضاءها على أن الشهادة التي تتم بناء على حصانة هي شهادة غير اختيارية، الأمر الذي يدخلها في نطاق حماية حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، وترى المحكمة أن الموازنة بين المصلحتين (مصلحة الدولة في مكافحة شهادة غير صادقة، ومصلحة المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته) غير مقبولة^(١٦٢).

وقد تبني المشرع الكويتي هذا الجزاء صراحة في المادة (١٥٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، حيث قررت إنه: "إذا تبين للمحكمة أن أقوال المتهم أو اعترافاته قد صدرت نتيجة تعذيب أو إكراه، فعليها أن تعتبرها باطلة، ولا قيمة لها في الإثبات"، تأتي هذه القاعدة تأسيساً على قاعدة ما بني على باطل فهو باطل^(١٦٣)، ويلاحظ أن المشرع الكويتي تبني في الجزاء الإجرائي الإكراه المادي والمعنوي، بينما في الجزاء الجنائي اقتصر على الإكراه المادي دون المعنوي.

الخاتمة:

تأتي هذه الدراسة في موضوع حديث من موضوعات القوانين الجنائية الإجرائية، وقد جاءت هذه الدراسة في إطار تحليلي مقارنة بين النظام القانوني الجنائي في دولة الكويت والولايات المتحدة الأمريكية، باعتبار أنه يعد نظاماً غير معروف بالنسبة للفقهاء العرب الذين يميلون - في مجال الدراسات الجنائية - لدراسة الأنظمة القانونية اللاتينية كالنظام الفرنسي والنظام المصري، باعتبار أنهما يعدان الأصل التاريخي للتنظيم القانوني في دولة الكويت، مما يجعل هذه الدراسة إضافة إلى تلك الدراسات القانونية المقارنة على مستوى الوطن العربي.

(١٦٢) يتعين التأكيد على أن محكمة التمييز تستخدم قاعدة الاستبعاد كجزاء إجرائي على مخالفة نصوص دستورية متعددة تتعلق بحقوق المتهمين، ولكن ميزت المحكمة في حالة انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته بعدم السماح باستخدام أقوال المتهم في حالة اتهامه بجريمة الحنث باليمين. (Impeachment).

(١٦٣) انظر: الطعن رقم ٩٢/١١ جزائي جلسة ١٩٩٢/٢/٢٥ منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٩٢/١/١ حتى ١٩٩٦/١٢/٣١ في المواد الجزائية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ٧٢٤.

وارتكزت هذه الدراسة في البداية إلى بيان بعض الأوجه الإجرائية التي تقوم بين النظام الجنائي الإجرائي الكويتي والأمريكي، باعتبار أن هذه الفوارق الإجرائية كان لها أثرها اللازم لاستيعاب مضمون موضوع البحث وهو حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته من حيث الإطار الفلسفي والتاريخي والقانوني، وقد تبين تاريخياً أن هذا الحق قد مر بمراحل عديدة قبل الاعتراف به كحق لا غنى عنه في المجتمعات المتطورة، كما أن هذا الحق لم يسلم على الرغم من هذه المكانة من سهام النقد، ودار الحوار حوله بين مؤيد ومعارض.

وقد اتضح من خلال استعراض الأطر الثلاثة محور البحث - التاريخي والفلسفي والقانوني - أن كلاً من النظام الجنائي الإجرائي في الكويت وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتسمان بأوجه اتفاق وأوجه اختلاف وذلك على النحو الآتي:

أما من حيث الاتفاق، فنجد أن حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته يجد له جذوراً وأصولاً دستورية، بما يجعل مسألة الخروج عنه من قبل المشرع أمراً غير دستوري ومحل إدانة دستورية وعرضة للإلغاء من قبل المحكمة الدستورية متى سنحت الفرصة بذلك للمتهمين، كما أن هذا الحق قد جاءت الأحكام بوجوب احترامه في جميع مراحل الدعوى الجزائية وما يسبقها من إجراءات وتحريات أو استدلالات، كما أن هذا الحق لا يمتد نطاق التمسك به إلا لما يسمى بالأدلة الشفوية دون المادية.

يضاف إلى ذلك، أن المشرع في كلا البلدين قد تبني تدابير أو جزاءات سواء موضوعية أو إجرائية تكفل احترام هذا الحق من جانب رجال الشرطة وجهات التحقيق وهيئات المحاكم القضائية، ومن هذه التدابير أو الجزاءات قاعدة استبعاد الدليل المستمد من تعذيب أو إكراه، وقد اتفق المشرعان في انطباق هذا الجزاء على وسائل الإكراه المادي والمعنوي على حد سواء، وقد احترمت كل من المشرع الكويتي والأمريكي حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته بشكل مطلق، ولم يخلق أيًا منهما استثناءات على جزاءات الانتهاك على ذلك الحق.

أما عن أوجه الاختلاف، فنجد أن المشرع الأمريكي تبني الأسلوب الوقائي في تحديد مدى انتهاك الحق، وذلك عن طريق الأخذ بألية لتحديد مدى كون الإجراء المراد اتخاذه يمثل انتهاكاً لحق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، بينما أخذ المشرع الكويتي بالأسلوب العلاجي عن طريق الدفع التي من الممكن أن تثار من قبل المتهم أمام المحكمة، ومتى صدق ذلك الدفع تم استبعاد الدليل ثمرة الانتهاك.

ووفقاً للنظام القانوني الأمريكي، متى ثبت صحة ادعاء الشخص من أن الإدلاء بإفادة أو تقديم مستند من شأنه إدانة ذلك الشخص، فإذا كانت جهة الاتهام ترى في

تلك الإفادة أو المستند دليلاً لا مفر من ضرورة الحصول عليه لإدانة شركاء ذلك الشخص، فعلى جهات الاتهام منح ذلك الشخص حصانة (التزام قانوني بعدم محاكمته مستقبلاً) أو تعين عليها البحث عن دليل جديد.

وبخلاف الحال في التشريع الكويتي، نجد أن المشرع الأمريكي لم يترك المشتبه به دون عون قانوني لممارسة حقه في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، حيث منح لكل شخص مقبوض عليه ومحال للاستجواب الحق في الاستعانة بمحام، سواء أكان ذلك بمرحلة الاستدلالات أم التحقيق الابتدائي، ولم يجعل المشرع الأمريكي العلم بذلك الحق علماً مفترضاً، بل فرض على جهات الشرطة والتحقيق التزاماً إجرائياً بإعلام المشتبه به بهذا الحق، وتمكينه من الاختيار بين ممارسته أو التنازل عنه.

كما أن توسع المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية في مفهوم الاستجواب - بخلاف المشرع الكويتي - شمل ذلك المفهوم في طياته التساؤلات موجزة كانت أو تفصيلية، سواء تمت من رجال الشرطة أو سلطات التحقيق أو المحكمة المختصة بنظر الدعوى، بينما لم يشمل المشرع الكويتي بمفهوم الاستجواب سوى تلك المناقشة التفصيلية تجاه المتهم ومواجهته بما بحوزة جهات التحقيق من أدلة، كما أن المشرع لم يسمح بإجراء الاستجواب إلا من قبل جهات التحقيق أو المحكمة.

وقد مد المشرع الأمريكي نطاق حق الشخص في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته للمتهم الحالي والمستقبلي، وسمح للشاهد المطلوب منه الإدلاء بإفادة أو تقديم مستند التمسك بهذا الحق متى كان من شأن القيام بذلك إقامة الدعوى الجنائية عليه في المستقبل، بينما قصر المشرع الكويتي هذا الحق على كل شخص يتخذ بمواجهته إجراء من إجراءات الضبط القضائية أو التحقيق الابتدائي بمناسبة شبهات جنائية تدور حوله.

وجاء المشرع الأمريكي بتوسع آخر على النطاق الإجرائي بخلاف ما عليه الحال لدى المشرع الكويتي، حيث سمح المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية للشخص بالتمسك بهذا الحق سواء أمام المحاكم الجنائية أو المحاكم المدنية، وسواء أمام محاكم الموضوع أو أمام محاكم الدعاوى المستعجلة، بل مد هذا التمسك أمام جلسات هيئة المحلفين الكبرى.

وفي نطاق الإجبار على تقديم مستند مادي، نجد أن المشرع الكويتي قد تفوق على الأمريكي باعتبار أن المشرع الكويتي استخدم لفظ "شيء" بينما استخدم المشرع الأمريكي لفظ "مستند" ولا ريب أن اللفظ الأول أوسع من اللفظ الثاني من حيث المفهوم، وقد احترم المشرع الكويتي حق المتهم في عدم إجباره على تقديم

دليل إدانته، فقرر عدم مسؤولية الممتنع عن تقديم ذلك الشيء عن جريمة الامتناع عن أداء الشهادة، إلا أن ما يؤخذ على المشرع هو قصور النص عن الامتداد للشخص الذي لا يعد في التحقيقات الحالية متهماً، ولكن سيكون كذلك لو قام بتقديم ذلك الشيء، فهو سيكون في خيارين إما الامتناع عن التقديم والمسؤولية عن جريمة الامتناع عن أداء الشهادة، وإما تقديم الشيء وتحمل تبعات ذلك التقديم بمحاكمة مستقبلية.

وفي تحديد مفهوم الجزاء الموضوعي الجنائي لانتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، نجد أن المشرع الأمريكي وسع من نطاق تجريم فعل التعذيب (سواء أكان إكراهاً مادياً أم معنوياً) حيث لم يربط هذا الفعل بباعث وهو الحصول على اعتراف، بما جعل معه تلك الجريمة من جرائم القصد الجنائي العام، بينما قصر المشرع الكويتي جريمة التعذيب على فعل التعذيب البدني دون الإكراه المعنوي، ويتعين لوقوع الجريمة أن يكون هناك قصد جنائي خاص للفاعل في تلك الجريمة وهو الإكراه على الإدلاء بإفادات معينة أياً كانت طبيعتها، سواء سميت اعترافاً أو شهادة.

وفي ضوء هذه النتائج، نهيب بالمشرع الكويتي تبني التوصيات الآتية:

أولاً: يتعين على المشرع الكويتي تبني أسلوب إجرائي في التحقق من مدى حقيقة إمكانية انتهاك حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته، ويتعين أن يكون هذا الأسلوب مبنياً على فكرة الجهة المحايدة في تقرير مدى إمكانية ذلك الانتهاك.

ثانياً: يعد من الملائم أن يتحول المشرع الكويتي في إجراء التصرف في الدعوى الجزائية من نظام "الحتمية" إلى نظام "الملاءمة" حتى يتسنى لجهات التحقيق الاستفادة من شهود الإثبات الشركاء في الجريمة بما يسمح بضبط ومحاكمة الأفراد أصحاب الأدوار الرئيسية في المشروع الإجرامي.

ثالثاً: يجب على المشرع ألا يقصر حق المتهم في عدم إجباره على تقديم دليل إدانته على مرحلة المحاكمة، وإنما ينبغي أن يكفل المشرع حماية هذا الحق في المراحل السابقة (مرحلة البحث والتحري ومرحلة التحقيق الابتدائي) على تلك المرحلة، ولا يتصور أن تتم هذه الحماية إلا من خلال تبني حق المتهم في الاستعانة بمحام خلال تلك المراحل.

رابعاً: يجب على المشرع الكويتي ألا يقصر هذا الحق على مفهوم الاستجواب

التقليدي في النظم اللاتينية والذي لا يشمل في مفهومه تلك الأسئلة الموجزة من رجل الشرطة للمتهم، حيث أن عبارات وإفادات المتهم خلال هذه المرحلة قد يستفاد من استخدامها كوسيلة ضغط في مرحلة التحقيق الابتدائي أو مرحلة المحاكمة.

خامساً: يجب على المشرع الكويتي ألا يقصر التمسك بهذا الحق على طائفة المتهمين الحاليين، بحيث يتعين أن يشمل هذا الحق في نطاقه كل إنسان - ولو كان شاهداً - من شأن إفادته أو شهادته تحول مركزه القانوني في الإجراءات الجنائية من مركز المجني عليه أو الشاهد إلى مركز المتهم.

سادساً: يعد من المستحسن أن يمد المشرع نطاق هذا الحق صراحة إلى مجال المحاكمات الجنائية والمدنية على حد سواء، باعتبار أن هذا الحق يشمل في طياته إجراءات الاتهام الحالية والمستقبلية الممكنة.

سابعاً: لما كانت جريمة التعذيب تعد من أبشع السلوكيات الإجرامية المعاصرة والتي تصدر ممن يفترض فيهم النزاهة واحترام القانون، الأمر الذي يستدعي عدم ربط هذه الجريمة بباعث الحصول على اعتراف والركون إلى النصوص العامة في جريمة التعدي البدني، كما يتعين على المشرع عدم الوقوف في التأييم على الآثار المادية (الإصابات الجسدية) لتلك الجريمة دون الآثار المعنوية (الأذى المعنوي).

وفي النهاية، نسأل الله أن ينفعنا بما علمنا، وأن يرزقنا علماً ينفعنا، ونعوذ بالله من علم لا ينفع، ومن دعاء لا يُسمع، ومن نفس لا تشبع، ومن عين لا تدمع، ونسأله - سبحانه وتعالى - أن يجعلنا من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه، وأن يرينا الحق حقاً ويرزقنا اتباعه، ويرينا الباطل باطلاً ويرزقنا اجتنابه، ولا يجعله ملتبساً علينا فنضل، ونسأله سبحانه أن يأخذ بأيدينا إلى الحق، وأن يعصمنا من الشيطان ومن زلل القول والعمل، وأن يرزقنا التمسك بالحق والسير على الصراط السوي؛ إنه على كل شيء قدير، وبالإجابة جدير، والله أعلم، وصلى الله وسلم على محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المراجع

الكتب والأبحاث باللغة العربية:

- د. حسن صادق المرصفاوي - عرض لمؤلف: د. عمر الفاروق الحسيني - تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف (الجريمة والمسؤولية) - منشور في مجلة الحقوق السنة الثالثة عشرة - العدد الرابع - ديسمبر ١٩٨٩.
- د. حسن محمد ربيع - شرح قانون العقوبات المصري "القسم العام" - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - (١٩٩٦).
- د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - منشأة المعارف (الإسكندرية) - الطبعة الثالثة (منقحة) - (١٩٩٧).
- د. عبد الحكم فوده - الموسوعة الجنائية الحديثة التعليق على قانون العقوبات - المجلد الأول - دار الفكر والقانون (المنصورة) - (٢٠٠٠).
- د. عبد الوهاب حومد - المسؤولية الناشئة عن السير المعيب لأجهزة العدالة الجزائية - مجلة الحقوق والشريعة - السنة الرابعة - العدد الثالث - ١٩٨٠ - جامعة الكويت - كلية الحقوق.
- د. محمد السعيد عبد الفتاح - أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢.
- د. محمد يوسف علوان - حظر التعذيب في القانون الدولي لحقوق الإنسان - بحث منشور في مجلة الحقوق السنة الحادية عشر - العدد الرابع - ديسمبر ١٩٨٧.
- د. مشاري خليفة العيفان - دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والقانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٢ السنة ٣٥ - يونيو ٢٠١١.
- د. مشاري خليفة العيفان - قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - العدد ٤ السنة ٣٥ - ديسمبر ٢٠١١.

الكتب والأبحاث باللغة الإنجليزية:

- khil Reed Amar & Renee B. Lettow, Fifth Amendment First Principles: The Self Incrimination Clause, 93 Mich. L. Rev. 857, 895 (1995)
- Akhil Reed Amar, The Constitution and Criminal Procedure: First Principles 84 (1997)
- Alberston v. Subversive Activities Control Board, 382 U.S. 70, 79 (1965)
- Albert W. Alschuler, A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent, 94 Mic. L. Rev. 2625 (1996)
- Charles T. McCormick, McCormick on Evidence § 114 (Cleary rev. 1984)
- David Dolinko, Is there a Rationale for the Privilege Against Self- Incrimination?, 33 UCLA L. Rev. 1063 (1986)
- Donald A. Dripps, Against Police Interrogation - And the Privilege Against Self- Incrimination, 78 J. Crim. L.& Criminology 699 (1988)
- Donald A. Dripps, Self-Incrimination and Self-Preservation: A Skeptical View, 1991 U. Ill. L. Rev 329
- Eben Moglen, Taking the Fifth Reconsidering the Origins of the Constitutional Privilege Against Self- Incrimination, 92 Mich. L. Rev. 1086(1994)
- E.M. Morgan, The Privilege Against self -incrimination, 34 Minn. L. Rev.1 (1949)
- Eben Moglen, Taking the Fifth: Reconsidering The Origins Of the Constitutional Privilege Against Self- Incrimination, 92 Mich. L. Rev. 1086, 1088 (1994)
- Ernest C. Carman, A Plea for Withdrawal of Constitutional Privilege from the Criminal, 22 Minn. L. Rev. 200, 204 (1938)

- Erwin N. Griswold, The fifth Amendment Today (1955)
- George C. Thomas, III, An Assault on the Temple of Miranda, 85 J. Crim. L. & Criminology 807, 815 (1995)
- George C. Thomas, III, A Philosophical Account of Coerced Self-Incrimination, 5 Yale J. L. & Human, 79, 108-110 (1993);
- George C. Thomas III & Marshall D. Bilder, Aristotle's Paradox and the Self-Incrimination Puzzle, 82 J. Crim. L. & Criminology 243 (1991)
- Henry J. Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 37 U. Cin. L. Rev. 671, 680 (1968)
- Henry T. Terry, Constitutional Provision Against Forcing Self-Incrimination, 15 Yale L. J. 127 (1906)
- H. Richard Uviller, Self-Incrimination by Inference: Constitutional Instructions on the Evidentiary Use of a Suspect's Refusal to Submit a Search, 81 J. Crim. L. & Criminology 37 (1990).
- Irene Merker Rosenberg, Bouknicht: Of Abused Children and the Parental Privilege Against Self-Incrimination, 76 Iowa L. Rev. 535 (1991)
- Irene Merker Rosenberg & Yale Rosenberg, In the Beginning: The Talmudic Rule Against Self-Incrimination, 63 N. Y. U. L. Rev. 955 (1988)
- John H. Langbein, The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, 92 Mich. L. Rev. 1047 (1994)
- John H. Wigmore, Evidence § 2251, at 317 (McNaughton rev. 1961)
- John T. McNaughton, the Privilege Against Self-Incrimination: its Constitutional affectation, Raison d'Etre and Mis-

- cellaneous implications, 51 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 153 (1960)
- Laurence A. Benner, Requiem for Miranda: The Rehnquist Court's Voluntariness Doctrine in Historical Perspective, 67 Wash. U. L. Q. 59, 68 (1989)
 - Leonard w. Levy, The Origins of The Fifth Amendment (1968)
 - M. R. T. Macnair, The Early Development of The Privilege Against Self- Incrimination, 10 Oxford J. Legal Stud. 66 (1990)
 - Peter Arenella, Schmerber and the Privilege Against Self - Incrimination: A Reappraisal, 20 Am. Crim. L. Rev. 31 (1982)
 - Peter W. Tague, The Fifth Amendment: If an Aid to the Guilty Defendant, An Impediment to the Innocent One, 78 Geo. L. J. 5 (1989)
 - R. Kent Greenawalt, Silence as a Moral and Constitutional Right, 23 Wm. & Mary L. Rev. 15 (1981);
 - Robert B. McKay, self Incrimination and the New Privacy, 1967 Sup. Ct. Rev. 193
 - Robert S. Gerstein, The Demise of Boyd: Self- Incrimination and Private Papers in the Burger Court, 27 UCLA. L. Rev. 343 (1979);
 - Stephen A. Saltzburg, The Required Records Doctrine, Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination, 53 U. Chi. L. Rev. 6, 6 (1986)
 - Stephen J. Schulhofer, Some Kind Words for the Privilege Against Self- Incrimination, 26 Val. U. L. Rev. 311, 326 (1991)
 - Susan R. Klein, Enduring Principles and Current Crises in

- Constitutional Criminal Procedure, 24 Law & Social inquiry 533, 552 (1999)
- William Hawkins, A Treatise of the Pleas Of The Crown Ch. 39 § 2 (1721)
 - Yale Kamisar, On the Fruits Of Miranda Violations, Coerced Confessions, and Compelled Testimony, 93 Mich. L. Rev. 929 (1995).

الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية في قانون رقم ٢٠١٤/٢٠

أ. أحمد عبد اللطيف الجار الله
مدرس مساعد - قسم القانون العام
أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية

ملخص:

تشير الدراسات والإحصائيات إلى زيادة مطردة في عدد مستخدمي الإنترنت. كما أن التعامل الإلكتروني بالنسبة للأفراد والشركات زاد بشكل ملحوظ بسبب سهولة وسرعة التعامل الإلكتروني الذي يوفر الوقت والجهد. إلا أن هذه الزيادة في عدد المستخدمين لم يرافقها سرعة إنجاز وصياغة القوانين التي تنظم التعامل الإلكتروني.

إن عالم التكنولوجيا الرقمية يتطلب تدخلاً سريعاً من الحكومة، والمتمثل بسن التشريعات والنظم واللوائح التي تكفل وجود غطاء آمن في عالم التكنولوجيا، وتقديم الخدمات الإلكترونية عالية المستوى للأفراد كي يستفيدوا منها، وهذا الأمر لن يتوفر إلا إذا أحس الأفراد بالأمن والثقة باستخدام التعاملات الإلكترونية عالية الخصوصية. كما أن وجود العقوبات الرادعة لكل من تسول له نفسه العبث في خصوصية الأفراد، يكفل تدني مستوى الجريمة خوفاً من العقاب.

وتأتي أهمية البحث بتسليط الضوء على الحماية الجنائية في التعاملات الإلكترونية وأهميتها. وهل تعتبر الحماية التي أقرها قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠١٤/٢٠ كافيه؟ وهل تتفق العقوبات المقررة في قانون التعامل الإلكتروني مع المبادئ العامة لقانون الجزاء؟ وهل تختلط مع بعض الضمانات الدستورية المقررة؟

المقدمة:

تكاد تجمع كل دساتير العالم على أن الخصوصية تعد من الحقوق الدستورية والأساسية للشخص الطبيعي كأصل عام، فهي تعتبر أساس بنیان كل مجتمع متحضر متطور. ولا نبالغ إذا قلنا إن الخصوصية موجودة قبل وجود الدساتير والقوانين.

وبالتالي فإن المجتمعات الديمقراطية تشدد على كفالة هذا الحق، وتجتهد إلى ترسيخه في عقول الناس من خلال القيم والقواعد الأخلاقية والقانونية. وهذه القواعد تلعب دوراً هاماً لمنع المتطفلين من التدخل في خصوصيات الآخرين وكشف أسرارهم وتعاملاتهم المالية أو الإدارية. وقد بدأت الدول تهتم بحماية الخصوصية في المعاملات

الإلكترونية من الناحية الجنائية على مختلف الأصعدة سواء من خلال سن التشريعات القانونية أو إنشاء المنظمات الدولية الخاصة بهذا الشأن.

إن التطور التكنولوجي الحديث، والنقلة النوعية التي أحدثتها البرمجيات في السنوات الأخيرة، وزيادة عدد مستخدمي الإنترنت والهواتف الذكية وتطورها المستمر أسهم في زيادة المخاطر على خصوصية الأفراد وتعاملاتهم، فالتكنولوجيا الحديثة أصبحت اليوم تقيد الفرد بشكل واضح، فتعرف مكانه وصوره وحياته وتحركاته، وهذا التطور التكنولوجي صار بلا شك يهدد الحياة الشخصية والحريات الفردية خاصة. وقد تستغل هذه المعلومات والبيانات لأهداف وأغراض عديدة بدون موافقة أو رضا أصحابها أو حتى بدون علمهم فتتم خلسة.

وتسعى دولة الكويت إلى مجتمع يستخدم تقنيات المعلومات والاتصال، وجميع الخدمات الحكومية الإلكترونية وذلك من خلال تفعيل قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠١٤/٢٠. ويعتبر هذا القانون هو أول تشريع كويتي لتنظيم التعاملات الإلكترونية، فهو يعالج العديد من القضايا الأساسية مثل: حماية البيانات، التوقيع الإلكتروني، صلاحية الدفع الإلكتروني، وحماية الخصوصية والعقوبات المقررة.

يقع القانون في (٤٦) مادة مقسمة إلى ثمانية فصول. الفصل الأول تعريفات، والفصل الثاني أحكام عامة، أما الفصل الثالث يتحدث عن المستند أو السجل الإلكتروني، والفصل الرابع يتكلم عن التوقيع الإلكتروني، والفصل الخامس الاستخدام الحكومي للمستندات والتوقيعات الإلكترونية، والفصل السادس الدفع الإلكتروني، والفصل السابع عن الخصوصية وحماية البيانات، والفصل الثامن أخيراً يتحدث عن العقوبات المقررة.

كما أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٠١٤/٢٠ اشتملت على (٣٠) مادة منظمة للمعاملات الإلكترونية، ونصت إحدى المواد على أن يتضمن السجل الإلكتروني البيانات التي تحدد هوية السجل وارتباطه بالتعامل الإلكتروني والسجلات الإلكترونية الأخرى. وفي مادة أخرى نصت اللائحة التنفيذية على إلزام جميع العاملين بها بالشروط والمعايير المتعلقة بحماية الخصوصية المعمول بها في الجهات ولا يجوز الاطلاع عليها إلا من خلال الأشخاص المخولين بذلك.

ويهدف البحث إلى:

أ - إيضاح الخلط الحاصل في العقوبات المقررة لقانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠١٤/٢٠ وبعض المبادئ العامة في قانون الجزاء.

ب - بيان مخاطر التكنولوجيا الحديثة على الحق في الخصوصية في التعاملات الإلكترونية.

وينقسم البحث إلى محورين، المحور الأول: الجانب الموضوعي ونتطرق فيه إلى ماهية الخصوصية المعلوماتية وأنواعها. وما هو المستند الإلكتروني وبيان أهميته من خلال التفسير الواسع والضيق. وما هي صور الاعتداء على النظام؟ وما هي أوجهه التمييز بين الاعتداء على النظام والاعتداء على المستند الإلكتروني؟ ثم نتحدث عن عناصر الجريمة في المستند الإلكتروني، وأخيراً الغرامة في القانون رقم ٢٠/٢٠١٤.

أما المحور الثاني فننتحدث فيه عن الجانب الإجرائي وتطبيقه على قانون التعامل الإلكتروني من خلال بيان اختصاص النيابة العامة في الدعوى الجزائية من حيث الأصل واختصاصها في القانون رقم ٢٠/٢٠١٤ بشأن التعامل الإلكتروني، وما هو الشخص الاعتباري؟ وكيف تحدث جريمة الإهمال والإخلال بالواجبات؟ وما هي حدود الشخص المعنوي؟ وهل تصطدم العقوبات مع الضمانات الدستورية؟ وأخيراً معنى الصلح المقصود في قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

الفصل الأول الجانب الموضوعي

ندرس في هذا الفصل ماهية الخصوصية المعلوماتية، واختلاف التشريعات الدولية في الحماية الجنائية للتعامل الإلكتروني، وما هي أنواع الخصوصية؟ وأثر التقنيات الحديثة على الخصوصية وخطورتها. وما هو تعريف المستند الإلكتروني؟ والآثار المترتبة على المساواة التشريعية بين التعامل الإلكتروني والمستند الورقي. وماهي طرق الإثبات في التعامل الإلكتروني والمعوقات التي يمكن أن تواجهها؟

المبحث الأول ماهية الخصوصية المعلوماتية

أتاحت التكنولوجيا الحديثة لمستخدميها سهولة التواصل ونقل المعلومات والبيانات والتعامل بين الجهات المختلفة بالدولة من وزارات وشركات وغيرها من الأشخاص المعنوية.

وهو ما يوفر الوقت والجهد والمال على الطرفين مقدم الخدمة - الوزارات أو الشركات - ومستعملها وهم الأفراد وبعض الأشخاص المعنوية. فاليوم يمكن للفرد أن يدفع الرسوم ويجدد الرخصة التجارية، ويدفع الضريبة، أو ينهي معاملة المرور وهو خلف جهاز الحاسب الآلي دون الحاجة إلى الذهاب الشخصي أو تسليم النقود الفعلي لتلك الجهات.

إلا أن هذه الخدمات التي تحاول أن تواكب التطور الهائل في مجال المعلومات صارت عرضة للخطر من قبل أشخاص ضعاف النفوس مهتمهم الاحتيال والمساس بالخصوصية؛ لذلك اقتضت الضرورة سن تشريعات تحد من المساس بخصوصية الأفراد ومعلوماتهم وبالتالي تجريم الأفعال التي تنطوي على ذلك.

وترجع أهمية التعامل الإلكتروني على وجه الخصوص إلى أن المستند الإلكتروني - إذا توافرت شروطه - صار يتماثل مع المستند الورقي في كثير من التشريعات من حيث القوة القانونية^(١). إن مفهوم الحكومة الإلكترونية لا يتحقق إلا

(١) أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ الانعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.

من خلال المستند الإلكتروني الذي يتيح للمستخدم جميع الخدمات الممكنة، وبالتالي بات من الضروري حمايته من خلال تشريع قانوني وهو قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠/٢٠١٤.

أ - المطلب الأول تنوع مفاهيم الخصوصية

للحق في الخصوصية أساس دستوري كفل بها الحرية الفردية للأشخاص، ويعتبر الحق في الخصوصية أحد عناصر الدستور الأساسية، ونصت أغلب الدساتير حول العالم صراحة على حماية الحق في الحياة الخاصة من مراسلات بريدية وخصوصية الجسم وحرية الانتقال والاتصال وغيرها في حدود القانون.

أولاً - لمحة تاريخية عن الاتفاقيات والمعاهدات والتشريعات الدولية التي تهدف إلى حماية الخصوصية والتعامل الإلكتروني:

حرصت المنظمات الدولية على إرساء قواعد للتعاون والتنسيق الدولي لحماية الخصوصية والتعامل الإلكتروني، وترجم ذلك من خلال اتفاقيات أو معاهدات أو توصيات بتطوير التشريعات الجنائية ومن هذه الاتفاقيات^(٢):

- ١ - موجبات حماية الخصوصية وانسياب البيانات الشخصية عبر الحدود لسنة ١٩٨٠ Guideline on Protection of Privacy and Trans border Flow of Personal Data-Organization of Economic Cooperation and Development.
- ٢ - اتفاقية الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية التعامل الإلكتروني مع البيانات الشخصية ١٩٨١.
- ٣ - القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٨، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL.
- ٤ - القانون النموذجي لإجراءات التحقيق في الجرائم الإلكترونية، لجامعة دايتون، Model Code of Cyber Crimes Investigation Proceduer, 2000.
- ٥ - الاتفاقية الأوروبية العالمية للجرائم (السايبيرية)، European Convention on Cyber Crime of 2001.

(٢) محمد الأمين البشري، الجرائم الإلكترونية التحقيق الادعاء المحاكمة ومعاملة المذنبين فيها (الإمارات العربية المتحدة، حكومة دبي، ٢٠١٢)، ص ٥٠.

- ٦ - المعاهدة الدولية للجرائم الإلكترونية لسنة ٢٠٠٣، International Treaty of Cyber Crimes.
- ٧ - المواجهات الدولية لمكافحة الجرائم الإلكترونية، International Guide liner for Combating Cyber Crimes.
- ٨ - الإستراتيجية الأمريكية لمكافحة محددات الأمن الإلكتروني، Inter-American Strategy to Combat Threats to Cyber Security, 200.
- ٩ - معاهدة المجلس الأوروبي للجرائم (السايبيرية) لسنة ٢٠٠٤، Council of Europe Convention on Cyber Crime. وقد انضمت لها الولايات المتحدة الأمريكية سنة ٢٠٠٦.

أما فيما يتعلق بالتشريعات فنورد أهم هذه التشريعات طبقاً لتواريخ إصدارها ونشرها^(٣):

- ١ - القانون الفرنسي لجرائم الكمبيوتر لسنة ١٩٩٠.
 - ٢ - قانون إساءة استخدام الحاسب الآلي البريطاني لسنة ١٩٩٠.
 - ٣ - قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الأمريكي لسنة ١٩٩٩.
 - ٤ - القانون الموحد لمعلومات الحاسب الآلي الأمريكي لسنة ٢٠٠٠.
 - ٥ - قانون تقنية المعلومات الهندي لسنة ٢٠٠٠.
 - ٦ - قانون الجرائم الإلكترونية الباكستاني لسنة ٢٠٠٣.
 - ٧ - قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي لسنة ٢٠٠٦.
- ومع هذا الكم الكبير من التشريعات والاتفاقيات الدولية فلا بديل عن نشر الوعي والتعليم بين جميع أفراد المجتمع، وفي ذلك يقول Virgo: "لن يتمكن أي قدر من التشريعات من منع وقوع الجريمة الإلكترونية طالما أن هناك أشخاصاً يمكن التحايل عليهم"^(٤).

ونحن نرى أن التطور الحاصل في الجرائم الإلكترونية يحب أن يوازيه تطور نوعي من خلال اختصار إجراءات التشريع أو التعديل عليها، بحيث تصبح مواكبة لمستجدات هذه الجرائم. إن ما يحصل اليوم من جرائم إلكترونية تتم من خلال برامج جاهزة تنفذ الجريمة وتحدد الضحية وموقعها وتحسب العائدات المالية وتقضي على

(٣) محمد الأمين البشري: مرجع سابق، ص ٥٠.

(٤) Philip Virgo, Eurim, 2003, Available at www.zdnet.co.uk

الأدلة التي تثبت التهمة^(٥). لذا من الواجب أن تكون لدينا تشريعات على هذه الدرجة من الفاعلية والجاهزية.

إن حرية انتقال المعلومات والبيانات هي إحدى الحريات الأساسية التي تحرص عليها الدساتير، ولاريب أن تقدم وتطور المجتمعات يقاس بجانب الحرية التي يسمح بها الدستور وينظمها القانون، فكلما كانت هناك حرية على أساس قانوني واضح ورصين كان هناك شعب متطور متحضر، وقد كفل الدستور الكويتي حقوق وحريات الأفراد ونص عليها، كما أن الحرية بصورها المختلفة مثل حرية الاعتقاد وحرية التعبير، هي أساس أي مجتمع ديمقراطي حر، فحرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة والإعلام مكفولة وفق ما تنظمه الدول من قوانين. ويمكن تعريف الحرية كما في المادة (٤) من إعلان حقوق الإنسان الصادر في ١٧٨٩م بأنها: " القدرة على إتيان كل عمل لا يضر بالآخرين "^(٦).

وقد تطرق القانون ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني في المادة رقم (٣٢) "لا يجوز في - غير الأحوال المصرح بها قانوناً - للجهات الحكومية أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الشركات أو الجهات غير الحكومية أو العاملين بها الاطلاع دون وجه حق أو إفشاء أو نشر أية بيانات أو معلومات شخصية مسجلة في سجلات أو أنظمة المعالجة الإلكترونية المتعلقة بالشؤون الوظيفية أو بالسيرة الاجتماعية أو بالحالة الصحية أو بعناصر الذمة المالية للأشخاص أو غير ذلك من البيانات الشخصية المسجلة لدى أي من الجهات المبينة في هذه المادة أو العاملين بها بحكم وظائفهم، ما لم يتم ذلك بموافقة الشخص المتعلقة به هذه البيانات أو المعلومات أو من ينوب عنه قانوناً، أو بقرار قضائي مسبب، وتلتزم الجهات المبينة في الفقرة الأولى من هذه المادة ببيان الغرض من جمع البيانات والمعلومات المذكورة، وأن يتم جمع تلك البيانات والمعلومات في حدود ذلك الغرض".

إن الحق في الخصوصية وحمايته حاز على اهتمام كبير من جانب الهيئات والمنظمات الدولية والدساتير والتشريعات، منها على سبيل المثال اتفاقيات دولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب

(٥) Power, Richard: Curvent and Future Danger, San Francisco: Computer Security Institute 1995.

(٦) The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) Article(4).

قررها رقم ٢١٧ المؤرخ في ١٠/١٢/١٩٤٨ م في المادة (١٢)^(٧). أما على صعيد المؤتمرات الدولية فهناك العديد منها انعقدت في جميع أنحاء العالم لبحث أفضل الوسائل لحماية الحق في الخصوصية ومن أهمها^(٨) ما عقد في مونتريال، وكذلك مؤتمر الإسكندرية.

كما ناقشت دراسة Vasua القوانين التي أقرتها الدول المتقدمة مثل الولايات المتحدة الأمريكية واليابان وإيطاليا وفرنسا وألمانيا لمواجهة الجرائم الإلكترونية. وخلصت هذه الدراسة إلى إصباغ المنظور العالمي على الجريمة الإلكترونية واعتبارها جريمة عابرة للقارات تتطلب تعاوناً دولياً^(٩).

وفي هذا الإطار هناك العديد من الاتفاقيات الدولية منها على سبيل المثال لا الحصر، اتفاقية الاتحاد الأوروبي الخاص بحماية التعامل الإلكتروني مع البيانات الشخصية لسنة ١٩٨١، وكذلك المعاهدة الدولية للجرائم الإلكترونية ٢٠٠٣، والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية UNCITRAL لسنة ١٩٩٨^(١٠). إلا أن هذا الكم الهائل من القوانين والمعاهدات والاتفاقيات الدولية لم يمنع الجريمة بشأن سرية المعلومات أو البيانات الخاصة بالأفراد بشكل تام.

ونحن نرى ضرورة نشر الوعي والثقافة بخطورة انتهاك الخصوصية، ومن ثم تقريب الصورة للجمهور من خلال القوانين واللوائح التي تحكم الأفعال التي تمس خصوصياتهم، فبقدر ما يكون هناك ثقافة لدى الناس بقدر ما تنخفض الجريمة، ولا أدل على ذلك مما تقوم به الدول الإسكندنافية من غلق للسجون بسبب انخفاض معدلات الجريمة، بسبب زيادة الوعي لدى شعوبها.

أما على الصعيد المحلي فإن الاهتمام بهذا الحق يبرز من خلال الدساتير

(٧) المادة (١٢): "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات."

(٨) المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في طهران في الفترة من ٢٢ إبريل إلى ١٣ مايو - ومؤتمر حقوق الإنسان المنعقد خلال العام الدولي لحقوق الإنسان ١٩٦٨ م في مونتريال وكان عن التجسس الإلكتروني - ومؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة الذي انعقد بمدينة الإسكندرية خلال الفترة من ٤-٦/٦/١٩٨٧ م.

(٩) Deva Vasua, E-Crime and Remedies. Delhi: Saujanya Book, 2005.

(١٠) محمد الأمين البشري: مرجع سابق، ص ٥١.

والقوانين الخاصة، ومنها المواد (٤٥) و(٥٧) في الدستور المصري ١٩٧١^(١١)، وكذلك الدستور الكويتي في المواد (٣٠)، (٣١)، (٣٦)، (٣٧)، (٣٩)^(١٢).

ويمكن تلخيص أهم ملامح القانون رقم ٢٠/٢٠١٤ بشأن التعامل الإلكتروني فيما

يلي:

- ١ - إضفاء حجية الإثبات القانونية للكتابة الإلكترونية وللتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والإدارية، ليكون لهما نفس الحجية القانونية في الإثبات للكتابة العادية وللتوقيع العادي.
- ٢ - إنشاء ما يسمى بالمحرر الإلكتروني وتعريفه وإعطاؤه نفس مفهوم المحرر الكتابي سواء من جواز اعتباره محرراً إلكترونياً عرفياً أو محرراً إلكترونياً رسمياً.
- ٣ - اتساع نطاق تطبيق التوقيع الإلكتروني وفقاً لهذا القانون ليشمل جميع المعاملات التي يجوز إتمامها إلكترونياً وهي المعاملات المدنية والإدارية والتجارية بشرط أن تكون موقعة إلكترونياً وفقاً للشروط والضوابط التي وضعها القانون ولائحته التنفيذية.

(١١) مادة (٤٥) من الدستور المصري: "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون".

مادة (٥٧) من الدستور المصري: "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء".

(١٢) مادة (٣٠) من الدستور الكويتي "الحرية الشخصية مكفولة".
المادة (٣١) من الدستور الكويتي "لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة".

مادة (٣٦) من الدستور الكويتي "حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرهما، وذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون".

مادة (٣٧) من الدستور الكويتي "حرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون".

مادة (٣٩) من الدستور الكويتي "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة الرسائل، أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه".

٤ - حرص القانون على إلزام الجهات التي ستقدم خدمات التصديق الإلكتروني أو الخدمات المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية بالحصول على التراخيص اللازمة لهذا النشاط من هيئة تقنية المعلومات بصفتها الجهة المختصة، وبما يضمن توافر الثقة والرقابة اللازمة لصحة وسلامة المعاملات الإلكترونية.

٥ - ركز القانون على وضع المبادئ والشروط العامة الأساسية لتنظيم التوقيع الإلكتروني، وترك أمر الضوابط الفنية والتقنية التفصيلية لأحكام هذا التنظيم لللائحة التنفيذية، وذلك لما لهذه الشروط من أبعاد فنية وتقنية دقيقة يتعذر وضعها في متن القانون، كما أن لوجود هذه الضوابط الفنية داخل اللائحة التنفيذية ضرورة أخرى وهي سهولة تعديلها إذا اقتضى الأمر ذلك، حيث إن تلك الضوابط تكون عرضة للتغيير نظراً للتطور التقني (التكنولوجي) السريع والمستمر في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

٦ - تعامل القانون مع بعض الجرائم المعلوماتية التي من الممكن أن تقع في مجال المعاملات الإلكترونية، وذلك تحقيقاً لمبدأ الردع العام والخاص في هذا المجال، وبقصد دعم الثقة في التعامل الرقمي واستخدام تكنولوجيا المعلومات وتشجيع التعامل بها دون خوف من أي فعل إجرامي قد يكون من شأنه هدم التعامل الإلكتروني بصفة عامة.

إن التشريعات اختلفت في الحماية الجنائية للتعامل الإلكتروني على ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: مثل تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية ترى إصدار قانون يعاقب على الجرائم بمختلف صورها.

والاتجاه الثاني: مثل المشرع الفرنسي والألماني يرى تعديل التشريعات القائمة على نحو يؤدي إلى استيعابها الصور المستحدثة من الجرائم الإلكترونية.

والاتجاه الثالث: يتمثل في غالبية تشريعات الدول العربية. والتي لم تفرد بعد تجريماً خاصاً للجرائم الإلكترونية، وما زالت تكتفي بالنصوص التقليدية التي ينص عليها في التشريعات المختلفة ومن أهمها قانون العقوبات^(١٣).

(١٣) أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ الانعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.

وفي تقديرنا أن التشريعات المقارنة التي تم استعراضها لم تنجح تماماً بتوفير حماية جنائية فعالة للمستند الإلكتروني، من الناحية الأولى فإنه على خلاف ما هو سائد بالنسبة لفكرة المحرر التقليدية فإن هذه التشريعات لم تقم بإرساء معالم واضحة للمستند الإلكتروني، وذلك أن بعضها اقتصر على إصدار قانون للتوقيع الإلكتروني، والبعض الآخر أضاف له السجل الإلكتروني، وبعض التشريعات المقارنة قد خلطت بين فكرة المستند الإلكتروني وبين البيانات والمعلومات الإلكترونية. ونحن نرى أن تجريم أفعال المساس بالمستند الإلكتروني يجب أن يسبقه العمل بسياسة وقائية تحاول أن تضع الضوابط التي تقي من المساس به قبل وقوعه.

وعلى الرغم من اختلاف القوانين بين الدول على الاتجاهات الثلاثة التي أشرنا إليها، إلا أنها تتفق جميعاً وتحرص على الردع العام والخاص في قوانينها، وإلى إعطاء المزيد من الثقة للجمهور في أن تعاملاتهم الإلكترونية آمنة وسليمة.

ثانياً – المقصود بخصوصية المعلومات وأنواعها:

الخصوصية من حيث مفهومها جرى التعامل معها كحق لمنع إساءة استخدام الحكومة للبيانات التي يصار لمعالجتها آلياً أو إلكترونياً أو تقييد استخدامها وفق القانون. ومن المعلوم أن للحياة الشخصية خصوصية حفظها الدستور وعنى بها القانون، ومع ذلك قد يستخدم هذه المعلومات أشخاص غير مصرح لهم أو بدون إذن من صاحب المعلومة، وهو ما يشكل جريمة التعدي على الحياة الخاصة^(١٤). كمن يعد ملفاً كاملاً عن شخص سياسي مهم وينشر بياناته الخاصة أو عدد كفالاته أو معاملاته وغيرها.

ثالثاً – أثر التقنيات الحديثة على الخصوصية وخطورتها:

إن وسائل التقنية الحديثة في جمع ومعالجة البيانات الشخصية سواء من الدولة أو القطاع الخاص والاطلاع على شؤون الأفراد ومعلوماتهم، وضعنا في موضع التناقض بين حرية الدولة بالاطلاع على المعلومات الشخصية والحماية الجنائية المقررة لها، فالحق في الحياة الخاصة وحق الدولة في الاطلاع على شؤون الأفراد، يتناقض مع استخدام الدولة المعلومات الشخصية لأغراض تتناقض مع احترامها. وحق الفرد في الاحتفاظ بسريته، والحق في الحياة الخاصة وبين حرية الصحافة التي قد تتدخل في شؤون الأفراد وتكتب بعض التصريحات المبالغ فيها في سبيل تحقيق الأرباح من خلال البيع.

(١٤) خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية (الدار الجامعية، ٢٠٠٨)، ص ٧٢.

إن هذه التناقضات عمقت الفجوة بين التشريعات الدستورية في صيانة هذه الحقوق والقوانين الخاصة التي تحمي الخصوصية في التعامل الإلكتروني، إن الهدف الرئيسي للتشريع هو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، والشعور بمخاطر تقنية المعلومات وتهديدها للخصوصية بدأ بالتطور مع اتساع دائرة الاعتداء على حق الأفراد في الحياة الخاصة، ولذلك لا بد من العمل على إيجاد التوازن بين حاجة المجتمع للبيانات الشخصية وحمايتها من الاستخدام غير المشروع.

في الماضي كانت المعلومات الشخصية متفرقة ويصعب الوصول إليها، أما اليوم فأصبحت مجمعة ومتاحة للكافة، وهناك الكثير من الحكومات والشركات الخاصة تجمع المعلومات والبيانات عن الأفراد الخاصة بالوضع الصحي أو المادي أو التعليمي أو العائلي أو العادات الاجتماعية أو تاريخ الميلاد وعدد الأبناء أو مقر العمل^(١٥)، مما يجعل الوصول إليها بغير إذن أكثر من ذي قبل، ويفتح المجال لإساءة استخدامها ومراقبة الأفراد وتعرية خصوصياتهم.

ومما يدل على خطورة الوضع أن الدول المتقدمة التي تحمي الخصوصية قد ارتكبت العديد من المخالفات في استخدام البيانات الخاصة لأهداف سياسية أو اقتصادية أو لقمع الخصوم السياسيين^(١٦). وقد صرح "إريك شفائتسر" رئيس غرفة الصناعة والتجارة الألمانية أنه يعلن تخلي دولتهم عن التجسس الاقتصادي.

كما أن البعض يعتبر الحروب بين الدول لم تعد - كما في السابق - مقتصرة على ميادين وساحات القتال الجغرافية، وإنما أصبحت الآن إلكترونية من الدرجة الأولى. فالصين اليوم تواجه اتهاماً من الولايات المتحدة الأمريكية بأنها اخترقت مواقع حكومية وأخذت بيانات شخصية عن العاملين لدى الحكومة الأمريكية في مواقع حساسة^(١٧). عما يقارب من أربعة ملايين موظف فيدرالي على الأقل، في هجوم إلكتروني ضخم مصدره الصين.

رابعاً - خصوصية الجسم:

لجسم الإنسان حرمة فأي شكل من أشكال الاعتداء عليه مرفوض جملة وتفصيلاً، وإن كان قد سمح القانون في بعض الحالات باستباحته خصوصية الجسم

(١٥) Face book: Facebook is an online social networking service headquartered in Menlo Park, California.

(١٦) <http://aawsat.com/home/article/373401> مطالبة ألمانية ببحث تجسس واشنطن على شركات أوروبية في قمة الدول السبع.

(١٧) <http://www.alyaum.com/article/4071469>

في بعض الحالات لخطورتها كالجريمة المشهودة التي تبيح القبض والتفتيش، إلا أن الأصل العام أن للجسم حرمة فلا يجوز تعذيب الإنسان أو إهانته^(١٨). كما إن حقوق الذات الإنسانية مصانة من أي انتهاك جسماني أو معنوي، حتى يحيا الإنسان في حرية يستطيع من خلالها ممارسة كافة حقوقه المدنية، فهناك مبدأ يسمى معصومية جسم الإنسان^(١٩). أي لا يجوز لأحد أن يعتدي على سلامة جسم إنسان آخر بأي وسيلة كانت، ويتكفل القانون الجنائي بعقاب المعتدي، أما القانون المدني ينظر بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر.

ويلحق بها الجرائم المخلة بالآداب العامة: إن التطبيقات الموجودة على الأجهزة الإلكترونية من فيديو ورسائل نصية وبرامج اجتماعية وصور فوتوغرافية وتسجيلات صوتية سهلت صناعة الإباحية بشكل كبير، بل وصار الإنترنت والتطبيقات البرمجية هي الوسيلة الأسهل للحصول على المتعة أو استغلال الأطفال جنسياً. ويستغل العاملون في مجال الرذيلة شبكة الإنترنت وسهولة اتصال الجميع فيها، فيقومون بعرض الصور كدعايات أو إرسال رسائل عن طريق البريد الإلكتروني أو إنشاء موقع رسمي يدار من قبل محترفين ممن يسمح لهم القانون بذلك كما في الدول الأجنبية.

كما يرتبط نشر المواد الإباحية في الإنترنت بمجالين: الأول ما يتعلق بنشر الصور المخلة الخاصة بالأطفال Child Pornography، والثاني يتعلق بالمواد المخلة بالكبار Adult Pornography. وقد قامت وزارة الداخلية في دولة الكويت في عام ٢٠١٤ عن طريق إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية بإغلاق أكثر من ٣٠٠ حساب على موقع الإنستغرام^(٢٠) من ضمنها ما هو إباحي أو يحرض على الفسق والفجور أو حتى يقوم ببيع منتجات ممنوعة من مختلف برامج التواصل الاجتماعي. ويتم اتخاذ الإجراءات القانونية بحق أصحاب تلك الحسابات وتحويلهم إلى الجهة المختصة، كما أن إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية تقوم برصد تلك الحسابات وملاحقتها قانونياً واتخاذ ما يلزم بحقهم.

(١٨) مادة (٣١) من الدستور الكويتي "لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة".

(١٩) أحمد رشيد المطيري، محمد سليمان الرشيد: المبادئ العامة للقانون (الطبعة الرابعة، ٢٠٠٩)، ص ١٦٤.

(٢٠) إنستغرام (بالإنجليزية: Instagram) هو تطبيق مجاني لتبادل الصور وشبكة اجتماعية أيضاً، أطلق في أكتوبر عام ٢٠١٠، يتيح للمستخدمين النقاط صورة، وإضافة فلتر رقمي إليها، ومن ثم مشاركتها في مجموعة متنوعة من خدمات الشبكات الاجتماعية.

خامساً - خصوصية الاتصال والمراسلات:

نص الدستور الكويتي على خصوصية الاتصال والمراسلات^(٢١). وهو أمر ينسحب بالضرورة على جميع وسائل الاتصال من بريد إلكتروني، أو عادي، أو هاتف محمول أو أرضي، أو أي تعامل الإلكتروني آخر فهي مصانة دستورياً. إن مبدأ حماية الحياة الخاصة يجعل حياة الفرد ومراسلاته مصانة من الاطلاع عليها وبعيدة عن العلانية. وكما يحظر على الأشخاص المعنيين نشر أو إفشاء هذه المراسلات أو الأسرار^(٢٢). وقد حرصت التشريعات الأوروبية على سرية الاتصالات الإلكترونية وحظرت التنصت عليها أو الاحتفاظ بها لغير الغرض المخصص من أجله^(٢٣). كما أن فرنسا أنشأت لجنة وطنية للمعلومات والحريات وهدفها تثقيف الناس وتوعيتهم بحقوقهم والتزاماتهم، ومراقبة معالجة بياناتهم بما يضمن السرية والحرية وعدم استخدام هذه البيانات إلا في حدود الغرض الذي خصص من أجله^(٢٤).

ومن المؤسف القول إن بعض هيئات المعلومات صارت تستغل المعلومات الشخصية للأفراد كوسيلة لتحصيل الربح وعمل التغطية الدعائية وذلك من خلال بيعها للمعلومات والبيانات؛ لذلك حرصت الدول المتقدمة على أن تتضمن قوانينها مجموعة من المبادئ، وهي على سبيل المثال لا الحصر مبدأ ضمان السرية، والشفافية، ومبدأ المسؤولية، ومبدأ تخصيص البيانات للغرض الذي جمعت المعلومات من أجله^(٢٥). ويمكن التمييز بين المعلومة السرية وغير السرية من خلال صفة المعلومة التي يكون لها طابع سري.

فيعتبر من المعلومات السرية على سبيل المثال ميزانيات الدول، والحالة الصحية للمريض. وكذلك تعد المعلومة سرية إذا وصلت هذه المعلومة إلى شخص مؤتمن بحكم عمله أو وظيفته، وتعتبر جريمة إفشاء السر من الجرائم العمدية التي تتطلب

(٢١) مادة (٣٩) من الدستور الكويتي "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة الرسائل، أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه".

(٢٢) أحمد رشيد المطيري، محمد سليمان الرشيد: مرجع سابق، ص ١٦٨.

(٢٣) انظر: التوجيه الأوروبي (توجيه الحياة الخاصة والاتصالات الإلكترونية).

(٢٤) إبراهيم أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية (٢٠٠٣) ص ٦٠.

(٢٥) نبيل محمد أحمد صبح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية - دراسة مقارنة (جامعة الكويت: مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد ٢، السنة ٢٢، يونيو، ٢٠٠٨)، ص ٢٥٠.

القصد الجنائي. والاتجاه الفقهي السائد لا يشترط نية الإضرار في جريمة إفشاء السر المعلوماتي، كما لا يعتد في الباعث على ذلك كالكره أو الربح المالي أو الرشوة^(٢٦).

يحق لأي إنسان حجب معلوماته الشخصية عن الآخرين، فأى تطفل على معلومات الشخص من مكتبه أو منزله أو حاسبه الشخصي أو حتى أفكاره يعد انتهاكاً للخصوصية، فالتطفل لا يعني تدمير المعلومات وإنما فقط الاطلاع يعد انتهاكاً لخصوصية الإنسان الفردية^(٢٧). وتضمن الدول المتقدمة في دساتيرها نصوصاً على حرمة الحياة الخاصة لجميع الأفراد، وتأتي هذه النصوص غالباً عامة وتحرم الاعتداء على المحادثات الهاتفية أو استراق السمع أو النقل أو التسجيل عن بعد أو عبر شبكات المعلومات بأنواعها، والتي يمكن للجاني التسلسل من خلالها لارتكاب أفعاله الإجرامية.

كما وجاءت بعض النصوص تحرم إفشاء المعلومات والبيانات لمن يتعلق عملهم فيها، وحددت على سبيل المثال وليس الحصر مثل المحامي والطبيب والصيدلي والقاضي والعاملين في المصانع والمبرمجين وغيرهم وأغلب أصحاب المهن الحرة. وقد نص قانون العقوبات الفرنسي على "كل مدير أو ممثل أو عامل يطلع أو يحاول إطلاع الأجانب أو الفرنسيين المقيمين في الخارج على أسرار المصنع الذي يعمل فيه سيعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين سنتين وخمس سنوات..."^(٢٨).

ويثور الجدل حول قضية السبب الرئيسي لانتهاك الخصوصية، هل هي بسبب انتشار استخدام الحاسب الآلي وسهولة الدخول على الإنترنت؟ أم هي بسبب المستخدم وإهماله في تشفير وحماية معلوماته الشخصية وعدم إلمامه بخطورة التعامل الإلكتروني، ونحن نرى أن وجود المعلومات والبيانات في الحاسب الآلي في حيز ضيق محدود واتباع الوسائل الصحيحة في التشفير وحفظ المعلومات وتغيير كلمات السر بصورة مستمرة يجعل البيانات الشخصية أكثر أماناً.

وهناك تساؤل آخر يلقي بظلاله، هل التنصت الحكومي مباح؟ لأن هناك تضارب بين حق الفرد بالخصوصية وبين حاجة الدولة لاختراق الخصوصية لفرض هبة القانون ومنع الجريمة، بدأ هذا التضارب عالمياً عام ١٩٨٢ عندما لجأت بعض الدول

(٢٦) بلال أمين زين الدين، جرائم نظم المعالجة الآلية للبيانات في التشريع المقارن والشريعة الإسلامية (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨)، ص ٢٩٨.

(٢٧) حسن طاهر داوود، جرائم نظم المعلومات (الرياض: الطبعة الأولى، ٢٠٠٠)، ص ٥٠.

(٢٨) قانون العقوبات الفرنسي المادة (٤١٨).

إلى التنصت الهاتفي لمكافحة الجريمة^(٢٩). وذلك أن البعض يرى أن اختراق مثل هذه المعلومات يقدم الأدلة ضد المتهمين ويساهم في الحصول على اعترافاتهم بشكل كبير. ويلحق بها جرائم السب والقذف عبر الإنترنت: وتعد جرائم السب والقذف عبر الإنترنت وخصوصاً مواقع التواصل الاجتماعي أمراً شائعاً جداً. وقد نص قانون الجزاء الكويتي في المادة (٢٠٩) "كل من أسند لشخص، في مكان عام أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه، واقعة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو تؤذي سمعته، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز ألفي روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وكذلك المادة (٢١٠) "كل من صدر منه، في مكان عام أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه، سب لشخص آخر على نحو يחדش شرف هذا الشخص أو اعتباره، دون أن يشتمل هذا السب على إسناد واقعة معينة له، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وقد اعتبرت محكمة التمييز الكويتية أن مواقع التواصل الاجتماعي مكان عام، وبالتالي أُرست محكمة التمييز الكويتية مبدأً جديداً أن موقع (تويتر)^(٣٠) يعتبر مكاناً عاماً ومن ثم يخضع لقانون الجزاء الكويتي، وتطبيقاً لذلك الحكم فإن كل من يغرد في تويتر من داخل دولة الكويت يخضع لقانون الجزاء الكويتي وذلك لتحقيق ركن العلانية في موقع التواصل الاجتماعي، فتتطبق أحكام مادتي (٢٠٩) و(٢١٠) من قانون الجزاء الكويتي على المغردين.

ب - المطلب الثاني تعريف المستند الإلكتروني وبيان أهميته

إن التعامل الإلكتروني يعتبر من المواضيع القانونية الجديدة التي حازت على اهتمام الفقه القانوني، وبسبب هذا التطور صار بالإمكان نقل وتبادل البيانات عن بعد بين أجهزة الكمبيوتر الخاصة بالأفراد والدولة، وهو ما أحدث انعكاسات من الناحية

(٢٩) حسن طاهر داوود: مرجع سابق، ص ٥٤.

(٣٠) أحد أشهر الشبكات الاجتماعية ووسائل التواصل الاجتماعي، يقدم خدمة التدوين المصغر والتي تسمح لمستخدميه بإرسال "تغريدات" عن حالتهم أو عن أحداث حياتهم أو إبداء آرائهم بحد أقصى ١٤٠ حرفاً للرسالة الواحدة.

القانونية على الإثبات بالطرق التقليدية المقررة وفقاً للضوابط التي يحددها القانون، وأهمية المساواة بين المستند الإلكتروني الرسمي إذا تم وفقاً لشروطه والمستند الورقي الرسمي.

أولاً - مفهوم المستند الإلكتروني:

يمكن تعريف المستند أو السجل الإلكتروني بأنه مجموعة بيانات أو معلومات يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو استقبالها كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، وتكون قابلة للاسترجاع بشكل يمكن فهمه^(٣١). من الملاحظ أن المشرع الكويتي لم يفرق بين السجل والمستند فكلاهما يحمل نفس الخصائص تقريباً، إلا أن هناك تفسيراً واسعاً وآخر ضيقاً للمستند الإلكتروني. فأما من يرى بفكرة التفسير الواسع للمستند يحتجون بأن "المستند" يمكن أن يمتد ليشمل المستند الورقي والإلكتروني، ذلك أن الأصل اللغوي يشمل الكتابة على الورق والكتابة الإلكترونية، وأي وسيلة تحديد هوية الموقع تعتبر بمثابة توقيع طالما انصرفت إرادته الجازمة لتلك المعاملة^(٣٢).

أما أنصار المذهب الضيق للمستند الإلكتروني: يرون أن النصوص الحالية وضعت لتنظيم ما يتعلق بالمستند الورقي، وبالتالي يجب صدور قانون للتعامل الإلكتروني، ومثالهم في ذلك جريمة التزوير المرتبطة بوجود فكرة المحرر، ويترتب على انتفاء المحرر انتفاء الجريمة ذاتها.

ما هي الآثار المترتبة على المساواة التشريعية بين التعامل الإلكتروني والمستند الورقي:

أ - من حيث القوة القانونية تقع جميع التصرفات في التعامل الإلكتروني صحيحة ولا يجوز أن تجحد حجية ما يتضمنه المستند الإلكتروني من تصرفات طالما تمت وفق الشروط التي نص عليها القانون.

ب - ولا يجوز الدفع بعدم نفاذ التعامل الإلكتروني لأن إنشاءه أو صياغته أو التوقيع عليه كان باستخدام وسائل أو شكل إلكتروني.

(٣١) المادة رقم (١) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

(٣٢) أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ الانعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.

ثانياً - الإثبات في التعامل الإلكتروني:

يخضع الإثبات في التعامل الإلكتروني أمام المحاكم للقواعد العامة في الإثبات المقررة في التجاري والمدني، وقد تطلب تحقيق المساواة بين المستند الإلكتروني والورقي تعديل التشريعات السارية على نحو يجيز إمكانية قبول المستند الإلكتروني كدليل أمام القضاء إذا توافرت فيه الشروط التي تطلبها المشرع.

الإثبات: يمكن تعريفه بأنه "تقرير نسبة جريمة إلى شخص، باللجوء إلى إحدى البيانات التي يقبلها القانون"^(٣٣). فلا بد أن يصل القاضي إلى اليقين المطلق قبل الحكم، لأن أي شك في القانون أو في الوقائع يفسر لمصلحة المتهم، وبالتالي يحول دون عقابه. إن الإثبات يتم من خلال الوسائل والظروف التي يمكن اللجوء إليها مثل القرائن، والكتابة، وشهادة الشهود، الإقرار، واليمين. ويسري في الإثبات أحكام القانون القائم وقت حدوث الوقائع والتصرفات المراد إثباتها.

فلو حصل تصرف يجيز القانون إثباته بشهادة الشهود ثم صدر قانون جديد لا يجيز إثبات هذا التصرف بالشهادة، فإن التصرف هنا يمكن إثباته بشهادة الشهود وفقاً للقانون المطبق وقت حدوث الواقعة^(٣٤) وهو ما أكدته محكمة التمييز إنه من المقرر أن إثبات التصرفات القانونية يخضع في الأصل لقواعد الإثبات وفقاً للقانون الذي كان سارياً وقت نشوء الواقعة محل الإثبات أو إبرام التصرف المراد إثباته.

عبء الإثبات:

يقع عبء الإثبات على المدعي، فالأصل براءة الذمة، فكل من يخالف البراءة عليه تقديم الدليل على التهمة التي ينسبها إلى المتهم، وفي حال عجزه وجب على القاضي أن يعلن البراءة^(٣٥).

وقد خلق الواقع التكنولوجي العديد من التحديات منها إقناع الفرد الذي يتعامل مع الدولة أو الشركات أن التعامل الإلكتروني آمن ومحل ثقة ويحظى بالسرية. والأمر الآخر مواكبة التشريعات القانونية لهذا التطور حتى لا يفلت الجاني من العقاب، فزمن

(٣٣) عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية (الكويت: جامعة الكويت، الطبعة الرابعة) ص ١٧٦.

(٣٤) محكمة التمييز، طعن رقم ١٣، لسنة ١٩٨٠ تجاري، مجلة القضاء، ص ٤٤٣.

(٣٥) عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص ١٨٥.

الإثبات في الكتابة قد أصبح قديماً خصوصاً في ظل المناداة بالحكومة الإلكترونية والتجارة الإلكترونية وغيرها^(٣٦).

وغني عن البيان أن هناك تصرفات أباح المشرع حرية الإثبات فيها، وأخرى اشترط الكتابة لإثباتها إذا تجاوزت مبلغاً معيناً، وتصرفات اشترط لإثباتها وجوب الكتابة دون النظر إلى قيمتها، مثل العقود الخاصة بالصلح والكفالة وعقد العمل^(٣٧). والواقع إن مفهوم الكتابة يؤخذ بالمعنى الواسع والشامل، فالرسائل والمذكرات وكشوفات الحسابات البنكية تؤخذ في عين الاعتبار^(٣٨).

إن القانون الفرنسي قد ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك فهو يثبت الكتابة لاعتراف الشخص وحضوره في التحقيق، أو قد يكون من خلال موقف سلبي للخصم أثناء الخصومة^(٣٩). ويشترط أن تكون الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه فيها ويحدد مصدرها وموقع عليها أو يمكن أن يستدل أنها بخط يده، وللقاضى حرية تقدير هذا الدليل كإثبات.

أ - أهم معوقات الإثبات لجرائم المعلومات أو التعامل الإلكتروني:

إن الإثبات في جرائم المعلومات أو التعامل الإلكتروني ليس بالأمر اليسير، لأن الجريمة في التعامل الإلكتروني تنصب على البيانات والمعلومات المخزنة في نظم المعلومات، وبالتالي يصعب الحصول على آثار مادية لإثبات الجريمة المعلوماتية، فلا توجد أعمال العنف أو تكسير على أجهزة الكمبيوتر، وعلى العكس في الجرائم العادية؛ لذا من أهم معوقات الإثبات لجرائم المعلومات أو التعامل الإلكتروني الآتي:

أولاً - انعدام الدليل المرنئي: إن معظم البيانات التي يتم التلاعب فيها أو مسحها قد لا تشير بالضرورة إلى شخصية مرتكب هذه الأفعال، لأن المجرم بمجرد فكه لشفرة الدخول صار بإمكانه العمل كيفما يشاء، فانعدام الصلة بين المجرم والجريمة يحول دون معرفة شخصية المجرم^(٤٠).

(٣٦) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، ومدى حجتيه في الإثبات (دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧)، ص ٦.

(٣٧) ثروت عبد الحميد: مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٣٨) ثروت عبد الحميد: مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٣٩) القانون الفرنسي الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥، المادة ٣/١٣٧٤ مدني فرنسي.

(٤٠) الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الإلكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بحث فقهي مقارنة (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١١)، ص ١٩١.

ثانياً - سهولة محو الدليل بفترة وجيزة: قد يستغل الجاني قدراته بمحو جميع الأدلة والآثار التي تشير إلى دخوله خلال فترة زمنية قصيرة يصعب اكتشافها وتعبها^(٤١).

ثالثاً - صعوبة الوصول إلى الدليل^(٤٢): بمجرد فك المجرم للشفرة قد يضع هو شفرته الخاصة والمعقدة على النظام وبالتالي يصعب الوصول إليها إلا من خلال أشخاص لهم مثل قدراته وإمكاناته، أو أفضل منه من الناحية التكنولوجية.

رابعاً - مكان ارتكاب الجريمة^(٤٣): لا تقف جرائم المعلومات عند حدود الدول فهي تمتد إقليمياً مما يضاعف صعوبة اكتشافها لأن القوانين متفاوتة بين الدول، وكذلك الاتفاقيات الدولية لا تلزم الدول غير الموقعة عليها، وهذا ما يعزز فرصة إفلات الجناة من العقاب^(٤٤).

ب - الآثار القانونية لعدم تقرير الإثبات في التعامل الإلكتروني:

هناك العديد من المشكلات القانونية التي تظهر بشأن التعامل الإلكتروني، ومنها ما يتعلق بالإثبات المدني والتجاري، ومنها التصرفات التي يتطلب الشارع عدم جواز إثباتها إلا كتابة إذا تجاوزت مبلغاً معيناً. وبالتالي إن التعامل الإلكتروني الذي يتجاوز القيمة المحددة لن يؤدي بالطبع إلى قبول هذا المستند في إثبات التصرف.

وحيث إن القانون الجنائي في إثبات جريمة خيانة الأمانة يشترط وجود العقد، وفي حال نفي الجاني وجود هذا العقد فلا بد من إثبات وجوده كتابة في حال إذا كان قد تجاوزت قيمته المبلغ الذي لم يجز الشارع إثباته إلا كتابة^(٤٥).

ومن وجه نظرنا نستغرب وضع الاستثناء في المادة رقم (٢) من القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني^(٤٦) الفقرة - د - "أي مستند يستلزم القانون

(٤١) الشحات إبراهيم محمد منصور: مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٤٢) الشحات إبراهيم محمد منصور: مرجع سابق، ص ١٩٢.

(٤٣) الشحات إبراهيم محمد منصور: مرجع سابق، ص ١٩٣.

(٤٤) غالباً ما يكون مركز عمليات القرصنة دول نامية أو حكومات غير مستقرة، وبالتالي يسهل عليهم مزاولة نشاطهم الإجرامي بعيداً عن القانون.

(٤٥) أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ انعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.

(٤٦) المادة رقم (٢) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية "تسري أحكام هذا القانون على السجلات والرسائل والمعلومات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية =

إفراغه في محرر رسمي أو توثيقه، أو ورد في تنظيمه نص خاص في قانون آخر". وهنا يجب أن نفرق بين أمرين وجود العقد إلكترونياً من خلال الإيجاب والقبول، وبين إثباته، فالعقد ينعقد بمجرد توافر أركانه، أما إثباته فهو أمر آخر يخضع إلى القوانين التي تنظم عملية الإثبات فيه، كما أن هناك العديد من الحالات التي تستثنى من قاعدة الإثبات في الكتابة.

ج - المطلب الثالث

التمييز بين الاعتداء على النظام والاعتداء على المستند الإلكتروني

إن الحماية الجنائية في مجال التعامل الإلكتروني تعزز الثقة بين الأفراد، وبالتالي يزداد عدد التعاملات الإدارية والتجارية وغيرها، إلا أن الزيادة الهائلة والمطرقة في التعامل الإلكتروني حول العالم كانت دافعاً أساسياً إلى وضع تشريعات قانونية تعزز ثقة الأفراد في هذه التعاملات. وقد صرحت منظمة الأونكتاد أن التجارة الإلكترونية نمت بشكل هائل^(٤٧). لذلك بات من الضروري الاستعانة بسلاح التجريم والعقاب في التعامل الإلكتروني؛ لأن الطريق الجنائي أكثر فعالية لما فيه من الإكراه والجبر^(٤٨). وهو لا يتعارض مع طريق نشر الوعي والثقافة.

الثقة العامة في مجال المعاملات الإلكترونية: هي تلك الثقة التي يضعها المجتمع، في مختلف المظاهر الضرورية لاستقرار العلاقات والروابط الاجتماعية^(٤٩). فتعد الثقة الضمان القانوني اللازم لاستقرار التعامل الإلكتروني. كما أن القانون رقم ٢٠١٤/٢٠

= ذات العلاقة بالمعاملات المدنية والتجارية والإدارية، وعلى كل نزاع ينشأ عن استخدامها مالم يتفق الأطراف على غير ذلك أو يتبين أن قانوناً آخر هو الواجب التطبيق.

ولا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:

أ - المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والوصية.

ب - سندات ملكية الأموال العقارية وما ينشأ عنها من حقوق عينية أصلية أو تبعية.

ج - السندات الإذنية والكمبيالات القابلة للتداول.

د - أي مستند يستلزم إفراغه في محرر رسمي أو توثيقه، أو ورد في تنظيمه نص خاص في قانون آخر".

(٤٧) الأونكتاد: هيئة حكومية دائمة أنشئت عام ١٩٦٤ تبع الأمم المتحدة من خلال إحصائيات موقعها الرسمي <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>

(٤٨) حازم حسن أحمد متولي، الحماية الجنائية للثقة العامة في المعاملات التجارية الإلكترونية في التشريع الإماراتي، مجلة الفكر الشرطي، المجلد رقم ٢٣ العدد رقم ٩١ أكتوبر ٢٠١٤، ص ٤٨.

(٤٩) Rigaux(M) et Trouss (P.E): Les Crimes et les delits du code penal.T2.Bruxelles-Paris1952.p.455.

بشأن التعامل الإلكتروني يهدف إلى حماية قيمة ومضمون فكرة الثقة كأساس ضروري وحتمي لاستقرار واستقامة ونمو العناصر الإيجابية. وعند إمعان النظر في منطق السياسة الجنائية للمشرع الكويتي نرى أن نية المشرع تتجه دائماً إلى إحاطة مظاهر الثقة بكثير من الضمانات القانونية.

قد تتداخل الحماية للمستند الإلكتروني مع حماية نظم تشغيل الحاسب الآلي، لأن محل الإعداد في الحالتين ينصب على البيانات التي يحتويها المستند أو نظام التشغيل. هو الذي جعل بعض الفقهاء يرون بأن البيانات المدخلة إلكترونياً لا تنفصل عن البرامج التي تنظمها، فمن حيث طبيعة البيانات المدخلة إلكترونياً والبرامج يمكن باعتبارهما كياناً معنوياً، وأن حماية هذه البرامج تعد في الوقت ذاته حماية للبيانات المعالجة إلكترونياً، وقد أخذ بهذا الرأي المشرع الكويتي عندما نص في المادة (٣٧) من القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني^(٥٠).

ونحن نرى أن هذا الرأي محل نظر، لأن مصلحة حماية نظام التشغيل تختلف عن مصلحة حماية المستند التي لها أهمية في الإثبات، ومن المتصور أن يتم المساس بأحد المصلحتين دون الأخرى، فيمكن أن ينصب التزوير على مستند إلكتروني دون أن يمتد الفعل إلى تعطيل أو إتلاف نظام التشغيل، وعلى العكس يمكن أن يمس الجاني النظام دون أن يزور المستند الإلكتروني.

(٥٠) المادة رقم (٣٧) من قانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

أ - تعمد الدخول بغير وجه حق إلى نظام المعالجة الإلكترونية أو عطل الوصول إلى هذا النظام أو تسبب في إتلافه أو حصل على أرقام أو بيانات بطاقات ائتمانية أو غيرها من البطاقات الإلكترونية لاستخدامها للحصول على أموال الغير.

ب - أصدر شهادة تصديق إلكترونية أو زاول أي من خدمات التصديق الإلكتروني دون الحصول على ترخيص بذلك من الجهة المختصة.

ج - أُلّف أو عيب توقيعاً أو نظاماً أو أداة توقيع أو مستنداً أو سجلاً إلكترونياً أو زور شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل بأي طريقة أخرى.

د - استعمل توقيعاً أو نظاماً أو أداة توقيع أو مستنداً أو سجلاً إلكترونياً معيباً أو مزوراً مع علمه بذلك.

هـ - توصل بأية وسيلة - بغير حق - على توقيع أو نظام أو مستند أو سجل إلكتروني أو اختراق هذا النظام أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته".

وهنا يقوم القاضي بتوقيع عقوبة الجريمة الأشد، غير أن ذلك لا ينفي التعدد في هذه الحالة^(٥١). لذلك نحن نرى أنه من الأولى إفراد عقوبة مختلفة لكل فعل وليس النص عليهما في مادة واحدة. كما أن المشرع الفرنسي فرق بين تلك الأفعال التي تنصب على إفساد نظام التشغيل في المادة ١-٣٢٣، والأفعال الأخرى التي تقع على إتلاف المعلومات أو محوها باستعمال الخداع في المواد ٢-٣٣٢^(٥٢).

أنواع المساس بالخصوصية للتعامل الإلكتروني:

اختلفت الآراء حول طبيعة التعامل مع المستند الإلكتروني فهل تكفيه الحماية المقررة للمنقولات أم أن له طبيعة خاصة، فجانبا من الفقهاء يرون بأنه يمكن تطبيق الحماية المقررة للمنقولات للمستند الإلكتروني لأنه يعد مالا معنويا، وذلك لأن العبرة بتفسير النص تكون من خلال الوقوف على المصلحة التي رآها المشرع وأراد حمايتها وليس التفسير الحرفي للنص.

وذهب الرأي الآخر إلى أن المنقولات لا يمكن إلا أن تكون شيئا ماديا يخرج عن مدلوله المعلومات المخزنة، وهو ما حدا بالتشريعات إلى إفراد نصوص خاصة تجرم المساس بالبيانات الإلكترونية الخاصة بالأفراد والشركات والدولة دون وجه حق.

أولاً - الجرائم الإلكترونية وجرائم المعلومات:

حرصت التشريعات على وضع تعريف لجرائم^(٥٣) المعلومات، وقد فرق بعض الفقهاء بين جريمة المعلومات والجريمة الإلكترونية، ونحن نرى أن التفريق بينهما لا محل له طالما تم الأخذ بالمفهوم الواسع لجرائم المعلومات، فهي مؤسسة على حماية المصلحة العامة التي يحميها القانون كالحق في السرية والخصوصية، إلا أن الخلاف كان بشأن توسيع مفهوم الجريمة الإلكترونية أو تضيقه.

ويمكن تعريف الجرائم الإلكترونية: هي كل أفعال الدخول غير المشروع على

(٥١) أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ الانعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.

(٥٢) يجرم المشرع الفرنسي صور الاعتداء الناجمة عن المعالجة الآلية للبيانات والتي تنطبق بلا شك على صور الاعتداء على شبكة الإنترنت، حيث أصدر نصوصاً قانونية عدة تكفل الحماية الجنائية.

(٥٣) تعرف الجريمة: "فعل أو امتناع عن فعل يحظره القانون ويقرر عقوبة لمرتكبه".

أجهزة الحاسب الآلي أو الشبكة بقصد الإضرار بها أو بواسطتها^(٥٤). وتكمن خطورة الجريمة المعلوماتية في أنها متسعة النطاق الجغرافي وعابرة للحدود وهو ما يزيد من صعوبة اكتشافها، فهي إن صح التعبير جرائم عابرة للقارات.

كما أن جرائم المعلومات تثير النزاع حول الاختصاص والقانون الواجب التطبيق، ولا يمكن التنبؤ بعدد الأشخاص المتضررين وغالباً ما يتم التغاضي عن الإبلاغ عنها خشية التشهير، فهناك فجوة كبيرة بين العدد الحقيقي لهذه الجرائم والعدد الذي يتم الإبلاغ عنه^(٥٥)، ويصعب تحديد الخسائر المالية فيها، وفي بعض الحالات تخشى الحكومات الإفصاح عن الخسائر المالية الحقيقية الناتجة عن الجرائم الإلكترونية خوفاً من أن تثور عليها شعوبها.

ثانياً - الاعتداء على النظام:

وفقاً لاتفاقية بودابست المؤرخة في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠١^(٥٦) فإن الغرض من تجريم الأفعال المتعلقة بسرية البيانات هو حماية نظام التشغيل، وبالتالي يدخل في نطاق التجريم جريمة الولوج أو البقاء غير المشروع، وجريمة إفشاء الأسرار المعلوماتية والاعتراض غير القانوني لانتقال البيانات.

أ - البقاء غير المشروع:

إن علة التجريم هي الحفاظ على سلامة النظام وحمايته، وبالتالي فإن الولوج أو البقاء غير المشروع يعتبر سطواً أو قرصنة^(٥٧). وكما يعتبر عملاً لا يتفق مع القوانين والاتفاقيات الدولية^(٥٨). لذلك هناك شروط مفترضة لهذه الجريمة. الأول وجود نظام معالجة البيانات، والثاني شمول هذا النظام بالحماية، والثالث الولوج أو البقاء بدون وجه حق.

ب - الدخول غير المشروع:

يقصد بالولوج: "الاختراق غير المشروع الذي يحدث من قبل الغير للنظام

(٥٤) محمد الأمين البشري: مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٥٥) خالد إبراهيم: مرجع سابق، ص ٥١.

(٥٦) Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001.

(٥٧) ما تعرضت له وزارة الدفاع الأمريكية من قرصنة من قبل مراهق برازيلي تجول في أنظمة التشغيل الخاصة بها.

(٥٨) بلال أمين زين الدين: مرجع سابق، ص ٢٦١.

المعلوماتي بأكمله أو بجزء منه" (٥٩) كما يشترط بالدخول غير المشروع أن يكون من شخص غير مصرح له وبدون رضا أو إذن من مالك النظام، ويفرق بعض الفقهاء بين فعل الدخول غير المشروع الذي يتسم بالوقتية، وجريمة البقاء غير المشروع التي تعتبر جريمة مستمرة لها طابع الاستمرارية، فكلا الجريمتين لهما طابع العمدية ويتوافر فيهما القصد الجنائي (العلم والإرادة) (٦٠).

ونحن نرى أن المجرم الإلكتروني شخص غالباً ما يكون ذكياً وملماً بعلوم الكمبيوتر؛ لذا يجب التعامل معه بحذر وبصورة توازي إمكانياته، لأنه ببساطة قد يخدع الجميع. فالأولى احتواؤه واستغلال مهاراته، وألا تكون عقوبته تقليدية مثل (السجن- الغرامة) بل تكون بتجنيده للعمل لصالح الدولة واستغلاله لحماية أنظمتها وسلامتها الإلكترونية.

ثالثاً - الاعتداء على مكونات النظام: الأفعال التي تقع على طبيعة المستند الإلكتروني:

هناك فروق مهمة بين المستند الإلكتروني والمستند الورقي من حيث المساس بمحتوى كل منهما، فالمساس بمحتوى المستند الإلكتروني وتغييره قد يتم في أي وقت ولا يتسنى كشفه أو الوقوف عليه أو يصعب إقامة الدليل على وقوعه.

ومن ناحية ثانية فإن عدداً كبيراً من الأشخاص الذين يجوز لهم الاطلاع على المستندات الإلكترونية والتعامل معها، وهو ما يفوق بكثير عدد المتعاملين في المستندات الورقية. وأخيراً فإن المساس بمحتوى المستند الإلكتروني يبدو أكثر سهولة من المساس بالمستند العادي. فعلى سبيل المثال فإن تزوير التوقيع على المستند الورقي يترك أثراً في كثير من الأحوال يدل عليه، بخلاف التزوير المنصب على التوقيع الإلكتروني الذي يتألف من شفرة تحدد هوية الموقع، وهذه الشفرة يمكن التدخل فيها أو محوها، وتزويرها قد يكون أسهل من التوقيع الكتابي، كما أن اكتشاف التزوير والوقوف على مرتكب الجريمة قد يصعب في كثير من الأحيان.

أ - أهمية تجريم التزوير في المستند الإلكتروني:

إن المشرع الكويتي في القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ بشأن المعاملات الإلكترونية تنبه إلى ضرورة تجريم أفعال التزوير التي قد تقع على المستند الإلكتروني وذلك بهدف حمايته وإعطاء الثقة والأمان لكل من يتعامل إلكترونياً.

(٥٩) بلال أمين زين الدين: مرجع سابق، ص ٢٧١.

(٦٠) بلال أمين زين الدين: مرجع سابق، ص ٢٧٧.

ب - تزوير المستند الإلكتروني:

يمكن تعريف التزوير: كل تغيير للحقيقة بقصد الغش^(٦١). وقد جرم قانون الجزاء الكويتي التزوير^(٦٢) من خلال المواد (٢٥٧-٢٦٢) وقسمها إلى تزوير في محرر رسمي ومحرر عرفي، وتشدد في العقوبة إذا كان محل التزوير محرراً رسمياً. كما أن الجريمة تتحقق من خلال الركن المادي المتمثل بكل ما يعد تغييراً للحقيقة، أما الركن المعنوي فهو العلم والإرادة، ويضاف إلى ذلك الشروط المفترضة وهي وجود محرر وهو ورقه تحمل تعبيراً منسوباً لشخص منافي للحقيقة ممكن أن يثبت علاقة قانونية تحظى باعتراف القانون، والشرط الآخر المفترض هو أن ينصب التغيير على بيان جوهري أي أمر له قيمة في إثبات الحق بمعنى أي بيان يعتد به مثل تغيير تاريخ الجواز^(٦٣).

إن التزوير في التعامل الإلكتروني يمثل صورة لا تقل أهمية عن التزوير في المستندات الورقية، وتتمثل هذه الأهمية من خلال نص المادة (٣) من قانون رقم ٢٠١٤/٢٠ ".... والمستند الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والمعاملة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية والإدارية منتج لذات الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية من حيث إلزامه لأطرافه أو قوته في الإثبات أو حجتيه متي أجري وفقاً لأحكام هذا القانون".
فهنا المشرع الكويتي أعطى حجية للمستند الإلكتروني أو التعامل الإلكتروني

(٦١) فايز عايد الظفيري، قانون الجزاء الخاص (الكويت: وزارة الداخلية الإدارة العامة للتدريب) ص ٤٥.

(٦٢) المادة رقم (٢٥٧) "يعد تزويراً كل تغيير للحقيقة في محرر بقصد استعماله على نحو يوهم بأنه مطابق للحقيقة، إذا كان المحرر بعد تغييره صالحاً لأن يستعمل على هذا النحو، ويقع التزوير إذا اصطنع الفاعل محرراً ونسبه إلى شخص لم يصدر منه، أو أدخل تغييراً على محرر موجود سواء بحذف بعض ألفاظه أو بإضافة ألفاظ لم تكن موجودة أو بتغيير بعض الألفاظ، أو وضع إمضاء أو خاتم أو بصمة شخص آخر عليه دون تفويض من هذا الشخص، أو حمل ذلك الشخص عن طريق التدليس على وضع إمضائه أو خاتمه أو بصمته على المحرر دون علم بمحتوياته أو دون رضا صحيح بها. ويقع التزوير أيضاً إذا غير الشخص المكلف بكتابة المحرر معناه أثناء تحريره بإثباته فيه واقعة غير صحيحة على أنها واقعة صحيحة، ويقع التزوير من استغل حسن نية المكلف بكتابة المحرر فأملى عليه بيانات كاذبة موهماً أنها بيانات صحيحة".

(٦٣) فايز عايد الظفيري: مرجع سابق، ص ٥٢.

بشكل عام، وسأوى بين التعامل الإلكتروني إذا تم بالشروط المنصوص عليها قانوناً وبين التعامل في المحرر الرسمي، إلا إنه وفي المادة (٣٧) من ذات القانون الفقرة "ج - سجلاً إلكترونياً أو زور شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل بأي طريقة أخرى".

وفي هذه الحالة عاقب المشرع بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات واعتبرها جنحة، مع إن عقوبة التزوير في المحرر الرسمي تعد جنائية^(٦٤). كما في المادة رقم (٢٥٩) من قانون الجزاء الكويتي.

وهنا يظهر التناقض في القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن المعاملات الإلكترونية حيث إن التزوير في محرر رسمي جنائية تصل إلى - سبع سنوات - سجن، والتزوير في محرر رسمي إلكتروني جنحه. ونحن نرى أن المحررات الرسمية والعرفية صار لها الشكل الإلكتروني، فأى تغيير في محتواها يعتبر تزويراً، فكان من الأولى بالمشرع التشديد في العقوبة إذا وقع التزوير على مستند إلكتروني رسمي لا أن يعدها جنحة، أو على الأقل المساواة في العقوبة بين التزوير في محرر رسمي والمستند الإلكتروني.

والأغرب في القانون الجديد ٢٠١٤/٢٠ بشأن المعاملات الإلكترونية ما ورد في المادة (٣٨) " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من رخص له بإصدار خدمات التصديق الإلكترونية إذا قام بتقديم بيانات غير صحيحة في طلب التسجيل الذي يقدم إلى الجهة المختصة أو خالف شروط الترخيص".

فهنا صارت عقوبة الجهة المرخص لها بالتصديق أقل من ناحية الغرامة أو الحبس، فكيف يخفف المشرع العقوبة عمن يقدم بيانات خاطئة وهي جهة يفترض أن تكون مؤتمنة على تقديم خدمات التصديق الإلكتروني، أو تخالف شروط الترخيص فهي في الحالة الأولى قد تقع في التزوير - إذا قدمت بيانات خاطئة - وفي الحالة

(٦٤) المادة رقم ٢٥٩ إذا ارتكب التزوير في محرر رسمي أو في ورقة من أوراق البنوك، كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز سبعة آلاف دينار، وإذا ارتكب التزوير في المحرر الرسمي من الموظف المكلف بإثبات البيانات التي غيرت الحقيقة فيها، كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز عشرة آلاف دينار.

الثانية قد تتعرض لإلغاء الترخيص، كما ورد في المادة (١٩)^(٦٥) من اللائحة التنفيذية من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

ونحن نرى أن التخفيف للعقوبة الواردة في المادة (٣٨) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في المعاملات الإلكترونية لا محل له، بل من باب أولى زيادة الغرامة أو تغليظ العقوبة على هذه الجهات لأنها مؤتمنة.

ت - إتلاف المستند الإلكتروني:

يمكن حماية المستند الإلكتروني من الأفعال التي تعتبر إتلافاً له بصورة غير مباشرة من خلال تجريم الأفعال التي تؤدي إلى إتلاف نظام التشغيل الذي يحتوي على المستند الإلكتروني، والثانية من خلال إتلاف بيانات المستند الإلكتروني نفسه.

د - المطلب الرابع

عناصر الجريمة في المستند الإلكتروني

إن الركن المادي في الجريمة الإلكترونية يتكون من السلوك المجرّم والنتيجة وعلاقة السببية، كما يمكن أن يتحقق الركن المادي دون النتيجة مثل الإبلاغ عن جريمة قبل تمام وقوعها، كمن يجمع معلومات سرية دون وجه حق ويحملها على موقعه الخاص استعداداً لنشرها، فعلى الرغم من عدم تحقق النتيجة - التشهير - إلا أنه لا مناص من معاقبة المجرم عن سوء سلوكه، ويمكن تقسيم عناصر الجريمة في المستند الإلكتروني إلى الآتي:

١ - الجاني: "هو من يتصل بجهاز كمبيوتر مشمول بالحماية بدون أن يكون مأذوناً له

(٦٥) مادة (١٩) من اللائحة التنفيذية من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية "للجهة المختصة إلغاء ترخيص مزود خدمات التصديق أو عدم التجديد له في الحالات التالية:

- ١ - إذا تبين للجهة المختصة أن مزود خدمات التصديق مستمر في الإخلال أو القصور في أعماله، وتم إيقافه مؤقتاً بناء على المادة (١٨) من هذه اللائحة ولم يتخذ الإجراءات المطلوبة لتلافي القصور أو الإخلال خلال المدة الزمنية المحددة له.
- ٢ - إذا تكررت حالات الإيقاف المؤقت.
- ٣ - إذا تكررت الشكاوى وثبتت صحتها بشكل ملحوظ.
- ٤ - إذا صدرت ضده عقوبة وفقاً لأحكام المادتين ٣٧ و٣٨ من القانون.
- ٥ - إذا ثبت في حقه خطأ نتج عنه ضرر بذوي الشأن أو بالمصلحة العامة."

بذلك" (٦٦) ويمكن أن ترتكب من قبل أي شخص سواء أكانت له صفة أم لا، ويخرج عن هذا التجريم من لهم سلطة الإشراف على النظام والحماية طالما التزموا بالشروط المقررة قانوناً (٦٧).

٢ - **الدخول غير المشروع:** بمجرد الدخول غير المشروع تتم الجريمة، ولم تحدد التشريعات الوسيلة في ذلك الدخول، فقد يكون الدخول غير المشروع باستعمال كلمه السر الخاصة بزميله في العمل (٦٨) أو محاولته كسر شفرة النظام، ويعد بعض الفقهاء الدخول غير المشروع جريمة وقتية، وذلك بفرض أن الدخول مصرح به لأناس خاصين وغير متاح للجمهور، ولا فرق في الدخول غير المشروع أن يتم على قواعد البيانات كلها أو جزء من نظام التشغيل.

٣ - **البقاء غير المشروع:** فهو دخول قد تم بصورة مشروعة لكن المستخدم تجاوز صلاحياته أو استمر في بقاءه داخل النظام أكثر من الفترة المصرح له فيها، ويعتبر البعض البقاء غير المشروع جريمة مستمرة، ونحن نرى أنه من اللازم أن يكون الدخول بطريق الخداع، حتى ننفي احتمالية الخطأ وبالتالي يكون دخوله غير مشروع.

٤ - **استعمال الطرق الخداعية:** يفسر "الخداع" تفسيراً واسعاً، فيكفي أن يتحقق دون أن يكون الجاني مأذوناً له به، متى كان القصد الجنائي متوافراً لديه، وقد فسر القضاء الفرنسي تعبير "الدخول بطريق الخداع" (٦٩). ويتوافر الخداع إذا تم فك الشفرة الخاصة بالدخول، ولا فرق إذا كان الدخول على النظام قد حدث بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

تتوفر جريمة الاتصال غير المشروع ولو لم يترتب ضرر بالمجني عليه،

(٦٦) أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ الانعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.

(٦٧) تقوم وزارة الداخلية في دولة الكويت بمحاسبة جميع من يثبت عدم التزامه بالشروط المقررة للعمل على أنظمتها ومنها فقدان كلمة الدخول على النظام بشكل دائم أو الإيقاف الموقت، إضافة الى توقيع العقوبات الإدارية طالما أن المخالفة المرتكبة لم ترق إلى القانون الجنائي.

(٦٨) يتم محاسبة الطرفين إذا استعمل الموظف كلمة السر الخاصة بزميله.

(٦٩) التي نص عليها الشارع الفرنسي في المادة (١-٣٢٣) بأنها تشمل كل الوسائل غير المشروعة التي يتمكن بها الجاني من الدخول في نظام معالجة آلية للمعلومات.

فالتشريع الكويتي في القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني لم يتطلب لإتمام جريمة الدخول غير المشروع أن يحصل ضرر بالمجني عليه، فهي جريمة من جرائم السلوك المجرد التي لا تفترض تحقق نتيجة من أي نوع، فالحق في السرية يتم اختراقه بمجرد قيام الجاني بالاتصال غير المشروع^(٧٠).

القصد الجنائي في التعامل الإلكتروني:

لم يحدد القانون الكويتي تعريفاً للجريمة وانتهج منهج أغلب التشريعات الأخرى، وقد أحسن صنعا في ذلك فالجرائم دائماً متطورة، فالتعريف السائد في الفقه "إن الجريمة فعل أو امتناع يجرمه المشرع وينص على عقوبة لمرتكبه"^(٧١) وهذا تعريف عام متعلق من حيث النظرة الموضوعية للفعل والنتيجة ويغفل الأمور الشخصية المتعلقة بالإرادة الآتمة.

أولاً - القصد الجنائي:

إن جريمة الدخول إلى النظام أو البقاء فيه هي جريمة عمدية، وبالتالي يتوفر لدى الجاني العلم والإرادة، وبالمقابل لا تتوافر هذه الجريمة إذا كان الدخول أو البقاء في النظام قد تم بطريق الصدفة أو الخطأ، ويمكن الكشف عن الدخول غير المشروع إذا حاول الجاني فك شفرة النظام أو حاول التجربة أكثر من مرة بكلمات السر المشفرة مع العلم أن الأنظمة الحديثة تسجل جميع البيانات للمستخدمين من أوقات الدخول وعدد المحاولات التي تم إدخال كلمه السر فيها بشكل خاطئ^(٧٢).

كما أن الدخول غير المشروع قد يكون بحسن نية وأقرب مثال على ذلك انتهاء الاشتراك للمستخدم مع محاولته للدخول، وفي حال توافر القصد الجنائي فإنه لا عبرة بالبواعث، فيستوي أن يكون هذا الدخول قد تم بدافع الفضول أو القيام بأي عمل إجرامي غير مشروع.

(٧٠) أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ الانعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.

(٧١) سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي دراسة مقارنة، قانون العقوبات المصري والفرنسي والألماني والنرويجي، الكتاب الأول الجريمة (الكويت): وزارة الداخلية، كلية الشرطة، (١٩٨٨)، ص ١٥٣.

(٧٢) كما تحرص بعض الحكومات التي تقدم خدمات إلكترونية للجمهور على حماية نظامها في حالة محاولة الدخول أكثر من ثلاث مرات بالرمز الخطأ بقفل النظام لمدة محددة حسب أهمية المعاملة.

إن عملية إثبات القصد الجنائي أثارت الجدل الفقهي حول ضرورة وجود نظام حماية للتعامل الإلكتروني حتى يتم تحديد سوء نية الجاني، وكذلك إن نظام الحماية هو الحد الفاصل بين ما هو مسموح بالاطلاع عليه من غيره، ولا عبرة بالبواعث على ارتكاب جرائم المعلومات فليس لها أي اعتبار في حكم القاضي.

وقد يكون الباعث للهو أو الفضول وإثبات القدرة على التفوق أو التهديد^(٧٣) أو إفشاء الأسرار^(٧٤). ويعتبر موقع (ويكي ليكس) من أشهر المواقع الذي قدم وثائق سرية وفصح حكومات عديده بوثائق رسمية سرية منها استهداف الطائرات الأمريكية للمدنيين في العراق عام ٢٠٠٧، وذلك من خلال نشر الفيديو كاملاً للعملية العسكرية عبر الإنترنت^(٧٥).

هـ - المطلب الخامس

الغرامة في القانون رقم ٢٠١٤/٢٠

تعريف الغرامة: هي إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من النقود يقدره الحكم القضائي إلى خزانة الدولة^(٧٦). والغرامة في القانون المصري عقوبة أصلية أو عقوبة تكميلية، ولا تكون تبعية.

أنواع الغرامة:

- ١ - **الغرامة كعقوبة أصلية:** يقرر القانون الغرامة كعقوبة أصلية في المخالفات والجنح، فالغرامة في المخالفات هي العقوبة العادية، والغرامة في الجنح ذات أهمية كبيرة فقد يقررها القانون وحدها في جنح غير ذات أهمية كبيرة، وقد يقررها إلى جانب الحبس كعقوبة وجوبية أو جوازية، وقد يقررها مع الحبس على سبيل التخيير.
- ٢ - **الغرامة كعقوبة تكميلية:** يقرر الشارع الغرامة كعقوبة تكميلية إلى جانب عقوبة أصلية سالبة للحرية، وأكثر ما يفعل الشارع ذلك إنما يكون في الجنايات، وهو ينتقي لذلك في الغالب الجنايات التي يدفع إلى ارتكابها باعث الإثراء غير المشروع

(٧٣) غالباً ما يتم اختراق مواقع حكومية للدول إذا كانت في حالة حرب ويتم تهديدها بنشر رسائل التهديد على موقعها الإلكتروني.

(٧٤) بلال أمين زين الدين: مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٧٥) ويكي ليكس هي منظمة دولية غير ربحية تنشر تقارير وسائل الإعلام الخاصة والسرية من مصادر صحفية وتسريبات إخبارية مجهولة. بدأ موقعها على الإنترنت سنة ٢٠٠٦.

(٧٦) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي؛ (منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧)، ص ٧٨٢.

٣ - **الغرامة المختلطة:** وهي التي تختلط فيها فكرة العقوبة مع فكرة التعويض، ويبدو ذلك في غرامة المصادر والغرامة النسبية، والغرامة الضريبية.

أ - غرامة المصادرة: يقصد بها: الغرامة التي يتعين الحكم بها بدلاً من الحكم بالمصادرة إذا لم تضبط المواد موضوع الجريمة لأي سبب كان، وقد نص قانون الجمارك وقانون الرقابة على النقد في مصر على هذا النوع من الغرامات.

ب - فالغرامة النسبية هي: الغرامة التي لا يحددها القانون بكيفية ثابتة بل يجعلها نسبية تتماشى مع الضرر الناتج من الجريمة أو الفائدة التي حققها الجاني أو حاول تحقيقها، وتتميز بحكم هام عن الغرامة العادية: مؤداه أنه إذا تعدد المتهمون بالجريمة المستوجبة للغرامة النسبية فاعلين كانوا أو شركاء فلا يحكم عليهم جميعاً إلا بغرامة واحدة تقاس بضرر الجريمة أو بفائدتها، أي وفقاً لضابط التناسب الذي حدده النص الخاص بهذه الجريمة ويلتزمون بها متضامنين، ولكن يجوز للقاضي إعفاؤهم من هذا التضامن.

ت - الغرامة الضريبية: تتحدد عادة بنسبة معينة مما لم يؤد من الضريبة، وقد ذهبت بعض الأحكام إلى اعتبار هذه الغرامة ذات طبيعة مختلطة أي تجمع بين صفتي العقوبة والتعويض، وذهبت بعض التشريعات إلى إطلاق لفظ التعويض على هذه الغرامة وهو ما لا يتفق مع تكيفها القانوني كعقوبة وإن خالطها معنى التعويض.

وتعتبر الغرامة عقوبة جنائية تتميز بخواص العقوبة، فالغرامة تعد شخصية ويصدر بها حكم قضائي، ويجب مراعاة درجة الإثم وجسامة الفعل وظروف الجاني الشخصية حتى تحقق هذه العقوبة الردع^(٧٧). كما أن المادة (٦٤) في قانون الجزاء الكويتي عرفت الغرامة بأنها "إلزام المحكوم عليه بأن يدفع للدولة المبلغ الذي تقدره المحكمة طبقاً لنص القانون..."^(٧٨).

(٧٧) محمد أبو شادي، مبادئ علم العقاب دراسة مقارنة لطبيعة العقوبة والتدبير الاحترازي وأساليب التنفيذ العقابي مع التطبيق لأحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٢ بتنظيم السجون في الكويت (الكويت: وزارة الداخلية أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية، ١٩٩٣، ص ١٧٣.

(٧٨) المادة رقم (٦٤) من قانون الجزاء الكويتي "العقوبة بالغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن =

فالغرامة تختلف عن التعويض المدني الذي يحكم للمضرور بتعويض عادل جابر للضرر الذي أصابه، وتختلف عن المصادرة التي تعني انتقال ملكية الشيء للدولة فور صدور الحكم^(٧٩). وكما هو معلوم إن أحكام الغرامة لا تقبل الصلح أو التنازل. وتختلف بطبيعتها إذا كانت غرامة جنائية صادرة بحكم من محكمة الجنايات عنها إذا كانت غرامة مدنية صادرة من محكمة تجارية أو مدنية، فالأخيرة لا تخضع من حيث الموضوع والإجراءات إلى قواعد القانون الجنائي.

ويثور التساؤل ما هي طريقة تنفيذ الغرامة، ففي المادة (٣٩) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية، فقد نص القانون المشار إليه على المسؤولية التضامنية بين الطرفين مرتكب الفعل غير المشروع والمدير الذي أدخل بواجبه في الرقابة.

ويبقى التساؤل هل ستدفع الغرامة بالتناصف فيما بينهما وهو ما ينافي مبدأ شخصية العقوبة، وماذا لو امتنع المدير أو الشخص المعنوي عن الدفع هل سيعاقب على فعل لم يرتكبه وافترض المشرع علمه بذلك، وبالتالي يتم حبسه إذا امتنع عن الدفع وهذا قصور لم يعالجه المشرع، فالعقوبة عندما تحدد تراعى فيها اعتبارات عامة من حيث نوع الجريمة والحق المعتدى عليه، هل هو حق عام ملك الدولة أو خاص للأفراد؟ وما هو مقدار الضرر الناجم. وكذلك ينظر المشرع في الجانب المعنوي هل الجريمة عمدية أو غير عمدية؟ ومدى خطورة الأفعال التي ارتكبتها الجاني وهل سبق له ارتكاب مثل هذه الجرائم؟^(٨٠).

إن المشرع في المادة (٣٧) في القانون رقم ٢٠/٢٠١٤ بشأن التعامل الإلكتروني قد وضع حداً أدنى للغرامة (خمسة آلاف دينار كويتي كحد أدنى وثلاثين ألف دينار كويتي كحد أقصى) ونحن نرى أنه من المهم اعتماد فكرة الغرامة النسبية

= يدفع للدولة المبلغ الذي تقدره المحكمة طبقاً لنص القانون، ولا يجوز أن يقل عن عشرة دنانير. وإذا لم يدفع المحكوم عليه مبلغ الغرامة حصل عن طريق التنفيذ الجبري على ماله، فإذا لم يتيسر التنفيذ الجبري جاز إخضاع المحكوم عليه للإكراه البدني وفقاً للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجزائية".

(٧٩) سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي، دراسة مقارنة قانون العقوبات المصري والفرنسي والألماني والنرويجي الكتاب الثاني المسؤولية الجنائية والعقاب (الكويت: وزارة الداخلية، كلية الشرطة، ١٩٨٨)، ص ١٩٩.

(٨٠) سمير الشناوي: مرجع سابق، ص ٢٣١.

التي تتناسب مع مقدار الضرر والخطر الناشئ عن الجريمة، وبالتالي من الأولى عدم النص على تحديد سقف أعلى للغرامة خصوصاً في جرائم التعامل الإلكتروني.

لأن التعامل الإلكتروني فيه معلومات وبيانات شخصية مهمة وفي كثير من الأحيان حساسة، ومن الممكن أن تكون قيمة الأسرار أو المعلومات الخاصة بالشركات الكبرى^(٨١) أو الحكومات الفيدرالية تعادل الملايين، فلا يكون هناك عدالة بين الضرر الواقع على المجني عليه وقيمة الغرامة، لذا من الأولى عدم تحديد قيمة الحد الأعلى للغرامة وتركها للقاضي.

(٨١) لبعض الشركات العالمية مثل شركة أبل وشركة قوقل ميزانيات تعادل مجموعة دول مجتمعة، فأي معلومة سرية قد تتسرب تكلفها أموالاً طائلة؛ ولذلك تحرص هذه الشركات على وضع أنظمتها تحت الحماية والرقابة الصارمة وتتعامل مع المعلومات كأنها أسرار عسكرية.

الفصل الثاني الجانب الإجرائي

ندرس في هذا الفصل تصنيف الجرائم الجنائية في قانون المعاملات الإلكترونية وتقسيماتها، ثم نميز بين مسؤولية الشخص الاعتباري وجريمة الإهمال والإخلال بالواجبات، وما هي حدود الشخص المعنوي، ثم نتطرق إلى الناحية الإجرائية من خلال معرفة من هم أهل الضبطية القضائية - جهة التحقيق - جهة التحري والاستدلال في القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني. وأخيراً نتكلم عن الصلح المقصود في قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

المبحث الأول تصنيف الجرائم الجنائية في قانون المعاملات الإلكترونية وصورها بشكل عام

ويمكن تعريف الجريمة: فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبير احترازي^(٨٢).

خصائص الجريمة المعلوماتية:

١ - الجريمة المعلوماتية جريمة عابرة للحدود:

تتسم الجريمة المعلوماتية بأنها عابرة للحدود والقارات وغالباً ما يكون لها طابع دولي، ومن خلال الإنترنت ترتكب العديد من الجرائم منها جرائم التعدي على قواعد البيانات، وتزوير واثلاف المستندات الإلكترونية وسرقة البطاقات وغسيل الأموال. وهذا الطابع الدولي يثير إشكالية التعارض مع سيادة الدولة والقانون الواجب التطبيق^(٨٣).

٢ - صعوبة إثبات الجريمة المعلوماتية:

تكمن الصعوبة في أن هذه الجريمة لا تترك آثاراً مادية ولا يوجد مسرح جريمة، وإنما أرقام ولغة البرمجة المعلوماتية فقط، ويسهل مسح الدليل الرقمي في ثواني وتحتاج إلى خبرة فنية يصعب على المحقق التقليدي الإحاطة بها، وتعتمد بشكل كبير

(٨٢) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام (دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٨٩)، ص ٤٠.

(٨٣) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٤.

على الخداع والتضليل، كما أن البنوك والشركات العملاقة تحجم في كثير من الأوقات عن الإبلاغ عن جرائم معلوماتية خشية أن تهتز ثقتها وسمعتها، وهو ما يزيد فرصة إفلات الجناة من العقاب، وتعد الجريمة المعلوماتية من جرائم الذكاء ولها دوافع مثل الانتقام والطمع والجشع أو إثبات الذات، فهذا النوع من المجرمين على درجة عالية بأصول التكنولوجيا وخباياها^(٨٤).

٣ - عدم وجود مفهوم مشترك للجريمة المعلوماتية:

التنسيق الدولي في مجال الجريمة المعلوماتية لا يزال بطيء بعض الشيء؛ لأن النظم القانونية بين الدول تختلف بتعريف الجريمة ومفهومها، فما يعد جريمة كالمخدرات في دولة الكويت لا يعتبر جريمة في الدول الإسكندنافية، فيجب على الدول التعاون فيما بينها والحرص على المعاهدات الدولية والدخول فيها حتى لا يستفيد مجرمو المعلومات من القصور التشريعي^(٨٥).

٤ - وقوع الجريمة المعلوماتية أثناء معالجة البيانات:

يمكن أن تقع الجريمة المعلوماتية في أي مرحلة من مراحل معالجة البيانات الأساسية لتشغيل النظام. المرحلة الأولى وهي مرحلة الإدخال والثانية أثناء معالجتها والثالثة أثناء إخراج المعلومات، ويمكن التلاعب في برامج نظم المعلومات بإدخال بيانات غير مصرح فيها أو استبدالها.

٥ - قلة الإبلاغ عن وقوع الجرائم المعلوماتية:

لا يتم الإبلاغ عن هذه الجرائم في الغالب لسببين لعدم اكتشاف الضحية أو الخوف والخشية من التشهير، وتشير الدراسات أن أغلب جرائم المعلومات يتم اكتشافها صدفة أو بعد مرور وقت طويل على ارتكابها.

٦ - حادثة الجرائم المعلوماتية:

الطفرة والنقلة النوعية في عالم الإنترنت والتكنولوجيا الحديثة والعولمة التي دخلت كل القارات، يستغلها بعض ضعاف النفوس في ارتكاب جرائمهم من تهريب المخدرات وغسيل الأموال والإتجار بالبشر والجرائم الجنسية وغيرها الكثير، وهذا لا يعني أن نبخس المنافع والإيجابيات في عالم الإنترنت^(٨٦).

(٨٤) خالد ممذوح إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٧.

(٨٥) خالد ممذوح إبراهيم: مرجع سابق، ص ٤٩.

(٨٦) خالد ممذوح إبراهيم: مرجع سابق، ص ٥٢.

ويمكن تصنيف جرائم نظم المعلومات إلى أكثر من قسم. فالأول الجرائم العامة: التي تشمل التقصير والإهمال، أخطاء الأداء المتعمدة، التآمر والتواطؤ. وهناك النوع الثاني من جرائم المعلومات: ويشمل الجرائم المادية ومنها التجسس بأنواعه العسكري والصناعي، التدمير والإتلاف وأخيراً سرقة البيانات.

وقد تعرضت العديد من الدول المتقدمة إلى عمليات تهديد الأمن القومي والعسكري وقرصنة معلوماتية، وذلك للحصول على الأسرار العسكرية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي المستعملة فيها، وهو ما حدث لسلاح البحرية الفرنسي في صيف عام ١٩٩٤ فقد تم الحصول على المعلومات الخاصة والمهمة عن السفن التي يستعملها حلف شمال الأطلسي مما أثار حفيظة الفرنسيين. إن تكنولوجيا المعلومات سهلت بشكل كبير في انتشار انتهاك الخصوصية على المستوى العالمي، حيث يتعرض الأفراد والحكومات والبنوك إلى انتهاك الخصوصية بشكل متكرر من قبل العصابات الإجرامية أو الهاكرز أو المتطفلين أو من الموظفين أنفسهم، وهو ما يتطلب من هذه الجهات تقوية أنظمة الحماية ووضع الرقابة الصارمة على موظفيها.

أما النوع الثالث: يسمى بالجرائم الاقتصادية ويشمل النصب والاحتيال، الرشوة، الابتزاز، انتهاك الأسرار الاقتصادية. والنوع الرابع: جرائم ضد الأفراد مثل انتهاك الخصوصية، تسهيل الدعارة والتحرش الجنسي^(٨٧).

إن تكنولوجيا المعلومات ساهمت بشكل كبير بانتشار الجرائم الاقتصادية بل وأصبحت منظمة عالمياً، لها عصابات متخصصة وتدار من قبل أشخاص محترفين لهم إمكانيات وقدرات علمية ومهنية خاصة. وأصبحت جرائم المعلومات تشكل ضغطاً على الحكومات من حيث صعوبة التنبؤ فيها، وذلك لعدم توافر أدلة مادية أو شهود، كما إن التطور التشريعي لا يسير بنفس السرعة التي تتطور فيها جرائم المعلومات^(٨٨).

تخريب المعلومات وإساءة استخدامها: تعد هذه الجريمة من أخطر الجرائم وتزداد بشكل ملحوظ إذا انخفض مستوى الرقابة على الموظفين ممن يملكون صلاحيات واسعة على النظام^(٨٩). وتعتبر صلاحية الموظف بتعديل المعلومات

(٨٧) حسن طاهر داوود: مرجع سابق، ص ٣٨.

(٨٨) الشحات إبراهيم محمد منصور: مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٨٩) تقوم وزارة الداخلية في دولة الكويت بمجهود كبير في جانب الرقابة على الموظفين المصرح لهم بالدخول على بيانات الأفراد، فعلى سبيل المثال يفقد الموظف صلاحية للدخول على النظام مؤقتاً إذا أتهم في جنحه أو جناية حتى يصدر حكم البراءة، وفي حال نقل الموظف إلى إدارة أخرى أو خروجه في ندب أو إجازة رسمية توقف صلاحيته للدخول مؤقتاً حتى عودته.

وتشفيرها من أخطر الصلاحيات التي قد تكلف الشركات خسائر فادحة إذا تم إساءة استخدامها^(٩٠).

وترتفع نسبة هذه الجريمة كذلك كلما قل الانضباط بين الموظفين في الشركات أو المؤسسات الحكومية، فكلما تراخت الرقابة على الموظفين المعنيين، أي من يملكون كلمات السر وصلاحيات التشفير كلما أدت هذه الجريمة إلى أضرار كبيرة^(٩١). إن قدرة الموظف على تشفير المعلومات يعد ثغرة أمنية ففي بعض الأحيان، قد يقوم الموظف بتشفير الأسرار التجارية ونقلها بطريقة مشفرة إلى شركة منافسة وبالتالي يفلت من العقوبة بسبب عدم تمكن أحد من قراءة المعلومات المشفرة.

تزوير البيانات: من أشهر الجرائم وأوسعها على الإطلاق؛ لأن التزوير يتضمن تعمد إدخال بيانات مغلوطة، وهناك حادثة مشهورة في كاليفورنيا لمدخلة بيانات كانت تعمل على تغيير ملكية السيارات على النظام الإلكتروني مقابل مبلغ من المال لكي تصبح السيارة ملك للصوص السارق على الورق، ثم يقوم اللص بسرقتها فعلياً وبيعها كأنه المالك الأصلي^(٩٢).

انتهاك الخصوصية: للفرد الحق في خصوصية معلوماته الشخصية فيمكنه حجبها عن من يشاء، فلا يصح فتح أي مستند شخصي للفرد إلا بإذن من صاحبه. ويحدث انتهاك الخصوصية بمجرد الاطلاع على مستند شخصي غير مصرح للشخص بالاطلاع عليه.

إن انتهاك خصوصية الأفراد بدأ بالتزايد مع انتشار الإنترنت وتطبيق التعامل الإلكتروني بين الدول المختلفة والأفراد والشركات وغيرها. كما أصبح الغرض من نشر خصوصيات الأفراد هو الابتزاز والحصول على الأموال والتشهير وخدش الحياء أو في بعض الأحيان مجرد إثبات الذات^(٩٣). ومثال ذلك من ينشر تاريخ الميلاد الخاص بممثلة مشهورة أو ينشر تاريخ حصول شخصية تجارية معينة على الجنسية. وحيث إنه لا يستطيع أحد أن يسيطر بنسبة كاملة على الخصوصية وإنما هناك خطوات تحفظ الخصوصية بالقدر الممكن من الحماية.

(٩٠) حسن طاهر داوود: مرجع سابق، ص ٤٠.

(٩١) حسن طاهر داوود: مرجع سابق، ص ٣٩.

(٩٢) حسن طاهر داوود: مرجع سابق، ص ٤٦.

(٩٣) ثروت عبد الحميد: مرجع سابق، ص ٦٧.

خطوات وقف تسرب المعلومات الشخصية:

- ١ - تحديد نوع البيانات التي يجب أن تبقى سرية وتقييد الوصول إليها.
- ٢ - تزويد البيانات الشخصية للجهات الحكومية وإتلافها من قبلها بمجرد الانتهاء منها.
- ٣ - الموافقة الكتابية من صاحب العلاقة بتداول معلوماته.
- ٤ - فرض سياسة عامة لتداول المعلومات الشخصية وأي اختراق يعرض صاحبه للمسؤولية^(٩٤).

أ - المطلب الأول

اختصاص النيابة العامة في الدعوى الجزائية من حيث الأصل واختصاصها في القانون رقم ٢٠/٢٠١٤ بشأن التعامل الإلكتروني

مفهوم الدعوى العمومية: يرجع تاريخ الدعوى العمومية أو الجزائية ونشأتها في فرنسا، حيث كانت النيابة العامة مؤسسة ملكية خالصة، يعود تاريخها إلى القرن الرابع عشر، عندما كان محامو الملك ونوابه يمثلون مصالح التاج الخاصة أمام المحاكم، واستمرت سلطتهم في التوسع، حتى أصبحوا ممثلي السلطة العامة لدى المحاكم، وأنيطت بهم مهمة تمثيل المجتمع^(٩٥).

فالنيابة العامة: هي تلك الجهة التي تتولى التحقيق والتصرف والالتزام في الجنايات، ويتكون جهاز النيابة العامة من نيابة كلية واحدة يرأسها النائب العام وعدد من المحامين العامين وعدد من رؤساء النيابة، كما تتكون من نيابات متخصصة مثل نيابة الشؤون التجارية، ونيابة المخدرات والخمور، ونيابة الأحداث، ونيابة الأموال العامة، ونيابة شؤون الصحافة والنشر، وجهاز حماية المديونيات العامة، ونيابة الأحوال الشخصية، بالإضافة إلى ست نيابات جزئية في محافظات الدولة الست وهي (العاصمة - حولي - الفروانية - الجهراء - الأحمدية - مبارك الكبير).

إن السلطة بالنيابة العامة تكون رئاسية أي متدرجة على رأسها النائب العام وحده ويليه عدد من المحامين العامين الذي يكون لأقدمهم حق القيام بأعمال النائب العام في حالة خلو منصبه أو غيابه أو قيام أي مانع لديه، وبعد المحامين العامين تكون مرتبة رؤساء النيابة، وبعد ذلك وكلاء النيابة، وهذا التدرج الوظيفي هو التدرج العام في وظيفة وكيل النيابة.

(٩٤) حسن طاهر داوود: مرجع سابق، ص ٥٣.

(٩٥) <http://www.kna.kw/clt/run.asp?id=1658#sthash.WAQMpFGW.dpuf>

يهدف قانون الإجراءات الجزائية إلى حماية المجتمع من المجرمين والكشف عن الجريمة، وحماية المتهم من خلال الضمانات التي تحقق فيها دفاعه عن نفسه^(٩٦). وأخيراً إلى حماية الحرية الفردية وتوظيف العقوبة بالردع العام والخاص^(٩٧).

وتنص المادة (١٦٧) من الدستور الكويتي على أنه: "تتولى النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع، وتشرف على شؤون الضبط القضائي وتسهر على تطبيق القوانين الجزائية وملاحقة المذنبين وتنفيذ الأحكام، ويرتب القانون هذه الهيئة وينظم اختصاصاتها، ويعين الشروط والضمانات الخاصة بمن يولون وظائفها. ويجوز أن يعهد لجهات الأمن العام بتولي الدعوى العمومية في الجنب على سبيل الاستثناء ووفق الأوضاع التي يبينها القانون".

بحسب الأصل إن النيابة العامة تعد وكالة عن المجتمع، فهي المكلفة برفع الدعوى الجزائية لأنها خصم شريف تسعى إلى استظهار الحقيقة المجردة وإن كانت لصالح المتهم، ولما كانت الدعوى الجزائية تحتاج إلى شكلية وإجراءات مرتبة ومعينة فإن المشرع يهدف من وراء هذه الإجراءات الشكلية إلى تحقيق مصلحتين متعارضتين.

المصلحة الأولى: هي مصلحة المجتمع بعقاب المجرم عن جريمته وتطبيق العدالة، والثانية: هي مصلحة المتهم بمراعاة الضمانات التي كفلها له الدستور والقانون^(٩٨). وقد نص الدستور الكويتي على اختصاص النيابة في الجرائم بشكل عام دون تحديد الجنب أو الجنابة^(٩٩)، وأن تعهد إلى الجهات الأخرى على سبيل الاستثناء إلا أن هذا الاستثناء طال عمره إلى ما يزيد عن خمسين عاماً، فإلى اليوم يختص المحققون في الجنب ووكلاء النيابة في الجنابات بشكل عام، وكما أن هناك بعض

(٩٦) إقبال القلاف، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية في القانون الجزائي الكويتي (الكويت: دار العلم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥)، ص ٥.

(٩٧) سمير الشناوي: مرجع سابق، ص ٢٢.

(٩٨) أحمد حبيب السماك، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية (الكويت: وزارة الداخلية أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية)، ص ٦.

(٩٩) دستور الكويت مادة (١٦٧) "تتولى النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع، وتشرف على شؤون الضبط القضائي، وتسهر على تطبيق القوانين الجزائية وملاحقة المذنبين وتنفيذ الأحكام. ويرتب القانون هذه الهيئة وينظم اختصاصاتها ويعين الشروط والضمانات الخاصة بمن يولون وظائفها. ويجوز أن يعهد بقانون لجهات الأمن العام بتولي الدعوى العمومية في الجنب على سبيل الاستثناء، ووفقاً للأوضاع التي يبينها القانون".

الجنح الخاصة تتولى النيابة العامة التحقيق فيها كما هو الحال في الجرائم التي تقع على التعامل الإلكتروني.

وقد انتقد الفقهاء في السابق أن يتولى التحقيق جهات تنفيذية غير مستقلة، كما هو الوضع في الكويت بالنسبة للمحققين لأنهم يتبعون السلطة التنفيذية - وزارة الداخلية - . فذلك من شأنه أن يزيد من استخدام وسائل التعسف أو الاتهام لمجرد الشبهات، وإن من الأولى ترك التحقيق إلى جهات قضائية مستقلة^(١٠٠).

ولا تتبع النيابة العامة في الكويت وزارة العدل من حيث السلطة الرئاسية بل تتبع السلطة القضائية المتمثلة بمجلس القضاء الأعلى الذي يهيمن على النيابة العامة وكافة محاكم الدولة، فالنيابة العامة مستقلة عن السلطة التنفيذية في شؤون الدعوى الجزائية وما يتعلق بتحريكها ومباشرتها وتحقيقها والتصرف والادعاء فيها^(١٠١).

ونحن نميل وبشدة إلى ضرورة العمل على إيقاف الاستثناء والعمل على إسناد التحقيق في الجرائم إلى جهات قضائية مستقلة، وهو أمر يتماشى مع الواقع فالاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، فمن المفترض الانتهاء من العمل بهذا الاستثناء بمجرد زوال الأسباب التي دعت إليه، وبالتالي عودة الاختصاص إلى النيابة العامة فهي صاحبة الاختصاص الأصيل وفقاً للدستور^(١٠٢).

مستدلين بقول الخبير الدستوري الدكتور عثمان خليل عثمان في محضر الجلسة رقم (١٢) أن: "الأمر الأول والأخير في الدعوى العمومية يجب أن يكون بيد النيابة العامة فهي التي تمثل المجتمع وهي الأمانة على الدعوى العمومية بهذه الصفة"^(١٠٣). إن ضم الإدارة العامة للتحقيقات للنيابة العامة وتوحيد الدعوى العمومية، هو أمر حيوي ومهم وهو يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح.

(١٠٠) عبد الوهاب حومد: مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(١٠١) <https://www.moj.gov.kw/sites/ar/PublicProsecution/pages/default.aspx>.

(١٠٢) أحمد حبيب السماك، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية: مرجع سابق، ص ١٥٢.

(١٠٣) محاضر اجتماعات لجنة الدستور والمجلس التأسيسي.

ب - المطلب الثاني

من الناحية الإجرائية من هم أهل الضبطية القضائية - جهة التحقيق - جهة التحري والاستدلال في القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني

نصت اللائحة التنفيذية من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ المشار إليه. مادة (١) في تطبيق أحكام هذه اللائحة يقصد بالكلمات والمصطلحات التالية المعنى المبين قرين كل منها: "الجهة المختصة: الجهة التي يعهد إليها مجلس الوزراء الإشراف على إصدار التراخيص اللازمة لمزاولة خدمات التصديق الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني وغير ذلك من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية والمعلومات".

وقد بينت المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن المعاملات الإلكترونية اختصاصات جهة التحقيق والمدد المحددة للإيقاف المؤقت وغيرها^(١٠٤). وحسنا فعل المشرع الكويتي عندما ترك التفصيل لللائحة، بحيث لو استجد أمر أو واجهت الجهات التنفيذية صعوبات فنية أو إدارية يسهل تغييرها من خلال اللائحة؛ لأن القانون كي يتغير لابد أن يمر من خلال السلطة التشريعية - مجلس الأمة - الذي قد يحتاج إلى مراحل عديدة كالتصويت والإقرار في أكثر من مداولة، ومن ثم النشر في الجريدة الرسمية حتى يصبح القانون الجديد أو أي تعديل لقانون سابق نافذ.

(١٠٤) تنص المادة (١٨) من اللائحة التنفيذية من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية على أنه: "إذا كان هناك قصور أو إخلال في أعمال مزود خدمات التصديق، يستدعي الإيقاف المؤقت من قبل مدير جذر التصديق، تطبيق الإجراءات التالية: "١- يقوم مدير جذر التصديق بتقديم تقرير تفصيلي للجهة المختصة بوجود إخلال أو قصور في أعمال مزود خدمات التصديق، مبيناً حالات وجوانب الإخلال والقصور في الأعمال مع الإشارة إلى عمليات قام بها مزود خدمة التصديق تدعم ذلك. ويستثنى من ذلك إذا كان الإخلال أو القصور بناء على الفقرة ٢ أو ٤ من المادة ١٣ من هذه اللائحة.

٢ - تقوم الجهة المختصة بدراسة تقرير مدير جذر التصديق أو الشكوى المقدمة من ذوي الشأن والبدء بالتحقيق مباشرة، ويتم ذلك بالتنسيق مع مدير جذر التصديق وباستدعاء ممثل لمزود خدمات التصديق، كما يتم استدعاء ذوي الشأن في حالة الشكوى.

٤ - يلتزم مزود خدمات التصديق بتطبيق الإجراءات المتبعة والخاصة بالإيقاف المؤقت والمشار إليها في المادتين ٨ و ١٥ من هذه اللائحة إذا ما تم إيقافه مؤقتاً بناء على هذه المادة...".

ويثور التساؤل عن كيفية التغلب على الصعوبات التي تواجه جهة التحقيق والاستدلال، ونحن نرى إمكانية العمل على حل هذه الصعوبات في التحقيق والادعاء في الجرائم الإلكترونية من خلال الآتي:

- ١ - التنسيق والتعاون بين الأجهزة المعنية (المحقق أو وكيل النيابة - وخبير المعلومات - جهاز الشرطة) منذ البداية والعمل على أسس واضحة دون انفراد بالقضية أو تنصيب أحد الأطراف نفسه مسؤولاً عنها.
 - ٢ - قناعة الأطراف الثلاثة بحدود معرفته ومهاراته واختصاصاته واحترام أدوار الغير في القضية.
 - ٣ - يجب على خبراء تقنية المعلومات الإلمام بالإجراءات الشكلية الخاصة بنظام العدالة؛ حتى لا تبطل الأدلة التي يتحصلون عليها وتثقيفهم من الناحية القانونية.
 - ٤ - يجب تقبل بعض المعوقات القانونية المتعلقة بمسائل الاختصاص وتنازع القوانين من خلال التحضير لها، بحيث لا تكون محبطة لسير القضية بل متوقعة ويسهل التعامل معها.
 - ٥ - يجب أن يسعى كل من (المحقق أو وكيل النيابة وجهاز الشرطة) المخصص للنظر في مثل هذه الجرائم إلى فهم لغة الحاسب الآلي والمختصرات التي يذكرها خبراء المعلومات والاتفاق حول معانيها؛ لأن الاختلاف حول المفردات يكون مدعاة للشك والريبة وقد تبطل التهمة.
 - ٦ - على جميع الأطراف (المحقق أو وكيل النيابة - وخبير المعلومات - جهاز الشرطة) التشاور في خطوات القضية والعمل بطريقة متسلسلة وخصوصاً فيما يتعلق في الأولويات الإجرائية؛ حتى لا تتبعثر الجهود وتبطل التهم نتيجة اجتهاد أو تسرع أحد الأطراف.
 - ٧ - التأكيد على أن التحقيق السليم هو المدخل الصحيح لبناء القضية من خلال المعرفة بالقانون الواجب التطبيق واستخدام أدوات التحقيق المعيارية الصحيحة^(١٠٥).
- ويمكن إجمال هذه الأدوات بالآتي: تحليل الشكوى - جمع الأدلة المادية - الحصول على استشارة الخبراء - مقابلة الشهود واستجواب المشتبه فيهم - بناء

John R. Vacca: Computer Forensics- Computer Crime Scene Investigation (١٠٥) (Snd.ed) Massachus -Etts. Charles River Midia.2005.

ملف القضية وتحليلها وأخيراً اتخاذ قرار الادعاء^(١٠٦). كما يعتمد الادعاء بشكل رئيسي على الشاكي نفسه وقوة الأدلة التي يقدمها.

الاستعانة بالخبرة الفنية:

منذ بدء ظهور الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي، تستعين الشرطة وسلطات التحقيق أو المحاكم بأصحاب الخبرة الفنية في مجال الحاسب الآلي، وذلك بغرض كشف غموض الجريمة، أو تجميع أدلتها، أو مساعدة المحقق في فهم جوانب الغموض في العمليات الإلكترونية الدقيقة ذات الصلة بالجريمة محل التحقيق.

وإذا كانت الاستعانة بخبير فني أمر جوازي للمحقق أو لجهة التحقيق والحكم، إلا أنه في المسائل الفنية البحتة التي لا يمكن للقاضي أن يقطع فيها برأي دون استطلاع رأي أهل الخبرة، في هذه الحالة يجب عليه أن يستعين بالخبير، فإذا تصدى القاضي للمسألة الفنية وفصل فيها دون تحقيقها بواسطة خبير^(١٠٧) كان حكمه معيباً مستوجباً نقضه، وهذا المبدأ استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية.

وبناء عليه فإذا كانت الاستعانة بخبير فني في المسائل الفنية البحتة أمراً واجباً على جهة التحقيق والقاضي، فهي أوجب في مجال الجرائم الإلكترونية، حيث تتعلق بمسائل فنية آية في التعقيد ومحل الجريمة فيها غير مادي، والتطور في أساليب ارتكابها سريع ومتلاحق، ولا يكشف غموضها إلا متخصص وعلى درجة كبيرة من التميز في مجال تخصصه، فإجرام الذكاء والفن، لا يكشفه ولا يحله إلا نكاه وفن مماثلين.

اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للخبرة حيث اعتبرها البعض وسيلة من وسائل الإثبات. فيما اعتبرها البعض الآخر وسيلة لتقدير الدليل، وهناك من يرى بأنها مجرد وسيلة لمساعدة القاضي على فهم المسائل الفنية، وقيل إنها نوع من الشهادة.

وأهمية الاستعانة بالخبرة في مجال الجرائم الإلكترونية، تظهر عند غيابه، فقد تعجز الشرطة عن كشف غموض الجريمة، وقد تعجز هي أو جهة التحقق عن جميع الأدلة حول الجريمة وقد تدمر الدليل أو تمحوه بسبب الجهل أو الإهمال عند التعامل معه.

(١٠٦) محمد الأمين البشري، الجرائم الإلكترونية التحقيق الادعاء المحاكمة ومعاملة المذنبين فيها (الإمارات العربية المتحدة، حكومة دبي، ٢٠١٢)، ص ٢١٥.

(١٠٧) الخبرة لغته: يقال خبرت الشيء أي عرفته على حقيقته.

ومن التشريعات الحديثة التي نظمت أعمال الخبرة في مجال الجرائم الإلكترونية، القانون البلجيكي الصادر في ٢٣ نوفمبر سنة ٢٠٠٠. فقد نصت المادة (٨٨) من القانون المذكور على أنه: "يجوز لقاضي التحقيق، وللشرطة القضائية أن يستعينا بخبير ليقدم وبطريقة مفهومة المعلومات اللازمة عن كيفية تشغيل النظام، وكيفية الدخول فيه، أو الدخول للبيانات المخزونة أو المعالجة أو المنقولة بواسطته". ويعطي القانون كذلك لسلطة التحقيق أن تطلب من الخبير تشغيل النظام، أو البحث فيه، أو عمل نسخة من البيانات المطلوبة للتحقيق، أو سحب البيانات المخزنة أو المحولة أو المنقولة، على أن يتم ذلك بالطريقة التي تريدها جهة التحقيق. ولجهة التحقيق السلطة الكاملة في أن تطلب من الخبير تشغيل النظام أو عمل نسخة من البيانات المطلوبة للتحقيق، أو سحب البيانات المخزنة أو المحولة أو المنقولة.

ووفقاً للقانون المشار إليه فإن الالتزام بتشغيل النظام واستخراج البيانات المطلوبة منه، يرجع إلى قاضي التحقيق بصفة أصلية، ويجوز ذلك للنيابة العامة على سبيل الاستثناء في حالة التلبس بالجريمة، أو عند الرضاء بعملية التفتيش هذه فمهمة الخبير وفقاً للنص السابق تتمثل من ناحية في تشغيل النظام، ومن ناحية أخرى في تقديم البيانات المطلوبة، حسب الطريقة التي تريدها جهة التحقيق.

مسؤولية الخبير:

إن التزام الخبير هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فلا يسأل الخبير إذا لم يصل إلى النتيجة المطلوبة نتيجة ضعف الخبرة، أو بسبب العقبات التي واجهته أثناء مباشرته لمهمته، كأن تكون الأجهزة التي تم نقل المعلومات والبيانات منها لا تتماشى مع أجهزة الدولة.

إلا أن ذلك لا يعني عدم مسؤوليته الجنائية إذا رفض القيام بالمهمة المكلف بها، أو أتلف عمداً البيانات المطلوب منه التعامل معها، أو حفظها، فضلاً عن التزام الخبير بأداء مهمته التي حددتها له جهة التحقيق، ويجب على الخبير كذلك المحافظة على سر المهنة، وفي حالة إفشائه السر، يعاقب بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة.

ج - المطلب الثالث

مسؤولية الشخص الاعتباري في القانون رقم ٢٠/٢٠١٤ مادة (٣٩) جريمته الإخلال بواجباته والإهمال

يحتل الشخص المعنوي أهمية بالغة في القانون العام، ويوفر القانون للشخص المعنوي كياناً قانونياً مستقلاً يتحمل الشخص بموجبه الالتزامات وتفرض له الحقوق،

وهو ما يبرر الكثير من الأوضاع القانونية^(١٠٨). فالأشخاص المعنوية مثل الدولة والمحافظات والهيئات والمؤسسات لها أشخاص وأموال وأهداف مشتركة، فهي لها إرادة مفترضة تختلف عن إرادة الشخص الطبيعي^(١٠٩).

ولذلك ذهب الرأي أن الشخصية المعنوية لا تكتسب وجودها القانوني إلا باعتراف المشرع بها، بعد أن يضع شروطه المقررة وقد يحدد صلاحياتها ووقت انتهائها^(١١٠). والحقيقة التي ليست هي محل خلاف هو اعتراف القانون بالشخصية المعنوية للصياغة القانونية، بالتالي وجود أشخاص أو أموال تستهدف تحقيق مصلحة مستقلة، وهذا المركز القانوني يحميه القانون طالما توافرت فيه العناصر اللازمة لقيامه^(١١١).

غير أن مسؤولية الشخص المعنوي جنائياً كانت ولا تزال محل خلاف في الفقه القانوني، فالبعض يرى أن الشخص المعنوي له وجود حقيقي طالما أن المشرع اعترف به، وأعطاه صلاحية كسب الحقوق وتحمل الالتزامات، واعترف له بذمة مالية مستقلة فهو يقف على قدم المساواة كالشخص الطبيعي، فلا يستساغ الاعتراف للشخص المعنوي في مجال المسؤولية التعاقدية والتقصيرية ثم نكرها عليه في الجنائية^(١١٢). إلا أن هذا الرأي لم يلق قبولاً عند معظم الفقهاء؛ لأن الشخص المعنوي ليس له إرادة ذاتية وطبيعته المعنوية لا تمكنه من ارتكاب الأفعال المادية في الجريمة.

وقد نص قانون التعامل الإلكتروني ٢٠١٤/٢٠ في المادة رقم (٣٩) "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية الشخصية لمرتكب الجريمة، يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص المعنوي بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة

(١٠٨) عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون العام (القاهرة: ١٩٧٢)، ص ٤٦٨.

(١٠٩) فقد جاء في حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٠/٢٨٥ تجاري الصادر في جلسة ٢٦ يناير ١٩٩٢ (على أنه يجب لنشوء الشخص الاعتباري توافر عنصرين - عنصر موضوعي وهو وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بقصد تحقيق غرض معين، وعنصر شكلي هو اعتراف القانون لهذه المجموعة بالشخصية الاعتبارية وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها) راجع مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٢/١ حتى ٩٦/١٢/٣١، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ص ٥٥٣.

(١١٠) مجدي عز الدين يوسف، أصول القانون الإداري أسس التنظيم الإداري وسائل الإدارة العامة في القانون المقارن والكويتي (الكويت: وزارة الداخلية أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية) ص ١١٠.

(١١١) مجدي عز الدين يوسف: مرجع سابق، ص ١١٤.

(١١٢) سمير الشناوي: مرجع سابق، ص ١١.

لأحكام هذا القانون إذا كان إهماله وإخلاله بالواجبات التي تفرضها عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة مع علمه بذلك، ويكون الشخص المعنوي مسؤولاً بالتضامن عما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت المخالفة قد ارتبكت من أحد العاملين باسم الشخص المعنوي أو لصالحه".

وفي هذه المادة العديد من الإشكالات:

أولاً: أقام المشرع مسؤولية جنائية للشخص المعنوي في المادة (٣٩) من القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ على غير أساس الخطأ الشخصي. وهذا إهدار للمبدأ الدستوري في المادة (٣٣) من الدستور "العقوبة شخصية" (١١٣). وهنا قد تم مساءلة شخص عن جريمة لم يرتكبها بنفسه إلا إذا كان شريكاً مع الفاعل الأصلي، ومن غير المستساغ القول بتوافر عناصر المساهمة الجنائية بين الشخص المعنوي وممثليه.

ثانياً: تفترض المادة (٣٩) وجود شخصين الأول هو الموظف الذي تعمد فعل الدخول غير المشروع، أو قام بأي عمل مجرم منصوص عليه في المادة (٣٧) من قانون ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني، ووجود شخص آخر وهو الممثل أو "المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص المعنوي" وهنا جريمته غير عمدية نتيجة الإهمال والإخلال بواجباته.

وحيث إن المشرع في هذه الحالة قد ساوى في العقوبة بين الجريمة العمدية للشخص الأول والجريمة غير العمدية للشخص الثاني، وهو أمر يخالف المبادئ العامة المقررة في قانون الجزاء، فلا يصح أن نكافئ صاحب الجريمة العمدية الذي يتوافر لديه القصد الجنائي مع مرتكب الجريمة غير العمدية في العقاب، ويكون مسؤولاً بالتضامن عما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات.

كما أن المشرع في ذات المادة نص على: "إذا كان إهماله وإخلاله بالواجبات التي تفرضها عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة مع علمه بذلك" (١١٤) فكيف يعتبر المشرع الطرف الثاني مهماً مع علمه بذلك، فالإهمال والعلم نقضان لا يجتمعان، وبالتالي لا يتصور وقوع العلم والإهمال لدى الشخص نفسه وتقع عليه مسؤولية تضامنية مع مرتكب الجريمة.

وحيث إن قانون الجزاء لم يحدد الشخص المعنوي في مواده ولم ينص على

(١١٣) الدستور الكويتي مادة (٣٣).

(١١٤) المادة رقم (٣٩) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

المسؤولية التضامنية وإنما وضع العقوبة حسب موقف الجاني من الجريمة (فاعل أصلي - شريك). وفي حالة العود نص قانون الجزاء في المادة (٨٦) "إذا سبق الحكم على المتهم بعقوبة جنحة لارتكابه جريمة سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو شروع في إحدى هذه الجرائم، أو ثبت ارتكابه خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم المذكور جريمة من الجرائم السابقة أو الشروع في إحداها، جاز للمحكمة أن تقضي عليه بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً بشرط عدم مجاوزة هذا الحد بأكثر من نصفه" (١١٥).

وهذا نص واضح وصريح من قانون الجزاء يبين فيه حالة العود للمجرم إلى أحد الجرائم المذكورة، وحدد له العقوبة في قانون الجزاء، وهو ما أغفله المشرع في قانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني، فهل يسأل الشخص المعنوي مرة أخرى عن إهماله؟

خصائص العقوبة في التشريع الجنائي:

القاعدة العامة في التشريعات الجنائية أن كل شخص طبيعي، مميز، حر الإرادة، يتحمل شخصياً تبعية ما يتسبب به من أفعال يجرمها القانون. والفعل المجرم إما أن يكون بقصد أو بغير قصد كالإهمال والخطأ. والعقوبات تعتبر وسيلة للردع تتدرج حسب جسامة الفعل وظروف المتهم. إلا أن أي عقوبة لا بد أن تتوافر فيها هذه الخصائص:

أولاً: أن تكون العقوبة شرعية: وهو مقتضى مبدأ الشرعية "فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وهو منصوص عليه في صلب الدستور وهو يهدف إلى حماية حقوق الفرد من التعسف (١١٦). إن الفقه الحديث يعطي مبدأ الشرعية مفهوماً يشمل جميع سلطات الدولة ومن ضمنها السلطة التشريعية التي يجب أن تلتزم بالدستور. ثانياً: شخصية العقوبة: لا توقع العقوبة إلا بعد الإدانة في محاكمة عادلة تتوافر فيها الضمانات للمتهم، ولا يجوز أن تمتد هذه العقوبة إلى أحد غير المتهم. بخلاف المسؤولية المدنية التي يسأل فيها المتبوع عن أعمال تابعه (١١٧) قال تعالى: ﴿وَلَا نَزِرُ وَازِرَةٌ وَزَرَ أُخْرَىٰ﴾ (١١٨). ثالثاً: عدالة العقوبة: أي يكون هناك شيء من التناسب

(١١٥) مادة رقم (٨٦) من قانون الجزاء الكويتي.

(١١٦) محمد أبو شادي: مرجع سابق، ص ٢٠.

(١١٧) محمد أبو شادي: مرجع سابق، ص ٢١.

(١١٨) سورة الزمر آية ٧.

بين الجرم وبين العقوبة، ويقدر ذلك بجسامة الفعل أو مدى الخطأ الذي ينسب إلى إرادة الفاعل^(١١٩). رابعاً: المساواة في العقوبة: أي لا يتم التمييز بين الأفراد حسب مراكزهم أو ميولهم فالجميع يقف على قدم المساواة أمام العقوبة، وهذا لا يتعارض مع الحرية التي أباحها القانون للقاضي أن يحكم بين الحد الأعلى أو الأدنى للعقوبة حسب ظروف كل قضية وملابساتها^(١٢٠).

وبحسب الأصل ألا يسأل الشخص جنائياً إلا عن الجرائم التي يرتكبها بنفسه أو يسهم فيها - كشريك - ومع ذلك قد يخرج المشرع عن هذه القاعدة الراسخة بأحوال خاصة وشروط معينة تفرضها الظروف فيقضي بمسؤولية الشخص عن جريمة ارتكبها غيره وهو ما يطلق عليه المسؤولية عن فعل الغير.

وحتى يسأل الشخص عن فعل الغير يشترط أن يكون عالماً بتوافر أركان الجريمة، واتجهت إرادته إلى المساهمة فيها^(١٢١). وقد أشارت محكمة النقض إلى مبدأ شخصية المسؤولية وجواز الاستثناء منه في عدة أحكام "من المقرر في التشريعات الحديثة ألا يسأل الإنسان بصفته فاعلاً أو شريكاً إلا عما يكون لنشاطه دخل في وقوعه من الأعمال التي نص القانون على تجريمها، سواء أكان ذلك بالقيام بفعل أم الامتناع الذي يجرمه القانون، ولا مجال للمسؤولية المفترضة أو المسؤولية التضامنية إلا استثناء وفي الحدود التي نص عليها القانون"^(١٢٢). ولا يتصور ذلك الاستثناء إلا في الجرائم العمدية التي يكون فيها العلم والإرادة، فالاستثناء لا يجوز أن يتوسع فيه كما ورد في المادة (٣٩) من القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني.

وفي تقديرنا أن هذا الرأي قد حمل النص أكثر مما يحتمل فهو يتناقض مع مبدأ شخصية العقوبة، فالجرائم العمدية لا يمكن أن تتحقق لمجرد الإهمال أو الإخلال بجانب الرقابة، ولكن يجب التأكد من توافر القصد الجنائي أولاً، كما يناقض ويخل بمبدأ الشرعية فلا يصح الاكتفاء بخطأ غير عمدي لتوقيع العقوبة المقررة لجريمة عمدية.

إن المشرع الكويتي أشار إلى المسؤولية عن فعل الغير بالنسبة لجرائم النشر في عقاب رئيس التحرير وكاتب المقال. كما في المادة رقم (٢٧) من قانون

(١١٩) محمد أبو شادي: مرجع سابق، ص ٢١.

(١٢٠) محمد أبو شادي: مرجع سابق، ص ٢١.

(١٢١) محمود مصطفى، مجلة الشرق الأدنى، عدد يناير سنة ١٩٦٨ ف ٥٢.

(١٢٢) مجموعة أحكام النقض (١٨ مايو، سنة ١٩٦٥، س ١٦ رقم ٩٨) ص ٤٨٢.

المطبوعات والنشر" مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب رئيس التحرير وكاتب المقال أو المؤلف: ١ - إذا نشر في الصحيفة ما حظر في المادة (١٩) بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة وغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد عن عشرين ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين...." (١٢٣) لأن مسؤولية رئيس التحرير تقتضي العلم المفترض بما ينشر في صحيفته.

إن تفسير النصوص الجنائية والبحث في دلالاتها وألفاظها لمعرفة المعنى الذي يقصده المشرع ليس سهلاً. ففي بعض الأحيان يأتي النص عاماً وواضحاً فلا مشكلة تثور في مثل هذه الحالة، فالقاعدة تقول: "لا اجتهد مع النص". أما إذا اتسم النص بالغموض أو كانت دلالات الألفاظ واسعة فمن الأولى الالتزام بروح القانون لا بعبارة. فمن الوارد ألا يوفق المشرع في صياغة واختيار الألفاظ وبالتالي يبتعد التفسير عن معناه الحقيقي.

لذلك من الأولى البحث بأسلوب منطقي وتجاوز اللفظ إلى الغاية التي قصدها المشرع، فالوسيلة المثلى لتفسير النصوص هي البحث في معنى اللفظ والوقوف على إرادة المشرع وغايته معاً. لذلك يقول أنتوليزي: "إن اللفظ هو نقطة البداية في التفسير وقصد المشرع هو نقطة الوصول" (١٢٤).

د - المطلب الرابع

الصلح في القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني

يعتبر الصلح سلاحاً ذا حدين، فهو يقصر مدد التقاضي ويخفف ازدحام القضايا في أروقة المحاكم، فالجاني قد يتعمد ارتكاب الجريمة معتمداً على علاقته القوية مع المجني عليه فيطلب الصلح، أو بالعكس يستغل المجني عليه يسار الجاني ويبتزّه ليحصل على المال وبالتالي يتم الصلح.

أولاً - مفهوم الصلح:

وقد عرف القانون الكويتي الصلح في القانون الجنائي بأنه: نزول الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل عفو المجني عليه عن التهم في الإطار الذي حدده المشرع الجزائي^(١٢٥). أما في القانون المدني: يعرف الصلح بأنه عقد يحسم به عاقداه

(١٢٣) قانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر (٣/٢٠٠٦).

(١٢٤) سمير الشناوي: مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(١٢٥) قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.

نزاعاً قائماً بينهما أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جانبه من ادعائه. كما أن القانون الفرنسي^(١٢٦) في المادة ٢٠٤٤. يعرف الصلح: أنه "عقد يحسم به المتعاقدان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً". وعرف القانون المصري^(١٢٧) الصلح في المادة (٦٣٥) "الصلح عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه. على وجه التقابل لقطع النزاع الحاصل أو لمنع وقوعه".

كما أن للصلح الجنائي ركنين الأول التراضي والثاني محل الصلح. ويقصد بالتراضي: هو قبول الصلح من المجني عليه والسلطة القضائية. أما المحل: فهي الجريمة التي ارتكبها المتهم ضد المجني عليه.

ومن أهم مزايا الصلح: يسرع بإنهاء الخصومة، ويقلل من القضايا المنظورة أمام القضاء، ويحد من وصول النزاعات إلى درجات التقاضي الثلاث، ومن أهم سلبيات الصلح: الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون، فقد يفلت الجاني من العقاب، وقد يستخدمه البعض وسيلة للتمادي في الجرائم، ومن عناصر الصلح: الأركان العامة (رضا - محل - سبب). ووجود نزاع قائم أو محتمل، والنزول عن ادعاءات متقابلة. وأخيراً نية حسم النزاع^(١٢٨).

الصلح القضائي: عندما يرى طرفا الخصومة في دعوى منظورة أمام القضاء أنه من الأفضل والأجدي لهما أن يصطلحا، وفي هذه الحالة قد يقدمان شفويًا الصلح الذي تم بينهما إلى المحكمة. وبالتالي على المحكمة أن تثبته كتابة في المحضر ولها أن تطلب من الخصمين أن يوقعوا عليه إذا رأيت ذلك ضرورياً، أما إذا قدّمَا لها صلحاً مكتوباً تم بينهما، فعليها أن تأمر بضمه لمحضر الدعوى بعد أن تتأكد من أنه لا يتعارض مع القانون والآداب العامة.

الصلح غير القضائي: وقد يثور نزاع بين طرفين ولا ترفع بشأنه دعوى أمام القضاء ويعقد الطرفان بينهما صلحاً يحسم هذا النزاع منعاً من الالتجاء إلى القضاء، ويسمي هذا الصلح في هذه الحالة بالصلح غير القضائي، كما يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصوم أن تصدر حكماً وفقاً لذلك الاتفاق بعد أن تقتنع بأنه لا يتعارض مع القانون والآداب العامة.

(١٢٦) القانون المدني الفرنسي مادة (٢٠٤٤).

(١٢٧) القانون المدني المصري مادة (٦٣٥).

(١٢٨) صفوت عوض كبلو، بحث قانوني معمق حول قضاء الصلح وأثره في إنهاء الخصومات في

الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (١٩٩٥) <http://www.mohamah.net>

ثانياً - الصلح في الفقه الإسلامي:

عقد رضائي يكفي في انعقاده التراضي بالإيجاب والقبول دون حاجة إلى اتباع شكل مخصوص، وقد يكون منجزاً أو مضافاً أو معلقاً على حسب الأحوال، والأمر كذلك بالنسبة في الفقه الوضعي: فالصلح عقد رضائي أيضاً وإن كان التقنين المدني المصري قد اشترط الكتابة لإثباته، فإن الكتابة هنا للإثبات وليست ركناً للعقد، ويعتبر عقداً ملزماً للجانبين إذ ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من الطرفين.

تعريف الخصومة: يقصد بالخصومة الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء، كما يقصد بها مجموعة الأعمال التي ترمي إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء، فالخصومة بهذا الاعتبار الأخير هي أداة تطبيق القانون بواسطة القضاء، وبعبارة أخرى أداة تحقيق الحماية القضائية، وتتميز الخصومة باعتبارها عملاً قانونياً مركباً. بمعنى أنها تبدأ وتسير وتنتهي سواء بحكم قضائي يفصل في الدعوى أو بغير حكم فيها بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي أو المركز القانوني الذي تحمله الدعوى، وأحياناً يصدر الحكم بناء على مصالح الخصوم من قضاء الصلح أو محاكم الصلح.

إن القوانين الوضعية الإجرائية تهتم بالصلح بين الخصوم وقد تجعل له محاكم أو مجالس خاصة بالصلح، كما في - فرنسا وجمهورية مصر العربية والجمهورية السورية - ففي فرنسا: يسمى قاضي الدرجة الأولى قاضي الصلح Juge de paix.

ثالثاً - الصلح حسب قانون هيئة أسواق المال ٢٠١٠/٧ وذلك لمقتضيات اقتصادية بحتة:

نصت المادة (١٣١) من قانون هيئة أسواق المال "يجوز للهيئة، في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية وإلى أن يصدر فيها حكم بات، عرض الصلح أو القبول به مع أي شخص ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وذلك مقابل أداء مبلغ لا يقل عن الحد الأدنى للغرامة المقررة ولا يزيد عن الحد الأقصى، ويشترط للصلح..... رد قيمة أي منفعة محققة أو خسائر تم تجنبها، وألا يكون المتهم عائداً. وتحدد الهيئة المهلة التي يجب خلالها على المتهم استيفاء شروط الصلح طبقاً للقواعد المتقدمة، وفي حال إتمام الصلح تنقضي الدعوى الجزائية". وقد تم وضع هذه المادة لضرورات اقتصادية بحتة، حيث إن سوق الأوراق المالية يعتبر عصب اقتصاد الدولة، والصلح هنا يؤدي إلى سرعة الفصل والتسوية حتى لا يزيد الضرر في حق الشركات والمساهمين.

إن نظام الصلح في قانون الإجراءات الجزائية يقرر من جهة (المجني عليه)

ومحدد في جرائم معينة (٢٤٠-٢٤١-٢٤٢) والنص عليه في قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية في المادة رقم (٤٢)^(١٢٩) يتعارض مع قانون الجزاء. من حيث إن الصلح يقبل به المجني عليه الذي وقع عليه الضرر حسب الأصل، ولا يطلب من الجاني فقد يكون المضرور - المجني عليه - سحبت جميع أسرار شركته وذلك فيه إهدار لحقوق المجني عليه، فبدلاً من أن يتم الصلح بين الجاني والمجني عليه أشارت المادة (٤٢) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية إلى أن يدفع المتهم مبلغ ألف دينار كويتي للنيابة، ويدخل المال في خزانة الدولة وكأن القانون اختزل الأشخاص المعنوية في الدولة فقط.

وقد نصت المادة (٢٤١) من قانون الإجراءات الجزائية "يترتب على الصلح أو العفو الفردي ما يترتب على الحكم بالبراءة من آثار، ولكن في غير الجرائم التي يشترط لرفع الدعوى فيها شكوى المجني عليه، لا يترتب على الصلح أو العفو الفردي آثاره إلا بموافقة المحكمة. وإذا رغب المجني عليه في العفو عن المحكوم عليه أو الصلح معه بعد صدور حكم نهائي بإدانته، قدم طلباً بذلك إلى المحكمة التي أصدرت هذا الحكم لتتظر فيه وفقاً للأحكام السالفة الذكر". فهي التي تبيح الصلح فقط في جرائم معينة والتوسع في مفهوم الصلح يغل يد المشرع بتطبيق القانون على من يرتكب الأفعال المجرمة في المادة (٣٧) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

الخاتمة:

استعرضنا فيما سبق الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية في قانون رقم ٢٠/٢٠١٤ من خلال زاويتين، الأولى: موضوعية وتحديثنا فيها عن الخصوصية المعلوماتية، واختلاف التشريعات الدولية في الحماية الجنائية للتعامل الإلكتروني، وما هو تعريف المستند الإلكتروني، والآثار المترتبة على المساواة التشريعية بين التعامل الإلكتروني والمستند الورقي، وماهي طرق الإثبات في التعامل الإلكتروني ومعوقات إثباته.

(١٢٩) المادة رقم (٤٢) من قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية "يجوز للنيابة العامة قبول طلب الصلح ممن ارتكب للمرة الأولى جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، متى قام المتهم بتقديم طلب الصلح للنيابة العامة ودفع مبلغ ألف دينار لخزانة المحكمة قبل إحالة الدعوى للمحكمة المختصة، ويترتب على قبول الصلح انقضاء الدعوى الجزائية وجميع آثارها".

أما الزاوية الثانية: فهي الجانب الإجرائي وفيها تطرقنا إلى تصنيف الجرائم الجنائية في قانون المعاملات الإلكترونية وتقسيماتها، ثم ميزنا بين مسؤولية الشخص الاعتباري وجريمة الإهمال والإخلال بالواجبات، وماهي حدود الشخص المعنوي، ثم تحدثنا عن أهل الضبطية القضائية، جهة التحقيق، جهة التحري والاستدلال في القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن التعامل الإلكتروني، وأخيراً ما هو الصلح المقصود في قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.

إن التطور السريع للإنترنت والزيادة غير المسبوقة في عدد مستخدمي البرامج والتطبيقات الإلكترونية خلق نوعاً من التحدي للمشرع القانوني بضرورة الإسراع والعمل على سن قوانين تحقق الردع العام والخاص وتحفظ الخصوصية للأفراد.

وباستقراء القوانين في الدول الأوروبية نجدها أسرع في التعامل مع المستجدات القانونية التي تكون متعلقة بالتعامل الإلكتروني، وتأتي الدول النامية بدرجة ثانية. ولاتزال بعض الدول العربية تسير ببطء شديد ولم تضع تشريعاً مستقلاً يحدد الأفعال التي يعاقب عليها القانون إذا تم هذا الفعل من خلال الوسائط الإلكترونية.

وقد حرصت دولة الكويت على مواكبة التطور فوضعت تشريعاً قانونياً خاصاً بالتعامل الإلكتروني، ويمكن تلخيص أهم ملامح قانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن المعاملات الإلكترونية بالآتي:

يعطي القانون حجية الإثبات للمعاملات الإلكترونية وللتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والإدارية والتجارية، ليكون لهما نفس الحجية في الإثبات للتوقيع والكتابة العادية. كما عرّف المحرر الإلكتروني وتم إعطاؤه نفس مفهوم المحرر الكتابي. شمول التوقيع الإلكتروني جميع المعاملات التي يجوز إتمامها إلكترونياً وهي المعاملات المدنية والإدارية والتجارية وفقاً للشروط والضوابط التي وضعها القانون ولائحته التنفيذية.

كما شدد القانون رقم ٢٠١٤/٢٠ بشأن المعاملات الإلكترونية بالنسبة للجهات التي ستقوم بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني بضرورة الحصول على التراخيص المطلوبة من الجهة المختصة لضمان صحة وسلامة المعاملات الإلكترونية. وأخيراً وضع القانون المبادئ والشروط العامة الأساسية لتنظيم التعامل الإلكتروني، وترك الضوابط الفنية لللائحة التنفيذية التي وضعت الشروط الفنية والتفصيلات الخاصة بكل معاملة.

ونحن نرى إنه من المناسب أن يحدد المشرع الكويتي بصورة واضحة الخطأ

بالمعنى الواسع؛ لأن التطبيق العملي قد يتعذر على القاضي التحقق من صورة الخطأ الذي يحدد المسؤولية الجنائية وهو ما يمتد أثره السلبي على العدالة بوجه عام.

وفي تقديرنا أن المشرع قد خلط بهذا القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية مع بعض الضمانات الدستورية، كما أنه لم يراع بعض المبادئ العامة والمستقرة في قانون الجزاء ومنها شخصية العقوبة، كما أنه قد ساوى في العقوبة بالنسبة للجريمة العمدية وغير العمدية.

كما أقام المسؤولية التضامنية على الشخص المعنوي على غير أساس، وخفض عقوبة التزوير في محرر رسمي إلكتروني إلى جنحة، وكما هو معلوم إن جريمة التزوير في محرر رسمي تعتبر جنائية، ففعل التزوير واحد وكلاهما محرر رسمي إلا أن الفرق بينهما أن أحدهما إلكتروني وهو ما خفف فيه المشرع العقوبة وكان من الأولى التشديد. وخرج المشرع عن القواعد العامة في الصلح وهو أمر قد يسفر عن صعوبة التطبيق أو إفلات بعض الجناة من العقاب. ومما لا شك فيه إن القانون يعتبر مزيجاً من الجوانب العملية والنظرية، فهو تصارع بين ما هو كائن وبين ما هو مفترض أن يكون^(١٣٠). لذا كان لزاماً علينا أن نبين هذه الملاحظات على وجه الدقة والله ولي التوفيق.

أهم التوصيات:

١ - لدى جميع الدول قناعة تامة في أن مخاطر الخصوصية المعلوماتية قد زادت بشكل ملحوظ في السنوات الخمس الأخيرة؛ لذا صار لزاماً عليها سن تشريعات تجرم أفعال التعدي وتنظم التعامل الإلكتروني، وتعتبر ظاهرة عدم التوافق التقني وتباين التشريعات بين الدول من أهم المعوقات التي تقرر الحماية الجنائية للتعامل الإلكتروني، بل وتهدهد دائماً، غير أن دخول الدول في اتفاقيات ومعاهدات مشتركة يسهل من الحصول على أرضية مشتركة في التجريم مما يسهل القبض على الجاني.

٢ - هذا التزايد في الجرائم المعلوماتية وانتهاك الخصوصية زاد العبء على المحققين ورجال الشرطة والقضاء، وبالتالي صار من الضروري أن تستعين الحكومات وتلجأ إلى خبراء للتعامل مع البيانات والمعلومات كأدلة جنائية رقمية.

(١٣٠) مشاعل عبد العزيز الهاجري، قلاع وجسور الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية - دراسة في القانون بوصفه حقلاً معرفياً مستقلاً وعلاقته بغيره من العلوم (مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، العدد ٣، السنة ٣١ سبتمبر، ٢٠٠٧) ص ١٩٦.

- ٣ - تعتبر المعاملات الإلكترونية ذات ثقة ومصداقية في الإثبات ويعتد بها كدليل إذا تمت بالشروط التي حددها القانون، وهو ما سيحدث نقلة نوعية في اختصار الوقت^(١٣١) والجهد على كافة الأصعدة.
- ٤ - ضرورة إنشاء وحدات للتحقيق في جرائم المعلومات بالقدر الذي لا يخرق الضمانات الدستورية ولا يتعدى فيه على حرية الأفراد. وكذلك تعزيز التدابير الاحتياطية التي تحفظ أمن المعلومات والبيانات الشخصية وكذلك التعامل الإلكتروني. والعمل على إنشاء مختبرات للبحث التقني وتقصي الأدلة الرقمية ومختبرات للذكاء الاصطناعي والاستفادة منها في مجال الأدلة الجنائية الرقمية.
- ٥ - العمل على نشر الوعي والثقافة والمعرفة بين الناس والهيئات والشركات بأهمية الخصوصية المعلوماتية، فالاعتماد على سن القوانين وتغليظ العقوبات فقط لا يكفي، خصوصاً في ظل المناداة بالحكومة الإلكترونية الخالية من الأوراق.
- ٦ - إيجاد أنظمة حماية قوية من خلال العمل المنظم باتخاذ نسخ احتياطية^(١٣٢) وتخزينها في الخارج ووضع التدابير الاحتياطية في حالة حدوث أي اختراق أمني للنظام أو كوارث طبيعية.
- ٧ - الإعداد العلمي لرجال الشرطة والمحققين ووكلاء النيابة وتزويدهم بالمعرفة الفنية بهذا النوع من الجرائم، وكذلك إحاطة الخبراء الفنيين بالأمر والإجراءات القانونية. وعقد الدورات التدريبية المشتركة بهدف تبادل الخبرات والعمل بروح الفريق الواحد.
- ٨ - كما نوصي بضرورة عمل قاعدة بيانات تتبع مجلس وزراء الداخلية العرب وزيادة الجهود الدولية في مجال مكافحة الجريمة، والتعرف على أصول ونظريات تقنية المعلومات الحديثة، وبالتالي تنظيم عملية بناء وجمع الأدلة بالقدر الذي يحفظ الحقوق الدستورية وسرية التعامل الفردية، لأنه في مثل هذه الجرائم غالباً ما يكون فيها مصطلحات تكنولوجية خاصة وأمور برمجية يصعب على الشخص المعتاد فهمها.

(١٣١) تعتبر حكومة دبي رائدة الخليج في التعاملات الإلكترونية وهي في المرتبة الـ ٢٢ عالمياً بحسب تقرير ممارسة الأعمال الصادر من البنك الدولي عام ٢٠١٣، كما أن إنجاز الرخصة التجارية في دبي لا يستغرق أكثر من نصف ساعة.

(١٣٢) يوجد بنوك خاصة بحفظ المعلومات والبيانات مهمتها تخزينها وحمايتها حتى ضد الحريق والظروف القاهرة كالزلازل والأعاصير وغيرها. وتقوم وزارة الداخلية في الكويت بحفظ جميع المعاملات الموثقة من خلال أجهزتها على شكل نسخ احتياطية خارج البلاد وذلك بهدف حمايتها.

٩ - إيجاد شرطة ونيابة متخصصة وتدريب الكوادر: طبيعة الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي تقتضي معرفة متميزة بنظم الحاسبات، وكيفية تشغيلها، ووسائل إساءة استعمالها من قبل مستخدميها، ولن تتحقق هذه المعرفة إلا بالتدريب والتعليم لمباشرين للتحقيق في مجال الجرائم الإلكترونية، إلى الحد الذي دعا البعض إلى القول بضرورة وجود شرطة متخصصة^(١٣٣)، ونيابة متخصصة في هذا المجال.

ويجب أن يشتمل التدريب على كيفية تشغيل الحاسبات، بعد التعرف على أنواعها ونظمها المختلفة، لاكتساب مهارات ومعارف تتعلق ببرمجة الحاسبات، والمعالجة الإلكترونية للبيانات والجرائم التي تقع على الحاسبات، أو تستخدم الحاسبات وسيلة لارتكابها، وأساليب ارتكاب هذا النوع من الجرائم، مع دراسة حالات تطبيقه لجرائم وقعت سلفاً، وكيف تم مواجهتها. كما هو الحال في أمريكا وإنجلترا، وكندا.

١٠ - في نطاق سياسة تجريم ظاهرة الاعتداء على الثقة العامة في مجال التعامل الإلكتروني نجد أن المشرع الكويتي حرص على فكرة الثقة الإيجابية والحماية المادية والمعنوية. لذلك نرى أنه من الملائم أن يقرر المشرع الكويتي سريان بعض الأحكام والقواعد على الأفعال التي ترتكب في الخارج إذا كان من شأن هذه الأفعال المساس بالثقة العامة للتعامل الإلكتروني حتى لا يفلت الجاني من العقاب.

١١ - هناك حاجة غير محدودة لخبراء البحث التقني، وتأتي الصعوبة في استقطابهم للعمل في مجال العدالة الجنائية والجرائم الإلكترونية، وهو أمر يمثل تحدياً كبيراً أمام الحكومات، فيجب إعطاء الخبراء في مجال البحث التقني المزيد من الأهمية وتوفير الحوافز المالية وكل ما يحتاجونه حتى لا ينفروا من العمل في مجال العدالة الجنائية الذي فيه الكثير من المسؤولية.

١٢ - الحكومة الإلكترونية اليوم أصبحت دليل تطور الشعوب وقيادتها الحكومية، فتسعى الدول المتطورة إلى وضع جميع المعاملات الإدارية الحكومية والمدنية والتجارية بشكل عام بطريق إلكتروني خالي من الأوراق مما يوفر في عدد الموظفين وازدحام الطرقات ويسهل على الناس معيشتهم، ويستهدف هذا كله رفع كفاءة العمل الإداري، والارتقاء بمستوى أداء الخدمات الحكومية بما يتفق مع إيقاع العصر.

(١٣٣) أنشأت وزارة الداخلية في الكويت إدارة مكافحة الجرائم الإلكترونية وتهدف إلى الكشف عن الجرائم الإلكترونية مثل إتلاف وتشويه البيانات والمعلومات الخاصة بالأفراد والمؤسسات أو انتحال الشخصية.

قائمة المراجع

أولاً - اللغة العربية:

أ - الكتب والرسائل العلمية والمجلات:

- ١ - إبراهيم أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية (٢٠٠٣).
- ٢ - أحمد حبيب السماك، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية (الكويت: وزارة الداخلية أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية).
- ٣ - أحمد رشيد المطيري، محمد سليمان الرشيد، المبادئ العامة للقانون (الطبعة الرابعة، ٢٠٠٩).
- ٤ - أشرف توفيق شمس الدين، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم العدد: ١ السنة: ٢٠٠٣ تاريخ الانعقاد: ٢٦ نيسان ٢٠٠٣ تاريخ الإنهاء: ٢٨ نيسان ٢٠٠٣ الدولة: دبي - الإمارات العربية المتحدة.
- ٥ - إقبال القلاف، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية في القانون الجزائي الكويتي (الكويت: دار العلم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥).
- ٦ - الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الإلكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بحث فقهي مقارن (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠١١).
- ٧ - بلال أمين زين الدين، جرائم نظم المعالجة الآلية للبيانات في التشريع المقارن والشريعة الإسلامية (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨).
- ٨ - ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجتيه في الإثبات (دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧).
- ٩ - حازم حسن أحمد متولي، الحماية الجنائية للثقة العامة في المعاملات التجارية الإلكترونية في التشريع الإماراتي، (مجلة الفكر الشرطي، المجلد رقم ٢٣، العدد رقم ٩١، أكتوبر ٢٠١٤).
- ١٠ - حسن طاهر داوود، جرائم نظم المعلومات (الرياض: الطبعة الأولى، ٢٠٠٠).
- ١١ - خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية (الدار الجامعية، ٢٠٠٨).
- ١٢ - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي؛ (منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧).
- ١٣ - سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي دراسة

- مقارنة قانون العقوبات المصري والفرنسي والألماني والنرويجي الكتاب الأول الجريمة (الكويت: وزارة الداخلية، كلية الشرطة، ١٩٨٨).
- ١٤ - سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي دراسة مقارنة قانون العقوبات المصري والفرنسي والألماني والنرويجي الكتاب الثاني المسؤولية الجنائية والعقاب (الكويت: وزارة الداخلية، كلية الشرطة، ١٩٨٨).
- ١٥ - صفوت عوض كبلو، بحث قانوني معمق حول قضاء الصلح وأثره في إنهاء الخصومات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (١٩٩٥).
- ١٦ - عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون العام (القاهرة: ١٩٧٢).
- ١٧ - عبد الوهاب حومد، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية (الكويت: جامعة الكويت، الطبعة الرابعة).
- ١٨ - فايز عايد الظفيري، قانون الجزاء الخاص (الكويت: وزارة الداخلية الإدارة العامة للتدريب).
- ١٩ - مجدي عز الدين يوسف، أصول القانون الإداري أسس التنظيم الإداري وسائل الإدارة العامة في القانون المقارن والكويتي (الكويت: وزارة الداخلية أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية).
- ٢٠ - مجموعة أحكام النقض (١٨ مايو، سنة ١٩٦٥، س ١٦ رقم ٩٨).
- ٢١ - مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٢/١ حتى ٩٦/١٢/٣١، القسم الثالث (المجلد الأول، يوليو، ١٩٩٩).
- ٢٢ - محمد أبو شادي، مبادئ علم العقاب دراسة مقارنة لطبيعة العقوبة والتدبير الاحترازي وأساليب التنفيذ العقابي مع التطبيق لأحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٢ بتنظيم السجون في الكويت (الكويت: وزارة الداخلية أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية، ١٩٩٣).
- ٢٣ - محمد الأمين البشري، الجرائم الإلكترونية التحقيق الادعاء المحاكمة ومعاملة المذنبين فيها (الإمارات العربية المتحدة، حكومة دبي، ٢٠١٢).
- ٢٤ - محمود مصطفى، مجلة الشرق الأدنى، عدد يناير، سنة ١٩٦٨، ف ٥٢.
- ٢٥ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام (دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٨٩).
- ٢٦ - مشاعل عبد العزيز الهاجري، قلاع وجسور الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية - دراسة في القانون بوصفه حقلاً معرفياً مستقلاً وعلاقته

بغيره من العلوم (جامعة الكويت: مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد ٣، السنة ٣١، سبتمبر، ٢٠٠٧).

٢٧- نبيل محمد أحمد صبح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية - دراسة مقارنة (جامعة الكويت: مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد ٢، السنة ٣٢، يونيو، ٢٠٠٨).

ب - القوانين

- ١ - الدستور الكويتي ١٩٦٢.
- ٢ - قانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الجزاء.
- ٣ - قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.
- ٤ - قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.
- ٥ - قانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ في شأن المطبوعات والنشر.
- ٦ - الدستور المصري.
- ٧ - القانون المدني المصري.
- ٨ - اللائحة التنفيذية الخاصة بالقانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن المعاملات الإلكترونية.
- ٩ - محاضر اجتماعات لجنة الدستور والمجلس التأسيسي.

ثانياً - اللغة الإنجليزية:

- 1 - Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001.
- 2 - Deva Vasua, E-Crime and Remedies. Delhi:Saujanya Book, 2005.
- 3 - The Universal Declaration of Human Rights (UDHR).
- 4 - John R. Vacca: Computer Forensics- Computer Crime Scene Investigation (Snd.ed) Massachus -Etts. Charles River Midia. 2005.
- 5 - Philip Virgo,Eurim,2003,Auailable at www.zdnet.co.uk.
- 6 - Power, Richard: Curvent and Future Danger, San Francisco: Computer Security Institute 1995.
- 7 - Rigaux(M) et Trouss (P.E): Les Crimes et les delits du code penal.T2.Bruxelles-Paris1952.p.455.
- 8 - <http://aawsat.com/home/article/373401>.

- 9 - <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>.
- 10 - <http://www.mohamah.net>.
- 11 - <http://www.alyaum.com/article/4071469>.
- 12 - <https://www.moj.gov.kw/sites/ar/PublicProsecution/pages/default.aspx>.
- 13 - <http://www.kna.kw/clt/run.asp?id=1658#sthash.-WAQMpFGW.dpuf>.

ثالثاً - اللغة الفرنسية:

- ١ - القانون الفرنسي الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥، المادة ٣/١٣٧٤ مدني فرنسي.
- ٢ - قانون العقوبات الفرنسي المادة (٤١٨).

حجية وسائل الاتصال الحديثة في مسائل الطلاق أمام القضاء السعودي - دراسة مقارنة*

الدكتور/ هوارى بلعربي
قسم القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم
السياسية - جامعة الملك سعود
المملكة العربية السعودية

ملخص:

إن استفحال ظاهرة الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة في المجتمعات الإسلامية عموماً، وفي المملكة العربية السعودية تحديداً أصبحت تطرح العديد من التساؤلات حول صحة وقوعه، ومدى الاستعانة بهذه الوسائل لإثبات الطلاق أمام المحاكم السعودية.

في ظل الانقسام السائد بين فقهاء المجتمعات العربية والإسلامية حول الاعتراف بمسألة اللجوء إلى هذه الوسائل في مجال الأحوال الشخصية، تمكنت هذه الظاهرة من فرض نفسها من خلال انتشارها الرهيب في هذه المجتمعات مما جعل الكثيرين يعتبرونها كباقي الوسائل المعبرة عن الإرادة، والتي يعتد بأنّها القانونية المترتبة عنها.

لم يؤد التطور التكنولوجي الحديث في مجالات الاتصالات والانترنت إلى توفير الضمانات الكافية للقضاء على بعض الأساليب التي يلجأ إليها بعض الأفراد، والتي برهنت في الوقت نفسه قابلية وسائل الاتصال الحديثة للتعرض إلى القرصنة والغش والاحتيال، الأمر الذي جعل بعض المجتمعات تستبعدّها بشكل نهائي من مجال الأحوال الشخصية نظراً لحساسية مواضيعها وقداستها روابطها التي أكدتها الشريعة الإسلامية في أكثر من موضع.

بين مؤيد ومعارض لهذه الظاهرة، وأمام الفراغ القانوني السائد في الأنظمة السعودية أصبح من الضروري على المنظم السعودي الالتفات لهذه الظاهرة والاهتمام بها من خلال وضع نصوص وأحكام توضح للأفراد شروط وضوابط اللجوء إلى وسائل الاتصال الحديثة لإيقاع الطلاق، وكيفية الاحتجاج بها أمام القضاء لتحديد حجيتها مقارنة مع وسائل الإثبات التقليدية التي تضمنها نظام المرافعات الشرعية السعودي.

* أشكر مركز البحوث بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، على دعمه لهذه الدراسة، وأؤكد بأن الآراء الواردة فيها تمثل وجهة نظر الباحث الشخصية، ولا تمثل بأي حال من الأحوال رأي المركز.

تمهيد:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وآله وصحبه والتابعين لهم بإحسان، لقد اجتاحت التطور العلمي المذهل جميع المجالات والمعاملات الناشئة عن علاقات أفراد المجتمع، وأنشأ تقاليد جديدة تتماشى وعصر السرعة الذي نعيشه في وقتنا الحاضر، وتم الانتقال من المجتمع الورقي إلى المجتمع الإلكتروني أو اللأورقي، كما يطلق عليه^(١)، بحيث أصبحت جل المعاملات والتعاقدات تتم عبر وسائل إلكترونية حديثة كالبريد الإلكتروني، رسائل الجوال، وغيرها من التقنيات التي لا تزال تذهل مستخدميها من جراء سرعتها وبساطتها.

إن دخول المجتمعات عصر الحداثة المتميز بالسرعة، وتبنيها الوسائل الإلكترونية الحديثة في مجال التجارة التي أصبح يطلق عليها الآن "التجارة الإلكترونية" جعل اقتصاد الدول يعرف نقلة نوعية في ظل العولمة والتجارة العالمية التي أصبحت تفرض قواعد وأساليب تعكس انفتاح الدول والمجتمعات على بعضها البعض.

كما لا يخفى على كل متتبع لهذه التطورات السريعة أن ولوج وسائل الاتصال الحديثة في مختلف المعاملات شكل هاجساً كبيراً للدول في المجالين التشريعي والقضائي، إذ لزم الأمر بهذه الدول إلى تغيير أنظمتها القانونية لمطابقتها مع هذا التطور حيث بادرت الاتفاقيات الدولية إلى الاعتراف بالمعاملات التي تعقد عبر هذه الوسائل الحديثة كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، والتي تقضي بصحة العقود الإلكترونية^(٢)، وبالتالي سارعت أغلب الدول إلى تقنين تشريعات داخلية حديثة تتبنى التصرفات القانونية التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة^(٣).

- (١) محمد مكوي، الورق والإنترنت... عناق الماضي بالمستقبل، مجلة المعلوماتية، وكالة التطوير والتخطيط بوزارة التربية والتعليم السعودية، العدد (٢٣) أغسطس ٢٠١١م.
- (٢) المادة ١/١١ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية "اليونسترال"، رقم ١٦٢/٥١، وتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٦م.
- (٣) نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨)، وتاريخ ١٤٢٨/٣/٨هـ، ولائحته التنفيذية الصادر بالقرار الوزاري رقم (٢)، وتاريخ ١٤٢٩/٣/١٠هـ؛ القانون رقم ٢٣٠/٢٣٠ الصادر بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٠م، والمعدل لبعض أحكام القانون المدني الفرنسي، والمتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني؛ مرسوم سلطنة عمان رقم ٢٠٠٨/٦٩م، المتعلق بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية؛ قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م، بشأن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي؛ القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م؛ مرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٢م =

لقد أحل المستند الإلكتروني محل المستند الورقي، وأحل التوقيع الإلكتروني محل التوقيع الكتابي في مختلف المعاملات المدنية والتجارية، كما أنصبت الدراسات والأبحاث الفقهية والقانونية على معرفة مدى حجية وسائل الإثبات الإلكترونية، ومدى مساواتها مع وسائل الإثبات التقليدية وكيفية القياس عليها.

لم تقتصر هذه الثورة العلمية على المجالات التجارية والمدنية، بل تعدى الأمر حدود ذلك بحيث نشأت ظواهر اجتماعية جديدة بفعل الانتشار الهائل لوسائل الاتصال الحديثة بحيث أصبحت تهدد مجالات لطالما عرفت بخصوصية علاقاتها وقدسية روابطها وحساسية مواضيعها ألا وهي الأحوال الشخصية بحيث أصبح الزواج والطلاق يتمان عبر وسائل الاتصال الحديثة مما أثار الكثير من التساؤلات حول صحتها وحجيتها.

لقد اقتضت مواكبة العصرية والحداثة لدى بعض أفراد المجتمعات إلى تعميم وتبني وسائل الاتصال الحديثة في كافة مجالات الحياة الاجتماعية بما فيها العلاقات الأسرية من حيث نشأتها وانحلالها، ولعل أبرز ظاهرة وإن كانت تبدو غريبة ودخيلة على المجتمعات الإسلامية ألا وهي ظاهرة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة أن يلجأ بعض الأزواج إلى تقنية الرسائل الإلكترونية أو الرسائل القصيرة (sms) عبر الهاتف النقال، أو الجوال للتعبير عن إرادتهم في مسائل الطلاق، وهذا ما لم تعهده المجتمعات الإسلامية.

وفي المقابل من ذلك، برزت أراء مغايرة تدعم اللجوء إلى الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة وإن تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية، والاعتراف لها بالحجية قياساً على الوسائل التقليدية في مجال الإثبات، كما دعموا رأيهم بقدرة مواكبة أحكام الشريعة الإسلامية لتطور المجتمعات، واستشهدوا في ذلك بمسائل وقضايا عصرية ساعدت على الوصول إلى الحقيقة القضائية، والتي أُنارت في الكثير من الأحيان سبيل القضاء في بحثه عن حلول وحقائق في مسائل إثبات النسب من خلال اللجوء إلى اختبارات ما يسمى بالحمض النووي (D.N.A).

= بشأن المعاملات الإلكترونية لدولة البحرين؛ قانون رقم (٨٣) بتاريخ ٢٠٠٠/٨/٩م،
المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي؛ قانون رقم ٥٣/٥ لسنة ٢٠٠٧م،
بشأن التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي؛ قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م،
بشأن المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني المصري؛... الخ.

لقد اعتاد القضاء السعودي في مختلف القضايا التي يفصل فيها على وسائل الإثبات التقليدية التي أقرتها الشريعة الإسلامية^(٤) في مجال إثبات وقوع الطلاق كالإقرار، الشهادة، اليمين، الكتابة، القرائن،... الخ، كما كانت أحكام وقرارات مختلف الجهات القضائية في المملكة تخلو من الإشارة إلى وسائل الإثبات الحديثة، ولكن تطور المجتمع السعودي جعل القضاة والفقهاء يفكرون في كيفية الاستعانة وقبول مثل هذه التقنيات الحديثة، ومدى صحة المعاملات المعقودة بواسطتها.

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية الغراء أقرت مبدأ حرية الإثبات في المعاملات وقيدته في الجنايات حفظاً على الأرواح والأبدان^(٥).

وعلى الرغم من الاختلاف في حصر وسائل الإثبات^(٦) إلا أن الشريعة الإسلامية حددت الأحكام الشرعية التي يأخذ بها القاضي عند مواجهة حالات الطلاق، وكذا كيفية التأكد من وقوعه. ولعل من أهم أنواع الطلاق ما يتم الإعلان أو التعبير عنه بالإرادة المنفردة من قبل الزوج، والذي غالباً ما يقع بعيداً عن مجلس القضاء، وبالتالي يستلزم الأمر إثباته أمامه، وإن كان حكمه في الأخير حكماً تقريرياً وليس منشأً للطلاق.

لقد استوجب المنظم السعودي ضرورة تسجيل الطلاق لدى الأحوال المدنية كما هو منصوص عليه في المواد ٤٦ وما بعدها من نظام الأحوال المدنية السعودي^(٧)، كما اشترط توثيق الطلاق لدى مأذون الأنكحة^(٨) الذي يتولى مسؤولية إرساله والإبلاغ عن الطلاق الواقع أمامه بحضور الشهود إلى مصلحة الأحوال المدنية لتسجيله وفقاً لما جاء في التوثيق الرسمي للمأذون.

لقد أفرد المنظم السعودي فصلاً كاملاً في نظام المرافعات الشرعية^(٩) تضمن

(٤) د. محمود محمد هاشم، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مطابع جامعة الملك سعود، ١٩٨٨م، ص ١٨٥ وما بعدها.

(٥) د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، بيروت، (١٩٨٢)، ص ٦٢٣ وما بعدها.

(٦) د. عبد الرحمن بن عبد الله السند، حجية الوثيقة الإلكترونية، مجلة العدل السعودية، العدد (٣٤) ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، ص ١٥٩.

(٧) نظام الأحوال المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧)، وتاريخ ١٤٠٧/٤/٢٠هـ، بالموافقة على هذا النظام بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (١) وتاريخ ١٤٠٧/١/١١هـ، ونشر بجريدة أم القرى في عددها رقم (٣١٤٣) وتاريخ ١٤٠٧/٥/٩هـ.

(٨) لائحة مأذوني عقود الأنكحة الصادرة بقرار وزير العدل سنة ١٤٢٤هـ.

(٩) نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١)، وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ، والمنشور في جريدة أم القرى العدد رقم (٣٨١١)، وتاريخ ١٤٢١/٦/١٧هـ.

نصوصاً من المادة السابعة والتسعين إلى المادة السابعة والخمسين بعد المائة القواعد الإجرائية المتعلقة بوسائل الإثبات التقليدية كاستجواب الخصوم، والشهادة، واليمين، والإقرار، والمعينة، والخبرة، والكتابة. وخلافاً للقواعد الموضوعية المتعلقة بمحل وعيب الإثبات التي تعتبر قواعده غير متصلة بالنظام العام، فإن القواعد الإجرائية المتعلقة بمختلف وسائل الإثبات تعد مرتبطة بالنظام العام كونها متعلقة بنظام التقاضي^(١٠) أمام المحاكم، وبالتالي لا يسمح للمتقاضين مخالفتها وإلا وقع ذلك تحت طائلة البطلان من خلال الطعن فيه.

الملاحظ أن غالبية التشريعات المقارنة في مجال الطلاق توجب وقوعه أمام القضاء، ويسمى ذلك بالطلاق القضائي، ويعد في بعض التشريعات الأخرى الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء لا وجود له من الوجهة القانونية^(١١) مع منح فرصة إثبات وقوعه كما نصت عليه المادة ١٠١ من قانون الأحوال الشخصية الأردني^(١٢).

اللافت للنظر أن نظام المرافعات الشرعية السعودي لم يتضمن أحكاماً تخص وسائل الإثبات الحديثة رغم انتشارها ولجوء الأفراد إليها، ومع بروز ظاهرة الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة في المجتمع السعودي من خلال قيام بعض الأزواج بإيقاع الطلاق عبر الهاتف، أو عبر البريد الإلكتروني، أو بواسطة الرسائل القصيرة (sms) مما يثير تساؤلات وإشكالات قانونية حول صحة وقوعه ومشروعيته، وكذا مدى حجية وسائل الاتصال الحديثة أمام القضاء السعودي، بالإضافة إلى معرفة كيف يتعامل القاضي السعودي معها في ظل غياب النصوص النظامية التي تحكمها أو تنظمها؟

(١٠) د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٦٧ وما بعدها.

(١١) المادة ٤٩ من قانون الأسرة الجزائري رقم ١١/٨٤ وتاريخ ١٩٨٤/٦/٩م، المعدل والمتمم بالأمر رقم ٢/٥ وتاريخ ٢٠٠٥/٢/٢٧م؛ المادة ٧٨ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة بالظهير الشريف ٢٢-٠٤-١ الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٣ م بتنفيذ القانون رقم ٧٠/٣ بمثابة مدونة الأسرة؛ المادة ٣٠ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بتاريخ ١٩٥٦/٨/١٣م.

(١٢) تنص المادة ١٠١ من قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر برقم ١٩٧٦/٦١ والمنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٦٦٨ وتاريخ ١٩٧٦/١٢/١م، على أنه: "يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعلياً أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني...".

سنتناول في هذا البحث التعرف على مدى جوازية التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصال الحديثة من خلال عرض ومناقشة آراء الفقهاء والعلماء للوقوف على آرائهم فيما يتعلق بالاعتداد بوسائل التقنية الحديثة في مسائل الطلاق (المبحث الأول).

أمام وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة وعرضه على القضاء بهدف إثباته، يحسن بنا عرض بعض الأحكام القضائية التي أصدرتها بعض المحاكم السعودية في هذا الشأن؛ وذلك للتعرف على نظرة القاضي السعودي لها، والحجية التي تتمتع بها داخل ساحة القضاء، كما سنتناول بعض التطبيقات القضائية المقارنة في هذا المجال (المبحث الثاني).

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على ظاهرة الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، والتي تعد إحدى الظواهر الحديثة التي برزت في المجتمعات الإسلامية عموماً، وفي المملكة العربية السعودية خاصةً.

كما يقوم البحث باستعراض أهم مواقف الفقهاء والمهتمين بمسألة الطلاق الإلكتروني، ثم تناول الظاهرة من خلال الواقع العملي بحيث تبرز أهمية كيفية تعامل القضاء السعودي معها، بالإضافة إلى إلقاء نظرة في الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة التي تواجه نفس الظاهرة.

مشكلة البحث:

لقد أفرز التطور التكنولوجي الحديث نشأة وسائل اتصال حديثة غيرت مجرى المعاملات التي يعقدها الأفراد فيما بينهم، كما هرعت الدول إلى تغيير تشريعاتها الوضعية وإدخال التعديلات التي من شأنها مواكبة هذا التطور في مجال المعاملات المدنية والتجارية.

وأمام لجوء الأفراد في المجتمعات الإسلامية إلى الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة في مجال الأحوال الشخصية، وفي الطلاق تحديداً، برزت العديد من التساؤلات حول مدى صحة وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في ظل غياب أحكام ونصوص تشريعية تنظم شروط وصحة هذا النوع من الطلاق المنعقد بإرادة الزوج، كما يعد ضرورياً معرفة كيف تعامل القضاء مع مختلف وسائل الاتصال الحديثة في ظل اعتياده على وسائل إثباتية تقليدية في إثبات الطلاق.

أهداف البحث:

- نحاول من خلال هذا البحث توضيح مفهوم الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، كما يهدف البحث إلى تحديد ما يلي:
- دراسة مدى اعتبار وسائل الاتصال الحديثة كوسيلة للتعبير عن الإرادة الموقعة للطلاق.
- تحديد موقف الأنظمة والقوانين اتجاه الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة في مسائل الطلاق.
- تحديد حجية وسائل الاتصال الحديثة في مسائل الطلاق، وكذا موقف القضاء منها.
- تبين حجية وسائل الاتصال الحديثة في مسائل الطلاق في الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة.

منهجية البحث:

يعتمد البحث أساساً على المنهج الاستقرائي التحليلي لتوضيح المبادئ الحاكمة والمعمول بها في نظرية الإثبات، بالإضافة إلى التطرق إلى دراسة وتحليل بعض الأحكام القضائية، كما يعتمد على المنهج المقارن الذي يساعد في توضيح ومعرفة ما هو معمول به في الأنظمة القانونية والقضائية الأخرى مقارنة مع ما هو سائد ومطبق في المملكة العربية السعودية.

خطة البحث:

لقد قمت في البداية بعرض مقدمة تتضمن توضيحاً لأسباب ظهور ظاهرة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في المجتمعات الإسلامية، ومن ثم تحديد مفهومه وخصائصه، كما قمت بتقسيم البحث إلى مبحثين حيث تناولت في الأول صحة التعبير عن الإرادة بوساطة وسائل الاتصال الحديثة في مجال الطلاق المنعقد بإرادة الزوج، ورأي الفقه من مسألة اللجوء إلى هذه الوسائل، أما في المبحث الثاني تناولت موقف القضاء السعودي من الطلاق المنعقد بوساطة وسائل الاتصال الحديثة، وحجية هذه الأخيرة أمام القضاء السعودي وباقي الأنظمة القضائية المقارنة، كما عرضت خاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصل إليها البحث، بالإضافة إلى مجموعة من التوصيات، وفي الأخير قائمة من المراجع العربية والأجنبية التي ساعدت في إنجاز البحث.

المبحث الأول

مدى صحة وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة

يراد بالطلاق في المعنى الاصطلاحي بحل الرابطة الزوجية أو "حل قيد النكاح" ^(١٣)، وعرفه المحدثون على أنه: "حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل بعبارة تفيد ذلك صراحة أو ضمناً، تصدر من الزوج أو القاضي بناء على طلب الزوجة" ^(١٤).

وتتفق التشريعات الوضعية على تعريفه بحل أو فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة وفق الحالات التي أقرتها أحكام الشريعة الإسلامية كالخلع، أو التطليق للضرر، ... الخ.

عُرف الطلاق في الحضارات الإنسانية القديمة ^(١٥) بحيث تناولته مختلف الشرائع السماوية كالإسلامية، والمسيحية، واليهودية مع وجود مفارقات حول مشروعيتها، وأسباب وقوعه ^(١٦)، كما أن الشريعة الإسلامية وضحت مشروعية الطلاق من خلال العديد من الآيات القرآنية الكريم ^(١٧)، والأحاديث النبوية الشريفة ^(١٨)، وبينت أحكامه

(١٣) المقنع في فقه الإمام أحمد، ١٣٢/٣.

(١٤) د. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار النفائس، ١٩٩٨م، ص ١٤٠.

(١٥) د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الطبعة الرابعة، ١٤١٣ هـ - ١٩٧٢م، ص ٢٩٩ وما بعدها.

(١٦) لقد شرعت الديانة المسيحية الطلاق في حدود ضيقة بحيث لا يلجأ إليه إلا عند ثبوت زنا الزوجة، فهو رباط أبدي ومقدس لدى المسيحيين، أما اليهود فقد أباحوا الطلاق للزوج بشكل مطلق بحيث يمكنه طلاق زوجته لأي سبب مع توجيه كتاب طلاق ليصبح حلاً لامرأة أخرى، كما يمكن للمرأة اليهودية طلب الطلاق من زوجها أو عن طريق المحاكم الشرعية. انظر: <http://ar.wikipedia.org> [URL].

(١٧) الآيات ٢٢٦ إلى ٢٣٢ من سورة البقرة؛ من ٢٣٦ إلى ٢٣٧ من نفس السورة؛ الآية ٤٩ من سورة الأحزاب؛ الآيات ١ إلى ٣ من سورة الطلاق؛ ... الخ.

(١٨) عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك" رواه أبو يعلى، وصححه الحاكم، انظر: ابن جعفر السقلائي، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، باب الطلاق، ١٠٦٩ وما بعده؛ وقال رسول الله ﷺ: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"، وقال أيضاً: "أبغض الحلال إلى الله: الطلاق"، وقال عمر رضي الله عنه: "طلق النبي ﷺ حفصة ثم راجعها"، انظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء ٩، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة ٤ معدلة، ١٩٩٧م، ص ٦٨٧٣؛ راجع أيضاً: د. رمضان علي السيد =

وقيوده حتى لا يتم التعدي على حدود الله^(١٩) والتلاعب فيها^(٢٠) ولقد أكدت النصوص الشرعية على أن الطلاق بيد الرجل^(٢١) باعتباره حقاً له لا يلجأ إليه إلا عند اقتضاء الضرورة حفاظاً على الروابط الأسرية، ومنعاً من الوقوع في الحرج والضيق والضرر بحيث تكون استمرارية الرابطة أو العلاقة الزوجية هي المبدأ وحلها هو الاستثناء، ولا يكون ذلك إلا بعد اللجوء إلى محاولات الصلح بين الزوجين.

إن بروز ظاهرة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في المجتمعات العربية والإسلامية بوجه عام، وفي المملكة العربية السعودية بوجه خاص، يستدعي معرفة صحة التعبير عن الإرادة التي توقع الطلاق بوساطة هذه الوسائل، ومدى تناسب هذه الوسائل مع صيغ الطلاق التقليدية (اللفظ، الكتابة، والإشارة)، وهل يمكن القياس عليها؟ (المطلب الأول).

كما نستعرض آراء ومواقف الفقهاء والعلماء المؤيدة والمعارضة فيما يتعلق بتبني هذه الوسائل وقبولها كوسيلة لإيقاع الطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول صحة التعبير عن الإرادة الموقعة للطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة

من المتفق عليه شرعاً أن العصمة بيد الرجل، فقوامة الزوج على زوجته مؤكدة شرعاً بدليل القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة^(٢٢) وعلى هذا الأساس نجد أن

= الشرنباصي - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، القسم الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦م، ص ٤.

(١٩) قال الله تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٣٠).

(٢٠) الشيخ سليمان بن إبراهيم الأصفه، دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل السعودية

(٢٧) رجب ١٤٢٦، ص ١٦١ وما بعدها.

(٢١) قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ

وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ (سورة النساء، الآية ٣٤)؛ وقال النبي ﷺ: "إنما الطلاق

لمن أخذ بالساق" سنن ابن ماجه، ٢٠٨١.

(٢٢) قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ": أي الرجل قيم على

المرأة، أي هو رئيسها، وكبيرها، والحاكم عليها ومؤدبها إذا عوجت، إسماعيل بن كثير، تفسير

القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت (٥٠٣/١)؛ كما قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى﴾

(سورة آل عمران، الآية ٣٦)؛ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:

"لا يجل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه وما أنفقت من =

الشارع الإسلامي أقر نوعاً من أنواع الطلاق الذي ينعقد بإرادة الزوج المنفردة دون تعسف، أو تسلط، أو انتهاك لحقوق الزوجة التي ضمنها الشرع الإسلامي في حال استبداد الزوج، بحيث منحها حق اللجوء إلى المحاكم للمطالبة بحقوقها وحقوق الأولاد إن وجدوا.

الجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية، في مجال المعاملات، لم تقيد إرادة المتعاقدين من حيث التعبير عنها، مما يجعل المتعاقد يعبر عن إيجابه أو قبوله بالصيغ التقليدية المعروفة والمتمثلة في اللفظ والكتابة والإشارة المفهومة^(٢٣)، ولكن حدوث التطور التكنولوجي وما أفرزه من ابتكار تقنيات حديثة لم تكن معهودة في السابق، جعل الفقه الإسلامي يتلاءم معها وقبولها كوسائل للتعبير عن الإرادة مادامت تعكس وتعبّر عن إرادة ورغبة المتعاقدين في إنشاء التصرف وترتيب آثاره القانونية.

بعد الثورة التي أحدثتها كل من الفاكس والتلكس والهاتف الثابت، جاء دور الشبكة العنكبوتية والهاتف النقال اللذين غيرا مجرى المعاملات على اختلاف أنواعها، فأصبحت تعقد من خلال تبادل رسائل إلكترونية يعبر بموجبها عن إرادة المتعاقدين ويعتد للاحتجاج بها أمام مختلف المحاكم.

كما أن الملاحظ في الوقت الراهن كثرة الدراسات القانونية والفقهية التي تناولت إشكالية الاعتماد بوسائل الاتصال الحديثة في مجال المعاملات المدنية والتجارية، والتي خلصت إلى ضرورة الاعتراف بها والاعتماد بجميع الآثار القانونية المترتبة في ظل استيفائها للشروط التي أقرتها التشريعات لصحتها وخلوها من العيوب والتلاعبات المعروفة في مجال الجرائم الإلكترونية أو المعلوماتية.

فباستيفاء شروط محددة تتعلق بالأمان مثل هوية المرسل، التوقيع

= نفقة عن غير أمره فإنه يُؤدى إليه شطره" رواه البخاري ومسلم، انظر صحيح الإمام البخاري ج ٦ ص ١٥٠ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. وانظر صحيح الإمام مسلم ج ٢ ص ٧١١ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه بنحوه؛ عن النبي ﷺ أنه قال: "كل نفس من بني آدم سيّدٌ، فالرجل سيّدُ أهله، والمرأة سيّدة بيتها" صحيح الجامع: ٤٥٦٥؛ راجع أيضاً: د. محمد بن سعد بن محمد المقرن، القوامة الزوجية: أسبابها - ضوابطها - انقضائها، مجلة العدل السعودية، العدد (٣٢)، شوال ١٤٢٧هـ، ص ١٠ وما بعدها.

(٢٣) د. سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة للنشر، ص ٣٨.

الإلكتروني، ... الخ، تنتقل المعاملة إلى مستند إلكتروني متمتعاً بحجيته أمام المحاكم حتى إثبات العكس^(٢٤).

كما هو معلوم، فإن الشريعة الإسلامية لم تقيد إرادة الزوج بصيغة محددة لإيقاع الطلاق والانفصال عن زوجته بحيث يتم ذلك بالوسائل المعروفة شرعاً وفقهاً دون تدخل من الزوجة، أو حضورها لحظة إيقاعه فضلاً عن حدوثه خارج مجلس القضاء، ومن ثم أصبحت وسائل الاتصال الحديثة تشكل بدورها وسيلة للتعبير عن الإرادة الموقعة للطلاق، سواء من خلال الرسائل المرسلة عبر البريد الإلكتروني، أو رسائل الهاتف المحمول المتضمنة لعبارات مكتوبة تحل محل اللفظ الذي يقع بواسطته الطلاق.

إن وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والمعبر عنها بوساطة وسائل الاتصال الحديثة لم تسلم من الشروط المعروفة فقهاً^(٢٥) كتوافر الأهلية وخلوها من العيوب التي تؤدي إلى فقدانها أو انعدامها، كما يشترط توافر النية في إيقاع الطلاق^(٢٦) وأن لا يكون المرسل حين إرساله للرسالة المكتوبة في حالة سكر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما رواه عثمان رضي الله عنه: "ليس لمجنون ولا لسكران طلاق"^(٢٧).

إن وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة بالتعبير الصادر عن الزوج المطلق يختلف عن تلك الإرادة المعبر عنها عند إبرام عقد الزواج حيث يلزم اقتران إرادتين (الزوج والزوجة) مع ضرورة الإشهاد وحضور ولي وصادق، بينما الطلاق يقع بعيداً عن تحقق هذه الأركان السالفة الذكر، وحتى أنه ينعقد بدون إشهاد عليه حيث يعتبر حقاً للزوج، وعلى هذا الأساس استدل جمهور الفقهاء من أهل السنة والجماعة بوقوعه في

(٢٤) INFORCA, "l'archivage légal: ce qu'il faut faire", voir sur: [URL] http://www.inforca.eu/doc/archivage_légal_red.pdf

(٢٥) د. أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار المهدي للمطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٢٧ وما بعدها.

(٢٦) د. مزهر بن محمد بن ظافر القرني، الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مجلة العدل السعودية، العدد الثالث، رجب ١٤٣٠هـ، ص ٢٦ وما بعدها؛

Y. Linant de Bellefonds, volonté interne et volonté déclarée en droit musulman, Revue Internationale du Droit Comparé, Vol 10, n°3, juillet-septembre 1958, pp.510-521.

(٢٧) ابن القيم، أعلام الموقعين، ج ٤، ص ٤٠-٤٢.

عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دون إظهار إلا في حالة الرجعة كما ورد في القرآن الكريم^(٢٨)، وبالتالي لا يكون الإظهار في نظرهم مانعاً لصحة وقوع الطلاق وإنما هو للندب في حالة الرجعة وليس عند إيقاع الطلاق^(٢٩).

خوفاً من ضياع الحقوق في مسألة الطلاق المنعقد بالإرادة المنفردة، أوجبت التشريعات الوضعية ضرورة التوثيق منعاً لإنكاره كما يحدث من قبل بعض الأزواج حيث تصبح الزوجة مطلقة شرعاً، ولكن في نظر القانون تبقى الرابطة الزوجية مستمرة ومعتبراً بوجودها بشكل رسمي من قبل السلطات التي لم يتم أمامها عملية التوثيق، كما توجهه تشريعاتها على الرغم من أن التوثيق كعنصر شكلي لا يعد ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً لصحة وقوع الطلاق شرعاً، ولكن تبقى الشكلية ومن خلالها التوثيق مسألة اقتضتها متطلبات المجتمعات الحديثة التي تسعى إلى تنظيم الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع.

إن اعتراف الشريعة الإسلامية بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فله أن يعبر عنها بالطرق المقررة كاللفظ، أو الكتابة، أو بالإشارة المفهومة الدالة على وقوعه، وقياساً على ذلك تعد وسائل الاتصال الحديثة أداة أو وسيلة للتعبير عن إرادة الزوج في استعمال حقه لإيقاع الطلاق من خلال مكالمات هاتفية، أو إرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني، أو إرسال رسالة قصيرة عبر الهاتف النقال (sms) رغم تصنيفه بطلاق الكنايات الذي يستوجب الوقوف على قصد الزوج لمعرفة نيته في إيقاع الطلاق من عدمه.

لقد أصبحت وسائل الاتصال الحديث تشكل واقعاً لا يمكن إنكاره أو تجاهله بحيث غيرت الكثير من سلوكيات المجتمعات بما فيها المجتمع السعودي المحافظ الذي استغرب للجوء مبتعث سعودي مقيم في الولايات المتحدة الأمريكية إلى وسيلة

(٢٨) قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفُجْأَةٍ مُبِينَةٍ وَبِئْسَ مَا تَفْعَلُونَ وَلَكُمْ فِي الْقُرْآنِ حُكْمٌ وَأَنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يَكُونُانِ مِنَ الْغَافِلِينَ﴾ [النساء: ٣٤] وقال أيضاً: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأُمِّيَّةُ بِهِنَّ مَتَرَهُنَّ فَارْتَقِبْنَ فِي الْبُيُوتِ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَفِّي بِيَمِينِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [البقرة: ١٢٠] و ٢ من سورة الطلاق.

(٢٩) الشيخ الأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكندي، الطلاق أبغض الحلال عند الله، مقال منشور على الرابط التالي:

[URL] <http://www.islamic-fatwa.net/index.jsp>.

المحادثة عن بعد بوساطة الشبكة العنكبوتية وذلك لعقد قرانه على سعودية مقيمة في المملكة (مدينة جدة)^(٣٠)، حيث إنه أمام صعوبة الحصول على تأشيرة الدخول إلى أمريكا وخوفاً من ضياع مستقبله الدراسي جعلته يلجأ إلى هذه الوسيلة التي استغرقت منها عائلة الزوجة، وكذا المأذون الشرعي الذي أشرف على عقد قرانهما في ظل وجود الوكالة الشرعية^(٣١).

لقد بدت الفكرة غريبة بالنسبة للمجتمع السعودي الذي تقبلها بتحفظ، ولكن اليوم أصبح الأمر عادياً بعدما ظهرت الحاجة إلى اللجوء إلى هذه التقنيات الحديثة مثل ما صرح به معالي وزير العدل السعودي في شأن الاختلاف في سماع الشهادة الذي أصبح يتم عن طريق الصوت والصورة من خلال اعتماد شاشات العرض عن بعد في بعض محاكم المملكة في انتظار تعميم ذلك في كافة محاكم المملكة وذلك للتخلص من الإجراءات الورقية أو الكتابة التقليدية في الاختلاف لسماع الشهادة^(٣٢).

على الرغم من أن نصوص نظام المرافعات الشرعية السعودي لم تتناول كيفية إجراء الاختلاف في سماع الشهادة بوساطة وسائل الاتصال الحديثة إلا أن اللجوء إليها يكون قياساً على ما أشارت إليه المادة ١١٨ من النظام نفسه والتي تنص على أنه: "إذا كان للشاهد عذر يمنعه عن الحضور لأداء شهادته فينتقل القاضي لسماعها أو

(٣٠) سعد آل حسين، لأول مرة زواج سعودي عن طريق الماسنجر، مقال منشور في جريدة الرياض بتاريخ ١٦ رجب ١٤٣٠، الموافق ٩ يوليو ٢٠٠٩، العدد رقم: ١٤٩٩٠ منشور على الرابط التالي:

[URL] <http://www.alriyadh.com/2009/07/09/article443347.html>.

(٣١) "تم عقد القران بين الزوجين بوساطة وكالة شرعية حيث أوكل الطالب المبتعث شقيقه الأكبر مع توافر الأركان المطلوبة التي تؤكد المأذون الشرعي من وجودها، كما استدلت المأذون على شرعية الزواج بالوكالة بما حدث في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما تزوج أم حبيبة وهي في الحيشة، وزوجه عمرو بن أمية الضمري أحد الصحابة وأمهرها النجاشي، وكان هذا الرجل وكيلاً للنبي - صلى الله عليه وسلم - أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب الصداق (٢١٠٧) بإسناد صحيح. والنسائي في كتاب النكاح، باب القسط في الأصدقاء (٦/ ١١٩)، ومسنَد الإمام أحمد (٤٢٧/٦)؛ راجع في نفس الموضوع: أحمد خليل جمعة، نساء أهل البيت في ضوء القرآن والحديث، اليمامة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م، ص ٣٧٠ وما بعدها.

(٣٢) أسامة الجمعان، بدء العمل بالاختلاف الإلكتروني في سماع الشهادة بالمحاكم عبر شاشات العرض، مقال منشور في جريدة الرياض على الرابط التالي:

[URL] <http://www.alriyadh.com/ipad/article/717308>.

تندب المحكمة أحد قضاتها لذلك، وإذا كان الشاهد يقيم خارج نطاق اختصاص المحكمة فتستخلف المحكمة في سماع شهادته محكمة محل إقامته". واستناداً إلى هذه المادة يتضح أن الاستخلاف في سماع شهادة المعذور يتم بطرق تقليدية بحيث يقوم القاضي بالانتقال إلى مكان إقامة الشاهد أو عن طريق تكليف المحكمة التي يقيم ضمن اختصاصها الشاهد المعذور ومن ثم إرسال ما تم سماعه من شهادة إلى المحكمة طالبة الاستخلاف، وهذا بطبيعته إجراء قد يستغرق شهوراً إذا ما علمنا الوقت الذي يتطلبه انتقال القاضي من محكمته إلى محكمة مدينة أخرى، أو انتظار رد القاضي المنتدب حسب الإجراءات التي نصت عليها المادة ٩٨ من نظام المرافعات الشرعية^(٣٣).

ويجدر بنا التنبيه على أن الاستخلاف عبر وسائل الاتصال الحديثة سيكون وسيلة فعالة من حيث ما يلي:

- الاسراع في سماع الشهود المعذورين.
- اختصار الإجراءات الورقية التقليدية.
- تعزيز مبدأ الشفافية والابتعاد عن كل لبس أو غموض قد تتضمنه المحاضر الورقية.
- مساهمة أهداف مشروع خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله - حفظه الله - لتطوير مرفق القضاء بغرض الوصول إلى المحكمة الإلكترونية.

كما ننوه أن الاستخلاف لسماع الشهادة عبر وسائل الاتصال الحديثة لا يعني إعفاءها من الضوابط والشروط الشرعية فيما يتعلق بالشاهد كأهلية العقل والبلوغ، الإسلام، البصر، النطق، العدالة، عدم التهمة^(٣٤)، وكذا الشروط المتعلقة بالشهادة نفسها مثل لفظ الشهادة، موافقتها للدعوى، أن تكون ضمن النصاب المطلوب، أن

(٣٣) المادة الثامنة والتسعون: "إذا كانت بيئة أحد الخصوم في مكان خارج عن نطاق اختصاص المحكمة فعليها أن تستخلف القاضي الذي يقع ذلك المكان في نطاق اختصاصه لسماع تلك البيئة.

١/٩٨ يكون الاستخلاف بكتاب يبعث إلى المحكمة المختصة يبين فيه ناظر القضية اسم المدعي والمدعى عليه وموضوع الدعوى والاستخلاف وتعديل البيئة.

٢/٩٨ يقوم القاضي المستخلف بضبط الاستخلاف في ضبط الإنهاء ويبعث بصورة مصدقة من الضبط إلى ناظر القضية، وإذا كانت صورة الضبط ستبعث إلى خارج المملكة فتطبع".

(٣٤) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء ٨، الطبعة ٤ معدلة، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٩٧م، ص ٦٠٣٥ وما بعدها؛ الشيخ أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الثالثة، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٥م، ص ١٤٨ وما بعدها.

تنصب على شيء معلوم، ومكان أدائها داخل ساحة القضاء^(٣٥) بالإضافة إلى مراعاة النصوص الإجرائية التي تضمنها نظام المرافعات السعودي والمتعلقة بالشهادة من المادة ١١٧ إلى المادة ١٢٣ منه.

ويتضح من ما تقدم ذكره، أنه قياساً على الوسائل التقليدية في مجال إيقاع الطلاق، تعتبر وسائل الاتصال الحديثة من الوسائل التي يمكن التعبير من خلالها عن الإرادة وبالتالي في إيقاع الطلاق، وأنها تأخذ حكم الوسائل التقليدية المعروفة مادامت تتوافر على النية التي تتجه إلى إحداث الأثر المرغوب فيه؛ مما يستوجب الاعتداد بالآثار المترتبة عن الطلاق بما فيها الآثار الشخصية والمالية بين الزوجين، والتي سنوجزها كما يلي:

الآثار الشخصية والمالية بين الزوجين:

لقد بين الشرع الإسلامي الآثار المترتبة عن الطلاق الواقع بين الزوجين اللذين يربطهما عقد صحيح^(٣٦)، وقسم الطلاق إلى طلاق رجعي، وطلاق بائن. فالطلاق الرجعي هو الطلاق الذي منح الله فيه الحق للزوج مراجعة زوجته المدخول بها شريطة أن يكون ذلك قبل انقضاء العدة سواء رضيت بذلك أم لم ترض، وكذلك دون الحاجة إلى اللجوء إلى عقد نكاح ومهر جديدين^(٣٧)، ويستخلص ذلك من قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِزْقِهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٢٨)، فالحكمة التي اقتضاهما الشارع هنا هو التأكيد على ضرورة فتح المجال للصالح بين الزوجين بدليل ما ورد في الآية السالفة الذكر " إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا "، وقوله تعالى أيضاً: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ (سورة الطلاق، الآية ١).

الأصل في الطلاق هو أن يكون رجعيًا بدليل القرآن الذي نص على أن: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَسَاكُ مِعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٢٩)، إلا إذا قرر الزوج خلاف ذلك ولم يراجعها قبل انقضاء العدة وبالتالي تبين منه زوجته المطلقة ولا يصح إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين.

(٣٥) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٦٠٤٨ وما بعدها؛ د. أفتان بنت محمد عبد المجيد تلمساني، عدالة الشهود عند الفقهاء، مجلة العدل السعودية، العدد (٤٤)، شوال ١٤٣٠ هـ، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٣٦) لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ سورة الأحزاب، الآية ٤٩.

(٣٧) د. رمضان علي السيد الشرنباصي - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، القسم ٢، ص ٣٢؛ د. أحمد الغندور، مرجع سابق، ص ٤٢٥ وما بعدها.

كما لم يشترط الإشهاد في الطلاق الرجعي عند الجمهور إذ يعتبرونه حقاً للزوج على مطلقته بدليل ما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه طلق امرأته وهي حائض، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فقال لعمر رضي الله عنه: "مره فليراجعها" ولم يشترط هنا الرسول الإشهاد عليها، فالرجعة هنا إبقاء للزوج واستدامة له^(٣٨) مما يفيد أن الزوجة التي تم إرجاعها تتمتع بحقوقها المترتبة عن عقد النكاح بما فيها الأحقية في الميراث؛ كما تجب لها النفقة، الطعام والشراب، الكسوة، والسكنى سواء أكانت حاملاً أم حائلاً^(٣٩). كما أن عدة المطلقة طلاقاً رجعياً بعد الدخول بها محددة شرعاً بثلاثة أشهر كاملة بدليل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٢٨).

أما الطلاق البائن، فهو ينقسم إلى نوعين: طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى، فالطلاق البائن بينونة صغرى هو الطلاق الذي لا يحق فيه للزوج أن يعيد زواجه المطلقة إلا برضاها وبعد عقد ومهر جديدين. وحالته الزوجة غير المدخول بها ما دام دون الثلاث، أو الطلاق على مال، أو الطلاق الرجعي بعد انتهاء العدة، ومن أهم آثاره نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي لقوله تعالى: ﴿أَطْلُقَ مَرَّتَانٍ﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٢٩)، ومنع التوارث بين الزوجين لانتهاء الزوجية بخلاف الطلاق الرجعي. أما عدة المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى تختلف إلزاميتها بحسب الزوجة المدخول بها أو غير المدخول بها، فالمطلقة غير المدخول بها لا تلزم بالعدة بدليل قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّنَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (سورة الأحزاب، الآية ٤٩). أما المدخول بها تلزم بالعدة المحددة بثلاثة قروء كما ورد في الآية ٢٢٨ من سورة البقرة. ولكن عدة المطلقات نوات الأحمال فأجلهن بوضع حملهن كما ورد ذلك في قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَبْسَنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْبِتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (سورة الطلاق، الآية ٤).

أما الطلاق البائن بينونة كبرى، فهو الطلاق الذي لا يحق فيه للمطلق إرجاع زوجته إلا بعد انتهاء عدتها ونكاحها من زوج آخر نكاحاً صحيحاً غير مؤقت أو

(٣٨) د. وهبة الزحيلي: مرجع سابق، الجزء ٩، ص ٦٩٩٧.

(٣٩) د. وفاء معتوق حمزة: الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة للكتاب، القاهرة، ٢٠٠٠ م، ص ٣٣١.

مشروط، وطلاقها منه طلاقاً صحيحاً أو يموت عنها، وإن حصل ذلك تخير بين العودة إلى زوجها الأول بعقد جديد، أو ربما تختار غيره^(٤٠). ويستدل على هذه الحرمة مما جاء في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٣٠)، كما أن ليس للمطلة ثلاثاً نفقة لقول النبي ﷺ: "فِي الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا: لَيْسَ لَهَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةٌ"^(٤١)، وفي رواية أخرى: "عن أحمد بن يحيى قال حدثنا أبو نعيم قال حدثنا سعيد بن يزيد الأحمسي قال حدثنا الشعبي قال حدثتني فاطمة بنت قيس قالت: أتيت النبي ﷺ فقلت أنا بنت آل خالد وإن زوجي فلانا أرسل إلي بطلاقي وإني سألت أهله النفقة والسكنى فأبوا علي، قالوا يا رسول الله إنه قد أرسل إليها بثلاث تطليقات قالت: فقال رسول الله ﷺ: إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة"^(٤٢).

(٤٠) د. أحمد الغندور، مرجع سابق، ص ٤٣٧ وما بعدها، صحيح البخاري، كتاب الطلاق (٥٠١١).

(٤١) رواه مسلم (١٤٨٠) (٤٤)؛ العسقلاني: باب العدة والإحداد (١١٠٥).

(٤٢) سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب إرسال الرجل إلى زوجته بالطلاق (٣٤١٨).

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة

مما لا شك فيه أن وسائل الاتصال الحديثة أصبحت منتشرة في المجتمعات الإسلامية نتيجة التطور التكنولوجي المذهل الذي خدم المجتمعات وخلصها من مشقات التنقل، وطول انتظار المراسلات التقليدية عبر البريد العادي، ولذا أصبح اللجوء إلى هذه التقنيات الحديثة ضرورة مفضلة لدى غالبية الأفراد في شتى المجالات، فلا يوجد بيت يخلو من أجهزة الحاسوب، ولا نجد فرداً إلا وقد أقتنى لنفسه هاتفاً محمولاً يفيدته ويستعمله في حياته اليومية.

لقد أعتبر في السابق أن الأمي الذي لا يجيد القراءة والكتابة، بينما مدلول الأمي اليوم في عصر التكنولوجيا هو من لا يجيد استعمال التقنيات الحديثة كالكتابة على أجهزة الحاسوب، أو استعمال الشبكة العنكبوتية إلى غيرها من التقنيات الأخرى.

كما أكد علماء النفس في أغلب دراساتهم عن مدى تأثير وسائل الاتصال الحديثة على سلوكيات الأفراد والمجتمعات وتغير طبائعهم وعاداتهم مقارنة عن ما كانت عليه في الماضي. ولقد دخلت وسائل الاتصال الحديث بيوت الأفراد وكشفت أسرارهم التي لطالما كانت سرية، وأدخلت السعادة إلى البيوت مثل ما سلطت عليهم أيضاً النكد والأحزان، ناهيك عن قصص تهديم البيوت وخرابها، فالتكنولوجيا تعتبر سلاحاً ذا حدين إما السعادة والرفاهية، وإما الحزن والمآسي كما بينته التجارب اليومية في وقتنا الراهن.

وعلى هذا الأساس، لا يعد من قبل الغرابة حينما نجد انقساماً في الآراء والمواقف حول مسألة قبول أو رفض اللجوء والاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة في مجالات تستدعي الخصوصية والسرية، وبالتحديد في المسائل التي تحدد مصير الأسرة برمتها. إن لجوء الأفراد إلى وسائل الاتصال الحديثة أصبح يشكل خطراً على استقرار الأسر والمجتمعات من خلال اللجوء إليها في مجال الطلاق حتى أصبح يطلق عليه اليوم بـ "الطلاق الإلكتروني"، ولذا انقسم الفقهاء حول صحة اللجوء إلى هذه الوسائل في مجال الطلاق في ظل اعتباره كأداة للتعبير عن إرادة الزوج في إيقاع الطلاق.

بين مؤيد ومعارض، يستوجب الأمر عرض آراء ومواقف وحجج كل تيار لمعرفة مدى صحة وشرعية إيقاع الطلاق بوساطة هذه الوسائل الحديثة:

-

أولاً: المعارضون

يرجع هذا التيار سبب معارضته لوقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة إلى اعتبارات عدة أهمها نظرة الشريعة الإسلامية للأسرة وتكييف العلاقات الزوجية بالروابط المقدسة والتي توصف بـ "الميثاق الغليظ"^(٤٣)، وإن اللجوء إلى مثل هذه الوسائل يعتبر في نظرهم كاستهتار وعبث بمصالح الأسرة الإسلامية، كما أن اللجوء إليها يعتبر أيضاً دليلاً ناقصاً نظراً لصعوبة الوقوف والتأكد من نية المطلق أو كاتب عبارات الطلاق مما يستوجب الرجوع إليه للتأكد من ألفاظه ونيته في إيقاع الطلاق من عدمه، بالإضافة إلى قابلية هذه الوسائل وعرضتها لما يسمى بالجرائم المعلوماتية، وكذا إمكانية وقوع الغش فيها من خلال انتحال شخصية الزوج ومن ثم إرسال رسالة باسمه ناهيك عن مسائل القرصنة التي تحدث يومياً على الشبكات العنكبوتية كاختراق البريد الإلكتروني والحسابات الخاصة للأفراد.

فالبعض^(٤٤)، يعتبر وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة "بمثابة طلاق الكنايات"^(٤٥) بسبب تأويله واحتمال اختلاف معنى لفظة الطلاق السمعي أو النصي عن المعنى الظاهر مما يستوجب إثباته أمام القضاء للتأكد من صحة اللفظة وإثبات الطلاق، وخلاف ذلك فالطلاق لا يقع "^(٤٦).

(٤٣) قال الله في محكم تنزيله: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَاتٍ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ سورة النساء، الآيتان ٢٠ و ٢١؛ وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ النَّبِيِّينَ مِيثَاقَهُمْ وَمِنْكَأَ وَمِنْ نُوحٍ وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَأَخَذْنَا مِنْهُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ سورة الأحزاب، الآية ٧، ويستخلص من هذه الآيات الكريمة تشبيه العهد في عقد النكاح بالعهد الذي أخذه الله من النبيين في إبلاغ رسالته ليجزي الصادقين ويعذب الكافرين عذاباً أليماً لقوله تعالى: ﴿لَيْسَ لَ الصَّادِقِينَ عَنْ صِدْقِهِمْ وَأَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ سورة الأحزاب، الآية ٨.

(٤٤) الدكتور محمد النجمي، عضو مجمع الفقه الإسلامي، وأستاذ الفقه الإسلامي بالمعهد العالي للقضاء بالرياض.

(٤٥) اتفق العلماء على أن الطلاق لا يقع بالكناية إلا بتوافر النية بخلاف الصريح الذي يقع بغير نية، راجع في هذا الصدد: د. رمضان علي السيد الشرنباصي - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، القسم ٢، ص ٣١؛ د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء ٩، ص ٦٨٩٩ وما بعدها.

(٤٦) مي محمود، الطلاق الإلكتروني هل يقع؟ مقال منشور على الرابط التالي: [URL] <http://www.islamfeqh.com/News/NewsItem.aspx?NewsItemID=3046>.

كما عارض فقيه آخر^(٤٧)، اللجوء إلى وسائل الاتصال الحديثة لإيقاع الطلاق في الجزائر^(٤٨) واعتبر ذلك "تلاعباً عجيباً وغير مقبول" بحجة سهولة التلاعب بهذه الوسائل بهدف التفريق بين الزوجين، ومن ثم يستلزم الأمر اللجوء إلى العدالة لإثباته والتحقق منه".

وأمام تفشي الظاهرة في المجتمع الأردني، علق القاضي عصام عربيات مدير عام المحاكم الشرعية في الأردن عن استيائه من أسلوب الطلاق عبر الوسائل الإلكترونية باعتباره منافياً لما يقتضيه الشرع الإسلامي على المحافظة على قدسية العلاقة الزوجية، كما أضاف أن اللجوء إلى هذه الوسائل هو مساس وإنقاص من كرامة الإنسان حينما يلجأ إلى طلاق زوجته بالطرق الإلكترونية^(٤٩).

كما قامت دولة ماليزيا بالتشديد وملاحقة الأزواج الذين يلجئون إلى الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة رغم مشروعية الطلاق إلا أن الأداة المعبر بها منافية لعادات وتقاليد الشعب الماليزي بالإضافة إلى مخالفتها لقوانين الدولة^(٥٠).

وفي الهند، أكدت رئيسة مجلس الأحوال الشخصية للنساء المسلمات أن الطلاق الواقع عبر وسائل الاتصال الحديثة مخالف للمنطق والشرع في ظل غياب الإشهاد عليه والتأكد من وجوده^(٥١).

(٤٧) الشيخ الدكتور محمد شريف قاهر، أستاذ التشريع الإسلامي بالمدرسة العليا للقضاء، ورئيس لجنة الفتوى بالمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر.

(٤٨) عبد الحكيم فمان، علماء الجزائر يستنكرون الطلاق عبر "أس أم أس"، مقال منشور في جريدة الخبر الجزائرية على الرابط التالي:

[URL] http://www.elkhabar.com/ar/archives/archive_pdf_2011/archive.pdf-juin-2011.

(٤٩) محمد خير العناسوة، الطلاق الإلكتروني في الأردن.. ما بين رافض ومؤيد، مقال منشور على الرابطين التاليين:

[URL] <http://www.dw.de/dw/atricile/0..15666419,00htm>.

[URL] <http://alyawmnews.com/news.aspx>.

(٥٠) د. فريدة صادق زوزو، أثر التكنولوجيا الحديثة في النظر الفقهي: الطلاق بالهاتف النقال نموذجاً، مقال منشور على الرابط التالي: <http://islamtoday.net/nawafedh/artshow-86-6525.htm>.

(٥١) باركرتي غوبتا، الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة يثير جدلاً فقهيًا بين العلماء المسلمين في الهند، مقال منشور على الرابط التالي:

[URL] <http://www.aawsat.com/details.asp?issueno=10992&article=512159>.

كما ذهب فقيه آخر^(٥٢)، إلى اعتبار الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة غير جائز شرعاً نظراً لخصوصيته وعظمة شأنه والآثار التي قد تترتب عنه، ناهيك عن الغش وإمكانية وقوعه في عصرنا الحالي^(٥٣).

يستنتج من المواقف الراضية السابقة الذكر أمران هامين يفسران بشكل واضح معارضة وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، وهما:

- تتفق جميع الآراء الراضية حول وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة؛ كونه يقع بعيداً عن المراحل التي حددها الشرع الإسلامي لإيقاع الطلاق حفاظاً على العلاقة التي وصفها الخالق بالميثاق الغليظ، وتتمحور هذه المراحل حول الوعظ، والهجر، والتحكيم بين الزوجين، ومن ثم المرحلة الأخيرة المتمثلة في الطلاق الفعلي حال فشل المراحل السابقة.
- عدم تناسب وملاءمة الوسيلة التي يستعان بها لإيقاع الطلاق مع كرامة الزوجة، واعتبار ذلك طريقة مهينة لا تراعي ما أشارت إليه الكثير من الآيات الكريمة^(٥٤) والأحاديث النبوية الشريفة^(٥٥) التي أكدت على المعاملة الحسنة ومراعاة مشاعر الزوجة عند حدوث الطلاق.

(٥٢) الدكتور عفيفي عبد ربه، أستاذ الفقه ورئيس قسم الشريعة بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بجامعة الأزهر.

(٥٣) غادة الزبيدي، علماء السعودية ومصر يقولون رأيهم فيه.. أحدث تقاليد الارتباط بين الشباب.. زواج "التشات" مقال منشور على الرابط التالي:

[URL] http://www.al-mutlaq.net/mutlaq_fatawa_001.php

(٥٤) قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٢٩)؛ وقوله أيضاً:

﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ (سورة البقرة، الآية ٢٣١)؛ ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ (سورة الطلاق، الآية ٢)؛ وقوله أيضاً: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلَ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَّاهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَنْتُمْ بِبَنَاتِكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَ رُمْ فَسَرِّضْ لَهُنَّ أُخْرَى﴾ (سورة الطلاق، الآية ٦).

(٥٥) عن أبي هريرة- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: "استوصوا بالنساء خيراً"، رواه البخاري في (كتاب النكاح) باب الوصاة بالنساء، حديث رقم (٤٧٨٧) ورواه مسلم في (كتاب الرضاع) باب الوصية بالنساء، حديث رقم (٢٦٧١)؛ العسقلاني، باب عشرة النساء (١٠١٥)؛ قال ﷺ: "لا تكلفوهن ما لا يطيقون، الله الله في النساء فإنهم عوان بين أيديكم، أخذتموهن بأمان الله، واستحلتم فروجهن بكلمة الله"، صحيح مسلم بشرح النووي، ج ٨، ص ١٣٨.

ثانياً - المؤيدون:

يرى الأغلبية من الفقهاء أن هذا النوع من الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة صحيح وواقع شرعاً، بحيث أن الطلاق المنعقد بإرادة الزوج لا يتطلب حضور الزوجة أو موافقتها إضافة إلى عدم اشتراط الإشهاد على وقوعه بل يكفي فقط اقترانه بالنية، وأن يكون بعبارات صريحة لا تحتمل التأويل كما أشار إلى ذلك ابن قدامة في المغني: "وإن كتب طلاقه امرأته ونوى طلاقها وقع، وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع" (٥٦).

إن إيقاع الطلاق عبر هذه الوسائل يؤدي إلى وقوعه في حالة اعتراف الزوج بإرساله ونوى ذلك حسب ما صرح به فضيلة الشيخ عبد الله المطلق عضو هيئة كبار العلماء وعضو اللجنة الدائمة للإفتاء السعودية (٥٧).

كما يرى أحد القضاة (٥٨) أنه: " لا خلاف أن الرجل إذا تلفظ بالطلاق قاصداً فقد وقع طلاقه سواء علمت المرأة أم لا، وبهذا يظهر أثر التلفظ بالطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة..."، ويضيف: "أما كتابة الطلاق بالبريد الإلكتروني، أو الجوال، أو كتابته باليد، أو الآلة وإرساله عبر الفاكس فكل هذا حكمه حكم كتابة الطلاق، فإن تلفظ به مع كتابته فلا إشكال في وقوعه - كما سبق -، وإن لم يتلفظ به، فإن نوى إيقاع الطلاق وقع الطلاق، وإن لم ينو إيقاع الطلاق، وإنما نوى غم زوجته مثلاً أو غير ذلك ففيه خلاف بين أهل العلم تُراجع فيه مبسوطات الفقه، والراجح أنه لا يقع إلا بالنية" (٥٩).

كما يؤكد آخر (٦٠) صحة وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة شريطة اعتراف الزوج به (٦١).

(٥٦) ابن قدامة، المغني (١٤٦/٣).

(٥٧) علي الشترى، الشيخ المطلق: إثبات أو نفي الطلاق عبر الجوال والإنترنت يكون في المحكمة الشرعية إذا أنكر إرساله، مقال منشور في جريدة الرياض، الأحد ٨ ذو الحجة ١٤٢٣هـ، العدد ١٢٦٥١، السنة ٣٨، وعلى الرابط التالي:

[URL] http://www.alriyadh.com/Contents/09-02-2003/Mainpage/LO-CAL1_5459.php.

(٥٨) هاني بن عبد الله الجبير، قاضي بمحكمة مكة المكرمة.

(٥٩) فتوى هاني بن عبد الله الجبير، كتاب فتاوى واستشارات موقع الإسلام اليوم، فتاوى صادرة بتاريخ ٢٣/٢/١٤٢٣هـ، رقم (٣٤٥/١١)، منشورة على الرابطين التاليين:

[URL]; <http://sh.rewayat2.com/fatawae/Web/894/008.htm>.

(٦٠) د. واصل البكري، مفتش المحاكم الشرعية بالمملكة الأردنية.

(٦١) محمد خير العناسوة، الطلاق الإلكتروني في الأردن..ما بين رافض ومؤيد، مقال منشور على الرابطين التاليين:

[URL] <http://www.dw.de/dw/article/0,,15666419,00htm>.

[URL] <http://alyawmnews.com/news.aspx>.

ولقد أيد أحد الفقهاء^(٦٢) الطلاق الواقع عبر هذه الوسائل، وأن حدوث ذلك لا يتوقف على حضور الزوجة، ولا رضاها، ولا علمها مادام أن هناك إرادة قصدت إيقاعه^(٦٣).

وفي هذا الاتجاه نفسه، أكد الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية في الأزهر، الشيخ سيد وفا أبو عجور أنه: " إذا أرسل الزوج رسالة بوساطة جهاز الهاتف الجوال تحمل ألفاظ الطلاق الصريح، وتيقنت الزوجة من أن هذه الرسالة صادرة عن زوجها يقع الطلاق "^(٦٤).

كما أعتبر مفتي دبي الطلاق عبر الهاتف كتابة عن طريق الرسائل القصيرة (sms) نوع من أنواع الطلاق بطريق الكتابة، وهو جائز شريطة أن يكون كاتبه الزوج أو وكيله، ويحصل التأكد من ذلك عن طريق إقرار الزوج أو البينة العادلة^(٦٥).

كما اعتبر رئيس المجلس الاستشاري الأسري في دبي أن الطلاق بالوسائل الإلكترونية مثل الرسائل القصيرة عبر الهواتف النقالة، أو برامج المحادثة الفورية، أو البريد الإلكتروني واقع ويعتد به مع ضرورة إثباته بكافة وسائل الإثبات والقرائن التي تمكن القاضي من الاعتراف بوقوعه^(٦٦).

وفي الأخير، نستعرض شروط اعتبار الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، وهي:

- التأكد من الراسل سواء تعلق الأمر بالزوج أو وكيله.
- وضوح العبارات المتضمنة للطلاق.
- توافر النية في إيقاع الطلاق عند كتابته وإرساله.
- استقبال الزوجة للرسالة.
- إقرار الزوج بذلك.
- إثباته أمام القضاء.

(٦٢) د.عبد الرحمن السند، رئيس قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(٦٣) عبد الله الداني، الطلاق الإلكتروني..تعدد الوسائل والطلاق واقع، مقال منشور على الرابط التالي: <http://www.okaz.com.sa/new/Issues/20100225/Con20100225335067.htm> [URL]

(٦٤) الأزهر: الطلاق عبر الهاتف ممكن، مجلة الوعي الإسلامي الكويتية، العدد رقم: ٥٣٢، وتاريخ ٢٠١٠/٩/٣م.

(٦٥) فتاوى شرعية، دائرة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدبي، ط ١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م، ج ٧ / ص ٨١.

(٦٦) بشاير المطيري، ١٥٠ حالة طلاق بواسطة الرسائل النصية القصيرة في دبي العام الماضي: شكوك قانونية تواجه الطلاق الإلكتروني، مقال منشور على الرابط التالي:

[URL] <http://www.emaratalyoum.com/local-section/accidents/2011-07-02-1.407199>.

المبحث الثاني

حجية وسائل الاتصال الحديثة أمام المحاكم السعودية

بالرجوع إلى نظام المرافعات الشرعية السعودي^(٦٧)، نلاحظ أن المنظم السعودي لم يتناول مسألة إدراج وسائل الإثبات الحديثة إلى جانب وسائل الإثبات التقليدية التي فصل أحكامها وقواعدها الإجرائية، وبالتالي يثور التساؤل عن مدى قبول وسائل الإثبات الحديثة من قبل القاضي السعودي عند إثبات الطلاق، وهل يكفي القاضي السعودي بهذه الوسائل الحديثة لإثبات الطلاق المنعقد بها دون اللجوء إلى وسائل إثبات أخرى لتدعيمها؟ (المطلب الأول).

كما سنتناول معرفة مدى حجية وسائل الإثبات الحديثة في الأنظمة القضائية المقارنة، وكيفية قبولها في مسائل الطلاق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

موقف القضاء السعودي من الطلاق المنعقد

بوسائل الاتصال الحديثة

للإشارة فإن المنظم السعودي أصدر نظاماً يحمل مسمى "نظام التعاملات الإلكترونية"^(٦٨) حيث ينص في مادته الثالثة على أنه: "يسري هذا النظام على التعاملات والتوقيعات الإلكترونية، ويستثنى من أحكامه ما يلي:

١ - التعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية...":

ويستنتج من النص المذكور أنه تم استثناء كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية من حكم هذا النظام نتيجة طبيعة وخصوصية مواضيع الأسرة؛ بحيث شدد المنظم السعودي على ضرورة توثيق مسائل الزواج والطلاق أمام مأذوني الأنكحة ووكالة الأحوال المدنية؛ منعاً للتلاعب فيها والوقوع في الفوضى التي قد ترززع استقرار المجتمع السعودي.

لقد عرف المجتمع السعودي بدوره كباقي المجتمعات الإسلامية ظاهرة الطلاق

(٦٧) نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ، والمنشور في جريدة أم القرى العدد رقم: ٣٨١١، وتاريخ ١٧/٦/١٤٢١هـ.

(٦٨) نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ، والمنشور في جريدة أم القرى، العدد رقم: ٣٨١١، وتاريخ ١٧/٦/١٤٢١هـ.

المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، وكانت محكمة الرياض من المحاكم التي عرضت عليها قضية طلاق تضمن موضوعها إثبات طلاق عن طريق الهاتف المحمول^(٦٩) حيث تتلخص وقائع القضية من خلال لجوء سيدة سعودية إلى المحكمة مطالبة بإياها إثبات طلاق تم وقوعه عن طريق مكالمات أجراها الزوج من خارج المملكة، حيث اتصل بصديقين له ليشهدا على طلاقه لزوجته المقيمة في المملكة.

وبناء على ما تقدم ذكره، طلب القاضي سماع الشاهدين للإدلاء بما سمعا، كما طلب أيضا إحضار من يزكي الشاهدين اللذين شهدا بعدالتهما. ومن هنا نلاحظ أن القاضي استعان بشهادة الشاهدين في الدعوى المرفوعة لإثبات الطلاق الذي انعقد من خلال مكالمات هاتفية لزوج غادر المملكة، واستناده في الواقعة على تزكية الشاهدين وتم على أساسها النطق بحكم الطلاق وتذكير الزوجة بعدم مراعاة مدة العدة كون الزوج لم يدخل بها قبل طلاقها.

ولقد اعتد القاضي لإثبات الطلاق بتاريخ وقوعه من خلال المكالمات الهاتفية وليس من تاريخ صدور الحكم القضائي.

وبالرجوع إلى الحكم، نلاحظ أن القاضي قاس سماع الشهود للطلاق عبر الهاتف الجوال بما قرره أهل العلم من قبول شهادة الأعمى^(٧٠) على ما سمعه من الأصوات، وجواز استمئاعه بزوجته إذا عرف صوتها، وقبول شهادة من سمع كلامه من وراء حجاب، وبالتالي يقاس على ذلك الاتصال بالهاتف، كما استند القاضي إلى ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٥٢ (٦/٣) من ١٧-٢٣ شعبان عام ١٤١٠ هـ، حيث نص على أنه: "إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين - وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي - فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء"^(٧١).

إن غياب الزوج المطلق وعدم حضوره للمحكمة، لم يمنع القاضي من إثبات

(٦٩) رقم الصك ١٩/١٠٩، وتاريخ ١٧/٤/١٤٢٦هـ، والذي تم تصديقه بقرار من محكمة التمييز بالرياض تحت رقم: ٧٠٠/ش/أ، وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢٦هـ.

(٧٠) د. نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الشروق، ٢٠٠٢م، ص ٧١.

(٧١) مجمع الفقه الإسلامي، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، قرار رقم: ٥٢ (٣/٦) منشور على الرابط التالي:

[URL] <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=3452>.

الطلاق الواقع بالحوال واستعانت به بوسائل الإثبات التقليدية المتمثلة في الشهادة لتدعيم وسيلة إثباتية حديثة، مما يستنتج أن القاضي السعودي لا يكتفي لإثبات الطلاق الواقع بوسيلة اتصال حديثة بل يستعين بوسائل إثباتية تقليدية أخرى كما قرره الفقه في المملكة ممثلاً في هيئة كبار العلماء وهيئة الإفتاء السعوديين. كما لا يفسر تدخل القاضي تقييداً لحق الزوج في استعمال حقه لإيقاع الطلاق، ولا اعتراضاً على صيغ وقوعه بل تأكيداً من جانبه على وقوعه لإثباته مخافة الوقوع ضحية التحايل والغش في مجال استعمال وسائل الاتصال الحديثة كما وقع في قضية مشهورة فصلت فيها المحكمة العامة بمدينة جدة السعودية حيث لم تجد زوجة وسيلة للتخلص من زوجها إلا من خلال اللجوء إلى حيلة تمثلت في استعمال حوال زوجها الشخصي وكتابة رسالة تضمن ألفاظ الطلاق وقامت بإرسالها إلى جوالها الشخصي، ومن ثم هرعت إلى المحكمة للمطالبة بإثبات الطلاق إلا أن يقظة القاضي دفعت به إلى مطالبة الزوج بالإقرار لتأكيد الطلاق من عدمه، وأمام إنكار الزوج وكون الجوال لم يكن محمياً برقم سري توصلت المحكمة إلى الحقيقة المتمثلة في كشف الحيلة التي لجأت إليها الزوجة مما جعل القاضي يحكم ببطالان طلاقها وبقاء الزوجة في عصمة زوجها^(٧٢).

ويتضح مما سبق أن المسألة تتوقف على التأكد من نية المطلق، ولا خلاف في الوسيلة التي تم اللجوء إليها لإيقاع الطلاق، فإذا أقر الزوج بذلك وقع الطلاق ويثبت من تاريخ إرسال الرسالة ومن ثم يتم احتساب عدة الزوجة المطلقة، ولكن يثار في هذا الصدد إشكالية التحقق من وقوع الطلاق خلال طهر الزوجة أو خارجه بما يعرف بالطلاق السني والطلاق البدعي حيث أجمع العلماء^(٧٣) على أن المطلق زوجته المدخول بها طلاقاً واحدة في طهر لم يجامعها فيه أنه مطلق للعدة وطلاقاً للسنة^(٧٤)، كما أجمعوا على أن المطلق زوجته وهي حائض أو في طهر جامعها فيه أنه

(٧٢) عبدالله الداني، قاضي يفسد حيلة زوجة طلق نفسها برسالة جوال، مقال منشور على الرابط التالي:

[URL] <http://www.okaz.com.sa/new/Issues/20101129/Con20101129385471.htm>.

(٧٣) ابن المنذر، الإجماع، الطبعة ٢، مكتبة الفرقان-مكتبة مكة الثقافية، ١٩٩٩م، ص ١١٢؛ الإشراف ٢ / ١٤٠ و ١٤١؛ ابن قدامة، المغني، ١٠ / ٣٢٥ و ٣٢٦، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد ٤، ص ١٣٩١ وما بعدها.

(٧٤) وفي صحيح البخاري ومسلم عن عبدالله بن عمر - رضي الله عنهما - أن عبدالله بن عمر - رضي الله عنه - طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: "مره فليراجعها ثم ليسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك =

مطلق للبدعة^(٧٥) وهو محرم لمخالفته لأمر الله تعالى^(٧٦) حيث قال في محكم تنزيله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ (سورة الطلاق، الآية ١).

وفي الأخير، رغم إقرار المشرع الإسلامي حق الطلاق للزوج وعدم تقييده بوسيلة ما، أو الأشهاد عليه حين وقوعه إلا أن إثبات الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة صحيح ومرتب لجميع آثاره متى نوى الزوج ذلك حين صدوره منه والإقرار به أمام المحاكم، وفي حال غيابه يجوز للقاضي إثبات ذلك بشتى الوسائل الإثباتية الأخرى كالشهادة، واليمين، والقرائن،...، ومن ثم يتقرر الطلاق من تاريخ وقوعه وصدوره من الزوج وليس من تاريخ صدور الحكم القضائي، وبالتالي يمكننا القول بأن وسائل الاتصال الحديثة لا تتمتع بحجية مطلقة أمام القضاء السعودي بل يجب تدعيمها بوسائل إثباتية أخرى كما أشارت إلى ذلك هيئة كبار العلماء في المملكة حيث تعتبر الطلاق المرسل عبر الجوال أو عن طريق الشبكة العنكبوتية يكون نفيه أو إثباته أمام المحاكم الشرعية، وأنه واقع وصحيح إذا أقر الزوج بذلك^(٧٧).

المطلب الثاني حجية وسائل الإثبات في مسائل الطلاق في الأنظمة القضائية المقارنة

من المعلوم أن الطلاق في فرنسا لا يكون إلا قضائياً، ولا قيمة لوقوعه خارج ساحة القضاء، كما لا يمكن إيقاع الطلاق والنطق به من قبل الزوج بالجوء إلى وسائل الاتصال الحديثة؛ كون ذلك يتعارض مع النظام العام الفرنسي، ومن ثم فإن الحكم

= العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء " صحيح البخاري، كتاب الطلاق (٤٩٥٣)؛ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعته، (١/١٤٧١)؛ " أجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذي أذن الله فيه وأباحه إذا كان من مكلف مختار عالم بمدلول اللفظ قاصد له " ابن القيم، زاد المعاد، ج ٤، ص ٤٣.

(٧٥) قال ابن قدامة: " وأما المحظور فالطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه، أجمع العلماء في جميع الأمصار وفي كل الأعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله ورسوله ﷺ... " ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٢٣٥.

(٧٦) الشيخ سليمان بن إبراهيم الأصبه، دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل السعودية، العدد (٢٧) رجب ١٤٢٦هـ، ص ١٦٧.

(٧٧) علي الشترى، الشيخ المطلق: إثبات أو نفي الطلاق عبر الجوال والإنترنت يكون في المحكمة الشرعية إذا أنكر إرساله، مقال منشور على الرابط التالي:

[URL] http://www.alriyadh.com/Contents/09-02-2003/Mainpage/LO-CAL1_5459.php.

المتضمن لأي نوع من الأنواع الأربعة للطلاق المنصوص عليها في المادة ٢٢٩^(٧٨) من القانون المدني الفرنسي يكون حكماً منشأً له وليس حكماً تقريرياً.

كما أن التشريعات الفرنسية كانت السبابة في تبني الوسائل الإثباتية الحديثة في القضايا المدنية والتجارية كما هو وارد في المواد ١٣١٦-١ من القانون المدني الفرنسي التي تؤكد التساوي من حيث الحجية بين النسخة الورقية والنسخة الإلكترونية.

أما في مجال الأحوال الشخصية، وتحديدًا الطلاق بسبب الخطأ (خطأ الزوج أو الزوجة أو خطأ الزوجين معاً)، فإن المشرع الفرنسي اعترف بحرية الإثبات في المادة ٢٥٩ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي^(٧٩)، وبالتالي يسمح باللجوء إلى وسائل الاتصال الحديثة لإثبات خطأ الزوج أو الزوجة أو هما معاً بالتساوي للحكم بالطلاق على أساسه، كما قرر المشرع الفرنسي في المادة نفسها أن يكون اللجوء أو الحصول على هذه الأدلة التي تتضمنها وسائل الاتصال الحديثة دون غش أو خداع أو عن طريق القوة، ومن ثم يتمتع القاضي الفرنسي بسلطة تقديرية واسعة في قبولها أو رفضها عند الاستعانة بها عند النظر في الدعوى.

إن صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠٩م، المتضمن إقرارها بخطأ الزوج بناء على وسيلة إثبات حديثة تتمثل في رسالة غرامية محفوظة في بريد جوال الزوج والتي اكتشفتها الزوجة عن طريق الصدفة دون اللجوء إلى وسائل غير مشروعة كون جوال الزوج غير محمي برقم سري مما جعل محكمة النقض الفرنسية تنقض القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف بمدينة ليون الفرنسية^(٨٠) التي

(٧٨) الأنواع الأربعة للطلاق المذكورة في المادة ٢٢٩ من القانون المدني الفرنسي هي: الطلاق بالتراضي، قبول مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية، عدم الرجوع نهائياً إلى العلاقة الزوجية، والطلاق للخطأ.

(٧٩) Ph. MALAURIE-H.FULCHIRON, la famille, éd. DEFRENOIS lextenso éditions, Paris, 2009, p. 294 et s; J. CARBONNIER, droit civil-la famille, l'enfant, le couple, éd. PUF, 21ème édition refondue, 2002, p. 542 et s; F.TERRÉ-D.FENOUILLET, droit civil: les personnes, la famille, les incapacités, éd. Dalloz, 6ème édition, Paris, 1996, p. 435 et s; DALLOZ, droit de la famille, sous la direction de J.RUBELLIN-DEVICHI, Paris, 1999, p.167 et s.

(٨٠) Civ 1ère, 17 juin 2009, arrêt n° 692 du 17 juin 2009, pourvoi n°07-21.796; Voir aussi: [URL] http://www.cour.de.cassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/692_17_13037.html.

استبعدت هذه الوسيلة معتبرة إياها انتهاكاً لسرية المراسلات ومساساً بالحياة الخاصة للشخص^(٨١).

ولكي تستعين الزوجة بهذه الرسالة الإلكترونية في مواجهة زوجها، قامت بطلب المحضر لمعاينتها والتأكد من الطرف المُرسِل والكشف عن هويته مما أدى إلى كشف العلاقة غير المشروعة التي كانت تربط زوجها بسيدة أخرى، وبناء على حرية الإثبات المقررة من قبل المشرع الفرنسي في نصوص قانونه المدني، والتأكد من عدم مشروعية الوسائل التي تم اللجوء إليها جعلت محكمة النقض الفرنسية تأخذ بوسائل الاتصال الحديثة كدليل، والاعتراف بها لإقرار خطأ الزوج مما جعل الفقه الفرنسي يعتبر ذلك بمثابة نقطة تحول في موقف محكمة النقض الفرنسية في مجال نظرية الإثبات فيما يتعلق بمسائل الطلاق.

ولقد تساءل الفقه الفرنسي عن حجية وسائل الاتصال الحديثة بما فيها البريد الإلكتروني ورسائل الجوال في ظل سهولة الغش التي قد يطالها، وإمكانية انتحال شخصية أي فرد وبالأخص حينما نعلم عواقب الطلاق في فرنسا وما ينتج عنه من آثار مالية كنفقة الزوجة أو النفقة التعويضية التي تتضمن أحياناً مبالغ مالية معتبرة وفق النظام المالي الذي اختاره الزوجان عند إبرام عقد الزواج.

الجدير بالذكر أن مسألة الاعتماد بوسائل الاتصال الحديثة في مجال الطلاق بسبب الخطأ أمام المحاكم الفرنسية، يستوجب الأمر احترام ما جاء في المادة ٢٥٩ وما بعدها في القانون المدني الفرنسي، واللجوء إلى المحضر القضائي الذي يتكفل بإعداد محضر يتضمن العناصر التالية:

- رقم هاتف الجوال المستقبل للرسالة.
 - رقم بطاقة شريحة الهاتف الجوال.
 - الرقم التسلسلي للجوال الذي تلقى الرسالة لمعرفة نوع وتاريخ وساعة تلقي الرسالة القصيرة.
 - رقم هاتف جوال المُرسِل.
- بعد التأكد من وجود وتوافر كافة العناصر السابقة الذكر، يمكن للطرف الذي

(٨١) Arrêt rendu le 20 mars 2007 par la Cour d'Appel de Lyon (2ème chambre civile, section B); Arrêt n° 692 du 17 juin 2009 (07-21.796) - Cour de cassation - Première chambre civile, Voir sur: [URL]http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/692_17_13037.html.

يجوز المحضر أن يتمسك بهذه الوسيلة ومطالبة الطلاق على أساسها، وفي المقابل - كما ذكرنا سابقاً- يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة للتأكد من صحة وشرعية وسيلة الإثبات المعروضة أمامه ومن ثم الحكم بها في حالة خلوها من العيوب المذكورة في المادة ٢٥٩-١ من القانون المدني الفرنسي. فإذا كان الهاتف الجوال محمياً بمفتاح سري، أو إذا كان البريد الإلكتروني محمياً بكلمة السر وتم الاختراق بوسيلة غير مشروعة للحصول على الرسالة فتكون النتيجة استبعادها بقوة القانون خلال المرافعات أمام المحاكم^(٨٢)، كما لا يراعى في ذلك صدور موافقة الزوج أو الزوجة للاستعانة بها أمام القضاء^(٨٣).

وإن كانت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية أخذت بوسائل الاتصال الحديثة لأول مرة في مسائل الطلاق، فإن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية أقرت بتاريخ ٢٣ مايو ٢٠٠٧ م، قبول رسالة هاتف الجوال كوسيلة إثبات للحكم بخطأ صاحب العمل الذي كان يقوم بإرسال رسائل عبر جواله الشخصي لإحدى العاملات بالشركة بغرض التحرش بها، كما أضافت الغرفة في قرارها أن المرسل يعلم مسبقاً أن الرسائل المرسلة من جواله مسجلة ومحفوظة في الهاتف الجوال المستقبل لها^(٨٤).

كما أن الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية اعتبرت الرسائل المتبادلة عبر البريد الإلكتروني والتي كانت ترسلها الزوجة للغير كدليل في غياب حدوث غش أو إكراه في الحصول عليها^(٨٥).

وفي هذا الصدد، قامت محكمة الاستئناف الباريسية باستبعاد وسيلة الاتصال الحديثة من خلال قرار أصدرته بتاريخ ١٨/١١/٢٠٠٩ م، حيث لاحظت الوسائل غير المشروعة التي استعملها الزوجين للحصول على رسائل البريد الإلكتروني لبعضهما البعض للاستعانة بها أمام القضاء^(٨٦)، ولكن قبلت بالدليل الإلكتروني في قرارها الصادر بتاريخ ٢٥/١١/٢٠٠٩ م، أي حكمت بالتعويض المالي للزوجة مستندة في

(٨٢) Divorce et modes de preuve, commentaire publié sur: [URL] <http://www.berger-avocat.com/index.php?categorie4/divorce>.

(٨٣) Actualité juridique famille 2009, P. 298.

(٨٤) Cf. Cass. Soc, 23 mai 2007, Pourvoi n°06-43209, JCP G n° 30, 25 juillet 2007, II, 10140, commentaire L. Weiller.

(٨٥) Civ 1ère, 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 213, Pourvoi n°04-13.745.

(٨٦) Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 18/11/2009, Affaire n° 09/00903.

ذلك إلى الرسائل المتبادلة بين الزوج والغير، حيث تضمنت إهانات موجهة لزوجته التي حكم لها بالتعويض المقدر بـ ٢٠٠٠ يورو لجبر الضرر المعنوي الذي لحق بها^(٨٧).

ويستنتج من ما سبق ذكره، أن قبول الدليل الإلكتروني أمام المحاكم الفرنسية يتوقف على أمرين هامين، وهما:

- حيازة الدليل الإلكتروني من قبل الطرف الذي يدعيه أمام القاضي.
- حصول الدليل الإلكتروني بطرق مشروعة ودون الحاجة إلى حصول موافقة الطرف الآخر كاستثناء في مسائل الطلاق.

ولكي يتمتع الدليل الإلكتروني بحجية أقوى أمام القضاء الفرنسي، يمكن إضافة شرط آخر يتمثل في الاستعانة بمحضر كتابي يعده المحضر القضائي والذي يقوم بقيد كافة البيانات المتعلقة بالجهة المُرسلة للرسالة والجهة المستقبلة سواء تعلق الأمر برسائل الهاتف الجوال أو رسائل البريد الإلكتروني.

أما في سوريا، قضت الغرفة الشرعية بمحكمة النقض على أنه: " لا يصح اعتماد مخابرة هاتفية يدعي الزوج أنه أقر خلالها بالطلاق كدليل لإخبار بالطلاق من دون إنشاء الطلاق أمام الشاهد أو على مسمع منه. وحيث أن ما هو من النظام العام يتوجب على هذه الهيئة البحث به وبلا طلب من أحد من طرفي الدعوى.

وحيث أن ما تعلق بالحل والحرمة وحقوق الله تعالى هو من النظام العام، كما أن حسن تطبيق القانون واعتماد ما يصح اعتماده من أدلة مقبولة قانونياً هو من هذا القبيل.

وحيث أنه وسنداً لما تقدم ذكره فإن أسباب الطعن ترد على الحكم المطعون به، ذلك لأن اعتماد مخابرة هاتفية يدعي بأن الزوج أقر خلالها بطلاقه لزوجته تصرف لا يصح قانوناً، وقد استقر اجتهاد المحاكم السورية في كافة أنواع القضايا التي تعرض أمامها على عدم اعتماد الدليل المبني على مخابرة هاتفية، الأمر الذي يعني أن كل ما تصرفت به الجهة المدعية وأيدتها فيه المحكمة كان مبنياً على أساس غير صحيح ولا يصح اعتماده بعد إنكار الزوج، إضافة إلى أنه على فرض صحة شهادة عم الزوجة ووالدها فإن المحكمة باعتمادها إخباراً بالطلاق من دون إنشاء الطلاق أمام الشاهد أو على مسمع منه لا يصح، وهو ما استقر عليه اجتهاد هذه الهيئة في قرارها المؤرخ في ١٩٦٧/٩/٣ م، ذي الرقم ٤١١/٤١٥، ونصه:

Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 25/11/2009, Affaire n° 08/17471.

(٨٧)

لما كانت شهادة شهود الطلاق قد انصبت على إقرار الزوج بأنه أوقعه سابقاً، ولم تقع على إنشاء الطلاق أمامهم كانت البيئة المستمعة غير كافية للحكم بالبينونة الكبرى بين الطرفين على ضوء قانون الأحوال الشخصية الحالي^(٨٨).

وفي الإمارات العربية المتحدة التي سُجِّلَ فيها (١٥٠) حالة طلاق وقعت بوساطة وسائل الاتصال الحديثة، أكد مدير إدارة الأحوال الشخصية في محاكم دبي، أن القضاء الإماراتي اعتبر الطلاق المنعقد عبر هذه الوسائل وسيلة من وسائل الإعلان، وتعد به المحكمة شريطة إقرار الزوج له أو إثباته بطرق أخرى^(٨٩).

الخاتمة:

بالأمس القريب كانت دهشة المجتمعات كبيرة عند رؤيتها صور تتحرك عبر شاشات التلفزيون، وها هي اليوم تقف منبهرة أمام اكتشافات وابتكارات أخرى لا حصر لها بغض النظر عن إيجابياتها وسلبياتها.

ولقد اقتضى التطور التكنولوجي المشهود في كافة الميادين العلمية والعملية ضرورة مواكبة المجتمعات والدول الحديثة له؛ حتى لا تصنف ضمن المتأخرين عن الركب الحضاري الذي يزداد تطوره من عصر إلى آخر. وعليه فإن المجتمعات الإسلامية نظراً لخصوصيتها وخصوصية العادات والتقاليد الإسلامية المتمسكة بها منذ أن منَّ الله عليها بنعمة الإسلام جعلتها تتابع هذا التطور بحذر شديد مع مراعاة ما يتماشى أو يخالف شرعنا الحنيف. وإن كان لا يمكننا نكران ما جاء به التطور التكنولوجي الذي خدم المجتمعات وخلصها من الكثير من المتاعب والمشقات التي كانت تعاني منها قديماً، ولكن انحراف التطور التكنولوجي عن مسار الدين والأخلاق من خلال قيام بعض المجتمعات بمحاولة الاستنساخ البشري^(٩٠) الأمر الذي صدم الكثير من عقلاء وحكماء العالم بالإضافة إلى الضجة الإعلامية التي رافقت ذلك^(٩١).

(٨٨) المحامي سمير فرنان بالي، الإثبات التقني والعلمي- اجتهادات قضائية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ١٧٨ و ١٧٩.

(٨٩) بشاير المطيري، ١٥٠ حالة طلاق بواسطة الرسائل النصية القصيرة في دبي العام الماضي: شكوك قانونية تواجه الطلاق الإلكتروني، مقال منشور على الرابط التالي:
[URL] <http://www.emaratayoum.com/local-section/accidents/2011-07-02-1.407199>.

(٩٠) د. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠١م، ص ١٢١ وما بعدها.

(٩١) روبين مرانتز هنيج، الاستنساخ البشري: مخاوف كامنة، مقال منشور في مجلة العلوم الإلكترونية على الرابط التالي:

[URL] <http://www.oloommagazine.com/Articles/ArticleDetails.aspx?ID=610>.

فالطلاق الذي يهتز له العرش^(٩٢) لا يمكن أن يترك لأفراد يستخفوا به من خلال اللجوء الميسر لهذه الوسائل، فلقد نظم الشارع الإسلامي أحكام الطلاق، وبين أنواعه وشروط وقوعه حتى لا يتعرض مصير أسرة بأكملها للزوال والهدم، وما ينجر عن ذلك من تفتت الأسر وتشرد الزوجات والأبناء.

على الرغم من شرعية وقوع الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة، واعتراف أغلب فقهاء المسلمين بالحق الذي منحه الشارع الإسلامي للزوج في إيقاع الطلاق، إلا أن هناك تحفظاً على هذه الوسائل التي يمكن أن يعثر بها الغش والحيلة التي يلجأ إليها بعض الأفراد في ظل توافر البرامج الإلكترونية التي تمكن ضعاف النفوس من اللجوء إليها لانتحال شخصية بعض الأزواج بهدف إيقاع الفرقة ونشر العداوة بين الأسر.

وعلى هذا الأساس، يلزم القاضي من خلال السلطة التقديرية التي يتمتع بها في مجال الإثبات أن لا يكتفي بالدليل الإلكتروني لإثبات الطلاق بل يعد ضرورياً اللجوء إلى وسائل أخرى لتقوية حججه كما هو معمول به في الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة التي تبين لنا من خلالها تشدد المشرعين في مواجهة الدليل الإلكتروني في مسائل الطلاق، وإحاطة ذلك بجملة من الشروط التي تؤكد ضعف حجية الدليل الإلكتروني بمفرده أمام القضاء.

ومن أهم النتائج التي تم استخلاصها من البحث هي ما يلي:

- انعدام التشريعات التي تعالج ظاهرة الطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة في المجتمعات العربية والإسلامية.
- استفحال ظاهرة الطلاق الإلكتروني وانتشارها داخل المجتمعات العربية والإسلامية المحافظة وغير المحافظة.
- تباين الآراء والأحكام لأفراد المجتمعات العربية والإسلامية حول قبول فكرة اللجوء إلى وسائل الاتصال الحديثة في مجال الأحوال الشخصية.
- تضارب الفتاوى وعدم وقوع الإجماع حول مشروعية اللجوء إلى هذه الوسائل في مسائل الطلاق.
- تضارب فتاوى الفقهاء والعلماء حول تصنيف وتكييف وسيلة التعبير عن الطلاق

(٩٢) وهو ما يُروى عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "تزوجوا ولا تطلقوا، فإنَّ الطلاق يهتزُّ له العرشُ"، رواه ابن عدي في "الكامل" (٥/ ١١٢)؛ الحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، الجزء ١٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ١٩١.

المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة بحجة اعتباره من قبل البعض كطلاق الكنايات.

- صعوبة قياس التعبير بهذه الوسائل ومساواتها بالوسائل التقليدية التي حددتها الشريعة الإسلامية وبالأخص الحكم بوقوع الطلاق من عدمه بوساطة وسائل الاتصال الحديثة.

- ضعف حجية هذه الوسائل أمام القضاء في الدول العربية والإسلامية مما يدفع بالقضاة إلى تدعيمها وتقويتها من خلال اللجوء إلى الوسائل التقليدية في مجال الإثبات كالإقرار، أو الشهادة، أو اليمين.

- تحفظ القضاة والأفراد من وسائل الاتصال الحديثة والاستعانة بها قضاء نظراً لضعف وسائل الأمن والحماية الخاصة مما يجعلها عرضة للقرصنة والغش والتحايل في استعمالها بقصد الإضرار وتشتيت الأسر داخل المجتمعات الإسلامية.

- تردد المجتمع السعودي في قبول وسائل الاتصال الحديثة في مجال فك الروابط الأسرية، والتي لا تتناسب في نظرهم مع مكانة وقيمة العلاقة بين الزوجين والتي وصفها الخالق بـ "الميثاق الغليظ".

- قبول فكرة اللجوء إلى هذه الوسائل الحديثة من قبل المجتمعات غير الإسلامية في مجالات الإثبات، وإحاطتها بجملة من القيود القانونية للاستعانة بها كوسائل إثباتية أمام القضاء.

- وفي الأخير، نلخص أهم التوصيات التي توصل إليها البحث، والتي نوجزها فيما يلي: ضرورة الأخذ بالشروط التي وضعها الفقه للاعتداد بالطلاق المنعقد عبر وسائل الاتصال الحديثة.

- منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في اللجوء إلى شتى وسائل الإثبات الأخرى؛ لتقوية حجية الدليل الإلكتروني في مسائل إثبات الطلاق الواقع عبر وسائل الاتصال الحديثة.

- ضرورة تدخل المنظم السعودي من خلال وضع أحكام ونصوص تنظم مسألة صحة وقوع الطلاق بوساطة وسائل الاتصال الحديثة، وتبيان شروط اللجوء إلى الدليل الإلكتروني لإثبات الطلاق، وتحديد مدى حجيته أمام مختلف الأحكام القضائية اقتداء بما طرحته دائرة قاضي القضاة الأردنية التي اقترحت إدخال

تعديلات على قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي سيحدد فحواه الضوابط الشرعية للاعتداد بالطلاق الواقع بوساطة وسائل الاتصال الحديثة.

— منح صلاحيات أوسع لمأذوني الأنكحة في مجال التأكد من شروط وقوع الطلاق بوساطة وسائل الاتصال الحديثة قبل توثيقه والإبلاغ عنه لوكالة الأحوال المدنية لتسجيله في السجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض.

— ضرورة القيام بعمليات توعية للأسر حول مخاطر اللجوء إلى وسائل الاتصال الحديثة في ظل القرصنة، ولجوء بعض ضعاف النفوس إلى انتحال شخصية الأزواج بهدف هدم البيوت وتفتيت الأسر، وحثهم على التريث قبل اللجوء إلى إيقاع الطلاق من خلال هذه الوسائل التي لا تتماشى مع المراحل التي أقرتها الشريعة الإسلامية قبل الوصول إلى القرار النهائي المتضمن للطلاق.

المراجع

أولاً- المراجع العربية:

١ - الكتب:

- القرآن الكريم.
- ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٤، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، رجب ١٤٢٣هـ.
- ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج ٤، مؤسسة الرسالة، الطبعة ٢٧، ١٩٩٤م.
- ابن المنذر، الإجماع، الطبعة ٢، مكتبة الفرقان - مكتبة مكة الثقافية، ١٩٩٩م.
- ابن جعفر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الطبعة ١، دار الصديق، الرياض، ٢٠٠٢م.
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد ٤، الطبعة، دار السلام، ١٩٩٥م.
- ابن قدامة، المغني، الطبعة الثالثة مصححة ومنقحة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧م.
- ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المجلد ٣، دار الكتاب العلمية.
- أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الثالثة، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٥م.
- أحمد خليل جمعة، نساء أهل البيت في ضوء القرآن والحديث، اليمامة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م.
- إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، المجلد ١، دار المعرفة، بيروت.
- الجامع الصحيح - أبو عيسى الترمذي - الحلبي، القاهرة، ١٩٧٥.
- الحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، الجزء ١٢، دار الكتب العلمية، بيروت.
- د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الطبعة الرابعة، ١٤١٣هـ - ١٩٧٢م.

- د. أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار المهدي للمطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
- د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣م.
- د. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠١م.
- د. رمضان علي السيد الشرنباصي - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، القسم الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦م.
- د. سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة للنشر.
- د. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار النفائس، ١٩٩٨م.
- د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، مكتبة دار البيان، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٨٢م.
- د. محمود محمد هاشم، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مطابع جامعة الملك سعود، ١٩٨٨م.
- د. نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الشروق، ٢٠٠٢م.
- د. وفاء معتوق حمزة: الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة للكتاب، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء ٩، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة ٤ معدلة، ١٩٩٧م.
- دائرة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدبي، فتاوى شرعية، ط ١، ج ٧، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- سمير فرنان بالي، الإثبات التقني والعلمي - اجتهادات قضائية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- سنن ابن ماجة.

- سنن أبي داود - أبو داود السجستاني - دار الفكر، بيروت.
- صحيح البخاري بتفسير السندي - محمد بن إسماعيل - الحلبي، القاهرة.
- صحيح مسلم - مسلم بن الحجاج - إحياء التراث، بيروت، ١٩٧٢م.
- ٢ - الأنظمة واللوائح:
 - القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية "اليونسترال"، رقم ٥١/١٦٢، وتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٦م.
 - مرسوم بقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المعاملات الإلكترونية لدولة البحرين.
 - مرسوم سلطنة عمان رقم ٦٩/٢٠٠٨م، المتعلق بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية.
 - قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر برقم ١٩٧٦/٦١ والمنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٦٦٨ وتاريخ ١/١٢/١٩٧٦م.
 - القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م.
 - قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤/١١ وتاريخ ٩/٦/١٩٨٤م، المعدل والمتمم بالأمر رقم ٥/٢ وتاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٥م.
 - قانون رقم ٥/٥٣ لسنة ٢٠٠٧م بشأن التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي.
 - قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م بشأن المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني المصري.
 - قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م، بشأن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.
 - قانون رقم (٨٣) بتاريخ ٩/٨/٢٠٠٠م المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي.
 - القانون رقم ٢٣٠/٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ١٣/٣/٢٠٠٠م، والمعدل لبعض أحكام القانون المدني الفرنسي، والمتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني.
 - مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بتاريخ ١٣/٨/١٩٥٦م.

- مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة بالظهير الشريف ٢٢-٠٤-١ الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٣م بتنفيذ القانون رقم ٧٠/٣ بمثابة مدونة الأسرة.
- نظام الأحوال المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧)، وتاريخ ٢٠/٤/١٤٠٧هـ، بالموافقة على هذا النظام بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (١) وتاريخ ١١/١/١٤٠٧هـ، ونشر بجريدة أم القرى في عددها رقم (٣١٤٣) وتاريخ ٩/٥/١٤٠٧هـ.
- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨)، وتاريخ ٨/٣/١٤٢٨هـ، ولائحته التنفيذية الصادر بالقرار الوزاري رقم (٢)، وتاريخ ١٠/٣/١٤٢٩هـ.
- نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١)، وتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ، والمنشور في جريدة أم القرى العدد رقم (٣٨١١)، وتاريخ ١٧/٦/١٤٢١هـ.
- لائحة مأنوني عقود الأنكحة الصادرة بقرار وزير العدل سنة ١٤٢٤هـ.

٣ - الأبحاث:

- د. أفنان بنت محمد عبد المجيد تلمساني، عدالة الشهود عند الفقهاء، مجلة العدل السعودية، العدد (٤٤)، شوال ١٤٣٠هـ، ص ٢٠٨ وما بعدها.
- د. عبد الرحمن بن عبد الله السند، حجية الوثيقة الإلكترونية، مجلة العدل السعودية، العدد (٣٤) ربيع الآخر ١٤٢٨هـ، ١٥٩.
- د. محمد بن سعد بن محمد المقرن، القوامة الزوجية: أسبابها - ضوابطها - انقضاءها، مجلة العدل السعودية، العدد (٣٢)، شوال ١٤٢٧هـ، ص ١٠ وما بعدها.
- د. مزهر بن محمد بن ظافر القرني، الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مجلة العدل السعودية، العدد الثالث، ربيع ١٤٣٠هـ.
- الشيخ سليمان بن إبراهيم الأصقه، دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل السعودية، العدد (٢٧) ربيع ١٤٢٦هـ.
- محمد مكاي، الورق والإنترنت... عناق الماضي بالمستقبل، مجلة المعلوماتية، وكالة التطوير والتخطيط بوزارة التربية والتعليم السعودية، العدد (٢٣) أغسطس ٢٠١١م.

- مختارات من الفتاوى، الأزهر: الطلاق عبر الهاتف ممكن، مجلة الوعي الإسلامي الكويتية، العدد رقم: ٥٣٢، وتاريخ ٣/٩/٢٠١٠م.

٤ - المقالات الإلكترونية:

- أسامة الجمعان، بدء العمل بالاستخلاف الإلكتروني في سماع الشهادة بالمحاكم عبر شاشات العرض، مقال منشور في جريدة الرياض على الرابط التالي:
[URL] <http://www.alriyadh.com/ipad.article/717308>.
- باركرיתי غوبتا، الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة يثير جدلاً فقهيّاً بين العلماء المسلمين في الهند، مقال منشور على الرابط التالية:
[URL] <http://www.aawast.com.details.asp?issueno=10992&article=512159>.
- بشاير المطيري، ١٥٠ حالة طلاق بواسطة الرسائل النصية القصيرة في دبي العام الماضي: شكوك قانونية تواجه الطلاق الإلكتروني، مقال منشور على الرابط التالي:
[URL] <http://www.emaratlyoum.com/local-section/accidents/2011=07-02-1.407199>.
- روبين مرانتز هنيج، الاستنساخ البشري: مخاوف كامنة، مقال منشور في مجلة العلوم الإلكترونية على الرابط التالي:
[URL] <http://www.oloommagazine.com/Articles/ArticleDetails.aspx?ID=610>.
- سعد آل حسين، لأول مرة زواج سعودي عن طريق الماسنجر، مقال منشور في جريدة الرياض بتاريخ ١٦ رجب ١٤٣٠، الموافق ٩ يوليو ٢٠٠٩، العدد رقم: ١٤٩٩٠ منشور على الرابط التالي:
[URL] <http://www.alriyadh.com/2009.07.09.article443347.html>.
- الشيخ الأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكردي، الطلاق أبغض الحلال عند الله، مقال منشور على الرابط التالي:
[URL] <http://www.islamic-fatwa.net/index.jsp>.
- عبد الحكيم فماز، علماء الجزائر يستنكرون الطلاق عبر "أس أم أس"، مقال منشور في جريدة الخبر الجزائرية على الرابط التالي:
[URL] http://elkhabar.com/ar/archives.archive_pdf_2011/archive.pdf-juin-2011.
- عبد الله الداني، الطلاق الإلكتروني.. تعددت الوسائل والطلاق واقع، مقال منشور على الرابط التالي:
[URL] <http://www.olaz.com.sa/new/Issues/20100225/Con20100225335067.htm>.

- عبد الله الداني، قاضي يفسد حيلة زوجة طلقها برسالة جوال، مقال منشور على الرابط التالي:
[UTL] <http://www.okza.com.sa/new/Issues/20101129/Con20101129385471.htm>.
- علي الشتري، الشيخ المطلق: إثبات أو نفي الطلاق عبر الجوار والإنترنت يكون في المحكمة الشرعية إذا أنكر إرساله، مقال منشور في جريدة الرياض، الأحد ٨ ذو الحجة ١٤٢٣هـ، العدد ١٢٦٥١، السنة ٣٨، وعلى الرابط التالي:
[URL] http://www.alriyadh.com/Contents/09=02-003/Mainpage/LOCAL1_5459.php.
- غادة الزبيدي، علماء السعودية ومصر يقولون رأيهم فيه.. أحدث تقاليد الارتباط بين الشباب.. زواج " الشات " مقال منشور على الرابط التالي:
[URL] http://www.al-mutlaq.nt/mutlaq_fatawa_001.php.
- د. فريدة صادق زوزو، أثر التكنولوجيا الحديثة في النظر الفقهي: الطلاق بالهاتف النقال نموذجاً، مقال منشور على الرابط التالي:
[URL] <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=3452>.
- محمد خير العناسوة، الطلاق الإلكتروني في الأردن.. ما بين رافض ومؤيد، مقال منشور على الرابطين التاليين:
[URL] <http://www.dw.de/dw/article/0,,15666419,00.htm>.
[URL] <http://alyawmnews.com/news.aspx>.
- مي محمود، الطلاق الإلكتروني هل يقع؟ مقال منشور على الرابط التالي:
[URL] <http://www.islamfeqh.com/News/NewsItem.aspx?NewsItemID=3046>
- هاني عبد الله الجبير، كتاب فتاوى واستشارات موقع الإسلام اليوم، فتاوى صادرة بتاريخ ٢٣/٢/١٤٢٣هـ، رقم (٣٤٥/١١)، منشورة على الرابطين التاليين:
[URL] <http://islamtoday.net>.
[URL] <http://sh.rewayat2.com/fatawae/Web.894/008.htm>.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

1 - Livers:

- Actualité juridique famille 2009.
- DALLOZ, droit de la famille, sous la direction de J.RU-BELLIN-DEVICHI, Paris, 1999.

- F.TERRÉ -D.FENOUILLET, droit civil: les personnes, la famille, les incapacités, édition, Paris, 1996.
- J. CARBONNIER, droit civile - la famille, l'enfant, le couple, éd. PUF, 21ème édition refondue, 2002.
- PH. MALAURIE-H.FULCHIRON, la famille, éd. DEFREÉ - NOIS lextenso éditions, Paris, 2009.

2 - Revues:

- Y. Linant de Bellefonds, volonté interne et vovonté déclarée en droit musulman, Revue Internationale du Droit Comparé, Vol, 10, n°3, juillet-september 1958.

3 - Revues électroniques:

- Divorce et modes de preuve, commentaire publié sur:
[URL] <http://www.berenger-avocate.com/index.php?categorie4/divorce>
- INFORCA, "L'archivage légal: ce qu'il faut faire", voir sur:
[URL] http://www.inforca.eu/doc/archivage+légal_red.pdf .
- L. REVELLO, "la preuve électronique", voir sur:
[URL] <http://www.sam.mag.com/p2,2,5,34,default.aspx>.

الأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية في التشريع الكويتي

الدكتور/ محمد أمين الخرشة

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية القانون - جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا

دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص:

يتناول هذا البحث موضوع الأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية في التشريع الكويتي، حيث حرص المشرع الكويتي حديثاً على إصدار القانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، فالقانون حقق استقلالية تامة للهيئة ومنحها مهاماً رقابية وتنظيمية وكذلك تشريعية، كما أوجب إنشاء محكمة خاصة بأسواق المال تتولى مهام الفصل في الدعاوى الجزائية المتعلقة بالجرائم التي نص عليها القانون، بالإضافة إلى إنشاء نيابة متخصصة للتحقيق في هذه الجرائم. وقد تعرض البحث بشكل رئيسي للجوانب الإجرائية التي قررها المشرع الكويتي لهذا النوع من الجرائم.

وفي سبيل التعرف على الأحكام الإجرائية فإن بناء هذا البحث قام على تقسيمه إلى أربعة مباحث، نستهلها بمبحث عن إجراءات التحقيق، لندخل من ذلك إلى رحاب المبحث الثاني نحدد فيه السلطة المختصة بتحريك الدعوى الجنائية، ثم خصصنا المبحث الثالث لبيان الاختصاص القضائي بنظر جرائم تداول الأوراق المالية، وأقرنا المبحث الرابع لبيان أحكام الصلح في هذه الجرائم، وقد أنهينا البحث بخاتمة اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

المقدمة:

تعتبر أسواق المال^(١) من أهم الركائز الاقتصادية لدى الدول، نظراً لدورها في تحقيق التنمية، والمساهمة في إنجاز أهداف السياسة الاقتصادية العامة للدولة، عبر قيامها بمهام توجيه الاستثمارات نحو القطاعات الاقتصادية المختلفة وتعبئة المدخرات، وتمويل الاستثمارات التنموية، وفتح قنوات استثمارية لصغار المستثمرين، والمشاركة في تنفيذ البرامج الاقتصادية التي تتبناها هذه الدول، وفي ضوء التطورات العالمية

(١) سوق المال (بالمعنى العام): هو مجمل النظام المالي المكون من مصاريف تجارية، ووسطاء ماليين، ومعاملات مالية غير نقدية أولية وغير مباشرة قصيرة وطويلة الأجل كالأسهم والسندات والعقود التجارية. لمزيد من التفصيل حول تقسيم أسواق المال انظر: د. منير هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٥ وما بعدها.

التي شهدتها أسواق المال، والتي لحقت بالحياة الاقتصادية والاجتماعية محلياً وعالمياً واتساع نطاقها وزيادة تشابكها، وظهور ملامح نظام عالمي جديد تسوده المنافسة وحرية التجارة وإكمالاً للإطار القانوني والتنظيمي له تحت مظلة منظمة التجارة العالمية واتفاقيات التجارة الدولية.

تطلب الأمر وضع نظام قانوني متطور يتسم بالوضوح والبعد عن التعقيد لملاحقة هذه التطورات^(١)، كما تزداد الحاجة إلى وجود جهات ذات كفاءة لتنفيذ القوانين التي توضع في هذا الشأن، ومنحها السلطات التي تمكنها من أداء دورها على أكمل وجه، لمواجهة كافة الأفعال غير المشروعة بالسرعة والدقة الكافية.

ولقد تنبّهت الدول المتقدمة^(٢) مبكراً إلى أن غياب القوانين التي تحكم أسواق المال وعدم وجود جهة متخصصة لتنفيذها، من شأنه أن يؤدي إلى قيام بعض الأشخاص بتحقيق أرباح طائلة على حساب عامة المستثمرين، مما يؤثر على استقرار هذه الأسواق وبالتالي التأثير سلباً على الاقتصاد القومي.

ولذلك قام المشرّع الكويتي بإصدار القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، وقد تضمن هذا القانون تجريم بعض الأفعال غير المشروعة التي قد تقع في أسواق المال، ونص على توقيع بعض الجزاءات الجنائية على مرتكبيها، كما اشتمل القانون على بعض الأحكام الإجرائية الخاصة، حيث حرص المشرّع على تحقيق الاستقلالية التامة لهيئة أسواق المال إدارياً ومالياً^(٣) ومنح بعض موظفي الهيئة سلطة الضبطية القضائية بالنسبة للجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكامه مع منحهم بعض السلطات التي تمكنهم من ضبط هذه الجرائم. كما أنشأ القانون نيابة خاص تسمى نيابة أسواق المال والتي تختص بالتحقيق

(١) د. مصطفى السعيد، الاقتصاد المصري وتحديات الأوضاع الراهنة، دار الشرق، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٦٠.

(٢) أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية في هذا المجال قانون الأوراق المالية في عام ١٩٣٣ (Act of securities, 1933)، وقانون بورصة الأوراق المالية في عام ١٩٣٤ (securities exchange act of 1934) كما أنشأت لجنة الأوراق المالية والبورصة (securities and exchange commission).

انظر حول ذلك:

(Douglas j. Schulz, brokerage fraud, Dearborn Trade polishing United States of America, 2002, preface, p25).

(٣) نصت المادة رقم (٢) من القانون رقم ٢٠١٠/٧ على أن: "تنشأ هيئة عامة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية يشرف عليها وزير التجارة و الصناعة، تسمى "هيئة أسواق المال".

والتصرف والادعاء في الجرائم التي نص عليها القانون. بالإضافة إلى إنشاء محكمة مختصة تسمى (محكمة أسواق المال)، وأجاز القانون لهيئة أسواق المال عرض الصّح أو القبول به مع أي شخص ارتكب إحدى جرائم تداول الأوراق المالية، وفي حال إتمام الصّح تنقضي الدعوى الجنائية.

مشكلة البحث وأهميته:

نظراً لما تتسم به أسواق المال من حساسية مفرطة تجاه كافة المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فإن وضع سوق المال في إطار محايد يعد أمراً بالغ الأهمية، وهذا ما سعى إليه المشرّع الكويتي من خلال هذا القانون، حيث أضاف بعض الأحكام الإجرائية الخاصة لتحقيق الحماية المنشودة للأسواق المالية، ولم يحظ هذا القانون بفرصة التقييم والتعليق عليه حتى تاريخ إعداد هذا البحث، وفضلاً عن كون هذه الدراسة هي أولى الدراسات المعدة بعد إصدار القانون، فإن هذا البحث يتحدث للمرة الأولى عن الأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية في الكويت.

ويثير موضوع الأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية مشاكل قانونية عديدة، لعل أهمها عدم وجود سوابق قضائية وتعليقات فقهية في الكويت يمكن الاستفادة منها في إيجاد الحلول المناسبة لبعض الإجراءات، وذلك يعود إلى أن صدور القانون لا يرجع إلى وقت بعيد.

كما أن موضوع البحث يثير العديد من التساؤلات منها:

– ما الجهات المختصة بإجراءات الضبط والتحقيق في جرائم تداول الأوراق المالية، ومدى اختصاص هذه الجهات، ومن يملك حق تحريك الدعوى الجنائية في هذه الجرائم، وهل يوجد قضاء مختص للنظر في هذه الجرائم، وهل هناك أسباب خاصة لانقضاء الدعوى الجنائية؟

ويهدف البحث إلى الإجابة على هذه التساؤلات بأسلوب علمي منطقي، من خلال بيان الجهات المختصة بإجراءات الضبط والتحقيق، والتعرض لموضوع الدعوى الجنائية لبيان الجهة المختصة بتحريكها، واختصاص القضائي بنظر هذه الجرائم، وأسباب انقضائها.

منهج البحث:

اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية في التشريع الكويتي، بهدف استجلاء الملامح والجوانب المختلفة للأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية في التشريع الكويتي "وقد كان باعث قصر الدراسة على التشريع

الكويتي يرجع إلى الرغبة في بيان الأحكام المستحدثة في التشريع الكويتي بشأن الأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية، ذلك أن المشرّع قبل إصدار القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ لم يكن ينص على هذه الأحكام، فلأول مرة في تاريخ التشريع الكويتي يصدر قانون ينظم نشاط الأوراق المالية بهذه الصورة".

تقسيم البحث:

في سبيل التعرف على الأحكام الإجرائية فإن بناء هذا البحث قام على تقسيمه إلى أربعة مباحث، نستهلها بمبحث عن إجراءات التحقيق في جرائم تداول الأوراق المالية، لندخل من ذلك إلى رحاب المبحث الثاني نحدد فيه السلطة المختصة بتحريك الدعوى الجنائية في جرائم تداول الأوراق المالية، ثم نخصص المبحث الثالث لبيان الاختصاص القضائي بنظر جرائم تداول الأوراق المالية المبحث الرابع لبيان أحكام الصلح في هذه الجرائم، وقد أنهينا البحث بخاتمة اشتملت على أهم النتائج والاقتراحات.

المبحث الأول

إجراءات التحقيق في جرائم تداول الأوراق المالية

إن الدعوى الجنائية لا تصل إلى المحاكم الجنائية المختصة إلا بعد أن يهيباً لذلك بالقيام بإجراءات عديدة تهدف إلى تهيئة الأدلة التي تثبت ارتكاب الجريمة وكيفية وقوعها وأسبابها لفرض إثبات أو نفي ارتكابها ممن أسندت إليه.

ونظراً لما تتسم به جرائم تداول الأوراق المالية من تعدد طرق التحايل والتلاعب سواء فيما يتعلق بالتداول أو طرق الخداع المتعلقة بالمراكز المالية للشركات التي تطرح أوراقها في السوق..

يكون من الصعب ترك إجراءات التحري والبحث والتحقيق^(١) في هذه الجرائم إلى مأموري الضبط القضائي، إذ لا يملكون الوسائل الفنية اللازمة للكشف عنها.

ومن هنا كان من الأهمية ترك الأمر إلى جهة متخصصة هي أدرى من غيرها وأكثر إداراً لهذا النوع من الجرائم، وتدعيمها بالوسائل القانونية التي تكفل تأدية هذه الوظيفة^(٢) لذا فإن التشريعات المختلفة تضع أنظمة خاصة يقوم عليها متخصصون في هذا المجال للتحري عن تلك الجرائم وضبطها^(٣). وهذا ما فعله المشرع الكويتي بالقانون رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية.

إذ منح في مادته الثلاثين لبعض موظفي الهيئة صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية.

(١) التحقيق هو: مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى فحص الأدلة عند وقوع الجريمة قبل إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتباشر هذه الإجراءات سلطة مختصة ومؤهل للقيام بذلك. د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ط ٢٠٠٥، ص ٣٢٧.

(٢) د. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٥٨.

(٣) منح المشرع الأمريكي لجنة الأوراق المالية والبورصة (SEC) سلطة البحث والتحقيق في الممارسات غير المشروعة التي تقع في البورصة، ومنحها السلطات اللازمة التي تمكنها من ضبط هذه الممارسات. لمزيد من التفصيل حول السلطات الممنوحة للجنة الأوراق المالية والبورصة في الولايات المتحدة الأمريكية راجع:

Report about "How the SEC protects investors and maintains market integrity" published by U.S. Securities and Exchange Commission Washington D.S, December 1999. P(2-14).

كما نص المشرع الكويتي على تقرير حماية جنائية خاصة لمأموري الضبط من موظفي هيئة أسواق المال، وتتمثل هذه الحماية في تجريم كل من يرتكب فعلاً من شأنه إعاقة تحقيقات أو أي نشاط رقابي للهيئة أو لموظفيها^(١) وعليه سوف نتناول دراسة هذه الإجراءات عبر المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: السلطة المختصة بالضبط والتحقيق.

المطلب الثاني: مضمون إجراءات البحث والتحقيق.

المطلب الأول

السلطة المختصة بالضبط والتحقيق

في سبيل مواجهة جرائم تداول الأوراق المالية حرص المشرع الكويتي على إنشاء جهة متخصصة تقوم بالبحث والتحقيق واتخاذ الإجراءات اللازمة للكشف عن الجرائم التي تقع في بورصة الأوراق المالية.

حيث صدر القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال، وهي هيئة عامة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية يشرف عليها وزير التجارة والصناعة^(٢) تتولى الهيئة، فضلاً عن الاختصاصات المقررة لها في أي قانون آخر، تطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، ولها إبرام التصرفات واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق أغراضها وعلى الأخص إصدار اللوائح والتعليمات اللازمة لتنفيذ القانون، كما تعمل على القيام بإصدار التوصيات والدراسات اللازمة لتطوير القوانين التي تساعد على تحقيق أهدافها^(٣).

ويتولى إدارة الهيئة مجلس يسمى مفوضي هيئة أسواق المال يتكون من خمسة مفوضين متفرغين يصدر بتسميتهم مرسوم بناء على ترشيح وزير التجارة والصناعة، ويحدد المرسوم من بين الأعضاء رئيساً ونائباً للرئيس^(٤).

ويمثل الرئيس الهيئة أمام الغير وأمام القضاء ويتولى إدارتها وتصريف أمورها، وله أن يفوض بعض اختصاصاته الإدارية إلى أحد المفوضين أو إلى وحدة إدارية بالهيئة^(٥).

(١) نص المادة (١٢٧) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية الكويتي.

(٢) المادة (٢) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ الكويتي.

(٣) المادة (٤) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٤) المادة (٦) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٥) المادة (٨) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

وقد منح المشرع سلطة الضبطية القضائية لبعض موظفي هيئة أسواق المال، فنصت المادة (٣٠) منه بأنه (يكون لموظفي الهيئة الذي يصدر بتحديدهم قرار من الوزير المختص صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، لهم في سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات في مقر الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أو في مقر أسواق الأوراق المالية أو أي جهة أخرى توجد بها.....)^(١)

ويتضح من النص أن للهيئة إجراء التفتيش على الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية المرخص لها بمباشرة الأنشطة المنصوص عليها في القانون، كما لها سلطة ضبط الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له.

وفي سبيل ضمان تأدية هذه المهمة المناطة لتلك الجهات وتحقيق الحماية للمستثمرين في الأوراق المالية، وتنظيم سوق رأس المال وحمايته من المخاطر التي قد يتعرض لها، تم منح الهيئة سلطة توقيع جزاءات إدارية تتناسب مع طبيعة جرائم تداول الأوراق المالية، وتتفق أيضاً مع طبيعة مرتكبيها^(٢)، فضلاً عن تجريم كل ما من شأنه إعاقة عمل محققين ومفتشي الهيئة^(٣).

(١) تقابل المادة (١٧) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، والمادة (٤٩) قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢. وعهد المشرع الفرنسي بسلطة البحث والتحري في جرائم تداول الأوراق المالية إلى لجنة عمليات البورصة (COB) الفرنسية وذلك بموجب مرسوم ١٩٦٧ وتعديلاته. د. عمر سالم، سالم، المرجع السابق، ص (١٥٩)

(٢) المادة (٤٢) من القانون رقم ٧ سنة ٢٠١٠ الكويتي:

إن الجزاءات الإدارية تختلف عن العقوبات الجزائية، فهذه الأخيرة تنطوي على معنى الإيلاء وتقويم المجرم والردع العام والخاص، أما الجزاءات الإدارية بالمعنى الصحيح هي: الإجراءات والتدابير التي تتخذها الإدارة لمنع وقوع الجريمة أو لتأمين حماية الأفراد أو لمنع الاضطراب داخل المجتمع. انظر: د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ط ٢، ١٩٧٩، ص ١٤٦. د. سيف المصاروة، الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٨، ص ٣٤١.

(٣) المادة (١٢٧) من القانون رقم ٧ سنة ٢٠١٠.

المطلب الثاني

مضمون إجراءات الضبط والتحقيق

يتضح من نص المادة (٣٠) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ أن المشرع الكويتي قد خوّل بعض موظفي هيئة أسواق المال صفة الضبطية القضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له. إلا أن المشرع لم يحدد نطاق هذه السلطة سوى أنه نص على منحهم الحق في الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات في مقرّ الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية أو في مقرّ أسواق الأوراق المالية أو أي جهة أخرى توجد بها.

وبالرجوع إلى اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ يمكن القول بأن لمأموري الضبط القضائي من موظفي الهيئة بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة (٣٠) من القانون مباشرة الاختصاصات الآتية^(١):

- ١ - التفتيش على الجهات الخاضعة للقانون للتأكد من التزامها بأحكام القانون واللوائح والنظم والقرارات التي تصدر تنفيذاً له.
 - ٢ - الاطلاع على السجلات والدفاتر والمستندات والبيانات أو وثائق أو أشرطة أو أنظمة حاسب آلي أو وسائل أخرى لتخزين البيانات أو معالجتها في مقر الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية، أو في مقر أسواق الأوراق المالية أو في أي جهة أخرى توجد بها وتكون في حيازتها أو تحت سيطرتها.
 - ٣ - الحق في الحصول على المعلومات والمبررات عند طلبها.
- ولهم استدعاء الشهود وسماع أقوالهم أو الطلب من أي شخص له خبرة فنية إبداء الرأي في أي مسألة متعلقة بمباشرة أعمالهم وإثباتها في محضر.
- وعليه فإن مأموري الضبط القضائي من موظفي الهيئة يجب عليهم القيام بأنفسهم أو بواسطة معاونيهم بجميع الإجراءات التي من شأنها أن تؤدي إلى الكشف عن الجرائم، من خلال عمل التحريات على الوقائع التي تصل إليهم بأية طريقة، سواء أكانت عن طريق الشكاوى المقدمة بشأن المخالفات والجرائم المنصوص عليها في القانون^(٢)، أم

(١) المادة (٦٣) من اللائحة التنفيذية من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٢) يعتبر فحص الشكاوى من أهم مصادر الحصول على المعلومات واكتشاف جرائم تداول الأوراق المالية.

Howard M.Friedman, securities and commodities enforcement, D.C. Heath and company, United States of America, 1981.p.5.

عن طريق قيامهم بمراقبة العمليات التي تتم في أسواق الأوراق المالية، أو من خلال التقارير الدورية التي تقدم من قبل الأشخاص المرخص لهم في نشاط الأوراق المالية، بما فيها التقرير السنوي عن البيانات المالية المدققة^(١) كما يعمل مأمورو الضبط القضائي على جمع القرائن المادية التي تفيد في كشف الحقيقة، وذلك من خلال الانتقال إلى مكان الواقعة^(٢) وإثبات الحالة، وإجراء المعاينات اللازمة لآثار الجريمة، وله الاستعانة في تفسير القرائن المادية بأهل الخبرة لإعطاء رأيهم الفني^(٣)، ولمأموري الضبط القضائي أن يتخذوا الوسائل التحفظية للمحافظة على أدلة الجريمة^(٤).

ونظراً لخطورة هذه الإجراءات يجب على مأموري الضبط من موظفي الهيئة التقيد ببعض الضوابط التي يجب مراعاتها عند ممارسة اختصاصاتهم، ومن أهم هذه الضوابط الالتزام بمشروعية الوسائل التي نص عليها القانون في الكشف عن الجرائم، وذلك من أجل ضمان سلامة عملية الضبط وخلوها من الطعون التي يمكن أن تثار بعد ذلك في المراحل التالية للدعوى الجنائية وتؤدي إلى بطلان الضبط، وإذا بطل الضبط لعدم مشروعية وسائل الكشف عن الجريمة، بطل كل إجراء ترتب على الضبط الباطل؛ لأن كل ما يترتب على الإجراء الباطل يكون مشوباً بعيب البطلان^(٥) وبالتالي زوال جميع آثاره القانونية، فتصبح كأن لم تكن ويتعين إهدار الدليل المستمد منه، وإلا أصبحت الضمانات التي يقررها القانون للحفاظ على حقوق الإنسان وحرياته عديمة الجدوى.

ورغبة من المشرع في ضمان هذه الإجراءات فقد نصت المادة (١٢٧) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ على أن يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تتجاوز خمسين ألف دينار كل من ارتكب فعلاً من شأنه إعاقة تحقيقات أو أي نشاط رقابي للهيئة أو موظفيها...^(٦).

- (١) المادة (٦٥) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.
- (٢) المادة (٤٢٢) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.
- (٣) المادة (٤/٦٣) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.
- (٤) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٦١٠ وما بعدها.
- (٥) د. محمد فاروق عبد الرسول، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٣٢٣. د. محمد أمين الخرشة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص ٢٤٧.
- (٦) وجاء التأكيد على ذلك بموجب المواد (٦٤، ٦٦، ٦٧) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

وعملاً بالمبادئ العامة المستقرة في قانون الإجراءات الجنائية، فإن اختصاص مأموري الضبط القضائي ينحصر في كشف الجرائم وجمع الاستدلالات كقاعدة عامة على أن يختص غيرهم بالتحقيق.

ومن ثَمَّ إذا أسفرت التحريات والاستدلالات عن وجود شبهة تحقق إحدى الجرائم الجزائية المنصوص عليها بالقانون، فيتم تحرير محاضر من قبل موظفي الضبطية القضائية بما قاموا به من أعمال وإثبات الواقعة، وإحالة المخالف إلى النيابة المختصة (نيابة سوق المال)^(١) للتحقيق مما إذا كان هذا الفعل يشكل إحدى الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون من عدمه وتتخذ بشأنه الإجراءات.

ونخلص إلى أن اختصاص مأموري الضبط القضائي من موظفي الهيئة لا يمتد إلى مجال التحقيق، لأن التحقيق هو تحريك للدعوى الجنائية، تختص به السلطة التي تملك تحريك هذه الدعوى، وهي سلطة التحقيق التي نص المشرع على إنشائها "نيابة سوق المال" وهو ما سنتعرض له في المبحث الثاني.

(١) نصت المادة (١١٤) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ أن: "تنشأ نيابة خاصة تسمى نيابة سوق المال تختص دون غيرها بالتحقيق والتصرف والإدعاء في الجرائم التي تختص بنظرها محكمة سوق المال والطعن في الأحكام الصادرة فيها".

المبحث الثاني

تحريك الدعوى الجنائية في جرائم تداول الأوراق المالية

جرائم تداول الأوراق المالية شأنها شأن الجرائم الأخرى، تحتاج بعد وقوعها إلى مجموعة من الإجراءات يحددها القانون بهدف الوصول إلى حكم قضائي، والأصل أن تحريك الدعوى الجنائية اختصاص أصيل للنيابة العامة^(١)، فالنيابة العامة بمجرد وقوع الجريمة يجب أن تتخذ الإجراءات اللازمة للتحقيق في الواقعة الإجرامية وإحالة مرتكبيها إلى المحكمة المختصة ومباشرة الدعوى أمام القضاء والطعن في الحكم الصادر، وكذلك الإشراف على تنفيذ الأحكام، فيما عدا الحالات التي خول فيها المشرع سلطات أخرى حق تحريك الدعوى دون مباشرتها والذي يظل دائماً من اختصاص النيابة العامة^(٢).

وعليه فإن هيئة أسواق المال إذا رأت أن العناصر التي جمعتها عن طريق التحقيق الأول الذي قام به مأمورو الضبط القضائي تدل على وجود شبهة تحقق إحدى الجرائم المنصوص عليها بالقانون^(٣)، فإنها تقوم بنقل الملف كاملاً إلى نيابة أسواق المال مطالبة بتحريك الدعوى الجنائية، فقد وكل المشرع هيئة أسواق المال تبليغ نيابة سوق المال بالوقائع التي تعد في نظرها جريمة.

سلطة نيابة أسواق المال في تحريك الدعوى الجنائية عن جرائم تداول الأوراق المالية:

تعتبر الإجراءات التي تتخذها هيئة أسواق المال الكويتية من قبيل أعمال الاستدلال، والهدف من ورائها هو اتخاذ قرار في شأن تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم، وهذا القرار تملكه نيابة أسواق المال، حيث نص المشرع على إنشائها كنيابة متخصصة تتولى التحقيق وتحريك الدعوى الجنائية في جرائم تداول الأوراق

(١) تنص المادة (٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي (تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنايات ويتولى سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنح محققون يعيّنون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام، وتثبت صفة المحقق أيضاً لضباط الشرطة الذين يعيّنهم النظام الداخلي المنصوص عليه في المادة ٣٨).

(٢) د. آمال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التمويل، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٤٢.

(٣) حصر المشرع الكويتي بموجب القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ الأفعال التي تعد جرائم معاقباً عليها، وحدد العقوبة الخاصة بكل فعل في المواد من ١١٧ إلى ١٣٧ منه.

المالية^(١)، ولم ينص القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ على تقييد سلطة النيابة العامة (نيابة أسواق المال) في تحريك الدعوى الجنائية في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بأي قيد، بل تتبّع في تحريك الدعوى الجنائية ورفعها أمام الدوائر الجزائية المختصة القواعد والإجراءات المقررة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية^(٢).

ومن ثمّ فإن تحريك الدعوى فيها يخضع للقاعدة العامة التي تقضي بأن النيابة العامة لها السلطة التقديرية في تحريك الدعوى الجنائية، وأنها تزاوّل تلك السلطة دون تدخل من قبل الإدارة أو الأفراد^(٣)، فهي صاحبة القرار النهائي في تقدير مدى ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية في هذه الحالة، ولا شأن للهيئة بهذا القرار.

وقد انتقد هذا الوضع من قبل بعض الفقه^(٤) الذي يرى أنه من المناسب أن ينص المشرّع صراحة على تعليق سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية على شكوى، أو طلب يقدم من هيئة أسواق المال، باعتبارها الأكثر تقدراً لمدى ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية في هذا الشأن.

وعليه يمكن القول بأن الحكمة من تقييد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في جرائم تداول الأوراق المالية بتقديم طلب من هيئة أسواق المال هي ما يتمتع به موظفو الهيئة من خبرة فنية وقانونية اكتسبوها من ممارستهم لعمليات التداول التي تتم في الأسواق المالية.

فالقانون جعل للهيئة مهاماً رقابية وتنظيمية وكذلك تشريعية. ولكن يلاحظ أنه في الكويت وبعد صدور القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، تم البدء بتنفيذ بعض الإجراءات كتشكيل محاكم

(١) نصت المادة (١١٤) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بأنه: "تنشأ نيابة خاصة تسمى نيابة سوق المال تختص دون غيرها بالتحقيق والتصرف والادعاء في الجرائم التي تختص بنظرها محكمة سوق المال والطعن في الأحكام الصادرة فيها". وهذا ما نصت عليه اللائحة التنفيذية للقانون في المادة (٤١٦).

(٢) المادة ١/١٠٨ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

(٣) خروجاً عن هذه القاعدة فقد يقيد القانون استعمال النيابة حقها في تحريك الدعوى الجنائية لقيود معينة هي: الشكوى من المجني عليه أو الحصول على إذن من جهة خاصة وصدور طلب كتابي من الوزير أو الجهة الحكومية ذات العلاقة. لمزيد من التفصيل حول القيود التي ترد على سلطة النيابة العامة انظر: د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ٨٢ وما بعدها. د. محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص ٧٥ وما بعدها.

(٤) د. عمر سالم، المرجع السابق، ص ١٧٥. د. سيف المصاروة، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

خاصة بأسواق المال ونيابة متخصصة بالتحقيق في جرائم تداول الأوراق المالية والتصرف فيها، ولا شك أن التخصص كفيل بأن يحقق لعضو النيابة ذلك القدر اللازم من الخبرة الفنية في المسائل التي يتخصص فيها، مما يساعده على تأدية عمله على وجه يتفق مع مقتضيات المصلحة العامة.

بالإضافة لذلك فإن إعطاء هيئة أسواق المال سلطة تقديم الطلب، قد يعرضها إلى ضغوط شتى من بعض الجهات والأشخاص^(١).

ومن ثم نرى أنه يجب عدم الخروج عن الأصل العام، وأن تظل سلطة تحريك الدعوى في جرائم تداول الأوراق المالية من اختصاص نيابة أسواق المال.

(١) في نفس الاتجاه انظر د. محمد فاروق عبد الرسول، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

المبحث الثالث الاختصاص القضائي بنظر جرائم تداول الأوراق المالية

تختص محكمة أسواق المال بالنظر في جرائم تداول الأوراق المالية، وتستأنف أحكامها أمام دائرة جزائية متخصصة بمحكمة الاستئناف، ويكون حكمها باتاً لا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن.

المطلب الأول محكمة أسواق المال

محكمة أسواق المال هي محكمة ذات اختصاص نوعي تشكل بموجب القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، واختصاصاتها محددة بموجب القانون نفسه، فقد نصت المادة (١/١٠٨) من القانون على أن تنشأ بالمحكمة الكلية محكمة تسمى (محكمة أسواق المال) وتتألف هذه المحكمة مما يلي:

١ - دوائر جزائية تختص دون غيرها بالفصل في الدعاوي الجزائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وتشكل دائرة الجنايات من ثلاثة قضاة أحدهم بدرجة مستشار على الأقل، كما تشكل دائرة الجناح من قاضٍ من الدرجة الأولى على الأقل، وتتبع في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها أمام تلك الدوائر والقواعد والإجراءات المقررة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون.

٢ - دوائر غير جزائية تختص دون غيرها بالفصل في الدعاوي غير الجزائية المتعلقة بالمنازعات التجارية والمدنية والإدارية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون والأنظمة واللوائح الخاصة بسوق الأوراق المالية، ومنازعات التنفيذ الموضوعية المتعلقة بالأحكام الصادرة منها، وذلك أيّاً كانت قيمة هذه المنازعات، وتشكل هذه الدوائر من ثلاثة قضاة يكون أحدهم بدرجة مستشار على الأقل.

وقد أجاز المشرع لمحكمة أسواق المال النزول بالحد الأدنى لعقوبة الحبس التي

يقضى بها في جرائم تداول الأوراق المالية، دون التقيد بحكم الفقرة الثانية من المادة (٨٣) من قانون الجزاء^(١).

كما يجوز لها أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم في الأصول المنصوص عليها في المادة (٨٢) من قانون الجزاء أيًا كانت العقوبة المقررة بها^(٢).

وعليه فإن للقاضي في محكمة أسواق المال النزول بالحد الأدنى لعقوبة الحبس التي يقضي بها إلى ما دون الثلاث سنوات، ويجوز له أيضاً وقف تنفيذ الحكم حتى لو كانت مدة الحكم تتجاوز السنتين.

المطلب الثاني محكمة الاستئناف

محكمة الاستئناف نظمت جميع أحكامها المادة (١١٢) من القانون، والمادة (١١٤) من اللائحة التنفيذية للقانون، وحسب نص هذه المواد فإنه ترتب بمحكمة الاستئناف دائرة جزائية أو أكثر متخصصة للنظر فيما يستأنف من الأحكام الصادرة من محكمة أسواق المال، ويكون حكمها باتاً لا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

كما يتولى رئيس المحكمة المختصة عند الطعن على الأحكام بالمعارضة أو الاستئناف، تحديد جلسة لنظر الطعن تدون في عريضته وقت تقديمها، ويعتبر ذلك بمثابة إعلان للطاعن بها ولو رفع الطعن ممن يمثله قانوناً، وتقوم إدارة الكتاب بالمحكمة بإعلان العريضة لباقي الخصوم بطريق الفاكس بواسطة هيئة السوق^(٣).

ونخلص مما تقدم إلى القول أن المشرع الكويتي كان موفقاً حين أنشأ جهازاً قضائياً متخصصاً بنشاط أسواق المال؛ بما يحقق سهولة حل المنازعات التي تنشأ

(١) نصت المادة ٨٣ من قانون الجزاء الكويتي بأنه: (يجوز للمحكمة إذا رأت أن المتهم جدير بالرفقة، بالنظر إلى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة، أو بالنظر إلى ماضيه أو أخلاقه أو سنّه أن تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات وأن تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد عقوبة الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات).

(٢) نصت المادة ٨٢ من قانون الجزاء الكويتي بأنه: (يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم....).

(٣) المادة (١١٣) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

بمناسبة تطبيق أحكام هذا القانون، إذ يتجسد دور السلطة القضائية في تطبيق أحكام هذا القانون من خلال نيابة سوق المال ومحكمة أسواق المال بدوائرها المختلفة. وهنا تجدر الإشارة - تعليقاً على ماسبق فيما يخص تشكيل نيابة ومحكمة أسواق المال - كان من الواجب قانوناً أن يكون من خلال قانون خاص بها أو من خلال قانون تنظيم السلطة القضائية، حيث تنص المادة (١٦٤) من الدستور الكويتي من باب السلطة القضائية (يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها).

المبحث الرابع الصّـلح في جرائم تداول الأوراق المالية

الدعوى الجنائية هي مجموعة من الإجراءات التي تستهدف غاية معينة، وهي الفصل في الخصومة عن طريق الجهة القضائية المختصة.

وتختص النيابة العامة بتحريكها ومباشرتها نيابة عن المجتمع، والأصل أنه ليس للنيابة العامة الحق في التنازل عن الدعوى أو أن تتصلح مع المشتكى عليه، إلا أن المشرّع خرج عن هذا الأصل في بعض الجرائم وجعل من الصّـلح سبباً لانقضاء الدعوى الجنائية، وسمح لبعض الإدارات بالصّـلح مع من يرتكب جريمة خلافاً للقوانين التي تختص بتطبيقها، ومن هذه الجرائم جرائم تداول الأوراق المالية.

وعليه سوف نتناول موضوع الصّـلح في جرائم تداول الأوراق المالية في مطلبين، الأول نبين فيه الطبيعة القانونية للصّـلح، والثاني نوضح من خلاله شروط الصّـلح في جرائم تداول الأوراق المالية وآثاره.

المطلب الأول الطبيعة القانونية للصّـلح

يمكن تعريف الصّـلح الجنائي بأنه أسلوب قانوني غير قضائي لإدارة الدعوى الجنائية، يتمثل في دفع مبلغ من المال للدولة، أو تعويض المجني عليه أو قبول تدابير أخرى مقابل انقضاء الدعوى الجنائية^(١).

ويهدف الصّـلح إلى تحاشي طرح الخصومة أمام القضاء تجنباً لإجراءاته الطويلة ونفقاته الكثيرة، وتفيداً للعانية والتشهير، ويرجع نظام الصّـلح في الجرائم المالية إلى حق التسوية الذي كان مقرراً في التشريع الفرنسي القديم، الذي كان يخوّل دائرة الضرائب حق الصّـلح في الجرائم الضريبية، وقد استقرّ هذا النظام في التشريعات الحديثة فأصبح نظام الصّـلح هو النظام الأنجح لقمع معظم الجرائم ومن ضمنها جرائم تداول الأوراق المالية^(٢).

(١) د. محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصّـلح، دار النهضة العربية. القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٤. والصّـلح لغة: هو اسم من المصالحة خلاف المخاصمة، فيقال هو صالح من الصّـلح خلاف الفساد. انظر: لسان العرب لابن منظور، المجلد الثالث، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٣٧٤ هجري، باب صلح، ص ٥١٦.

(٢) د. عبد الإله النوايسة ود. سالم الشوابكة، الأحكام الإجرائية الخاصة بجرائم التهرب الجمركي في التشريع الأردني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الثاني، ٢٠٠٧، ص ٢٨٨.

وقد أجاز المشرّع الكويتي لهيئة أسواق المال، في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية وإلى أن يصدر فيها حكم بات، عرض الصّح أو القبول به مع أي شخص ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

وحدد القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ مقابل الصّح، إذ نصت المادة (١٣١) منه على أنه يكون مقابل أداء مبلغ لا يقل عن الحد الأدنى للغرامة المقررة ولا يزيد عن حدها الأقصى، ويشترط للصّح في الجرائم المنصوص عليها في المواد (١٢٢، ١٢٤، ١٢٦، ١٢٧) إضافة إلى دفع المقابل المشار إليه رد قيمة أي منفعة محققة أو خسائر تمّ تجنبها، وألا يكون المتهم عائداً.

وقد ثار خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية للصّح، فقد قيل أن الصّح في الجرائم الاقتصادية بمثابة عقوبة مالية، تستمدّ شرعيتها من التشريعات التي تجيزها، والمشرّع وحده الذي يملك المساس بالحريات الفردية بوصفه المعبر الحقيقي عن الإرادة الشعبية، فضلاً عن أن التصالح والصّح يحظيان بثقة واحترام المواطن، فالتصالح يعتبر طريقة اتفاقية أو رضائية لتوقيع العقوبة، كما يعتبر نوعاً من المعالجة الخاصة والمنفردة لطائفة هامة من الجرائم استثناءً على مبدأ قضائية العقوبة، فلم يعد اقتضاء الدولة لحقها في العقاب يتم من خلال قواعد صارمة^(١).

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التزام المخالف بدفع مبلغ من المال إلى الإدارة ليس له صفة العقوبة، إنما يعد من قبيل الجزاءات الإدارية. فالصّح يجعل المجال مفتوحاً أمام السلطة الإدارية في أن تحقق غرضها الحقيقي في الردع، إذ يلتزم المخالف بكامل إرادته بتنفيذ شروط الصّح بسبب سلوكه المخالف للقانون، ومن أهم نتائج هذا النظام استبدال صفة الخطأ الإداري للفعل - موضوع الصّح - بصفة الجريمة، كما يؤدي إلى إنشاء رابطة خاصة بين المخالف والإدارة هي رابطة تنفيذ إداري وليس عقابي؛ لأن هذا الأخير لا يكون إلا نتيجة لحكم صادر من السلطة القضائية المختصة وطبقاً للقواعد الموضوعية والإجرائية التي قررها المشرّع في هذا الصدد^(٢).

كما أن توقيف العقوبة لا يتوقف على إرادة المتهم في حين أن الشخص الذي

(١) د. محمد حكيم حسين الحكيم، المرجع السابق، ص ١٢٥ ومابعداها.

(٢) د. آمال عثمان، المرجع السابق، ص ١٥٤. د. محمد فاروق عبد الرسول، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

يقوم بالصّـلح يتوقف على إرادته قيام هذا الإجراء من عدمه، مما ينفي عن هذا الإجراء صفة العقوبة^(١).

ونرجّح الرأي الأخير باعتبار أن عقد الصّـلح بين مرتكب الجريمة وهيئة أسواق المال هو عقد جزائي تعويضي يتمّ بدفع المخالف مبلغاً من المال محدداً في القانون مقابل الضرر الذي لحق بالمجتمع من أجل وقف الملاحقة الجزائية.

المطلب الثاني

شروط الصّـلح في جرائم تداول الأوراق المالية وآثاره

حتى ينتج الصّـلح آثاره يلزم توافر عدة شروط فلا بد من اتفاق طرفي الصّـلح، وأن يتم الصّـلح في الوقت الذي حدده المشرّع، وأن تحصل الهيئة على التعويض مقابل الصّـلح، وعليه سوف نقسم المطلب على النحو الآتي:

أولاً - شروط الصّـلح في جرائم تداول الأوراق المالية:

أ - اتفاق طرفي الصّـلح:

طرفا الصّـلح في جرائم تداول الأوراق المالية هما هيئة أسواق المال وأي شخص ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠، والصّـلح بهذه الكيفية تصرف قانوني من جانبين:

مرتكب الجريمة يعرض الصّـلح أو يقبله تجنباً لتحريك الدعوى الجنائية ضده، أو الاستمرار بإجراءات الدعوى، والهيئة لها سلطة تقديرية في قبول الصّـلح أو رفضه طبقاً لتقديرها للمصلحة العامة، كما أن هيئة أسواق المال لا تملك فرض الصّـلح على مرتكب الجريمة بإرادتها المنفردة، ولا مرتكب الجريمة يستطيع فرضه على الهيئة.

وهذا ما أكد عليه المشرّع بموجب نص المادة (١٣١) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

ب - أن يتم الصّـلح في وقت محدد:

أجاز المشرّع الكويتي للهيئة في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية إلى أن يصدر فيها حكم بات، عرض الصّـلح أو القبول به مع أي شخص ارتكب إحدى جرائم تداول الأوراق المالية، أي أن الصّـلح جائز في أي وقت سواء تم ذلك قبل تحريك

(١) د. محمد فاروق عبد الرسول، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

الدعوى أو أثناء نظرها أو بعد صدور حكم فيها من محكمة أسواق المال وقبل أن يصدر فيها حكم بات من الدائرة الجزائية المختصة في محكمة الاستئناف.

ج - الحصول على التعويض:

حتى ينتج الصّح في جرائم تداول الأوراق المالية آثاره يجب على مرتكب الجريمة أن يدفع للهيئة مقابل التصالح الذي حدّده القانون، وقد حدّدت المادة (١٣١) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ مبلغ التعويض الذي يتم عليه الصّح، وقد نصت هذه المادة على أن يكون مقابل الصّح هو أداء مبلغ لا يقل عن الحد الأدنى للغرامة المقررة ولا يزيد عن حدها الأقصى، ويشترط للصّح في الجرائم المنصوص عليها في المواد (١٢٢، ١٢٤، ١٢٦، ١٢٧)^(١) إضافة إلى دفع المقابل المشار إليه ردّ قيمة أي منفعة محققة أو أي خسائر تم تجنبها وألا يكون المتهم عائداً.

وتحدد الهيئة المهلة التي يجب خلالها على المتهم استيفاء شروط الصّح، وفي حال إتمام الصّح تنقضي الدعوى الجنائية، ولم يشترط المشرّع شكلاً خاصاً للصّح،

- (١) الأفعال التي تعد جرائم جزائية معاقب عليها التي نصت عليها هذه المواد هي:
- * كل من تصرف تصرفاً ينطوي على خلق مظهر أو إحياء زائف أو مضلل بشأن التداول الفعلي لورقة مالية عن طريق إبرام صفقة لا تؤدي إلى تغيير فعلي في الملكية أو إدخال أمر شراء أو بيع لورقة مالية وهو يعلم بأن أمراً مقابلاً له من حيث السعر والحجم ووقت البيع أو الشراء سيتم إدخاله من قبل أشخاص تم الاتفاق معهم على ذلك أو من قبل نفس الشخص.
 - * كل من أبرم صفقة أو أكثر على ورقة مالية بهدف رفع سعرها لحث الآخرين على شرائها أو لتخفيض سعرها لحث الآخرين على بيعها.
 - * كل شخص أبرم صفقة أو أكثر على ورقة مالية بهدف خلق تداول فعلي أو وهمي لحث الآخرين على شراء، أو بيع كل شخص شجع أو أوصى بشكل علني بشراء أو بيع ورقة مالية معينة إذا ثبت أنه كانت له مصلحة غير معلنة لدى مصدر أو وسيط أو متداول أو مستشار أو وكيل اكتتاب له علاقة بهذه الورقة.
 - * كل شخص زاول نشاطاً أو مهنة معينة من تلك التي تستلزم الحصول على ترخيص من الهيئة دون الحصول على هذا الترخيص.
 - * كل شخص قام بأي طرح عام أو أي معاملات بالمخالفة لأحكام القانون أو لائحة التنفيذ.
 - * كل شخص امتنع عن تقديم تقرير دوري أو مستند أو تأخر في تقديمه للهيئة رغم أن القانون يوجب تقديمه له.
 - * كل شخص أعاق تحقيقاً أو نشاطاً رقابياً تجريه الهيئة أو لم يمكن موظفيها من الاطلاع على أي معلومات أو بيانات ترى ضرورة الاطلاع عليها أو لم يلتزم بأي قرار نهائي صادر عن مجلس التأديب في الهيئة.

على أنه يجب أن يكون الصّح مكتوباً فيدون فيه مضمون الصّح الذي يجب أن يحدد الوقائع التي جرى فيها الصّح بشكل واضح، وأن يكون مديلاً بتوقيع المتهم أو ممثله، وكذلك ممثل هيئة أسواق المال، ويجب أن يدوّن تاريخ الصّح، والجدير بالذكر أن المشرّع الكويتي أجاز الصّح في جميع جرائم تداول الأوراق المالية، واشترط في بعض الجرائم أن لا يكون المتهم عائداً (أي أن تكرر هذا الجرائم يحول دون التصالح).

ثانياً - آثار الصّح في جرائم تداول الأوراق المالية:

يترتب على الصّح في جرائم تداول الأوراق المالية سقوط الدعوى، فقد نصت المادة ١٣١ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ على أنه: (في حال إتمام الصّح تنقضي الدعوى الجنائية).

ويتضح من النص أنه إذا تم الصّح امتنع تحريك الدعوى في الواقعة التي تم التصالح عليها، وإذا كانت الدعوى المقامة تقرر النيابة العامة إسقاطها ولا يجوز لمحكمة أسواق المال أن تواصل نظر دعوى تم الصّح فيها، وإنما يجب على المحكمة أن تسقط الدعوى وأن تأمر بإخلاء سبيل المتهم إذا كان موقوفاً وتنمحي بالصّح جميع آثار الجريمة المرتكبة.

ونخلص إلى القول أن المشرّع الكويتي كان موفقاً في إقرار نظام الصّح في جرائم تداول الأوراق المالية.

وذلك نظراً لصعوبة الإثبات فيها، وما حققته ظاهرة العولمة من إمكانية ارتكابها على نطاق دولي، مما يعيق إجراءات ملاحقة هذه الجرائم وضبط مرتكبيها^(١).

إذ يعد نظام الصّح بهذه الصورة وسيلة فعالة في تعويض الدولة عن الأضرار التي لحقت بها، والذي قد يصعب الحصول عليه عن طريق الإجراءات التقليدية في الدعوى الجنائية.

الخاتمة:

بعد أن أنهينا هذه الدراسة، والتي كانت غايتها منها إلقاء الضوء على إحدى المسائل القانونية الدقيقة وهي الأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية في التشريع الكويتي.

(١) د. محمد حكيم محمد حسين، الحكيم، المرجع السابق، ص ٧. د. محمد فاروق عبدالرسول، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

وقد كان باعث قصر الدراسة على التشريع الكويتي - وكما أشرنا سابقاً - يرجع إلى الرغبة في بيان الأحكام المستحدثة في التشريع الكويتي بشأن الأحكام الإجرائية لجرائم تداول الأوراق المالية، ذلك أن المشرّع الكويتي لم يكن ينص على هذه الإجراءات قبل صدور القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠.

وقد برزت لنا من خلال هذه الدراسة بعض الثغرات التشريعية التي أشرنا لها في حينه والتي يمكن إيجازها من خلال بيان أهم النتائج والملاحظات التي توصلنا إليها على النحو التالي:

أولاً: إنشاء هيئة أسواق المال في الكويت: وهي هيئة عامة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية يشرف عليها وزير التجارة والصناعة.

ثانياً: تتولى الهيئة تطبيق أحكام القانون رقم ٢٠١٠/٧ والقرارات الصادرة تنفيذاً له، ولها إبرام التصرفات واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق أغراضها على الأخص إصدار اللوائح والتعليمات اللازمة لتنفيذ القانون.

ثالثاً: منح المشرّع بعض موظفي الهيئة سلطة ضبطية قضائية في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٢٠١٠/٧، إلا أنه لم يحدد نطاق هذه السلطة.

رابعاً: منح المشرّع هيئة أسواق المال سلطة توقيع جزاءات إدارية تتناسب مع طبيعة جرائم تداول الأوراق المالية.

خامساً: أن المشرّع الكويتي جرم كل ما من شأنه إعاقة عمل محققي ومفتشي هيئة أسواق المال.

سادساً: إن اختصاص مأموري الضبط من موظفي الهيئة لا يمتد إلى مجال التحقيق.

سابعاً: نيابة أسواق المال هي صاحبة الاختصاص بالتحقيق وتحريك الدعوى الجنائية في جرائم تداول الأوراق المالية.

ثامناً: المشرّع الكويتي لم يقيّد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية بأي قيد، بل ترك لها السلطة التقديرية في تحريك الدعوى دون تدخل من قبل الإدارة أو الأفراد.

تاسعاً: المشرّع الكويتي نص على إنشاء محكمة تختص بنظر جرائم تداول الأوراق المالية هي محكمة أسواق المال، وتستأنف أحكامها أمام دائرة جزائية متخصصة بمحكمة الاستئناف.

عاشراً: يكون حكم محكمة الاستئناف باتاً ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

حادي عشر: أجاز المشرّع الكويتي لهيئة أسواق المال، في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية وإلى أن يصدر فيها حكم بات، عرض الصّح أو القبول به مع أي شخص ارتكب إحدى جرائم تداول الأوراق المالية وفي حال إتمام الصّح تنقضي الدعوى الجنائية.

وأخيراً، فإن مجرد اتجاه المشرّع الكويتي إلى إصدار القانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية يمثل خطوة هامة؛ لذا نوجز أهم الاقتراحات فيما يلي:

أولاً: فيما يخص تشكيل نيابة ومحكمة أسواق المال كان من الموجب أن يكون من خلال قانون خاص بها أو من خلال قانون تنظيم السلطة القضائية، حيث تنص المادة ١٦٤ من الدستور الكويتي من باب السلطة القضائية "يرتب القانون المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويبين وظائفها واختصاصاتها".

ثانياً: دعم التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم تداول الأوراق المالية، حيث أنها أصبحت جرائم عابرة الحدود بفعل التطور التقني والتكنولوجي وظاهرة العولمة، مما يقضي تبادل المساعدة القضائية بين الدول، وتوقيع اتفاقيات تسليم المجرمين.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- ١ - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- ٢ - د. آمال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٨.
- ٣ - د. سيف المصاروة، الحماية الجزائية لتداول الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٨.
- ٤ - د. عبد الإله النوايسة ود. سالم الشوابكة، الأحكام الإجرائية الخاصة بجرائم التهريب الجمركي في التشريع الأردني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الثاني، ٢٠٠٧.
- ٥ - د. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
- ٦ - د. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.
- ٧ - د. محمد أمين الخرشنة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.
- ٨ - د. محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح، دار النهضة العربية. القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٩ - د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ط ١، ٢٠٠٥.
- ١٠ - د. محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، ط ١، ٢٠٠٦.
- ١١ - د. محمد فاروق عبد الرسول، الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
- ١٢ - د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ط ٢، ١٩٧٩.

- ١٣ - د. مصطفى السعيد، الاقتصاد المصري وتحديات الأوضاع الراهنة، دار الشرق، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ١٤ - د. منير هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- ١٥ - لسان العرب لابن منظور، المجلد الثالث، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٣٧٤ هجري.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- 1 - Douglas j. Schulz, brokerage fraud, Dearborn Trade polishing United States of America, 2002.
- 2 - Report about "How the SEC protects investors and maintains market integrity" published by U.S. Securities and Exchange Commission Washington D.S, December 1999.
- 3 - Howard M. Friedman, securities and commodities enforcement, D.C. Heath and company, United States of America, 1981.

المسؤولية المدنية لشركة الاتصالات عن مضار هوائيات شبكة الهاتف المحمول

الدكتور/ سامح عبدالواحد التهامي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الزقازيق

ملخص:

هناك بعض الدراسات العلمية التي تشير إلى وجود مخاطر على صحة الإنسان من الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول خاصة لمن يقيمون بالمساكن القريبة من هذه الأبراج.

إلا أنه من ناحية أخرى فهناك بعض الجهات الدولية والمحلية التي ترى بأن هذه المخاطر غير مؤكدة، وأن الأمر يحتاج إلى مزيد من الدراسات والأبحاث لتأكيد هذه المخاطر.

ولكن إلى أن تؤكد الدراسات هذه المخاطر، يتزايد القلق الشديد من قبل الأفراد القاطنين بجوار هذه الأبراج خوفاً على صحتهم وصحة أولادهم، الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع لتنظيم وضع هذه الهوائيات بطريقة تقلل من الأضرار الناجمة عنها.

ولكن تظل المشكلة في أن احترام شركة الاتصالات للقواعد المقررة لتكوين هذه الهوائيات لا ينفي إمكانية حدوث ضرر صحي للأفراد القاطنين بجوار هذه الهوائيات.

ومن ناحية أخرى فإن هناك مشكلة في إثبات وجود الضرر من قبل من يقيم بجوار برج التقوية في حال رفع دعوى على شركة الاتصالات في ضوء عدم وجود يقين علمي بوجود هذا الضرر.

فإقامة المسؤولية المدنية لشركة الاتصالات عن الأضرار الصحية التي قد تصيب أي شخص يقيم بجوار هوائيات الشبكة أمر محل نقاش في ضوء عدم يقينية الأضرار الناجمة عن أبراج التقوية.

سنقوم في هذه الدراسة بتطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية لإقامة مسؤولية شركة الاتصالات عن المخاطر التي تحدثها هوائيات شبكة الهاتف المحمول، وذلك في ضوء عدم اليقين العلمي للضرر الذي تحدثه هذه الهوائيات.

المقدمة:

يعد هوائي شبكة الهاتف المحمول الحلقة الأولى في الاتصال بين الهاتف المحمول وأي هاتف آخر سواء أكان الهدف من الاتصال هو نقل مكالمات صوتية أو

معلومات أو صور، حيث يتم هذا الاتصال بواسطة الموجات الكهرومغناطيسية التي يصدرها الهوائي^(١).

وبالتالي فإنه كلما كان الهوائي قريباً من الجهاز كلما قلت طاقة الموجات الكهرومغناطيسية الصادرة من الجهاز، ومن هنا تنشأ الحاجة إلى إقامة هوائيات داخل المدن والكتل السكنية؛ وذلك حتى تكون قريبة قدر الإمكان من المستخدم للتليفون المحمول للحصول على أقل طاقة صادرة من الجهاز، ويهدف أيضاً إنشاء الهوائيات داخل الكتل السكنية إلى جودة الشبكة وزيادة سعتها لاستيعاب العدد المتزايد من المستخدمين للهاتف المحمول داخل المدن.

والهوائي هو الجزء الخاص بإرسال واستقبال الإشارات للموجات الكهرومغناطيسية لكل شبكة من شبكات الهاتف المحمول^(٢). ويتمثل دور الهوائي في إصدار الموجات الكهرومغناطيسية التي تعتمد عليها الهواتف المحمولة في إجراء الاتصال.

أولاً - أهمية البحث:

توجد أدلة على أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول تسبب خطراً على الصحة؛ وذلك وفقاً لدراسات أقيمت على الأبقار، وأيضاً دراسات في سنة ٢٠٠٧ على الإنسان تقيس فيها نسبة بعض المواد الكيميائية التي يفرزها المخ، وأثبتت بعض الدراسات أن ٢٥٪ ممن يسكنون في حدود ٣٠٠ متر من هذه الهوائيات يتأثرون سلباً وتختلف معدلات الهرمونات لديهم^(٣).

فقد أثبتت بعض الدراسات أن من يسكنون في حدود ٣٠٠ متر من الهوائيات على مدار ١٠ سنوات معرضون للإصابة بالسرطان ثلاثة أضعاف الذين يسكنون بعيداً، مثل سرطان الثدي والبروستاتا والبنكرياس والجلد^(٤).

من ناحية أخرى فإن هناك عدة جهات تقلل من هذه المخاطر، وترى أنه لا توجد أدلة قوية لمخاطر أبراج تقوية شبكة الهاتف المحمول، مدعية بأن هذه المخاطر التي

(١) Spencer HENDRICKS, Problems With Mobile Phone Towers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>.

(٢) هذا التعريف وارد ببروتوكول اشتراطات تركيب المحطات الأساسية للتليفون المحمول الصادر عن الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات بمصر بتاريخ ١٧ فبراير ٢٠٠٥، منشور على موقع الجهاز على شبكة الإنترنت: www.tra.gov.eg.

(٣) Michele TORNETTA, Dangers of Living Near Cell Phone Towers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>.

(٤) Roz ZURKO, Cell Tower Dangers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>.

أثبتتها بعض الأبحاث غير مؤكدة وتحتاج إلى أدلة علمية أقوى عن طريق القيام ببعض الأبحاث الأخرى؛ هذه الجهات هي: منظمة الصحة العالمية، جمعية السرطان الأمريكية، الوكالة الدولية لأبحاث السرطان، والهيئة الفيدرالية الأمريكية للاتصالات^(٥).

والجدير بالذكر أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول قد أدت إلى حدوث مشكلات كثيرة في مصر حيث أدت إلى وجود احتجاجات بين المواطنين نتيجة لادعائهم الإصابة بأمراض نتيجة لهذه الهوائيات، ووصل الأمر في بعض الأحيان إلى قطع الطرق أو قطع السكك الحديدية أو هدم الأبراج التي تحمل هذه الهوائيات نفسها^(٦).

(٥) Shari CAUDILL, Harmful Effects of Mobile Towers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>

أشار التقرير الصادر عن الاتحاد الأوروبي لهذا الجدل العلمي حول مخاطر الموجات الكهرومغناطيسية لهوائيات شبكة الهاتف المحمول.

The potential dangers of electromagnetic fields and their effect on the environment, Report 1, committee on the environment, Agriculture and Local and Regional Affairs, Parliamentary Assembly, council of Europe, 06 May 2011, Doc. 12608. On the internet at: www.assembly.coe.int h <http://assembly.coe.int>

(٦) نكرت صحيفة روز اليوسف أن قرية قليشان التابعة لمركز إيتاي البارود في محافظة البحيرة تشهد مأساة صحية و كارثية كبيرة حيث تسبب برج هوائيات شبكة المحمول في وفاة عشرات الأهالي نتيجة الإصابة بالأمراض السرطانية، بجانب معاناة أكثر من ٥٠ مواطناً آخرين من المرض وإصابة عدد من الأطفال بالتشوهات الخلقية والإعاقات الصحية وتعرض بعض السيدات للإجهاض.

أمام هذه المأساة قرر أهالي المتوفين والمصابين بقرية قليشان تنظيم وقفة احتجاجية سلمية لتوصيل أصواتهم للمسؤولين خاصة بعد أن قاموا بإرسال فاكسات للمسؤولين لعرض مأساتهم التي كان الرد عليها اللامبالاة وعدم الاستجابة.

وتوعد الأهالي المسؤولين بتصعيد وقفهم الاحتجاجية إلى الدخول في اعتصام وقطع الطريق الزراعي السريع وطريق كوم حمادة . إيتاي البارود وإزالة برج المحمول بالقوة وحرقه إذا لم يستجب المسؤولون لهم ويزيلونه.

انظر: ثورة "قليشان" ضد محطة تقوية شبكة "المحمول"، خبر منشور بجريدة روز اليوسف المصرية بتاريخ ١٣ سبتمبر ٢٠١٢.

وقد قام أهالي القرية بالفعل بحرق محطة التقوية بتاريخ ١٩ أكتوبر ٢٠١٢ بعد أن رفض المسؤولون اتخاذ أي إجراء.

انظر: أهالي قرية قليشان بالبحيرة يحرقون محطة تقوية شبكة المحمول، خبر منشور على موقع أخبار اليوم السابع على شبكة الانترنت: www.youm7.com بتاريخ ١٩ أكتوبر ٢٠١٢.

- تجمع مواطنين بسبب برج تقوية شبكة محمول بالقليوبية، خبر منشور بجريدة الأهرام بتاريخ ٢١ يناير ٢٠١١.

بل إنه في بعض الأحيان أدت هوائيات شبكات الهاتف المحمول إلى مشاجرات بين الجيران وبين مالك العقار الذي يسمح لشركة الاتصالات بتركيب برج الهوائيات أعلى العقار الذي يمتلكه^(٧).

- = - أهالي قرية بنى سويف يقتلعون قواعد برج تقوية شبكة محمول، خبر منشور على موقع اليوم السابع: www.youm7.com بتاريخ ١٠ ديسمبر ٢٠١٢.
- عزل الصعيد عن القاهرة بسبب محطة محمول، خبر منشور بجريدة الأخبار المسائي بتاريخ ٦ يونيو ٢٠١١.
- تجمع أهالي عزبة شاهين بالمنيا احتجاجاً على إنشاء شبكة لتقوية المحمول، خبر منشور على موقع وكالة أنباء أوننا بتاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠١٢.
- سكان "الشيراتون" يعتصمون احتجاجاً على "محطة تقوية محمول"، خبر منشور بجريدة المصري اليوم بتاريخ ١٢ يونيو ٢٠٠٨.
- اعتصام موظفين برأس البر بسبب محطات تقوية المحمول، مقال منشور بجريدة الوفد بتاريخ ١٤ سبتمبر ٢٠١٢.
- تجمع أهالي كفر طحلة بينها بسبب محطة محمول، خبر منشور بجريدة الوفد بتاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠١٢.
- مواطنون يهددون بالإضراب عن الطعام احتجاجاً على محطة تقوية لـ "المحمول الثالثة"، خبر منشور بجريدة المصري اليوم بتاريخ ١٨ يناير ٢٠٠٧.
- (٧) أهالي القليوبية يقتحمون منزل لعدم تركيب محطة محمول، خبر منشور في جريدة الدستور بتاريخ ١٦ نوفمبر ٢٠١٢.
- وقد ذكرت جريدة الوطن المصرية أن إحدى شركات المحمول قد فككت برجاً لتقوية إرسال شبكتها بمدينة سنورس، بعد اعتراض الأهالي على تركيبه ووقوع مشاجرة بينهم.
- إصابة ٧ في مشاجرة بين سكان عقار بسبب محطة تقوية محمول بالفيوم، خبر منشور بجريدة الوطن بتاريخ ٢٥ أكتوبر ٢٠١٢.
- مشاجرة بالمولوتوف بين مالك برج سكني ومئات المواطنين اعترضوا على إنشاء محطة تقوية لشبكة محمول بطنطا، خبر منشور بجريدة البديل بتاريخ ١٢ أكتوبر ٢٠١١.
- وفي طوخ تجمع العشرات احتجاجاً على قيام أحد سكان القرية بالسماح لإحدى شركات الاتصالات بتركيب محطة تقوية أعلى العقار الذي يملكه.
- انظر: أهالي قرية بطوخ يحتجون على تركيب محطة تقوية محمول، خبر منشور على موقع أخبارك على شبكة الإنترنت: <http://www.akhbarak.net> بتاريخ ٢ يونيو ٢٠١٢.
- إصابة ٣ أشخاص بطلق ناري بسبب محطة لتقوية المحمول بالمنيا، خبر منشور على موقع صدی البلد الإخباري على شبكة الانترنت: <http://www.el-balad.com> بتاريخ ٣١ أغسطس ٢٠١٢.
- أهالي القناطر يهددون بحرق عقار به شبكة محمول، خبر منشور بجريدة الدستور بتاريخ ٨ سبتمبر ٢٠١٢.
- أهالي قرية بالقليوبية يحاولون تحطيم برج إرسال تقوية للهواتف المحمولة، خبر منشور بجريدة الوطن بتاريخ ١٦ نوفمبر ٢٠١٢.

ثانياً - مشكلة البحث:

ذكرنا سالفاً أن هناك بعض الدراسات العلمية التي تشير إلى وجود مخاطر على صحة الإنسان من الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول خاصة لمن يقيمون بالمساكن القريبة من هذه الأبراج.

إلا أنه من ناحية أخرى فهناك بعض الجهات الدولية والمحلية التي ترى بأن هذه المخاطر غير مؤكدة، وأن الأمر يحتاج إلى مزيد من الدراسات والأبحاث لتأكيد هذه المخاطر.

ولكن إلى أن تؤكد الدراسات هذه المخاطر، يتزايد القلق الشديد من قبل الأفراد القاطنين بجوار هذه الأبراج خوفاً على صحتهم وصحة أولادهم، الأمر الذي أدى إلى تدخل المشرع لتنظيم وضع هذه الهوائيات بطريقة تقلل من الأضرار الناجمة عنها.

ولكن تظل المشكلة في أن احترام شركة الاتصالات للقواعد المقررة لتركيب هذه الهوائيات لا ينفى إمكانية حدوث ضرر صحي للأفراد القاطنين بجوار هذه الهوائيات.

ومن ناحية أخرى فإن هناك مشكلة في إثبات وجود الضرر من قبل من يقيم بجوار برج التقوية في حال رفع دعوى على شركة الاتصالات في ضوء عدم وجود يقين علمي بوجود هذا الضرر.

فإقامة المسؤولية المدنية لشركة الاتصالات عن الأضرار الصحية التي قد تصيب أي شخص يقيم بجوار هوائيات الشبكة أمر محل نقاش في ضوء عدم يقينية الأضرار الناجمة عن أبراج التقوية.

ثالثاً - منهج البحث:

سنقوم في هذه الدراسة بتطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية لإقامة مسؤولية شركة الاتصالات عن المخاطر التي تحدثها هوائيات شبكة الهاتف المحمول، وذلك في ضوء عدم اليقين العلمي للضرر الذي تحدثه هذه الهوائيات.

رابعاً - خطة البحث:

حتى نتناول المسؤولية المدنية لشركة الاتصالات عن الأضرار الناجمة عن هوائيات شبكة الهاتف المحمول، فإنه يجب أن نتناول فرضين أساسيين:

- الفرض الأول هو مخالفة شركة الاتصالات للقواعد المنظمة لإنشاء الهوائيات.
- الفرض الثاني هو احترام شركة الاتصالات للقواعد المنظمة لإنشاء الهوائيات.

وبناءً على ذلك فسوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى:

الفصل الأول: المسؤولية المدنية في حالة مخالفة قواعد إنشاء الهوائيات.

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية في حالة احترام قواعد إنشاء الهوائيات.

الفصل الأول

المسؤولية المدنية في حالة مخالفة قواعد إنشاء الهوائيات

تمهيد وتقسيم:

وضع المشرع المصري قواعد منظمة لإقامة هوائيات شبكة الهاتف المحمول، تهدف هذه القواعد إلى التقليل من الآثار الضارة للموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هذه الهوائيات على صحة الإنسان.

يجب على شركة الاتصالات التقيد بهذه القواعد وإلا تم تطبيق جزاء جنائي عليها بجانب إزالة هذا الهوائي الذي تمت إقامته بطريقة مخالفة.

من ناحية أخرى فإن إقامة هذا الهوائي المخالف يمثل خطأً تقصيرياً من جانب شركة الاتصالات، يستوجب مسؤوليتها المدنية في حالة إثبات الضرر الناجم عن هذا الخطأ.

سنناقش في هذا الفصل المسؤولية المدنية لشركة الاتصالات في حالة مخالفة قواعد إنشاء هوائيات شبكة الهاتف المحمول، وذلك بالتعرف أولاً على هذه القواعد، ثم مناقشة تطبيق المسؤولية عن الأعمال الشخصية في حالة مخالفة هذه القواعد، وبناءً على ذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: قواعد إنشاء هوائيات شبكة الهاتف المحمول.

المبحث الثاني: تطبيق قواعد المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

المبحث الأول

قواعد إنشاء هوائيات شبكة الهاتف المحمول

تناول المشرع المصري قواعد إنشاء هوائيات شبكات الهاتف المحمول في نصوص متفرقة من قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣^(٨).

وقد اعتبر المشرع المصري أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول والأبراج التي تقام عليها جزءاً لا يتجزأ من البنية الأساسية للشبكة وفقاً للتعريف الوارد للبنية الأساسية لشبكة الاتصالات في المادة ١ من قانون تنظيم الاتصالات.

وبناءً على ذلك فالقواعد الواردة في قانون الاتصالات فيما يتعلق بإنشاء البنية

(٨) القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون تنظيم الاتصالات، الجريدة الرسمية- العدد ٥

مكرر (أ) في ٤ فبراير ٢٠٠٣.

الأساسية لشبكة اتصالات الهاتف المحمول تسري بشكل تلقائي على أي جزء فيها وبصفة خاصة الهوائيات.

وتدور قواعد إنشاء هذه الهوائيات حول محاور ثلاثة:

المحور الأول خاص بالقواعد الفنية الدقيقة لتركيب هذه الهوائيات، ويدور المحور الثاني حول حماية البيئة وذلك باحترام الاشتراطات البيئية، أما المحور الأخير فيتعلق بحماية الصحة العامة وذلك باحترام الاشتراطات الصحية.

سنتناول هذه المحاور الثلاثة الخاصة بقواعد إنشاء هوائيات شبكة الهاتف المحمول من خلال تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: القواعد الفنية لإنشاء الهوائيات.

المطلب الثاني: قواعد حماية البيئة.

المطلب الثالث: قواعد حماية الصحة العامة.

المطلب الأول

القواعد الفنية لإنشاء الهوائيات

من الجدير بالذكر أن قانون الاتصالات قد نص على إنشاء هيئة قومية لإدارة مرفق الاتصالات تسمى الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، وقد أعطى القانون لهذا الجهاز سلطات كثيرة ومتنوعة حتى يستطيع تحقيق الدور المنوط به في تنظيم مرفق الاتصالات.

وفقاً للمادة السادسة من القانون، يختص الجهاز بوضع القواعد الفنية المتعلقة بالسلامة الصحية والبيئية الواجبة الاتباع عند تركيب وتشغيل واستخدام شبكات الاتصالات ومتابعة تنفيذها وتشغيلها، وذلك طبقاً للمعايير التي يتم وضعها بالاتفاق مع الوزارات والجهات المعنية بالدولة.

وقد قام الجهاز بالفعل بإصدار بروتوكول اشتراطات تركيب المحطات الأساسية للهاتف المحمول في ١٧ فبراير ٢٠٠٥، هذا البروتوكول يتضمن القواعد المنظمة لإنشاء و تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول والأبراج الحاملة لهذه الهوائيات^(٩).

(٩) من الجدير بالذكر أن الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات قد قام بدراسات مشتركة مع المعهد القومي للاتصالات ووزارة الصحة والسكان ووزارة الدولة لشئون البيئة، انتهت بإصدار بروتوكول الاشتراطات الخاصة بتركيب محطات التليفون المحمول الأساسية، وذلك وفقاً لما تم ذكره في ديباجة البروتوكول.

وقد نص هذا البروتوكول على القواعد الفنية الآتية لتركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول:

- ١ - أن يكون ارتفاع المبنى الذي تتركب فوقه الهوائيات من خمسة عشر متراً (كحد أدنى) إلى خمسين متراً (كحد أقصى) من مستوى سطح الأرض وذلك داخل الكتلة السكنية، وفي حالة تعذر وجود هذا الارتفاع يتم تركيب الهوائيات على برج معدني أو صاري بحيث يصبح ارتفاع الهوائيات عن سطح الأرض من خمسة عشر متراً (كحد أدنى) إلى خمسين متراً.
- ويستثنى الحد الأقصى للارتفاع في حالة استخدام أبراج معدنية خارج الكتلة السكنية والطرق السريعة.
- ٢ - يكون ارتفاع الهوائيات أعلى من المباني المجاورة للمبنى الموجودة عليه في دائرة نصف قطرها عشرة أمتار.
- ٣ - يكون سطح المبنى الذي يتم تركيب الهوائيات عليه من الخرسانة المسلحة.
- ٤ - لا يسمح بتركيب أكثر من هوائي على نفس الصاري، ويلزم في حالة تركيب أكثر من هوائي أن يتم تركيب برج معدني بحيث تكون الهوائيات على ارتفاع لا يقل عن ستة أمتار من سطح المبنى وبشرط ألا يزيد عدد الهوائيات التي يتم تركيبها على نفس المستوى عن ثلاثة هوائيات. وفي حالة وضع هوائيات على عدة مستويات على نفس البرج يشترط ألا تقل المسافة الرأسية بين مركز الهوائيات عن أربعة أمتار بين كل مستويين متتاليين.
- ٥ - يجب ألا تقل المسافة الأفقية بين مركزي برجين لمحطتين للهاتف المحمول على سطح نفس المبنى عن اثني عشر متراً.
- ٦ - يكون الهوائي المستخدم من النوع ذي الكسب العالي^(١٠).
- ٧ - يجب عند تركيب الهوائيات ألا تقل المسافة الأفقية بينها وبين العنصر البشري عن ستة أمتار في اتجاه الشعاع الرئيسي.

(١٠) الهوائي العالي الكسب هو هوائي للإرسال والاستقبال اللاسلكي ذو شعاع كهرومغناطيسي ضيق ومركز، ويسمى أحياناً هوائي متجه. ويستخدم هذا النوع من الهوائي على الأرض وعلى الأخص في المناطق المنخفضة المستوية حيث لا توجد جبال تشوش على عمله. وكسب الهوائي هو مقياس لمدى كفاءة الهوائي أي النسبة التي تنطلق في اتجاه بالنسبة للمجموع الكلي للأشعة المرسل.

Cory JANSSEN, High-Gain Antenna (HGA), on internet at: <http://www.techopedia.com>, The date of reading: 20 December 2012.

- ٨ - لا يسمح بتركيب الهوائيات أعلى الشرفات التي بدون سقف خرساني مسلح.
- ٩ - لا يسمح بتركيب الهوائيات فوق أسطح المباني المستغلة بالكامل كمستشفيات؛ حتى لا يحدث تداخل موجي مع الأجهزة الطبية بالمستشفى.
- ١٠ - ضماناً لعدم الاقتراب من الهوائيات يتم غلق السطح بالكامل بباب مغلق، أو يتم وضع سور غير معدني من جميع الاتجاهات على مسافة ستة أمتار من مركز قاعدة البرج ومترين بالنسبة للصاري الموجود على حافة المبنى مع وضع إشارات تحذيرية.
- ١١ - إلزام شركات الهاتف المحمول عند تركيب المحطات بالمواصفات العالمية الخاصة بكثافة القدرة الكهرومغناطيسية المنبعثة من الهوائيات طبقاً لكل من: منظمة الصحة العالمية، معهد المعايير القومي الأمريكي، اللجنة الدولية للتقنيات الكهربائية، المفوضية الدولية للإشعاع الغير المتأين، والجمعية الدولية لمهندسي الكهرباء والإلكترونيات.
- على ألا يزيد الحد الأقصى لكثافة القدرة الكهرومغناطيسية التي يتعرض لها الإنسان عن ٠,٤ مللي وات / سم^٢، وذلك لجميع التقنيات المستخدمة في شبكات التليفون المحمول.
- ١٢ - يجب ألا تقل المسافة الأفقية بين الهوائيات وسور مدارس الأطفال (حضانة - ابتدائي - إعدادي) عن عشرين متراً؛ وذلك لكونهم في مرحلة نمو تجعلهم أكثر حساسية.
- وحتى يسبغ المشرع القوة الملزمة على هذه القواعد التي يصدرها الجهاز فقد نص قانون الاتصالات في المادة ٨٣ منه على أنه يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مقدم خدمة لا يلتزم بالضوابط والمعايير المشار إليها في المادة السادسة.
- فضلاً عن ذلك فقد نصت المادة ٨٣ في فقرتها الثانية على حكم المحكمة بإزالة أسباب المخالفة بمعرفة المخالف في المدة التي تحددها الجهة الإدارية، وفي حالة تقاعسه عن الإزالة تقوم بذلك الجهة الإدارية على نفقة المخالف.
- وبالتالي، فإن شركة الاتصالات يطبق عليها الجزاء الجنائي المشار إليه إذا خالفت قواعد تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول، والتي أصدرها الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات في ١٧ فبراير ٢٠٠٥، كما تلتزم بإزالة أبراج الهوائيات المخالفة.
- من ناحية أخرى فقد نص قانون الاتصالات على أنه لا يجوز إنشاء شبكة

اتصالات بدون الحصول على ترخيص من الجهاز، وأن هذا الجهاز هو الذي يضع قواعد وشروط منح هذه التراخيص.

ووفقاً للمادة ٢٥ من القانون فإن الترخيص الصادر من الجهاز يجب أن يحدد التزامات المرخص له ومن أهمها ما ورد في الفقرة ١٢ من ذات المادة، وهي الالتزامات الخاصة بالقواعد الفنية المتعلقة بالسلامة الصحية والبيئية طبقاً للمعايير التي يتم وضعها.

وبناءً على ذلك فإن الترخيص الصادر من الجهاز لشركة الاتصالات يجب أن يتضمن قواعد إنشاء الهوائيات الواردة بالبروتوكول الصادر في ١٧ فبراير ٢٠٠٥، ويجب على الشركة أن تلتزم بتلك القواعد وإلا تم تطبيق الجزاء الجنائي الوارد في المادة ٨٥.

حيث نصت المادة ٨٥ على أنه يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه مشغلي أو مقدم خدمة الاتصالات في حالة مخالفة أي شرط من شروط الترخيص الممنوح له.

المطلب الثاني

قواعد حماية البيئة

ألقى المشرع على عاتق شركة الاتصالات التزاماً بحماية البيئة عند إنشاء البنية الأساسية لشبكة الاتصالات، وقد ورد هذا الالتزام في كل من المادة ٣٥ و ٣٧ من قانون الاتصالات.

فقد قضت المادة ٣٥ بأن للمرخص له بإنشاء شبكة اتصالات أن يمد كابلات أو موصلات أرضية أو هوائية أو إقامة أعمدة أو أبراج أو تركيبات على الطرق والشوارع والميادين العامة أو الممرات المائية وخطوط السكك الحديدية، وذلك بعد الحصول على الموافقات والتراخيص والتصاريح من الجهات المختصة مع مراعاة المعايير والاشتراطات البيئية والصحية قبل البدء في تلك الأعمال.

وبناءً على ذلك فإن شركة الاتصالات عندما تقوم بإنشاء البنية الأساسية لشبكة اتصالات للهاتف المحمول يجب أن تحترم القواعد الواردة في قانون حماية البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤^(١١) والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩^(١٢).

(١١) قانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن البيئة، الجريدة الرسمية، العدد ٥، ٣/٢/١٩٩٤.

(١٢) القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩، الجريدة الرسمية، العدد ٩ مكرر، ١/٣/٢٠٠٩.

فوفقاً للمادة ١٩ من قانون حماية البيئة تلتزم شركات الاتصالات بأن تحصل على موافقة من جهاز شئون البيئة قبل إنشاء أي جزء من أجزاء البنية الأساسية لشبكة الاتصالات وإلا تم الحكم عليها بغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد عن مليون جنيه وفقاً لنص المادة ٨٤ مكرر من ذات القانون^(١٣).

بالإضافة إلى القواعد الواردة في قانون البيئة فإن الشركة يجب أن تحترم المعايير البيئية وفقاً لصريح نص المادة ٣٥، وهذه المعايير يصدرها جهاز شئون البيئة وفقاً للمادة الخامسة من قانون حماية البيئة، فأياً معايير يصدرها جهاز شئون البيئة خاصة بحماية البيئة من الموجات الكهرومغناطيسية يجب أن يتم اتباعها من قبل شركة الاتصالات.

من ناحية أخرى قضت المادة ٣٧ بأنه يجب على شركة الاتصالات أن تراعي دراسات التقييم البيئي عند تنفيذ شبكات الاتصالات. ودراسات التقييم البيئي يصدرها جهاز شئون البيئة وفقاً للمادة الخامسة من قانون حماية البيئة.

ويترتب على عدم احترام شركة الاتصالات للمعايير والاشتراطات البيئية، أو عدم احترام دراسات التقييم البيئي تطبيق الجزاء الجنائي الوارد بنص المادة ٨٣ التي نصت على عقوبة الحبس والغرامة في حالة عدم الالتزام بالمعايير والاشتراطات الواردة بنص المادة ٣٥ و ٣٧ وإزالة أسباب المخالفة.

المطلب الثالث

قواعد حماية الصحة العامة

ألقى المشرع على عاتق شركة الاتصالات التزاماً بحماية الصحة العامة للأفراد عند إنشاء البنية الأساسية لشبكة الاتصالات، وقد ورد هذا الالتزام في كل من المادة ٣٥ و ٤٠ من قانون الاتصالات.

فقد نصت المادة ٣٥ على التزام شركة الاتصالات بالمعايير والاشتراطات الصحية عند إنشاء البنية الأساسية لشبكة الاتصالات، ويطبق الجزاء الجنائي الوارد في نص المادة ٨٣ عند مخالفة الشركة لهذه المعايير أو الاشتراطات وإزالة أسباب المخالفة.

(١٣) حكمت محكمة جناح الغردقة بتغريم شركة موبينيل مليون جنيه وإزالة الأعمال المخالفة لإنشائها برج هوائي لشبكته بدون الحصول على موافقة جهاز شئون البيئة. القضية رقم ٩٣٤٩ جناح ثان الغردقة، ٢٣ سبتمبر ٢٠١٢.

وبالتالي فإن شركة الاتصالات يجب أن تلتزم بأي اشتراطات خاصة بالتأثيرات الصحية للموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول، سواء أصدرها الجهاز القومي للاتصالات أو أصدرتها أي جهة طبية رسمية كوزارة الصحة مثلاً.

أما المادة ٤٠ فقد نصت على جواز الاتفاق بين شركة الاتصالات وصاحب العقار على تقرير حق انتفاع للشركة لإقامة منشآت أو تركيب توصيلات لشبكة الاتصالات داخل العقار أو في علوه أو سفله، على ألا يكون من شأن ذلك الإضرار بصحة شاغلي هذا العقار أو صحة شاغلي العقارات المجاورة له.

وهذا الالتزام الوارد بالنص مهم جداً لأنه يقيد شركة الاتصالات عند تركيب الهوائيات على العقارات بالألا يتضمن ذلك أي ضرر على صحة شاغلي هذا العقار أو العقارات المجاورة.

وبالتالي فالالتزام الشركة بالقواعد الفنية الواردة بالبروتوكول الخاص باشتراطات تركيب المحطات الأساسية للهاتف المحمول لا يغني عن هذا الالتزام، بمعنى أن التزام الشركة بالقواعد الفنية لتركيب الهوائيات لا يغني عن التزامها بالتأكد من أن تركيب هذه الهوائيات لن يؤثر على صحة الأفراد القاطنين بجوار هذه الهوائيات.

ولم يقرر القانون جزاءً جنائياً عن مخالفة الالتزام الوارد بالمادة ٤٠؛ لأنه لا توجد قاعدة دقيقة يجب أن تلتزم بها شركة الاتصالات يمكن القول أن مخالفتها تمثل جريمة جنائية، ولكن يمكن القول أن القانون قد ألقى بهذا النص التزاماً بالحيطة والحذر عند تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول بالألا تضر هذه الهوائيات بصحة شاغلي العقار المقام عليه أو صحة شاغلي العقارات المجاورة.

المبحث الثاني

تطبيق قواعد المسؤولية عن الأعمال الشخصية

تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري على (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

ويتبين من هذا النص أن المسؤولية التقصيرية لها ثلاثة أركان هي: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية.

سنقوم في هذا المبحث بتطبيق أركان المسؤولية الثلاثة على واقعة مخالفة شركة الاتصالات لقواعد تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول، لنرى مدى إمكانية

إقامة مسؤولية الشركة المدنية عن هذه المخالفة من عدمه، وهو ما يتوقف على مدى توافر هذه الأركان من عدمه، ثم نبحت آثار المسؤولية في حال توافرها.

بناءً على ذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الخطأ.

المطلب الثاني: الضرر.

المطلب الثالث: علاقة السببية.

المطلب الرابع: آثار المسؤولية.

المطلب الأول الخطأ

الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني بأن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية^(١٤).

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين: الركن الأول مادي وهو التعدي، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك.

المبدأ المستقر عليه هو جواز مساءلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شئونه، ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز، فلا بد من الاختصار على ركن التعدي في الخطأ دون ركن التمييز. ويكفي لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوي قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوي مجرد في الظروف الخارجية التي تصرف فيها، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادي، كان هناك خطأ، وتحققت مسؤوليته^(١٥).

(١٤) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٨٨١-٨٨٢، الفقرة ٥٢٧.

(١٥) السنهوري، مرجع سابق، ص ٩١٣-٩١٥، فقرة ٥٤١.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: الالتزامات: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، بدون ناشر، ص ٤١٤-٤٤٧.
- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ص ٣٣٥.

يترتب على ذلك أن شركة الاتصالات إذا خالفت قاعدة من قواعد تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول تكون قد ارتكبت خطأً وفقاً للمفهوم السابق، ويكون الركن الأول من أركان المسؤولية التقصيرية قد تحقق.

فمثلاً تعتبر الشركة قد ارتكبت خطأً تقصيرياً إذا قامت بتركيب هوائي ذي كسب منخفض^(١٦) بالمخالفة للقواعد التي تقرر تركيب هوائي عالي الكسب كما ذكرنا سابقاً، لأن الموجات الكهرومغناطيسية الصادرة منه تكون قليلة.

وتعتبر الشركة قد ارتكبت خطأً إذا وضعت الهوائي على مبنى يقل ارتفاعه عن ١٥ متراً، أو كان ارتفاعه أقل من ارتفاع العقارات المجاورة أو لم يكن سطحه من الخرسانة المسلحة.

كذلك إذا قامت الشركة بتركيب هوائي يزيد الحد الأقصى لكثافة القدرة الكهرومغناطيسية الصادرة منه عن ٠,٤ مللي وات / سم^٢.

وأيضاً يعتبر خطأً تقصيرياً مخالفة القواعد التي نص عليها قانون حماية البيئة أو مخالفة أي قاعدة خاصة بالاشتراطات الصحية المتعلقة بتأثير الموجات الكهرومغناطيسية.

المهم أن مخالفة أي قاعدة من القواعد التي تم ذكرها في المبحث السابق يمثل خطأً تقصيرياً.

المطلب الثاني

الضرر

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية، ويقع على عاتق المضرور إثبات وقوعه، ويستطيع ذلك باستخدام كافة طرق الإثبات باعتبار أن الضرر واقعة مادية.

= - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ٢٠٠٦، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر، ص ٥٤١-٥٤٣.

- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ص ٤١١-٤١٣.

- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ص ٣٢٦، ٣٢٧.

(١٦) الهوائي المنخفض الكسب: هو هوائي يعمل بموجة كهرومغناطيسية متسعة، وهو يناسب التضاريس الجبلية حيث يثبت في جميع الاتجاهات.

S. RAO, Chih-Chien HSU, R. SUDARSANAM, Low gain antenna performance impact due to spacecraft scattering, on internet at: <http://researchgate.net>, the date of publishing is: august 2010.

وبالتالي، فإنه يقع على عاتق المدعي إثبات أن هناك ضرراً قد أصابه من جراء وجود هوائي لشبكة الهاتف المحمول تم تركيبه مخالفة للقواعد، كأن يثبت إصابته بأورام سرطانية بعد تركيب هذا الهوائي، أو إثبات إصابته بصدا حاد مزمن بعد تركيب الهوائي.

الضرر المادي هو إخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور، وتعتبر إصابة الجسم بأي أذى ضرراً مادياً؛ لأن فيه تعدي على حق الشخص في سلامة جسمه، حيث إنه يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقة في العلاج^(١٧).

وبناءً على ذلك فإن الإصابة بالأورام السرطانية أو الصدا المزمن من جراء الموجات الصادرة من هوائي شبكة الهاتف المحمول هو ضرر مادي؛ لأن في ذلك اعتداء على سلامة الجسم.

والضرر الأدبي هو الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية حيث يصيبه في شعوره أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها^(١٨).

فالأذى الذي يصيب الجسم ينجم عنه ضرر أدبي متمثل في الألم النفسي الذي يصيب المريض، وبالتالي يمكن القول إن الإصابة بالأورام السرطانية قد تصيب المريض بآلام نفسية عميقة خاصة إذا ترتب عن ذلك بتر عضو كما هو الحال في سرطان الثدي.

ولكن قد يصاب السكان بقلق على صحتهم من وجود هوائي مخالف أعلى العقار الذي يقطنون فيه أو في عقار مجاور، فهل يعتبر هذا القلق في حد ذاته ضرراً أدبياً؟ فهل مجرد القلق والخوف من الإصابة بآثار صحية ضارة يكفي للادعاء بوجود ضرر حتى ولو لم تحصل إصابة بأي مرض بالفعل؟

أثير هذا الأمر أمام القضاء الفرنسي، حيث طالب السكان بإزالة هوائي لشبكة هاتف محمول تم تركيبه في عقار مجاور نظراً لخوفهم من الآثار الصحية الضارة للموجات الصادرة من هذا الهوائي.

أكدت المحكمة أن القلق الذي أصاب السكان والناجم عن الخوف من الآثار

(١٧) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ٢٠٠٠، بدون ناشر، ص ٢٤٦.

(١٨) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

الضارة للموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هذا الهوائي هو قلق مشروع ويمثل ضرراً أدبياً^(١٩).

المطلب الثالث علاقة السببية

علاقة السببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية التقصيرية، والمقصود بها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور.

إذا أصيب أحد الأشخاص بمرض السرطان، وأثبت وجود الخطأ في جانب شركة الاتصالات لقيامها بمخالفة أي قاعدة من قواعد تركيب الهوائيات، فهل علاقة السببية تكون موجودة بين هذا الخطأ وذلك الضرر؟

المشكلة تتمثل في أن الدراسات العلمية الحديثة لم تثبت على وجه اليقين أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول تتسبب في إحداث أمراض السرطان، فكما ذكرنا سابقاً هناك دراسات مؤيدة لذلك وهناك دراسات معارضة.

وبالتالي لا يمكن أن نجزم على وجه اليقين أن مرض السرطان الذي أصيب به المدعي ناتج مباشرة من خطأ شركة الاتصالات في تركيب هوائي مخالف للقواعد.

يظل الأمر خاضعاً للسلطة التقديرية للمحكمة، فعدم تأكيد الدراسات العلمية الحديثة ليقينية الضرر الناتج عن الهوائيات لا يمنع القاضي من استنتاج علاقة السببية من الوقائع الماثلة أمامه، فمثلاً إذا أصيب مجموعة من السكان القاطنين بجوار هذا الهوائي بمرض السرطان في مواعيد زمنية متقاربة بعد تركيب هذا الهوائي المخالف، فهذه قرينة على أن هذا المرض ناتج عن هذا الهوائي المخالف^(٢٠).

فالغرض من وضع القواعد الخاصة بتركيب الهوائيات هو حماية صحة السكان القاطنين للعقارات المجاورة لهذه الهوائيات، وبناءً على ما سبق يتبين أن مخالفة تلك

CA Versailles, 14 ème ch, 4 février 2009, n° 08 / 08775.

(١٩)

لمزيد من التفاصيل عن القلق كضرر معنوي انظر:

Cristina CORGAS-BERNARD, Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel: quel avenir?, Rev Responsabilité civile et assurances, n°4, Avril 2010, étude 4.

Mathilde BOUTONNET, La théorie anormaux de voisinage et le principe de (٢٠) précaution: une conciliation difficile, D. 2008, p. 2916.

القواعد تعتبر - في رأينا - خطأ يسبب بطريقة مباشرة للأمراض السرطانية التي تصيب أي شخص يقطن بجوار هذا الهوائي المخالف.

ولكن تستطيع شركة الاتصالات أن تنفي علاقة السببية، وذلك بأن تثبت أن مرض السرطان الذي أصاب المدعي لم ينتج من الخطأ الذي ارتكبه، ولكن لأي سبب آخر خاص بالمضرور نفسه كتاريخه الطبي، وأنه أصيب بهذا المرض قبل ذلك.

إلا أن المضرور يستطيع في هذه الحالة أن يثبت أنه وإن كان لديه تاريخ مرضي أو وراثي مع مرض السرطان إلا أن وجود هذا الهوائي المخالف هو الذي حفز ظهور الأورام السرطانية لديه مرة أخرى.

وبالتالي يمكن أن يقدر القاضي في هذه الحالة أنه على الرغم من وجود خطأ من جانب شركة الاتصالات إلا أن التاريخ المرضي للمضرور قد ساهم مع هذا الخطأ في وقوع الضرر.

كما تستطيع الشركة أن تثبت أن الأورام السرطانية التي أصابت المضرور ناتجة عن هوائي آخر مخالف لشركة اتصالات أخرى في نفس المنطقة المحيطة بالعقار الذي يقطن فيه المضرور.

فإذا وجدت عدة أخطاء أدت لإحداث الضرر يستطيع القاضي أن يقدر الخطأ الذي استغرق الآخر، كأن يكون هناك هوائيات لشركات مختلفة وكلها مخالفة، ولكن أحدهم أقرب للمضرور من الهوائي الآخر، فيقرر القاضي أن هذا الهوائي القريب هو الذي أصاب المضرور دون الهوائي الآخر.

وقد يرى القاضي أن الهوائيات المخالفة التابعة لشركتين مختلفتين قد ساهمت بالتساوي في إحداث الضرر نظراً -مثلاً- لبعدها بمسافة متساوية عن العقار الذي يقطن فيه المضرور، في هذه الحالة يقرر القاضي مسؤولية الشركتين بالتساوي عن هذا الضرر.

وبالتالي فالأمر مرهون في النهاية للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستطيع أن يقدر توافر علاقة السببية من عدمها في ضوء ظروف كل واقعة على حدة.

المطلب الرابع آثار المسؤولية

إذا توافرت أركان المسؤولية الثلاثة تحققت مسؤولية شركة الاتصالات، وترتب على ذلك وجوب قيام الشركة بتعويض المضرور عن الضرر الذي أحدثه خطأها.

وفقاً للمادة ١٧١ من القانون المدني فإن التعويض قد يكون نقدياً يتمثل في دفع المخطئ لمبلغ من النقود للمضرور يعادل قيمة الضرر، وقد يكون التعويض عينياً، ويتمثل في إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أي أن يحكم القاضي بإزالة الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر، ويحكم القاضي بإحدى صور التعويض أو كليهما وفقاً لظروف كل حالة، وله في ذلك سلطة تقديرية.

وبناءً على ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بإزالة الهوائي الذي تم تركيبه بصورة مخالفة للقواعد، باعتبار أن ذلك يمثل تعويضاً عينياً بجانب الحكم بالتعويض النقدي للمضرور عن الضرر الصحي الذي أصابه.

والجدير بالذكر هنا أن المادة ٨٣ من قانون الاتصالات قد نصت على أن المحكمة يجب أن تحكم بإزالة الهوائي المخالف، وأن الإزالة تتم بمعرفة شركة الاتصالات وفي حالة تقاعسها تقوم بذلك الجهة الإدارية على نفقة الشركة.

ومقياس التعويض هو الضرر المباشر، فالتعويض سواء أكان تعويضاً نقدياً أم عينياً يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه، سواء أكان هذا الضرر مادياً أم أدبياً، وسواء أكان متوقعاً أم غير متوقع، وسواء أكان حالاً أم مستقبلاً مادام محققاً. ويشمل الضرر المباشر على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته^(٢١).

يجب أن نشير أخيراً إلى أنه من المتصور أن تبرم شركة الاتصالات اتفاقاً مع السكان القاطنين للعقار الذي يتم تركيب هذا الهوائي عليه، بحيث يكون مضمون هذا الاتفاق هو إعفاء الشركة من المسؤولية في حالة إصابة السكان بأي أضرار في المستقبل أو التخفيف من تلك المسؤولية.

وفقاً للمادة ٢١٧ من القانون المدني فإن هذا الاتفاق باطل بطلاناً مطلقاً؛ وذلك لأن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام.

(٢١) السنهوري، مرجع سابق، ص ١٠٩٧-١٠٩٨.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية في حالة احترام قواعد إنشاء الهوائيات

تمهيد وتقسيم:

إذا التزمت شركة الاتصالات بكل القواعد المقررة لتركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول، ورغم ذلك ادعى السكان القاطنين للعقار الموجودة عليه هذه الهوائيات أو القاطنين للعقارات المجاورة أن هناك ضرراً صحياً قد أصابهم، فهل من الممكن إقامة المسؤولية المدنية للشركة في مثل هذه الحالة؟ أي هل تلتزم الشركة بتعويض هؤلاء السكان عن الأضرار التي أصابتهم؟

المشكلة في هذه الحالة هي عدم وجود أي خطأ من جانب شركة الاتصالات، بالعكس، فالشركة قد التزمت بكل القواعد المقررة لتركيب الهوائيات وبالتالي فهي تستخدم الحق المخول لها قانوناً في أن تقوم بتركيب الهوائيات أعلى العقارات أو في الشوارع والبيادر العامة حتى يتسنى لها تقديم خدمة الاتصالات للهواتف المحمولة، وذلك طبقاً لنصوص المواد ٣٥ و ٤٠ من قانون الاتصالات المصري.

بل إنه من الممكن القول أن هناك التزاماً على عاتق شركة الاتصالات في أن تقوم بتركيب هذه الهوائيات حتى تضمن جودة خدمة الاتصالات في هذه المناطق، باعتبار أن جودة الخدمة التزم يقع على عاتق الشركة بمقتضى نصوص قانون الاتصالات وخاصة المادة ٢٥.

فهل من الممكن إثارة مسؤولية الشركة على الرغم من أنها تقوم بتنفيذ التزام مقرر عليها قانوناً؟

إذا أردنا أن نجيب عن هذا التساؤل فيجب الرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي الذي تصدى لكثير من الدعاوى التي رفعها السكان طالبين إزالة هذه الهوائيات والتعويض عن الأضرار التي أصابتهم، على الرغم من أن هذه الهوائيات تم تركيبها وفقاً للقواعد المقررة قانوناً^(٢٢).

(٢٢) تم النص على الأحكام الخاصة بتركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول في القانون الفرنسي في اللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات، وهي اللائحة رقم ٧٧٥ لسنة ٢٠٠٢. Décret n° 2002-775 du 3 mai 2002 pris en du 12° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications et relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques émis par les équipements utilisés dans les réseaux de télécommunication ou par les installations radioélectriques, JORF, n°105, 5 mai 2002, p 8624, texte n° 39.

وقد انقسم القضاء الفرنسي إلى اتجاهين متضادين، أحدهم يقرر تطبيق مبدأ الحيطة فيما يتعلق بتركيب الهوائيات ويرتب مسؤولية شركة الاتصالات. بينما يرفض الاتجاه الآخر تقرير مسؤولية شركة الاتصالات طالما احترمت قواعد تركيب الهوائيات، ولكل اتجاه مبرراته القانونية.

إن تقرير مسؤولية شركة الاتصالات في مثل هذه الحالة التي لا يكون هناك أي خطأ من جانبها يمكن أن يبنى على أحد الأسس الآتية: مزار الجوار غير المألوفة، التعسف في استعمال الحق، و مسؤولية حارس الأشياء.

سوف نناقش كل أساس من تلك الأسس محاولين تطبيقه على الواقعة التي نقوم بدراستها؛ لنرى مدى إمكانية تقرير مسؤولية شركة الاتصالات من عدمه في مثل هذه الحالة.

- وبناءً على ذلك فسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: مزار الجوار غير المألوفة.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق.

المبحث الثالث: مسؤولية حارس الأشياء.

المبحث الأول مزار الجوار غير المألوفة

نصت المادة ٨٠٧ من القانون المدني على:

(١) على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

(٢) وليس للجار أن يرجع على جاره في مزار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق).

يتضمن هذا النص قيداً على حق الملكية، يتمثل هذا القيد في عدم غلو مالك العقار في استعمال حق ملكيته إلى حد يضر بملك الجار إضراراً يجاوز المضار المألوفة للجوار، مع مراعاة العرف وطبيعة العقار والغرض الذي خصص له.

وبالتالي فالمالك وهو يستعمل حق الملكية استعمالاً لا يمثل خطأً مقيد بأن يستعمل هذا الحق لحد لا يصيب الجار بأضرار غير مألوفة.

وتعتبر المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة نوعاً من أنواع المسؤولية المدنية بدون خطأ، حيث يقرر القانون مسؤولية الجار عن الضرر غير المألوف الذي أصاب جاره حتى لو لم يرتكب خطأ^(٢٣).

اتخذت بعض أحكام القضاء الفرنسي من هذا القيد أساساً لتقرير مسؤولية شركة الاتصالات عن الأضرار التي تحدثها هوائيات شبكة الهاتف المحمول والتي تم تركيبها وفقاً للقواعد المقررة قانوناً.

حتى نتناول تطبيق هذا القيد على الموضوع محل الدراسة، فسوف نتناول الشروط الواجب توافرها في حالة مضار الجوار غير المألوفة، ثم نتناول مدى إمكانية تطبيق هذه الشروط على الأضرار الناجمة عن هوائيات شبكة الهاتف المحمول، ثم نتناول تطبيق القضاء الفرنسي لهذا القيد، وأخيراً نتناول التعويض عن الضرر غير المألوف.

وبالتالي، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: شروط مضار الجوار غير المألوفة.

المطلب الثاني: مدى إمكانية تطبيق شروط مضار الجوار على الهوائيات.

المطلب الثالث: تطبيق القضاء الفرنسي لمضار الجوار غير المألوفة على الهوائيات.

المطلب الرابع: التعويض عن الضرر غير المألوف.

المطلب الأول

شروط مضار الجوار غير المألوفة

وفقاً لنص المادة ٨٠٧ فهناك شرطان يجب توافرها لتقرير مسؤولية المالك في هذه الحالة، هذان الشرطان هما:

الشرط الأول - غلو المالك في استعمال حقه:

الغلو في استعمال الحق يفترض أن المالك لا يتجاوز الحدود المادية لحقه، وإنما

François Guy TREBULLE, Les techniques contentieuses au service de (٢٣) l'environnement: Le contentieux civil, Etude disponible sur: www.courdecassation.fr, mise en ligne en: 2005, p 2.

Jean victor BOREL, Antennes relais de téléphonie mobile: un risque troublant, JCPE, n°14 Avril 2009, II, 1336.

يبالغ في الاستناد إلى هذا الحق في القيام بأعمال تحدث لجيرانه أضراراً لا تترتب عادة على الجوار، وإن كانت هذه الأعمال لا تخرج عن إطار السلطات المعروفة للمالك في استعمال (أو استغلال) الشيء المملوك^(٢٤).

الغلو يتصف به كل عمل يحدث ضرراً غير مألوف للجار، فالمعيار إذن هو الضرر غير المألوف^(٢٥).

الشرط الثاني - الضرر غير المألوف:

وفقاً لصريح نص المادة ٨٠٧ يجب أن يصيب ملك الجار ضرراً غير مألوف من غلو المالك في استعمال حقه.

والضرر غير المألوف هو الضرر الذي يزيد عن الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار، فإذا زاد الضرر على هذا الحد، كان ضرراً غير مألوف، ووجب التعويض عنه^(٢٦).

ولا يجوز للجار أن يتضرر مما يجب التسامح فيه من مضايقات مألوفة، فالتسامح بين الجيران أمر ضروري، بل هو شرط لازم للحياة في المجتمع، ولكن إذا زادت هذه المضايقات وخرجت عن المألوف فلا يلزم الجار بتحملها^(٢٧).

واعتبار الضرر الناتج عن الغلو ضرراً مألوفاً أم غير مألوف هو أمر نسبي يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، وهو أمر يترك تقديره لقاضي الموضوع الذي يعتد بظروف كل حالة على حدة. لذلك أوجب نص المادة ٨٠٧ على القاضي أن يهتدي في ذلك بالعرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له^(٢٨).

(٢٤) جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول: حق الملكية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٧٤.

(٢٥) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٦٩٥، الفقرة ٤٢٨.

(٢٦) المرجع السابق، ص ٦٩٦، فقرة ٤٢٩.

(٢٧) عبد المنعم البدر، حق الملكية: الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص ١٢٣.

(٢٨) محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٤٩.

المطلب الثاني

مدى إمكانية تطبيق شروط مضار الجوار على الهوائيات

إذا أردنا تطبيق نص المادة ٨٠٧ على الحالة التي نقوم بدراستها، فإنه يمكن القول أن قيام شركة الاتصالات بتركيب هوائي على أحد العقارات قد يمثل ضرراً غير مألوف للسكان القاطنين في هذا العقار أو للسكان القاطنين في العقارات المجاورة.

فعندما تقوم شركة الاتصالات بتركيب هوائي على عقار مجاور تنبعث منه موجات كهرومغناطيسية فذلك قد يمثل ضرراً غير مألوف للجوار على الرغم من تركيب هذا الهوائي وفقاً للقواعد المقررة قانوناً، فنظرية مضار الجوار غير المألوف تعطي الحق للمضرور في اقتضاء تعويض حتى لو كان تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول لا يمثل في ذاته أي خطأ^(٢٩).

إلا أن هذا الأمر يحتاج لمناقشة من عدة جوانب:

أولاً: أن الفقرة الأولى من نص المادة ٨٠٧ تنص على مايلي: (على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار) وشركة الاتصالات لا تعتبر مالكة للعقار المجاور ولكنها فقط صاحبة حق انتفاع على سطح هذا العقار.

فشركة الاتصالات تبرم اتفاقاً مع مالك العقار مضمونه تقرير حق انتفاع لها على سطح هذا العقار حتى تقوم بتركيب البرج الذي يحمل الهوائيات، وبالتالي فهي ليست مالكة للعقار.

ولكن شركة الاتصالات مالكة للبرج الموجود عليه الهوائي، فهل هذا البرج فقط يأخذ صفة العقار؟

نرى أن هذا البرج الذي يحمل هوائيات شبكة الهاتف المحمول يأخذ صفة العقار، فوفقاً للفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون المدني، فإن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، وهذا البرج عبارة عن حامل معدني يقام أعلى المبنى ويحمل هوائيات الشبكة^(٣٠).

فهذا البرج لا يمكن نقله من مكانه بدون تلف، فيجب أن يتم تفكيكه ثم تفكيكه

(٢٩) Eugénie AMRI, La responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution, Magistère de Juriste d'affaires-DJCE, Master II droit des affaires, UNIV PANTHEON-ASSAS PARIS II, 2011, p 22.

(٣٠) هذا التعريف وارد في بروتوكول اشتراطات تركيب المحطات الأساسية للتليفون المحمول، مشار إليه سابقاً.

الهوائيات وفصل التيار الكهربائي عنه حتى يمكن نقله من مكانه، وبالتالي فهو شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه بدون تلف، أي أنه يعتبر عقاراً. ويترتب على ذلك أن شركة الاتصالات تعتبر مالكة لعقار مجاور لكل قاطني المبنى المقام عليه البرج ولكل قاطني المباني المجاورة.

من ناحية ثانية فإن الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ إذا كانت قد ذكرت لفظ (المالك)، فإن الفقرة الثانية قد نصت على (وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها)، فهذه الفقرة قد ذكرت لفظ (الجار) وهو لفظ لا يُطلق فقط على المالك، ولكن يمكن أن يُطلق على المستأجر أو صاحب حق الانتفاع، فلا يمكن أن نقصر لفظ (الجار) على المالك، وإلا كان معنى ذلك أن الأضرار غير المألوفة التي تصدر من الجار المستأجر مقبولة قانوناً ولا يمكن التعويض عنها، وأن نفس الأضرار التي تصدر من الجار المالك غير مقبولة قانوناً، ويمكن التعويض عنها، وهو تمييز لا محل له ويجافي المنطق، ولا يمكن أن يكون له أساس قانوني، كما أنه ينافي الحكمة من النص.

وبالتالي فإن شركة الاتصالات التي تقوم بتركيب هوائي على سطح أي عقار تأخذ صفة الجار بالنسبة لقاطني هذا العقار والعقارات المجاورة؛ وذلك لأنها صاحبة حق انتفاع على سطح هذا العقار.

ومن ناحية ثالثة، فإن الشركة قد تقوم بتركيب البرج الذي يحمل الهوائيات على الأرض دون أن تقوم بتركيبه على أحد العقارات، في هذه الحالة تكون الشركة مالكة لعقار باعتبار أن هذا البرج يأخذ صفة العقار لاتصاله بالأرض اتصال قرار.

ثانياً: أنه وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٨٠٧، فإن الأضرار غير المألوفة يجب أن تصيب ملك الجار، فقد يفهم من النص أن المسؤولية قاصرة فقط على الأضرار التي تصيب عقار الجار دون أن تمتد إلى الأضرار التي تصيب الجار نفسه.

فالمشكلة أن الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من الهوائيات تصيب الجار دون أن تصيب ملكه، ولكن يمكن أن يُرد على ذلك بأن الموجات الصادرة من هذا الهوائي تصيب عقار الجيران أولاً ثم تصيبهم لوجودهم داخله.

كما أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني قد ذكرت بطريقة ضمنية أن الضرر غير المألوف غير قاصر فقط على الضرر الذي يصيب ملك الجار، وإنما يمتد إلى الضرر الذي يصيب الجار ذاته، فتقول المذكرة الإيضاحية (فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضرراً مألوفاً في ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهي والمحلات العامة يعتبر ضرراً غير

مألوف في ناحية هادئة خُصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس. فإذا فُتح محل مقلق للراحة في وسط هذه المساكن الهادئة، كان في هذا ضرر غير مألوف تجب إزالته^(٣١).

فمن الواضح أن المذكرة الإيضاحية ذكرت أن الإزعاج قد يكون ضرراً غير مألوف، والإزعاج يصيب الجار نفسه دون أن يصيب العقار الذي يقطنه.

وكذلك نجد أن تفسير الفقهاء لفكرة مضار الجوار غير المألوفة مد هذا الضرر للأضرار التي تصيب الجار نفسه، والدليل على ذلك ضرب الأمثلة بالإزعاج، وهو ضرر يصيب الجار نفسه دون إصابة ملك الجار^(٣٢).

ثالثاً: قد يقال بأن الدراسات العلمية لم تثبت إلى الآن وجود ضرر صحي للموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول، فلا يمكن الادعاء بوجود ضرر غير مألوف من وجود هذه الهوائيات.

ويُرد على ذلك بأن الدراسات العلمية إن كانت لم تثبت وجود أضرار صحية من الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول إلا أنها في ذات الوقت لم تنف وجود أضرار صحية لتلك الهوائيات، وبالتالي فإذا أثبت المدعي وجود أورام سرطانية قد أصابته بعد تركيب الهوائي، فإن ذلك يعد - مما لا شك فيه - ضرراً غير مألوف.

أخيراً يجب أن نقرر أن تركيب الهوائي وفقاً للقواعد المقررة والحصول على التراخيص اللازمة لا يمنع من وجود مضار غير مألوفة؛ لأن الفقرة الثانية من ٨٠٧ نصت على أن سبق الحصول على ترخيص من الجهات المختصة لا يمنع من استخدام هذا الحق، أي لا يمنع من الادعاء بوجود ضرر غير مألوف والمطالبة بتعويض عنه.

(٣١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢، مشار إليها في السنهوري، الوسيط، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٦٩٩.

(٣٢) السنهوري، الوسيط، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٦٩٧، فقرة ٤٢٩.
- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ٢٠٠٢، منشورات الحلبي الحقوقية ببلبنان، ص ٥٠٠.
- نبيل إبراهيم سعد، الوسيط، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، ٢٠٠٦، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٥٤.
- مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، ١٩٩٨، بدون ناشر، ص ٣٤، ٣٥.

المطلب الثالث

تطبيق القضاء الفرنسي لمضار الجوار غير المألوفة على أضرار الهوائيات

رُفعت كثير من الدعاوى أمام القضاء الفرنسي من السكان القاطنين بجوار هوائيات شبكة الهاتف المحمول مطالبين بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تركيب هذه الهوائيات وإزالتها.

وقد استند المدعون في كل هذه الدعاوى إلى نظرية مضار الجوار غير المألوفة، باعتبار أن تركيب هذه الهوائيات وإن كان أمراً مشروعاً لأنه أحترم القواعد المقررة قانوناً، إلا أنه يصيب الجيران بأضرار غير مألوفة، هي الأضرار الصحية المتوقعة حدوثها لهم من جراء تركيب تلك الهوائيات^(٣٣).

إزاء هذه الدعاوى، انقسم القضاء الفرنسي إلى اتجاهين متضادين؛ أحدهما يرفض تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة على هوائيات شبكة الهاتف المحمول، والآخر يقبل بتطبيق هذه النظرية على الهوائيات.

سنتناول كل اتجاه من هذه الاتجاهات كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

رفض تطبيق مضار الجوار غير المألوفة

هذا الاتجاه اتخذ موقفاً رافضاً لتطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة على هوائيات شبكة الهاتف المحمول، فمحكمة استئناف (أكس أون بروفانس)^(٣٤) ألغت الحكم الصادر من أول درجة (محكمة تولون)^(٣٥)، حيث رفضت محكمة الاستئناف مطالب المدعين الذين يعيشون بجوار هوائيات شبكة الهاتف المحمول، وذلك لعدم وجود مضار غير مألوفة، وقررت المحكمة أن احترام شركة الاتصالات لقواعد تركيب هذه الهوائيات المقررة في اللائحة رقم ٧٧٥ لسنة ٢٠٠٢ يؤدي إلى رفض الادعاء بوجود مضار غير مألوفة للقاطنين بجوار هذه الهوائيات.

(٣٣) Eugénie AMRI, La responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution, Op.cit, p 23.

(٣٤) CA Aix en provence, 15 sept 2008, SA Bouygues Télécom c /M et Mme Gautier.

(٣٥) TGI Toulon, 20 mars 2006, RG N°: 04/01012, M et Mme Gautier c/Société Bouygues Télécom.

أصدرت المحكمة الابتدائية بليون^(٣٦) حكم مشابه، حيث رفضت الادعاء بوجود مضار غير مألوفة للجوار من هوائي تم تركيبه على مسافة أقل من مائة متر من مدرسة، وكانت حيثيات الحكم أن شركة الاتصالات قد احترمت قواعد تركيب الهوائيات عند تركيب هذا الهوائي، مما يترتب عليه رفض الادعاء بوجود أضرار غير مألوفة^(٣٧).

محاكم ابتدائية ومحاكم استئناف أخرى سارت على نفس النهج و أصدرت أحكام مشابهة قائمة على نفس حيثيات بأن احترام قواعد تركيب الهوائيات يترتب عليه رفض الادعاء بوجود أضرار غير مألوفة، وأن القول بعكس ذلك يؤدي إلى قيام القضاء بتقييد التطورات التكنولوجية الحديثة لمجرد الخوف من تأثيراتها الصحية^(٣٨).

الحيثيات التي قامت عليها هذه الأحكام القضائية كانت محل انتقاد من بعض الفقه الفرنسي؛ وذلك لأن هذه الأحكام ربطت بين غياب مضار الجوار غير المألوفة واحترام القواعد المقررة قانوناً، أي أن هذه الأحكام تطلبت وجود مخالفة للقواعد المقررة لتركيب الهوائيات حتى توجد الأضرار غير المألوفة، أي أنه يجب وجود خطأ، وهذا أمر مخالف للأساس الذي تقوم عليه نظرية مضار الجوار غير المألوفة في أن الجار يقوم باستخدام حق ملكيته دون أن يرتكب خطأ، ولكنه يصيب جاره بأضرار غير مألوفة ناتجة عن هذا الاستخدام^(٣٩).

صدرت أحكام قضائية أخرى كثيرة^(٤٠) في نفس هذا الاتجاه ولكنها مختلفة عن

TGI Lyon, 15 sept 2009, n°09/7835, ch.urg, Besson c/ SA Bouygues Telecom. (٣٦)

Johann LE BOURG, Nouveau refus de condamner l'opérateur téléphonique à déplacer une antenne relais, JCPG, n°15, 12 Avril 2010, p 407. (٣٧)

TGI Grenoble, 19 fév 2009, n° 07/00312, JurisData N°010729. (٣٨)

- TGI Bourgoin-Jallieu, 30 juin 2009, RG n°07/00204.

- CA Orléans, 19 mai 2003, ch. civ, Baloge c/ SA Bouygues Telecom.

- CA Paris, 7 mai 2002, n° 01-4367, Bourelly c/ Synd. copr. 80 av. V. Hugo à Paris.

- CA paris, 19ème ch. A, 7 janvier 2004, n°2003-02301.

- CA Aix en Provence, 6 fév 2007, ch. 4B, RG n°05/09002.

Eugénie AMRI, La responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution, Op.cit, p 24. (٣٩)

TGI Avignon, 16 juin 2009, n° 07/02026, ch.1 sec. 3, Boualouan c/ SA Bouygues Telecom. (٤٠)

- CA Aix en Provence, 2 octobre 2009, ch. 4A, RG n°07/21120.

- TGI Pau, 10 juin 2009, RG n°09/00169.

- TGI Aix en Provence, 9 juin 2009, RG n°09/00628.

- CA Chambéry, 4 février 2010, 2 ème ch. Civ, RG n°09/00731.

- CA Bastia, 21 juillet 2010, RG n°09/00709.

=

الأحكام السابقة في حيثياتها، فقد قبلت هذه الأحكام تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة على هوائيات شبكة الهاتف المحمول، ولكنها قررت عدم توافر شروط النظرية في هذه الحالة لعدم وجود الضرر غير المألوف، بحجة عدم وجود إجماع علمي على وجود أضرار صحية للهوائيات.

حيثيات هذه الأحكام هي أن تطبيق نظرية مضار الجوار يتطلب إصابة الجار بضرر فعلي ناتج عن أفعال جاره، أما الضرر غير المؤكد لا يمكن اعتباره ضرراً غير مألوف، فالمدعي لم يثبت حدوث ضرر صحي قد أصابه، ولكنه فقط يخشى من حدوث هذا الضرر في المستقبل نتيجة الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هذه الهوائيات.

واستندت هذه الأحكام أيضاً إلى أن الدراسات العلمية لم تؤكد إلى الآن وجود أضرار صحية من الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول، مما ينفي وجود أضرار غير مألوفة من مجرد تركيب هذه الهوائيات، طالما لم يصب الجار ضرر فعلي، فالضرر الاحتمالي لا يعد ضرراً غير مألوف.

مما لاشك فيه أن هذه الأحكام لها حجج قوية حيث إنها ترى أن عدم وجود دليل علمي قوي على الأضرار الصحية للموجات المنبعثة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول ينفي وجود ضرر لتلك الهوائيات مما ينفي شرطاً أساسياً من شروط نظرية مضار الجوار غير المألوفة.

وبقراءة عكسية، فإن هذه الأحكام لم تنف تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة على هوائيات شبكة الهاتف المحمول إذا أثبت الجار إصابته بضرر غير مألوف من هذه الهوائيات، فمثلاً إذا أثبت أي شخص من القاطنين للعقار الذي يوجد عليه الهوائي أو من القاطنين للعقارات المجاورة إصابته بأورام سرطانية أو أي أضرار صحية أخرى ناتجة عن هذا الهوائي، فذلك يمكن اعتباره مضار غير مألوفة للجوار.

الفرع الثاني

قبول تطبيق مضار الجوار غير المألوفة

في الاتجاه المعاكس، فسر بعض القضاة نظرية مضار الجوار غير المألوفة تفسيراً واسعاً وطبقوها على هوائيات شبكة الهاتف المحمول معتبرين أن الخطر غير

= - CA Paris, 6 avril 2010, pôle 1 ch 3, RG n°09/22226.

- CA Bourges, ch. civ, 6 janv 2011, n° 10/ 00626.

- CA Lyon, 6 ème ch, 3 févr. 2011, n° 09/06433.

المؤكد هو ضرر غير مألوف، فقد أصدرت محكمة استئناف (أكس أون بروفانس) حكماً في ٢٠٠٤^(٤١) مؤيدة لحكم المحكمة الابتدائية (بجراس)^(٤٢) حيث قررت أن الأضرار الناتجة من هوائيات شبكة الهاتف المحمول هي إلى الآن أضرار غير مؤكدة علمياً، ولكن تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول من الممكن اعتباره ضرراً غير مألوف للجار؛ لأنه من المستحيل إثبات أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول عديمة الضرر^(٤٣).

وقد وجه البعض النقد لهذا الحكم لأنه لم يحترم الشروط التقليدية لنظرية مضار الجوار غير المألوفة، فالضرر يجب أن يكون مؤكداً وفقاً لشروط النظرية، وهذا غير متوافر في هذه الحالة التي نحن بصدها، فالقاضي بهذا الحكم قد عدل مضمون النظرية حيث استبدل المضار غير المألوفة بفكرة الخطر غير المؤكد^(٤٤).

من ناحية أخرى، فإن هذا الاتجاه قد عدلت عنه المحكمة بعد ذلك عندما أصدرت حكماً في ٢٠٠٨ رفضت فيه تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة على هوائيات شبكة الهاتف المحمول بحجة عدم وجود ضرر صحي لهذه الهوائيات^(٤٥).

أصدرت محكمة استئناف (بورديو) حكماً في نفس الاتجاه مقرر أن تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول من الممكن اعتباره ضرراً غير مألوف للجار؛ لأنه من المستحيل إثبات أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول عديمة الضرر^(٤٦).

أصدرت المحكمة الابتدائية (بنانت) حكماً هاماً في ١٨ سبتمبر ٢٠٠٨^(٤٧) حيث قررت أن النقاش العلمي حول أضرار هوائيات شبكة الهاتف المحمول مازال مفتوحاً، ولكن هذه الدراسات لم تؤكد خلو هذه الهوائيات من احتمال حدوث الضرر، مما يؤدي

CA Aix en Provence, 8 juin 2004, Société SFR c/ Commune de la Roquette sur Siagne, D.2004. 2678. (٤١)

TGI Grasse 17 juin 2003, Commune de la Roquette-sur-Siagne c/ Société SFR, Juris Data n°2003-221749. (٤٢)

Christophe RADÉ, Édification d'un pylône de radiotéléphonie, Rev Responsabilité civile et assurances, Janvier 2005, n° 1, Comm 3. (٤٣)

Eugénie AMRI, La responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution, Op.cit, p 25. (٤٤)

CA Aix en provence, 15 sept 2008, SA Bouygues Téléocm c /M et Mme Gautier. (٤٥)

CA Bordeaux, 20 sept 2005, n°04/01348. (٤٦)

TGI Nanterre, 8ème ch, 18 sept 2008, n°07/02173. (٤٧)

لوجود خطر من احتمال حدوث ضرر في المستقبل، فإن ذلك يمثل ضرراً مؤكداً غير افتراضي نتيجة القرب من هذه الهوائيات، مما يعتبر ضرراً غير مألوف للجار. وقررت المحكمة في حيثيات حكمها أن شركة الاتصالات لم تثبت عدم وجود مخاطر لهذه الهوائيات ولم تثبت اتخاذها أي إجراءات للحيلة من هذه المخاطر. وألزمت المحكمة الشركة بإزالة هوائيات الشبكة محل النزاع ودفع تعويض للسكان عن الخوف الذي ألم بهم نتيجة وجود هذه الهوائيات.

وجه البعض النقد لهذا الحكم لأنه خالف القواعد التقليدية في الإثبات، حيث ألقت المحكمة عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه (شركة الاتصالات) لتثبت عدم وجود أضرار من هوائيات شبكة الهاتف المحمول، وكان من الواجب إلقاء عبء الإثبات على عاتق المدعي (السكان المحيطين بالهوائيات) لإثبات أن الهوائيات تسبب حدوث أضرار غير مألوفة لهم^(٤٨).

ووجه البعض الآخر النقد للحكم على أساس أن الخوف من احتمال حدوث ضرر صحي في المستقبل لا يمكن أن يمثل ضرراً غير مألوف للجار، فالضرر غير المألوف يجب أن يكون مؤكداً وليس احتمالياً^(٤٩).

تم استئناف الحكم السابق الصادر من محكمة (نانت) أمام محكمة استئناف (فرساي)^(٥٠)، وأصدرت هذه المحكمة حكماً شهيراً في ٤ فبراير ٢٠٠٩، حيث أيدت الحكم الصادر من محكمة نانت، وتتبع أهمية هذا الحكم في حيثيات التي استند إليها حيث أسست المحكمة حكمها على حيثيات الآتية:

١ - أن احترام شركة الاتصالات لقواعد تركيب الهوائيات وأهمية خدمة الاتصالات للمجتمع لا يكفي لاستبعاد مضار الجوار غير المألوفة عن تركيب تلك الهوائيات.

(٤٨) Jean-Philippe FELDMAN, "Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz, n° 20, 21 mai 2009, chroniques, pp. 1369-1372.

- Sylvain MANYACH, L'antenne relais et le principe de précaution, Art disponible sur: www.blogs.mediapart.fr, la date de mise en ligne est: 11 octobre 2008.

(٤٩) Mathilde BOUTONNET, La théorie anormaux de voisinage et le principe de précaution: une conciliation difficile, D. 2008, p. 2916.

- Jean victor BOREL, Le fait d'exposer son voisin, contre son gré, à un risque certain pour sa santé constitue en soi un trouble anormal de voisinage, JCPG, n°51, 17 Décembre 2008, II, 10208.

CA Versailles, 4 février 2009, 14ème ch, n°08/08775.

(٥٠)

٢ - أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول في فرنسا ينبعث منها موجات كهرومغناطيسية أعلى من مثيلاتها في باقي دول أوروبا.

٣ - إذا كان الخطر الناتج من هذه الهوائيات مازال نظرياً، إلا أن الشكوك حول سلامة الموجات الصادرة من هذه الهوائيات شكوك جادة ومنطقية، وتؤدي إلى وجود خوف مشروع لدى السكان القاطنين بجوار هذه الهوائيات مما يعتبر ضرراً معنوياً غير مألوف للجار.

٤ - أن مبدأ الحيطة يقتضي إزالة هذه الهوائيات خوفاً من احتمال حدوث أضرار صحية للسكان القاطنين بجواره في المستقبل.

بناءً على ذلك أيدت المحكمة حكم أول درجة في إزالة هذه الهوائيات لما تمثله من ضرر غير مألوف للجار، وفي تعويض السكان القاطنين بجوار هذه الهوائيات عن الضرر المعنوي الذي أصابهم من وجودها.

تحليل الحكم الأخير له أهمية خاصة؛ لأنه استند إلى نظرية مضار الجوار غير المألوفة، ولكنه وسع في مضمون النظرية حيث أخذ بفكرة الضرر المحتمل دون الضرر المؤكد وهو الضرر الصحي، وحتى يطبق شروط النظرية التقليدية اعتبر أن مجرد القلق من الآثار الصحية للهوائي هو ضرر معنوي حال مؤكّد غير مألوف^(٥١).

وقد استند القاضي إلى مبدأ الحيطة ليوّسع من شروط نظرية المضار غير المألوفة، فالحيطة على صحة السكان القاطنين بجوار هوائيات شبكة الهاتف المحمول تقتضي إزالة هذه الهوائيات خوفاً من احتمال حدوث ضرر لهم في المستقبل على الرغم من أن هذا الضرر الصحي لم يحدث بعد^(٥٢).

- خلاف فقهي:

انتقد بعض الفقه هذا الحكم لأنه وسع من مفهوم الضرر، حيث أخذ بفكرة الضرر الاحتمالي، وهو ضرر لا يمكن التعويض عنه، إلا أن الحكم حتى يبرر هذا

(٥١) Denis SEGUIN, Quand le juge applique le principe de précaution, Art disponible sur: www.village-justice.com, La date de mise en ligne est: 13 mars 2009.

- Jean victor BOREL, Antennes relais de téléphonie mobile: un risque troublant, JCPE, n°14, 2 Avril 2009, II, 1336.

(٥٢) Eugénie AMRI, La responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution, Op.cit, p 28.

التعويض قرر أن مجرد الخوف من حدوث الضرر هو في ذاته ضرر معنوي يمكن التعويض عنه وهو مالا يمكن قبوله^(٥٣).

ورأى البعض الآخر أن الحكم استند إلى نظرية المضار غير المألوفة للجوار، إلا أنه قد خالف شروطها حيث أخذ بالضرر المحتمل وهو لا يعد ضرراً غير مألوف، وكل ما فعله الحكم أنه برر انحرافه عن شروط النظرية بتطبيق مبدأ الحيطة^(٥٤).

ورأى بعض الفقه أن هذا الحكم لا يمكن التعويل عليه أو اعتباره مقررًا لمبدأ قضائي وإلا سيطرت على ذلك إزالة جميع هوائيات شبكة الهاتف المحمول ورغم احترامها لقواعد تركيبها المقررة قانوناً. ويدلل هذا الجانب على ذلك بصور أحكام أخرى كثيرة بعد هذا الحكم مقررّة رفض التعويض عن الضرر الاحتمالي من تركيب الهوائيات؛ لأنه لا وجود لأضرار مؤكدة من الموجات الصادرة عنها^(٥٥).

وانتقد البعض استناد الحكم لقواعد تركيب الهوائيات في الدول الأوروبية بالقول أن مقدار انبعاث الموجات من الهوائيات في فرنسا أعلى منه في الدول الأوروبية الأخرى؛ لأن ذلك يؤدي لإدانة شركة الاتصالات في حالة احترامها للقواعد الواردة في القانون الفرنسي وعدم احترامها للقواعد الواردة في البلدان الأوروبية الأخرى، وهو مالا يمكن قبوله، فهذه الشركات عندما تنشئ مشروعاتها تعتمد على قواعد القانون الفرنسي ولا تعتمد على قوانين الدول الأخرى، فالقاضي بهذا الحكم قد أفقد القانون دوره الأساسي في تحقيق الاستقرار^(٥٦).

(٥٣) Philippe STOFFEL-MUNCK et Cyril BLOCH, Responsabilité civile, JCPG, doct, n°38, 14 Sept 2009, P. 248.

- Denis ZMIROU-NAVIER, L'antenne de pandore, Gaz.Pal, droit de la santé, 2009(499).

- C.QUEZEL- AMBRUNAZ, Antennes-relais, distinguer risque, trouble et pré-judice sur fond de principe de précaution, Rev Lamy droit civil, avril 2009, p.17.

- Frédéric ROSE-DULCINA, L'implantation des antennes-relais de téléphonie mobile: la timidité du juge administratif face à l'audace du juge judiciaire, Rev Construction - Urbanisme, n°12, Décembre 2009.

Y. Jegouzo, le principe de précaution est opposable aux autorisations d'urbanisme, AJDA, 2010, p.1453. (٥٤)

Eugénie AMRI, La responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution, Op.cit, p 29. (٥٥)

- Philippe STOFFEL-MUNCK, Téléphonie mobile et principe de précaution, Rev communication commerce électronique, n°11, Novembre 2009, comm 100.

M.LEPRAT et L.VERDIER, Condamnation de Bouygues télécom sur le fondement du trouble anormal de voisinage, Rev environnement, n°4, avril 2009, p.51. (٥٦)

وانتقد البعض استناد الحكم لفكرة القلق المشروع كضرر حال يمكن التعويض عنه؛ لأن معنى ذلك أن مجرد قلق الناس من المضار الاحتمالية لأي صناعة من شأنها أن تؤدي للحكم بإيقاف هذه الصناعة^(٥٧).

هناك جانب آخر من الفقه أيد الحكم بحجة أن حق الإنسان في سلامة جسده هو من الحقوق الأساسية التي يجب أن يحميها القاضي من مجرد التهديد بحدوث الضرر، ولا ينتظر إلى أن يحدث الضرر فعلاً، فأى تهديد لصحة الإنسان يعتبر في ذاته ضرراً فعلياً يجب أن يمنعه القاضي قبل تحققه، وهو ما فعله القاضي في هذا الحكم أخذاً بمبدأ الحيطة، فحكم بإزالة الهوائيات طالما أن هناك احتمالاً لحدوث الضرر^(٥٨).

واستند هذا الجانب إلى أحكام صادرة من محكمة النقض أعطت للقاضي الحق في استخدام مبدأ الحيطة للحيلولة دون الضرر الاحتمالي المتمثل في التلوث البيئي الناشئ عن مشروعات تحت الإنشاء^(٥٩).

ورأى هذا الجانب أنه طالما أن الدراسات العلمية لم تقرر على وجه اليقين أن هوائيات شبكة الهاتف المحمول عديمة الضرر، فإنه يكون هناك ضرر احتمالي على صحة السكان المقيمين بجوار هذه الهوائيات وهو الضرر الصحي، هذا الضرر لا يمكن التعويض عنه وفقاً للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية التي تتطلب أن يكون الضرر محققاً. ولكن من ناحية أخرى هناك (مخاطر) تتمثل في إمكانية حدوث ضرر

(٥٧) Benoit STEINMETZ, Les antennes relais de téléphone mobile: espèce menacée, Art disponible sur: www.jac.cerdacc.uha.fr.

(٥٨) Frédéric BIBAL, Le préjudice de risque, Art disponible sur: www.cabinet-arpej-eu, La date de mise en ligne est: 1 mars 2009.

- Stéphane FLICHY, Antennes relais: le trouble de voisinage au secours du principe de precaution, Art disponible sur: www.larevue.ssd.com, La date de mise en ligne est: 27 mai 2009.

- Jean victor BOREL, La responsabilité pour troubles anormaux du voisinage: de la réparation à la prévention, RDI (2007) 313.

(٥٩) Bénédicte RAJOT, Le principe de précaution peut-il être appliqué par le juge judiciaire, et qu'en est-il alors de la responsabilité prévention?: illustration pour le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile et des risques autres que technologiques, Rev responsabilité civile et assurances, n°7 juillet 2010, alerte 15.

- Cass.Civ, Ch civ 2, 10 juin 2004, Bull.civ 03-10.434.

- Cass.Civ, Ch civ 3, 3 Mars 2010, Bull.civ 08-19.108.

في المستقبل، هذه المخاطر في حد ذاتها ضرر حال يجوز التعويض عنه بإزالة سبب هذه المخاطر، أي بإزالة الهوائيات نفسها^(٦٠).

– أحكام قضائية لاحقة في نفس الاتجاه:

وعلى الرغم من هذا الخلاف الفقهي سارت كثير من المحاكم بعد ذلك على نفس خطى هذا الحكم الصادر من محكمة (فرساي)، حيث صدرت أحكام قضائية تقرر إزالة الهوائيات وتعويض السكان لمجرد خوفهم من حدوث ضرر صحي في المستقبل على أساس مزارع الجوار غير المألوفة؛ حيث استندت هذه الأحكام إلى وجود شكوك علمية حول الآثار الصحية للموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من الهوائيات، وأن شركات الاتصالات لا تقدم معلومات واضحة حول مدى أمان هذه الهوائيات على صحة السكان، مما يترتب عليه القول بوجود مخاطر على صحة السكان تؤدي لوجود ضرر وشيك الوقوع، فيكون من الأحوط الحكم بإزالة هذه الهوائيات لتسببها في ضرر غير مألوف للسكان المحيطين وتعويضهم نقدياً عن القلق والخوف المشروع الذي أصابهم^(٦١).

وقد قررت هذه الأحكام أيضاً بأنه يجب على القاضي أن يحترم مبدأ الحيطة الذي يعتبر مبدأ عاماً في كل فروع القانون. وحيث إن المعطيات العلمية لا تسمح بتحديد الآثار الصحية للموجات الكهرومغناطيسية على وجه الدقة، فإن هناك خطراً لا يمكن تجاهله نتيجة تعرض السكان لهذه الموجات، فتطبيق مبدأ الحيطة يقتضي الحكم بإزالة هذه الهوائيات نظراً لتسببها في ضرر غير مألوف^(٦٢).

مما لا شك فيه أن هذه الأحكام اعتبرت أن تهديد صحة الإنسان بخطر محتمل هو ضرر غير مألوف، وقد استخدمت هذه الأحكام مبدأ الحيطة حتى تطبق نظرية

(٦٠) Frédéric ROUVIERE, La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage, Dans " Variations sur le thème du voisinage": Ouvrage collectif, P.U.A.M, 2012, P 73 et s.

T.G.I. Nevers 22 avril 2010 n° 10/00180.

(٦١)

- TGI Carpentras, 16 février 2009, n°08/00707, Boutin c/ Sté SFR.

- TGI Angers, 5 mars 2009, n°08/00765, Girardeau c/ SA Orange France.

- TGI Créteil, 11 août 2009, n° 09/658, Puybaret c/ SA Orange France.

- CA Montpellier, 15 sept 2011, 5^ech A, RG N° 10/04612.

Denis SEGUIN, Antennes relais de téléphonie mobile: le feuilleton continue, Art (٦٢) disponible sur: www.itvicolmar.uha.fr, La date de mise en ligne est: Avril 2010.

- Jean victor BOREL, Antennes relais de téléphonie mobile: le rayonnement du principe de précaution, JCPG, n°47, 16 Novembre 2009, p 455.

مضار الجوار على هذا الضرر المحتمل لتمكن وقوعه، وهو أمر يعطي لقواعد المسؤولية المدنية دوراً جديداً لم يكن مقررّاً لها من قبل وهو منع وقوع الضرر، فالدور التقليدي لقواعد المسؤولية المدنية هو جبر الضرر بعد وقوعه، أما هذه الأحكام الأخيرة فقد كرس بها القاضي الفرنسي دوراً جديداً للمسؤولية المدنية يتعدى مجرد جبر الضرر إلى منع وقوعه^(٦٣).

ويمكن القول إن مبدأ الحيطة هو الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي ليعطي قواعد المسؤولية المدنية هذا الدور الوقائي، فطالما أن هناك ضرراً محتملاً على صحة الإنسان، فالحيطة تقتضي إزالة مصدر هذا الضرر ولو لم يتحقق فعلاً^(٦٤).

فهذا الدور الوقائي للمسؤولية المدنية يظهر جلياً كلما كان هناك ضرر محتمل يمكن أن يصيب الصحة العامة أو يصيب البيئة حتى ولو لم يتحقق هذا الضرر فعلاً^(٦٥).

ورأى البعض أن مبدأ الحيطة الذي استندت إليه الأحكام السابقة هو مبدأ هام من مبادئ القانون، إلا أن القضاء في هذه الأحكام قد أفرط في تطبيقه؛ حيث أنه فسر الحيطة بالمنع، أي أن الحيطة تقتضي منع وجود هوائيات شبكة الهاتف المحمول، في حين أن الحيطة تقتضي فقط اتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع وقوع الضرر في المستقبل دون المنع المطلق^(٦٦).

(٦٣) Mathilde BOUTONNET, Le risque, condition de "droit" de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution, D. 2009, Point de vue, p. 819-820.

- Jean victor BOREL, Antennes relais de téléphonie mobile: un désistement par précaution, JCPG, n° 23, 7 juin 2010, p 615.

(٦٤) Anouar BENABOUD, Le grenelles des ondes ou l'urgence d'une législation en matière d'antennes relais et portables, Art disponible sur: www.juristes-environnement.com, La date de mise en ligne est: 6 mai 2009.

- Michel PRIEUR, Le principe de précaution, Art disponible sur: www.legis-compare.fr

(٦٥) François Guy TREBULLE, Les techniques contentieuses au service de l'environnement Le contentieux civil, Op.cit, p 21.

لمزيد من التفاصيل عن الدور الوقائي للمسؤولية المدنية انظر:

- Cyril SINTEZ, La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes, Thèse de doctorat, Fac de droit, univ de montreal, Décembre 2009.

- Patrice JOURDAIN, Comment traiter le dommage potentiel?, Rev Responsabilité civile et Assurances, n°3, Mars 2010, dossier 11.

(٦٦) Etienne BRUN-ROVET, Le principe de précaution entre l'épistémologie et le droit, Revue Éthique et Économique, 7 (2), 2010. =

ونرى أن هذا الرأي الأخير هو رأى وسط ومعتدل، فالحيطة لا تقتضي منع كل ما نخشى منه، وإلا ترتب على ذلك منع كل المنجزات الحديثة، وسيرتب على ذلك إزالة كل هوائيات شبكة الهاتف المحمول ومنع وجود خدمة الاتصالات المحمولة التي يعتمد عليها كل الناس الآن في حياتهم ومنهم السكان المقيمون بجوار هذه الهوائيات.

إلا أن الحيطة تقتضي إلزام شركة الاتصالات بكل التدابير الممكنة لمنع الآثار الصحية السيئة لهذه الهوائيات مثل التقليل - إلى أقصى حد ممكن - من مقدار الموجات المنبعثة من هذه الهوائيات بما لا يؤثر على خدمة الاتصالات أو استخدام أحدث أنواع الهوائيات التي ينبعث منها موجات قليلة دون التأثير على خدمة الاتصالات.

من ناحية أخرى نرى أن مبدأ الحيطة قد أخذ به قانون الاتصالات المصري صراحة في نص المادة ٤٠، حيث نصت على أنه يجب ألا يكون من شأن البنية الأساسية لشبكة الاتصالات المقامة على العقار أن تضر بصحة شاغلي هذا العقار أو العقارات المجاورة، وقد أشرنا سابقاً إلى أن المشرع المصري بهذا النص قد ألقى على عاتق شركة الاتصالات التزاماً بالحيطة عند تركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول، بآلا تضر هذه الهوائيات بصحة السكان القاطنين بجوار هذه الهوائيات.

وبالتالي فإنه من الممكن القول أن هذا الالتزام يجعل شركة الاتصالات مسؤولة عن أي أضرار صحية ولو بسيطة لمن يقطنون بجوار هذه الهوائيات حتى ولو كانت الشركة قد التزمت بكل قواعد تركيب هذه الهوائيات، فحدوث أي ضرر صحي ولو بسيط لأي شخص يسكن بجوار هذه الهوائيات يعتبر ضرراً غير مألوف للجار طالما أنه قد ثبت أنه ناتج عن هذا الهوائي، أو أن أي دراسة علمية أثبتت أن الهوائيات تسبب مثل هذا النوع من الأضرار الصحية، فمبدأ الحيطة هنا يقتضى إزالة هذا الهوائي من مكانه أو التقليل من مقدار الانبعاثات الصادرة منه.

أما القول بأن مجرد القلق من وجود هذا الهوائيات هو ضرر معنوي على الرغم

= - Christine NOIVILLE, principe de précaution et santé: Le point sur quinze années de jurisprudence, Rev Lex Electronica, 13(2), 2008.

- Brigitte CHARLES NEVEU, Antennes de téléphonie mobile: les risques pour la santé, Art disponible sur: www.eurojuris.fr, La date de mise en ligne est: 29 avril 2009.

- Guy COURTIEU, Proximité d'une antenne relais de téléphonie mobile, Rev Responsabilité civile et assurances, n°3, Mars 2009, Comm.75.

- Béatrice PARANCE, Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais, JCPG, n°19, 10 Mai 2010, P 531.

من احترام قواعد تركيبها، فهنا ينقلب مبدأ الحيطة إلى عائق أمام التطورات التكنولوجية الحديثة والصناعات الحديثة، فهناك قلق على صحة الإنسان من كثير من المنجزات الحديثة، فليس معنى هذا منع استخدام كل هذه المنجزات.

فنظرية مضار الجوار غير المألوفة لا تطبق بشروطها المقررة قانوناً إلا حينما يظهر ضرر صحي ولو بسيط، أما القلق كضرر معنوي فيمكن أن نأخذ به في حالة مخالفة شركة الاتصالات للقواعد القانونية لتركيب الهوائيات، في هذه الحالة يحق للسكان طلب التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم من هذا الخطأ الذي ارتكبه شركة الاتصالات على أساس المسؤولية عن الأفعال الشخصية، حيث إنه من المنطقي هنا إقامة علاقة سببية بين هذا الخطأ والضرر المعنوي، أما في حالة عدم وجود الخطأ فليس من المنطقي اعتبار القلق ضرراً معنوياً.

المطلب الرابع التعويض عن الضرر غير المألوف

تطبق في هذه الحالة القواعد العامة في التعويض، فللمحكمة أن تحكم بتعويض نقدي فقط أو تعويض عيني فقط أو بكليهما، وذلك وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف كل حالة على حدة.

فيجوز للقاضي أن يحكم بتعويض الجار تعويضاً نقدياً كاملاً عن الضرر غير المألوف الذي لحقه من جاره وذلك بتعويضه عن الخسارة التي لحقته وعن الكسب الذي فاتته.

ويجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني إذا كان ممكناً، وذلك باتخاذ التدابير التي من شأنها أن تمنع حدوث الضرر في المستقبل.

وبالتالي يجوز للقاضي أن يحكم بإزالة هوائي شبكة الهاتف المحمول الذي أحدث أضراراً غير مألوفة للجار، حتى يمنع حدوث هذا الضرر في المستقبل، بجانب الحكم بتعويض الجار تعويضاً نقدياً عن الأضرار التي أصابته في السابق.

والجدير بالذكر هنا أن نص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ صريح في أن طلب إزالة الضرر حق للجار، وأنه لا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق، فيجوز للجار أن يطالب بالتعويض العيني وإزالة الضرر غير المألوف على الرغم من وجود ترخيص إداري، لأن الترخيص الإداري لا شأن له بحقوق الغير وإنما هدفه التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانوناً. كما أن حكم القاضي بالإزالة لا شأن له بالقرار الإداري الصادر بالترخيص، وإنما هو يقضي

بتعويض الجار عن الضرر الذي أصابه، فالقاضي يباشر اختصاصه في هذا الصدد في مجال منفصل تماماً عن مجال القرار الإداري^(٦٧).

وبناءً على ذلك، فإنه يحق للمضرور ضرراً صحياً من الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هوائي شبكة الهاتف المحمول أن يطالب بإزالة هذا الهوائي، على الرغم من أنه تم تركيبه وفقاً للقواعد المقررة، وتم الحصول على جميع التراخيص الإدارية اللازمة للتركيب.

المبحث الثاني التعسف في استعمال الحق

عنى القانون المدني المصري بنظرية التعسف في استعمال الحق عناية خاصة وأعطاه مكاناً بارزاً بين نصوصه، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدي، حتى يكون لها من العمومية ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع^(٦٨).

فقد نصت المادة ٥ من القانون المدني على ما يأتي:

"يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

وتعتبر المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق نوعاً من أنواع المسؤولية المدنية بدون خطأ، حيث يقرر القانون مسؤولية المتعسف في استعمال حقه حتى لو لم يرتكب خطأ^(٦٩).

الصياغة العامة لهذا النص تؤدي إلى إثارة التساؤل حول مدى إمكانية استخدام

(٦٧) نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٦٨) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مشار إليها في: السنهاوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٥٣ في الهامش.

(٦٩) François Guy TREBULLE, Les techniques contentieuses au service de l'environnement: Le contentieux civil, Op.cit, p 2.

نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لتعويض المضرور من هوائيات شبكة الهاتف المحمول إذا تم تركيب هذه الهوائيات وفقاً للقواعد المقررة قانوناً.

حتى نتناول هذا الأمر سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: صور التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني: تطبيق صور التعسف على تركيب الهوائيات.

المطلب الثالث: أثر التعسف في استعمال الحق.

المطلب الأول

صور التعسف في استعمال الحق

وفقاً لنص المادة الخامسة من القانون المدني فإن الشخص يكون قد تعسف في استعمال حقه إذا توافرت حالة واحدة فقط من الحالات الآتية:

أولاً - قصد الإضرار بالغير:

إذا كان قصد إحداث الضرر بالغير هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه، اعتبر هذا تعسفاً، ولو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق. ويكون تعسفاً، من باب أولى، قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضي^(٧٠).

ثانياً - رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً:

المعيار هنا موضوعي وهو معيار السلوك المألوف للشخص العادي، فليس من المألوف للشخص العادي أن يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر، فيكون استعمال الشخص لحقه تعسفاً إذا كانت المصالح التي يرمي لتحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها^(٧١).

ثالثاً - عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يسعى إلى تحقيق مصالح غير

(٧٠) السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٥٧، فقرة ٥٦٠.

(٧١) أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٣٤٠، فقرة ٣٩٠.

مشروعة تحت ستار أنه يستعمل حقاً له، فذلك يعد تعسفاً في استعمال هذا الحق؛ لأنه يهدف من ورائه إلى تحقيق غرض غير مشروع^(٧٢).

المطلب الثاني

تطبيق صور التعسف على تركيب الهوائيات

مما لا شك فيه أن شركة الاتصالات عندما تقوم بتركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول، فإنها تستخدم حقاً مقرر لها قانوناً وذلك وفقاً لنص المواد ٣٥ و ٤٠ من قانون الاتصالات المصري.

من ناحية أخرى فإن الشركة إذا قامت بتركيب هذه الهوائيات وفقاً للقواعد القانونية والفنية المقررة، فإنها تكون قد استخدمت حقها في الإطار القانوني المحدد له دون أن ترتكب أي خطأ.

من ناحية ثالثة، فإن الشركة عندما تقوم بتركيب هذه الهوائيات فإنها تهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة وهي إمداد عملائها بخدمة الاتصالات للهاتف المحمول، وذلك في نطاق المنطقة التي تم تركيب الهوائيات بها، وبالتالي لا يمكن القول أن هذه المصلحة غير مشروعة ولا يمكن القول أن الشركة تهدف إلى الإضرار بالسكان القاطنين بجوار هذه الهوائيات، مما يترتب عليه استبعاد الحالة الأولى والثالثة من حالات التعسف.

تبقى الحالة الثانية من حالات التعسف الخاصة برجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، إذا طبقنا هذه الحالة على الواقعة محل النقاش، فلا يمكن القول بتوافر هذه الحالة لمجرد الخوف من حدوث ضرر صحي في المستقبل للسكان القاطنين بجوار هذه الهوائيات، فالمصلحة المشروعة في إمداد العملاء بخدمة الاتصالات ترجح - في رأينا - على مجرد الضرر المحتمل غير المؤكد بحدوث أمراض مستقبلية؛ وذلك لأن نص المادة الخامسة صريح في إصابة الغير بضرر، وليس مجرد الضرر المحتمل، أي أن هذه الحالة من حالات التعسف تطبق على الضرر المؤكد الذي حدث بالفعل.

لكن يختلف الحال إذا حدث الضرر بالفعل، كأن يصاب أحد السكان القاطنين بعقار يوجد عليه هوائي أو عقار مجاور له بأورام سرطانية يثبت حدوثها بسبب الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هذا الهوائي.

(٧٢) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٧٣، فقرة ١٤٦.

فى هذه الحالة هناك ضرر صحي مؤكد قد حدث بالفعل، وهناك مصلحة مشروعة لشركة الاتصالات فى مد خدمة الاتصالات المحمولة للسكان القاطنين بهذه المنطقة، فأيهما يرجح المصلحة المشروعة أم الضرر المؤكد؟

فى رأينا أن هذا الضرر الصحي المؤكد يرجح على أي مصلحة مهما كانت مشروعتها، فالمساس بصحة الإنسان يعتبر ضرراً عظيماً لا يبرره أي مبرر أو أي مصلحة مشروعة، خاصة إذا كان هذا المرض من الممكن أن يؤدي إلى وفاة هذا الشخص، فمرض السرطان فى كثير من الأحيان يؤدي إلى حدوث الوفاة، وبالتالي فهناك تهديد لحق هذا المضرور فى الحياة وهل هناك ضرر أكبر من ذلك.

فى رأينا أن التعسف فى استعمال الحق متوافر فى مثل هذه الحالة بشرط أن يثبت المضرور علاقة السببية بين تركيب الهوائيات وحدث الضرر، كأن يثبت حدوث الورم السرطاني بعد تركيب الهوائيات، أو أن يثبت عدة أشخاص قاطنين بجوار هذه الهوائيات إصابتهم بأورام سرطانية فى أوقات متقاربة بعد تركيب هذه الهوائيات.

المطلب الثالث

أثر التعسف فى استعمال الحق

يتمثل الجزاء على التعسف فى استعمال الحق فى التعويض عن الأضرار المترتبة عليه سواء اتخذ هذا التعويض صورة نقدية أو عينية^(٧٣).

بناءً على ذلك، فإن القاضي إذا قدر اعتبار تركيب الهوائيات تعسفاً فى استعمال الحق يجوز له أن يحكم بإزالة الهوائي باعتبار أن ذلك يمثل تعويضاً عينياً بجانب الحكم بالتعويض النقدي للمضرور عن الضرر الصحي الذي أصابه.

ومقياس التعويض هو الضرر المباشر، فالتعويض سواء أكان تعويضاً نقدياً أم عينياً يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه سواء أكان هذا الضرر مادياً أم أدبياً، وسواء أكان متوقعاً أم غير متوقع، وسواء أكان حالاً أم مستقبلاً مادام محققاً. ويشمل الضرر المباشر على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته^(٧٤).

(٧٣) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٣٥٥، ٣٥٦.

(٧٤) سمير تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

المبحث الثالث مسؤولية حارس الأشياء

أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيماً، ولكن هذه التطورات من الممكن أن تفلت من يد الإنسان ولا يستطيع السيطرة عليها فيعرض أرواح الغير للخطر، وبالتالي من العدل أن يخضع الإنسان في المسؤولية عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التي يخضع لها في مسؤوليته عن فعله الشخصي، وإذا بقينا نشترط إثبات الخطأ في جانب صاحب الشيء، فإنه يتعذر على المضرور في أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ، لذلك قامت المسؤولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته^(٧٥).

لذلك نصت المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري على (كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).

حيث إن مسؤولية حارس الأشياء قائمة على الخطأ المفترض في جانب الحارس، فإن ذلك يدفعنا لبحث مدى إمكانية تقرير مسؤولية شركة الاتصالات عن الأضرار التي تسببها هوائيات شبكة الهاتف المحمول باعتبار أن الشركة حارس لهذه الهوائيات.

حتى نبحث هذا الأمر فسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: شروط تحقق مسؤولية حارس الأشياء.

المطلب الثاني: مسؤولية شركة الاتصالات كحارس للهوائيات.

المطلب الأول شروط تحقق مسؤولية حارس الأشياء

وفقاً لنص المادة ١٧٨ من القانون المدني، فإن مسؤولية حارس الأشياء تتحقق بتولي شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشيء.

وبالتالي فإنه يلزم توافر الشروط الآتية:

(٧٥) السنهاوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٢٣، فقرة ٧٢٣.

الشرط الأول: أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية، والحراسة هي السيطرة الفعلية على الشيء في استعماله وتوجيهه ورقابته، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند^(٧٦).

والمفترض أن الحارس يقوم ببذل العناية الخاصة في حراسته لهذا الشيء الخطر حتى يمنع إصابة الغير بضرر بفعل هذا الشيء.

أما الشيء فهو كل شيء مادي غير حي - فيما عدا البناء - تقتضي حراسته عناية خاصة، وقد افترض نص المادة ١٧٨ أن الآلات الميكانيكية تقتضي عناية خاصة في حراستها.

أما غير الآلات الميكانيكية فيجب أن يحتاج الشيء لعناية خاصة في حراسته حتى تتحقق مسؤولية الحارس عن الضرر الذي يسببه، وتقتضي حراسة الشيء عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملاساته، وهو يصبح خطراً بملاساته إذا كان في وضع أو في حالة تسمح بأن يحدث الضرر، أي إذا تدخل تدخل إيجابياً في إحداث الضرر^(٧٧).

الشرط الثاني: يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء، وذلك بتدخل الشيء تدخل إيجابياً في إحداث الضرر، ولا يستلزم ذلك الاتصال المادي المباشر، فقد لا يتصل الشيء اتصالاً مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر، ومع ذلك يتدخل تدخل إيجابياً في إحداث الضرر^(٧٨).

إذا توافرت هذه الشروط، بأن أحدث الشيء ضرراً بالغير، فإنه يُفترض أن الحارس قد قصر في حراسته لهذا الشيء الخطر مما يستوجب مسؤوليته عن هذا الضرر.

المطلب الثاني

مسؤولية شركة الاتصالات كحارس للهوائيات

إذا أقامت شركة الاتصالات هوائيات لشبكة الهاتف المحمول، ثم أصيب أحد السكان القاطنين في العقار الموجودة عليه الهوائيات أو العقارات المجاورة بأورام

(٧٦) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٧٤٨.

- لمزيد من التفاصيل، انظر: سهير منتصر، تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية عن الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٧٧.

(٧٧) السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٢٣٨، فقرة ٧٣١.

(٧٨) أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٤١٩، فقرة ٥١٢-٥١٣.

سرطانية نتيجة الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هذه الهوائيات، هل يمكن للمضرور أن يقيم دعواه على أساس مسؤولية حارس الأشياء؟

حتى نجيب على هذا السؤال فإننا يجب أن نبحث في مدى توافر شروط المسؤولية، أما الشرط الأول هو حراسة شيء خطر بطبيعته أو خطر بملاساته، ونعتقد أن هذا الشرط متوافر في هوائيات شبكة الهاتف المحمول، فهذه الهوائيات ليست آلات ميكانيكية ولكنها تصدر موجات كهرومغناطيسية قد يكون لها أثر صحي ضار للأفراد الموجودين في مجال هذه الموجات، وذلك وفقاً لكثير من الدراسات العلمية الحديثة.

والدليل على ذلك أن قانون الاتصالات اهتم بوضع قواعد لتركيب هذه الهوائيات، وألقى على عاتق شركة الاتصالات التزاماً بحماية الصحة العامة عند تركييب هذه الهوائيات، كل ذلك يدل على أن هذه الهوائيات ذات طبيعة خطيرة.

من ناحية أخرى تعتبر شركة الاتصالات هي الحارس لهذه الهوائيات باعتبار أنها واقعياً وقانونياً يكون لها السيطرة الفعلية عليها دون أي شخص آخر، حتى مالك العقار الموجود عليه هذه الهوائيات لا يكون له أية سيطرة على هذه الهوائيات، فهو يمنح للشركة حق انتفاع على سطح المبنى ولا يكون له الانتفاع به أو دخوله.

وفيما يتعلق بالشرط الثاني، فيمكن القول أن إصابة أحد السكان القاطنين في العقار الموجود عليه هذه الهوائيات أو في العقارات المجاورة بأورام سرطانية نتيجة الموجات الصادرة من هذه الهوائيات، فإنه يمكن القول أن هذا الضرر ناتج بفعل الهوائيات؛ لأن هذه الهوائيات قد تدخلت تدخلاً إيجابياً في إحداث هذا الضرر عن طريق الموجات الكهرومغناطيسية التي تصدرها على الرغم من عدم وجود اتصال مادي مباشر بين هذه الهوائيات وجسم المضرور، وإن كان هناك اتصال مادي بين جسم المضرور والموجات المنبعثة من هذه الهوائيات.

وبالتالي فإنه من الممكن إقامة مسؤولية شركة الاتصالات إذا أثبت المضرور أن الضرر الصحي الذي أصابه ناتج عن الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من هذه الهوائيات، ولا يجوز للشركة أن تنفي المسؤولية بحجة احترامها للقواعد الخاصة بتركييب هذه الهوائيات، فالخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس.

ولكن يحق للشركة أن تنفي المسؤولية بنفي علاقة السببية بين الهوائيات والضرر الصحي الذي أصاب المدعي، كأن تثبت أن هذا المرض لا علاقة له بهذه الهوائيات، وأن له سبباً آخر خاصاً بالمرضى نفسه، أو أن المريض أصيب به في وقت سابق على تركييب هذه الهوائيات.

إذا توافرت الشروط السابقة وأقام القاضي مسؤولية شركة الاتصالات يكون له الحكم بتعويض المضرور تعويضاً عينياً متمثلاً في إزالة الهوائي وتعويضاً نقدياً عن الضرر الذي أصابه.

الخاتمة:

تناولت الدراسة التي بين دفتي البحث موضوع المسؤولية المدنية لشركة الاتصالات عن مخاطر هوائيات شبكة الهاتف المحمول، وسوف نستعرض ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

أولاً - النتائج:

- ١ - اختلفت الدراسات العلمية حول أضرار هوائيات شبكة الهاتف المحمول، حيث ترى بعض هذه الدراسات وجود أضرار صحية خطيرة لمن يقطن بجوار هذه الهوائيات لتعرضه للأشعة الكهرومغناطيسية المنبعثة منها، في حين تشكك دراسات علمية أخرى في ذلك؛ وترى أن هذه الهوائيات لا تصيب القاطنين بجوارها بأية أضرار صحية.
- ٢ - وضع قانون الاتصالات المصري قواعد قانونية خاصة بتركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول، هذه القواعد تهدف إلى حماية البيئة وحماية الصحة العامة، وألزم القانون الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات بوضع القواعد الفنية الخاصة بتركيب هذه الهوائيات.
- ٣ - مخالفة شركة الاتصالات للقواعد الواردة في قانون الاتصالات أو التي يصدرها الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات يعتبر خطأً تقصيرياً يرتب مسؤولية شركة الاتصالات التقصيرية، وذلك إذا ترتب عليه ضرر لأحد السكان القاطنين بجوار هذا الهوائي المخالف، مما يعطي القاضي سلطة الحكم بإزالة هذا الهوائي والحكم بتعويض نقدي للمضرور.
- ٤ - انقسم القضاء الفرنسي إلى اتجاهين متضادين حول تطبيق نظرية مزار الجوار غير المألوفة على الضرر الاحتمالي لهوائيات شبكة الهاتف المحمول، حيث ذهب اتجاه إلى عدم إمكانية تطبيق النظرية لعدم وجود ضرر فعلي، بينما ذهب اتجاه آخر إلى وجود ضرر معنوي فعلي وحال يتمثل في القلق المشروع للسكان القاطنين بجوار الهوائيات من احتمال حدوث ضرر صحي لهم في المستقبل، وأن مبدأ الحيطة يقتضي إزالة الهوائي مصدر هذا الضرر، حتى ولو تم تركيبه وفقاً للقواعد المقررة قانوناً.
- ٥ - من الممكن اعتبار تركيب شركة الاتصالات للهوائي تعسفاً في استعمال الحق حتى لو لم تخالف الشركة أحكام قانون الاتصالات، وذلك في حالة حدوث ضرر صحي

لأحد السكان القاطنين بجوار هذا الهوائي؛ لعدم التناسب بين المصلحة المشروعة للشركة والضرر الذي يصيب الغير مما يعطي القاضي السلطة في إزالة هذا الهوائي وتعويض المضرور نقدياً.

٦ - قد تثور مسؤولية شركة الاتصالات على أساس مسؤولية حارس الأشياء باعتبار أن الهوائي شيء يقتضي حراسة خاصة، وأن الشركة هي الحارس له، وذلك إذا ترتب على هذا الهوائي أي ضرر صحي ولو بسيط لأي ساكن يقيم بجوار هذا الهوائي، حتى ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الشركة في تركيب هذا الهوائي، ويكون للقاضي أن يحكم بإزالة الهوائي وتعويض المضرور نقدياً.

ثانياً - التوصيات:

أ - نوصي بأن يقوم المشرع المصري بتعديل نص المادة السادسة من قانون الاتصالات، بحيث يتم النص على أن القواعد الفنية الخاصة بتركيب هوائيات شبكة الهاتف المحمول سيتم النص عليها في لائحة تنفيذية يصدرها وزير الاتصالات، وذلك بدلا من أن يكون وضع هذه القواعد من اختصاص الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات فلا تكون مجرد بروتوكول يصدره الجهاز، وذلك حتى يكون لهذه القواعد قوة قانونية أكبر، على أن يتم النص في هذه اللائحة على الآتي:

١ - مقدار الموجات الكهرومغناطيسية المنبعثة من الهوائيات بحيث يكون هذا المقدار عند أقل حد ممكن بما لا يؤثر على جودة خدمة الاتصالات.

٢ - عدم وضع هذه الهوائيات بجوار المدارس أو الجامعات أو المستشفيات في حدود واحد كيلو متر على الأقل، وذلك حفاظاً على صحة الطلاب والمرضى باعتبارهم أكثر تأثراً بهذه الموجات.

٣ - ضرورة الحصول على موافقة وزارة الصحة على تركيب أي هوائي جديد، حتى يتسنى لها بحث مدى احتمال حدوث أضرار صحية للسكان القاطنين في المنطقة المزمع تركيب الهوائي بها في ضوء الوضع الصحي لهم.

ب - نوصي بأن يقوم الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات وجهاز شئون البيئة بالرقابة الدائمة والقياس المستمر لمستوى الموجات المنبعثة من الهوائيات دون أن يقتصر الأمر على مجرد قياس هذه الانبعاثات فقط عند منح الترخيص بإنشاء الهوائي.

المراجع

أولاً - باللغة العربية:

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ٢٠٠٥، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر.
- جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول: حق الملكية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- رمضان أبو السعود:
- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ٢٠٠٢، منشورات الحلبي الحقوقية بلبنان.
- مصادر الالتزام، ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: الالتزامات: الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، بدون ناشر.
- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ٢٠٠٠، بدون ناشر.
- سهير منتصر، تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية عن الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٧٧.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية: الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ٢٠٠٦، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، مصر.
- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

- مروان كساب، المسؤولية عن مزار الجوار، ١٩٩٨، بدون ناشر.
- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.
- نبيل إبراهيم سعد، الوسيط، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، ٢٠٠٦، دار الجامعة الجديدة للنشر.

ثانياً – باللغة الإنجليزية:

- Cory JANSSEN, High-Gain Antenna (HGA), on internet at: <http://www.techopedia.com>, The date of reading: 20 december 2012.
- Michele TORNETTA, Dangers of Living Near Cell Phone Towers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>.
- Roz ZURKO, Cell Tower Dangers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>.
- S. RAO, Chih-Chien HSU, R. SUDARSANAM, Low gain antenna performance impact due to spacecraft scattering, on internet at: <http://www.researchgate.net>, the date of publishing is: august 2010.
- Shari CAUDILL, Harmful Effects of Mobile Towers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>.
- Spencer HENDRICKS, Problems With Mobile Phone Towers, Art on the internet at: <http://www.ehow.com>.
- Report: The potential dangers of electromagnetic fields and their effect on the environment, Report 1, committee on the environment, Agriculture and Local and Regional Affairs, Parliamentary Assembly, council of Europe, 06 May 2011, Doc. 12608. On the internet at: www.assembly.coe.int.

ثالثاً – باللغة الفرنسية:

- Anouar BENABOUD, Le grenelles des ondes ou ldlégislation en matière drelais et portables, Art disponible sur: <http://www.juristes-environnement.com>, La date de mise en ligne est: 6 mai 2009.

- Béatrice PARANCE, Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière drelais, JCPG, n°19, 10 Mai 2010, P 531.
- Bénédicte RAJOT, Le principe de précaution peut-il être appliqué par le juge judiciaire, et quest-il alors de la responsabilité prévention?: illustration pour le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile et des risques autres que technologiques, Rev responsabilité civile et assurances, n°7, juillet 2010, alerte 15.
- Benoit STEINMETZ, Les antennes relais de téléphonie mobile: espèce menacée, Art disponible sur: www.jac.cerdacc.uha.fr.
- Brigitte CHARLES NEVEU, Antennes de téléphonie mobile: les risques pour la santé, Art disponible sur: <http://www.eurojuris.fr>, La date de mise en ligne est: 29 avril 2009.
- C.QUEZEL- AMBRUNAZ, Antennes-relais, distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution, Rev Lamy droit civil, avril 2009, p.17.
- Christine NOIVILLE, principe de précaution et santé: Le point sur quinze années de jurisprudence, Rev Lex Electronica, 13(2), 2008.
- Christophe RAD, dification d'un pylône de radiotéléphonie, Rev Responsabilité civile et assurances, Janvier 2005, n°1, Comm 3.
- Cristina CORGAS-BERNARD, Le préjudice dconsécutif à un dommage corporel: quel avenir?, Rev Responsabilité civile et assurances, n°4, Avril 2010, étude 4.
- Cyril SINTEZ, La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes, Thèse de doctorat, Fac de droit, univ de montreal, Décembre 2009.
- Denis SEGUIN:

- Antennes relais de téléphonie mobile: le feilletton continue, Art disponible sur: <http://www.iutcolmar.uha.fr>, La date de mise en ligne est: Avril 2010.
- Quand le juge applique le principe de précaution, Art disponible sur: www.village-justice.com, La date de mise en ligne est: 13 mars 2009.
- Denis ZMIROU-NAVIER, L'antenne de pandore, Gaz.Pal, droit de la santé, 2009(499).
- Etienne BRUN-ROVET, Le principe de précaution entre l'épistémologie et le droit, Revue Éthique et Économique, 7 (2), 2010.
- Eugénie AMRI, La responsabilité du fait des antennes relais de téléphonie mobile et le principe de précaution, Magistère de Juriste d'affaires-DJCE, Master II droit des affaires, Univ Pantheon-Assas Paris II, 2011.
- François Guy TREBULLE, Les techniques contentieuses au service de l'environnement: Le contentieux civil, Etude disponible sur: www.courdecassation.fr, mise en ligne en: 2005.
- Frédéric BIBAL, Le préjudice de risque, Art disponible sur: www.cabinet-arpej.eu, La date de mise en ligne est: 1 mars 2009.
- Frédéric ROSE-DULCINA, L'implantation antennes-relais de téléphonie mobile: la timidité du juge administratif face à l'audace du juge judiciaire, Rev Construction - Urbanisme, n°12, Décembre 2009.
- Frédéric ROUVIERE, La pseudo-autonomie des troubles anormaux de voisinage, Dans " Variations sur le thème du voisinage": Ouvrage collectif, P.U.A.M, 2012, P 73 et s.
- Guy COURTIEU, Proximité d'une antenne relais de téléphonie mobile, Rev Responsabilité civile et assurances, n°3, Mars 2009, Comm.75.
- Jean victor BOREL:

- Antennes relais de téléphonie mobile: le rayonnement du principe de précaution, JCPG, n°47, 16 Novembre 2009, p 455.
- Antennes relais de téléphonie mobile: un désistement par précaution, JCPG, n°23, 7 juin 2010, p 615.
- Antennes relais de téléphonie mobile: un risque troublant, JCPE, n°14, 2 Avril 2009, II, 1336.
- La responsabilité pour troubles anormaux du voisinage : de la réparation à la prévention, RDI (2007) 313.
- Le fait d'exposer son voisin, contre son gré, à un risque certain pour sa santé constitue en soi un trouble anormal de voisinage, JCPG, n°51, 17 Décembre 2008, II, 10208.
- Jean-Philippe FELDMAN, "Le trouble voisinage du principe de précaution, Recueil Dalloz, n°20, 21 mai 2009, chroniques, pp. 1369-1372.
- Johann LE BOURG, Nouveau refus de condamner l'opérateur téléphonique à déplacer une antenne relais, JCPG, n°15, 12 Avril 2010, p 407.
- M.LEPRAT et L.VERDIER, Condamnation de Bouygues télécom sur le fondement du trouble anormal de voisinage, Rev environnement, n°4, avril 2009, p.51.
- Mathilde BOUTONNET:
 - La théorie anormaux de voisinage et le principe de précaution: une conciliation difficile, D. 2008, p. 2916.
 - Le risque, condition de «droit» de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution, D. 2009, Point de vue, p. 819-820.
- Michel PRIEUR, Le principe de précaution, Art disponible sur: www.legiscompare.fr
- Patrice JOURDAIN, Comment traiter le dommage poten-

- tiel?, Rev Responsabilité civile et Assurances, n°3, Mars 2010, dossier 11.
- Philippe STOFFEL-MUNCK et Cyril BLOCH, Responsabilité civile, JCPG, doct, n°39, 14 Sept 2009, P. 248.
 - Philippe STOFFEL-MUNCK, Téléphonie mobile et principe de précaution, Rev communication commerce électronique, n°11, Novembre 2009, comm 100.
 - Stéphane FLICHY, Antennes relais: le trouble de voisinage au secours du principe de précaution, Art disponible sur: www.larevue.ssd.com, La date de mise en ligne est: 27 mai 2009.
 - Sylvain MANYACH, L'antenne et le principe de précaution, Art disponible sur: www.blogs.mediapart.fr, la date de mise en ligne est: 11 octobre 2008.
 - Y. Jegouzo, le principe de précaution est opposable aux autorisations d'urbanisme, AJDA 2010, p.1453.

رابعاً - أحكام القضاء الفرنسي:

- Cass.Civ, Ch civ 2, 10 juin 2004, Bull.civ 03-10.434.
- Cass.Civ, Ch civ 3, 3 Mars 2010, Bull.civ 08-19.108.
- CA Montpellier, 15 sept 2011, 5^{ch} A, RG N° 10/04612.
- CA Versailles, 4 février 2009, 14^{ème} ch, n°08/08775.
- CA Aix en provence, 15 sept 2008, SA Bouygues Télécom c /M et Mme Gautier.
- CA Bordeaux, 20 sept 2005, n°04/01348.
- CA Aix en Provence, 2 octobre 2009, ch. 4A, RG n°07/21120.
- CA Chambéry, 4 février 2010, 2^{ème} ch. Civ, RG n°09/00731.
- CA Bastia, 21 juillet 2010, RG n°09/00709.
- CA Paris, 6 avril 2010, pôle1 ch 3, RG n°09/22226.
- CA Bourges, ch. civ, 6 janv 2011, n °10/00626.
- CA Lyon, 6^{ème} ch, 3 févr. 2011, n°09/06433.

- CA Orléans, 19 mai 2003, ch. civ, Baloge c/ SA Bouygues Telecom.
- CA Aix en Provence, 8 juin 2004, Société SFR c/ Commune de la Roquette sur Siagne, D.2004. 2678.
- CA Paris, 7 mai 2002, n°01-4367, Bourely c/ Synd. copr. 80 av. V. Hugo à Paris.
- CA paris, 19ème ch. A, 7 janvier 2004, n°2003-02301.
- CA Aix en Provence, 6 fév 2007, ch. 4B, RG n°05/09002.
- TGI Nanterre, 8ème ch, 18 sept 2008, n°07/02173.
- T.G.I. Nevers 22 avril 2010 n°10/00180.
- TGI Carpentras, 16 février 2009, n°08/00707, Boutin c/ Sté SFR.
- TGI Angers, 5 mars 2009, n°08/00765, Girardeau c/ SA Orange France.
- TGI Créteil, 11 août 2009, n°09/658, Puybaret c/ SA Orange France.
- TGI Toulon, 20 mars 2006, RG N°: 04/01012, M et Mme Gautier c/Société Bouygues Télécom.
- TGI Lyon, 15 sept 2009, n°09/7835, ch.urg, Besson c/ SA Bouygues Telecom.
- TGI Bourgoin Jallieu, 30 juin 2009, n°07/204, Amatucci c / SA Bouygues Telecom.
- TGI Avignon, 16 juin 2009, n°07/02026, ch.1 sec. 3, Boua-louan c/ SA Bouygues Telecom.
- TGI Pau, 10 juin 2009, RG n°09/00169.
- TGI Aix en Provence, 9 juin 2009, RG n°09/00628.
- TGI Grenoble, 19 fév 2009, n°07/00312, JurisData N°010729.
- TGI Bourgoin-Jallieu, 30 juin 2009, RG n°07/00204.
- TGI Grasse 17 juin 2003, Commune de la Roquette-sur-Siagne c/ Société SFR, Juris Data n°2003-221749.

قائمة المختصرات

Al	Alinéa.
Art	Article.
Bull	Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
Bull.Civ	Bulletin de la cour de cassation (chambre civile).
C	Contre.
CA	Cour d'appel.
Cass.Civ	Cour de cassation (chambre civile).
Ch	Chambre.
comm	Commentaire.
D	Dalloz (Recueil).
Doc	Document.
doctr	Doctrine.
DJCE	Diplôme de Juriste Conseil d'Entreprise
éd	Edition.
Fac	Faculté.
fév	février
Gaz.pal	Gazette du Palais.
JCPG	Juris-Classeur périodique - Édition générale
JCPE	Juris-Classeur périodique - Édition Entreprises et affaires.
Ibid	Au même endroit.
Jan	Janvier.
JORF	Journal officiel des lois et décrets.
Nov	Novembre.
N°	Numéro.
Oct	Octobre.
Op.cit	Ouvrage précité.
P	Page.
Prec	Precedent.
P.U.A.M	Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
RDI	Revue de droit immobilier.
Rev	Revue
RG	Numéro d'inscription au répertoire général.
S	Suivant.
Sec	Section.
sept	Septembre
T	Tome.
TGI	Tribunal de grande instance.
Univ	Université.
Vol	Volume.
ص	صفحة

الحماية الجنائية للحق في المنافسة دراسة مقارنة (القسم الثاني)

الدكتور/ تامر محمد محمد صالح

قسم القانون الجنائي

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

جمهورية مصر العربية

ملخص:

تناولت هذه الدراسة مظاهر الإخلال بالمنافسة التي يمثل القضاء عليها أحد آليات حمايتها؛ حيث كشفت الدراسة عن هذه الصور التي تتمثل في الاتفاقات غير المشروعة، وإساءة استغلال المركز المسيطر الذي يتمتع به المشروع، وكذلك كل فعل من شأنه الإخلال بالرقابة، والإفصاح داخل سوق المنافسة.

وتمت معالجة هذه الجرائم من خلال بيان الشرط المسبق لها من خلال بيان الأشخاص أطراف الاتفاق، وكذلك النسبة التي يتطلبها المشرع، أو التي يكشف عنها الواقع من أجل أن يكون المشروع في وضع مسيطر، إضافة إلى بيان طبيعة المعلومة أو البيان التي يمثل إفشاؤها أو استغلالها جريمة، والشخص المُلزم بالحفاظ عليها، وما يجب إخطار جهاز حماية المنافسة به، والحد الذي يلزم حال الوصول إليه القيام بالإخطار، كما تطرقت الدراسة إلى بيان السلوك الإجرامي في هذه الجرائم؛ لأنها في أغلبها جرائم سلوك (جرائم خطر)، إضافة إلى بيان الجزاء الملائم لهذه الجرائم سواء أكان عقوبة (سالبة للحرية - مالية) أم تدبيراً احترازياً، والأسباب التي من شأنها تشديد أو تخفيف هذا الجزاء.

الفصل الثالث

جريمة عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة على سوق المنافسة

تقسيم:

لما كان تجريم الاتفاق غير المشروع، وإساءة استغلال الوضع المهيمن؛ لا يكفي لحماية سوق المنافسة؛ لذا كان ضرورياً تجريم كل فعل يمثل انتهاكاً للشفافية والثقة داخل هذه السوق مثل عدم الإفصاح بالمعلومات والبيانات، والإخلال بالرقابة عليها.

وسيتّم التعرّض لهذه الجريمة من خلال بيان الشرط المسبق لها، والسلوك الإجرامي فيها. وفيما يلي بيان ذلك:

المبحث الأول: الشرط المسبق في جريمة عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة.
المبحث الثاني: السلوك الإجرامي في جرائم عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة.

المبحث الأول الشرط المسبق في جريمة عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة على سوق المنافسة

تقسيم:

تتطلب بعض الأفعال المخلة بالشفافية والإفصاح أن يكون مرتكب الفعل متمتعاً بصفة معينة وهي أن يكون من العاملين بجهاز حماية المنافسة، إضافة إلى بلوغ رقم أعمال المشروع قدراً محدداً. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول أن يكون الفاعل من العاملين بجهاز حماية المنافسة

تنص المادة ١٦ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري على أنه: "يحظر على العاملين بالجهاز إفشاء المعلومات أو البيانات المتعلقة بالحالات الخاصة بتطبيق أحكام هذا القانون أو الكشف عن مصادرها، والتي يتم تقديمها أو تداولها أثناء فحص هذه الحالات واتخاذ الإجراءات وإصدار القرارات الخاصة بها، ولا يجوز استخدام هذه المعلومات والبيانات ومصادرها لغير الأغراض التي قدمت من أجلها.

ويحظر على العاملين بالجهاز القيام بأي عمل، لمدة عامين من تاريخ تركهم للخدمة، لدي الأشخاص الذين خضعوا للفحص أو الخاضعين له في ذلك التاريخ".

وبالرجوع إلى مضبطة مجلس الشعب أثناء مناقشة مواد القانون اتضح أن المقصود "بالعاملين" هم العاملون (الأمناء على الأسرار)، إذن العاملون البعيدون عن الأسرار ليس محظوراً عليهم ذلك مثل البواب والحداد^(١)، ويغلب أن يكون العاملون هم

(١) مضبطة مجلس الشعب، الجلسة السابعة والعشرين المنعقدة بتاريخ ١٧ يناير ٢٠٠٥م، ص ٤٠.

مأمورو الضبط القضائي المحددون بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص^(١).

وعلى العكس من ذلك تتوسع بعض التشريعات في تحديد الأفراد الذين يقع عليهم هذا الالتزام، حيث تعاقب كل من أقدم على إفشاء أية معلومة سرية حصل عليها نتيجة لتطبيق أحكام هذا القانون، وذلك من أي مصدر كان، وهذا يشمل الأفراد العاديين والعاملين في الهيئة وما يتبعها من دوائر^(٢)، والواقع أن ذلك يشكل حماية أوسع للسوق، كما أن المعلومات التي توصل إليها هؤلاء العاملون غير المختصين إنما توصلوا إليها بحكم وظيفتهم.

المطلب الثاني

أن يبلغ رقم أعمال المشروع قدراً محدداً

تنص المادة ٢/١٩ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري أنه: "على الأشخاص الذين يتجاوز رقم أعمالهم السنوي في آخر ميزانية مائة مليون جنيه أن يخطرأ الجهاز لدى اكتسابهم لأصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو دمج أو استحواذ أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر بذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ويتضح من النص أن يكون قد تم بلوغ هذا المقدار نتيجة اكتساب أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو دمج أو استحواذ أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر.

(١) تنص المادة ١٧ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري على أنه: "يكون للعاملين بالجهاز الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بناءً على اقتراح المجلس صفة الضبطية القضائية في تطبيق أحكام هذا القانون، وقد أصدر وزير العدل يوم ٢٠٠٦/١١/٥م القرار الوزاري رقم ٨٤٨٣ لسنة ٢٠٠٦م بتحويل بعض العاملين بجهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية صفة مأموري الضبط القضائي وهم: المدير التنفيذي للجهاز، مدير الإدارتين القانونية والاقتصادية، الباحثون القانونيون، الباحثون الاقتصاديون، أخصائيو تكنولوجيا المعلومات.

(٢) المادة ٢٤ من قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨م، والمادة ١٣/١ من قانون المنافسة السوداني.

ولما كان الاندماج^(١) أهم هذه الأعمال فإنه يعرف بأنه: "عقد ينضم بمقتضاه مشروع أو أكثر إلى مشروع آخر، فتزول شخصية المشروع المنضم، وتنتقل أصوله وخصومه إلى المشروع الضام"^(٢).

(١) رغم أن عملية الاندماج والاستحواذ تبدو كأنها ظاهرة اقتصادية حديثة؛ نظراً لسرعة انتشارها، لاسيما عمليات الاندماج الدولية المشتركة، غير أن البيانات تشير إلى أن أول عملية اندماج في التاريخ تمت عام ١٨٩٨م، في الولايات المتحدة الأمريكية بين شركة الحديد والصلب الأمريكية وشركة ستاندر النفطية، لتشكل أكبر شركة في العالم آنذاك للتنقيب والبحث عن البترول والمعادن.

ومن أمثلة الاندماجات التي أثرت على الأسواق في مصر ما حدث في اندماج شركة أمون للأبوية مع شركة جلاكسو ولكام، وذلك عام ١٩٩٨م، وبيع المتحدة للصيادلة إلى شركة هيدلين العالمية عام ٢٠٠٣م، وكذلك اندماج شركة العز للحديد مع شركة حديد الدخيلة، وتكوين شركة جديدة هي حديد عز الدخيلة، وقد ترتب على هذا الاندماج ارتفاع أسعار الحديد، الأمر الذي أثر بشكل كبير على قطاع الإسكان والتعمير وجميع الصناعات الثقيلة وتحمل المالية العامة لأعباء إضافية لدعم رجال الأعمال في هذا القطاع.

كما شهدت أواخر القرن المنصرم عام ١٩٩٩م أكبر اندماجين لأربع شركات بترول على مستوى العالم، وكان الاندماج الأول بين الشركة البريطانية الأمريكية والتي أطلق عليها "بريتيش بتروليم أموكو"، وقد أطلق على هذا الاندماج اسم مختصر وهو "بي. بي. أموكو"، أما الاندماج الثاني فكان بين شركتي أكسون وموبيل في صفقة قيمتها ثمانون مليار دولار، وهي أكبر عملية اندماج بترولي في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية، كما أنها تعد أكبر شركة بترول عملاقة في العالم آنذاك، حيث يبلغ رأسمالها ٢٤١ مليار و ٩٤ مليون دولار. وغالباً ما تشجع البلدان ذات الأسواق الأصغر الاندماجات سعياً لإيجاد كتلة حرجة تمكنها من المنافسة في الأسواق العالمية، إضافة إلى الرغبة في وجود شركة تعد بطلاً قومياً، قادرة على المنافسة في الخارج، حتى وإن أساءت استعمال مركزها الاحتكاري محلياً. ورغم ذلك فإن مكافحة الاندماج أمر ضروري للأسباب التالية:

أولاً: المحتكر ذو الوضع المهيمن يهدف إلى تحقيق الربح وليس المنافسة في الخارج، ويكون ذلك على حساب المستهلك المحلي وتنمية الاقتصاد الوطني. ثانياً: السوق العالمية قد لا تكون المكان المناسب لاختبار مكافحة عمليات الاندماج؛ خصوصاً إذا كانت السوق المحلية مفتوحة أمام المنافسة من جانب الواردات أو الاستثمار الأجنبي المباشر. وقد يخصص للمورد المحلي الوحيد بالاندماج في أية حال.

وجدير بالملاحظة أن حظر قيام أي تكتل احتكاري، عند العجز عن اتخاذ أية إجراءات ضد أعضاء التكتل هذا إذا عمدوا إلى اندماج، ليس له ما يبرره. زد على ذلك أنه بعدم وجود نظام لمكافحة عمليات الاندماج، فإن البلد المضيف يحرم نفسه من قدرة الاعتراض على عمليات الاندماج والحيازة الأجنبية التي قد تترك آثاراً سلبية بالنسبة للاقتصاد الوطني. مؤتمراً للأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) د. حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٨٦م، ص ٣٦.

ويتخذ الاندماج صورتين هما:

١ - الاندماج الأفقي:

يمثل هذا النوع الفئة الأكثر أهمية من بين فئات الاندماج، كما أنه يعتبر أكثر خطراً على المنافسة؛ حيث كان هناك اثنان من المنافسين قبل الدمج، ثم أصبحا واحداً بعد ذلك، إضافة إلى زيادة الحصة السوقية للشركة المتبقية. وبالتالي خلق قوة احتكارية في السوق^(١).

٢ - الاندماج الرأسي:

يكشف الواقع عن قلة هذا النوع من الاندماج إما لعدم وجوده، أو نظر القضاء إليه على أنه جزء من عملية تنافسية تهدف إلى تحقيق مركز أفضل^(٢). في حين قد يكون له بعض الآثار الضارة بالمنافسة بحكم قيام بعض المنشآت بصفقات تجارية مع الآخرين، وقدرتها على تعزيز الوضع التنافسي للمنشآت المعنية.

وقد تم العقاب على هذه التكتلات من قبل المحاكم خلال المرحلة التوسعية لمكافحة الاحتكار في الولايات المتحدة من ١٩٦٠م، وحتى ١٩٧٠م، وكان القلق بالدرجة الأولى من أن نمو هذه التكتلات سيشوه بالضرورة العملية التنافسية؛ لأنها ستكون قادرة على الاستفادة من حجمها ومواردها لتحقيق مكاسب أكثر من غيرها، أما الآن فالقول بأن حجم المنشأة سيسمح بتحقيق مكاسب على منافسيها أصبح أمراً غير مهم في تقييم قانونية الاندماج، ونتيجة لذلك؛ فالاندماجات العملاقة أصبحت اليوم آمنة نسبياً من التجريم وفقاً لقوانين مكافحة الاحتكار.

- تقييم الاندماج:

يختلف الحكم على الاندماج باختلاف الغاية التي يسعى إلى تحقيقها؛ لذا لا يمكن اعتباره ميزة أو عيباً دائماً؛ حيث قد يستخدم كوسيلة لمواجهة السيطرة والاحتكار؛ لذا يختلف الحكم عليه بحسب الغاية التي يسعى إلى تحقيقها، وتكون العبرة فيه بالنتيجة التي ينتهي إليها من حيث المزايا التي يعود بها على المساهمين، والمستهلكين، والاقتصاد القومي، أو من حيث المضار التي يمكن أن يؤدي إليها^(٣).

David J. Gerber., Competition Law, OP Cit., p. 290.

(١)

David J. Gerber., Competition Law, OP Cit., p. 291.

(٢)

(٣) د. حسني المصري، اندماج الشركات وانقسامها، مرجع سابق، ص ١٢. واستمرار انتشار ظاهرة اندماج الشركات وقلة عدد المنشآت المتخصصة التي تعمل في قطاعات معينة، وتقليص الفرص أمام الشركات الجديدة من دخول القطاعات المنتجة لابد أن يؤدي إلى تفشي ظاهرة البطالة التي =

ولذلك فإن الاندماج له تكلفة وعائد تختلف من حالة إلى أخرى^(١).

وقد حظرت اللجنة الأوروبية عام ٢٠٠٧م الاندماج بين شركات الطيران ريان إير وإيرلاين؛ لأنه كان من شأنه تقليل فرص الاختيار بين المسافرين، مما أدى إلى ارتفاع الأسعار للمسافرين في الاتحاد الأوروبي أكثر من ١٤ مليون لمستخدمي الطرق المؤدية إلى أيرلندا في كل عام، وأيدت المحكمة قرار اللجنة العامة في يوليو ٢٠١٠م^(٢).

وقد جاء قانون المنافسة السوداني ليؤكد على ذلك بقوله يعتبر الاندماج ضاراً أو مقيداً للمنافسة في السوق المعني إذا كان القصد منه:

- ١ - منح أي منشأة القدرة على تحديد الأسعار في السوق المعني بأعمال منفردة من جانبها دون أن يكون لمنافسيها القدرة على ذلك.
- ٢ - تمكين منشأة أو أكثر من إخراج منافسين قائمين من السوق أو منع دخول منافسين جدد في الأسواق بطريق مباشر أو غير مباشر.
- ٣ - تسهيل القيام بأي من الممارسات المحظورة المنصوص عليها في هذا القانون. وعلى الرغم من ذلك، فإنه يجوز الاندماج في حالة عدم مقدرة إحدى المنشآت على ممارسة نشاطها منفردة^(٣).

لذا فالاندماج في ذاته أمر مشروع مثله مثل الاتفاق أو التعاقد، حيث نصت المادة ١٣٠/١ من قانون التجارة المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م على أنه: "يجوز بقرار من الوزير المختص الترخيص لشركات المساهمة وشركات التوصية بنوعيتها والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التضامن سواء أكانت مصرية أم أجنبية تزاوّل نشاطها في مصر بالاندماج في شركات مصرية مساهمة أو مع هذه الشركات وتكوين شركة مصرية جديدة..".

= تعتبر أخطر الآفات الاقتصادية التي تؤدي إلى الجريمة؛ د. عبد الرحمن إبراهيم الصنيع، مقال منشور بجريدة الشرق الأوسط، العدد ٨١٢٢، الصادر في ٢٢ فبراير ٢٠٠١م.

(١) د. فادية عبد السلام، عمليات الاندماج والاستحواذ في العالم وموقف صناعة البرمجيات المصرية في المستقبل، ورقة قدمت إلى ندوة الاندماجات والاستحواذات في الاقتصاد العالمي وأثارها المحتملة على الاقتصاد المصري، مركز دراسات وبحوث الدول النامية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، القاهرة ١١-١٢ مارس ٢٠٠٣م، ص١٢.

(٢) DG Competition, Management Plan 2011. http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/amp/doc/comp_mu.pdf.

(٣) المادة ١٠ من قانون المنافسة السوداني لسنة ٢٠٠٩م.

وجاء المشرع المصري في القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م، المتعلق بالمنافسة ليؤكد على مشروعية اندماج الشركات إلا إذا كان بقصد تحقيق أي من الأهداف المحددة في المواد (٦، ٧) أما إذا كانت بقصد تحقيق تقدم اقتصادي بشكل يعوض الإخلال بالمنافسة فلا تنطبق عليها هذه الأفعال^(١).

وبالنسبة للمشرع الفرنسي تتحقق حالة الاندماج أو الاتحاد الاحتكاري وفقاً (المادة ٤٣٠-١ من قانون التجارة) عندما:

- ١ - تتحد شركتان أو أكثر كانت إحدهما مستقلة من قبل.
- ٢ - يقوم شخص أو عدة أشخاص كانوا يملكون من قبل إحدى الشركات، أو حينما تكتسب شركة أو أكثر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، سواء من خلال المساهمة في رأس المال أم شراء أصول رأسمالية أم من خلال التعاقد أم عن طريق أي وسيلة أخرى، السيطرة على كل أو جزء من إحدى أو العديد من الشركات الأخرى. كما يعد من قبيل الاتحادات الاحتكارية أيضاً تكوين شركة عامة تؤدي بصورة مستمرة كافة الوظائف الاقتصادية لكيان اقتصادي مستقل يشكل اتحاداً احتكاريّاً في إطار النص الحالي.

وقد ذهب قانون التجارة في مادته ٤٠٢ إلى أنه يعد من قبل الاتحادات الاحتكارية في إطار المادة ٤٣٠-١ كل عملية تتوافر فيها الشروط الآتية:

- ١ - تجاوز رقم الأعمال الكلي العالمي (بدون الضرائب) لمجموع الشركات، أو مجموعة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية المكونة للاتحاد الاحتكاري مبلغ ١٥٠ مليون يورو.

- ٢ - تجاوز رقم الأعمال (بدون الضرائب) المتحقق في فرنسا لشركتين على الأقل، أو مجموعة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية المعنية ٥٠ مليون يورو.

وبالنسبة للاتحاد الأوروبي لم تتضمن اتفاقية روما شيئاً حول هذا الموضوع بسبب الخلاف بين الدول الأطراف حول هذه النقطة. ومع ذلك صدر قرار من المجلس الأوروبي في ٢١ ديسمبر ١٩٨٩م حول الاندماج، ثم حل محله قرار المجلس رقم ١٣٩ لسنة ٢٠٠٤م الصادر في ٢٠ يناير ٢٠٠٤م، وكان هذا القرار قد استثنى

(١) المادة ١١ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية القطري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م.

المؤسسات المالية، ومؤسسات التأمين الاجتماعي، ومؤسسات الائتمان من مفهوم التحالفات الاحتكارية وذلك بشروط معينة^(١).

١ - أن يوجد تحالف وفقاً للمفهوم الوارد بقرار المجلس الأوروبي رقم ١٣٩ لسنة ٢٠٠٤م، والذي قد يأخذ شكل اندماج أو سيطرة...الخ.

٢ - أن ينتج عن هذا التحالف حدوث عقبة هامة في السوق الأوروبية، أو في جزء هام منها، أو بالأخص يترتب عليه خلق أو دعم وضع مسيطر.

٣ - أن يكون التحالف ذا بعد أوروبي (المادة الأولى من القرار الأوروبي)، ويكون كذلك في حالة^(٢):

- ما إذا كان رقم الأعمال الكلي المتحقق على المستوى العالمي للشركات المعنية يتجاوز خمسة مليارات يورو، أو أن يبلغ رقم الأعمال الكلي المتحقق بصفة فردية في الجماعة الأوروبية لشركتين معينتين ما يزيد عن ٢٥٠ مليون يورو، بشرط أن تحقق كل شركة على حدة ثلثي رقم أعمالها في السوق الأوروبية وفي دولة واحدة من دولها.

وفي حالة عدم تحقق الشروط السابقة، فإن التحالف يكون ذا بعد أوروبي في حالة تجاوز رقم الأعمال للشركات مجتمعة في ثلاث دول ١٠٠ مليون يورو. ولقد تضمنت المادة الثانية من قرار المجلس الأوروبي معايير تقييم ما إذا كانت التحالفات الاحتكارية مضرّة بالمنافسة في السوق الأوروبية أم لا، وتتمثل هذه المعايير في^(٣):

١ - ضرورة الحفاظ على المنافسة الفعالة داخل السوق المشتركة في ضوء هيكل الأسواق المعنية، والمنافسة الفعلية أو المحتملة من التعهدات التي تقع سواء داخل أم خارج الجماعة الأوروبية.

٢ - موقف السوق من التعهدات المذكورة وقوتها الاقتصادية والمالية، والبدايل المتاحة للموردين والمستخدمين، وحصولهم على الإمدادات أو الأسواق، وأي حواجز

(١) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), Official Journal L 024, 29/01/2004 P.1 - 22.

(٢) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٣) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), Official Journal L 024, 29/01/2004, pp.,1: 22.

قانونية أو غيرها، واتجاهات الطلب على السلع والخدمات ذات الصلة، وتطوير التقدم التقني والاقتصادي، بشرط أن يكون لمصلحة المستهلكين، ولا يشكل عبء أمام المنافسة.

ورغم ذلك تعاقب بعض التشريعات على عدم الإخطار بالاندماج أياً كان حجم المشروع، حيث تنص المادة ١٠ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية القطري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م على أن: "الأشخاص الذين يرغبون في تملك أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو شراء أسهم أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو الجمع بين إدارة شخصين معنويين أو أكثر على نحو يؤدي إلى السيطرة أو الهيمنة في السوق، إخطار اللجنة، التي تتولى فحص الإخطار وإصدار قرار بشأنه خلال مدة لا تجاوز تسعين يوماً من تاريخ وصول الإخطار إليها، فإذا انقضت تلك المدة دون البت فيه اعتبر ذلك موافقة، وفي جميع الأحوال لا يجوز إتمام التصرفات التي تم الإخطار عنها إلا بعد صدور قرار اللجنة، أو انقضاء المدة المشار إليها دون البت في الطلب".

وبجانب الاندماج توجد الإدارة المتشابكة كأحد الأسباب التي تؤدي إلى التأثير على المنافسة؛ لكونها تقضي إلى سيطرة إدارية يمكن بموجبها في الواقع أن تؤدي إلى صياغة استراتيجيات مشتركة فيما بين مؤسسات الأعمال بشأن الأسعار، وتقاسم الأسواق، وأنشطة أخرى متفاهم عليها من النوع الوارد في المواد ٦، ٧، ٨.

وتستطيع حالات الإدارة المتشابكة على المستوى الرأسي أن تؤدي إلى دمج رأسي للأنشطة مثلاً بين الموردين والعملاء، وعدم تشجيع التوسع في مناطق منافسة، وأن تؤدي إلى ترتيبات معاملة بالمثل فيما بينها، ويمكن أن تؤدي الروابط بين إدارات المؤسسات المالية وغير المالية إلى شروط تمييزية لتمويل المنافسين، وأن تعمل كعوامل محفزة للاندماجات الرأسية والأفقية والتكتلية.

ويمكن استخدام الإدارة المتشابكة كوسيلة للتحويل على أي تشريع جيد الإعداد صارم التطبيق في مجال الممارسات التجارية التقييدية، ما لم يتم السيطرة عليها بشكل فعال؛ ولذا ربما تود الدول النظر في مسألة تقديم إخطار إلزامي عن حالات الإدارة المتشابكة والموافقة المسبقة عليها، بغض النظر عما إذا كان هذا التشابك بين متنافسين رأسيين، أو أفقيين، أو تكتلين^(١).

(١) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٥٢، ٥٣.

المبحث الثاني السلوك الإجرامي في جرائم عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة

تقسيم:

يتخذ السلوك الإجرامي في جرائم عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة العديد من الصور التي قد تكون في صورة فعل إيجابي أو سلبي. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول السلوك الإيجابي في جرائم عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة

يتخذ السلوك الإيجابي في جرائم عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة صورتين هما:
١- إفشاء العاملين بجهز حماية المنافسة للبيانات والمعلومات، ٢- استخدام هذه المعلومات والبيانات. وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول إفشاء العاملين بجهز حماية المنافسة للبيانات والمعلومات

تنص المادة ١٦ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م على أنه: "يحظر على العاملين بالجهز إفشاء المعلومات أو البيانات المتعلقة بالحالات الخاصة بتطبيق أحكام هذا القانون أو الكشف عن مصادرها، والتي يتم تقديمها أو تداولها أثناء فحص هذه الحالات واتخاذ الإجراءات وإصدار القرارات الخاصة بها..."^(١).

ويمثل ذلك الفعل إفشاءً من جانب العاملين بجهز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية للأسرار الوظيفية التي يقع عليهم التزام بالمحافظة عليها، ويعني إفشاء الأسرار اطلاع الغير على الواقعة السرية، وعلى الشخص الذي تتعلق به تلك الواقعة، ولو لم ينشأ عنها ضرر معين^(٢).

(١) تنص المادة ١٣ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية القطري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م على أنه: "يحظر إفشاء المعلومات والبيانات المتعلقة بالحالات الخاصة بتطبيق أحكام هذا القانون أو استخدامها لغير الأغراض التي قدمت من أجلها".

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٩٨٨م ص ٧٥٠.

ويستوي أن يكون الإفشاء بالقول، أو الكتابة، أو بالإشارة علنياً، أو غير علنياً، صريحاً، أو ضمنياً، مباشراً، أو غير مباشراً، إيجابياً، أو عن طريق الامتناع، كلياً، أو جزئياً^(١)، غير أن هذا الفعل لا يكون محل تجريم إذا كان الإفشاء أمام جهات قضائية^(٢) نظراً لتوافر سبب إباحة مرجعه أمر القانون^(٣)، أو صدور موافقة كتابية من الطرف الذي قدمها، أو بتصريح مكتوب من النيابة، أو المحكمة المختصة^(٤).

ويرى البعض أنه لا ينفي رضا صاحب الشأن وقوع الجريمة من قبل العاملين بجهاز حماية المنافسة؛ لأنه لم يتقرر لمصلحته وحده؛ بل يتعلق بأمانة الوظيفة ذاتها^(٥).

ويشترط لتمتع هذه المعلومات بالحماية الجنائية أن تكون غير معلنة، أي لم تنشر بطريقة تجعلها متوافرة لعموم المتعاملين في السوق، على أن يتم نشرها وفقاً للشروط القانونية من خلال نشر المنشأة هذه المعلومات^(٦). وبالتالي، إذا نشرت الصحف هذه المعلومة فلا تفقد سريتها^(٧).

يضاف إلى كون المعلومة، أو البيانات سرية أن تكون متعلقة بالحالات الخاصة بتطبيق أحكام هذا القانون - قانون المنافسة - أو الكشف عن مصادرها، والتي يتم تقديمها أو تداولها أثناء فحص هذه الحالات، واتخاذ الإجراءات وإصدار القرارات

(١) د. فتوح الشاذلي، الحماية الإجرائية من الغش التجاري في النظام السعودي، دراسة مقارنة، الإدارة العامة للبحوث بالسعودية، الرياض، ١٩٩٢ م، ص ١٧١.

(٢) J.preutels, F.Roggen, E.Roger France, Droit pénal des affaires, bruylant, 2005, p. 756.; P. Chambon, Le juge d'instruction, Théorie et pratique de la procédure, Dalloz, 4e édition, 1997, p. 35.

(٣) د. محمود كبش، المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، ص ١٢٧. وقد أكدت ذلك المادة ١٦/ب من قانون المنافسة السوري بقولها: "يمكن لرئيس مجلس المنافسة تسليم الوثائق المخلة بسرية القضايا في الحالة التي يكون فيها تسليم هذه الوثائق أو الاطلاع عليها ضرورياً لممارسة الأطراف لحقوقهم أمام وجهات قضائية أو رسمية بناءً على طلب هذه الجهات، وتسري أحكام الفقرة أ من هذه المادة أمام هذه الجهات القضائية والرسمية التي اطلعت على المعلومات السرية من مجلس المنافسة.

(٤) المادة ١٣ من قانون المنافسة السوداني لسنة ٢٠٠٩م.

(٥) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ٤٨٢.

(٦) د. صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، الطبعة الأولى، مركز المساندة القانونية، ٢٠٠١م، ص ٢٢٢.

(٧) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية "دراسة مقارنة"، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨م، ص ١٦.

الخاصة بها. وبالتالي، فالمعلومة التي لا يكون موضوعها هذه الأمور لا يشكل إفشاؤها فعلاً معاقباً عليه مثال ذلك: المعلومات التي تشكل أسراراً شخصية.

ويختلف إفشاء الأسرار من قبل العاملين بجهاز حماية المنافسة عن إفشاء الأسرار المهنية المحظورة بنص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري^(١)؛ فالسر المهني يعد من الأسرار الخاصة التي تتعلق بأحد الناس، ويكون الحفاظ عليه بقصد حماية مصلحة خاصة، وموضوعه أفضى به العميل إلى المهني، أو توصل إليه هذا الأخير بحكم عمله؛ إذن موضوع السر يختلف من شخص لآخر.

أما السر الذي يلتزم به موظفو جهاز حماية المنافسة، فيتميز بصفته الإجرائية، ويعد من الأسرار العامة، إضافة إلى أن الالتزام به مؤقت بطبيعته؛ لارتباطه بمرحلة الضبط^(٢)، على عكس السر المهني غير محدد بمدة معينة، حيث يلتزم به المهني بصفة مؤبدة^(٣).

– العلة من التجريم:

يستند المشرع في تجريم هذا الفعل إلى أنه أتاح للعاملين بالجهاز الاطلاع على المعلومات والبيانات الخاصة بالمتعاملين في سوق المنافسة المشروعة، مما يؤدي إلى معرفتهم للعديد من المعلومات والبيانات الجوهرية التي قد تستخدم في تحقيق أرباح طائلة، أو تحمل الآخرين خسارة فادحة.

يضاف إلى ما سبق، حماية مأموري الضبط القضائي من أجهزة الإعلام التي قد تؤثر عليهم لمصلحة المتهم أو ضده، كما أن الإفشاء والعلانية تُعلم من لم يتناولهم الإجراء من الجناة الحقيقيين بعد بما يمكن أن يتخذ من إجراءات مستقبلاً، فيتخذون لأنفسهم الحيطة والحذر؛ بل قد يصل الأمر إلى تضليل العدالة، وإضاعة الآثار التي تفيد أجهزة الضبط^(٤).

(١) تنص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات علي أن: "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو تمن عليه فأفشاء في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري".

(٢) د. فتوح الشاذلي، الحماية الإجرائية من الغش التجاري في النظام السعودي، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٣) د. آمال عثمان، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التموين، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٠٥.

(٤) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مطابع روز اليوسف، ٢٠٠٨م، ص ٤١٧.

كما تتحقق مصلحة الأفراد من التزام مأمور الضبط بالسرية في وقايتهم من التشهير بهم؛ لأن تلك الإجراءات قد تنتهي إلى عدم صحة ما نُسب إليهم، مما يشكل معارضة لمبدأ الأصل في المتهم البراءة، كما أنه يترتب على الإفشاء والعلانية آثار وخيمة بالنسبة لسوق المنافسة؛ لأنه قطاع تجاري يحتفظ فيه كل متعامل بحقية أسرارته، ومعلوماته من أجل تحقيق أقصى ربح وتوقي أدنى خسارة.

خلاصة ما تقدم، نود أن يتضمن النص التشريعي تجريم كافة الأقوال، والتصريحات، والشائعات الكاذبة التي قد يطلقها البعض، والتي تؤثر على دقة المعلومات المتعلقة بالمتعاملين في سوق المنافسة، مما يؤثر على سلامة قراراتهم؛ لذا أصدرت محكمة الاستئناف المصرية المختلطة حكماً قالت فيه إنه: "يرتكب خطأ ويكون مسؤولاً عن نتيجة خطئه من أذاع خبراً كاذباً عن شركة فادعى أنها في حالة تصفية قاصداً بذلك تحويل عملائها إليه، ولا ينفي مسؤوليته كونه استقى هذا الخبر من مستخدم سابق في الشركة؛ لأنه كان يجب عليه أن يتحقق من هذا الخبر ولا يذيعه قبل التثبت من صحته، ومسؤوليته تتناول تعويض الضرر المادي والضرر الأدبي ولو كان يسيراً، كما أن تصحيح هذا الخبر بعد إذاعته بخطاب إلى الشركة لا يسقط المسؤولية" (١).

الفرع الثاني

استخدام المعلومات والبيانات غير المعلنة

قد لا يقوم مأمور الضبط القضائي بعد الاطلاع على البيانات والدفاتر والمستندات، واتصاله بمعلومات جوهرية ومؤثرة بإفشائها إلى الغير، ولكنه قد يقوم باستخدامها لتحقيق منفعة شخصية له، أو استخدامها لغير الأغراض التي قدمت من أجلها؛ لذا كان تدخل المشرع بالعقاب على ذلك الفعل أحد الوسائل الحاكمة لنشاط العاملين في سوق المنافسة؛ وقد نصت المادة ١٦ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ م على أنه: "... لا يجوز استخدام هذه المعلومات والبيانات ومصادرها لغير الأغراض التي قدمت من أجلها..."

– علة تجريم استخدام المعلومة غير المعلنة:

يرجع تجريم استغلال المعلومات غير المعلنة إلى أن استخدام تلك المعلومة

(١) استئناف مختلط جلسة ١٩ مايو ١٩٢٦ م، رقم ٢٧٥، مجلة المحاماة، السنة السابعة، ص ٤١٩.

يكون نتيجة السلطات^(١) التي يتمتع بها موظفو جهاز حماية المنافسة ومنع

(١) يبين الفصل الثاني من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية السلطات التي يتمتع بها موظفو جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية؛ حيث تنص المادة ٢٣ على أن: "يتولى الجهاز فحص ما يقدم إليه من تبليغات، وله دون حاجة لتقديم بلاغ اتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات، وكذلك الأمر باتخاذ هذه الإجراءات وذلك بالنسبة لحالات الاتفاقات والممارسات الضارة بالمنافسة". كما تنص المادة ٢٤ على أن: "تكون إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بالنسبة لحالات الاتفاقات والممارسات الضارة بالمنافسة أو لأي مخالفة أخرى لأحكام القانون على النحو المبين في المواد الآتية: مادة ٣٥: "يتم قيد البلاغ عند تقديمه للجهاز في السجل المعد لذلك، ويعطى المبلغ إيصالاً برقم وتاريخ قيد البلاغ. ويتم قيد الحالات التي يتولى الجهاز من تلقاء نفسه اتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات، أو يأمر باتخاذ هذه الإجراءات فيها، في سجل آخر يعد لهذا الغرض. ويثبت في كل من السجلين بصفة منتظمة ما يتخذ من إجراءات في الحالات المقيمة فيه، وما يصدر فيها من قرارات أو أحكام".

مادة ٣٦: "تعرض التبليغات على المدير التنفيذي للجهاز للتحقق من استيفائها للبيانات والمستندات المنصوص عليها في المادة (٣٢) من هذه اللائحة، وإحالة ما يكون مستوفياً منها إلى الإدارة المختصة وإخطار رئيس الجهاز بهذه الإحالة.

مادة ٣٧: تتولى الإدارة المختصة بالجهاز اتخاذ إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات في التبليغات المحالة إليها من المدير التنفيذي، وذلك في خلال مدة لا تتجاوز تسعين يوماً من تاريخ الإحالة، ويحرر محضراً بجميع الإجراءات التي يتم اتخاذها، ويكلف المدير التنفيذي الإدارة المذكورة باتخاذ الإجراءات المشار إليها في الحالات التي يقرر فيها رئيس مجلس إدارة الجهاز ذلك".

مادة ٣٨: يكون للعاملين بالجهاز ممن لهم صفة الضبطية القضائية القيام بالإجراءات التالية وذلك بعد الكشف عن هويتهم وإطلاع صاحب الشأن عليها:

١- الإطلاع لدى أية جهة حكومية أو غير حكومية على الدفاتر والمستندات والحصول على المعلومات والبيانات اللازمة لفحص الحالات المعروضة على الجهاز.

٢- الدخول خلال ساعات العمل الرسمية إلى أماكن أو مزارع عمل الأشخاص الخاضعين للفحص، وذلك بعد الحصول على إذن كتابي من المدير التنفيذي، ويجوز لهم الاستعانة برجال السلطة العامة إذا تطلب الأمر ذلك.

٣- اتخاذ إجراءات جمع الاستدلالات اللازمة للفحص وسؤال أي شخص في شأن ارتكابه أية مخالفة لأحكام القانون".

مادة ٣٩: تقوم الإدارة المختصة بعد إتمام إجراءات التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بإعداد تقرير بالرأي تقدمه إلى المدير التنفيذي للجهاز. ويقوم المدير التنفيذي بعرضه على مجلس الإدارة، مشفوعاً برأيه، في أول جلسة تالية لتقديم التقرير إليه.

مادة ٤٠: "لمجلس الإدارة بعد نظر التقرير الخاص بالحالة المعروضة أن يصدر قراراً مسبباً بحفظ الموضوع، أو بإجراء مزيد من التقصي والبحث وجمع الاستدلالات بمعرفة الإدارة المختصة بالجهاز.

الممارسات الاحتكارية، وتفرض هذه السلطات عليهم الحفاظ على هذه المعلومات، والبيانات وليس استغلالها، أو الاتجار بها لمصلحتهم، أو لمصلحة الغير.

يضاف إلى ذلك التعارض المفترض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة إذا سعى مأمور الضبط إلى الحصول على منفعة لنفسه؛ لأن مأمور الضبط يكون قد جمع بين مصلحتين من الخطورة بمكان أن يجتمعا؛ فغالباً عند التعارض تكون الغلبة للمصلحة الخاصة على المصلحة العامة، إضافة إلى رغبة المشرع في الذود عن مأمور الضبط الشبهات والظنون مما يحفظ لوظيفته مكانتها وهيبته، حيث إنه بما لديه من معلومات وبيانات يستمدّها من عمله يمتاز عن غيره دون سبب مشروع^(١)، مما يخل بالمساواة بين كافة المتعاملين في سوق المنافسة من حيث حصولهم على المعلومات الهامة. وبالتالي، يستفيد صاحب السلطة دون غيره.

والاستخدام من قبل العاملين قد يكون بقصد تحقيق منفعة معنوية كالقدرة على المنافسة في مجال العمل، أو الحصول على مزية معينة مثل الترقية^(٢)، أو منفعة مادية كما لو حقق ربحاً معيناً من ورائها، أو حصل على مقابل مادي بسبب استغلاله لها، أو حصل على وعد بالعمل لدى أحد الأشخاص محل الفحص من قبله؛ لذا حظرت المادة ١٦ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م هذا الفعل بقولها: ".... يحظر على العاملين بالجهاز القيام بأي عمل،

= مادة ٤١: "على مجلس إدارة الجهاز عند ثبوت مخالفة لأحد الأحكام المنصوص عليها في المواد (٦)، (٧)، (٨) تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً أو خلال فترة زمنية يحددها المجلس، ويتولى المدير التنفيذي للجهاز إخطار المخالف بهذا التكليف بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول. وللمجلس أن يصدر قراراً بوقف الممارسات المحظورة فوراً، أو بعد انقضاء الفترة الزمنية المشار إليها دون تعديل الأوضاع وإزالة المخالفة".

مادة ٤٢: "مع عدم الإخلال بحكم المادة (٤٠) من هذه اللائحة يكون لمجلس الإدارة رفع التقرير الخاص بالحالة المعروضة إلى الوزير المختص أو من يفوضه لاتخاذ إجراءات طلب رفع الدعوى الجنائية".

مادة ٤٣: "يتولى المدير التنفيذي للجهاز إخطار الشخص أو الأشخاص ذوي الشأن بالقرار الذي ينتهي إليه مجلس الإدارة بشأن التبليغ أو الحالة المعروضة وذلك بموجب كتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول".

(١) د. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ٣٨٦ وما بعدها.

(٢) د. عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ١٣٨.

لمدة عامين من تاريخ تركهم للخدمة، لدى الأشخاص الذين خضعوا للفحص أو الخاضعين له في ذلك التاريخ".

كما يمثل إتيان أي من هذه التصرفات أحد صور جريمة التربح التي تنص عليها المادة ١١٥ من قانون العقوبات المصري بقولها: "كل موظف عام حصل أو حاول أن يحصل لنفسه، أو حصل أو حاول أن يحصل لغيره بدون حق، على ربح أو منفعة من عمل من أعمال وظيفته يعاقب بالسجن المشدد"^(١).

ويلاحظ أن نص المادة ١١٥ من قانون العقوبات بسط حمايته بشكل أوسع، حيث إنه عاقب على الفعل أو محاولة القيام به. وبالتالي، أدرجها في جرائم الخطر^(٢). وبذلك فإنه في حالة مخالفة العاملين بجهاز حماية المنافسة لهذا الالتزام توقع عليهم عقوبة السجن المشدد المنصوص عليها في قانون العقوبات باعتبارها العقوبة الأشد.

المطلب الثاني

السلوك السلبي في جرائم عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة

يتخذ السلوك السلبي في جرائم عدم الإفصاح والإخلال بالرقابة العديد من الصور وهي:

الفرع الأول

عدم إخطار الجهاز بعمليات الاندماج والبيانات الجوهرية

يشكل الامتناع عن فعل أوجبه القانون وهو إخطار الجهاز^(٣) عند تجاوز أحد

(١) وتقابلها المادة ٤٣٢-١٢ من قانون العقوبات الفرنسي.

(٢) أكدت محكمة النقض على أن: "هذه جريمة من جرائم الخطر التي تهدد نزاهة الوظيفة العامة؛ لأنها تؤدي إلى تعرض المصلحة العامة للخطر من تربح الموظف العام من ورائها، ولا يحول دون توافر هذا الخطر ألا يترتب عليه ضرر حقيقي، أو أن يتمثل في خطر حقيقي فعلي فهو خطر مجرد بحكم التعارض بين المصلحتين العامة والخاصة، كما لا يشترط قيام جريمة التربح الحصول فعلاً على الربح أو المنفعة، وإنما يكفي لقيامها مجرد محاولة ذلك حتى ولو لم يتحقق الربح أو المنفعة"، نقض جنائي الطعن رقم ١٠٠٦٧، جلسة ١٧ أبريل ١٩٩٦م، مجموعة أحكام النقض، المجلد ٤٧، القاعدة رقم ٧٤ لسنة ٦٤ق، ص ٥٢٦.

(٣) نص القانون على إنشاء جهاز مستقل لحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية يتولى مراقبة الأسواق وفحص الحالات الضارة بالمنافسة، سواء بناءً على شكوى يتقدم بها الشخص أم بناءً على دراسة يقوم بها الجهاز تشير إلى وجود مخالفة للأحكام الواردة في القانون. وقد =

الأشخاص الأنصبة المقررة لرقم أعمالهم السنوي، جوهر هذه الجريمة والواقعة التي يقوم عليها ركنها المادي، فالسلوك الإجرامي هو سلوك سلبي يقوم على الامتناع، والفعل الذي أوجبه القانون هو الإخطار أو الإبلاغ، وبالتالي تقع الجريمة بمجرد الصمت.

والامتناع قد يكون كلياً أو جزئياً، كأن يقتصر الإفصاح على بعض البيانات

= أعد الجهاز في هذا الشأن نموذجاً للبلاغ ونموذجاً للإخطار للتسهيل مع المتعاملين معه. كما تتمثل رؤية الجهاز في تحقيق مناخ اقتصادي سليم يقوم على المنافسة العادلة ومبادئ السوق الحر من خلال تطبيق أحكام القانون ونشر ثقافة المنافسة في المجتمع المصري. كما تتمثل رسالة الجهاز في إرساء وتطبيق وتطوير قواعد المنافسة الحرة من خلال مراقبة ممارسات الأشخاص العاملين في السوق، بما يسهم في تحقيق حرية المنافسة بين الشركات والأفراد، وذلك للنهوض بمستوى أداء الأسواق وتحقيق الكفاءة الاقتصادية. انظر: موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية. وقد تمت زيارته في ٢٨/١٠/٢٠١٠م.

<http://www.eca.org.eg/ECA/Upload/StaticContent/Form/ComplaintForm.doc> .

ويشبه جهاز حماية المنافسة نظام الحسبة في الإسلام الذي يعطي المحتسب سلطة فعلية بتعقب المفسدين والمتلاعبين بالسوق، وقد دل على هذا النظام عموم الآيات والأحاديث التي تأمر بالقيام بواجب التناصح والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فضلاً عن انعقاد إجماع المسلمين عليه، وقد اهتم الرسول (صلى الله عليه وسلم) بهذا الأمر وكان يباشره بنفسه، وتبعه من بعده الخلفاء الراشدون والأمراء المهديون. ومن الأمثلة على مباشرته - (صلى الله عليه وسلم) الحسبة ما ورد عنه أنه مر على ضيرة طعام، فأدخل يده فيها، فالتت أصابعه بللاً، فقال: يا صاحب الطعام ما هذا؟ قال أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس، ثم قال: "من غشنا فليس منا" رواه مسلم، وباشرها عمر بن الخطاب رضي الله عنه بنفسه فكان يقوم بوظائف المحتسب، ويشرف على الأسواق، ويتفقد أحوالها، ويراقب المكاييل والموازين، ويمنع كل ما من شأنه إلحاق الضرر بالعامّة، وورد أنه استعمل عبد الله بن عتبة الهذلي، والسائب بن يزيد على سوق المدينة للنظر فيما يجري فيه من معاملات، ومنع الغش في البيع والشراء، كما أنه رضي الله عنه استعمل الشفاء بنت عبد الله على سوق المدينة أيضاً في الشئون التي تخص النساء.

ويقوم جهاز الحسبة بتنظيم السوق، وتفقد أحوال المكاييل والموازين، ومراقبة إنتاج السلع وتداولها، ومنع المعاملات المحرمة، وغير ذلك من الأمور التي تؤدي إلى انضباط السوق وحسن سيره، وبهذا يتوفر للسوق أكبر قدر من الرقابة ويضمن للمعاملات أن تأتي خالية من كل ما يزعزع الثقة بين الناس، وأن تكون في إطار الضوابط والقواعد التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

ونرى أن نص المشرع على هذه المعايير التي تساعد الجهاز يعتبر اتجاهاً محموداً، وهو بصدد تفعيل السلطة الممنوحة له، واتخاذ قرارات مهمة، إلا أن نص الفقرة يتضمن عبارة في البند رقم (٣) وهي: "وذلك كله على النحو الذي لا يضر بالمنافسة".

والمعلومات دون غيرها، كما أن الامتناع قد يتحقق حتى حال الإخطار إذا كان موجزاً أو مبسراً أي لا يشمل كافة البيانات والمعلومات بطريقة واضحة وصريحة، وبناءً على ذلك يقصد بالإفصاح توفير المعلومات والبيانات، وإتاحتها للجميع، وتقديمها إلى الجهات الرقابية المختصة في المواعيد المحددة^(١).

لذا لا يجوز الدفع بمصلحة المشروعات إزاء عدم الإفصاح والإدلاء بالمعلومات والبيانات؛ لأن الإفصاح يشكل أحد الأدوات المحققة لمبدأ المساواة بين الأشخاص - المشروعات - المتنافسة، كما يؤدي إلى جودة الرقابة، وحسن المتابعة من جانب الأجهزة الرقابية.

وإذا أوجب المشرع أن يتم الإخطار بوسيلة محددة، وفي ميعاد معين تعين أن يتم بذات الوسيلة وفي نفس الميعاد. وبالتالي، فإن إتيانه بغير الطريقة المحددة وفي غير الميعاد المحدد لا يشكل إفصاحاً أو إخطاراً، وعدم تحديد المشرع ميعاداً معيناً للإفصاح أو الإخطار، ليس معناه إمكانية القيام به في أي وقت، ولكن يتعين القيام به في الوقت المعقول، ويختص بتقدير ذلك قاضي الموضوع.

وقد أوجب المشرع المصري في المادة ١٩ من قانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ضرورة الإخطار من جانب المشروعات التي يتجاوز رقم أعمالهم السنوي في آخر ميزانية مائة مليون جنيه لدي اكتسابهم لأصول، أو حقوق ملكية، أو انتفاع، أو أسهم، أو إقامة اتحادات، أو اندماجات، أو دمج، أو استحواذ، أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ويتضح من اللائحة التنفيذية أن:

أ - يكون تلقي الجهاز الإخطارات من الأشخاص، خلال ثلاثين يوماً من اكتسابها أي أصول، أو حقوق ملكية، أو انتفاع، أو أسهم، أو إقامة اتحادات، أو اندماجات، أو دمج، أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر^(٢)، وفي حالة اندماج، أو اتحاد الأشخاص مع بعضهم البعض، فيجب تقديم الإخطار من الشخص الناتج عن هذا الاندماج أو الاتحاد^(٣).

(١) د. صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) المادة ٤٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

(٣) المادة ٤٤ مكرراً من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

- ب - يكون تقديم الإخطار إلى الجهاز كتابة، ويجب أن يتضمن البيانات الآتية:
- ١ - أسماء مقدم الإخطار والأشخاص ذوي الصلة وجنسياتهم، ومراكز إداراتهم والمراكز الرئيسية لأنشطتهم.
 - ٢ - التصرف القانوني المخاطر به وتاريخه، والوضع القانوني الناشئ عنه.
 - ٣ - بيان التراخيص والموافقات التي تم الحصول عليها.
 - ٤ - رقم الأعمال السنوي وفقاً لآخر قوائم مالية معتمدة والإيضاحات المتممة لها.

ويجب أن يرفق بالإخطار كافة المستندات المؤيدة للبيانات المشار إليها^(١)، كما يجب أن يتضمن النصيب من السوق، ومجموع الأصول، ومجموع رقم الأعمال السنوي، وعدد الموظفين، بمن في ذلك موظفو المؤسسات المتكاملة أفقياً ورأسياً، أو المؤسسات المتشابهة إدارياً، بغية التثبت من القوة السوقية لمؤسسات الأعمال المعنية، وذلك لكي يقوم الجهاز القائم على حماية المنافسة بمنح الترخيص خلال مدة معينة لمزاولة النشاط المحدد، وحتى لا تؤدي عمليات الاندماج أو الاستيلاء أو المشاريع المشتركة أو غيرها من أشكال الاندماج، بما في ذلك الإدارات المتشابهة، سواء كانت ذات طبيعة أفقية، أم رأسية أم تكتلية إلى:

وجود شركات مهيمنة ومسيطرة تعمل على بقاء الأسعار فوق المستويات التنافسية لفترة طويلة من الوقت، بما يعود عليها بالأرباح، أو الحد بشكل كبير من المنافسة في سوق تسيطر عليه شركات قليلة جداً^(٢)؛ خصوصاً لما يمثله اندماج الشركات العملاقة من أهمية في الوقت الحالي عكس ما كان من قبل، حيث كان يمثل ذلك اتجاهًا فردياً بلا تأثير يذكر على الساحة الاقتصادية الدولية. أما الآن فإن الاندماج يضم في جوانبه الشركات المتعددة الجنسيات، أو الشركات العملاقة^(٣).

يضاف إلى ما سبق، أن الاندماج استشرى في الشركات والبنوك الكبرى في العالم مؤذناً بحلول عصر الشركات فوق العملاقة، أو بتعبير آخر عصر الديناميكيات

(١) المادة ٤٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

(٢) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٣) أ. نيرمين السعدني، الاندماج: الظاهرة والأطر النظرية، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٤٠، أبريل ٢٠٠٠م، ص ١٧٢.

الجديدة، كما أن الاندماج لا يقتصر على تحقيق أهداف اقتصادية فحسب من خلال جذبها عدداً كبيراً من المؤسسات العامة^(١)؛ بل قد يكون بغرض تحقيق مصالح سياسية من خلال تكوين شبكة من المصالح في أماكن تختار بعناية لموازنة التأثير السياسي^(٢).

وقانون الاندماج غالباً ما ينطوي على حساسيات سياسية؛ فصانعو القرار السياسي في العديد من الدول لا يرون سبباً كافياً للتحرك في اتجاه الولايات المتحدة بشأن القانون المنظم لعمليات الاندماج. وهذا صحيح لاسيما في البلدان الصغيرة، حيث قد تكون المصالح السياسية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالرفاهية الاقتصادية لعدد صغير من الشركات^(٣).

- ميعاد الإخطار:

قد يكون الإخطار سابقاً أو لاحقاً على عملية الاندماج وفيما يلي بيان ذلك:

- الإخطار السابق:

نظام الإخطار السابق بالاندماج في الولايات المتحدة الأمريكية نظام إلزامي ينبغي على كل طرف تقديم طلب، ويبلغ رسم الطلب الذي يدفعه الشخص الحائز ٤٥٠٠٠ دولار، ولا يشترط المشرع الأمريكي تقديم الطلب في ميعاد معين، وذلك وفقاً لقانون هارت سكوت Hart-Scott-Rodino Act^(٤).

وكان الهدف من ذلك هو زيادة التأثير الرادع لقانون الاندماج عن طريق إلزام الشركات بالإخطار قبل تقديم تقرير خادع بعد الاندماج، وذلك لمنح الحكومة (وغيرها) الفرصة قبل الاندماج للرد عليه.

ويجب أن يتضمن الإخطار تفاصيل حول مبيعات الأصول، والشخصيات المشاركة، وكذلك بيانات عن الأسواق التي ينطوي عليها. وتم إقرار ذلك لتزويد

(١) Marcel Kahan and Ehud Kamar., The Myth of State Competition in Corporate Law, Stanford Law Review, Vol. 55, No. 3 (Dec., 2002), pp. 679-749. Review Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1229668> Accessed: 20/11/2010.

(٢) أ. خالد عبد العزيز الجوهري، الاندماج ما بين الظاهرة والهوس، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٤٠، أبريل ٢٠٠٠م، ص ١٧٦.

(٣) David J. Gerber., Competition Law, OP Cit., p. 293.

(٤) Hart- Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, Pub. L. No. 94-435.

الموظفين ببيانات كافية لتحديد ما إذا كان الاندماج سيؤدي إلى مزيد من الضرر المحتمل للمنافسة أم لا.

والإخطار إلزامي كذلك بالنسبة للاتحاد الأوروبي قبل إتمام الاندماج، حيث تشترط اللائحة الأوروبية لمراقبة الاندماجات أن يتجاوز مجموع رقم الأعمال العالمي خمسة مليارات يورو، أو أن يتجاوز رقم الأعمال في الاتحاد الأوروبي ٢٥٠ مليون يورو لطرفين على الأقل، ما لم يحقق كل واحد من الأطراف رقم أعمال يزيد عن ثلثي رقم الأعمال في الاتحاد الأوروبي في دولة واحدة دون سواها، ويقدم طلب الإخطار قبل إتمام الاندماج، وخلال أسبوع واحد من إبرام الاتفاق، أو الإعلان عن عطاء علني أو حيازة السيطرة.

ويمنح الترخيص على مرحلتين هما:

المرحلة الأولى: خلال شهر واحد من تقديم الإخطار، أو ستة أسابيع من تقديم الإخطار؛ حيث تكون الأطراف قدمت التزامات يقصد منها أن تكون أساس قرار الترخيص.

المرحلة الثانية: أربعة أشهر إضافية.

وقد سار المشرع الفرنسي على ذات النهج معتبراً الإخطار المسبق بعمليات الاندماج إلزامياً إذا كان رقم أعمال المشروع يزيد على ١٥٠ مليون يورو ورقم الأعمال الفردي لاثنتين على الأقل من المؤسسات المعنية يزيد على ١٥ مليون يورو، ويجوز للأطراف تقديم الطلب في أي وقت بعد توصلها إلى التزام غير قابل للنقض.

ويمنح الترخيص على مرحلتين تستغرق المرحلة الأولى خمسة أسابيع اعتباراً من استلام ملف الإخطار الكامل (أو ثمانية أسابيع إذا تأخرت الأطراف في تقديم الالتزامات)، أما المرحلة الثانية والتي يدعى فيها المجلس المعني بالمنافسة إلى إبداء رأي استشاري للوزير، فتستغرق أربعة أشهر إضافية (قابلة للتمديد لأربعة أسابيع أخرى إذا تأخرت الأطراف في تقديم الالتزامات)، وتعلق العملية إلى حين اتخاذ القرار النهائي عدا حالة العروض العلنية، أو إذا تم منح استثناء محدد للأطراف التي طلبت مثل هذا الاستثناء.

– الإخطار اللاحق:

تنص بعض التشريعات على نظام الإخطار اللاحق منها المشرع المصري كما سبق بيانه، والمشرع الكويتي بقوله: "على الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، الذين يرغبون في اكتساب أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو

دمج أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر على نحو يؤدي إلى السيطرة أو زيادة السيطرة القائمة على السوق المعنية وفقاً للمعايير التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، إخطار الجهاز بذلك فوراً متى بلغت الحصة الناتجة المستوى الذي يحقق نسبة السيطرة على السوق أو متى أصبح إجمالي قيمة المبيعات أو الأعمال أو الأصول في حدود القيمة التي تمكن من السيطرة على السوق أو تعظم من وضع السيطرة القائمة" (١).

كما ينص المشرع الأردني على أن المؤسسات التي ترغب في إتمام أي من عمليات التركيز الاقتصادي المشار إليها في الفقرة (ب) من المادة ٩ من هذا القانون أن تقوم بتقديم طلب بذلك إلى المديرية، على النموذج المعتمد من الوزارة، خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ إبرام مشروع اتفاق أو إبرام اتفاق على عملية تركيز اقتصادي.. (٢).

ويمكن سحب الترخيص إذا ما علمت السلطة القائمة على إصداره أن (٣):

- ١ - الظروف المبررة لمنح الترخيص لم تعد قائمة.
- ٢ - مؤسسات الأعمال لم تف بالشروط والالتزامات المقررة لمنح الترخيص.
- ٣ - المعلومات التي قدمت عند طلب الترخيص كانت زائفة أو مضللة.

الفرع الثاني

عدم تنفيذ قرارات جهاز حماية المنافسة

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في الامتناع عن تنفيذ قرارات جهاز حماية المنافسة فوراً، أو خلال المدة التي يحددها مجلس إدارة المنافسة، سواء أكان هذا الامتناع كلياً، أم جزئياً (٤).

ويمارس جهاز حماية المنافسة العديد من المهام عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام

(١) المادة ٨ من قانون المنافسة الكويتي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٧م.

(٢) المادة ١٠ من قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤م.

(٣) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٤) تنص المادة ٢٢ مكرراً (أ) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون، يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تتجاوز خمسمائة ألف جنيه كل من لم يلتزم بتنفيذ قرارات الجهاز الصادرة تطبيقاً لنص المادة (٢٠) من هذا القانون، وفي حالة العود تضاعف العقوبة بحديها الأدنى والأقصى".

الواردة بالمواد (٦، ٧، ٨) من هذا القانون منها: تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً، أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز وإلا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف للمادتين (٦، ٧) من هذا القانون باطلاً، كما أن للمجلس أن يصدر قراراً بوقف الممارسات المحظورة فوراً، أو بعد انقضاء الفترة الزمنية المشار إليها دون تعديل الأوضاع أو إزالة المخالفة^(١).

وترجع الحكمة من تجريم ذلك الفعل إلى أن الجهاز يعمل على تحقيق مناخ اقتصادي سليم يقوم على المنافسة العادلة، ومبادئ السوق الحر من خلال تطبيق أحكام القانون، وإرساء وتطبيق وتطوير قواعد المنافسة الحرة من خلال مراقبة ممارسات الأشخاص العاملين في السوق، بما يساهم في تحقيق حرية المنافسة بين الشركات والأفراد، وذلك للنهوض بمستوى أداء الأسواق، وتحقيق الكفاءة الاقتصادية^(٢).

(١) المادة ٢٠ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م.

(٢) موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية وقد تمت زيارته يوم ١٥/١/٢٠١١م: <http://www.eca.org/eg/ECA/StaticContent/View.aspx?ID=4>

الفصل الرابع

الجزاءات الجنائية المقررة لجرائم المنافسة

تمهيد وتقسيم:

تقوم الدولة بتوقيع الجزاء الجنائي على مرتكب الجريمة كرد فعل اجتماعي من جانب المجتمع على مرتكبها، وتتعدد الجزاءات الجنائية المقررة لحماية الحق في المنافسة من الممارسات غير المشروعة ما بين عقوبات جنائية وتدابير احترازية، وهذه الجزاءات قد يتم تشديدها، أو تخفيفها وفقاً لظروف ارتكابها وشخصية مرتكبها.

وترتيباً على ذلك، ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: صور الجزاءات الجنائية المقررة لجرائم المنافسة.

المبحث الثاني: الأسباب المخففة والمشددة للعقاب عن جرائم المنافسة.

المبحث الأول

صور الجزاءات الجنائية المقررة لجرائم المنافسة

تقسيم:

تتخذ الجزاءات الجنائية المقررة لجرائم المنافسة صورة العقوبات الجنائية، والتدابير الاحترازية. وفيما يلي بيان ذلك

المطلب الأول

العقوبات الجنائية المقررة لجرائم المنافسة

تتعدد العقوبات الجنائية المقررة لمواجهة جرائم المنافسة ما بين عقوبات سالبة للحرية، وعقوبات مالية، وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول

العقوبات السالبة للحرية المقررة لجرائم المنافسة

العقوبة السالبة للحرية هي: حرمان المحكوم عليه من حريته الشخصية أيًا كانت صورة هذا الحرمان سجنًا، أم حبسًا، وهذه العقوبات أصلية في جميع التشريعات التي تنص عليها، وتواجه هذه العقوبات الشخص الطبيعي فقط دون الشخص المعنوي؛ لذا لم تتقرر بمفردها، بل قررت أغلب التشريعات بجانبها عقوبة الغرامة. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً - موقف التشريعات المختلفة من العقوبات السالبة للحرية:

كان التشريع الأمريكي هو أول تشريع يقر العقوبات السالبة للحرية بالنسبة للأفعال الضارة بالمنافسة، فمع صدور قانون شيرمان عام ١٨٩٠م، أصبحت الممارسات المخالفة له في الولايات المتحدة جنحة يعاقب عليها بالحبس لمدة عام، ولكن بعد مضي ٧١ عاماً من تطبيق هذا القانون كان نادراً ما تفرض المحاكم عقوبة الحبس في قضايا المنافسة إلا في حالات نادرة عام ١٩٢١م، و ١٩٥٩م، وقد يعكس هذا توافق الآراء وقتها على أن جرائم المنافسة لا تكشف عن فساد أخلاقي^(١).

وقد تم إقرار عقوبة الحبس في حدود ٨٪ من الملاحقات القضائية الناجمة لهذه الممارسات عام ١٩٧٠م، وقد قام الكونجرس عام ١٩٧٤م بتشديد العقوبات الواردة في قانون شيرمان، حيث تم زيادة الحد الأقصى لعقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات^(٢)، وقد طبق ذلك فقط على الجرائم التي ارتكبت بعد ١ يناير ١٩٧٥م^(٣).

وبعد ذلك قام مساعد المدعي العام المسؤول عن شعبة مكافحة الاحتكار التابعة لوزارة العدل الأمريكية في أواخر ١٩٧٦م وأوائل عام ١٩٧٧م بطلب زيادة العقوبات المفروضة على المدانين في جرائم المنافسة. مستنداً في طلبه على خطورة هذه الجرائم. وبالتالي، فهي تتطلب عقوبات خطيرة؛ لذا صدر تعديل لقانون شيرمان في

(١) J. Flynn., Criminal Sanctions under State and Federal Antitrust Laws, 45 Texas Law Review (1967),p. 1301, 1315.

(٢) The Sherman Antitrust Act (1890) Section 1: Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.; Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

(٣) J. Gallo, et al., Criminal Penalties under the Sherman Act: A Study in Law and Economics, in R. Zerbo, Jr., ed., 16 Research in Law and Economics (1994), pp. 15-55.

٢٢ يونيو ٢٠٠٤م تمت بمقتضاه زيادة الحد الأقصى للعقوبات الجنائية لتصل إلى السجن لمدة تصل إلى عشر سنوات.

ويظهر أن المشرع الأمريكي أراد تشديد العقاب على هذه الجرائم؛ لشدة تأثيرها على السوق، والاقتصاد، والمستهلك معاً، كما يعاقب قانون ويلسون على اتفاقات استيراد سلع، أو مواد متى استهدف ذلك تقييد التجارة الداخلية في الولايات المتحدة الأمريكية، بغرامة لا تقل عن ١٠٠ دولار ولا تتجاوز ٥٠٠٠ دولار، أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز اثنا عشر شهراً.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي تعاقب المادة ٤٢٠-٦ من قانون التجارة، بالسجن أربع سنوات وغرامة قدرها ٧٥٠٠٠ يورو أي شخص يبرم اتفاقاً ضاراً بالمنافسة، كما يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر كل من يعرقل بأية وسيلة كانت عمل المحققين، أو الأشخاص المذكورين في المادة ٤٥٠-١ والمقررين لمجلس المنافسة المنوط بهم تنفيذ القانون، ويعاقب جنائياً بالعقوبات المنصوص عليها في المادة ٢٢٦-٣ من قانون العقوبات كل شخص يُفشي معلومات تتعلق بطرف آخر أو طرف ثالث، وذلك نتيجة لمعرفته بهذه المعلومات عقب الاطلاع، أو الفحص الذي قام بإجرائه.

كما يعاقب المشرع السوري على جريمة إفشاء المعلومات السرية بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف ليرة سورية ولا تزيد عن مليون ليرة سورية أو إحدى هاتين العقوبتين^(١).

وكان التشريع السوداني أكثر هذه التشريعات تشدداً بقوله إنه: "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد في قانون آخر، يعد مُرتكباً مخالفة كل من يخالف أحكام هذا القانون أو اللوائح أو الأوامر الصادرة بموجبه أو يفشل في تقديم المعلومات والمستندات الصحيحة المطلوبة منه، أو يفشي أي من الأسرار المتعلقة بالمنافسة، ويعاقب عند الإدانة بالغرامة، أو بالسجن، أو بالعقوبتين معاً"^(٢).

ثانياً - مبررات العقوبات السالبة للحرية في مجال المنافسة:

يبدو أن التشريعات التي اتجهت إلى إقرار العقوبات السالبة للحرية كجزاء عن جرائم المنافسة^(٣) قد وفقت نظراً للصدمة الحادة التي تحدثها، حيث يشكل ذلك ردعاً

(١) المادة ٢٤ من قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨م.

(٢) المادة ٢٣/١ من قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار السوداني لسنة ٢٠٠٩م.

(٣) Patrick Massey, Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience, p. 5.

فعالاً للمجرمين غير التقليديين^(١)؛ لأنهم سيكونون أكثر تأثراً بفقدان حريتهم من المجرمين التقليديين ذوي المراكز الاجتماعية الدنيا، إضافة إلى تأكيد قيمة العدالة التي لا يمكن إنكارها^(٢).

كما أن تلك الجرائم تمارسها عصابات كبيرة وذكية ومتطورة، يمكنها كسب أرباح كبيرة؛ لذا فنحن في حاجة إلى عقوبات قادرة على ردعهم^(٣)، فتغريمها فقط من غير المرجح أن يكون فعالاً في مواجهة متخذي القرار الذين يديرون الشركات؛ لأنهم سيستفيدون من هذه القرارات في شكل رواتب أعلى، ومكافآت مرتبطة بالأداء، وارتفاع نسبة المبيعات وغيرها من الفوائد نتيجة لارتفاع الأرباح الناتجة من المشاركة في النشاط الضار بالمنافسة؛ لذا ينبغي أن نميز بين من له الملكية ومن له السيطرة لما هناك من تناقض محتمل بين مصالح المؤسسة أو مساهميتها ومصالح المديرين التنفيذيين فيها. ويعتبر هذا الاختلاف هو الأساس لتبرير عقوبة السجن على المديرين التنفيذيين للشركة^(٤)، إضافة إلى العديد من الأسباب منها:

١ - حبس المديرين التنفيذيين يمنعهم من الانخراط في النشاط الضار^(٥)؛ لأن تغريم المسؤولين التنفيذيين لن يكون له أي تأثير؛ حيث تقوم الشركات بدفع الغرامات

(١) Joshua, J.,: Flawed Thinking About Price Fixers, Financial Times, 2001, p.8.

(٢) د. مصطفى منير، جرائم إساءة استعمال السلطة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٣٣٨ وما بعدها.

(٣) Simon, M.,: Why Price-Fixers Should Go To Jail, Antitrust Bulletin., 1987, pp. 917-937.

(٤) S. Hammond, Charting New Waters in International Cartel Prosecutions, speech at the 20th annual National Institute on White Collar Crime (2 March 2006) ("We have first-hand accounts from cartel members of how the presence or absence of individual sanctions has directly resulted in actual deterrence and continued competition in the U.S. market and failed deterrence, collusion, and great financial harm in foreign markets."), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/214861.htm>.

(٥) E.g., OECD, supra note 42, at 26 ("Individual sanctions can strengthen the incentive of directors and employees to resist corporate pressure to engage in unlawful activity, and thus enhance the level of deterrence."); R. Blair., A Suggestion for Improved Antitrust Enforcement, 30 Antitrust Bulletin (1985), p. 433.

المفروضة على مديريها التنفيذيين^(١)، مما يجعل الفرد يقوم بالنشاط الإجرامي؛ لأنه سيحقق أرباحاً أكثر من العقوبة التي سوف يتحملها^(٢). وبالتالي، يمكن أن تتكبد تكاليف كبيرة حال امتثالها للقانون^(٣).

٢ - اتفاق ذلك مع القانون العام الإنجليزي الذي يرى عدم قدرة الشخص العام على ارتكاب الجريمة؛ لافتقاده الإرادة التي هي عنصر لازم للتجريم^(٤)، ولكن ذلك كان مرفوضاً في الولايات المتحدة منذ فترة طويلة. وبالتالي، فإنه سبب وجيه لتجريم السلوك المهني، وفرض عقوبة السجن على المديرين التنفيذيين^(٥).

٣ - إقرار عقوبات فردية على المديرين التنفيذيين يحملهم على التعاون مع سلطات الضبط^(٦)؛ خصوصاً أن الكشف عن النشاطات غير المشروعة في سوق المنافسة أمر صعب، كما أن المشاركين لديهم مصلحة قوية في الإخفاء، إذا كانوا مهنيين

(١) E.g., P. Bucy, Indemnification of Corporate Executives Who Have Been Convicted of Crimes: An Assessment and Proposal, 24 Indiana Law Review (1991), p. 279, S. Shavell, Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability, 13 International Journal of Law and Economics (1993), p. 239. President Woodrow Wilson, who had taught economics at Princeton University, argued in a statement to Congress on competition law: "Every act of business is done at the command or upon the initiative of some ascertainable person or group of persons. These should be held individually responsible and the punishment should fall upon them, not upon the business organization of which they make illegal use".

(٢) OECD, supra note 42, at 26 ("It is widely believed that corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent, and that the threat of individual sanctions can be an important complement to corporate, financial sanctions."); Bolotova & Connor, supra note 63.

(٣) B. Kobayashi, Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws, 69 George Washington Law Review 715, 73539 (2001).

(٤) W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 476 (1771) ("A corporation cannot commit treason or felony, or other crime, in it's corporate capacity: though it's members may, in their distinct individual capacities").

(٥) D. Fischel & A. Sykes, Corporate Crime, 25 Journal of Legal Studies (1996), p. 319.

(٦) OECD, supra note 42, at 26 ("sanctions against individuals also can increase the effectiveness of leniency programmes as they are a powerful incentive for individuals to reveal information about existing cartels and to cooperate in investigations").

بعقوبات كبيرة، كما أن هذه الجرائم تتطلب العديد من الضمانات الإجرائية من أجل حماية الأبرياء؛ لذا فإن إثبات هذه الجرائم يشكل تحدياً بالنسبة لأجهزة الضبط. كما أن تغريم مرتكبي هذه الجرائم ليس له تأثير رادع يذكر؛ حيث يمكن اعتبار هذه الغرامات في الواقع ببساطة "تكلفة نشاط"؛ لذا يرى أنصار هذا الاتجاه^(١) أن الغرامة الضخمة التي فرضت على مايكروسوفت من قبل اللجنة ليست ذات أهمية نسبياً، رغم بلوغها ٤٩٧ مليون يورو لإساءتها استخدام سلطاتها في سوق الاتحاد الأوروبي^(٢) وذلك؛ لأن الموارد المالية للشركة واسعة النطاق؛ بل إنه يعتبر من النتائج المحتملة للالتزامات التي تسعى اللجنة إلى فرضها على الشركة المذكورة.

وقد يؤدي فرض غرامات مرتفعة إلى إفلاس هذه المشروعات، وهذه النتيجة غير مرغوب فيها بشكل واضح؛ لأنها تعاقب فعلياً جميع العاملين في الشركة، مع أن الغالبية العظمى منهم ليست مسؤولة عن الفعل المرتكب^(٣)، كما أن الاقتصار على عقوبة الغرامة فقط يجعل المحكوم عليه يحجم عن دفعها من أجل أن ينفذ عليه بدنياً علماً بأن الإكراه البدني لا يتجاوز ٩٠ يوماً.

إضافة إلى أن ارتكاب هذه الجرائم على عكس ارتكاب العديد من الجرائم الأخرى التي يكون إتيانها فجأة نتيجة شهوة جامحة، أو لحظة غضب عاصفة؛ لذا فمرتكبوها يقومون بالتفكير ووزن المنافع والمضار الناتجة عن الفعل. وبالتالي، فهم أكثر خطورة مما يجعل العقوبات السالبة للحرية أمراً ملائماً لهم^(٤)، وقد كشفت وزارة التجارة والصناعة البريطانية أن ٨٣ من خبراء قانون المنافسة تحبذ إدخال العقوبات السالبة للحرية في قانون المنافسة^(٥).

وعلى العكس من ذلك يرفض البعض الأخذ بالعقوبات السالبة للحرية في مجال

(١) J. Kwoka., The Price Effect of Bidding Conspiracies: Evidence from Real Estate "Knockouts," 42 Antitrust Bulletin (1997), p. 503.

(٢) Commission concludes on Microsoft investigation, imposes conduct remedies and a fine, press releases Rapid, IP/04/382. Brussels, 24 March 2004.

(٣) Joshua, J., Flawed Thinking About Price Fixers, Financial Times., 2001, p.7.

(٤) Patrick Massey, Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience, Glasgow Graduate School of Law, Thursday April 22nd, 2004, p. 7. www.compecon.ie.

(٥) Department of Trade and Industry, A World Class Competition Regime, London: HMSO. 2001.

المنافسة، نظراً لصعوبة إثبات هذه الجرائم؛ خصوصاً أن العديد منها يحتل المنطقة الرمادية بين المباح والمحظور^(١).

وقد أخذ المشرع المصري والأوروبي بذلك فلم يقرأ العقوبات السالبة للحرية كجزاء عن الأفعال غير المشروعة في مجال المنافسة، غير أن المشرع المصري استهل المادة ٢٢ من قانون حماية المنافسة التي تعاقب على جرائم الاتفاق غير المشروع وإساءة استغلال الوضع المهيمن بعبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد..." ولما كان ذلك، ونص قانون العقوبات المصري في المادة ٣٤٥، ٣٤٦^(٢) على عقوبة الحبس بالنسبة لبعض الممارسات المعاقب عليها في المواد ٦، ٧، ٨ من قانون المنافسة فإنه يطبق عليها.

ويلاحظ أنه لا خشية من تطبيق نصوص قانون العقوبات التي تجيز الحبس كعقوبة سالبة للحرية باعتباره العقوبة الأشد؛ لأن قانون المنافسة أتاح التصالح مع المتهم، كما يذهب التحليل الاقتصادي إلى أن العقوبات السالبة للحرية هي عقوبة مناسبة للأفراد^(٣). وبالإضافة إلى ذلك، فإن الواقع يؤكد كراهية رجال الأعمال للسجن،

(١) Klein, J.: The War Against International Cartels: Lessons from the Battlefield, in B. Hawked. International Antitrust Law and Policy, New York: Juris Publications, 2000, p.14.

(٢) تنص المادة ٣٤٥ عقوبات على عقاب كل: "الأشخاص الذين تسببوا في علو أو انحطاط أسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها في المعاملات التجارية بنشرها عمداً بين الناس أخباراً أو إعلانات مزورة أو بإعطائهم للبائع أكثر مما طلبه أو بتواطؤهم مع مشاهير التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعة أو غلال على عدم بيعه أصلاً أو على منع بيعه بثمن أقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأي طريقة احتيالية أخرى، يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. كما تنص المادة ٣٤٦ من قانون العقوبات على أن: "يضاعف الحد الأقصى المقرر لعقوبة الحبس إذا حصلت تلك الحيلة"، والحيلة هي إعلانات مزورة لزيادة الأسعار أو تواطؤ مع مشاهير التجار، وفيما يتعلق بسعر اللحوم أو الخبز أو حطب الوقود والفحم أو نحو ذلك من الأشياء الضرورية هذه مواد واردة في قانون العقوبات ولا يلغها القانون الحالي؛ لأن القانون الحالي يتدارك ذلك بنصه على عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

(٣) وقبل وقت طويل من ظهور التحليلات الاقتصادية التي صدرت للجريمة، قال الرئيس الأمريكي وودرو ويلسون، الذي كان يدرس الاقتصاد في جامعة برينستون، في بيان إلى الكونجرس حول قانون المنافسة أن: "العقوبات ينبغي أن تقع ليس على الأعمال نفسها التي أدت إلى الارتباك والانقطاع، ولكن على الأفراد الذين يستخدمون أدوات العمل لفعل الأشياء التي تتنافى مع السياسة العامة والممارسات التجارية السليمة". مضبطة الكونجرس عام (١٩١٤م)، ص ١٩٦٣.

وفي عام ٢٠٠٦م قال النائب العام المساعد المسؤول عن شعبة مكافحة الاحتكار الأمريكية إن: "المحققين لدينا وجدوا أنه لا يوجد في الترسانة العقابية أفضل من عقوبة السجن كرادع"^(١).

الفرع الثاني العقوبات المالية

تعتبر العقوبات السالبة للحرية أبرز العقوبات في القانون العام^(٢)، غير أن العقوبات المالية التي تصيب المحكوم عليه في ذمته المالية فتُقطع من ثروته كالغرامة لها أهميتها كجزء بالنسبة لجرائم المنافسة. وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً - الغرامة:

الغرامة هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المقدر في الحكم، ولا يجوز أن ينقص هذا المبلغ عن مائة قرش، ولا يزيد حدها الأقصى في الجنب عن خمسمائة جنيه، وذلك مع عدم الإخلال بالحدود التي يعينها القانون لكل جريمة^(٣).

والغرامة إما أن تكون محددة يعين المشرع مقدارها بين حد أقصى وحد أدنى، ويترك للقاضي حرية الاختيار بينهما، وإما أن تكون نسبية يحدد مقدارها بنسبة معينة من الضرر المترتب على الجريمة، أو الفائدة التي حصل عليها الفاعل. وبالتالي، فمقدارها لا يحدد بمبلغ معين، ولكنه يحدد بنسبة معينة من النفع أو الضرر، إضافة إلى خطورة الفعل، ومدى الأضرار التي لحقت بالاقتصاد، والحالة الفردية للشركة، واحتمال تكرار الوقائع^(٤). وفيما يلي بيان نوعي الغرامة في جرائم المنافسة:

أ - الغرامة المحددة :

تعتبر الغرامة المحددة هي العقوبة الجنائية الوحيدة الواردة في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، حيث تنص المادة ٢٢ منه على أنه:

(١) T. Barnett, Seven Steps to Better Cartel Enforcement, speech at the 11th annual Competition Law & Policy Workshop, European Union Institute (2 June 2006), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/216453/pdf>.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٥٦٦.

(٣) المادة ٢٢ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م.

(٤) د. غنام محمد غنام، الوجيز شرح قانون العقوبات "القسم العام"، بدون دار نشر، ٢٠٠٧-٢٠٠٨م، ص ٤٨٩.

"مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر يعاقب على كل مخالفة لأحكام أي من المواد (٦، ٧، ٨) من هذا القانون بغرامة لا يقل حدها الأدنى عن مائة ألف جنيه، ولا يجاوز حدها الأقصى ثلاثمائة مليون جنيه، وتضاعف الغرامة بحديها في حالة العود".

كما تنص المادة ٢٢ مكرراً على أنه: "يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه كل من:

١ - أخل بواجب الإخطار المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (١٩) من هذا القانون.

٢ - امتنع عن موافاة الجهاز بالبيانات أو الأوراق أو المستندات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة (١١) من هذا القانون، ومع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تكون العقوبة الغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تتجاوز مائتي ألف جنيه في حالة إمداد الجهاز ببيانات أو أوراق أو مستندات غير صحيحة مع العلم بذلك". كما تنص المادة ٢٢ مكرراً (أ) على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تتجاوز خمسمائة ألف جنيه كل من لم يلتزم بتنفيذ قرارات الجهاز الصادرة تطبيقاً لنص المادة (٢٠) من هذا القانون، وفي حالة العود تضاعف العقوبة بحديها الأدنى والأقصى".

كما تنص المادة ٢٣ على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر يعاقب على مخالفة أي من أحكام المادة (١٦) من هذا القانون بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه".

وبالنسبة للمشرع الأمريكي ينص قانون شيرمان بعد تعديله في ٢٢ يونيو ٢٠٠٤م على عقاب الشخص الطبيعي بغرامة تصل إلى ١ مليون دولار، كما يعاقب الشخص المعنوي بغرامة تصل إلى ١٠٠ مليون دولار وقد تصل الغرامة إلى ما حصل عليه الجاني من كسب مرتين، أو تكبده الآخرون من خسارة، كما يعاقب بغرامة تصل إلى ٥٠٠٠ دولار أمريكي كل من يخالف قراراً نهائياً صادراً عن اللجنة، أو مجلس إدارتها عن كل مخالفة وفقاً لقانون لجنة التجارة الفيدرالية.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي تصل الغرامة إلى ١٥٠٠٠ يورو نظير عدم الإفصاح عن البيانات اللازمة، أو البيع بأقل من التكلفة، كذلك يعاقب بغرامة قدرها ٧٥٠٠ يورو أي شخص يعرقل بأية وسيلة كانت عمل المحققين أو الأشخاص المذكورين في

المادة ٤٥٠-١ من قانون التجارة وموظفي سلطة المنافسة المنوط بهم تنفيذ القانون، كما يجوز الحكم بغرامة لا تزيد عن ٧٥٠٠٠ يورو وفقاً للمادة ٤٢٠-٦ من قانون التجارة على أي شخص طبيعي يمارس أنشطة ضارة بالمنافسة.

وقد طبق الاتحاد الأوروبي هذا النوع من الغرامة، حيث قام رئيس المفوضية الأوروبية بتوقيع جزاءات مالية كبيرة على شركة مايكروسوفت للحد من ممارستها غير المشروعة في مجال المنافسة؛ لأن المفوض يريد إنشاء سابقة قوية ورسم خط في الرمال يجعل أكبر وأغنى مجموعة شركات لتكنولوجيا المعلومات في العالم تتردد قبل اجتيازه، وكان ذلك الخط يتمثل في القرار الأولي الذي أعلنه رئيس المفوضية الأوروبية في هذه القضية في مارس ٢٠٠٤م ضد "مايكروسوفت" والذي اشتمل على غرامة بلغت ٤٩٧ مليون يورو، كما ألزم الشركة خلال ١٢٠ يوماً بالكشف عن نظم المعلومات و ٩٠ يوماً لإنتاج نسخة من ويندوز بدون ويندوز ميديا بلاير^(١).

وقد علقت شركة مايكروسوفت على ذلك بقولها إن: "ذلك القرار سيكون له تأثير سلبي على حقوق الملكية الفكرية وقدرة الشركات المهيمنة على الابتكار"^(٢)، كما أن مايكروسوفت ستدفع الغرامة بالكامل في يوليو ٢٠٠٤م^(٣)، وقد أطلقت مايكروسوفت نسخة من نظام التشغيل بدون ويندوز ميديا بلاير تحت اسم "ويندوز إكس بي"^(٤)؛ غير أنه لم يصدر بذات المواصفات المطلوبة ولم تدفع الغرامة المطلوبة، ورغم ذلك ذكرت مايكروسوفت في يونيو ٢٠٠٦م أنها بدأت في تقديم المعلومات المطلوبة للاتحاد الأوروبي، ولكن الاتحاد الأوروبي أعلن أن ذلك بعد فوات الأوان.

لذا؛ قام في ١٢ يوليو ٢٠٠٦م، بتغريم مايكروسوفت ٢٨٠,٥٠ مليون يورو في الفترة من ١٦ ديسمبر ٢٠٠٥م إلى ٢٠ يونيو ٢٠٠٦م، وهدد الاتحاد الأوروبي بزيادة الغرامة إلى ٣ مليون يورو أو (٤٨١٠٠٠٠٠ دولار) يومياً في ٣١ يوليو ٢٠٠٦م إذا لم تلتزم مايكروسوفت بحلول ذلك الوقت بتنفيذ هذه الالتزامات^(٥).

(١) Commission of the European Communities. Brussels, 21 April 2004.

(٢) Fried, Ina 21/4/2004 "Microsoft commentary slams EU ruling". CENT News.com. http://www.news.com/2100-1016_3-5-5197390.html.

(٣) Hines, Matt (2004-07-02).. "Microsoft pays EU in full". CNET News.com. http://www.news.com/2100-1014_3-5-5255715.html.

(٤) Marson, Ingrid 18/11/2005. "Still 'no demand' for media=player-free Windows". CNET News.com. http://www.news.com/2100-1016_3-5-5960750.html.

(٥) Lawsky, David; Zawadzki, Sabina 12/7/2006.. "EU fines Microsoft \$357.3 million for defiance". Reuters. <http://www.zeropaed.com/bbs/archive/index.php/t-38334.html>.

وبالنسبة للاستئناف الذي رفعته مايكروسوفت ضد المفوضية الأوروبية فقد خسرت في ١٧ سبتمبر ٢٠٠٧م. وأيدت المحكمة الغرامة المفروضة وهي ٤٩٧ مليون يورو، وكذلك الطلبات الخاصة بنظم التشغيل والمتعلقة بميديا بلاير. وبالإضافة إلى ذلك، فإن مايكروسوفت قد دفعت ٨٠٪ من التكاليف القانونية للجنة.

كما تم تغريم مايكروسوفت في ٢٧ فبراير ٢٠٠٨م، بمبلغ إضافي قدره ٨٩٩ مليون يورو لعدم الامتثال لقرار المفوضية الأوروبية في مارس ٢٠٠٤م. ويمثل ذلك أكبر عقوبة فرضت على الإطلاق خلال ٥٠ عاماً من سياسة المنافسة في الاتحاد الأوروبي حتى عام ٢٠٠٩م، عندما أصدرت المفوضية الأوروبية غرامة تصل إلى ١٠٦٠ مليار وستون مليون يورو، أو (١,٤٥ مليار دولار) عن السلوك المناهض للمنافسة^(١). وقد صدر هذا القرار الأخير في أعقاب فرض غرامة عدم الامتثال، الذي يغطي الفترة من ٢١ يونيو ٢٠٠٦م حتى ٢١ أكتوبر ٢٠٠٧م.

وقد استأنفت مايكروسوفت في ٩ مايو ٢٠٠٨م، أمام المحكمة الابتدائية الأوروبية سعياً لإلغاء الغرامة المقدرة ٨٩٩ مليون يورو.

وقد تتمثل الغرامة في مقابل التصالح^(٢) حيث تنص المادة ٢١ من قانون حماية المنافسة المصري على أنه: "لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها بالنسبة إلى الأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون إلا بطلب من الوزير المختص أو من يفوضه، وللوزير المختص أو من يفوضه التصالح في أي من تلك الأفعال قبل صدور حكم بات فيها، وذلك مقابل أداء مبلغ لا يقل عن مثلي الحد الأدنى للغرامة ولا يجاوز مثلي حدها الأقصى".

ب - الغرامة النسبية:

تشوب الغرامة المحددة بعض المثالب؛ كعدم قدرتها على ملاحقة التغيرات التي تطرأ على القطاع التجاري، والأرباح الطائلة التي يحققها مرتكبو تلك الجرائم، والتي تفوق مقدار الغرامة المحددة بكثير، فقد اتجهت الأنظار صوب الغرامة النسبية.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالغرامة النسبية حال عدم تحقيق الأطراف المعنية للتعهدات التي قطعتها على نفسها؛ حيث ارتفعت الغرامات المفترض توقيعها من خلال

(١) <http://seekinngalphi.com/article/137467-european-commission-gives-intelrecord-fine-for-antitrust-biolation>.

(٢) يعتبر التصالح بمثابة تنازل عن طلب رفع الدعوى الجنائية ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية عن ذات الواقعة التي صدر بشأنها طلب رفع الدعوى.

التعديلات التشريعية عام ٢٠٠٨م، حيث أصبحت الغرامة ١٪ من إجمالي (حجم أعمال المشروع) بعد الضرائب وفقاً للمادة ٤٦٤-٢. وتحسب على أساس إجمالي رقم أعمال المشروع حول العالم وليس في فرنسا فقط، ولزيادة هذا الأساس يتم حساب رقم الأعمال على أساس أعلى مستوى له بعد القيام بالمخالفة أو خرق القانون، ويتم حساب إجمالي رقم الأعمال لكافة مشروعات المجموعة إذا كانت ميزانية المشروع المخالف تتم على أساس الميزانية الكلية للمجموعة^(١).

وتصل الغرامة التي يستطيع المجلس أن يفرضها على الأفراد إلى ٣ مليون يورو، وفي هذا الصدد لا بد من الإشارة إلى أن الحدود القصوى للعقوبة مازالت في حدودها النظرية، ولم تنزل لأرض الواقع وحدود التطبيق، فلم يفرض المجلس الحد الأقصى للغرامة حتى ولو كان حساب أساس إجمالي رقم الأعمال على المستوى المنخفض له.

وبالنسبة للمشرع الأمريكي؛ فإنه يعاقب حال عدم تقديم طلب الإخطار بالاندماج بغرامة تصل إلى ١١٠٠٠ دولار أمريكي يومياً، ويمكن اشتراط حل المؤسسة ذات الصلة، ولا يجوز تنفيذ العملية قبل صدور الترخيص، وتطبق الجزاءات ذاتها إذا تمت العملية قبل الموافقة عليها.

كما تستطيع المفوضية الأوروبية وفقاً للمادة ٢٣ من اللائحة الأوروبية رقم ١ لسنة ٢٠٠٣م أن تعاقب بغرامة لا تتجاوز ١٪ من حجم المبيعات السنوية للمشروعات التي تأتي أياً من هذه التصرفات:

- ١ - الإدلاء بمعلومات غير صحيحة، أو مضللة لجهة الضبط وفقاً للمادة ١٧، ١٨/٢ من اللائحة الأوروبية رقم ١ لسنة ٢٠٠٣م.
 - ٢ - الرد على الطلب الذي تقدم به المقرر وفقاً للمادة ١٧ أو المادة ١٨/٣، ويزوده بمعلومات غير صحيحة، أو ناقصة، أو مضللة، أو لا يوفر المعلومات المطلوبة في غضون المهلة الزمنية المحددة.
 - ٣ - عدم اكمال الدفاتر والسجلات ذات الصلة لرجال الأعمال أثناء عمليات التفتيش بموجب المادة ٢٠، أو رفض الخضوع لعمليات التفتيش.
- كما تعاقب المشروعات المشاركة في الاتفاقات غير المشروعة أو تسيء استغلال

(١) Ordonnance no 2008-1161 du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, Journal Officiel De La République Française, 14 novembre 2008, Texte 8 sur 143.

الوضع المسيطر بغرامة تصل إلى ١٠٪ من رقم أعمال الشركة أو الشركات المدانة. وفي الواقع العملي فإن قيمة الغرامة المحكوم بها تتوقف على درجة جسامة التصرف الذي تم ارتكابه؛ فقيمة الغرامة تتراوح بين ١٠٠٠ ومليون يورو في حالة التصرفات قليلة الخطورة، وتتأرجح بين مليون وعشرين مليون في حالة التصرفات متوسطة الجسام، أما بالنسبة للتصرفات بالغة الخطورة، فإن قيمة الغرامة تتجاوز ٢٠ مليون يورو.

كما يجوز للمفوضية الأوروبية أن تحكم بالغرامة التهديدية وفقاً لنص المادة ٢٤ من اللائحة السابقة، والتي قد تصل قيمتها إلى ٥٪ من متوسط رقم الأعمال اليومي للشركة^(١)، كما يعاقب حال عدم تقديم طلب الإخطار بغرامة تتراوح بين ١٠٠٠ و٥٠٠٠٠ يورو. وإذا تم الاندماج قبل منح الترخيص توقع غرامة مقدارها ١٠٪ من مجموع رقم الأعمال العالمي للأطراف.

وأقر المشرع الأردني هذا النوع من الغرامة، حيث تنص المادة ٢٠ من قانون المنافسة رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤م على أن: "يعاقب كل من يخالف أياً من أحكام المادتين (٥) و (٦) من هذا القانون:

أ - بغرامة لا تقل عن (١٪) ولا تزيد على (٥٪) من الإجمالي السنوي لمبيعات السلع أو إيرادات الخدمات لمرتكب المخالفة، وتحتسب على النحو التالي:

١ - على أساس الإجمالي السنوي لمبيعات السلع أو إجمالي إيرادات الخدمات في السوق حسبما هو مبين بالبيانات المالية للسنة المالية السابقة لارتكاب المخالفة.

٢ - على أساس الإجمالي السنوي لمبيعاته المتعلق بالمنتجات موضوع المخالفة إذا كان نشاط الجهة المخالفة يشتمل على منتجات عدة واقتصرت المخالفة على بعضها.

٣ - على أساس تحدده المحكمة إذا كان نشاط الجهة المخالفة يشتمل على منتجات عدة واقتصرت المخالفة على بعضها، وتعذر تحديد إجمالي المبيعات المتعلق بالمنتجات موضوع المخالفة.

ب - بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠) ألف دينار ولا تزيد على (٥٠٠٠٠) خمسين ألف دينار، إذا كان رقم المبيعات أو الإيرادات غير محدد.

(١) Council Regulation (EC) No 1/2003, Official Journal of the European Communities, 4-1-2003.

وعندما أقر المشرع الأردني الغرامة المحددة بجانب الغرامة النسبية، فقد وضع قاعدة عامة مؤداها أنه يجب أن: "يراعى في تحديد الغرامات المفروضة بموجب أحكام هذا القانون حجم المنفعة التي حصلت عليها الجهة المخالفة ومقدار الضرر الواقع على الغير"^(١).

كما سار المشرع الكويتي على نفس الدرب، بعقابه على هذه الأفعال بغرامة لا تتجاوز مائة ألف دينار أو ما يساوي قيمة المكاسب غير المشروعة المحققة لأيهما أكبر^(٢).

وبالنسبة للمشرع المصري فلم يأخذ بهذا النوع من الغرامة، وقد بررت لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب عدم الأخذ بالغرامة النسبية بالآتي: ١- حداثه قانون المنافسة، حيث صدر عام ٢٠٠٥م، ٢- سرعة استجابة القضاء، وصدور الأحكام دون الدخول في ملابسات، أو دون الدخول في مناقشات؛ لذا رأت اللجنة أن يكون هناك حد أدنى وحد أقصى للعقوبة الموقعة عند وجود أي ممارسات ضارة بالمنافسة^(٣).

والواقع أن هذا الاتجاه محل نظر؛ لأهمية الغرامة النسبية كجزاء عن الأفعال الضارة بسوق المنافسة المشروعة، وتحقيقها العدالة في أسمى معانيها والمساواة في أدق صورها على عكس الغرامة المحددة التي يتم تحديدها جزافاً ما بين حد أدنى وحد أقصى يكون في الأغلب الأعم قليلاً جداً لا يتناسب مع الضرر أو الربح المحقق، ولا يحدث ردعاً لمرتكبي هذه الجرائم. وبالتالي لا تتحقق أغراض العقوبة من ردع وعدالة.

ويفضل ربط قيمة الغرامة المفروضة على المخالف برقم الأعمال الخاص بأنشطته، بالإضافة إلى النص على عقوبة السجن في بعض الحالات التي ينتج عنها آثار خطيرة على الاقتصاد القومي على غرار ما فعل القانون الفرنسي والأمريكي^(٤).

ومع ذلك يرى البعض ضرورة أن يتم تحديد الجزاء بناءً على شدة الجرم^(٥)، وليس وفقاً للربح الذي حققه أو الضرر الذي أحدثه، حيث يتطلب ذلك بذل جهود

(١) المادة ٢٥ / أ من قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤م.

(٢) المادة ١٩ من قانون المنافسة الكويتي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٧م.

(٣) مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الثلاثين بعد المائة، المنعقدة في ١٦ يونيه ٢٠٠٨م، ص ٦١.

(٤) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٨٦، ٨٧.

(٥) Making sanctions proportionate to severity is essential to maintain a deterrent effect at the margin. See G. Stigler., The Optimum Enforcement of Laws, 78 Journal of Political Economy 526, (1970).pp.527-528.

مكثفة لتقدير هذه الآثار؛ لذا ينبغي تجنب ذلك؛ لأن من شأنها تقويض كفاءة النظام القانوني بشكل خطير^(١). علاوة على ذلك، استناد العقوبات على تقديرات الربح أو الضرر من شأنه أن يوفر ببساطة فرصة لأولئك الذين ينخرطون في النشاطات الضارة الهروب من العقوبات الخطيرة نتيجة لصعوبات في التقدير. وبالتالي تفقد هذه العقوبات أثرها الرادع بدرجة كبيرة، والواقع أن هذا الرأي رغم وجاهته إلا أن شدة الجرم قد تتوقف على مقدار الربح الذي حققه الجاني، أو الخسارة التي تسبب في إحداثها للآخرين.

ثانياً - أهمية العقوبات المالية في جرائم المنافسة:

للعقوبات المالية أهميتها كجزاء بالنسبة لجرائم المنافسة؛ لأن الدافع الأساسي إليها هو الحصول على أرباح غير مشروعة، إضافة إلى أنها ملائمة للتطبيق على الأشخاص المعنوية^(٢)، كما أنها تُحدث في النفس ألماً ربما يفوق ألم العقوبات السالبة للحرية؛ لأن ما يحقق الردع ليس فقط دخول السجن، وإنما إجراءات التحقيق والمحاكمة وصدور الحكم، حيث إن تحقيق الردع الناتج عن فقدان السمعة من الاتهام قد يكون أكثر أهمية من العقوبة السالبة للحرية؛ خصوصاً في القطاع التجاري^(٣).

كما تفضل العقوبات المالية العقوبات السالبة للحرية من حيث انخفاض تكلفتها^(٤)، وعدم تكلفة الدولة شيئاً؛ بل تزيد من إيراداتها^(٥)، وعدم اختلاط المحكوم عليه بعتاة المجرمين الذين قد يعلمونه الإجرام^(٦)، يُضاف إلى ذلك أنه قد يبلغ

(١) W. Schwartz & G. Tullock, The Costs of a Legal System, 4 Journal of Legal Studies (1975), p. 75.

(٢) د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٩م، ص ١٥٦.

(٣) Reputation Loss from Conviction Might be More Important than Prison Sentence.

- Mark (A.) Cohen, the Economics of crime and punishment and new technology offenses, 9 Geo. Masonl. Rev. 503, winter, 2000, p. 7.

(٤) An economic analysis of long- and short-run cost functions for large prisons that is based on the modern theory of the firm.

- (B.) and Ann D. white, An Economic Analysis of Crime and Justice: theory, Methods, and Applications., 98 Harv. L. Rev. 504, December, 1984, p. 1.

(٥) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٧م، ص ١٠٤٥.

(٦) (A.) Mitchelle polinsky, The optimal use of fines and imprisonment when wealth is unobservable, Journal public Economics, Vol. 90, nos. 4-5, 2006, pp. 823-835.

مقدارها مبالغ طائلة ترهق المحكوم عليه، وتجعله عبءاً لغيره، ومن ثم ينبغي استخدامها إلى أقصى حد ممكن^(١)؛ لذا يرى البعض أن الغرامات الكبيرة يمكن أن تحقق نفس المستوى من الردع مثل عقوبة السجن^(٢). كما أنها قابلة للتجزئة بحسب درجة خطأ المحكوم عليه.

ويرى البعض عكس ذلك، على أساس أن فرض الجزاءات النقدية على مؤسسات الأعمال غير مكلف، وأن الغرامات على هذا المستوى المنخفض من غير المرجح أن تحقق المستوى المطلوب من الردع عن هذه الجرائم، كما أن جمع غرامة كبيرة أمر قد يكون صعباً؛ لأن معظم الشركات لن يكون لها أصول سائلة كافية لتغطية الغرامة^(٣). مما يؤدي إلى اختلالات كبيرة، وربما التصفية^(٤). وبالتالي فإن السياسات المعلنة من اللجان التي تفرض الغرامة في كل من أوروبا والولايات المتحدة هي بحث مدى القدرة على دفع الغرامة^(٥).

Fines versus imprisonment. Fines generally are preferable to prison terms as a means of deterrence, since fines are socially cheaper sanctions to impose (Becker, 1968). Hence, fines should be employed to the greatest extent possible - until a party's wealth is exhausted before imprisonment is imposed. Further, imprisonment should be used as a sanction only if the harm prevented by the added deterrence is sufficiently great

- (A.) Mitchell Polinsky and (S.) Shavell, Economic Analysis of law, p. 29, available at: <http://ecsocman.edu.ru/db/msh/52430.html> site visited on 4/8/2009.

Significant technical objections to this assertion are based attitudes toward risk. See M. Block & R. Lind, An Economic Analysis of Crimes Punishable by Imprisonment, 4 Journal of Legal Studies 479 (1975); M. Block & R. Lind, Crime and Punishment Reconsidered, 4 Journal of Legal Studies 241 (1975); J. Coffee, Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions, 17 American Criminal Law Review 419, 423-26 (1980), p. 424.

C. Craycraft, J. Craycraft & J. Gallo., Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay, 12 Review of Industrial Organization (1997), p. 171.

J. Joyce., The Effect of Firm Organizational Structure on Price-Fixing Deterrence, Contemporary Policy Issues, October 1989, at 19, 34. Since this study, however, the focus of criminal antitrust enforcement in the United States has shifted to major international cartels.

See Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No. 1/2003, O.J. C 210/2, para. 35 (1 Sept. 2006) (allowing fines to be reduced on the basis of "inability to pay" if the fine otherwise "would irretrievably jeopardize the economic viability of the undertaking concerned"); United States Sentencing Commission, Federal Sentencing Guidelines Manual 8C3.3 (2007) (allowing fines to be reduced on the basis of ability to pay but "not be more than necessary to avoid substantially jeopardizing the continued viability of the organization").

يضاف إلى ذلك عدم تحمل المديرين والمساهمين الذين يحصلون المكاسب الناتجة عن النشاط لها، ولكن يتحملها الموظفون الأبرياء والموردين والموزعين^(١)، كما أن فرض غرامات كبيرة يتعارض مع أهداف سياسة المنافسة؛ حيث تؤدي إلى القضاء على المنافسين، إضافة إلى أنها تحرم المجتمع من إنتاجية المحكوم عليهم^(٢).

خلاصة القول، إن النصوص الواردة في قانون حماية المنافسة خالية من العقوبات المقيدة للحرية رغم ورودها في مشروع القانون^(٣). وربما يرجع ذلك إلى جسامه هذه العقوبات، ورغبة المشرع في أن يترك الباب مفتوحاً أمام رجال الأعمال وأصحاب الشركات للتصالح ودفع الغرامة، وقيام المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً.

والواقع أن هذا أمر غير محمود؛ لأن العقوبات المالية قد تغري العديد من الشركات الكبرى بارتكاب أفعال غير مشروعة، إذا وجدت هذه الشركات أن العائد من هذه الممارسات، رغم مخالفتها للقانون سيكون أكبر من حجم الغرامة المدفوعة، وفي مثل هذه الأحوال سوف تعتبر هذه الشركات الغرامة بمثابة جزء من تكاليف الإنتاج مما يشكل دافعاً لها.

وقد جاء ذلك متفقاً مع اتجاه محكمة النقض المصرية أثناء فصلها في الطعن المتعلق بقضية الأسمنت بتوجيهها نداءً إلى المشرع بقولها: "ليت المشرع ينظر إلى جريمة الاحتكار بنوع من الجدية ويرتفع بها إلى مصاف الجنايات وتضحي العقوبة المقيدة للحرية وسيلة رادعة لهؤلاء؛ لأن المسألة إذا وقفت عند حد الغرامة المالية تمت الموازنة بينها وبين الربح الأكثر فلا يتوقف أحد عن الاحتكار ويكون المستهلك هو الضحية"^(٤).

(١) J. Coffee, Jr., "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 Michigan Law Review 386, 38993, (1981), pp. 401402; R. Kraakman, Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls, 93 Yale Law Journal 857, (1984), pp.882-883; Wils, supra note 30, at 1970.

(٢) E.g., R. Posner, Economic Analysis of Law 22324 (7th ed. 2007); G. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 Journal of Political Economy 169 (1969); K. Elzinga & W. Breit, Antitrust Penalties and Attitudes Toward Risk: An Economic Analysis, 86 Harvard Law Review 693 (1973); R. Posner, Optimal Sentences for White-Collar Criminals, 17 American Criminal Law Review 409 (1980).

(٣) انظر: المواد ٣٤ - ٣٦ من مشروع القانون.

(٤) نقض جنائي جلسة ٢١/٦/٢٠٠٩م، الطعن رقم ٤٨٠١ لسنة ٣ق، لم ينشر بعد.

المطلب الثاني

التدابير الاحترازية المقررة لجرائم المنافسة

تمهيد:

تتمثل التدابير الاحترازية^(١) في مجموعة الإجراءات التي تطبق على من تثبت خطورته الإجرامية على النظام الاجتماعي، وتهدف هذه التدابير إلى عدم العودة إلى ارتكاب الجريمة، أو ارتكابها ابتداءً^(٢). ومن صور التدابير التي تواجه جرائم المنافسة ما يلي:

الفرع الأول

التعديل والإزالة

تنص المادة (٢٠) من قانون حماية المنافسة المصري على أن: "للجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد (٦، ٧، ٨) من هذا القانون تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً^(٣)، أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز وإلا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف للمادتين (٦، ٧) من هذا القانون باطلاً...".

(١) اهتم الفقه الإسلامي من قبل بهذا الأمر فلم يكتف بتحريم الاحتكار وبيان ضرره على المجتمع، وتقرير عقوبة المحتكر الدنيوية والأخروية فحسب، بل توسع في ذلك حيث أجاز لولي الأمر أو نائبه أن يتدخل لمنع وقوع الاحتكار في الأسواق والقضاء عليه، ومن التدابير التي ذكرها بعض الفقهاء والتي يتدرج ولي الأمر في الأخذ بها أثناء نظره في واقعة الاحتكار: أن ينهاء عن الاحتكار، ويأمره ببيع الأموال المحتكرة الفائضة عن كفايته. وإن لم يرتدع أجبره على بيعها عن طريق الاستيلاء عليها، وبيعها للناس بثمن المثل الذي لا يضر بهم وإرجاع ثمن المثل له، أو سعر عليه بعد مشورة أهل الرأي والبصيرة والخبراء بشؤون الأسواق، وإجباره على البيع بهذا السعر. فإن عاد ولم ينزجر حبسه وعزله على ما يراه زاجراً ورادعاً له ولمن هم على شاكلته. وقد ورد أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه "أخبر برجل احتكر طعاماً بمائة ألف، فأمر به أن يحرق".

(٢) د. عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الاحترازية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ١١، ١٢.

(٣) قرر جهاز حماية المنافسة ذلك أثناء تقديم السيد الدكتور/ حسن محمد رءوف ضد أحد أصحاب استوديوهات التصوير بمدينة الإسكندرية لاحتكاره كافة تجهيزات الأفراح داخل قاعات الفنادق الفاخرة بالإسكندرية، مستنداً على بند خاص بعقود إقامة الأفراح يوفر الحماية التامة لاحتكاره لهذا النشاط ويلزم العميل بالتعاقد معه في إيجار الصوت والضوء وتصوير الفيديو والتصوير الفوتوغرافي وكافة التجهيزات الأخرى مثل كسوة المقاعد ومفارش المناضد. وبالنظر إلى ممارسات الاستوديو في ضوء أحكام المادة (٧) من قانون حماية =

كما تنص المادة ٦٦/٢ من قانون التجارة المصري على أن: " للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تأمر بإزالة الضرر". كما أقرت المادة ١٠١ من المعاهدة الأوروبية إلغاء التصرفات والاتفاقات، أو الشروط المدرجة فيها التي تضر بالمنافسة.

الفرع الثاني الوقف والنشر

أولاً- الوقف:

تنص المادة ٢٠ من قانون المنافسة المصري على أن: " يكون للجهاز أيضاً عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة في المواد (٦، ٧، ٨) الحق في إصدار قرار بوقف الممارسات المحظورة فوراً، أو بعد انقضاء الفترة الزمنية المشار إليها سالفاً دون تعديل الأوضاع وإزالة المخالفة.

ويجوز وقف نشاط الشركة إذا خالفت أحكام هذا القانون، أو لائحته التنفيذية أو قرارات مجلس إدارة الهيئة الصادرة تنفيذاً له، أو إذا فقدت أي شرط من شروط الترخيص ولم تقم بعد إنذارها بإزالة المخالفة، أو استكمال شروط الترخيص خلال المدة وبالشروط التي يحددها رئيس الهيئة".

وبالنسبة للاتحاد الأوروبي فإنه يمكن إيقاف الصفقة حتى اتخاذ القرار النهائي مع استثناء محدود للعطاء العلني، وذلك كجزء من حال عدم الإخطار، كما يجوز لسلطة المنافسة الفرنسية أن تطلب من الأطراف المعنية إيقاف كافة الممارسات الضارة بالمنافسة خلال مدة محددة أو فرض شروط خاصة. وقد تطلب من الشركات المسببة للضرر تقديم تعهدات معينة على نحو يكون من شأنه الحد من الممارسات الضارة بالمنافسة.

وتستخدم بعض التشريعات لفظ المنع بدلاً من لفظ الوقف، حيث تقول يجوز للمجلس فضلاً عن العقوبة المقررة أن يحكم في حالة المخالفة للمادتين ٥، ٦ من هذا

= المنافسة، تبين مخالفة العقد المبرم بين الأستوديو والفنادق المتعاقد معها لأحكام هذه المادة؛ لذا قرر مجلس إدارة الجهاز في أكتوبر ٢٠٠٩م تكليف كل من الأستوديو والفنادق المتعاقد معها بإزالة المخالفة المشار إليها، مع إخطار الجهاز بإزالة المخالفة وتعديل الأوضاع. انظر موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري <http://www.eca/org.eg/ECA/default.aspx> وقد تمت زيارته في ١/١٠/٢٠١٠م.

القانون بمنع المنشأة المخالفة من التعامل مع الجهات العامة على أي وجه مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات^(١).

وتخول المادة ٤٦٤-٩ من قانون التجارة الفرنسي لوزير الاقتصاد وقف الأعمال المشار إليها في المواد ٤٢٠-١، ٤٢٠-٢، ٤٢٠-٥، والتي تقابل الممارسات المنصوص عليها في المادتين ٨١ و ٨٢ من الاتفاقية الأوروبية.

كما أصدرت إحدى محاكم الاستئناف الاتحادية في الولايات المتحدة حكماً يلزم شركة مايكروسوفت الأمريكية العملاقة للبرمجيات بوقف بيع نسخ وورد ابتداءً من ١١ يناير ٢٠١٠م، بحسب ما ذكرت وكالة الأنباء الألمانية.

وجاء هذا الحكم بناءً على الاستئناف الذي تقدمت به مايكروسوفت ضد حكم هيئة محلفين في تكساس في أغسطس الماضي، والذي أدان مايكروسوفت بانتهاك حقوق الملكية الفكرية المملوكة لشركة آي فور آي الكندية في برنامج وورد. وقالت محكمة الاستئناف إن الشركة الكندية التي طورت التقنية محل الشكوى المعروفة باسم (إكس إم إل) سجلت حقوق ملكيتها الفكرية، لكنها تعرضت لخسائر بسبب ما قامت به مايكروسوفت من اعتداء على حقوق ملكيتها الفكرية.

ثانياً - النشر:

تنص المادة ٢٤ من قانون حماية المنافسة المصري على أنه: "يحكم بنشر الأحكام النهائية الصادرة بالإدانة في الأفعال المشار إليها في المادة ٢٢ من هذا القانون في الجريدة الرسمية وفي جريدين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه".

كما تنص المادة ٢/٦٦ من قانون التجارة المصري على أن: "للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تأمر بإزالة الضرر، ونشر الحكم الذي يقضي بذلك على نفقة المحكوم عليه، بالإضافة إلى التعويض المحكوم به".

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر قرارها كاملاً، أو مقتطفات منه في الصحف، على حساب الشخص المدان، وكذلك لسلطة المنافسة أن تأمر بنشر وإعلان قرارها أو جزء منه على النحو الذي تحدده، كما يجوز للسلطة أيضاً أن تقرر عقوبة الغرامة التهديدية على الأطراف المعنية بقيمة ٥٪ من رقم

(١) المادة ٢٥ من قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨م.

الأعمال المتوسط اليومي للشركة عن كل يوم تأخير اعتباراً من تاريخ محدد من أجل إجبارها على تنفيذ قرارات سلطة المنافسة.^(١)

والهدف من النشر هو إبلاغ الشركات وعامة الناس بأضرار السلوك غير المشروع^(٢).

ونهايةً يلزم أن تتقرر هذه التدابير لمواجهة الانتهاكات التي تقع في سوق المنافسة في حدود الضرر الذي وقع أو من المحتمل وقوعه.

المبحث الثاني الأسباب المخففة والمشددة للعقاب عن جرائم المنافسة

تمهيد:

أقر المشرع المصري بعض الأسباب التي تخفف، أو تشدد العقاب في مجال المنافسة من خلال القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م، وتتمثل هذه الأسباب في التبليغ عن

(١) موقع سلطة المنافسة الفرنسية تمت زيارته في ١٠/١/٢٠١١م.
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard/php?id_rub=160&id_article=502

(٢) تقدمت "جمعية مواطنون ضد الغلاء وجمعية ابني بيتك" ببلاغ للنائب العام قيد برقم ١٨٩٩٩ لسنة ٢٠١٠م عرائض ضد شركات الأسمنت في مصر والذين صدر ضدهم حكم في القضية المعروفة إعلامياً بقضية "احتكار شركات الأسمنت"، وهي القضية التي انتهت فيها محكمة النقض بصدر حكمها برفض طعون الشركات لإلغاء حكم أول درجة الصادر ضدهم بتغريم ٢٠ متهماً مبلغ ١٠ ملايين جنيه لكل منهم، إلا أن شركات الأسمنت التي صدر ضدها الحكم قامت بسداد الغرامة التي تضمنها منطوق الحكم وهو مبلغ ٢٠٠ مليون جنيه ولم تقم بتنفيذ الجزء الآخر الذي نص عليه الحكم وهو نشر الحكم في جريدة الوقائع المصرية وجريدتين يوميتين واسعتي الانتشار. وأضاف محمود العسقلاني مؤسس جمعية "مواطنون ضد الغلاء" في بلاغه أنه لم تكن المطالبة بنشر الحكم طبقاً لنص حكم محكمة مدينة نصر فقط؛ بل يأتي تنفيذاً لنص المادة ٢٤ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م، الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية والتي تنص على نشر الأحكام النهائية الصادرة بالإدانة في الأفعال المشار إليها في المادة ٢٢ من هذا القانون في الجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه، انظر: موقع نقابة المحامين المصرية http://www.baegypt.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1340:-9-9--&catid=104:incidents-issues&Itemid=400.

وقد تمت زيارته في ٥/٥/٢٠١١م.

الجرائم كأحد الأسباب المخففة للعقاب باعتباره عذراً قانونياً، في حين يمثل العود سبباً لتشديد العقاب عن هذه الجرائم. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول

الأسباب المخففة للعقاب عن جرائم المنافسة

يعتبر التبليغ عن هذه الجرائم أحد الأسباب المخففة للعقاب عن جرائم المنافسة، حيث تنص المادة ٢٦ من قانون المنافسة المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م على أنه^(١): "في حالة ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في المادتين (٦)، (٧) من هذا القانون يجوز للمحكمة أن تقرر الإعفاء من العقوبة بنسبة لا تزيد عن نصف العقوبة المقضي بها، لكل من بادر من المخالفين بإبلاغ الجهاز بالجريمة، وبتقديم ما لديه من أدلة على ارتكابها، ومن تقدر المحكمة أنه أسهم في الكشف عن عناصرها، وإثبات أركانها في أية مرحلة من مراحل التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة".

ويرجع ذلك إلى أن هذه الجرائم تقوم أساساً على العمل السري؛ لأن الاتفاقات على سبيل المثال غالباً ما تكون ضمنية، وبالتالي يصعب على جهات الضبط كشفها، سواء أكانوا من أعضاء جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية أم من رجال الضبط العاديين؛ لذا أعلا المشرع قيمة الكشف عن هذه الجرائم على عقاب هؤلاء لما له من تأثير على المنافسة داخل السوق الوطني.

(١) هذه المادة مضافة بالقانون رقم ١٩٣ لسنة ٢٠٠٨م، انظر الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر (ب) في ٢٢ يونيو ٢٠٠٨م. وكان مجلس الشعب قد وافق على حذف المادة ٢٦ من مشروع القانون بقصد الحرص على حماية السوق، وحماية المستثمرين من تقدم البعض عمداً لتكوين الجريمة، أو الشروع في تكوينها ثم الإبلاغ عنها، وهذه هي المادة المتعلقة بالإعفاء من العقاب، وذلك في جلسته الحادية والثلاثين بعد المائة بتاريخ (١٦ يونيو ٢٠٠٨م)، وكان الإعفاء هنا يتعلق بالإعفاء من كل العقوبة، حيث كان نصها: "يعفى من العقوبة، في حالة ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في المادتين ٦، ٧ من هذا القانون، من بادر من المخالفين بإبلاغ الجهاز بالجريمة وبتقديم ما لديه من أدلة على ارتكابها، وذلك قبل أول علم للجهاز بها، ويجوز للمحكمة أن تعفي المتهم من العقوبة متى قدرت أنه أسهم في الكشف عن عناصر الجريمة وإثبات أركانها في أية مرحلة من مراحل التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة"، غير أن المجلس وافق عليها في جلسته التاسعة والثلاثين بعد المائة المنعقدة بتاريخ ١٨ يونيو ٢٠٠٨م، انظر: مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الحادية والثلاثين بعد المائة ١٦ يونيو، ٢٠٠٨م، ص ٧.

وعلى الرغم من ذلك، يرى البعض عدم الأخذ بالأعذار المعفية؛ لأنها تتعارض مع الشعور بالعدالة لما تنطوي عليه من إعفاء مذنّب من العقاب رغم ثبوت إدانته، كما أنها تتعارض مع الغرض النفعي للعقوبة، حيث يدفع ذلك الأفراد إلى عدم احترام القانون، إضافة إلى أنها تدفع بعض الأفراد إلى الاعتراف كذباً للاستفادة من العذر القانوني، أو كيداً في الآخرين^(١).

يضاف لما سبق، أنه ليس هناك دليل كافٍ ومقنع على أن تطبيق مبدأ الإعفاء من العقوبة هو السبيل الأساسي لإقناع الأفراد على تقديم الدليل اللازم على قيام فعل يخالف قانون المنافسة والقيام بممارسات ضارة^(٢).

ويلاحظ أن الإعفاء المقرر من قبل المشرع المصري ليس إعفاءً كلياً، ولكنه إعفاء جزئي من العقاب، حيث وضع له المشرع حداً أقصى، وهي نسبة لا تزيد عن نصف العقوبة المقررة بها، وبذلك فهو عذر وليس عفواً، وبتحديد المشرع له يكون العذر قانونياً، وليس ظرفاً قضائياً.

لذا؛ وافق مجلس الوزراء على المشروع المقدم من وزارة الصناعة والتجارة الخارجية الذي يستبدل نص المادة (بقوله إنه: "في حالة ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في المادتين ومن هذا القانون، يعفى من العقوبة المقررة لها أول من بادر من المخالفين بإبلاغ الجهاز بالجريمة وبتقديم ما لديه من أدلة على ارتكابها، وذلك قبل أول علم للجهاز بها. ويجوز للمحكمة أن تعفي المتهم من العقوبة متى قدرت أنه أسهم في الكشف عن عناصر الجريمة، وإثبات أركانها في أية مرحلة من مراحل التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة".

وقد توسع المشرع في هذا الإعفاء، حيث يرتب أثره بغض النظر عن المرحلة التي تم فيها الإبلاغ عن الجريمة، أو تقديم الأدلة على ارتكابها، كما أن الإبلاغ عن الجرائم ليس هو السبب الوحيد للتمتع بالإعفاء، ولكن كل من قدم أدلة على ارتكاب الجريمة، إضافة إلى إعطاء المشرع سلطة تقديرية للمحكمة في الإعفاء إذا ارتأت أن شخصاً لم يبلغ عن الجريمة، ولكنه أسهم في الكشف عن عناصر الجريمة وإثبات أركانها.

وقد أقرت بعض التشريعات^(٣) ذلك بقولها: "للمحكمة أن تخفف عقوبة الغرامة

(١) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص ١١٠٦.

(٢) د. عاطف حسن النقلي، الجوانب التطبيقية للتشريع الاقتصادي للمنافسة في فرنسا، مجلس الشعب، الأمانة العامة، مركز البحوث البرلمانية، القاهرة، مارس ٢٠٠٩م، ص ١٤٨.

(٣) المادة ٢٥ / ب من قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤م.

على أي مخالف لأحكام المواد (٥) و (٦) و (٨) و (٩) و (١٠) من هذا القانون إذا قدم إلى المديرية معلومات تؤدي إلى الكشف عن تلك المخالفات. وينص البعض الآخر منها^(١) على أنه يجوز للجنة الدائمة اتخاذ قرار بتخفيف أو إعفاء أي منشأة مخالفة لأحكام هذا القانون (النظام) من العقوبات المقررة بموجب هذا القانون إذا بادرت بتقديم أدلة تكشف شركاءها في تلك المخالفة، وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط والاشتراطات اللازمة لذلك.

وقد أخذ بذلك قانون الاتحاد الأوروبي، وكذلك المشرع الأمريكي الذي أقر من خلال شعبة مكافحة الاحتكار^(٢) التابعة لوزارة العدل تنفيذ أول برنامج للإعفاء عام ١٩٧٨م، كما تم إقرار نظام إعفاء خاص بالشركات في عام ١٩٩٣م، ونظام إعفاء متعلق بالأفراد في عام ١٩٩٤م، وتم مراجعته وإصدار آخر تعديلات له في عام ٢٠٠٨م، وتستطيع الشركات الاستفادة من نظام الإعفاء سواء بعد أو قبل قيام جهة الضبط بالتحقيق، ومنح العفو لمشروع تجاري يكون من خلال المسؤولين التنفيذيين^(٣) على أن تتوافر الشروط التالية:

- ١ - عدم تلقي معلومات من أي مصدر آخر.
- ٢ - أن تكون الشركة قد اتخذت عند اكتشاف النشاط إجراءات سريعة وفعالة لإنهاء مشاركتها في النشاط.
- ٣ - التعاون الكامل والصادق مع جهات الضبط في جميع مراحل التحقيق.
- ٤ - أن يكون الاعتراف من قبل الشركة بقرار من مجلس الإدارة، وليس اعترافاً من جانب أحد المديرين أو المسؤولين في الشركة.

(١) المادة ١٦ من مشروع قانون المنافسة الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي، مايو ٢٠١٠م.
(٢) انظر: الموقع الإلكتروني لشعبة مكافحة الاحتكار التابعة لوزارة العدل الأمريكية. <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm> وقد تمت زيارته في ٥/٥/٢٠١١م.
(٣) P. Massey., Criminalization and Leniency: Will the Combination Favourably Affect Cartel Stability?, in K. Cseres, M.P. Schinkel & F. Vogelaar, eds., Criminalization of Competition Law Enforcement 176, 189 (2006) ("Unless the risk of imprisonment is perceived to be real, criminal sanctions are unlikely to enhance the effectiveness of leniency programmes"); S. Hammond., Cornerstones of an Effective Leniency Program, speech at the ICN Workshop on Leniency Programs (November 2004), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf> ("Individuals stand the most to lose and so avoiding jail sentences is the greatest incentive for seeking amnesty").

- ٥ - تعويض المضرورين من جراء الممارسات غير المشروعة.
 - ٦ - عدم قيام الشركة بإكراه طرف آخر على المشاركة في النشاط الضار.
 - ٧ - ألا تكون الشركة هي الرائدة والرعاية للاتفاق الضار.
- أما إذا كان الاعتراف بعد البدء في التحقيق فإنه يشترط بالإضافة إلى ما سبق توافر التالي:

- ١ - أن تكون الشركة هي أول من يعترف بالنشاط.
 - ٢ - عدم امتلاك جهة الضبط أدلة حقيقية ومؤكدة ضد الشركة.
 - ٣ - أن تكون الشركة عند اكتشاف النشاط أخذت إجراءات سريعة وفعالة لإنهاء مشاركتها في النشاط.
- ويشترط لتمتع الأفراد بالإعفاء من العقاب توافر الآتي:
- ١ - عدم استفادة الشخص من ذلك العذر مسبقاً.
 - ٢ - عدم تلقي جهة الضبط أي معلومات حول النشاط المبلغ عنه من أي مصدر آخر.
 - ٣ - التعاون الكامل والصريح والواضح في جميع مراحل التحقيق.
 - ٤ - عدم إكراه أي شخص على المشاركة في النشاط الضار بالمنافسة.
 - ٥ - ألا يكون الشخص له دور فعال ومنشئ للتصرف غير المشروع. وبناءً عليه، فإن الحالات التي يوجد فيها فاعلون رئيسيون يقومون بالتصرف يندثر الإعفاء الفردي. ولكن، ما هو الحكم إذا اكتشفت جهات التحقيق أن آثار النشاط المقترب أكبر وأوسع مما تم الاعتراف به، سواء من حيث المنتجات أم النطاق الجغرافي؟ هنا إذا كان هذا النشاط مرتبطاً بالسلوك الذي تم الاعتراف به يستفيد الشخص من الإعفاء، طالما لم يحاول مقدم الطلب إخفاء هذا السلوك، ويتعاون بشكل كامل، ومستمر، وأن تكون هذه الوقائع قد تم اكتشافها حديثاً، وأن يكون السلوك المكتشف حديثاً هو جزء من الجريمة الأصلية المبلغ عنها، أما إذا كان السلوك المكتشف حديثاً يشكل جريمة منفصلة، فلا بد من التبليغ عنها بشكل منفصل، كما قد يستفيد الشخص المائل للتحقيق من الإعفاء من العقاب إذا اعترف بجريمة أخرى، خلاف التي تم ضبطه بشأنها، ولم تكن سلطات الضبط تعلم عنها شيئاً.

ويتحدد مقدار الإعفاء من العقاب حسب عدد من العوامل هي:

- ١ - قوة الأدلة التي قدمها المبلغ.
- ٢ - أهمية التبليغ وقدرته على الحد من آثار التصرفات الضارة، ويتضح ذلك من خلال

حجم التجارة المعنية، والنطاق الجغرافي، وعدد الشركات المشاركة في المؤامرة والأفراد.

٣ - أن يكون التبليغ قد كشف عن وقائع لم تكن جهات الضبط قد توصلت إليها. ويتحمل مقدم طلب الإعفاء عبء إثبات صحة هذه الشروط، كما تلتزم جهة الضبط التي يقوم الفرد بتبليغها بعدم الكشف عن اسم مقدم الطلب، إلا إذا طلب منها ذلك بأمر من المحكمة في اتصال مع القاضي^(١).

ويطبق الإعفاء من العقاب في فرنسا كلياً أو جزئياً بصورة مباشرة دون أي طلب أو تحفظات بمجرد توافر شروط تطبيقه؛ حيث ينظر القانون الفرنسي إلى الفوائد والعوائد الاقتصادية المتحققة من الممارسة المقيدة للمنافسة، على أنها قد تكون سبباً في الإعفاء من العقاب^(٢).

وللإعفاء من العقاب بصورة كلية لا بد أن يساهم الشخص في الكشف عن الجريمة، ومركبيها من خلال الأدلة التي يقدمها، وألا تكون سلطة المنافسة قد علمت بها من تلقاء نفسها. وبالتالي، فإن تقديم معلومات مدعمة للمعلومات المتوافرة لدى السلطات المعنية لا تعتبر كافية لتطبيق الإعفاء الكامل من العقوبة، ولكن يمكن أن يؤدي ذلك إلى تخفيفها، كما يمثل سلوك المشروع أحد العناصر الأساسية لتطبيق الإعفاء أو التخفيف من العقوبة^(٣).

وقد وضعت سلطة المنافسة أربعة شروط يجب توافرها لتطبيق الإعفاء وهي:

(١) انظر: الموقع الإلكتروني لشعبة مكافحة الاحتكار التابعة لوزارة العدل الأمريكية. <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm> وقد تمت زيارته في ٥/٥/٢٠١١م.

(٢) د. عاطف حسن النقلي، الجوانب التطبيقية للتشريع الاقتصادي للمنافسة في فرنسا، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٣) مثال ذلك: وجود أحد المشروعات ولم توجه إليه اتهامات وتعهده بالامتثال للقانون وعدم القيام بممارسات ضارة في المستقبل، فإن المحقق قد يقترح على مجلس المنافسة أن هناك حاجة إلى تقليل العقوبة. بصورة أكثر تحديداً قد يكون هناك إعفاء كامل أو جزئي من العقوبات المالية يتخذ مع أحد المشاركين في اتفاق مضاد أو ضار بالمنافسة، إذا ما قدم ما يثبت قيام أو حدوث الاتفاق وتقديمه للدليل على تورط المساهمين بشرط ألا يكون المجلس قد توصل لهذا الدليل مسبقاً. بمعنى آخر قد يكون هناك إعفاء كلي أو جزئي من العقوبات المالية لأحد المشاركين في الاتفاق إذا ما قدم وأقام الدليل على وجود الاتفاق والمساهمين فيه، بشرط أن يكون هذا الدليل مجهولاً للمجلس من قبل؛ د. عاطف حسن النقلي، الجوانب التطبيقية للتشريع الاقتصادي للمنافسة في فرنسا، مرجع سابق، ص ١٤٦-١٤٧.

- ١ - التعاون الكامل من طالب الإعفاء مع سلطة المنافسة في كل مرحلة من مراحل التحقيق.
- ٢ - ألا يشترط إدخال أي مشارك آخر في الاتفاق الضار بالمنافسة في اتفاق الإعفاء.
- ٣ - التوقف الفوري عن مشاركته في الممارسة الضارة بالمنافسة.
- ٤ - ألا يعلم أحد من الأطراف الأخرى المشاركة في الممارسة الضارة بالمنافسة باتفاق الإعفاء.

ومن ثم، نجد أن سلطة المنافسة قد وضعت الشروط اللازمة لتطبيق الإعفاء من العقاب؛ فإذا ما توافرت هذه الشروط يكون لسلطة المنافسة أن تمنح إعفاءً كاملاً أو جزئياً، وبحيث يكون متناسباً مع المساهمة التي من خلالها تم التوصل إلى إثبات الجريمة.

ونهايةً، نود أن ينص المشرع المصري على وجوب الإعفاء الكامل من العقاب حال قيام المخالف بتبليغ الجهاز بالجريمة، وتقديم ما لديه من أدلة على ارتكابها، أو من تقدر المحكمة أنه أسهم في الكشف عن عناصرها وإثبات أركانها في أية مرحلة من مراحل التقصي والبحث وجمع الاستدلالات والتحقيق والمحاكمة، وذلك تشجيعاً للمخالفين على الكشف عن هذه الجرائم، نظراً لأنها ترتكب في إطار من السرية في الأغلب الأعم، كما أن الإعفاء الجزئي قد يجعل الأشخاص تحجم ولو لبعض الشيء عن التعاون مع السلطات المختصة^(١).

كما ينبغي ألا يكون طلب الإعفاء من قبل المبلغ مشروطاً، بل تتمتع السلطة المختصة بتقييم المعلومات التي قدمها المبلغ، وأن يتصرف مقدم الطلب وفقاً لتوجيهات السلطة أثناء وبعد التحقيق لمساعدتها، وألا يكون لمقدم الطلب دور بارز وواضح في جرائم المنافسة، أو أجبر أحد الأطراف على الدخول في النشاط الضار، وألا يكون الشخص قد أدين في جريمة أخرى من جرائم المنافسة، أو سبقت استفادته من نظام الإعفاء.

(١) أكدت الدكتورة/ منى ياسين رئيس جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري أن الجهاز كان قد انتهى من إدخال تعديلات على قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الحالي، لعرضها علي مجلس الشعب، ويتعلق أبرز هذه التعديلات بإعفاء المبلغ كليةً من العقاب لتشجيعه على الإبلاغ عن المخالفات الموجودة بالسوق، وذلك مثل العديد من الدول التي لديها أجهزة مماثلة لجهاز حماية المنافسة كهولندا واليابان؛ انظر: جريدة المصري اليوم، العدد ٢٣٨٤، الصادر يوم الخميس الموافق ٢٢ ديسمبر ٢٠١٠ م.

ونهايةً يجب التنويه، أن التبليغ عن الجرائم لا يكون فقط بقصد الإغفاء من العقاب، بل هو واجب على رجال الأعمال الشرفاء والمستهلكين إذا واجههم سلوك يشكل انتهاكاً لقوانين مكافحة الاحتكار؛ لذا فلا تتردد في إبلاغ السلطات؛ لأن انتهاكات مكافحة الاحتكار لا تؤثر فقط على المستهلكين ودافعي الضرائب، ولكن أيضاً على رجال الأعمال الذين يلتزمون بقوانين مكافحة الاحتكار؛ خصوصاً أن كشف هذه الانتهاكات يساعد على:

- ١ - وضع حد للسلوك غير القانوني الذي قد يكلف المستهلكين الملايين، أو حتى المليارات من الدولارات.
- ٢ - استفادة الخزانة العامة من الأموال المحصلة كالغرامات.
- ٣ - إمكانية تعويض المتضرر من الجريمة؛ لأن الحكومة والمستهلكين سيقومان برفع دعاوى لتحصيل التعويضات.

المطلب الثاني

الأسباب المشددة للعقاب عن جرائم المنافسة

يعتبر العود هو الظرف المشدد^(١) الوحيد المنصوص عليه في القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري؛ حيث تنص المادة ٢٢ منه على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر يعاقب على كل مخالفة لأحكام أي من المواد (٦، ٧، ٨) من هذا القانون بغرامة لا يقل حدها الأدنى عن مائة ألف جنيه، ولا يجاوز حدها الأقصى ثلاثمائة مليون جنيه، وتضاعف الغرامة بحديها في حالة العود".

كما أقر المشرع الكويتي ذلك بقوله: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب على مخالفة أحكام المادة الرابعة من هذا القانون بغرامة لا تجاوز مائة ألف دينار أو ما يساوي قيمة المكاسب غير المشروعة المحققة لأيهما أكبر، ويجوز الحكم بمصادرة السلع وفي حالة العود تضاعف الغرامة، ويكون الحكم

(١) ترجع الحكمة في جعل العود سبباً لتشديد العقوبة إلى أن الشخص الذي يعود إلى ارتكاب الجريمة بعد الحكم عليه في جريمة أخرى دليلاً على أن العقوبة الأولى لم تكن كافية لردعه، فهو أشد خطورة من الذي يرتكب الفعل لأول مرة، ومن أجل هذا كان العود سبباً شخصياً لتشديد العقاب، سواء أكان العائد فاعلاً أصلياً، أم شريكاً لا يتعدى أثره إلى غيره من المتهمين الذين لم يتوافر في حقهم العود؛ د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص ١١٤٧.

بمصادرة السلع وجوبياً، ويجوز الحكم بإيقاف النشاط المخالف بحد أقصى ثلاث سنوات^(١).

ويعتبر عائداً وفقاً للمادة ٤٩ من قانون العقوبات المصري كل:

أولاً: من حكم عليه بعقوبة جنائية، وثبت ارتكابه بعد ذلك جنائية أو جنحة.

ثانياً: من حكم عليه بالحبس مدة سنة أو أكثر، وثبت أنه ارتكب جنحة قبل مضي خمس سنوات من تاريخ انقضاء هذه العقوبة أو من تاريخ سقوطها بمضي المدة.

ثالثاً: من حكم عليه في جنائية أو جنحة بالحبس مدة أقل من سنة واحدة أو بالغرامة، وثبت أنه ارتكب جنحة مماثلة للجريمة الأولى قبل مضي خمس سنوات من تاريخ الحكم المذكور.

ويلاحظ أن لفظ العود جاء مطلقاً في قانون حماية المنافسة دون النص على أحكام خاصة له، ومن ثم تنطبق عليه الأحكام العامة الواردة في قانون العقوبات مما يعني تطبيق أحكام العود البسيط لعدم توافر شروط العود المتكرر على تلك الجرائم.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة مظاهر الإخلال بالمنافسة التي يمثل القضاء عليها أحد آليات حمايتها؛ حيث كشفت الدراسة عن هذه الصور التي تتمثل في الاتفاقات غير المشروعة، وإساءة استغلال المركز المسيطر الذي يتمتع به المشروع، وكذلك كل فعل من شأنه الإخلال بالرقابة، والإفصاح داخل سوق المنافسة.

وتمت معالجة هذه الجرائم من خلال بيان الشرط المسبق لها من خلال بيان الأشخاص أطراف الاتفاق، وكذلك النسبة التي يتطلبها المشرع، أو التي يكشف عنها الواقع من أجل أن يكون المشروع في وضع مسيطر، إضافة إلى بيان طبيعة المعلومة أو البيان التي يمثل إفشاؤها أو استغلالها جريمة، والشخص الملزم بالحفاظ عليها، وما يجب إخطار جهاز حماية المنافسة به، والحد الذي يلزم حال الوصول إليه القيام بالإخطار، كما تطرقت الدراسة إلى بيان السلوك الإجرامي في هذه الجرائم؛ لأنها في أغلبها جرائم سلوك (جرائم خطر)، إضافة إلى بيان الجزاء الملزم لهذه الجرائم سواء أكان عقوبة (سالبة للحرية - مالية) أم تدبيراً احترازياً، والأسباب التي من شأنها تشديد أو تخفيف هذا الجزاء.

(١) المادة ١٩ من قانون المنافسة الكويتي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٧م.

النتائج:

توصلت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها:

- ١ - تعتبر تشريعات حماية المنافسة أحد آليات حماية سياسة المنافسة التي أقرها النظام الاقتصادي الحر.
- ٢ - سعت تشريعات المنافسة جميعها إلى الحد من الأفعال الضارة بالمنافسة، سواء أكانت في صورة اتفاقات غير مشروعة، أم إساءة استغلال الوضع المسيطر، أم حظر الاندماجات الضارة.
- ٣ - تعمل تشريعات المنافسة على تكوين كيانات اقتصادية كبيرة من خلال تشجيعها الاندماج بين المشروعات الاقتصادية، شريطة اتباع الشروط المطلوبة أثناء عملية الاندماج، كما سعت إلى تحقيق الثقة والشفافية في تصرفات المتعاملين والعاملين داخل سوق المنافسة.
- ٤ - تعددت الجزاءات التي أقرتها تشريعات المنافسة ما بين عقوبات سالبة للحرية، وعقوبات مالية، إضافة إلى مجموعة من التدابير الاحترازية التي من شأنها الحد من المنافسة، كما أقرت الظروف المشددة والمخففة للجزاءات الجنائية المقررة لجرائم المنافسة.

التوصيات:

تتمثل توصيات هذه الدراسة في الآتي:

- ١ - تفعيل وتنمية روح المنافسة في السوق، ونشر ثقافة المنافسة بين الأفراد والشركات والتعريف بدور الأجهزة القائمة على حمايتها؛ وذلك لجني الثمار الاقتصادية المرجوة؛ لأن القانون وحده لا يكفي؛ بل لابد من توافر قناعة داخلية لدى الأفراد بأهمية المنافسة الحرة الشريفة.
- ٢ - تقديم الدعم الحكومي والمساعدات للمشروعات التي تعمل على تحقيق التقدم التكنولوجي والتنمية الاقتصادية.
- ٣ - عدم استثناء المرافق العامة التي تدار على أسس اقتصادية، وتستهدف في الأساس تحقيق الربح من الخضوع لنصوص المنافسة، وكذلك فروع المنشآت.
- ٤ - إعفاء الاتفاقات الهادفة إلى نقل التكنولوجيا وتشجيع البحث العلمي والتطوير، بالإضافة إلى الاتفاقات المتعلقة بالمشروعات الصغيرة والمتوسطة، والاتفاقات ضئيلة الأهمية؛ نظراً لما تمثله جميع هذه الاتفاقات من أهمية لعملية التنمية الاقتصادية.

- ٥ - ذكر المشرع المصري كلمة على سبيل المثال عند حصره الأغراض التي تسعى الاتفاقات غير المشروعة بين المتنافسين إلى تحقيقها، أو صاحب المركز المهيمن مع ضرورة تجريم الأفعال الضارة بالمنافسة والتي تصدر من الأشخاص، حتى ولو لم يكن ذلك نتيجة لاتفاق بينهم، أو نتيجة لاستغلال وضع مسيطر داخل السوق.
- ٦ - ضرورة العقاب على عدم الالتزام بقرارات رئيس مجلس الوزراء المتعلقة بتحديد أسعار السلع والمنتجات الرئيسية.
- ٧ - الرقابة المستمرة لسلوك الشركات المهيمنة؛ نظراً لمعاقبة المشروعات عن إساءة استخدام الوضع المسيطر، وعدم تحديد نسبة معينة للكشف عن الوضع المسيطر، وأن تترك هذه المهمة للقضاء ليقدرها حسب فحص كل حالة على حدة؛ لأن القول بخلاف ذلك يفترض ثبات السوق على وضع معين، وهذا أمر ليس صحيحاً دوماً.
- ٨ - وجوب تعيين مسؤول منافسة داخل كل شركة تكون مهمته متابعة نشاط الشركة، بحيث يتدخل حال وجود إجراء يتعارض مع القانون، وكذلك معرفة مدى التزام الشركة في تعاملاتها بنص القانون.
- ٩ - تقديم إخطار عن حالات الإدارة المتشابكة والموافقة المسبقة عليها، بغض النظر عما إذا كان هذا التشابك بين متنافسين رأسيين أو أفقيين.
- ١٠ - تجريم كافة الأقوال والتصريحات والشائعات الكاذبة التي قد يطلقها البعض، والتي تؤثر على دقة المعلومات المتعلقة بالمتعاملين في سوق المنافسة، مما يؤثر على سلامة قراراتهم.
- ١١ - إقرار العقوبات السالبة للحرية؛ خصوصاً عقوبة السجن، كجزاء عن جرائم المنافسة سواء للمتنافسين من الأفراد، أم للمديرين التنفيذيين القائمين على إدارة الشركات، مع الأخذ بالغرامة النسبية كإحدى صور العقوبات المالية، مع وضع حد أدنى لمقدارها، كما يجب إقرار الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير من قبل المنشآت التي لا تنفذ قرارات الأجهزة الرقابية حال صدورها.
- ١٢ - الأخذ بالإعفاء التام من العقاب بالنسبة للأشخاص الذين يمدون جهة الضبط بالمعلومات التي تمكنها من الكشف عن هذه الجرائم، مع ضرورة عدم إدخال أي مشارك آخر في السلوك الضار بالمنافسة في اتفاق الإعفاء، والتوقف الفوري عن مشاركته في الممارسة الضارة بالمنافسة، وألا يكون طلب الإعفاء مشروطاً؛ بل تتمتع السلطة المختصة بتقييم المعلومات التي قدمها المبلغ، وأن يتصرف مقدم الطلب وفقاً لتوجيهات جهة الضبط أثناء وبعد التحقيق لمساعدتها، وألا يكون

الشخص قد أدين في جريمة من جرائم المنافسة، أو سبقت استفادته من نظام الإعفاء. أما إذا كان مقدم الطلب شركة، فينبغي أن يكون نتيجة لقرار واضح وملزم من الشركة، وليس من قبل المدير منفرداً، أو أحد موظفيها، كما يستطيع المتهم الاستفادة من الإعفاء حتى لو اعترف بجريمة أخرى غير الجريمة التي ارتكبها.

١٣- ضرورة قيام المشروعات والأفراد إذا واجههم سلوك يشكل انتهاكاً لقوانين مكافحة الاحتكار بالتبليغ عنه؛ لأن الإنفاذ الفعال لقوانين مكافحة الاحتكار يتطلب تأييد الرأي العام، خصوصاً أن جهل ولامبالاة الجمهور من شأنه إضعاف إنفاذ قوانين مكافحة الاحتكار أكثر من أي شيء آخر.

المراجع^(١)

أولاً - المراجع باللغة العربية:

١ - الكتب والمؤلفات العامة:

- أحمد فتحي سرور:
 - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.
 - الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- عبد الرؤوف مهدي:
 - شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٧م.
 - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مطابع روز اليوسف، ٢٠٠٨م.
- عبد العظيم مرسي وزير: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
- غنام محمد غنام: الوجيز شرح قانون العقوبات "القسم العام"، بدون دار نشر، ٢٠٠٧-٢٠٠٨م.
- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه: النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٠-٢٠٠١م.
- محمد عبد اللطيف: قانون القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣-٢٠٠٤م.
- محمد عيد الغريب: الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٩م.
- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون دار نشر، ١٩٨٨م.

٢ - المراجع المتخصصة:

- أحمد شوقي أبو خطوة: جرائم التعريض للخطر العام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.

(١) مع حفظ الألقاب العلمية.

- أحمد عبد الرحمن الملحم: حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية "دراسة مقارنة"، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨م.
- أحمد محمد محرز: الحق في المنافسة المشروعة، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- أشرف وفا محمد: المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- آمال عثمان: شرح قانون العقوبات الاقتصادي في جرائم التمويل، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- باسم مكحول، أ. نصر عطيان: مراجعة نقدية لمشروع قانون المنافسة الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، ٢٠٠٣م.
- حبيب إبراهيم الخليلي: مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٦٧م.
- حسني المصري: اندماج الشركات وانقسامها - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٨٦م.
- حسين محمد فتحي: الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- عاطف حسن النقلي: الجوانب التطبيقية للتشريع الاقتصادي للمنافسة في فرنسا، مجلس الشعب، الأمانة العامة، مركز البحوث البرلمانية، القاهرة، مارس ٢٠٠٩م.
- عبد العظيم مرسي وزير: الشروط المفترضة في الجريمة، بدون دار نشر، ١٩٨٣م.
- عمر سالم: الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
- النظام القانوني للتدابير الاحترازية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
- فتوح الشاذلي: الحماية الإجرائية من الغش التجاري في النظام السعودي، دراسة مقارنة، الإدارة العامة للبحوث بالسعودية، الرياض، ١٩٩٢م.

- لينا حسن زكي: قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م.
- محمد إبراهيم أبو شادي: حماية المنافسة ومكافحة الاحتكار في الاقتصاد المصري، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- محمد إبراهيم الشافعي: القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مجلس الشعب، الأمانة العامة، مركز البحوث البرلمانية، القاهرة، مارس ٢٠٠٩م.
- محمد سلمان ماضي: الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- محمود كبش: المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.
- محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٩م.
- محمود نجيب حسني: جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.
- ماهر جعفر عبيد: جريمة الامتناع "دراسة مقارنة"، دار الثقافة، ١٩٩٩م.

٣ - الرسائل العلمية:

- عبد الناصر فتحي الجلوي: الاحتكار المحظور وتأثيره على حرية التجارة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٨م.
- محمد الأمير يوسف: صور الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٠م.
- محمد متولي محمد عبد الجواد: المنافسة والاحتكار بين الشريعة والاقتصاد، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، ١٩٨٣م.
- مصطفى منير: جرائم إساءة استعمال السلطة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٠م.

٤ - المقالات:

- د. أحمد عبد الرحمن الملحم: الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار (في ظل نظرية المنافسة التجارية)، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية

- والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الثالث والستون، ١٩٩٣م.
- التقييد الأفقي للمنافسة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد الرابع، ١٩٩٥م.
- د. جمال محمد يوسف: الاحتكار ووسائل معالجته "دراسة فقهية مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون فرع أسيوط، العدد الثاني عشر، الجزء الأول، ١٤٢٠٢٠٠م.
- د. حسين فتحي عثمان: حدود مشروعية الإعلانات التجارية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٨٣، العدد ٤٢٧، يناير ١٩٩٢م.
- د. خليل فيكتور تادرس: المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد ٢٧، مايو ٢٠٠٨م.
- د. طعمة صغفك الشمري: أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد الأول، مارس ١٩٩٥م.
- د. محمد محمد عبد اللطيف: الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد ٣٨، أكتوبر ٢٠٠٥م.
- د. محمد عمر مصطفى: النتيجة وعناصر الجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة عين شمس، السنة السابعة، العدد الثاني يوليه ١٩٦٥م.

٥ – الدوريات:

- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية: تصدرها كلية الحقوق – جامعة المنصورة.
- مجلة الحقوق: يصدرها مجلس النشر العلمي، بجامعة الكويت
- مجلة الدراسات القانونية: تصدرها كلية الحقوق – جامعة أسيوط.
- مجلة السياسة الدولية: تصدرها مؤسسة الأهرام للنشر والإعلان.
- مجلة العربية للدفاع الاجتماعي: تصدرها المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس.
- مجلة القانون والاقتصاد: تصدرها كلية حقوق – جامعة القاهرة.

- مجلة مصر المعاصرة: تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع.
- النشرة الاقتصادية للبنك الأهلي المصري: يصدرها البنك الأهلي المصري.
- نشرة يد واحدة: يصدرها جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

٦ - المؤتمرات والندوات:

- مؤتمر تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة الذي نظّمته كلية الحقوق- جامعة المنصورة في الفترة من ٢٩-٣٠ مارس ٢٠٠٥م، بفندق هيلتون رمسيس، القاهرة.
- ندوة الاندماجات والاستحواذات في الاقتصاد العالمي وآثارها المحتملة على الاقتصاد المصري، مركز دراسات وبحوث الدول النامية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، القاهرة ١١-١٢ مارس ٢٠٠٣م.

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية:

- **Chambon (P.)**, Le juge d'instruction, Thèorie et pratique de la procédure, Dalloz, 4^e édition, 1997.
- **Delvolvé (P.)**, Droit public de l'économie, Dalloz, 1998.
- **Loschak (P.)**, les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics étudiés activités privées, AJDA, 1971.
- **Preutels (J.)**, **Roggen (F.)**, **Roger France (E.)**, Droit pénal des affaires, Bruylant, 2005.

ثالثاً - المراجع باللغة الانجليزية:

- **(A.) Mitchell Polinsky and (S.) Shavell.**, Economic Analysis of law, p. 29, available at: <http://ecsocman.edu.ru/db/msg/52430.html>.
- **(A.) Michelle polinsky.**, The optimal use of fines and imprisonment when wealth is unobservable, Journal public Economics, Vol. 90, nos. 4-5, 2006.
- **(B.) and Ann D. White.**, An Economic Analysis of Crime

- and Justice: theory, Methods, and Applications., 98 Harv. L. Rev. 504, December, 1984.
- **Adelman**, Integration and Antitrust Policy, 63 HARV. L. REV. 27 (1949);
 - **Bork**, adopts this definition in Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception, 22 U. CHI. L. REV. 157 n.1 (1954).
 - **B. Kobayashi.**, Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws, 69 George Washington Law Review 715, 735(2001).
 - **C. Craycraft, J. Craycraft & J. Gallo.**, Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay, 12 Review of Industrial Organization 171 (1997).
 - **C. Alexander & M. Cohen**, Why Do Corporations Become Criminals? Ownership, Hidden Actions, and Crime as an Agency Cost, 5 Journal of Corporate Finance 1 (1999).
 - **D. Fischel & A. Sykes**, Corporate Crime, 25 Journal of Legal Studies 319 (1996).
 - **D. Loschak.**, les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées, AJDA, 1971.
 - **David J. Gerber.**, Competition Law,: American Society of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002).
 - **E.g.**, OECD, supra note 42, at 26 ("Individual sanctions can strengthen the incentive of directors and employees to resist corporate pressure to engage in unlawful activity, and thus enhance the level of deterrence").

- **E.g., P. Bucy.**, Indemnification of Corporate Executives Who Have Been Convicted of Crimes: An Assessment and Proposal, 24 Indiana Law Review 279 (1991).
- **E.g., R. Posner.**, Economic Analysis of Law 223(7th ed. 2007).
- **E.g., Trujillo**, "Predatory Pricing Standards under Recent Supreme Court Decisions and their Failure To Recognize Strategic Behavior as a Barrier to Entry," 19 J. Corp. L. 809 (1994).
- **Edward A. Ross.**, The American Journal of Sociology, Vol. 25, No. 2 (Sep., 1919. <<http://www.jstor.org/stable/2763559>>.,
- **Enrico Perotti and Paolo Volpin**, Politics, Investor Protection and Competition; Working Paper N. 162/2007 May 2007.
- **F. Machlup.**, The political Economy of Monopoly: Business, Labor and Government Policies. Baltimore, 1952.
- **Friedrich Kessler and Richard H. Stern**, Competition, Contract, and Vertical Integration, The Yale Law Journal, Vol. 69, No. 1 (Nov., 1959).
- **G. Becker.**, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 Journal of Political Economy 169 (1969).
- **G. Calabresi & A.D. Melamed.**, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harvard Law Review 1089, 1124(1972).
- **G. Stigler.**, The Optimum Enforcement of Laws, 78 Journal of Political Economy 526, 527
- **G. Werden.**, Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview, 66 Antitrust Law Journal 701, 712.
- **G. Werden.**, The Ancillary Restraints Doctrine after Dagher, 8 Sedona Conference Journal 17 (2007).

- **Hans-Werner Sinn**; Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research; No. 623; December 2001.
- **Harry A. Toulmin.**, A Treatise on the Anti-trust Laws of the United States, vol. 2, Cincinnati, The W.H. Anderson Co., 1949.
- **J. Coffee**, Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions, 17 American Criminal Law Review 419, 423(1980).
- **J. Coffee, Jr.**, "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 Michigan Law Review 386, 389401(1981).
- **J. Flynn.**, Criminal Sanctions under State and Federal Antitrust Laws, 45 Texas Law Review 1301, 1315 (1967).
- **J. Gallo.**, et al., Criminal Penalties under the Sherman Act: A Study in Law and Economics, in R. Zerbe, Jr., ed., 16 Research in Law and Economics 25, 56 (1994).
- **J. Joyce.**, The Effect of Firm Organizational Structure on Price-Fixing Deterrence, Contemporary Policy Issues, October 1989, at 19, 34.
- **J. Kwoka.**, The Price Effect of Bidding Conspiracies: Evidence from Real Estate "Knockouts," 42 Antitrust Bulletin 503 (1997).
- **Joshua, J.**, Flawed Thinking About Price Fixers, Financial Times, 2.8. 2001.
- **K. Elzinga & W. Breit.**, Antitrust Penalties and Attitudes Toward Risk: An Economic Analysis, 86 Harvard Law Review 693 (1973).
- **Klein, J.**, The War Against International Cartels: Lessons from the Battlefield, in B. Hawk ed. International Antitrust Law and Policy, New York: Juris Publications. 2000.
- **M. Block & R. Lind.**, An Economic Analysis of Crimes

- Punishable by Imprisonment, 4 Journal of Legal Studies 479 (1975).
- **Machlup F.**, The political Economy of Monopoly, 1952.
 - **Marcel Kahan and Ehud Kamar**, The Myth of State Competition in Corporate Law, Stanford Law Review, Vol. 55, No. 3 (Dec., 2002), Review Stable URL:
 - **Mark (A.) Cohen.**, the Economics of crime and punishment and new technology offenses, 9 Geo. Masonl. Rev. 503, winter, 2000.
 - **Mitchell Polinsky A.**, and Shavell S., Economic Analysis of law, p. 29, available at : <http://ecsocman.edu.ru/db/msg/52430.html>.
 - **Mitchelle polinsky A.**, The optimal use of fines and imprisonment when wealth is unobservable, Journal public Economics, Vol. 90, nos. 4-5, 2006.
 - **Oliver Budzinski**, An Evolutionary Theory of Competition; Draft, February 2004.
 - **P. Massey.**, Criminalization and Leniency: Will the Combination Favourably Affect Cartel Stability?, in K. Cseres, M.P. Schinkel & F. Vogelaar, eds., Criminalization of Competition Law Enforcement 176, 189 (2006).
 - **Patrick Massey**, Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience, Glasgow Graduate School of Law, Thursday April 22nd, 2004.
 - **R. Blair.**, A Suggestion for Improved Antitrust Enforcement, 30 Antitrust Bulletin.
 - **R. Kraakman.**, Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls, 93 Yale Law Journal 857, 882(1984); Wils, supra note 30, at 1970.
 - **R. Posner.**, An Economic Theory of Criminal Law, 85 Columbia Law Review 1193, 1201(1985).

- **R. Posner.**, Optimal Sentences for White-Collar Criminals, 17 American Criminal Law Review 409 (1980).
- **S. F. Sommerfeld.**, The University of Toronto Law Journal, Vol. 7, No. 2 (1948), 446 Published by: University of Toronto Press., 823832
- **S. Hammond.**, Charting New Waters in International Cartel Prosecutions, speech at the 20th annual National Institute on White Collar Crime (2 March 2006), available at
- **S. Hammond.**, Cornerstones of an Effective Leniency Program, speech at the ICN Workshop on Leniency Programs (November 2004), available at:
- **S. Shavell.**, Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent, 85 Columbia Law Review 1232 (1985).
- **S. Shavell.**, Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability, 13 International Journal of Law and Economics 239 (1993).
- **Scherer, F.M. and Ross D.**, Industrial Market Structure and Economic Performance, New York: Houghton-Mifflin, 3rd edition, (1990).
- **Shepherd w.**, The Economics of Industrial. Englewood cliffs, 1990.
- **Simon M.**, Why Price-Fixers Should Go To Jail, Antitrust Bulletin, 24(4): 917-37, 1987.
- **T. Barnett.**, Seven Steps to Better Cartel Enforcement, speech at the 11th annual Competition Law & Policy Workshop, European Union Institute (2 June 2006), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/216453.pdf>.
- **T. Barnett.**, Criminal Enforcement of the Antitrust Laws: The U.S. Model, in B. Hawk, 2006 Fordham Competition Law Institute 1, 3 (2007).

- **W. Blackstone.**, Commentaries on the Laws of England 476 (1771).
- **W. Schwartz & G. Tullock.**, The Costs of a Legal System, 4 Journal of Legal Studies 75 (1975).
- **W. shephard.**, The Economics of Industrial. Englewood cliffs, 36 Antitrust Bull. 1991.

– المواقع الإلكترونية:

- موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.
<http://www.eca.org.eg>
- موقع سلطة المنافسة الفرنسية:
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=160&id_article=502
- موقع شعبة مكافحة الاحتكار التابعة لوزارة العدل الأمريكية.
http://www.justice.gov/atr/public/div_stats/211491.htm
- موقع المديرية العامة للمنافسة والمساعدات الحكومية التابعة للمفوضية الأوروبية (خطة ٢٠١١م). DG Competition Management Plan 2011
- موقع نقابة المحامين المصرية.
http://www.baegypt.org/index.php?option=com_content&view=article&id=1340:--q--q-----&catid=104:incidents-issues&Itemid=400

مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ عن المحتوى غير المشروع "في أوروبا وفرنسا والولايات المتحدة"

أ. أروى محمد تقوى
كلية الحقوق - جامعة دمشق
الجمهورية العربية السورية

ملخص:

تتعدد استخدامات شبكة الإنترنت وتطبيقاتها، وتتناول هذه الدراسة واحدة من أهم هذه التطبيقات، وهي مواقع الويب ٢,٠، وتتمثل أهمية هذه المواقع في أن محتواها يقوم على مشاركة المستخدمين. وتقوم هذه الدراسة على تعريف مواقع الويب ٢,٠ وبيان خصائصها (في مطلب تمهيدي)، ثم دراسة النظام القانوني لهذه المواقع من خلال بيان تكييفها القانوني، والالتزامات المترتبة عليها (في مطلب أول)، وكذلك البحث في قيام مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ عن محتواها غير المشروع، من خلال بيان القواعد القانونية لمسؤولية هذه المواقع، والحالات التي تقوم فيها هذه المسؤولية (في مطلب ثان).

المقدمة:

توفر مواقع الويب ٢,٠ (Web 2.0) لمستخدميها إمكانية الاتصال والتواصل مباشرة مع الأصدقاء، وأفراد العائلة، والزملاء (الدراسة والعمل)، وحتى عامة الجمهور^(١)، وإنشاء المحتوى ونشره وذلك باستخدام تقنيات مختلفة، مثل نشر النصوص والصور والفيديو والتعليق والمشاركة والتحميل والتنزيل.

ولما كانت هذه التطبيقات تسمح لمستخدمي الإنترنت بالتحكم في المحتوى كما يشاؤون ووقت يشاؤون، دون أية رقابة تحرير أو مساعدة مباشرة من مزود الخدمة، فقد أفرزت صوراً متنوعة من المحتوى غير المشروع، كالقذف والذم والتحقيق، والمواد المخالفة للأداب والأخلاق العامة، والتعدي على حقوق المؤلفين، والتعدي على خصوصية الآخرين.

ولما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصويره، كان لابداً من تقديم مطلب تمهيدي، يتضمن عرض تعريف مواقع الويب ٢,٠ وبيان خصائصها، مما يسمح بتكوين صورة واضحة عن بنية هذه المواقع وكيفية عملها، تمهيداً للوصول إلى النظام القانوني الملزم لها، لاسيما في ضوء عدم وجود تشريعات خاصة تنظم عمل المواقع محل الدراسة وتحدد مسؤولية مزوديها.

(١) Kathryn L. Ossian, Legal Issues in Social Networking, Institute of Continuing Legal Education, P 1, available at: http://www.millercanfield.com/media/article/200120_LE-GAL%20ISSUES%20IN%20SOCIAL%20NETWORKING.pdf 30/9/2012.

المطلب التمهيدي مدخل إلى مواقع الويب ٢,٠

يتناول المطلب التمهيدي التعريف بمواقع الويب ٢,٠، وبيان الخصائص التي تميزها.

أولاً - تعريف مواقع الويب ٢,٠:

كانت شركة O'Reilly Media, Inc التي أسسها السيد Tim O'Reilly هي أول من أطلق مصطلح الويب ٢,٠، وكان ذلك في اجتماعها عام ٢٠٠٤ مع MediaLive Internationa^(٢).

وإن مفهوم الويب ٢,٠، مثله مثل كثير من المفاهيم، ليس له حدود واضحة، ومع ذلك صورته البعض على أنه مجموعة من المبادئ والممارسات، التي تصف الجيل الثاني (من الويب ١,٠ التقليدي)، لخدمات الويب، المعنية أساساً بتعاون ومشاركة المستخدمين^(٣).

ويرى آخرون أن مواقع الويب ٢,٠ هي عبارة عن مواقع ويب مبرمجة من قبل مزودي الخدمات، إلا أن نمو وتطور محتواها يعتمد، بالدرجة الأولى، على المشاركة الفعالة من جانب مستخدمي المواقع^(٤).

ويوضح البعض دورها بأنها تقدم خدمات وسيطة (البحث والجمع والمشاركة وتزويد الدخول والتخزين والعرض والتنظيم)، فيما يتعلق بمحتوى الغير (الذي يتم إنشاؤه من قبل مستخدم الإنترنت)، لمنفعة الغير (المستخدم النهائي - المستفيد من الخدمة)^(٥).

(٢) Tim O'Reilly, What Is Web 2.0, available at: <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html> 28/9/2012.

(٣) Dr Carlisle George & Dr Jackie Scerri, Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier, Journal of Information, Law and Technology (JILT), P 3, available at: http://go.warwick.ac.uk/jilt/2007_2/george_scerri 28/9/2012.

(٤) N.D. O'BRIEN, The Liability of Internet Services Providers for Unlawful Content Posted by Third Parties, degree of MAGISTER LEGUM, Faculty of Law at the Nelson Mandela Metropolitan University, January 2010, P 142 - 143.

(٥) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches, Transatlantic Technology Law Forum (TTLF) Working Papers No. 14, 2012, P 100, available at: 5/10/2012.

تعريف السيد Tim O'Reilly للويب ٢,٠:

عرف السيد Tim O'Reilly الويب ٢,٠ بأنها "الشبكة بصفقتها وسيلة للتعبير (منصة)، تربط ما بين كل الأدوات المتصلة. وتطبيقات الويب ٢,٠ هي تلك التي تستفيد، إلى أقصى حد، من المزايا المتأصلة لوسيلة التعبير تلك؛ فهي توزع البرمجيات بصفقتها خدمة يتم تحديثها باستمرار، وهي تزداد جودة مع زيادة استخدام الناس لها، فتستهلك وتعيد مزج البيانات الواردة من مصادر شتى، بما في ذلك المستخدمين الأفراد، في حين يقوم هؤلاء بتقديم بياناتهم ومعطياتهم وخدماتهم الخاصة وذلك على شكل يسمح بإعادة خلطها من قبل الآخرين، الأمر الذي يخلق مؤثرات تشبيك من خلال (بنية معمارية للمشاركة) وتخطي التعبير المجازي لصفحة الويب ١,٠ بهدف تقديم تجارب أكثر غنى للمستخدمين"^(٦).

ثانياً - خصائص مواقع الويب ٢,٠:

تتمتع مواقع الويب ٢,٠ بعدد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من وسائل الاتصال والتواصل:

١ - مواقع الويب ٢,٠ هي إحدى تطبيقات الإنترنت:

عرّف البعض الإنترنت بأنها "شبكة عالمية تربط عدة آلاف من الشبكات وملايين من أجهزة الحاسب المختلفة الأنواع والأحجام في العالم، يستخدمها الأفراد والمؤسسات للتواصل وتبادل المعلومات"^(٧).

ومن أهم مواقع الويب ٢,٠، ماي سبيس MySpace الذي بدأ عام ٢٠٠٣، الفيس بوك Facebook الذي انطلق عام ٢٠٠٤، اليوتيوب YouTube الذي تمّ شراؤه من قبل Google في شهر تشرين الثاني (نوفمبر) عام ٢٠٠٦ بعد أكثر من سنة من انطلاقه^(٨).

(٦) Available at: <http://radar.oreilly.com/2005/10/web-20-compact-definition.html> 28/9/2012.

(٧) المحامي الدكتور محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانها - إثباتها - حمايتها - التوقيع الإلكتروني - القانون الواجب التطبيق "دراسة مقارنة")، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى/الإصدار الثاني، ٢٠٠٨، ص ٩.

(٨) Robert P.Latham, carl C. Butzer, and Jeremy T. Brown, Legal Implications of User-Generated Content: YouTube, MySpace, Facebook, intellectual property & technology law journal, volume 20 number 5 may 2008, P 1, available at: <http://images.jw.com/com/publications/939.pdf> 2/10/2012.

وفي العام ذاته أنشئ تويتر^(٩). ومع أنَّ مواقع الويب ٢,٠ تُعد تطبيقات حديثة للإنترنت إلا أنَّها أثارت العديد من الإشكالات القانونية.

ووفقاً لشركة Alexa لمعلومات الويب، فإنَّ موقع ماي سبيس يحتل الرقم (١٣) بين أكثر المواقع زيارة على مستوى العالم، بينما يحتل موقع الفيس بوك المركز الثاني^(١٠). وهو ما يوضح حجم الخطر الذي يمكن أن تسببه مواقع الويب ٢,٠ نتيجة محتواها غير المشروع.

٢ - مواقع الويب ٢,٠ هي نوع جديد من مزودي خدمات الإنترنت:

تغيرت النشاطات والأدوار التي يلعبها وسطاء ومزودو خدمات الإنترنت بشكل مثير في السنوات العشر الأخيرة، فبينما كان وسطاء الإنترنت ممثلين تقنيين بشكل جوهري، مع تدخل قليل أو دون أي تدخل في إنتاج وإدارة المحتوى، فقد ظهر عدد من الشركات الجديدة على الشبكة تلعب أدواراً فعالة على نحو متزايد، لتزويد مستخدمي الإنترنت بأنواع جديدة من الخدمات، ومن بينها مواقع التواصل الاجتماعي^(١١)، التي تُعد من أهم تطبيقات الويب ٢,٠، وأكثرها شيوعاً.

٣ - مواقع الويب ٢,٠ تزود المستخدمين بإمكانيات جديدة:

يمكن للمستخدمين في مواقع الويب ٢,٠ تحميل المحتوى على شبكة الإنترنت بسهولة، ويمكن للمستخدمين الآخرين حول العالم الدخول إلى هذا المحتوى، ومشاهدته، وتنزيله على حواسيبهم.

وعملياً يوفر موقعاً ماي سبيس ويوتيوب إمكانية تخزين ومشاركة الفيديو^(١٢)، ويوفر موقع تويتر إمكانية إرسال الرسائل القصيرة، كما تسمح بعض الشبكات لأعضائها بإنشاء المجموعات^(١٣).

(٩) Bradley Kay, Extending Tort Liability to Creators of Fake Profiles on Social Network Websites, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, 2010, P 9, available at: <http://jip.kentlaw.edu/art/Volume%2010/10%20Chi-Kent%20-J%20Intell%20Prop%201.pdf> 4/3/2011.

(١٠) David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability- An Advisen Special Report March 2010, P 2, available at: <https://www.advisen.com/downloads/SocialNetworking.pdf> 30/9/2012.

(١١) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 5.

(١٢) Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 4.

(١٣) Kathryn L. Ossian, Legal Issues in Social Networking, Op. Cit., P 2.

وقد أدت هذه الإمكانيات إلى نمو هائل في المحتوى الذي ينتجه المستخدمون، وهذا بدوره أثار عدداً من الإشكالات لاسيما ما يتعلق بالقانون والتنظيم^(١٤).

٤ - مواقع الويب ٢,٠ تطبيق واضح لمفهوم حرية التعبير:

الإنترنت هي أداة رئيسة لحرية التعبير، فلكل فرد إمكانية نشر رأيه أو إدارة موقعه على الويب دون أي حدود، ولكن أيضاً دون أية رقابة، ولما كانت حرية التعبير حقاً غير مطلق، يجد حدوده في احترام حقوق الغير، وفي اعتبارات النظام العام، فإنه لا يمكن إساءة استخدام الإنترنت^(١٥). وهذا ما ينطبق على مواقع الويب ٢,٠.

٥ - مستخدم مواقع الويب ٢,٠ هو مزود المحتوى:

إنَّ من أهم مميزات مواقع الويب ٢,٠ التي ترسم الخط الفاصل بينها وبين مواقع الويب الأخرى أنَّ محتواها هو من إنتاج المستخدمين وليس القائمين على إدارة الموقع، وهذا ما دفع البعض إلى تسميتها بمواقع المحتوى الذي ينتجه المستخدمون User generated content (UGC)^(١٦).

وقد ترتب على هذه الخاصية انتفاء الرقابة على المحتوى، وهذا بدوره أدى إلى زيادة فرص ارتكاب الأعمال غير المشروعة، مع صعوبة (إن لم يكن استحالة) تحديد مزود المحتوى (أو مرتكب العمل) غير المشروع، بسبب استخدامه اسماً مستعاراً^(١٧).

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 2. (١٤)

Fanny Coudert, Anne Debet, Paul de Hert, Constitutional Rights and New Technologies in France, Tilburg university, 2007, P 86, available at: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03050710903113063> 7/11/2012. (١٥)

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 2. (١٦)

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 8. (١٧)

المطلب الأول

النظام القانوني لمواقع الويب ٢,٠

يتناول هذا المطلب تحديد التكييف القانوني لمواقع الويب ٢,٠، ودراسة الالتزامات المترتبة عليها.

أولاً - التكييف القانوني لمواقع الويب ٢,٠:

اختلفت اتجاهات الفقه والقضاء في تحديد التكييف القانوني لمواقع الويب ٢,٠، فبينما اتجه البعض إلى اعتبارها مزود خدمات استضافة على الشبكة، ذهب آخرون إلى اعتبارها ناشراً للمحتوى.

١ - الاتجاه القائل بأن مواقع الويب ٢,٠ هي مزود خدمات استضافة:

تبنت بعض التشريعات الاتجاه الموسع في تعريف مزودي الخدمات، ذلك أنها لم تتضمن أية إشارة إلى الإنترنت على الإطلاق، وإنما أشارت إلى خدمات المعلوماتية^(١٨) وهو ما يعني دخول مواقع الويب ٢,٠ في نطاق هذا التعريف، واعتبارها أحد مزودي خدمات الإنترنت.

أ - موقف التشريع الأوروبي:

عرّفت المادة ٢/ب من التوجيه الأوروبي رقم ٣١/٢٠٠٠ تاريخ ٨/٦/٢٠٠٠ المتعلق "ببعض المظاهر القانونية لخدمات مجتمع المعلومات وخصوصاً التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية"^(١٩)، مزود الخدمة بأنه « أي شخص طبيعي أو اعتباري يقدم إحدى خدمات مجتمع المعلوماتية^(٢٠) ».

ويرى البعض أن النتيجة السلبية المحتملة لهذا الاتجاه الموسع، تتمثل في احتمال تطبيق نصوص هذه القوانين على جهات لم يأخذها المشرع بعين الاعتبار، أو لم يقصد شمولها. ويترتب على ذلك أن يستفيد هؤلاء من الحماية، أو أن يتحملوا

(١٨) N.D. O'BRIEN, The Liability of Internet Services Providers, Op. Cit, P 25 - 27.

(١٩) Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 (relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique", Journal officiel des Communautés européennes 178/L 17/7/2000.

(٢٠) L'article 2 (b) "prestataire": toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information.

بالاتزامات المنصوص عليها، وهو أمر قد لا يكون مرغوباً دائماً، كما هو الحال في مواقع التشبيك الاجتماعي، مثل تويتر وفيس بوك^(٢١).

وعلى الصعيد القضائي شقت العديد من المحاكم في أوروبا طريقها بصعوبة، لتطبيق حكم الاستضافة على مواقع المحتوى الذي ينتجه المستخدمون (مثل وسائل الإعلام الاجتماعية)، والتي تستضيف محتوى الغير كجزء من نشاط اقتصادي أوسع^(٢٢).

ب - موقف القانون والقضاء في فرنسا:

عرّفت المادة ٦ / I / ٢ من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم ٢٠٠٤ - ٥٧٥ تاريخ ٢١/٦/٢٠٠٤^(٢٣)، مزود خدمات الاستضافة على الشبكة بأنهم « الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الذين يؤمنون، ولو بشكل مجاني، بغية وضع خدمات الاتصال مع العموم على الشبكة في متناول الجمهور، تخزين الإشارات، أو الكتابات، أو الصور، أو الأصوات، أو الرسائل أيّاً كانت طبيعتها المقدمة من قبل المستفيدين من هذه الخدمات ».

وعملياً قامت Nord-Ouest Production بمقاضاة Dailymotion (منصة مشاركة فيديو وهي المعادل الفرنسي لموقع اليوتيوب)، فوصفت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ تموز (يوليو) ٢٠٠٧، الموقع بأنه "مزود مضيف" و "وسيط تقني"، على الرغم من وجود نموذج للأعمال التجارية (الإعلانات) مماثل لغيره من الخدمات التفاعلية عبر الإنترنت التي لا تصنف كمضيف. وأصررت المحكمة في تكييفها الموقع كمضيف (وسيط تقني)، على كون الموقع المذكور لا يملك سيطرة فكرية على المحتوى (التعدي) أو المعلومات، ومن ثمّ فلا يُعد ناشراً. وأوضحت المحكمة أنّ (أ) تنفيذ العملية التقنية التي تُعد جزءاً ضرورياً من نشاط المزود المضيف، و(ب) إعداد إطارات العرض التقديمي وتوفير الوسائل لتصنيف المحتوى، و(ج) تشغيل موقع الويب تجارياً من خلال بيع المساحة الإعلانية، لا يعني حرمان مزود الخدمة من ملاذ الاستضافة الآمن مادام مزود الخدمة (أ) لم يكن مصدر نشر

(٢١) N.D. O'BRIEN, The Liability of Internet Services Providers, Op. Cit., P 25 - 27.

(٢٢) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 68.

(٢٣) Loi n° 2004-475 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

المحتوى، و(ب) لم يَقم باختيار المحتوى الموضوع على الشبكة أو التأثير فيه. وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢ شباط (فبراير) ٢٠١١، حيث قررت أنْ أجور الإعلان تُعد غير ذات علاقة مادام لا ينطوي على السيطرة على المعلومات^(٢٤).

كما وصفت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٨ موقع ماي سبيس بأنَّه مزود خدمات استضافة^(٢٥).

ج - موقف القانون والمحاكم في الولايات المتحدة:

تُشير الاستضافة بمعناها الواسع إلى نشاط تخزين محتوى الغير، كجزء من الخدمة التفاعلية الأوسع نطاقاً على الإنترنت. وفي ضوء هذا المعنى الواسع يمكن تكييف العديد من مواقع المحتوى الذي ينتجه المستخدمون (مثل تويتر وفيس بوك)، التي تخزن محتوى الغير على مواقعها الإلكترونية، بأنَّها مزود خدمات استضافة، إلى الحدِّ الذي تقوم فيه باستضافة محتوى الغير، وليس بعرض محتواها الخاص. ويبدو أنَّ المحاكم الأمريكية تميل إلى تبني هذا التفسير الواسع لمزود خدمات الاستضافة، حيث ترى عموماً أنْ مواقع المحتوى الذي ينتجه المستخدمون تستفيد من أحكام الاستضافة، شريطة أن تُثار مسؤوليتها عن محتوى الغير (التعدي) المخزن أو المعروض على مواقعها. على سبيل المثال في قضية *Viacom International Inc et. Seq. vs. Youtube* قررت المحكمة أنَّه "بصفته مزوداً للخدمات المباشرة أو لإمكانية الوصول للشبكة أو مشغلاً للوسائط الخاصة بها، كما هو محدد في 17 U.S.C، فإنَّ اليوتيوب هو مزود خدمة لغايات القسم ٥١٢ (ج) من قانون حق الطبع في الألفية الرقمية^{(٢٦)(٢٧)}.

(٢٤) TGI Paris July 13, 2007, Christian C., Nord Ouest Production v. Dailymotion, UGC Images. Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 73 - 74, 96 note 365.

(٢٥) Six Teams of Attorneys and Trainees, Study on Legislative Efforts to Prevent and Combat Hate Crime, (Project for the American Jewish Committee Berlin) 2011, P 53. Available at: <http://www.ajcgermany.org/atf/cf/%7B46AEE739-55DC-4914-959A-D5BC4A990F8D%7D/AJC%20-%20Study%20on%20National%20Legislative%20Efforts%20To%20Prevent%20And%20Combat%20Hate%20Crime.pdf> 27/7/2011.

(٢٦) The U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998.

(٢٧) *Viacom International Inc et. Seq. vs. Youtube*, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010), Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 67.

٢ - الاتجاه القائل بأن مواقع الويب ٢,٠ هي ناشر للمحتوى:

يرجع جزء من الإشكال في تكييف مواقع الويب ٢,٠ إلى أنه، علاوة على عدم الدقة في تعريف ((المضيف))، فإن استضافة الويب تطورت بشكل جذري منذ سن قانون حق الطبع في الألفية الرقمية الأمريكي، وتوجيه التجارة الإلكترونية الأوربي؛ فبعد أن كان معظم مزودي خدمات الاستضافة القائمين بتاريخه يقومون بشكل أساسي بتوفير ملقماتهم (مساحة القرص والمعالجات)، للمستفيد من الخدمة لتطوير المواقع الخاصة بهم، فقد أصبح الجيل الجديد من مشغلي الإنترنت أكثر مشاركة في إنتاج وإدارة محتوى الغير وتقديم الخدمات التي تتجاوز الاستضافة المجردة (مثل مواقع التشبيك الاجتماعي، ومنصات مشاركة الفيديو)^(٢٨).

ومما زاد الأمر تعقيداً، الاختلاف في الرأي حول الحيثية Recital ٤٢ من توجيه التجارة الإلكترونية الأوربي، التي تنص على أن النظام الخاص للمسؤولية الذي ينص عليه التوجيه لا يغطي إلا الحالات التي يكون فيها نشاط مزود الخدمات في إطار مجتمع المعلومات مقتصر على العملية التقنية لتشغيل وتوفير الوصول إلى شبكة الاتصالات التي تُنقل عليها المعلومات المقدمة من الغير أو المخزنة مؤقتاً، لغرض وحيد هو تحسين كفاءة نقل المعلومات (الإرسال). علاوة على ذلك توضح الحيثية ٤٢ أن هذا النشاط يتسم بطبيعة تقنية بحتة، وتلقائية، وسلبية، وهو ما يعني أن مزود خدمات مجتمع المعلومات ليس لديه المعرفة بالمعلومات المرسلّة أو المخزنة أو السيطرة عليها.

ومع أن المحامي العام Advocate General في محكمة العدل الأوروبية European Court of Justice (E.C.J.) رأى أن المادة ١٤ من توجيه التجارة الإلكترونية الأوربي (إعفاء الاستضافة) لا علاقة لها بالحيثية ٤٢، التي تشير فقط إلى استثناء القناة البسيطة mere conduit والمخباة caching، وإنما يجب قراءتها في ضوء الحيثية ٤٦ التي تتعلق بشكل محدد بإعفاء الاستضافة. إلا أن محكمة العدل الأوروبية أوضحت أنه ينبغي قراءة إعفاء الاستضافة في ضوء الحيثية ٤٢. وبذلك لم تستبعد المحكمة إمكانية أن يكون مشغل خدمة الإنترنت أو موقع المحتوى الذي ينتجه المستخدمون مسؤولاً عن محتوى الغير في ظل القواعد المألوفة للمسؤولية، لاسيما في الحالة التي لا يكون فيها دوره محايداً (أي من طبيعة تقنية بحتة وتلقائية

(٢٨) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 68.

وسلبية)، وعندما يقوم بدور فعال يكون من شأنه حصول معرفته بالبيانات المخزنة أو سيطرته عليها^(٢٩).

وبالمثل فقد رفضت بعض المحاكم الفرنسية، في مناسبات مختلفة، تطبيق أحكام الاستضافة على مواقع المحتوى الذي ينتجه المستخدمون. على سبيل المثال اعتبرت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ حزيران (يونيو) ٢٠٠٧ أنَّ ماي سبيس غير مؤهل للاستفادة من الإعفاء المنصوص عليه لنشاط الاستضافة؛ لأنَّ نشاطه لا يقتصر على استضافة محتوى الغير، وإنَّما يتضمن مهام أخرى غير مشمولة صراحة بأيِّ إعفاء خاص من المسؤولية. ورأت المحكمة أنَّ ماي سبيس كان ناشراً، وليس مزود خدمات استضافة؛ لأنَّه سمح لمستخدميه بتحميل فيديوهاتهم من خلال تركيب إطار معين، ولأنَّه كسب منفعة من الإعلان الموضوع على موقع الويب بجانب الفيديوهات^(٣٠).

ثانياً – الالتزامات المفروضة على مزودي خدمات الإنترنت في مواقع الويب ٢,٠:

في ضوء ملءة مزودي خدمات الإنترنت وسهولة تحديدهم، نما اتجاه واضح لمقاضاة مزودي خدمات الإنترنت، ومطالبتهم بالتعويض عن الضرر الذي يسببه محتوى مواقع الويب ٢,٠.

وتتناول هذه الفقرة دراسة أهم الالتزامات المترتبة على مزودي مواقع الويب ٢,٠، والتي يستتبع الإخلال بها قيام مسؤوليتهم.

١ – الالتزام بمراقبة محتوى مواقع الويب ٢,٠:

يرى البعض أنَّه من غير العملي أن يقوم مزودو الخدمات بمراقبة وفحص المحتوى الذي ينتجه المستخدمون؛ وذلك بسبب الكم الهائل للمحتوى والسرعة التي يُنشر بها^(٣١).

ويبدو أنَّ التشريعات المتخصصة، والتطبيقات القضائية قد أدركت ذلك، ومن ثمَّ

(٢٩) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 69 - 70.

(٣٠) TGI Paris, 22 June 2007, Jean-Yves Lafesse v. Myspace (available at legalis.net). Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 71 - 72.

(٣١) Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 10.

فإنَّ الاتجاه العام يتمثل في عدم مطالبة مزودي خدمات المحتوى الذي ينتجه المستخدمون بمراقبة مواقعهم^(٣٢).

وعلى الصعيد القضائي، أيدت الدائرة التاسعة في قضية UMG Recordings, Inc. v. Shelter الأمريكية، حكم منطقة كاليفورنيا، التي قررت أنَّه في حال عدم وجود معرفة محددة بتعد معين، فإنَّ منصة مشاركة الفيديو لا تتحمل بالتزام للمراقبة أو البحث عن التعدي على حق المؤلف^(٣٣).

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد من قبل البعض، حيث يرى أنَّ القول بأنَّ مزودي الخدمات لا يملكون السيطرة على محتوى مواقع الويب ٢,٠، لأنَّ هذه المواقع تعتمد بالدرجة الأولى على محتوى المستخدمين، ليس دقيقاً؛ ذلك أنَّ هذا المحتوى يوجد ويتم تحميله في مساحة مبرمجة ومصممة من قبل مزود خدمة الإنترنت، ومن ثمَّ فإنَّ هذا الأخير يستطيع مراقبة المحتوى على موقعه وتحديد طبيعته. إضافة إلى ذلك، فإنَّ القول بأنَّ إلقاء التزام على عاتق مزود خدمة الإنترنت بمراقبة المحتوى غير المشروع يُعد غير معقول unreasonable، يمكن أن يكون الآن مهجوراً. وكذلك الأمر بشأن الاعتقاد بأنَّ مثل هذا الالتزام يلقي عبئاً مالياً كبيراً على مزود خدمة الإنترنت، وهذا يرجع إلى التقدم في تقنية الفلتر والتصفية، ويمكن أن ينتج عن ذلك قدرة مزود خدمة الإنترنت على استخدام هذه التقنية بكلفة منخفضة^(٣٤).

وتأكيداً لذلك قررت محكمة باريس في قضية Dailymotion – السابق ذكرها – مسؤولية الأخير تأسيساً على أنَّ الإعفاء من الالتزام العام بالمراقبة لا يطبق عندما يكون النشاط غير المشروع تم إنشاؤه أو مسبباً من قبل مزود الخدمة (في محاولة لزيادة حركة المرور إلى موقعه)^(٣٥).

وفي هذا المجال يرى البعض أنَّ المحكمة أخطأت عندما اعتبرت أنَّ المزود يفقد الاستفادة من الإعفاء من المسؤولية، المنصوص عليه لنشاط الاستضافة، من الوقت

(٣٢) Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, Op. Cit., P 6.

(٣٣) UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011), aff'g UMG Recordings v. Veoh Networks Inc, 665 F. Supp. 2d 1099, 1108 (C.D. Cal, 2009).Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 85.

(٣٤) N.D. O'BRIEN, The Liability of Internet Services Providers, Op. Cit, P 142 - 143.

(٣٥) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 73 note 292.

الذي يصبح فيه عالمياً بمجرد احتمال وضع معلومات غير مشروعة على الشبكة على موقع التبادل. وكان يمكن أن يكون الأمر مختلفاً - ومقبولاً من حيث المبدأ - لو أُعتبر مالك الموقع مخطئاً في تصميم المنصة، ومع ذلك لا يمكن القول بوجود خطأ بالمعنى المقصود في المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي على أساس أنه وضع المنصة في متناول مستخدم الإنترنت، مع العلم بأنَّ مستخدم الإنترنت يمكن أن يقوموا بتحميل محتويات غير مشروعة، فمثل هذا التحليل يؤدي، من الناحية العملية، إلى إدانة جميع مواقع مشاركة المحتوى^(٣٦). علاوة على ذلك فإنَّ هذا الالتزام المفترض بالمراقبة المسبقة معرض للنقد من عدة وجوه: أنه يجعل الاستفادة من الإعفاء المنصوص عليه للاستضافة خاضعاً لشرط لم يرد في المادة ١٤ من توجيه التجارة الإلكترونية الأوروبي (الاستضافة)، ويبدو من الصعب التوفيق بينه وبين المادة ١٥/١ من التوجيه ذاته (عدم جواز فرض التزام عام بالمراقبة)، وأنه سينظر إليه بتحفظ في ضوء المادة ١٠ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (حرية التعبير)^(٣٧).

٢ - الالتزام بالكشف عن البيانات الخاصة بالمستخدمين:

نص قانون حق الطبع في الألفية الرقمية الأمريكي على إجراء مبسط لتمكين صاحب حق الطبع من تحديد المعتدي المباشر بسهولة عن طريق ملء مذكرة إحضار^(٣٨)، أمام محكمة اتحادية، حيث يُطلب من مزود الخدمات، عند تلقيه هذا الأمر، الكشف عن المعلومات المطلوبة لمالك حق الطبع على وجه السرعة^(٣٩).

وبالمقابل فإنَّ توجيه التجارة الإلكترونية الأوروبي لا يحتوي على حكم من هذا القبيل تاركاً الأمر للقوانين الوطنية في الدول الأعضاء^(٤٠).

(٣٦) A. Saint Martin, 'Proposition d'une "responsabilité raisonnable" pour le Web 2.0', RLDI, 2007/32, No 1070, p 38. Cited in: Etienne Montero and Quentin Van Enis, Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle?, Computer Law & Security Review Volume 27, Issue 1, February 2011, p. 30, available at: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S20267349100017925/11/2012..>

(٣٧) Etienne Montero and Quentin Van Enis, Enabling freedom of expression, Op. Cit., p. 30.

(٣٨) U.S.C. § 512 (h)(1).

(٣٩) U.S.C. § 512 (h) (5).

(٤٠) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 30.

إلا أن مثل هذا الالتزام قد لا يكون فعالاً في بعض الحالات. على سبيل المثال عندما يقوم شخص بتسجيل الدخول من مقهى إنترنت Internet Café، وفي هذه الحالة من المرجح ألا يكون بإمكان صاحب المقهى تحديد من كان مستخدماً لجهاز معين في وقت معين^(٤١).

٣ - الالتزام بسحب المحتوى غير المشروع عند حصول معرفته أو بناءً على الإخبار:

عملياً توفر المحاكم الأمريكية عموماً الحماية لمزود الخدمات، بصفته مضيفاً، من أية مسؤولية بمجرد قيامه بسحب المحتوى (التعدي) أو منع الوصول إليه بعد تلقيه إخبار بطابعه المخالف للقانون (التعدي)^(٤٢).

وفي قضية Dailymotion الفرنسية - السابق ذكرها - قام المدعي بمقاضاة الموقع بسبب إعادة نشر أحد مصنفاته على الموقع على الرغم من أن هذا المحتوى كان خاضعاً لإخبارين سابقين عن التعدي. ومع أن محكمة بداية باريس قررت بتاريخ ١٣ تموز (يوليو) ٢٠٠٧ مسؤولية الموقع، إلا أن محكمة استئناف باريس قررت بتاريخ ٦ أيار (مايو) ٢٠٠٩ أنه لما كان الموقع قد حدد نفسه بسحب المحتوى أو المعلومات التي يتم إخباره بها بوضوح من قبل مالك حق المؤلف، فإنه يكون قد أوفى بالتزاماته بموجب توجيه التجارة الإلكترونية^(٤٣).

وفي القانون الأمريكي لا يحرم مزودو شبكات التواصل الاجتماعي من الحماية لإخلالهم في التصرف بسرعة لسحب المحتوى أو منع الوصول إليه إلا إذا كان مالك حق المؤلف قد أصدر إخباراً صحيحاً وفقاً للشروط التي يتضمنها القسم ٥١٢ (c) من قانون حق الطبع في الألفية الرقمية^(٤٤).

وبموجب قانون حق الطبع في الألفية الرقمية يجب أن يكون الإخبار كتابة، وأن

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 8. (٤١)

See e.g. Viacom International Inc et. Seq. vs. Youtube 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010) (partially reversed by the 2nd circuit). Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 85 note 329. (٤٢)

TGI Paris July 13, 2007, Christian C., Nord Ouest Production v. Dailymotion, UGC Images. Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 73 - 74 note 292. (٤٣)

Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, Op. Cit., P 4. (٤٤)

يقدم إلى الوكيل الذي يعينه مزود الخدمات، وأن يتضمن البيانات التالية: التوقيع المادي أو الإلكتروني لصاحب حق المؤلف أو الشخص المخول للتصرف نيابة عنه، وتعيين العمل المشمول بالحماية الذي يدعي وقوع التعدي عليه، وتعيين المادة التي يدعي بأنّها مخالفة أو بأنّها موضوع لنشاط التعدي والتي سيتم سحبها أو منع الوصول إليها، وتعيين المعلومات الكافية التي تسمح لمزود الخدمة بتحديد مكانها على الشبكة، ومعلومات الاتصال الخاصة بمقدم الشكوى (مثل العنوان ورقم الهاتف وعنوان البريد الإلكتروني في حال توفره)، وبيان بأنّ المشتكي يعتقد بحسن نية أنّ استخدام المادة غير مرخص به من صاحب حق المؤلف أو ممثله أو بترخيص من القانون، وبيان بأنّ المعلومات الواردة في الإخبار دقيقة، وأنّ المشتكي مخول للتصرف نيابة عن مالك الحق الحصري الذي تم التعدي عليه^(٤٥).

وبعد سحب المنشور يجب على مزود الخدمات إبلاغ صاحبه بسحبه، حيث يستطيع الأخير إصدار إخبار مضاد. وتطبيقاً لذلك، بتاريخ ٢٧ تموز (يوليو) ٢٠٠٧ قاضت Stephanie Lenz إحدى مستخدمي يوتيوب، مجموعة Universal، استناداً إلى القسم ٥١٢ (f) من قانون حق الطبع في الألفية الرقمية. وتتلخص وقائع القضية في أنّ Universal أرسلت إخباراً إلى يوتيوب لمطالبته بسحب الفيديو الذي أرسلته المدعية تأسيساً على أنّه يتضمن التعدي على حقوقها في التأليف، إلا أنّ الأخيرة أرسلت إلى الموقع إخباراً مضاداً تأسيساً على أنّ تصرفها يدخل في نطاق استثناء الاستخدام المشروع fair use، وفي النهاية أعيد إرسال الفيديو إلى موقع الويب^(٤٦).

٤ - الالتزام باتخاذ الإجراءات الملائمة لمنع تكرار التعدي:

ينبغي على مزود الخدمات تبني وتطبيق سياسة واضحة لإنهاء حسابات المشتركين ممن يقدمون على تكرار التعدي على حقوق المؤلف، وينبغي عليه إعلام المشتركين وأصحاب الحسابات بهذه السياسة^(٤٧).

وفي الواقع العملي أعلن ماي سبيس استخدامه تقنية جديدة لحماية حقوق

USC § S512(c)(3)(A). (٤٥)

Lenz v. Universal Music Publishing Group, Cause No. 07-03783-MEJ (N.D. Cal). Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, Op. Cit., P 5. (٤٦)

Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, Op. Cit., P 3. (٤٧)

المؤلف تدعى "Take Down Stay Down"، وبموجب هذه التقنية يمنع الموقع المستخدمين من تحميل الفيديو الذي سبقت إزالته^(٤٨).

وعلى الصعيد القضائي تميل المحاكم في أوروبا والولايات المتحدة إلى فرض التزام على مزودي الخدمات باتخاذ "الخطوات المعقولة لمنع التعدي على الإنترنت". وبشكل خاص استنبطت العديد من المحاكم في أوروبا من الالتزام العام ببذل العناية في المسؤولية التقصيرية التزاماً بالعناية المناسبة بتطبيق أحدث تقنيات التصفية الوقائية، والقيام بخطوات تتسم بالمبادرة الفعالة ضد من يقدمون على تكرار التعدي أو ضد المحتوى المخالف للقانون الذي سبق الإبلاغ عنه. على سبيل المثال أمرت محكمة باريس Dailymotion بتنفيذ تقنيات التصفية لمنع نشاط التعدي. وبتاريخ ١٤ كانون الأول (ديسمبر) ٢٠١٠ أمرت محكمة TGI Creteil موقع يوتيوب بتنفيذ تقنيات التصفية لتجنب المزيد من نشر المواد المخالفة للقانون (التعدي)^(٤٩).

ويتمثل الاتجاه السائد في التطبيقات القضائية فرنسا، لاسيما في قانون حق المؤلف، في إخضاع مزود الخدمات لالتزام بتنفيذ جميع الوسائل المعقولة لمنع تكرار المحتوى المخالف للقانون الذي سبق الإبلاغ عنه^(٥٠). وهذا ما قرره محكمة باريس بتاريخ ٢٨ نيسان (أبريل) ٢٠١١ في قضية YouTube v. SPPF. ومع ذلك أوضحت محكمة باريس في هذا القرار أنه كان على المدعي أن يتعاون مع مزود الخدمات في هذه العملية، وأعفت يوتيوب من كل مسؤولية نتيجة لعدم استخدام المدعي التقنية المطبقة من قبل يوتيوب لتجنب تكرار المحتوى المخالف للقانون^(٥١). وتم التوصل إلى النتيجة ذاتها في قضايا أخرى^(٥٢).

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 18. (٤٨)

Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 205 note 743. (٤٩)

TGI Paris March 5, 2009 (sum. judgment) Roland Magdane et al. v. Youtube; TGI Paris (3rd ch. 2nd section), Nov. 14, 2008, Monsieur Jean Yves Lambert dot Lafesse et al. v. Youtube et al. Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 132. (٥٠)

Youtube v. SPPF, TGI Paris, Apr. 28, 2011. Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 88, 133. (٥١)

TGI Paris (3rd ch. 3rd section) May 13, 2009, SARL Temps noir et al. v. Youtube, Dailymotion, Google Inc.; TGI Paris (3rd ch. 3rd section) June 24, 2006, J. Y. Lafesse v. Google et al.; TGI Paris (3rd ch., 1st section) Sept. 22, = (٥٢)

على النقيض من ذلك، قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية Christian C., Nord Ouest Production v. Dailymotion أن Dailymotion، كمزود خدمات استضافة، كان خاضعاً فقط للالتزام بالإخبار والسحب (أي سحب المحتوى غير المشروع بناء على تلقي إخبار بالمحتوى)^(٥٣).

= 2009, Omar et Fred et al. v. Youtube et al. Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 133.

Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 133. (٥٣)

المطلب الثاني

قيام مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ عن محتواها غير المشروع

يترتب على إخلال مواقع الويب ٢,٠ بالتزاماتها قيام مسؤوليتها المدنية، والتزامها بتعويض الضرر الناجم عن محتواها غير المشروع. ويبدو هذا المطلب حول بيان القواعد القانونية التي تنطبق على مسؤولية هذه المواقع، مع عرض لأهم الحالات التي تقوم فيها مسؤوليتها.

أولاً - القواعد القانونية لمسؤولية مواقع الويب ٢,٠:

سبق القول إن جهود الفقه والقضاء لم تنته إلى نتيجة واحدة بشأن تحديد المركز القانوني لمواقع الويب ٢,٠، وكانت النتيجة اختلاف القواعد القانونية التي يرون تطبيقها على هذه المواقع وفقاً لما يلي:

١ - مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ وفقاً للقواعد العامة:

يمكن أن تقوم مسؤولية مزود الخدمة عن محتوى الغير، خارج نطاق النظام الخاص للمسؤولية المعروض في قانون حق الطبع في الألفية الرقمية والتوجيه الأوروبي، إما استناداً إلى نظرية المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية المساهمة في الولايات المتحدة، وإما استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وقواعد المسؤولية الجزائية، والمنافسة غير المشروعة في أوربا^(٥٤).

وقد رفعت عدة دعاوى في أوربا، لاسيما في فرنسا، ضد مزودي خدمات الإنترنت تأسيساً على أن خطأهم أو إهمالهم (مثل عدم مراقبة مواقعهم الإلكترونية) ينجم عنه أضرار لمالك العلامة التجارية أو حق المؤلف (أي التعدي على حق المؤلف أو العلامة التجارية). وجوهر المسألة في قضايا المسؤولية المدنية هذه كان لتحديد هل يتحمل مزود الخدمات بأيّ التزام ببذل العناية لمنع التعدي على حقوق الغير على موقعه الإلكتروني. وباستثناء فرنسا، فإنّ هذه الدعاوى لاقت نجاحاً محدوداً أمام محاكم الاتحاد الأوروبي^(٥٥).

(٥٤) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 98.

(٥٥) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 44.

٢ - مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ وفقاً لقوانين الصحافة والمطبوعات:

يتمثل الاتجاه العام في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، في الوقت الحاضر، بعدم تشبيه مزودي خدمات الاستضافة على الشبكة بناشري المطبوعات، على الرغم من التحفظات في بعض القضايا الخاصة، مثل تلك الحالات المتعلقة بمشغلي منتديات المناقشة المرتبطة بشكل وثيق بمنشورات المطبوعات على الإنترنت. وقد أكدت بعض المحاكم وجهة النظر هذه، على سبيل المثال قرّرت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٢/١٦، أنَّ التشريع الفرنسي بشأن المطبوعات غير قابل للتطبيق، كما قرّرت المحكمة ذاتها في التاريخ ذاته أنَّه فيما يتعلق بموقع ماي سبيس، الذي يُعد تطبيقاً نموذجياً من تطبيقات الويب ٢,٠، فإنَّ قانون المطبوعات يسود على الإعفاءات من المسؤولية التي يتضمنها قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي^(٥٦).

٣ - تطبيق قواعد المسؤولية الخاصة بمزود خدمات الاستضافة على مواقع الويب ٢,٠:

ينص كل من قانون حق الطبع في الألفية الرقمية الأمريكي، وتوجيه التجارة الإلكترونية الأوروبي، وقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي، على أنَّ مسؤولية مزود خدمات الاستضافة عن محتوى الغير يمكن أن تقوم فقط إذا: (أ) كان لديه المعرفة الفعلية أو الوعي الكافي sufficient awareness بطابعه غير المشروع، (ب) ولم يتصرف على وجه السرعة لإزالة هذا المحتوى أو حجبهِ بعد حصول هذه المعرفة. وأضاف قانون حق الطبع في الألفية الرقمية الأمريكي أنَّ مزود الخدمة يمكن أن يكون مسؤولاً إذا (أ) كان له الحق والقدرة في السيطرة على مثل هذا النشاط، (ب) إذا استفاد مالياً من نشاط التعدي^(٥٧).

وعلى الصعيد القضائي تقرر المحاكم الأمريكية عموماً أنَّ مزود الخدمة الذي كيف كمزود مضيف يعفى من المسؤولية بمجرد أن يقوم بإزالة المحتوى المخالف أو منع الوصول إليه بعد تلقيه إخبار بالطابع المخالف^(٥٨).

(٥٦) Thibault Verbiest, Study on the Liability of Internet Intermediaries, November 12th 2007, P 47, available at: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf 12/12/2010.

(٥٧) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 77.

(٥٨) See e.g. Viacom International Inc et. Seq. vs. Youtube 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010). Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 85.

كما تعفى شبكات التواصل الاجتماعي - وهي من تطبيقات الويب ٢,٠ - من المسؤولية عن البيانات التشهيرية المنشورة من قبل المستخدمين وفقاً لأحكام القسم ٢٣٠ من قانون آداب الاتصالات الأمريكي The Communications Decency Act (CDA)^(٥٩).

إلا أنَّ هذا الإعفاء مقيد، وبعض القيود يفرضها التشريع نفسه. على سبيل المثال عندما يتعلق الأمر بالتعدي على حقوق المؤلف، عندئذٍ يكون على مواقع الويب ٢,٠ التقيد بأحكام القسم ٥١٢ من قانون حق الطبع في الألفية الرقمية الأمريكي للاستفادة من الإعفاء من المسؤولية.

ووفقاً لأحكام قانون حق الطبع في الألفية الرقمية الأمريكي يجب على شبكات التواصل الاجتماعي، حتى تستفيد من الحماية التي يوفرها القانون، أن تقوم بتطبيق آليات تمكّن مالكي الحقوق من المطالبة بسحب المحتوى المخالف. ويجب على الموقع أيضاً ألا يتلقى أية منفعة مالية منسوبة مباشرة إلى نشاط التعدي^(٦٠).

وفيما يتعلق بعنصر المعرفة، قررت محكمة منطقة نيويورك الجنوبية في قضية Viacom v. YouTube عام ٢٠١٠، أنَّه لكي يخسر يوتيوب الاستفادة من الإعفاء الممنوح لمزود خدمات الاستضافة، ينبغي حصول معرفته بتعدي (انتهاك) محدد وواضح المعالم specific and identifiable لمواد فردية خاصة. وأضافت المحكمة إنَّ إدعاء حصول المعرفة العامة لدى مقدم الخدمة بأن التعدي كان في كلِّ مكان لا يفرض عليه واجباً لمراقبة أو فحص خدمته فيما يتعلق بالتعديات. ولدى الاستئناف أكدت الدائرة الثانية هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ٥ نيسان (أبريل) ٢٠١٢، على الرغم من إلغائها القرار لأسباب أخرى^(٦١).

إضافة إلى ما سبق، فقد انفرد القانون الأمريكي، بإيراد شرطين إضافيين، لم يرد لهما مثيل في التوجيه الأوروبي أو التشريع الفرنسي، فقد نص القانون الأمريكي على

(٥٩) David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability, Op. Cit., P 3.

(٦٠) David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability, Op. Cit., P 3.

(٦١) Viacom International Inc et. al. v. YouTube, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010). Viacom Int'l, Inc., Football Ass'n Premier League Ltd. v. YouTube, Inc. (2nd Cir. 2012), Docket 10-3270-cv (Apr. 5, 2012). Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 80.

أنّ مزود الخدمات لا يستفيد من الإعفاء إذا تلقى منفعة مالية منسوبة مباشرة إلى نشاط التعدي عندما يملك الحق والقدرة للسيطرة على مثل هذا النشاط^(٦٢).

وفيما يتعلق بالمنفعة المالية المباشرة، لا تقوم العديد من مواقع المحتوى الذي ينتجه المستخدمون بعرض الإعلانات على الصفحة ذاتها التي تتضمن المحتوى في سبيل دعم حجتها في أنّها لم تتلقَ منفعة مالية مباشرة من المواد المخالفة للقانون. ولذا يدعي أصحاب حقوق المؤلف أنّ نموذج العمل ككل في هذه المواقع يعتمد على المواد المخالفة للقانون، وهو ما يشكل منفعة مالية مباشرة. فموقع يوتيوب ما كان ليكسب هذه الشعبية لولا وجود المواد المخالفة للقانون، وهذه الشعبية المتزايدة تسمح للموقع بفرض أجور إعلان أعلى، وهو ما يشكل منفعة مالية مباشرة^(٦٣).

وبالفعل، رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠٨، في قضية Lafesse v. Myspace منح ماي سبيس إعفاء الاستضافة؛ لأنّه يجني فائدة من الإعلان الموضوع على موقع الويب في كلّ مرة تتم فيها مشاهدة الفيديو المخالف للقانون^(٦٤).

أما فيما يتعلق بالحق والقدرة على السيطرة، فإنّ وجود المنفعة المالية المباشرة لا يعني حرمان الموقع من الحماية وفقاً لأحكام القسم ٥١٢ (c) من قانون حق الطبع في الألفية الرقمية إلا إذا كان يملك الحق والقدرة على السيطرة على نشاط التعدي.

وعلى الصعيد القضائي أكدت الدائرة الثانية (الاستئناف) في قضية Viacom v. YouTube بتاريخ ٥ نيسان (أبريل) ٢٠١٢، أنّ معيار السيطرة في قانون حق الطبع في الألفية الرقمية يتطلب شيئاً أكثر من المعيار نفسه بموجب الشريعة العامة Common law. وانتهت إلى أنّ معيار السيطرة قد يوجد عندما يمارس مزود الخدمات تأثيراً كبيراً على أنشطة مستخدميه، دون أن تتطلب بالضرورة - أو في كثير من الأحيان - حصول المعرفة بنشاط تعد محدد، معتبرة أنّ إضافة المعرفة المحددة إلى السيطرة سيجعل الأخير مزدوجاً (من اشتراط المعرفة) وغير ضروري^(٦٥).

U.S.C. § 512(c)(1)(B) (٦٢)

Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, Op. Cit., P 6. (٦٣)

Cour de Cassation, Oct. 21, 2008 Lafesse v. Myspace. Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 96. (٦٤)

Viacom International Inc et. Seq. vs. Youtube (SDNY, 2010); Viacom Int'l, = (٦٥)

وفي هذا الصدد يرى البعض أنَّ مستوى السيطرة الذي يكفي لتحقيق الحق والقدرة على السيطرة بالنسبة لمزودي خدمات المحتوى الذي ينتجه المستخدمون، ليس واضحاً، وأنَّ ما يميز شبكات التواصل الاجتماعي في هذا الصدد هو صعوبة تحديد المحتوى^(٦٦).

٤ - مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ وفقاً لقانوني حق المؤلف والعلامة التجارية:

إذا كان النظام الخاص للمسؤولية المعروض في قانون حق الطبع في الألفية الرقمية الأمريكي وتوجيه التجارة الإلكترونية الأوربي لمصلحة مزودي خدمات الإنترنت يخضع لعدد محدد من الشروط الأساسية (ومثالها التكييف كمزود خدمة، والاضطلاع بأحد النشاطات التي يغطيها الإعفاء، والامتثال للشروط المحددة لكل حالة إعفاء). فإنَّ فشل مزود الخدمات للتأهل تحت هذا النظام الخاص للمسؤولية لا يعني بالضرورة قيام مسؤوليته عن التعدي على حقوق المؤلف أو العلامة التجارية. وفي مثل هذه الحالة فإنَّ مسؤوليته، والدفاع الذي يمكن أن يثيره فيما يتعلق بدعوى التعدي على حق المؤلف أو العلامة التجارية، سيقم ببساطة في ضوء القانون والتطبيقات القضائية التي تنظم المسؤولية المألوفة عن التعدي على حقوق المؤلف والعلامة التجارية في الإقليم الذي ترفع فيه الدعوى. وفي هذا المجال يمكن التمييز بين اتجاهين الأول حق الطبع a copyright tradition المرتبط بنظام الشريعة العامة لبريطانيا، ويتضمن الولايات المتحدة، والثاني حقوق المؤلف an author's rights tradition، الذي يجد جذوره في نظام القانون المدني للقارة الأوروبية، ومثاله القانون الفرنسي "droit d'auteur"^(٦٧).

ثانياً - الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مواقع الويب ٢,٠:

كثيرة هي الحالات التي يمكن أن تقوم فيها مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ عن الضرر الذي يسببه محتواها، وهذا المحتوى إمَّا أن يكون غير مشروع وفقاً للقوانين النافذة، أو أن يتضمن تعدياً على أحد الحقوق التي يكفلها القانون.

= Inc., Football Ass'n Premier League Ltd. v. YouTube, Inc. (2nd Cir. 2012), Docket 10-3270-cv (Apr. 5, 2012). Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 94 - 95.

Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, (٦٦) Op. Cit., P 4, 6.

Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 31, 33. (٦٧)

١ - نشر المحتوى غير المشروع:

تتعدد صور المحتوى غير المشروع التي تؤدي إلى قيام مسؤولية مواقع الويب ٢,٠، وأهمها:

أ - التشهير:

يُعد البيان تشهيراً عندما يلحق الضرر بسمعة أحد الأشخاص^(٦٨). ويرى البعض أنَّ المحاكم تعامل الدعاوى المبنية على التشهير استناداً إلى المحتوى عبر الإنترنت بالطريقة ذاتها التي تعامل بها الدعاوى التقليدية التي تنطوي على التشهير دون اتصال بالإنترنت. ومن الأمثلة العملية على النوع الأول قامت مراقة بمقاضاة فيس بوك مدعية قيام أربعة من زملائها السابقين بتشكيل مجموعة للسخرية منها^(٦٩).

وعلى خلاف دعاوى التشهير الأخرى عبر الإنترنت، التي تنطوي على منشورات مجهولة في أغلب الأحيان، فإنَّ التشهير الذي يحدث على مواقع التشبيك الاجتماعي يحتمل أن يكون منسوباً إلى فرد حقيقي (على فرض أنَّ معلوماتهم الشخصية تعكس هويتهم بدقة). وهذا ما يزيد من خطورة مثل هذه الأنشطة على الإنترنت^(٧٠).

ب - المواد المخالفة للأداب والأخلاق العامة:

تسهل مواقع الويب ٢,٠ الدخول إلى المواد المخالفة للأداب والأخلاق العامة من قبل أي شخص دون أن تتطلب التحقق من الهوية أو العمر^(٧١).

وهنا تظهر الفجوة بين الآباء والأبناء، والانشغال بالحاسوب الذي أصبح هو مصدر ثقة تلك الأجيال ومصدر خبراتهم عبر الشبكة (الإنترنت) من خلال ما يسمى فيس بوك^(٧٢).

ج - نشر البرمجيات الضارة:

رفع رجل من إنديانا دعوى على أحد مزودي تطبيقات التشبيك الاجتماعي، مدعياً أنَّ الشركة أخلت في تأمين شبكتها وحماية بيانات الزبائن، ممَّا مكَّن مرتكبي العمل غير المشروع "القراصنة" من الاستيلاء على كلمات سر تعود لـ (٣٢) مليون

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 7. (٦٨)

Kathryn L. Ossian, Legal Issues in Social Networking, Op. Cit., P 6. (٦٩)

Kathryn L. Ossian, Legal Issues in Social Networking, Op. Cit., P 6. (٧٠)

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 7. (٧١)

يوسف أبو الحجاج، أشهر جرائم الكمبيوتر (التحرش الجنسي - القرصنة وسرقة الأموال - (٧٢)

غسيل الأموال - التجسس الإلكتروني - التشهير والسب والكذب - إغواء القاصرين -

السطو الإلكتروني)، دار الكتاب العربي، دمشق/القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ٥٩.

مستخدم. وفي الواقع بدأ مجرمو الفضاء الإلكتروني يطوفون في الشبكات الاجتماعية مستفيدين من الشعور بالثقة الذي تتسم به عمليات التبادل على مواقع الشبكة الاجتماعية، حيث يتظاهرون بأنهم مستخدمين شرعيين لإغراء المستخدمين الآخرين بفتح الرسائل أو بدء تشغيل التطبيقات التي تُطلق العنان لأنواع مختلفة من البرمجيات الخبيثة المصممة لالتقاط المعلومات الحساسة أو إعطاء المتسللين hackers إمكانية الوصول إلى - وحتى السيطرة - على أجهزة الضحايا، ولذا يحذر خبراء الأمن من أن الهجمات على مواقع الشبكة الاجتماعية ومستخدميها قد سجلت زيادة من ناحيتي الكم والتطور، ومن ثمَّ يرجح أن تكون مواقع الشبكة الاجتماعية التي تفشل في اتخاذ خطوات قوية لحماية المستخدمين مستهدفة في الدعاوى القضائية^(٧٣).

د - صور أخرى من المحتوى غير المرغوب به:

أدى تطور المحتوى الذي ينتجه المستخدمون إلى تفشي ظاهرة الكراهية العنصرية، وهي تقوم على تعمد إهانة فرد أو مجموعة عرقية أو دينية أو بسبب جنسيتهم أو جنسهم أو اعتماداً على خواص أخرى^(٧٤).

وعلى صعيد آخر نشرت CNN في تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠٥ مقالاً يتعلق بالدين ألقيا اللوم على مجموعة إخبارية على الإنترنت بسبب انتحار ابنتهما البالغة من العمر ١٩ عاماً Suzanne Gonzales، حيث تبين أن الفتاة كانت عضواً في مجموعة إخبارية، يمكن للأعضاء من خلالها أن يقوموا بتزويد بعضهم البعض بتقديم طرق للانتحار^(٧٥).

كما يتضمن المحتوى غير المرغوب فيه تقديم معلومات عن الأنشطة غير المشروعة، مثل تعليم كيفية صنع القنابل، ومع زيادة عدد مستخدمي الشبكة سيزداد المحتوى غير المرغوب به، وهذا بدوره يفرز إشكالات جديدة تدعو المشرع لتنظيمها^(٧٦).

٢ - التعدي على الحقوق:

إنَّ من أكثر صور التعدي التي تثير مسؤولية مواقع الويب ٢,٠ هي التعدي على حق المؤلف، والتعدي على الحق في الخصوصية، والتعدي على الحق في الصورة.

David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability, (٧٣) Op. Cit., P 3 - 4.

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 6. (٧٤)

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 8. (٧٥)

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 8. (٧٦)

أ - التعدي على حقوق المؤلف:

تقوم فكرة الويب ٢,٠ على السماح للمستخدمين بنشر موادهم الخاصة، إلا أنَّ العديد منهم قام بنشر مواد تعود لمؤلفين آخرين، دون موافقتهم، وهو ما يشكل تعدياً على حقوق المؤلف^(٧٧) وفي هذا المجال شبه البعض مواقع التواصل الاجتماعي بأنها "أحجار مغناطيس magnets" لدعاوى التعدي على حقوق المؤلف^(٧٨).

وعلى الصعيد القضائي بتاريخ ١٣ آذار (مارس) ٢٠٠٧ طالبت Viacom موقع يوتيوب بمبلغ ١ بليون دولار أمريكي، تأسيساً على أنَّ الأخير كان يساعد المعتدين على حق المؤلف^(٧٩)، وأنَّه سخر التكنولوجيا للتعدي عمداً على حقوق المؤلف على نطاق واسع^(٨٠). وفي تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠٦ رفعت Universal دعوى على ماي سبيس، تأسيساً على أنَّ الأخير جعل التعدي "حراً وسهلاً"، وحولَ فيديوهات ماي سبيس إلى مستودع افتراضي ضخم للنسخ المسروقة "المقرصنة" من مصنفاتها^(٨١)، وطالبت بدفع تعويض ١٥٠,٠٠٠ دولار عن كلِّ مصنف يتم نشره^(٨٢).

ويرى البعض أنَّه لما كانت مواقع الويب ٢,٠ تحقق ربحاً من المحتوى غير المشروع، فإنَّه يجب أخذ هذه الحقيقة بعين الاعتبار عند تقرير مدى التزام مزوِّدي الخدمات في هذه المواقع في مجال التعدي على حقوق المؤلف^(٨٣).

على أنَّه استثناءً من مبدأ مسؤولية مزوِّدي خدمات الإنترنت عن التعدي على حقوق المؤلف، فإنَّ استخدام العمل المحمي بموجب قانون حق المؤلف بصورة مشروعة لا يثير مسؤولية مزوِّد الخدمة إذا ما تحققت شروط هذا الاستثناء^(٨٤).

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 5. (٧٧)

David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability, Op. Cit., P 2. (٧٨)

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 6; Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, Op. Cit., P 5. (٧٩)

David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability, Op. Cit., P 3. (٨٠)

Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 6. (٨١)

David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability, Op. Cit., P 3. (٨٢)

N.D. O'BRIEN, The Liability of Internet Services Providers, Op. Cit, P 142 - 143. (٨٣)

Mark E. Harrington, On-line Copyright Infringement Liability for Internet Service Providers: Context, Cases & Recently Enacted Legislation, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/articles/content/1999060401.html. (٨٤)

وفي هذا الصدد يرى البعض أنَّ الفرق الأكثر وضوحاً الذي ينشأ من المقارنة بين المعالجة القانونية للاستثناءات في كل من الولايات المتحدة وأوروبا، أنَّ النظام القانوني الأمريكي ينص على مجرد مجموعة من التعليمات التي تتضمن استثناء ((الاستخدام المشروع (fair use)) المفتوح، في حين أنَّ النظام القانوني في الاتحاد الأوروبي ينص على قائمة مغلقة من الاستثناءات التشريعية. ويرجع هذا الاختلاف إلى أنَّ حرية الاستخدام freedom of use تُعد هي القاعدة في الولايات المتحدة والحقوق هي الاستثناء، أمَّا في أوروبا فالحقوق الحصرية exclusive rights هي القاعدة في حين أنَّ الاستثناءات تُحدد بدقة وتفسر تفسيراً ضيقاً^(٨٥).

وعملياً تميل المواقع التي تستضيف المحتوى الذي ينتجه المستخدمون إلى إدراج بند مفاده أنَّ هذا المحتوى يعود للمستخدم.

ب - التعدي على الحق في الخصوصية:

أوضحت إحدى المحاكم الصينية أنَّ مصطلح الخصوصية يشير عموماً إلى مصلحة الشخص الخاصة، وعلاقاته الشخصية، بما في ذلك حياة الفرد الشخصية، ومعلوماته الشخصية، وحيزه الشخصي، وأسراره، وأي جانب من جوانب الحياة لا يرغب الفرد أن يتشارك به مع العالم^(٨٦).

وعلى الرغم من أنَّ شبكة الإنترنت وفرت إمكانية نشر المعلومات الشخصية على الشبكة لعقد من الزمن، إلا أنَّ مواقع التواصل الاجتماعي تُعد استثنائية في أنَّها تشجع نشر البيانات الشخصية إلى حد لم يسبق له مثيل^(٨٧).

على سبيل المثال يمكن لمستخدمي فيس بوك مشاركة العديد من البيانات مع المستخدمين الآخرين، وتتضمن هذه البيانات معلومات الاتصال، والمعلومات الشخصية مثل تاريخ ومكان الولادة والجنس والعنوان الحالي ورقم الهاتف،

^(٨٥) Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement, Op. Cit., P 56.

^(٨٦) See Wang Fei v. Zhang Leyi, Daqi.com and Tianya.com, No. 10930 (Beijing Chaoyang Dist. People's Ct., Dec. 18, 2008), Anne S.Y. Cheung, a Study of Cyber-violence and Internet Service Providers' Liability, Op. Cit., P 338.

^(٨٧) Harvey Jones, José Hiram Soltren, Facebook: Threats to Privacy, December 14, 2005, P 35, available at: <http://ocw.ispros.com.bd/courses/electrical-engineering-and-computer-science/6-805-ethics-and-the-law-on-the-electronic-frontier-fall-2005/projects/facebook.pdf> 5/10/2012.

والمعلومات الأخرى بخصوص الاهتمامات مثل الكتب والنوادي والعلاقات والانتماء السياسي^(٨٨). وهذا ما يزيد من خطر تعرض المستخدمين لانتهاك خصوصيتهم استناداً إلى معلوماتهم في الموقع.

وعلى الصعيد التشريعي تطبق المبادئ القانونية لحماية السمعة والخصوصية على عالم الإنترنت على حد سواء^(٨٩).

وعملياً دفع فيس بوك عام ٢٠٠٩ مبلغ ٩,٥ مليون دولار لتسوية دعوى قضائية لانتهاكه خصوصية أعضائه بإذاعة معاملاتهم على المواقع التي يتم الانضمام إليها على صفحاته. وفي دعوى أخرى في كاليفورنيا تم الإدعاء بانتهاك فيس بوك لقوانين الخصوصية وحماية المستهلك، لقيامه بمشاركة معلومات الأعضاء الشخصية مع المعلنين وأشخاص آخرين لأغراض تجارية، وادعى المدعون أن فيس بوك ضلل المستخدمين في التفكير بأنه يوفر بيئة آمنة لمشاركة المعلومات الشخصية مع الأصدقاء^(٩٠).

علاوة على ذلك فإنَّ نشر المحتوى بدون أيَّة رقابة أو مراجعة يعني أنَّه يمكن أن يرسل العديد من المستخدمين مواد تتضمن تعدياً على خصوصية الآخرين^(٩١).

ومن ميزات الشبكات الاجتماعية أنَّها تسمح غالباً لأعضائها بالاختيار بين مستويات مختلفة للخصوصية، مثل السماح لأي عضو في الشبكة بمشاهدة محتوى معلوماتهم الشخصية، أو قصره على الأعضاء المتصلين فقط^(٩٢).

ج - التعدي على الحق في الصورة:

قد يدعي أحد مستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي أنَّه من المفترض أن تكون صورته الخاصة في profile محصورة به وبأصدقائه، ومن ثمَّ فلا يجوز لأي منهم أن يقوم بنشر إحدى هذه الصور، دون موافقته، في مكان آخر من الشبكة.

وإنَّ إرسال صور وفيديوهات الأشخاص دون إذنهم يمكن أن يؤدي إلى قيام

(٨٨) Tabreez Govani & Harriet Pashley, Student Awareness of the Privacy Implications When Using Facebook, P 4. available at;

(٨٩) Anne S.Y. Cheung, a Study of Cyber-violence and Internet Service Providers' Liability, Op. Cit., P 327.

(٩٠) David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability, Op. Cit., P 3.

(٩١) Dr Carlisle George, Web 2.0 and User-Generated Content, Op. Cit., P 6.

(٩٢) Kathryn L. Ossian, Legal Issues in Social Networking, Op. Cit., P 2.

المسؤولية تأسيساً على التعدي على الحق في الخصوصية^(٩٣). ومن الأمثلة العملية رفع والد فتاة مراهقة في أيلول (سبتمبر) ٢٠٠٧ دعوى على Virgin Mobile and Creative Commons, Inc. تأسيساً على انتهاك الخصوصية، بسبب استخدام صورة الفتاة في حملة إعلانية دون ترخيص، وهو ما سبب لها الإحراج وألحق الضرر بسمعتها، وكانت Virgin Mobile قد أخذت الصورة من أحد المواقع، دون ترخيص من الفتاة أو الشخص الذي قام بتحميلها على الموقع (مع العلم أنَّ الأخير قام بتحميل الصورة على الشبكة دون إذن الفتاة ذاتها)^(٩٤).

النتائج والتوصيات:

- التكييف الصحيح لمواقع الويب ٢,٠ هو الذي يقوم على النشاط الذي يمارسه الموقع، فعندما يقتصر دوره على توفير مساحة للمستخدمين دون أي تدخل في المحتوى يكون دوره تقنياً بسيطاً، أمّا عندما يمارس رقابة تحرير على المحتوى فيمكن اعتباره ناشراً للمحتوى.
- لا تتحمل مواقع الويب ٢,٠ بالتزام عام بمراقبة المحتوى المنشور لاستحالة تنفيذ هذا الالتزام عملياً وكلفته الباهظة اقتصادياً.
- دعوة المشرع إلى وضع قواعد قانونية خاصة بمسؤولية مواقع الويب ٢,٠، ويمكن في هذا المجال الاستفادة من التجارب السابقة (الأمريكية، والأوروبية، والفرنسية).
- عقد الندوات والمؤتمرات التي تتناول مختلف القضايا التي يثيرها استخدام شبكة الإنترنت، لاسيما مواقع الويب ٢,٠.
- تفعيل دور وسائل الإعلام والمؤسسات التعليمية في توعية الجمهور بإيجابيات وسلبيات مواقع الويب ٢,٠، وخصوصاً شبكات التواصل الاجتماعي.
- قراءة وفهم بنود وشروط الخدمة في موقع الويب ٢,٠ قبل التسجيل فيه لمعرفة حقوق المستخدم والتزاماته.
- إدراك خطر مشاركة المعلومات الشخصية على شبكات التواصل الاجتماعي.

Kathryn L. Ossian, Legal Issues in Social Networking, Op. Cit., P 4. (٩٣)

Chang v. Virgin Mobile USA, No. DC-07-11386 (Dallas Dist. Ct. originally filed Sept. 19, 2007). Robert P.Latham & Others, Legal Implications of User-Generated Content, Op. Cit., P 8. (٩٤)

المراجع

أولاً - اللغة العربية:

- ١ - المحامي الدكتور محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانها - إثباتها - حمايتها - التوقيع الإلكتروني - القانون الواجب التطبيق "دراسة مقارنة")، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، ٢٠٠٨.
- ٢ - يوسف أبو الحجاج، أشهر جرائم الكمبيوتر (التحرش الجنسي - القرصنة وسرقة الأموال - غسيل الأموال - التجسس الإلكتروني - التشهير والسب والقذف - إغواء القاصرين - السطو الإلكتروني)، دار الكتاب العربي، دمشق، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

ثانياً - اللغة الفرنسية:

- 1 - Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- 2 - Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 (relative à certains aspects juridiques des services de la société de linformation, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), Journal officiel des Communautés européennes 178/1 17/7/2000.

ثالثاً - اللغة الإنكليزية:

- 1 - Anne S.Y. Cheung, a Study of Cyber-violence and Internet Service Providers' Liability: Lessons from China, Pacific Rim Law & Policy Journal Association, VOL. 18 NO. 2, 2009, available at: <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/530/18PacRimLPolyJ323.pdf?sequence=1>
- 2 - Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches, Transatlantic Technology Law Forum (TTLF) Working Papers No. 14, 2012, available at: http://www.law.stanford.edu/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf.
- 3 - Bradley Kay, Extending Tort Liability to Creators of Fake Profiles

- on Social Network Websites, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, 2010, available at: <http://jip.kentlaw.edu/art/Volume%2010/10%20Chi-Kent%20J%20Intell%20Prop%201.pdf>.
- 4 - Dr Carlisle George & Dr Jackie Scerri, Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier, Journal of Information, Law and Technology (JILT), available at: http://go.warwick.ac.uk/jilt/2007_2/george_scerri.
 - 5 - David Bradford, Online Social Networking: A Brave New World of Liability-An Advisen Special Report March 2010, available at: <https://www.advisen.com/downloads/SocialNetworking.pdf>.
 - 6 - Etienne Montero and Quentin Van Enis, Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle?, Computer Law & Security Review Volume 27, Issue 1, February 2011, available at: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364910001792>.
 - 7 - Fanny Coudert, Anne Debet, Paul de Hert, Constitutional Rights and New Technologies in France, Tilburg university, 2007, available at: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03050710903113063>.
 - 8 - Harvey Jones, José Hiram Soltren, Facebook: Threats to Privacy, December 14, 2005, available at: <http://ocw.ispros.com.bd/courses/electrical-engineering-and-computer-science/6-805-ethics-and-the-law-on-the-electronic-frontier-fall-2005/projects/facebook.pdf>.
 - 9 - Kathryn L. Ossian, Legal Issues in Social Networking, Institute of Continuing Legal Education, available at: http://www.millercanfield.com/media/article/200120_LEGAL%20ISSUES%20IN%20SOCIAL%20NETWORKING.pdf.
 - 10 - Mark E. Harrington, On-line Copyright Infringement Liability for Internet Service Providers: Context, Cases & Recently Enacted Legislation, available at: http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iprf/articles/content/1999060401.html
 - 11 - N.D. OBRIEN, The Liability of Internet Services Providers for

Unlawful Content Posted by Third Parties, degree of MAGISTER LEGUM, Faculty of Law at the Nelson Mandela Metropolitan University, January 2010.

- 12 - Robert P.Latham, carl C. Butzer, and Jeremy T. Brown, Legal Implications of User-Generated Content: YouTube, MySpace, Facebook, intellectual property & technology law journal, volume 20 number 5 may 2008, available at: <http://images.jw.com/com/publications/939.pdf>.
- 13 - Six Teams of Attorneys and Trainees, Study on Legislative Efforts to Prevent and Combat Hate Crime, (Project for the American Jewish Committee Berlin) 2011. Available at: <http://www.ajcgermany.org/atf/cf/%7B46AEE739-55DC-4914-959A-D5BC4A990F8D%7D/AJC%20-%20Study%20on%20National%20Legislative%20Efforts%20To%20Prevent%20And%20Combat%20Hate%20Crime.pdf>
- 14 - Tabreez Govani & Harriet Pashley, Student Awareness of the Privacy Implications When Using Facebook. available at: <http://lorrie.cranor.org/courses/fa05/tubzhlp.pdf>. Tim O'Reilly, What Is Web 2.0, available at: <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>.
- 15 - Thibault Verbiest, Study on the Liability of Internet Intermediaries, November 12th 2007, available at: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf
- 16 - The U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998.
- 17 - The U.S. Communications Decency Act of 1996 "Telecommunications Act".

الدور الإجرائي للقاضي الإداري الفرنسي في الخصومة الإدارية

الدكتور/ عبد القادر عدّو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
الجامعة الأفريقية - أدرار - الجزائر

ملخص:

لا يتردّد مجلس الدولة الفرنسي في التذكير بما يتوجّب على القاضي الإداري مراعاته خلال سير الخصومة الإدارية. هذا الأخير ملزم بأن يستخدم سلطاته التحقيقية، ليس فقط بغرض الفصل في النزاع خلال أجل معقول، وإنما أيضا لضمان ما اصطلح عليه بتوازن "الأسلحة" بين الإدارة والمكلف.

ولحسن سير العدالة الإدارية، يعود للقاضي الإداري دعوة المدعي إلى تصحيح عريضته. كما يعود له إعفاء الدعوى من التحقيق، وإنارة الأوجه الخاصة بالنظام العام من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى. وحتى يتمكن من تكوين قناعته بشأن موضوع النزاع، فللقاضي الإداري أن يطلب من الإدارة المختصة، ودون المساس بالأسرار التي يحميها القانون، أي وثيقة من شأنها أن تسمح له بالتحقق من مزاعم المدعي.

مقدمة:

في الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء لا تخلو الدراسات في مجال القانون الإداري من الإشارة إلى القضاء الإداري الفرنسي؛ كما لا تخلو أيضاً من الإشارة إلى ما خلص إليه مجلس الدولة الفرنسي من مبادئ وحلول، سواء وردت في قراراته القضائية، أو في فتاويه القانونية.

وتعكس هذه المبادئ، بلا خلاف، مدى جرأة القاضي الإداري في مجال الاجتهاد، ومدى حرصه على مواكبة ما يستجدّ من مبادئ دستورية، أو قواعد قانونية دولية؛ ولهذا لا عجب أن نجد المشرع الفرنسي يتبنّى بمقتضى التشريع ما استقرّ عليه مجلس الدولة من حلول عملية بوصفها مبادئ عامة للقانون.

وتقدّم لنا المنازعات الإدارية بشتى مجالاتها (إلغاء، ضرائب، مسؤولية إدارية...) عدّة أمثلة عن الدور الأساسي لمجلس الدولة الفرنسي في وضع القواعد التي تحكم سير الخصومة الإدارية، بدءاً من تقديم عريضة الدعوى، وانتهاء بصدر حكم نهائي. ولا شك أنّ من أهمّ هذه القواعد ما يتّصل بدور القاضي الإداري في توجيه إجراءات الخصومة، وفي التحقيق فيها.

ولقد استطاع مجلس الدولة، حتى قبل أن يتدخّل المشرّع بنصوص قاطعة، أن

يدعم هذا الدور للقاضي الإداري، وأن يوسع من دائرته. ومبرر مجلس الدولة في سعيه هذا هو أن الخصومة الإدارية خصومة غير عادية، أحد طرفيها على الأقل شخص عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة؛ ولهذا لا بد من تدخل القضاء لتحقيق التوازن بين طرفي هذه الخصومة: الإدارة Administration والمكلف Administré.

وبالنظر إلى أصالة هذا الدور الإجرائي، وبالنظر إلى تفاني مجلس الدولة في تطويره باستمرار وإطراد؛ فقد آثرنا أن يكون موضوع هذه الدراسة: الدور الإجرائي للقاضي الإداري الفرنسي في الخصومة الإدارية.

وينصرف الدور الإجرائي إلى ما يقوم به القاضي الإداري من أعمال إجرائية ذات مفاعيل قانونية متنوعة. ولا شك أن الكثير من هذه الأعمال معروف في غالبية التشريعات، ومن ذلك: ضمّ الخصومات؛ فصل الخصومة؛ شطب القضية، إرجاء الفصل في الدعوى؛ تكليف الخصوم ببعض المساعي. لكن ثمة أربعة أعمال إجرائية هامة انفرد القانون الفرنسي بتنظيمها أي تنظيم، وهي تعكس فعلاً مدى الدور الذي يضطلع به القاضي الإداري خلال سير الخصومة الإدارية. هذه الأعمال هي: تصحيح عريضة الدعوى (المطلب الأول)؛ إعفاء الدعوى من التحقيق (المطلب الثاني)؛ إثارة الوجه الخاص بالنظام العام (المطلب الثالث)؛ وأخيراً أوامر التحقيق (المطلب الرابع).

وتكتسي هذه الدراسة أهمية نظرية وعملية على حد سواء؛ فمن الناحية النظرية تسمح لنا هذه الدراسة بالوقوف على مضمون ما يقوم به القاضي الإداري الفرنسي من أعمال إجرائية ذات مفاعيل حاسمة وفق أهم وأحدث القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن؛ ومن الناحية العملية تسمح هذه الدراسة بمعرفة أهمية هذه الأعمال في تحقيق مبدأ حسن سير العدالة الإدارية، وتجسيد مبدأ حق كل فرد في انتصاف فعال.

المطلب الأول تصحيح عريضة الدعوى

أوجبت المادة 1-612 R من قانون القضاء الإداري الفرنسي (القسم التنظيمي) على القاضي الإداري أن يطلب من المدّعي تصحيح عريضته متى كان العيب قابلاً للتصحيح. وهذا الإجراء المقرر لحسن سير العدالة الإدارية، من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي قبل أن يتدخّل المشرع ليكرّسه بموجب نصوص صريحة (الفرع الأول)؛ ومنطلقه أنّ من العيوب ما يكون قابلاً للتصحيح حتّى بعد فوات ميعاد الطعن (الفرع الثاني). ويلتزم القاضي بهذا الإجراء وفق ما حدّده القانون من كيفيات إجرائية (الفرع الثالث)؛ فإنّ هو امتنع عن ذلك كان حكمه معيباً وموجباً للإبطال (الفرع الرابع).

الفرع الأول تكريس القاضي الإداري الفرنسي إجراء تصحيح العريضة

إجراء تصحيح العريضة ينبئ بوضوح عن الدور الاجتهادي لمجلس الدولة الفرنسي في مجال إرساء القواعد التي تحكم الخصومة الإدارية؛ إذ يعدّ مجلس الدولة الفرنسي أوّل من أرسى إجراء تصحيح العريضة، وهذا قبل أن يتدخّل المشرّع عام ١٩٩٢ ليقرر هذا الإجراء وينظّم أحكامه بمقتضى المادة 1-153 R من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية.

وتعود بداية هذا الإجراء إلى تاريخ ٢٦ جوان ١٩٥٩ بمناسبة فصل مجلس الدولة الفرنسي في قضية النقابة الجزائرية للتربية المراقبة CFTE؛ حيث قضى بإلغاء حكم المحكمة الإدارية بالجزائر القاضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة الوكيل في من رفع الدعوى باسم النقابة الجزائرية للتربية المراقبة. وأسّس المجلس قراره بالقول: "حيث إنّّه إذا كان السيد (...)، جواباً على الاعتراض المثار حول هذه النقطة من طرف الإدارة، قد اكتفى بإعادة التأكيد على صفته كوكيل للنقابة، محدّداً الشروط التي من خلالها تمّ اختياره كوكيل، فإنّه يعود إلى المحكمة الإدارية، إذا ما قدّرت عدم كفاية الأدلّة المقدّمة، التحقق من وجود الوكالة المزعومة عن طريق دعوة السيد (...) لتقديمها كتابة. وبامتناعها عن القيام بهذا التعبير التحقيقي قبل التعرض إلى قبول الطلب، تكون المحكمة الإدارية بالجزائر قد تنكّرت للالتزامات المفروضة على القضاء الإداري خلال سير التحقيق في القضايا المرفوعة إليه" ^(١).

(١) CE, 26 juin 1959, Syndicat algérien de l'éducation surveillée, Arrêt n°46, Jean-Claude Bonichot, op.cit., p 848.

ولقد أعاد مجلس الدولة بتاريخ ١١ فبراير ١٩٦٦ تذكير المحاكم الإدارية بواجبها في دعوة المدعي إلى تصحيح عريضته على النحو التالي: "لا يمكن للمحكمة الإدارية أن ترفض عريضة، مثيرة من تلقاء نفسها عدم تقديم القرار المطعون فيه، إلا في الحالة التي يمتنع فيها المدعي عن الاستجابة لدعوة المحكمة بتصحيح عريضته" (١).

وقد وسّع مجلس الدولة الفرنسي إجراء تصحيح العريضة على مستوى محاكم الاستئناف الإدارية بموجب قراره بتاريخ ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٩؛ حيث اعتبر رفض قاضي الاستئناف عريضة المستأنف لخلوها من تحديد مبلغ التعويض بالأرقام، دون دعوة هذا الأخير إلى تصحيح عريضته، خطأ في تطبيق القانون؛ الأمر الذي يتوجب معه نقض الحكم، وإحالة القضية إلى المحكمة للفصل فيها من جديد (٢).

الفرع الثاني العيوب القابلة للتصحيح

عدم قبول الطلب القضائي لأي عيب يعدّ من النظام العام؛ حيث للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، ولو لم يثره الخصوم (٣). والعيوب التي تشوب عريضة افتتاح الدعوى ليست جميعها على درجة واحدة من الأهمية ومدى مخالفة القانون (٤)؛ إذ منها ما لا يمكن تداركه؛ بحيث يترتب عليه رفض الدعوى بصفة آلية؛ ومنها ما يقبل التصحيح؛ بحيث يلتزم القاضي بدعوة المدعي إلى استكمال ما تخلف من شرط لقبولها، وإلا تعيّن رفض العريضة.

ومن العيوب غير القابلة للتصحيح، وفق ما كرّسه مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة فصله في القضايا المعروضة عليه، ما يتّصل بالمواعيد؛ ومن ذلك: فوات

(١) CE, 11 février 1966, denis, n° 62284, [http:// www.légi.france.gouv.fr](http://www.légi.france.gouv.fr), (consulté le 12/12/2014). voir aussi: <http:// www. juricaf.org>, même numéro (consulté le 21/12/2014).

(٢) CE, 30 décembre 2009, n° 311599, AJDA 2010, n°1, 18/01/2010, p 15. Voir aussi: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(٣) CE, 15 février 1984. n° 39178, <http:// www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 09/12/ 2014). Voir aussi: <http:// www.conseil-etat.fr>.

(٤) Guylain Clamour, L'office du juge dans la régularisation des irrecevabilités, L'obligation d'invitation à régulariser après l'arrêt Alloune, AJDA, 2012, n°13, 09/04/2012, p686.

ميعاد الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية؛ فوات ميعاد الطعن بالاستئناف أو النقض؛ الطعن في عمل يفقد للطابع التنفيذي؛ الإخلال بقاعدة الطعن الإداري المسبق إذا ما اشترطه القانون^(١).

ومردّ عدم قابلية بعض العيوب للتصحيح، فضلاً عن تعلّقها بالنظام العام^(٢)، هو استحالة تصحيحها عملياً^(٣). فميعاد الطعن بالإلغاء هو من النظام العام، وفوات هذا الميعاد يجعل الطعن في القرار الإداري غير مقبول؛ ومن غير المتصور في هذه الحالة دعوة المدّعي إلى تصحيح العمل الإجرائي لاستحالة هذا التصحيح من الناحية العملية. والإخلال بقاعدة الطعن الإداري المسبق يجعل الطعن أيضاً غير مقبول، ويستحيل عملاً في هذه الحالة دعوة المدّعي إلى تصحيح عريضته بأن يتقدّم إلى الإدارة مصدرة القرار بطعنه المسبق.

أمّا العيوب القابلة للتصحيح فهي عديدة، ومن أهمّها: نقص أهلية المدّعي؛ تحرير عريضة الدعوى بغير اللّغة الفرنسية؛ عدم توقيع محام على العريضة في الحالات التي يستلزم فيها الاستعانة بمحام؛ عدم إرفاق نسخة من القرار الإداري بعريضة دعوى الإلغاء؛ عدم تسببب العريضة؛ عدم تقديم الوثائق المعلن عنها في عريضة الدعوى^(٤). ويظهر جلياً أنّ العيوب السابقة هي عيوب قابلة للتصحيح من الناحية العملية^(٥)، ومن الممكن ردّها إلى نوعين^(٦):

– عيوب قابلة للتصحيح خلال ميعاد الطعن القضائي فقط؛ بحيث إذا انقضى هذا الميعاد ولم يقدّم المدّعي بتصحيح عريضته من تلقاء نفسه، أو بدعوة من القاضي، تعيّن على هذا الأخير عدم قبول العريضة. والأجل الممنوح من القاضي للمدّعي بغرض تصحيح العريضة يحلّ محلّ ميعاد الطعن القضائي؛ وفي هذه

(١) Jean-Claude Bonichot, Paul Cassia, Bernard Poujade, Les grands arrêts du contentieux administratif, Paris, Dalloz, 4 édition, 2014, p 887 et suiv. Mattias Guyomar, op.cit., p 270.

(٢) Mattias Guyomar, et Bertrand Seiller, Contentieux administratif, Paris, Dalloz, 3édition, 2014, p 269.

(٣) Maryse Deguerge, Procédure administrative contentieuse, Montchrestien, Paris, 2003, p 185.

(٤) Jean- claude Bonichot, op.cit., p 892. Mattias Guyomar, op.cit., p 270.

(٥) Maryse Deguerge, op.cit., p185.

(٦) Voir par exemple: Rémi Rouquette, Petit traité du procès administratif, Dalloz, Paris, 5 édition, 2012, p 514-515.

الحالة لا يمكن للقاضي إثارة عدم القبول إلا بعد انقضاء هذا الأجل. ومن قبيل العيوب القابلة للتصحيح خلال أجل الطعن القضائي: عدم تسبيب عريضة الدعوى؛ خلوّ عريضة الدعوى من أي طلبات.

- عيوب قابلة للتصحيح حتى بعد فوات ميعاد الطعن القضائي طالما لم يختتم التحقيق وتحجز القضية للفصل فيها. وتصحيح هذه العيوب ذو طبيعة إجرائية صرفة؛ حيث ليس من شأنه تعديل موضوع الطعن، أو تعديل الأسباب القانونية المثارة. ومن قبيل العيوب القابلة للتصحيح حتى بعد فوات ميعاد الطعن: نقص أهلية المدعي؛ عدم توقيع محام على عريضة الدعوى؛ تحرير عريضة الدعوى بغير اللغة الفرنسية.

الفرع الثالث كيفية إجراء تصحيح العريضة

فرضت المادة R.612-1 على القاضي أن يطلب من المدعي تصحيح عريضته كلما كان العيب قابلاً للتصحيح. ويتضمن طلب التصحيح إعدار المدعي بتصحيح عريضته خلال الأجل المعين، وإلا كان مصير العريضة عدم القبول. وطبقاً لنفس المادة لا يمكن أن يقلّ الأجل الممنوح للمدعي عن خمسة عشر (١٥) يوماً تبدأ من تاريخ إعلان طلب التصحيح؛ غير أنّ للقاضي الإداري، طبقاً لقضاء محكمة الاستئناف الإدارية بفرساي بتاريخ ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٩، تخفيض هذا الأجل في حالات الاستعجال؛ ولكن بشرط أن يبين في قراره الظرف الذي يبرّر الخروج عن هذا الأصل العام^(١).

والمستقرّ عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنّ أجل تصحيح العريضة قابل للانقطاع شأنه شأن جميع الآجال. ومن أسباب الانقطاع، فضلاً عن تغيير أهلية المدعي، أو تنحّي المحامي، طلب المساعدة القضائية. وفي هذا قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١١ أكتوبر ٢٠٠٦ بأنّ طلب المساعدة القضائية من شأنه أن يقطع الأجل الممنوح لتصحيح العريضة، وبالتالي يفتح أجل جديد بدءاً من تاريخ إعلان قرار الجهة المختصة، إمّا بقبول الطلب أو برفضه^(٢).

وفي حالة ما إذا تجاهل المدعي هذا الطلب فللقاضي أن يرفض العريضة تلقائياً

(١) CA de Versailles, 22 septembre 2009, n° 08VE02133, AJDA 2010, n°1, 18/01/2010, p 63.

(٢) CE 11 octobre 2006, n° 282107, AJDA 2006, n°35, 23/10/2010, p 1928.

بموجب أمر مسبّب، دون حاجة الى إخطار الخصوم بهذا الوجه، ودعوتهم إلى تقديم ملاحظاتهم حوله خلال أجل محدّد. ويستمدّ القاضي هذه الصلاحية الخطيرة من كون شروط قبول الدعوى من النّظام العام؛ وبالتالي يجوز له وللخصوم إثارتها في أيّ حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأوّل مرّة أمام محكمة النقض^(١).

ورفض العريضة على هذا النحو يشكّل استثناء من القاعدة العامة التي تفرض على القاضي واجب إعلام الخصوم بالأوجه الخاصة بالنّظام العام، ودعوتهم إلى تقديم ملاحظاتهم بشأنه، وإلا كان حكمه معيّباً وموجباً للنقض.

وحرصاً منه على ضمان علم المدّعي بطلب التصحيح، اشترط مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٤ نوفمبر ٢٠١١ أن يتمّ توجيه الطلب إمّا برسالة مقابل توقيع بالاستلام، أو بأي وسيلة أخرى تسمح بالتّثبت من تاريخ تسلّم الطلب^(٢).

الفرع الرابع

امتناع القاضي عن الدّعوة إلى تصحيح العريضة

تفرض المادة R.612-1 على القاضي الإداري دعوة المدّعي إلى تصحيح عريضته. وفي حالة عدم استجابة هذا الأخير للقاضي أن يصدر أمراً برفض العريضة.

و يتحرّر القاضي الإداري من هذا الالتزام في حالة ما إذا أثار المدّعي عليه في مذكرة الردّ عدم قبول العريضة لعب من العيوب؛ إذ في هذه الحالة يتوجّب على المدّعي المبادرة إلى تصحيح عريضته طالما لم يختتم التحقيق. وحتّى يتحرّر القاضي الإداري من هذا الالتزام فإنّه يتوجّب، وفق قضاء مجلس الدولة بتاريخ ١٤ نوفمبر ٢٠١١^(٣)، أن يتحقّق علم المدّعي بما أثاره المدّعي عليه من دفع بعدم القبول. وفي حالة الشك^(٤)، فإنّه يتعيّن على القاضي الإداري دعوة المدّعي إلى تصحيح عريضته خلال أجل محدّد، وتنبيهه إلى عدم قبول العريضة في حال امتناعه عن التصحيح.

Mattias Guyomar, op.cit., p 271.

(١)

CE, 14 novembre 2011, Alloune, n° 334764, AJDA, n°3, 30/01/2012, p 175.

(٢)

CE, 11 novembre 2011, Alloune, n° 334764, précité.

(٣)

(٤) قد يجد هذا الشك مبعثه في أنّ تبليغ مذكرة الردّ قد تمّ برسالة عادية، أو أنّ المدّعي عليه لم يتقدّم بأيّ دليل يثبت أنّه قام بتبليغ المدّعي عليه عن طريق رسالة مضمّنة مع وصل بالاستلام؛ أو أنّ المدعي لم يتقدّم بمذكرة يردّ فيها على ما أثاره المدّعي عليه من عيب شاب عريضة الدعوى: انظر في هذا الشأن: Jean-Claude Bonichot, op.cit, p911.

(٤)

وإذا ما أغفل القاضي الإداري دعوة المدعي إلى تصحيح عريضته، وأثار من تلقاء نفسه عدم قبولها لأي سبب من الأسباب، فإن الأمر الصادر برفض العريضة يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون، ويكون بالتالي قابلاً للإبطال حين الطعن عليه، سواء بطريق الاستئناف، أو بطريق النقض.

ويشهد القضاء الفرنسي في هذا المجال عدة تطبيقات قضائية، ومن ذلك قرار محكمة الاستئناف الإدارية بليون بتاريخ ٠٨ يوليو ٢٠٠٨؛ حيث قضت فيه بإبطال حكم المحكمة الإدارية المتضمن رفض عريضة المدعي بسبب خلوها من تحديد مقدار ما يطالب به من تعويض. وقد برّرت محكمة الاستئناف قضاءها بأن المحكمة الإدارية أغفلت مراعاة ما يتطلبه القانون من أوضاع في تصحيح العرائض؛ حيث اكتفت بدعوة الأطراف إلى تقديم ملاحظاتهم حول إمكانية رفض العريضة للسبب المتقدم خلال ميعاد خمسة (٥) أيام؛ ولقد كان الأولى بهذه المحكمة دعوة المدعي إلى تصحيح عريضته؛ وذلك إما عن طريق تحديد مبلغ التعويض، وإما عن طريق ترك الأمر لتقدير القاضي وفق ما تسفر عنه الخبرة الطبية^(١).

CAA Lyon, 8 juillet 2008, n° 04LY01042, AJDA, n° 42, 15/12/2008, p 2358.

(١)

المطلب الثاني إجراء الإعفاء من التحقيق

بغرض تسريع الفصل في القضايا الإدارية، خول قانون القضاء الإداري الفرنسي للقاضي الإداري صلاحية إعفاء الدعوى من التحقيق. وهذا الإجراء الخاص بالدعوى الموضوعية يقابله إجراء خاص بالدعوى المستعجلة يصطلح عليه بإجراء فرز العرائض.

وإجراء إعفاء عريضة الدعوى من التحقيق ليس جديداً في القانون الفرنسي؛ فقد نصّ عليه المشرّع الفرنسي في المادة ٩ من القانون رقم ٢٢ جويلية ١٨٨٩، وأعاد النصّ عليه في قانون المحاكم الإدارية عام ١٩٧٤؛ ثمّ قانون القضاء الإداري الصادر عام ٢٠٠٠.

وتستلزم معالجة هذا الموضوع الوقوف أولاً على مضمون وخصائص هذا الإجراء (الفرع الأول)؛ ثمّ تمييزه عمّا اصطلح عليه بإجراء فرز العرائض (الفرع الثاني)؛ ثمّ بعد ذلك تفصيل جملة الأسباب التي يتوجب أن يؤسّس عليها قرار الإعفاء من التحقيق (الفرع الثالث).

الفرع الأول مضمون إجراء الإعفاء من التحقيق وخصائصه

يتحدّد مضمون إجراء الإعفاء من التحقيق بالنظر إلى ما يستغنى بموجبه من إجراءات يملئها مبدأ المواجهة (أولاً)؛ وتحدّد خصائصه بالنظر إلى كونه تدبيراً مقرّراً لحسن سير العدالة الإدارية، لا أكثر ولا أقلّ (ثانياً).

أولاً - مضمون إجراء الإعفاء من التحقيق:

نصّت عليه المادة R.611-8 بقولها: "عندما يتبيّن من عريضة الدعوى أنّ حلّها مؤكد، يجوز لرئيس المحكمة الإدارية، أو رئيس هيئة الحكم، أو رئيس الغرفة بمحكمة الاستئناف الإدارية، أو رئيس القسم الفرعي بمجلس الدولة، أن يقرّر بأن لا حاجة للتحقيق".

ويبدو واضحاً من المادة R.611-8 أنّ مضمون هذا الإجراء هو الاستغناء عن مرحلة التحقيق التي تسبق جلسة الحكم في الدعوى. وهذه المرحلة تضمّ مجموعة من الأعمال الإجرائية؛ ومن أهمّها تبليغ عريضة الدعوى إلى المدّعي عليه مع منحه أجلاً للردّ. وهذا معناه أنّ عريضة الدعوى وما يرفق بها من مستندات تحال إلى المقرّر

العام أولاً حتّى يتسنى له دراستها وإعداد طلباته بشأنها؛ ثمّ تعرض على هيئة الحكم للفصل فيها خلال جلسة علنية. ولهذا السبب فإنّ الإعفاء من التحقيق، عند بعض الكتاب، ما هو في حقيقته إلّا إعفاء من تبليغ عريضة الدعوى إلى المدعى عليه^(١).

ولقد قبل مجلس الدولة الفرنسي أن يكون الإعفاء من التحقيق جزئياً؛ حيث ذهب بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٧١، إلى أنّه متى أخطرت الجهة القضائية بطلبين أحدهما يتعلّق، في حال القضية، بإلغاء قرار إداري والآخر بالتعويض عنه، فيجوز لها أن تعفي أحدهما من التحقيق إذا كان حلّه مؤكّداً (مثال ذلك في حال القضية فوات ميعاد الطعن يجعل طلب الإلغاء غير مقبول)، وتأمّر بخصوص الطلب الثاني بتبليغ عريضة الدعوى إلى المدعى عليه مع منحه أجلاً للردّ^(٢).

والإعفاء من التحقيق بهذا المضمون يساهم لا محالة في تحقيق مبدأ الفصل في الدعوى خلال أجل معقول؛ وهو المبدأ الذي حرص مجلس الدولة على التأكيد عليه، بالموازاة مع تأكيد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣).

ثانياً - خصائص الإعفاء من التحقيق:

وفق ما يستخلص من قرارات مجلس الدولة الفرنسي، فإنّ لإجراء الإعفاء من التحقيق جملة خصائص يمكن إجمالها في الآتي:

١ - إجراء يخص سير العدالة:

إذ الغاية منه تسريع الفصل في الدعوى؛ وعلى ذلك فإنّ عريضة الدعوى لا تبلّغ إلى المدعى عليه؛ كما أنّ الأمر أو القرار بالإعفاء، أيّاً كانت تسميته، لا يبلّغ إلى المدعى. ولقد أكّد مجلس الدولة على هذه الخاصية بموجب قرار له بتاريخ ٢٩ يوليو ١٩٨٣؛ ومن بين ما جاء فيه على وجه الخصوص: "حيث إنّّه من جهة، لا يوجد أيّ نصّ يفرض أنّ قرار الإعفاء المتّخذ من طرف رئيس المحكمة الإدارية طبقاً للمادة ١١٤ من قانون المحاكم الإدارية، يتوجّب تبليغه إلى المدعى؛ وعلى ذلك فإنّ السيد M، غير محقّ في التمسك بأنّه بعدم تبليغ قرار الإعفاء من التحقيق المتّخذ من

Mattias Guyomar, op.cit., p396.

CE, 26 mars 1971, n° 79815, <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 13/12/2014).

Pascale Gonod, Fabrice Milleray, Philippe Yolka, Traité de droit administratif, Tome 2, Dalloz, Paris, 2011, p 562-563.

طرف رئيس محكمة ليون، فإنّ الحكم المطعون فيه يكون قد صدر وفق إجراءات مخالفة للقانون^(١).

ولقد سنحت الفرصة لمجلس الدولة في التأكيد على هذه الخاصية، ومن ثمّ عدم تعارضها مع مبدأ المواجهة في قضية نقابة محامي فرنسا بتاريخ ٠٥ أبريل ١٩٩٦؛ حيث طالبت النقابة من مجلس الدولة إلغاء المادة ١٤٩ من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية (حالياً المادة R.611-8 من قانون القضاء الإداري). وأسست طلبها على أساس أنّ هذه المادة تتعارض مع مبدأ المواجهة؛ إذ لا يبلغ قرار الإعفاء إلى أطراف الدعوى، وهو الأمر الذي من شأنه الإضرار بهم^(٢).

ولقد دافع محافظ الدولة في طلباته أمام مجلس الدولة عن هذا الإجراء. ومراعاة لمبدأ المواجهة طالب مجلس الدولة بحصر إجراء الإعفاء من التحقيق على الحالات التي يبدو فيها ظاهرياً أنّ مآل الدعوى هو الرفض؛ ومن ثمّ لا مجال لتطبيق هذا الإجراء في كلّ حالة قد يستجاب فيها لطلبات المدّعي، سواء بإلغاء قرار إداري، أو إدانة الإدارة بشيء^(٣).

ولقد ساير مجلس الدولة محافظ الدولة في طلباته، وقضى برفض الدعوى لعدم التأسيس، وبرّر قضاؤه هذا بقوله: "حيث إنّ هذه النصوص ليست الغاية منها، ولا يمكن أن يكون من أثر لها المساس بالمبدأ العام المتمثّل في الطابع الوجيه؛ إذ لا تسمح إلاّ باستبعاد إجراء تبليغ العريضة إلى المدّعي عليهم، طالما أنّ القرار الذي سيصدر في الدعوى لا يضرّ بهم، وهو ما يكون عليه الوضع في حالة رفض الدعوى"^(٤).

٢ - عدم جواز الطعن في قرار إعفاء عريضة الدعوى من التحقيق:

وفق قضاء مجلس الدولة، فإنّ القرار المتضمّن إعفاء عريضة الدعوى من التحقيق لا يعدو أن يكون تدبيراً تحضيرياً يسبق الحكم القضائي، وبسبب هذا الطابع فإنّه لا يمكن المنازعة في هذا القرار إلاّ بمناسبة الطعن في الحكم الصادر عن هيئة

(١) CE, 29 Juillet 1983. n° 43140, <http://www.conseil-etat.fr> (consulté le 13/12/2014).

(٢) CE, 05 avril 1996, n° 116594, <http://www.legifrance.gouv.fr> (consulté le 14/12/2014).

(٣) Jean-claude Bonichot, le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel au regard de l'article 6 de la conventions européenne des droits de l'homme, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 05 avril 1996, Syndicat des avocats de France, RFDA, n° 6, 08/11/1996, p1195.

(٤) CE, 05 avril 1996, n° 116594, précité.

الحكم^(١). وللمدّعي أن يستند في طعنه على أساس أنّ الإعفاء من التحقيق لم يكن مبرّراً، وهو ما يجعل الحكم الصادر دون تحقيق، لو صحّ هذا الأساس، مشوباً بالخطأ في القانون.

٣ - لا يقيّد هيئة الحكم أو محكمة الاستئناف:

حيث لرئيس هيئة الحكم أن يأمر بإجراء تحقيق في القضية، متى قدّر أنّ الإعفاء من التحقيق لم يكن مبرّراً. وفي هذه الحالة يلتزم بتبليغ عريضة الدعوى إلى المدّعي عليه مع منحه أجلاً للردّ. وصلاحيّة رئيس هيئة الحكم في إخضاع القضية للتحقيق من جديد تجد مبرّرها في أنّ القرار الخاص بالإعفاء من التحقيق، حتى لو اتخذ شكل أمر، لا يعدو أن يكون عملاً تحضيرياً صرفاً؛ ومن ثمّ فهو لا يقيّد هيئة الحكم في شيء^(٢). كما يجد مبرّره أيضاً في ما يمارسه قاضي الاستئناف من رقابة قانونية عادية على هذا الإجراء حين نظره في استئناف الحكم الصادر دون تحقيق. ولاغرو أنّ ما يشغل هيئة الحكم هو أن يكون الحكم الصادر عنها صحيحاً من حيث إجراءاته، ومن حيث موضوعه، وإلاّ كان مصيره البطلان.

الفرع الثاني

أسباب الإعفاء من التحقيق

في بيان أسباب إعفاء عريضة الدعوى من التحقيق اكتفت المادة 8-611 R من قانون القضاء الإداري الفرنسي بعبارة "حلّها مؤكّد".

وكما تمّ التأكيد عليه في قضاء مجلس الدولة فإنّ عبارة "حلّها مؤكّد" تنصرف إلى الحالات التي يكون فيها رفض الطلب مؤكّداً؛ ومن قبيل ذلك وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي: انعدام الصفة؛ انعدام المصلحة؛ فوات ميعاد الطعن في القرار الإداري؛ الطعن في عمل ليس له طابع القرار الإداري.

ولاشكّ أنّ جميع الحالات السابقة تعدّ أوجها لعدم قبول الدعوى، وهي غير قابلة للتصحيح خلال ميعاد الطعن القضائي.

CE, 11 février 2005, n° 258801, AJDA, n° 13, 04/04/2005, p 742.

(١)

CE, 11 février 2005, précité.

(٢)

ويضاف إلى ما تقدّم عرضه، الحالة التي يتخلّف فيها المدّعي عن تصحيح عريضته. ولقد رأينا أنّ للقاضي الإداري دعوة المتقاضى إلى استيفاء ما افتقدته عريضة الدعوى من شرط لقبولها. وفي حال تخلّف جاز للقاضي الإداري؛ أي رئيس المحكمة الإدارية، أو رئيس محكمة الاستئناف الإدارية، أو رئيس القسم الفرعي بمجلس الدولة، أو للعضو المنتدب لهذا الغرض، أن يقرّر إعفاء القضية من التحقيق. ومن قبيل هذه الشروط وفق ما عرضناه سابقاً: عدم توقيع محام على عريضة الدعوى في حال ما إذا كان التمثيل بمحام وجوبياً؛ خلوّ العريضة من أيّ وجه يستند عليه المدّعي في طلبه أمام القضاء؛ تحرير العريضة بغير اللغة الفرنسية؛ عدم إرفاق نسخة من القرار الإداري بعريضة دعوى الإلغاء.

وإذا كان ما تقدّم عرضه هو المعنى العام الذي تواترت قرارات مجلس الدولة الفرنسي على تكريسه؛ فإنّ ما يلاحظ في هذا المجال هو توسّع مجلس الدولة في عبارة "حلّها مؤكّد"؛ حيث قضى بتاريخ ٣٠ ديسمبر ٢٠١٣ أنّ الإعفاء من التحقيق يشمل أيضاً دعاوى تصحيح الأخطاء المادية التي يمكن أن تشوب منطوق الحكم، أو الأسباب التي تشكّل دعامة له^(١).

الفرع الثالث

التمييز بين الإعفاء من التحقيق وإجراء فرز العرائض

إجراء فرز العرائض Tri des requêtes هو إجراء متميّز من حيث مضمونه عن إجراء إعفاء العريضة من التحقيق (أولاً). وتظهر أوجه الاختلاف بين الإجراءين عمق هذا التميّز، خاصة من حيث مجال وطبيعة كلّ إجراء (ثانياً).

أولاً - ماهية إجراء الفرز:

إجراء فرز العرائض، أو إجراء الفرز، أو إجراء إقصاء العرائض غير المقبولة؛ هو من أهمّ الإجراءات التي استحدثها المشرّع الفرنسي في قانون القضاء الإداري لعام ٢٠٠٠. وقد نصّت عليه المادة L.522-3 (القسم التشريعي) من هذا القانون بقولها: "عندما لا يتوافر الاستعجال في الطلب، أو عندما يظهر بوضوح، وفقاً للطلب، أنّه يخرج عن اختصاص الجهة القضائية الإدارية، أو أنّه غير مقبول، أو غير مؤسّس،

(١) CE, 30 décembre 2013, n° 372323. [http:// www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) (consulté le 16/12/2014).

يمكن لقاضي الاستعجال رفضه بموجب أمر مسبب، دون حاجة لتطبيق الفقرتين الأولى من المادة 1-LS22^(١).

ويبدو واضحاً أنّ إجراء الفرز هو مكنة قانونية تسمح لقاضي الاستعجال برفض عريضة دعوى الاستعجال لسبب مثار تلقائياً، دون ضرورة دعوة الأطراف إلى تقديم ملاحظاتهم حول الوجه المثار. ويكون الرفض في أربع (٤) حالات أو أسباب هي: انعدام عنصر الاستعجال؛ عدم اختصاص قضاء الاستعجال الإداري؛ أن يكون الطلب غير مقبول؛ أن يكون الطلب غير مؤسس.

ثانياً – أوجه الاختلاف بين إجراء الإعفاء من التحقيق وإجراء الفرز:

يستهدف إجراء الإعفاء من التحقيق تسريع الفصل في الدعوى، وهو من هذه الناحية يقترب من إجراء فرز العرائض؛ حيث يستهدف هذا الأخير في النهاية تسريع البت في الطلبات المستعجلة^(٢). وهذا التشابه من حيث الغاية، لا يحجب حقيقة أنّ بين الإجراءين جملة اختلافات من الممكن حصرها في الآتي:

١ - إجراء الإعفاء من التحقيق يخصّ الدعاوى الموضوعية، ومن أهمها دعوى إلغاء القرارات الإدارية؛ بخلاف إجراء فرز العرائض، حيث يخصّ الدعاوى المستعجلة، كدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ودعوى المحافظة على الحريات الأساسية؛ ودعوى التسبيق المالي.

٢ - لا يخضع إجراء الإعفاء من التحقيق لأيّ شكلية خاصة؛ إذ يعدّ من قبيل التدابير التي تخصّ سير العدالة^(٣)؛ بخلاف الأمر برفض العريضة طبقاً لإجراء الفرز؛ حيث يخضع لما تخضع له الأوامر الصادرة عن قضاء الاستعجال الإداري من شروط شكلية يتعيّن مراعاتها تحت طائلة البطلان، ومن بين هذه الشروط ضرورة تسبيب الأمر الصادر برفض العريضة من حيث الواقع والقانون.

(١) يكون الطلب غير مؤسس، وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، في كثير من الحالات، ومنها في استعجال وقف التنفيذ أن لا يثير المدعي في عريضته أي وجه من شأنه إحداث شك جدّي حول مشروعية القرار الإداري المطلوب وقف تنفيذه؛ أو أن لا يثبت في استعجال المحافظة على الحريات أنّ اعتداء الإدارة على درجة من الخطورة: انظر هذا الموضوع في:

Olivier le pot, Le guide des référés administratif, Dalloz, Paris, 2014, p 54-55.

(٢) Marjolaine Fouletier, La réforme des procédures d'urgence: le nouveau référé administrative, RFDA, n°5, 11/09/2000, p 976.

(٣) CE, 14 décembre 2005, n° 285647, [http:// www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) (consulté le 16/12/2014).

٣ - إنّ النتيجة التي تترتب عن الإعفاء من التحقيق هي إحالة القضية إلى جلسة الحكم للفصل في الطلب المقدم؛ بحيث يستغنى عن مرحلة التحقيق، وما تتضمنه من إجراءات أهمّها تبليغ العريضة، وتبادل المذكرات بين الخصوم، وتقديم المستندات الضرورية للفصل في الدعوى. ولا يقيّد الأمر الصادر بالإعفاء من التحقيق التشكيلة الجماعية؛ إذ لها أن تأمر بإجراء تحقيق حين نظرها في موضوع الدعوى؛ أمّا النتيجة التي تترتب عن الفرز فهي رفض العريضة دون إجراء أيّ تحقيق.

٤ - إنّ الأمر الصادر عن رئيس الجهة القضائية بعدم إجراء تحقيق في الدعوى لا يبلّغ إلى الخصوم^(١)، ولا يقبل الطعن فيه؛ فهو لا يعدو أن يكون، وفق ما وصفه مجلس الدولة الفرنسي، إجراء تحضيرياً لا يضرّ بالخصوم^(٢)، أو تدبيراً يخصّ سير العدالة *Mesure d'administration de la justice*^(٣)، أمّا الأمر الصادر برفض العريضة تطبيقاً لإجراء الفرز فيعدّ عملاً قضائياً يبلّغ للخصوم، ويجوز الطعن فيه بالنقض أمام مجلس الدولة وفق المادة 1-523 L. من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

٥ - إنّ الأمر الصادر عن رئيس الجهة القضائية، أو رئيس القسم الفرعي بمجلس الدولة بإعفاء القضية من التحقيق لا يقيّد هيئة الحكم في شيء؛ إذ لها أن تأمر بإجراء تحقيق بعد سماعها الأطراف خلال جلسة الحكم؛ أمّا الأمر الصادر برفض العريضة طبقاً لإجراء الفرز، فإنّ من شأنه أن يستنفذ سلطة قاضي الاستعجال، فلا يجوز لهذا الأخير بعد رفض العريضة أن يأمر بأيّ إجراء غايته السير في القضية. وإذا كان للمدّعي أن يجدّد طلبه أمام قاضي الاستعجال مستوفياً في عريضته ما تخلف من شروط لقبولها، وهو الأمر الذي يعدّ أحد مزايا إجراء الفرز^(٤)؛ فإنّ هذا لا يعني إعادة السير في خصومة سابقة؛ وإنّما هي خصومة جديدة قائمة بذاتها؛ وهي لا تمنع قاضي الاستعجال من رفضها مجدداً متى قدر أنّها غير مؤسسة، أو غير مقبولة، أو خارجة عن ولاية قضاء الاستعجال الإداري.

CE 29 juillet 1983, n° 43140, précité.

(١)

Voir: CE, 11 février 2005, n° 258801, précité.

(٢)

CE, 14 décembre 2005, n° 285647, précité.

(٣)

Olivier Le Pot, op.cit., p 60.

(٤)

المطلب الثالث

إثارة الوجه الخاص بالنظام العام

ليست مهمة القاضي فقط الفصل في ما يثور من نزاعات بين الإدارة والمكلفين؛ وإنما مهمته أيضاً حماية القواعد الأساسية في النظام القانوني للدولة، أو ما يعبر عنه بقواعد النظام العام. ويشكل الإخلال بهذه القواعد وجهاً يتوجب على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولو لم يثره الخصوم. وفي هذا الإطار نصّت المادة 7-611 R. من قانون القضاء الإداري على ما يلي: "عندما يتبين له أنّ الحكم يمكن أن يكون مؤسّساً على وجه مثار تلقائياً، يعود لرئيس هيئة الحكم، أو على مستوى مجلس الدولة للقسم الفرعي المكلف بالتحقيق، أن يعلم الخصوم قبل جلسة الحكم، بهذا الوجه، ويحدّد الأجل الذي يمكنهم خلاله تقديم ملاحظاتهم على الوجه المثار، دون خرق آجال التحقيق".

والتزام القاضي بإثارة هذا الوجه من تلقاء نفسه، وفي أيّ حالة كانت عليها الدعوى، يعكس حقيقة أنّ الخصومة الإدارية هي خصومة غير عادية، وهي فعلاً ملك للقاضي أكثر ممّا هي ملك للخصوم.

ولأهمية هذا الإجراء سنعرض تباعاً إلى تعريف الوجه الخاص بالنظام العام، وشرح خصائصه (الفرع الأول)؛ ثمّ بيان دور القاضي الإداري في تكريس التزام القاضي الإداري بإثارة هذا الوجه من تلقاء نفسه، وفي أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى (الفرع الثاني)؛ وأخيراً تفصيل ما يتوجب على القاضي مراعاته من الناحية الإجرائية، وإلاّ كان حكمه معيباً وموجباً للإبطال (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الوجه الخاص بالنظام العام وبيان خصائصه

إذا كان من الصّعب تعريف الوجه الخاصّ بالنظام العام (أولاً)؛ فإنّه من السهل الوقوف على خصائصه، وفق ما يستخلص من قانون القضاء الإداري الفرنسي وقرارات مجلس الدولة (ثانياً).

أولاً - تعريف الوجه الخاصّ بالنظام العام:

ثمّة اعتراف من الفقه بأنّ تعريف الوجه الخاص بالنظام العام *Moyen d'ordre public* ليس سهلاً، وهو من بين مفاهيم القانون الإداري التي تستعصي عن

التعريف^(١). ومن التعريفات المقدّمة في هذا الشأن تعريف القاضي Odent في مؤلّفه المنازعات الإدارية؛ حيث عرّفه على النّحو التالي: "وجه متعلّق بمسألة ذات أهمية، إلى حدّ أنّ القاضي يتنكّر هو ذاته لقاعدة القانون التي من واجبه ضمان احترامها إذا لم يأخذ القرار القضائي هذا الوجه في الحسبان"^(٢).

وعرّفه كلّ من Auby و Drago بما يلي: "هو وجه من الممكن إثارته تلقائياً من القاضي؛ ومن الممكن إثارته لأول مرّة أمام القاضي حتّى ولو لم يثر بمناسبة الطعن الإداري المسبق؛ أو هو الذي من الممكن إثارته لأول مرة أمام قاضي الاستئناف أو النقض"^(٣).

والى جانب التعريفين المتقدمين، وجدت تعريفات أخرى أقلّ أهمية؛ ومن ذلك تعريف الأستاذ De laubadaire حين تعرّضه لعب الاختصاص الجسيم؛ حيث عرّف الوجه الخاص بالنظام العام بأنّه: "الوجه الذي يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه"^(٤). ورغم هذا التعدّد فإنّ أنسب تعريف مقدّم، وفق بعض الفقه، هو تعريف الأستاذين Auby و Drago؛ ومردّد ذلك أنّه يركّز على الآثار المترتبة على الوجه الخاص بالنظام العام: التزام القاضي بإثارته من تلقاء نفسه؛ حقّ الخصوم في إثارته خارج ميعاد الطعن؛ حقّ الخصوم في إثارته في أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى. ومن ثمّ فهو أكثر واقعية من تعريف الأستاذ Odent؛ حيث يركّز تعريفه على عنصرين: أهمية المسألة التي تتعلّق بالنظام العام؛ والجزاء المترتب عن إغفال القاضي إثارة هذا الوجه.

ثانياً - خصائص الوجه الخاصّ بالنظام العام:

للوجه الخاصّ بالنظام العام عدّة خصائص نجملها في الآتي:

١ - وجه يتعلّق بقاعدة قانونية أساسية في النظام القانوني^(٥). ومن قبيل ذلك ما يتّصل بميعاد الطعن في القرارات الإدارية والأحكام القضائية، أو ما يتّصل بالمصلحة في التقاضي، أو باختصاص الجهة القضائية، أو باختصاص الإداري على وجه

(١) Jean claude Bonichot, grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit., p 999.

(٢) Rayment Odent, Contentieux administratif, Tome1, Dalloz, Paris, 2007, p 858.

(٣) Jean-Marie Auby et Roland drago, traité des recours en matière administrative, Litec, Paris, 1992, p335.

(٤) André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, Tome 2, L.G.D.J, Paris, 14 éditions, 1996, p536.

(٥) Jean claude Bonichot, op.cit., p 999.

العموم. ومن قبيل ذلك أيضا ما يتعلّق بحقوق الدفاع، وبعدم سريان القرارات الإدارية بأثر رجعي^(١).

٢ - التزام القاضي بإثارة الوجه الخاص بالنظام العام: حيث يتوجّب على القاضي إثارة الوجه المتعلّق بالنظام العام من تلقاء نفسه ولو لم يثره الخصوم، وفي أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى. ولقد استقرّ مجلس الدولة على هذا المبدأ منذ قراره في قضية Vincent بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٥٨؛ حيث أعلن فيه صراحة أنّه مادام الأمر يتعلّق في حال القضية بأوجه حاسمة للفصل في النزاع، فإنّه من الواجب على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه^(٢). وإذا ما أغفل القاضي إثارة الوجه الخاص بالنظام العام من تلقاء نفسه، فإنّ من شأن ذلك أن يشكّل خطأ في تطبيق القانون، ومن ثمّ سببا لتعديل الحكم القضائي الصادر في النزاع^(٣). وهذا ما تردّد في قضاء مجلس الدولة مرات عدّة، ومن ذلك قضاؤه بتاريخ ١٦ يونية ٢٠٠٨؛ حيث نقض حكم محكمة الحسابات لخطأ في القانون. ويتمثل وجه الخطأ في عدم إثارة المحكمة من تلقاء نفسها بطلان الحكم المطعون فيه لصدوره عن تشكيكة غير قانونية^(٤).

ووفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإنّ التزام القاضي بإثارة الوجه الخاص بالنظام العام مشروط بأن يكون هذا الوجه ظاهراً من ملفّ الدعوى، أو على الأقلّ مفترضاً. وفي الحالة الأخيرة، فإنّ للقاضي أن يأمر بأيّ إجراء من إجراءات التحقيق في هذا الشأن، قصد التنبّث من وجود ما يعتقد أنّه وجه خاص بالنظام العام^(٥).

٣ - حقّ الأطراف في إثارة الوجه المتعلّق بالنظام العام خارج ميعاد الطعن: المبدأ في قانون المنازعات الإدارية، هو أنّه لا يجوز للخصوم إثارة أوجه جديدة بعد انقضاء ميعاد الطعن، حفاظاً على استقرار الخصومة الإدارية. وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يجوز

(١) Voir: Rémy Schwart, Décret n° 92-77 janvier 1992 portant diverses dispositions relatives à la procédure administrative contentieuse (JO 24 JANVIER 1992/P1180). AJDA, n° 3, 20/03/1992, p 203.

(٢) CE 29 janv. 1958, Vincent, voir Alexandre Ciaudo, Petites affiches, 02 décembre 2009, n° 240, p 5.

(٣) Jean claude Bonichot, op.cit., p 1003. Gustave Peiser, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 15 édition, 2009, p 282.

(٤) CE, 16 juin 2008, n° 289461 et 289462. Voir: Jean-Louis Rey, les moyens d'ordre public en appel, AJDA, n°3, 27/01/2003, p 118.

(٥) CE, 18 février 1987, n° 42833, <http://www.légisfrance.gouv.fr> (consulté le 13/11/2014).

في دعاوى الإلغاء أن يشير المدّعي وجهاً آخر للطعن في القرار الإداري بعد انقضاء ميعاد شهرين (٢) من تاريخ تبليغ القرار الإداري أو نشره (1-421.R). ويستثنى من هذه القاعدة ما يتعلّق بالأوجه الخاصة بالنظام العام، حيث يجوز للأطراف بما فيهم المتدخل من إثارتها خارج ميعاد الطعن، ولا يجوز بالتالي للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبولها^(١).

٤ - جواز إثارة الوجه الخاص بالنظام العام في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ولو لأوّل مرّة أمام محكمة النقض^(٢).

الفرع الثاني

دور القاضي الإداري في تكريس الأوجه الخاصة بالنظام العام

لا خلاف أنّ الأوجه الخاصّة بالنظام العام هي من عمل القاضي الإداري، سواء أكان قاضي محكمة درجة أولى أم محكمة استئناف أم محكمة انقض. ولهذا فإنّ المعوّل عليه ليس ما يتقدّم به الفقه من تعريفات، وإنّما ما يقرّره القاضي من أوجه عن طريق تقرير أهمية قاعدة قانونية دون أخرى. ولا يمكن حصر هذه القاعدة فيما نصّ عليه الدستور أو المعاهدات الدولية المصادق عليها، وإنّما أيضاً فيما توصّل إليه اجتهاد القضاء من مبادئ عامّة يستخلصها ممّا استقر في ضمير الجماعة من قيم العدل والإنصاف.

وتكشف الممارسة القضائية في فرنسا منذ عام ١٨٨٢ أنّ الأوجه الخاصة بالنظام العام هي عمل قضائيّ متجدّد، بحسب ما يستجدّ من مبادئ أساسية في الدستور أو في المعاهدات الدولية باعتبارها حين المصادقة عليها تسمو على الدستور. ومن شواهد ذلك الوجه الخاص المتمثّل في إرجاء الفصل في الدعوى إلى حين الفصل في طلب المساعدة القضائية؛ فبتاريخ ٢٦ أبريل ١٩٧٨ قضى مجلس الدولة بأنّ عدم إرجاء الفصل في الدعوى إلى حين الفصل في طلب المساعدة القضائية المقدم من طرف المدّعي، يشكل وجهاً من شأنه أن يقوم سبباً لإبطال الحكم القضائي. وعلّل المجلس قضاءه بكون قاعدة إرجاء الفصل في مثل هذه الفرضية تعدّ من القواعد العامة للإجراءات^(٣).

(١) atrisce Chretien, Nicolas Chiffot, Maxime Tourbe, Droit administratif, Dalloz, Paris, 14 édition, 2014, p 722-723.

(٢) Gustave Peiser, op.cit., p 273.

(٣) CE, 26 Avril 1978, rivièrè, 03830, <http://www.légisfrance.gouv.fr> (consulté le 13/11/2014).

وفي تطور لاحق بتاريخ ٦ مايو ٢٠٠٩، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار عدم إرجاء الفصل في الدعوى إلى حين الفصل في طلب المساعدة القضائية وجهاً خاصاً بالنظام العام، وليس فقط قاعدة تحكم إجراءات الخصومة الإدارية. وقد حاول مجلس الدولة بهذا التطور في الموقف الانسجام مع قواعد الدستور والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في ما نصّ عليه من حقّ الفرد في انتصاف فعال. ومن ضرورات هذا الحقّ أن يتاح للإنسان الحصول على مساعدة القضاء في الدفاع عن حقوقه، وأن يرجأ الفصل في دعواه إلى حين الفصل في طلبه المتعلّق بالمساعدة القضائية^(١).

الفرع الثالث

التزامات القاضي حين إثارته وجهاً خاصاً بالنظام العام

وفق المادة R.611-7 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، إذا تبين للقاضي الإداري أنّ الحكم القضائي قابل لأن يؤسّس على وجه مثار تلقائياً؛ فعليه إخطار الأطراف بهذا الوجه قبل الجلسة، ودعوتهم إلى تقديم ملاحظاتهم بشأنه خلال أجل محدّد، عملاً بمبدأ المواجهة. ويترتّب على عدم مراعاة هذا الإجراء بطلان الحكم القضائي. ويتوجّب، في غياب أيّ ظرف خاص، أن يكون الأجل الممنوح كافياً للأطراف لتقديم ملاحظاتهم؛ وفي هذا قضى مجلس الدولة الفرنسي أنّ منح الأطراف مدّة ثلاثة (٣) أيّام للرّد على الوجه المثار، وهي بالفعل مدّة غير كافية لانعدام أيّ ظرف خاص من شأنه تبريرها، يعدّ إخلالاً بمبدأ المواجهة، ممّا يتوجّب معه نقض الحكم.

ويتحرّر القاضي من هذا الالتزام في حالتين اثنتين:

أ - حالة رفض العريضة من طرف رئيس الجهة القضائية متى بدت ظاهرياً أنّها غير مقبولة عملاً بمقتضيات المادة R.222-1 من قانون القضاء الإداري، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١٥ مايو ٢٠١٢؛ حيث قضى بأنّه يتوجّب لقبول طلبات التعويض أن تتضمّن عريضة الدعوى الإشارة إلى الأساس الذي عليه تبحث مسؤولية المدين، وهو إمّا الخطأ أو المخاطر؛ وليس بمقدور القاضي أن يثير تلقائياً وجهاً خاصاً بالنظام العام إلّا إذا كان الطلب المرفوع إليه مقبولاً؛ وما دامت الشركة المدعية في قضية الحال لم تبين في عريضتها الأساس القانوني لطلبها الخاص بالتعويض، واكتفت عوض ذلك باستخدام بعض العبارات العامة للدلالة على

CE, 6 mai 2008, 322713, AJDA, n° 34, 19/10/2009, p 1898.

(١)

سلوك المجموعة الحضرية المدّعى عليها، فإنّ من شأن ذلك أن يجعل عريضة الدعوى غير مقبولة.

ومع اعتراف مجلس الدولة في ذات القرار بأنّ مسؤولية المدين على أساس المخاطر تعدّ وجهاً خاصاً بالنظام العام على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه ولو لم يثره الخصوم، وهو ما ذهب إليه قاضي الدرجة الأولى في حكمه المتضمن الاستجابة لطلب المدّعية، إلّا أنّ مجلس الدولة نقض الحكم، وبرّر قضاؤه بأنّه كان يتعيّن على القاضي أنّ يرفض عريضة الدعوى ما دامت غير مقبولة، دون أن يثير هذا الوجه الخاص بالنظام العام^(١).

ب - إعفاء الدعوى من التحقيق: وهو ما نصت المادة R.611-7 في فقرتها الثانية؛ حيث استثنت من مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بإثارة الوجه الخاص بالنظام العام حالة إعفاء الدعوى من التحقيق. وكما سبق التعرّض إليه فإنّ الإعفاء من التحقيق إجراء موكل إلى رئيس الجهة القضائية، أو رئيس القسم الفرعي بمجلس الدولة؛ ومقتضاه إحالة عريضة الدعوى إلى هيئة الحكم للفصل فيها دون تحقيق، متى تبيّن من خلال العريضة أنّ حلّها مؤكد.

وإذا كان أكثر ما يحتمل وقوعه أن يكتشف القاضي الإداري الوجه الخاص بالنظام العام قبل جلسة الحكم، فإنّه من المتصور أن يتبيّن للقاضي هذا الوجه بعد قفل التحقيق، أو خلال جلسة الحكم. ومن ثمّ يحقّ التساؤل عمّا يتوجّب على القاضي الإداري القيام به في هذه الحالة: هل هو إعادة فتح التحقيق قصد تمكين الأطراف من إبداء ملاحظاتهم حول هذا الوجه، أم ترك مناقشة هذا الوجه إلى جلسة الحكم؟

لم يتفطّن المشرع الفرنسي إلى هذه المسألة سواء في قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية السابق، أو في قانون القضاء الإداري الحالي. والذي تجري عليه الممارسة القضائية هو وجوب شطب القضية من الجدول متى تبيّن الوجه الخاص بالنظام العام بعد إقفال التحقيق، أو خلال جلسة الحكم؛ وبالتالي يتوجّب فتح تحقيق جديد بغرض تمكين الأطراف من الردّ على هذا الوجه تطبيقاً لمبدأ المواجهة^(٢).

CE, 15 mai 2012, n° 331362. AJDA, n° 20, 15/05/2012, p1088.

(١)

Rémy Schwart, op.cit., p 204.

(٢)

المطلب الرابع أوامر التحقيق

المستقرّ عليه في القضاء الإداري الفرنسي أنّ القاضي هو الذي يوجّه التحقيق، ولذلك لا يتحمّل المدّعي وحده عبء إثبات ما يدّعيه؛ إذ المطلوب منه فقط أن يكون دقيقاً في عريضته، وأن يجمع تدعيماً لادعاءاته كلّ ما بمقدوره أن يجمعه من أدلّة إثبات^(١). ويتولّى القاضي متى رأى أن ملفّ الدعوى يتضمّن قرائن جدّية، إكمال هذا الملفّ عن طريق ما يأمر به من تدابير تحقيقية^(٢).

ولا يمنح القاضي من استعمال سلطاته التحقيقية أن يكون النزاع متعلّقاً بمجال تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية؛ وعلى ذلك لا يمكن للإدارة أن تتدرّع بهذه السلطة كي ترفض ما يمكن أن يأمر به القاضي من تدابير تحقيقية^(٣).

ومن أهمّ التدابير في هذا المجال، الأوامر التي يصدرها القاضي إلى الإدارة في مجال التحقيق. وسنحاول في هذا المطلب عرض أهمية هذه الأوامر باعتبارها استثناء من قاعدة حظر توجيه أوامر إلى الإدارة (الفرع الأول)؛ ثمّ تفصيل مضمون هذه الأوامر (الفرع الثاني)، وأخيراً بيان جزاء مخالفة الإدارة لهذه الأوامر الصادرة في نطاق التحقيق (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أوامر التحقيق استثناء من مبدأ حظر توجيه أوامر إلى الإدارة

تعتبر أوامر التحقيق فعلاً عن مدى جرأة مجلس الدولة الفرنسي وحرصه على تحقيق التوازن بين طرفي الخصومة الإدارية: الإدارة والمكلّف. فعلى مدى فترة طويلة، قبل أن يعترف المشرع للقضاء الإداري بهذه السلطة، سواء في مجال التحقيق أو في مجال تنفيذ الأحكام القضائية، امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن توجيه أوامر إلى الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل. ولاشكّ أنّ هذا الامتناع مرده إلى حرص المجلس على التقيّد بالمبدأ الذي وضعته الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وهو الفصل بين الوظيفة الإدارية والوظيفة القضائية.

M. Long et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, (١) Paris, 19 édition, 2014, p 456.

Mattias Guyomar, op.cit., p 336. (٢)

Gustave Peiser, op.cit., p 179. (٣)

وحتى بعد استقلالية مجلس الدولة عن السلطة التنفيذية بموجب قضائه في قضية Cadot بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٨٨٩؛ حيث قبل دعوى وُجّهت إليه مباشرة دون أن يسبقها احتكام إلى الوزير القاضي^(١)، فقد بدا حريصاً على حدود فاصلة بين وظيفته القضائية والوظيفة الإدارية، ولهذا السبب امتنع بمحض إرادته عن توجيه أوامر إلى جهة الإدارة^(٢).

وفي تطوّر لاحق وجد مجلس الدولة الفرنسي أن لا مناص من استخدام سلطة الأمر؛ ليس لإكراه الإدارة على فعل تنفيذ ما يصدر ضدها من أحكام وقرارات قضائية؛ وإنما لتقديم ما لديها من مستندات ووثائق منتجة في الدعوى.

وتعود بداية مباشرة القاضي لسلطة الأمر هذه إلى قرار مجلس الدولة بتاريخ ٠١ مايو ١٩٣٩ في قضية couëspel du Mesnil. وكان القسم الفرعي الذي تولّى تحضير هذه الدعوى قد وُجّه أمراً إلى الوزير المختصّ بإيداع المستندات التي استند عليها في إصدار قراره بإحالة المدعى على التقاعد. ولمّا رفض الوزير تقديم المستندات المطلوبة، أصدر مجلس الدولة حكماً سابقاً على الفصل في الموضوع أمر فيه الوزير بتقديم المستندات المشار إليها خلال مهلة ثمانية (٨) أيّام^(٣).

وقد عزّز مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجّه الجديد بقراره الشهير في قضية Barel بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٥٤. وكان الأمر يتعلق بطعن مرفوع من أفراد ضدّ قرار استبعادهم من الدخول إلى المدرسة الوطنية للإدارة، وقد أثار الطاعنون بطلان قرار "سكرتير" الدولة برئاسة مجلس الوزراء لغيّب الانحراف بالسلطة، بسبب أنّ استبعادهم من الترشح تمّ بدافع سياسي. وإزاء هذا الدفع، أصدر القاضي الإداري أمراً إلى "سكرتير" الدولة بتقديم الوثائق التي أسست عليها قرارها المتضمن استبعاد المرشحين^(٤).

وهذه السلطة معترف بها للقاضي الإداري على مستوى المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بموجب المادة R.611-10، حيث منحت القاضي المقرّر

(١) CE, 13 décembre 1889, Cadot, Marceau Lang, op.cit., arrêt, n°5, p36.

(٢) Jean-François Brisson: l' injonction au service de la chose jugée contre l'administration, justices et pouvoirs, n° 3, Janvier- juin, 1996, p 174.

(٣) CE, 1 mai 1936, couëspel du Mesnil, Arrêt n° 54, Jean Claude Bonichot, op.cit., p 1057. Voir aussi: M. Long, op.cit., p 461.

(٤) CE, 28 mai 1954, Barel, Arrêt, n° 68, M. Long, op.cit., p 457. Voir: Jacques Henri Stahle, Les trois messages de l'arrêts Barel, AJDA, n°2, 20/01/2014, p88.

(وهو أحد أعضاء هيئة الحكم مكلف بالتحقيق في القضية)، صلاحية أن يأمر الأطراف بتقديم أي وثيقة ضرورية للفصل في النزاع. وعلى مستوى مجلس الدولة، طبقا للمادة R.611-20 و R.611-27 من قانون القضاء الإداري فإنه يعود إلى كل قسم فرعي من أقسام مجلس الدولة التحقيق في القضية. ويندرج ضمن هذه الصلاحية، وفق ما يراه البعض، إصدار أوامر للأطراف بتقديم ما لديهم من وثائق ومستندات قاطعة في الدعوى^(١).

ومن أحدث القرارات القضائية في هذا الشأن، قضاء مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٢، وقد أعلن فيه ما يلي: "حيث إنه يعود لقاضي تجاوز السلطة (أي قاضي الإلغاء) أن يكون قناعته حول النقاط المتنازع عليها وفق العناصر المقدمة من الأطراف في ملف الدعوى، وإذا كان بمقدوره أن يستبعد الادعاءات التي يرى أنها غير مدعومة بما فيها كفاية، فإنه ليس له أن يلزم المدعي بتقديم الدليل على الوقائع التي أوردتها في عريضته. وعليه يعود للقاضي، عند الاقتضاء، قبل الفصل في عريضة تتضمن ادعاءات جدية لا تفنّدها العناصر المقدمة من الإدارة في دفاعها، أن يستخدم سلطاته العامة في تحقيق العريضة، وأن يتخذ أي إجراء من شأنه أن يمدّه بكل العناصر التي من شأنها أن تسمح له بتكوين قناعته، وعلى وجه الخصوص أن يلزم الإدارة المختصة بتقديم أي وثيقة تمكنه من التحقق من مزاعم المدعي"^(٢).

والمستقرّ عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، هو وجوب أن يستخدم القاضي الإداري هذه السلطات التحقيقية متى كانت ضرورية لاستكمال ملف الدعوى. ويشكل الإخلال بهذا الالتزام، وفق قضاء مجلس الدولة، خطأ في تطبيق القانون^(٣)، ووجه الخطأ أنه يلقي عبء الإثبات على طرف بعينه دون الطرف الآخر، وهو الأمر الذي يتناقض مع طبيعة الدعاوى الإدارية، خاصة دعوى إلغاء القرارات الإدارية^(٤). واستخدام القاضي الإداري جميع سلطاته التحقيقية، وأولها أوامر التحقيق،

(١) Nil Carpentier-Daubresse, Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif, AJDA n°20, 09/06/2014, p 1143.

(٢) CE, 26 novembre 2012, Cordière, n° 354018, AJDA, n° 41, 03/10/2012, p 2247.

(٣) CE, 20 décembre 1968, n° 69978, [http:// www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) (consulté le 15/12/2014). CE, 18 février 2009, n° 30095, <http://www.conseil-etat.fr> (consulté le 15/12/2014).

(٤) Jean Lussi, les limites des pouvoirs d'instruction du juge administratif, AJDA, n°38, 10/11/2014, p 2186.

يساهم لا محالة في تكريس ما يعرف فقهاً وقضاء بتكافؤ الأسلحة Egalité des armes بين الإدارة والمكلف^(١)؛ ذلك أنّ الإدارة تقف في الغالب موقف المدافع الذي يملك ما يحتاج إليه الطرف الآخر من وسائل إثبات. وتلعب اعتبارات المصلحة العامة دورها الكبير في تعزيز مركز الإدارة كطرف مدافع، ولهذا لا بدّ من تدخّل القضاء الإداري لتخفيف عبء الإثبات عن كاهل المكلف؛ ومن ثمّ تحقيق نوع من التوازن بين هذا الأخير وبين الإدارة^(٢).

الفرع الثاني مضمون أوامر التحقيق

لا يخرج مضمون أوامر التحقيق عن إحدى الفرضيات التالية: تمكين المدّعي من القرار المطعون فيه (أولاً)، تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى (ثانياً)؛ أمر الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها الإداري (ثالثاً).

أولاً - تمكين المدّعي من القرار المطعون فيه:

طبقاً للمادة R.412-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي يتوجّب أن ترفق بعريضة الدعوى نسخة من القرار الإداري باستثناء ما إذا كان القرار ضمناً؛ إذ يستحيل في هذه الحالة تقديمه باعتبار أن ليس له وجود مادي.

وفي الحالة التي تمتنع فيها الإدارة عن تمكين المدّعي من القرار الإداري، فللقاضي الإداري، وفق ما أرساه حكم مجلس الدولة في قضية Rousset بتاريخ ٣٠ أوت ١٩٤٠، أن يدعوها إلى تقديم نسخة منه خلال مرحلة التحقيق^(٣). وحتّى يستخدم القاضي سلطته في هذا الخصوص يتوجّب، وفق قضاء مجلس الدولة، أن يثبت المدّعي أمام القاضي الإداري أنّه كان يستحيل عليه الاستعلام لدى الجهة

(١) من أحدث القرارات التي استخدم فيها مجلس الدولة الفرنسي عبارة تكافؤ الأسلحة قراره الصادر بتاريخ ٠١ أكتوبر ٢٠١٤ تحت رقم ٣٤٩٥٦٠، حيث جاء فيه: يتوجب عليه (أي القاضي)، حينما يستخدم سلطاته التحقيقية، أن يسهر على احترام حقوق الطرفين، وضمان تكافؤ الأسلحة...". انظر هذا القرار: على الموقع الرسمي للحكومة الفرنسية الخاصّ بالخدمة العمومية لنشر القانون (www.legisfrance.gouv.fr)، وانظر أيضاً: قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٢٥ جوان ٢٠١٤، تحت رقم ٣٥٦٧٢٥، على نفس الموقع.

(٢) Pascale Gonod, op.cit., p 570 et suiv. Matias Guyomar, op.cit., p 350-351.

(٣) CE, 03 mai 1940, Rousset et autres, Rec, p 148, cité par Christian Gabolde, Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives D'appel, 6 éditions, Dalloz, Paris, 1997, p143.

الإدارية، أو أن مردّ ذلك هو ما وضعته الإدارة المختصة من عراقيل حالت دون تمكّنه من القرار الإداري محلّ الطعن.

ووفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإنّ الأمر الصادر بتمكين المدّعي من القرار الإداري حين الطعن عليه لا يمكن أن يختلط بالمنازعات التي موضوعها إلغاء رفض الإدارة تمكين المدّعي من وثيقة إدارية لا يحظر القانون تبليغها للأفراد؛ حيث ليس للقاضي في مثل هذه الحالات أن يأمر الإدارة بتمكين المعني من هذه الوثيقة بموجب أمر خلال مرحل التحقيق في الدعوى. وفي هذا قضى مجلس الدول الفرنسي: "إذا كان مبدأ المواجهة يفرض تبليغ الأطراف بكلّ الوثائق المقدمة خلال سير الخصومة، فإنّ هذه المتطلّب يستبعد بالضرورة فيما يتعلّق بالوثائق التي يشكل رفض تبليغها موضوع النزاع ذاته" ^(١).

كما تستبعد من أوامر التحقيق، وفق قضاء مجلس الدولة، ما يتعلّق بالطعون ضدّ المراسيم المتضمنة ترخيصاً بإنشاء الملفات، خاصّة ما تعلّق منها بالدّفاع الوطني. وهذه المراسيم بدورها غير خاضعة للنشر، على خلاف المراسيم الأخرى. والوضع في مثل هذه الطعون أنّه يجوز للقاضي الإداري وحده الاطّلاع على مضمون هذه المراسيم، ويجوز له بالتالي أن يؤسّس قراره على وثائق لم تبلغ إلى الطرف الآخر إعمالاً لمبدأ المواجهة ^(٢).

ثانياً - تقديم الوثائق والمستندات المنتجة في الدعوى:

قد ترتبط بعض المنازعات بالدّفاع الوطني، أو بالمرافق الاستشفائية العمومية؛ ومن الممكن أن ترتبط بالعقود والصفقات التي تبرمها الإدارة خاصة مع المؤسسات الصناعية والتجارية. وكما دلّت عليه تجربة القضاء الإداري الفرنسي فمن المحتمل أن يجد القاضي نفسه مضطراً إلى أمر الإدارة بتقديم ما لديها من مستندات ضرورية للفصل في النزاع المعروض عليه. والكثير من المستندات في هذا المجالات قد تتضمّن سرّاً قومياً، أو سرّاً طبياً، وحتى سرّاً صناعياً أو تجارياً. وحتى لا ينتهك القاضي الطابع السريّ لأيّ مستند يحميه القانون، أرسى القضاء الإداري الفرنسي مجموعة من المبادئ على التفصيل الآتي:

(١) CE, 01 décembre, 1989, n° 58896, AJDA, n°3, 23/01/1990, p 174. Voir: Rémi Rouquette, op.cit., p 530.

(٢) CE, 31 juillet 2009, Association Aides, n° 320196, AJDA, n° 42, 14/12/2009, p 2358, note T. Grundler.

١ - بالنسبة للوثائق المتضمنة سرّاً طبياً:

المبدأ في القضاء الإداري الفرنسي هو أنّه يمنع على القاضي أن يأمر الإدارة بأن تقدّم له مباشرة المستندات المتضمنة معالينات طبيّة؛ غير أنّ له أن يأمرها بتقديمها إلى المعني، باعتبار أنّ هذه السرية مقرّرة لمصلحته، ولهذا الأخير وحده حقّ تقديمها إلى القاضي تدعيماً لادعاءاته^(١).

ومراعاة لمبدأ المواجهة يتعيّن على القاضي الإداري، متى تسلّم هذه الوثائق، تبليغها إلى المدّعى عليه حتى يتسنى له مناقشتها والردّ عليها.

٢ - بالنسبة للوثائق المتضمنة سرّاً دفاعياً وطنياً:

لا تمتدّ سلطة القاضي الإداري بخصوص مطالبة الإدارة تقديم ما لديها من مستندات، إلى ما يحظر القانون إفشاءه لضرورات الدفاع الوطني. وفي هذه الحالة على الإدارة أن تقدّم كلّ العناصر التي من شأنها تنوير القاضي بشأن موضوع النزاع دون خرق سرّيّة المعلومات المتعلقة بالدّفاع الوطني.

ولقد أفصح مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ في الكثير من قراراته القضائية، ومن أوّلها قراره بتاريخ ١١ مارس ١٩٥٥ في قضية Coulon؛ حيث أعلن من حيث المبدأ عن حقّ المحاكم الإدارية في أن تطلب من الإدارات المختصة كلّ وثيقة من شأنها أن تسمح بالتحقّق من صدق مزاعم المدّعي، باستثناء ما يحظر القانون تقديمه^(٢).

ولقد أسهب المجلس في بيان ما يتوجّب على القاضي اتخاذه من خطوات حال امتناع الإدارة عن تقديم ما لديها من مستندات لضرورات الدفاع الوطني. وتتمثّل هذه الخطوات فيما يلي:

- على القاضي أن يفصل في النزاع وفق ما بحوزته من وثائق ومستندات.
- للقاضي الإداري أن يطلب من الإدارة المعنية أيّ توضيحات ضرورية من شأنها أن تمكّنه من تكوين قناعته بشأن عناصر النزاع، ومن ذلك على وجه الخصوص طبيعة الوثائق التي امتنعت الإدارة عن تقديمها إلى القضاء، وأسباب هذا الامتناع.

(١) CE, 24 octobre 1969, n° 77089, [http:// www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) (consulté le 16/12/2014). Voir aussi: M. Long, op.cit., p 461-462. Gustave Peiser, op.cit., p 137.

(٢) CE, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la guerre/ Coulon, n° 34036, [http:// www.lantero-deliandcourt.com](http://www.lantero-deliandcourt.com). (consulté le 10/12/2014).

- في حال رفض الإدارة تنوير القاضي بطبيعة الوثائق التي امتنعت عن تقديمها، فعلى هذا الأخير أن يضمّ هذا العنصر إلى مجموع العناصر الموجودة بملفّ القضية حين الفصل في الدعوى. وهذا معناه أنّ امتناع الإدارة عن توضيح طبيعة الوثائق المستبعدة من التبليغ، لن يكون في مصلحتها حال الفصل في النزاع؛ إذ يشكل، لا محالة، قرينة على جدّية ما يذهب إليه المدّعي في عريضته من ادعاء؛ طالما لم تتعارض هذه القرينة مع عناصر أخرى موجودة بملفّ النزاع.

وتكشف عدّة قرارات قضائية، كما هو الحال أيضاً بالنسبة لتدابير شرطة الأجانب، أنّ القاضي الإداري يقتنع بما تقدّمه الإدارة من توضيحات بشأن الوثائق التي تمتنع عن تقديمها لضرورات الدفاع الوطني؛ ولكن بشرط أن تكون هذه التوضيحات مقنعة^(١).

وما تجب الإشارة إليه هو أن المبدأ الذي أرساه قرار Coulon، قد عرف نوعاً من التحديد بصور قانون ٨ يوليو ١٩٩٨؛ حيث أنشأ المشرع الفرنسي هيئة استشارية لسرّ الدفاع الوطني، وتتولّى هذه اللجنة المستقلة، بناء على إخطار الإدارة المعنية بطلب من القاضي، إعطاء رأي حول رفع السرية عن المعلومات المصنّفة ضمن أسرار الدفاع الوطني وسلامة الدولة، ومن ثمّ جواز تبليغ الوثائق محلّ الإخطار إلى القاضي الإداري للفصل في النزاع، وتبقى الإدارة المعنية غير ملزمة برأي اللجنة؛ إذ لها أن تمتنع عن تقديم الوثيقة إلى القاضي الإداري، رغم رأي اللجنة برفع السرية^(٢).

٣ - الوثائق المتضمّنة سرّاً صناعياً أو تجارياً:

من المسلّم به في القانون الفرنسي أنّ السرّ الصناعي والتجاري، كما هو حال جميع الأسرار المحميّة بنصّ القانون، مفروض في مواجهة الجميع بما فيهم القاضي الذي يفصل في النزاع^(٣)؛ وعلى ذلك فإنّ للإدارة، خاصة في مجال الصفقات العمومية، أن تمتنع عن تقديم أيّ وثيقة تتضمّن سرّاً صناعياً أو تجارياً.

(١) Voir par exemple: CE, 12 juillet 1994, Ruwayha, n° 138571, AJDA, n° 2, 21/02/1995, p 145.

(٢) Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une commission consultative du secret de la défense, J.O.R.F.N, n° 157 du 9 juillet 1998, p 10488.

(٣) Denys de béchillon, principe contradictoire et protection du secret des affaires, RFDA, n 6, 10/12/2012, p 1108.

وتعدّ حماية السرّ الصناعي أو التجاريّ وفق قضاء محكمة العدل الأوروبية من المبادئ العامة للقانون؛ من ثمّ فهي ملزمة للقاضي الداخلي، ومن مبررات هذه الحماية هو الخشية من أن تستخدم الشركات والمؤسسات طريق الطعن القضائي بقصد الوصول إلى أسرار أعمال الشركات المنافسة^(١).

وهذه الحماية لا تمنع القاضي الإداري من أن يستخدم سلطاته في التحقيق بغرض جمع ما يتوجّب من معلومات ضرورية حتّى يفصل في النزاع المعروض عليه عن علم ودراية، ولتحقيق هذه الغاية للقاضي الإداري أن يطلب من الأطراف بما فيهم الإدارة جميع المعلومات والوثائق الضرورية، وللطرف المعني بالسرّ الصناعي والتجاري، وفق ما ذهبت إليه محكمة العدل الأوروبية، أن يطلب من القاضي حجب هذه المعلومات بأيّ شكل عن الخصم الآخر^(٢).

ولا شكّ أنّ المشكلة التي أثّرت في القانون الفرنسي منشؤها أنّه ليس للقاضي أن يجبر الإدارة على تقديم وثيقة تتضمّن سرّاً صناعياً أو تجارياً؛ كما ليس له أن يفصل في القضية بناء على وثائق لم تبلغ إلى الخصم الآخر لتضمّنها سرّاً يحميه القانون؛ ومن هنا ظهرت الحاجة إلى التوفيق بين حماية هذه الأسرار، وبين مبدأ المواجهة، وما يفرضه من ضرورة تمكين كلّ طرف من الاطلاع ومناقشة ما يتقدّم به الطرف الآخر من وثائق ومستندات.

وما يمكن الوقوف عليه هو أنّ القضاء الإداري، وفق بعض الكتاب، قد بدأ ينحو منحى محكمة العدل الأوروبية في قضائها بترجيح حماية السرّ الصناعي أو التجاري على مبدأ المواجهة، ويظهر ذلك من تقبّل مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣١ يوليو ٢٠٠٩ أن يفصل القاضي الإداري بناء على وثائق لم تنشر، ولا يمكن أن تبلغ إلى الخصم الآخر بسبب تضمّنها أسراراً يحميها القانون^(٣).

والمبدأ العام وفق ما يستخلص من قضاء مجلس الدولة بتاريخ ١٠ يونيو ٢٠٠٩، هو أنّه متى تقدّم الشخص بوثيقة متضمّنة سرّاً صناعياً أو تجارياً، فإنّ معنى

(١) CJCE 14 février. 2008, Varec c/ Belgique, aff. C-540/06, AJDA, n° 16, 28/04/2008. 881, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert. Voir aussi: <http://curia.europa.eu> (consulté le 18/12/2014).

(٢) CJCE, 14 février 2008, précité.

(٣) CE, 31 juillet 2009, n° 320196, AJDA, n°42, 18/12/2009. p2358.

ذلك أنه تنازل عن هذه السرية المقررة لمصلحته، ومن ثم فهي قابلة لأن تكون محل مناقشة من قبل الأطراف، شأنها شأن جميع مستندات الدعوى^(١).

ثالثاً - أمر الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها الإداري:

المبدأ في التشريع الفرنسي، طبقاً للمادة ١ من قانون ١١ يوليو ١٩٧٩ هو أن الإدارة ملزمة بتسبيب قراراتها المتضمنة رفض منح مزية Advantage يشكل حقاً للأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية المطلوبة للحصول على هذه المزية. وفي حال إغفال الإدارة تسبيب قرارها فإن من شأن ذلك أن يجعل القرار معيباً وموجباً للإلغاء.

وفي غير هذه الحالة فإن للقاضي الإلغاء، وفق ما اعترف به مجلس الدولة الفرنسي في إطار الرقابة على مشروعية القرار، أن يطلب من الإدارة الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية لقرارها الإداري.

ومن أحدث القضايا في هذا المجال قرار مجلس الدولة بتاريخ ٢٩ أكتوبر ٢٠١٣؛ حيث أعلن فيه ما يلي: "حيث إنه يعود لقاضي تجاوز السلطة أن يكون قناعته حول نقاط النزاع وفق العناصر المقدّمة بالملف من قبل الأطراف. وعند الاقتضاء، يعود للقاضي الإداري، قبل فصله في عريضة تتضمن ادعاءات جدية لم تفنّدها العناصر المقدّمة من طرف الإدارة في دفاعها، أن يستخدم سلطاته العامة في تحقيق العرائض، وأن يأمر بكل تدبير من شأنه أن يمده، عبر الطرق القانونية، بالعناصر التي من طبيعتها أن تسمح له بتكوين قناعته، وعلى وجه الخصوص أن يلزم الإدارة المختصة بأن تطلعه على الأسباب القانونية والواقعية التي دفعتها إلى إصدار القرار المطعون فيه، حتى ولو كانت معفاة بموجب نص من الالتزام بالتسبيب"^(٢).

ولتتزم الإدارة بأن تفصح بوضوح عن أسباب قرارها، وفي حالة أي غموض للقاضي أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق قصد التثبت من صكّة الأسباب المقدّمة من طرف الإدارة؛ وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة في طعن مرفوع ضدّ رفض الإدارة منح اعتماد لمؤسسات في طور إنشاء تجمّعات؛ حيث قدر المجلس أن السبب المقدّم من طرف الإدارة ورد في عبارات عامّة، وأنه يتعيّن على مجلس الدولة،

(١) CE, 10 juin 2009, n° 320037, [http:// www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), (consulté le 18/12/2014). Voir aussi: Rémi Rouquette, op.cit., p 530.

(٢) CE 29/10/2013, n° 346569, AJDA, n° 38, 11/11/2013, p 2183. Voir aussi: [http:// www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) (consulté le 18/12/2014).

بالنظر إلى الأدلة التي تقدّم بها المدّعي، أن يأمر بتدبير من تدابير التحقيق قصد التثبت من صحّة السبب المقدّم^(١).

الفرع الثالث جزاء مخالفة الإدارة أوامر التحقيق

إذا امتنعت الإدارة عن تقديم الوثائق التي أسست عليها قرارها فإنّ من شأن ذلك أن يقوم قرينة على صحّة ادعاء الخصم. ولقد كشف قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Barel المشار إليها سابقا عن هذه الحقيقة؛ حيث قام بإلغاء قرارات استبعاد المرشّحين لعيب مخالفة القانون، وأسس قضاءه على أساس: أنه يستخلص من جميع العناصر الملف (ومن يبينها امتناع الإدارة عن تقديم الوثائق) بأنّ الوجه المثار من طرف الطاعنين، يجب أن ينظر إليه بأنّه مؤسّس، وبالتالي فإنّ المدّعين على صواب في تمسّكهم بأنّ القرارات المحالة على مجلس الدولة تستند على سبب مشوب بالخطأ في القانون..^(٢)

ولقد سوّى مجلس الدولة الفرنسي من حيث الجزاء بين امتناع الإدارة عن تسليم الوثائق وبين تقديمها وثائق ومستندات لا تتضمّن عناصر كافية، ولقد تمّ ذلك بمناسبة فصل المجلس في طعن ضدّ قرار إداري يتضمّن رفض الإدارة تسجيل المدّعي على جدول الترقية؛ حيث اعتبر المجلس أنّ تقديم الإدارة بياناً عاماً حول مختلف العناصر التي تمّ الأخذ بها من طرف لجنة الترقية، دون أن يتضمّن هذا البيان أيّ إشارة إلى الأسباب التي تمّ تبنيها لرفض ترقية المدّعي، فإنّ من شأن ذلك، وضمن ظروف القضية، أن يجعل مزاعم المدّعي مؤسّسة^(٣).

وكما سبق بيانه فإنّ قرينة صحّة مزاعم المدّعي تعرف بعض التحديد في حالة الوثائق المتعلّقة بأسرار الدفاع الوطني، وسلامة الدولة؛ وآية ذلك أنّ القاضي الإداري يقتنع غالبا بما تقدّمه الإدارة من توضيحات بشأن الوثائق التي تمتنع عن تقديمها لضرورات الدفاع الوطني، ولكن بشرط أن تكون هذه التوضيحات مقنعة^(٤).

(١) CE, 26 janv 1966, n° 69765, <http://www.legifrance.gouv.fr>, (consulté le 18/12/2014).

(٢) CE, 28 mai 1954, Barel, précité.

(٣) 12 février 2003, n° 218983, [http:// www.légisfrance.gouv.fr](http://www.légisfrance.gouv.fr) (consulté le 18/12/2014).

(٤) Voir par exemple: CE, 12 juillet 1994, Ruwayha, n° 138571, AJDA, n° 2, 21/02/1995, p 145.

خاتمة:

لقد تبين لنا جلياً بعد العرض المتقدم أهمية الدور الإجرائي للقاضي الإداري في الخصومة الإدارية. وعلى ضوء ما سبق بيانه من قواعد قانونية، وأحكام قضائية، يمكن الوقوف على الحقائق التالية:

- ١ - للقاضي الإداري دور إيجابي في توجيه إجراءات الخصومة الإدارية. ومن مظاهر هذا الدور سلطة القاضي في الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق قصد الوصول إلى الحقيقة، وسلطته في إثارة الأوجه الخاصة بالنظام العام؛ بالإضافة إلى سلطته في أمر الخصوم بتقديم ما لديهم من وثائق ومستندات.
- ٢ - إن الكثير من الإجراءات التي يتولاها القاضي الإداري خلال سير الخصومة الإدارية هي نتاج اجتهاده قبل أن يتبنّاها المشرع بمقتضى نصوص قانونية صريحة، ومن قبيل ذلك إعفاء الدعوى من التحقيق، وإثارة الأوجه الخاصة بالنظام العام، وهذا ما ينبئ عن مدى مساهمة القاضي الإداري في إنشاء القانون الإجرائي الخاص بالمنازعة الإدارية.
- ٣ - إن بعض الإجراءات مفروضة على القاضي؛ بحيث يلتزم بمراعاتها خلال سير الخصومة الإدارية، ومن ذلك دعوة المدعي إلى تصحيح عريضته، وإثارة الأوجه الخاصة بالنظام العام.
- ٤ - تعكس الكثير من الإجراءات التي يضطلع بها القاضي الإداري خلال سير الخصومة الإدارية، حرص المشرع والقاضي الإداري على تسريع الفصل في الدعاوى الإدارية، والتقليل قدر الإمكان من ظاهرة تكسّ القضايا في أدراج المحاكم، وهي الظاهرة التي تحول دون تحقيق مبدأ الفصل في القضايا خلال أجل معقول.
- ٥ - إنّ الصلاحيات التي يملكها القاضي الإداري خلال التحقيق في الخصومة الإدارية، تنبئ بوضوح أنّ الإدارة لم تعد ذلك الخصم القوي الذي يتحجج بامتيازات السلطة العامة في مواجهة القاضي الإداري؛ بل أصبحت في الكثير من الحالات تقف على قدم المساواة مع الفرد العادي؛ ولهذا لم يعد غريباً أن يستخدم القاضي الإداري سلطة الأمر في مواجهة الإدارة خارج حالات تنفيذ الأحكام الإدارية.
- ٦ - يعكس الدور الإجرائي للقاضي الإداري الفرنسي في الخصومة الإدارية الرغبة في تحقيق ما يعرف فقها وقضاء بتكافؤ الأسلحة بين الإدارة والمكلف، ومرد ذلك هو التفاوت الموجود بين هذين الطرفين؛ حيث تتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة،

وإنّ تمكّنها من أدلّة الإثبات يلقي على القاضي عبء التدخّل لتحقيق هذا التكافؤ في الأسلحة.

٧ - تعبّر الكثير من الأعمال الإجرائية عن مدى تفاعل القاضي الإداري مع أحكام الدستور والاتفاقيات الدولية، كما تعبّر أيضاً عن مدى تفاعل القاضي الإداري مع أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

٨ - يبقى القاضي الإداري دائماً متفاعلاً مع الإدارة في القضايا التي تمسّ بسلامة الدولة وأمنها الوطني؛ وآية ذلك أنّ القاضي يقتنع في الغالب بما تقدّمه الإدارة من توضيحات وشروح في الحالات التي تمتنع فيها عن تقديم الوثائق والمستندات لضرورات الدفاع الوطني، أو ضرورات الأمن العام داخل الدولة.

وفي الأخير لا بدّ من التنويه بدور مجلس الدولة في تفعيل دور القاضي الإداري خلال سير الخصومة الإدارية؛ ولا بدّ أيضاً من التنويه بدور المشرّع في مساندة ما استقرّ عليه مجلس الدولة من مبادئ وحلول، وهذا ما يجعل تجربة القضاء الإداري الفرنسي بالفعل تجربة رائدة، ومتميّزة، ومثيرة في آن واحد.

الإعلان القضائي الإلكتروني والتعديلات التشريعية الواردة في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ والقرارات المنظمة له

تعليق على القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ المعدل للقانون رقم ٣٨
لسنة ١٩٨٠ بشأن قانون المرافعات المدنية والتجارية

المحامي/ حسين العبدالله

عضو مكتب "أركان للاستشارات القانونية"

ملخص:

أصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥، تعديلاً على القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ الخاص بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، حيث دعت الحاجة العملية لذلك في ظل ارتفاع معدلات التقاضي أمام المحاكم مما يؤدي إلى تخفيف وتيرة الضغط على مندوبي الإعلانات المكلفين إتمام الإعلانات بالطرق التقليدية، وذلك عبر السماح لهم استخدام وسائل مجاورة لتلك الوسائل التقليدية، تعمل على مواكبة التطورات الحديثة، وبذات الوقت تقلل الضغط على إدارات الإعلان والتنفيذ التي تستخدم وسائل الإعلانات التقليدية، كما ستساعد تلك الطرق الحديثة إلى سرعة الفصل في القضايا المعروضة أمام المحاكم لعدم تأجيل الدعاوى أو وقفها جزاءً.

مقدمة:

دعت الحاجة العملية إلى اتخاذ المشرع الكويتي كافة الإجراءات الكفيلة التي تجعل من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، وما يتضمنه من قواعد للإعلان مواكباً تطورات العصر الحديث، والنظر في إمكانية الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة المختلفة في مواجهة المشاكل والعراقيل العملية التي تواجه مسائل الإعلان المختلفة عند تطبيقها بالحالة التي عليها، فأصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥، تعديلاً على القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ لذلك الغرض، وذلك لأن قواعد الإعلان قبل تعديلها، لم تراعى التطورات التقنية الحديثة التي أثرت على الواقع العملي بشكل كبير، وهو الأمر الذي دعا المشرع، وسط العديد من المطالبات، إلى ضرورة الاستفادة منها واعتبارها طريقة جديدة لإتمام الإعلان، إلى جانب طرق الإعلان التقليدية الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية منذ نشأته، وستعمل تلك الطرق، في ظل ارتفاع معدلات التقاضي أمام المحاكم إلى تخفيف وتيرة الضغط

على مندوبي الإعلانات المكلفين إتمام الإعلانات بالطرق التقليدية، وذلك عبر السماح لهم باستخدام وسائل مجاورة لتلك الوسائل التقليدية، تعمل على مواكبة التطورات الحديثة، وبذات الوقت تقلل الضغط على إدارات الإعلان والتنفيذ التي تستخدم وسائل الإعلانات التقليدية، كما ستساعد تلك الطرق الحديثة إلى سرعة الفصل في القضايا المعروضة أمام المحاكم لعدم تأجيل الدعاوى أو وقفها جزاءً، لذلك خلص المشرع الكويتي إلى إقرار التعديلات بالقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ لقانون المرافعات المدنية والتجارية، وكان مصدر تلك التعديلات مشروع قانون تقدمت به الحكومة وأعدته وزارة العدل بالتعاون مع المجلس الأعلى للقضاء، لمواجهة المشاكل والعيوب التي كشف عنها التطبيق العملي.

وفي هذا البحث، نتناول النصوص التي أقرها المشرع الكويتي في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ مع شرحها، وبيان التعليق عليها بشيء من الإيجاز، فضلاً عن تناول القرارات الوزارية المنظمة التي أصدرها وزير العدل لتفعيل نصوص هذا القانون وذلك في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول

التعليق على مواد القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ المعدلة لبعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية

أصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بتاريخ ١٣/٥/٢٠١٥ في ثلاث مواد، وتم نشره في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" بتاريخ ٢٤/٥/٢٠١٥، وعلى أن يعمل به بعد ستة أشهر من نشره أي بتاريخ ٢٤/١١/٢٠١٥، وتضمنت التعديلات الواردة في القانون مايلي من قواعد بخصوص الإعلان، والتي نوردتها على النحو التالي:

المادة الأولى: يستبدل بنصوص المواد ٩ و ٥/٤ - ١٠ بند "هـ" و ١٢٢ - ١٣٥ - ٣/٢١٢ والفقرة الأخيرة - ٢٢١ - ١/٢٣٠ - ١/٢٣١ - ٢٩٢.

المادة الثانية: يضاف إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه النصوص التالية: [المادة ٨ بند "د" المادة ١٢٥ متضمنة فقرتين].

المادة الثالثة: على رئيس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون، ويعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ويلغى كل نص يتعارض مع أحكامه.

وبعد إيراد التعديلات، التي تناولت قانون المرافعات نبين بشيء من التفصيل بيان المواد التي أصابها التعديل وأحكام المواد وبيان النصوص المستبدلة ونصوص المواد المضافة على النحو التالي:

المطلب الأول

التعليق على النصوص المعدلة الواردة في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ على قانون المرافعات المدنية والتجارية

الفرع الأول

أهمية إعلان الأوراق القضائية

أورد القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ بتعديل قانون المرافعات جملة من التعديلات بخصوص شكل الإعلان والتي كانت بمقدمتها المادة الخامسة والتي جاء نصها "كل إعلان - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - يكون بواسطة مندوبي الإعلان أو مأموري التنفيذ، وإلا كان باطلاً، ويكون تحرير الإعلان بمعرفة الطالب أو بناء على

تعريفه بواسطة ضابط الدعاوى، وعلى الخصوم أو وكلائهم بذل المعاونة الممكنة لإتمام الإعلان".

- فيما عدا الطعون والأحكام، ومع مراعاة ما تنص عليه المادة (١٠) من هذا القانون - يجوز أن يتم الإعلان برسالة هاتفية مكتوبة (فاكس)، أو بأي وسيلة اتصال إلكترونية قابلة لحفظه واستخراجه.

وذلك في الأحوال الآتية:

١ - إذا كان المعلن إليه هو الدولة أو أحد فروعها أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
٢ - إذا كان كل من المعلن والمعلن إليه من الشركات أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية الخاصة.

٣ - الإعلان لمكاتب المحامين، إذا كان المعلن إليه قد اتخذ أحدها محلاً مختاراً، وكذلك في الأحوال الأخرى التي يجوز تسليم الإعلان فيها للموطن المختار وفقاً للقانون.
٤ - في المواد التجارية، إذا اتفق ذوو الشأن أن يتم الإعلان بإحدى هذه الوسائل أو بأي وسيلة أخرى، على أن تودع نسخة من هذا الاتفاق لدى إدارة كتاب المحكمة المختصة أو إدارة التنفيذ بحسب الأحوال.

ويصدر قرار من وزير العدل بالتنسيق مع وزير المواصلات بالشروط والضوابط الخاصة بتنظيم إجراءات الإعلان وتسلمه والتوقيع الإلكتروني عليه، والمواقع الإلكترونية المعتمدة وجهة اعتماد التوقيع أو غيره من البيانات الإلكترونية، وشهادات التصديق التي تصدرها والترخيص اللازم لها في هذه الأحوال.

ويكون للتوقيع الإلكتروني، فيما يتعلق بالإعلان ذات الأثر المقرر للتوقيع في هذا القانون وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى روعي في إنشائه الشروط والضوابط الفنية والتقنية، التي توفر الثقة في الوسائل المختلفة وسلامة المعلومات الموثقة، وإمكانية حفظ السند الإلكتروني الموقع ضمن شروط سلامته والضوابط الفنية الأخرى، التي يحددها قرار وزير العدل المشار إليه.

ويجب على الجهات والشركات والمؤسسات المشار إليها في هذه المادة موافاة وزارة العدل ببيانات الفاكس أو البريد الإلكتروني المعتمد، أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني المعتمدة لكل منها، والتي يتم الإعلان من خلالها^(١).

(١) يراجع في ذلك حكم محكمة التمييز في الطعين رقمي ٢٠١٣/٦٧٤، ٢٠١٤/٦٠ تجاري والصادر بجلسة ٢٦/١١/٢٠١٤.

وتعليقاً على تلك المادة فإنه ونظراً إلى الدور المحوري، الذي يرجع إلى أهمية إعلان الأوراق القضائية بشكل عام، والذي جعلته بمنزلة ركن أساسي من أركان الحركة القضائية لسلامة التقاضي أمام المحاكم أو تمام الإعلان للأوراق القضائية، ونظراً إلى ما شاب إجراءات الإعلان من الناحية العملية، جاء تدخل المشرع الكويتي في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥، لإزالة العراقيل التي تواجه مسائل إعلانات الأوراق القضائية والصحف المختلفة، مستغلاً بذلك التطور السريع، الذي توفره وسائل الاتصال الإلكتروني لتطوير الإعلان القضائي بوجه عام، وذلك لأن إتمام الإعلانات بما يتوافق مع القانون فقط؛ سيؤدي تبعاً إلى سلامة إجراءات التقاضي بين المتقاضين، وهو ما سيعمل على سرعة الفصل في القضايا المعروضة، واختصار زمن التقاضي، الذي يستغرق معظمه في الوصول إلى إعلان قانوني صحيح، علاوة على تبسيط إجراءات التقاضي، والتي يشكل الإعلان فيها ركناً أساسياً فيها^(٢).

لكن المشرع في تعديله أخرج إعلانات الطعون والأحكام القضائية من وسائل الإعلان التقني الحديث، وذلك لدى النص في بداية التعديل "عدا الطعون والأحكام"، وهو ما يعني أن المشرع استبعد تطبيق طرق الإعلان التي نص عليها في هذا القانون سواء بالفاكس أو البريد الإلكتروني أو أية وسائل اتصال إلكترونية حديثة بالنسبة للطعون والأحكام وكل ما يتصل بهما، وقصر تطبيق التعديل على الأوراق القضائية كالإعلانات القضائية بصورها المختلفة، وصحف إعلانات التقاضي الخاصة بالدعاوى أو الإخطارات الخاصة بالتقاضي أمام المحاكم الكلية فقط، وتمسك المشرع بطرق الإعلان التقليدية العادية المنصوص عليها في القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بما يخص إعلانات الطعون، ويقصد بها الطعون التي تقام ضد الأحكام الصادرة من المحكمة الكلية أمام محكمة الاستئناف، أو ضد الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف أمام محكمة التمييز أو الطعون التي تقام أمام المحكمة الدستورية، على اعتبار أن ما يقام أمام المحكمة الدستورية، هي طعون وقانون إنشائها وفق الفقرة الثانية من المادة الثامنة، ينص على أن تطبيق القواعد المقررة لدى دائرة التمييز، كما تمسك القانون بأن تتم إجراءات الإعلانات التقليدية للأحكام القضائية المراد إعلانها

(٢) د. وجدي راغب - مبادئ القضاء الإداري المدني لسنة ١٩٧٨ ص ٣٣٥، د. عزمي عبد الفتاح (قانون المرافعات الكويتي) - الطبعة الأولى لسنة ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧ ص ٤٤٧، د. عاكف والي - الوسيط - بند ٢٤٢ طبعة سنة ١٩٨٠.

والصادرة من جميع المحاكم أو تلك الصادرة على شكل أوامر وقتية أو على عرائض أو حتى الإقرارات المذيلة بالصيغة التنفيذية.

ويمكن تفسير خطوة المشرع باستبعاد الطعون والأحكام من الإعلان الإلكتروني وفق ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون إلى سببين:

الأول: بأن المشرع أراد إدخال وسائل الاتصال التقني الحديث تدريجياً على إجراءات التقاضي أمام المحاكم، وبالتالي فاستبعاده للطعون والأحكام قد يكون أمراً مرتبطاً بعامل الوقت، وبالتالي قد يرى المشرع في المستقبل إدخال الطعون والأحكام وفق المنظومة الإلكترونية التي يسعى إلى خلقها للتقاضي أمام المحاكم، مع تهيئة الواقع لتقبل الإعلان الإلكتروني للصحف والأوراق القضائية.

الثاني: نظراً إلى خطورة نهائية الأحكام القضائية وما قد يترتب عليه الإعلان للأحكام من فوات مواعيد استئناف الأحكام أو الطعن عليها أمام محكمة التمييز أو لخطورة ما يتبع تنفيذ تلك الأحكام من إجراءات تنفيذ، فقد رأى المشرع استبعاد إعلان الأحكام القضائية بكافة صورها من إجراءات الإعلان الإلكتروني الحديث المقرر في القانون الحالي.

كما ربط المشرع في تعديله بتطبيق وسائل الإعلان الحديثة بضرورة مراعاة ما تنص عليه المادة (١٠) من هذا القانون، وهي التي تشير إلى ضرورة توافر ضوابط سلامة الإعلان، الذي يتم بمقر المعلن إليه للصحف أو الأوراق القضائية، وبالتالي فإن لم تراعى وسائل الإعلان الحديثة التي نص عليها هذا القانون ما تقرره المادة العاشرة بكامل فقراتها، فلا يمكن الاعتداد بهذه الإعلانات، ويتعين الرجوع إلى وسائل الإعلان التقليدية.

وعلى الرغم من استبعاد المشرع في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ لإعلانات الطعون التي تقام أمام محكمة الاستئناف أو محكمة التمييز أو المحكمة الدستورية أو إعلان الأحكام القضائية بصورها، إلا أن المشرع أراد تطوير إعلان الأوراق القضائية أمام المحكمة الكلية لكونها الأكثر لجوءاً لدى المتقاضين وذلك للقضاء على:

١ - البطء الشديد الذي يتم به إعلان الأوراق القضائية والبيانات المطلوب توافرها لدى استخدام الطرق التقليدية.

٢ - مواجهة ارتفاع عدد الدعاوى القضائية التي تتطلب إتمام إعلانات الصحف والأوراق القضائية في محافظات الكويت الست من قبل إدارات الإعلان في المحاكم والتنفيذ، مع عدم إمكانية زيادة الكوادر البشرية التي يمكن أن تغطي تلك الزيادة.

٣ - ضمان دقة وسلامة المعلومات والبيانات المرسلة عبر الإعلان باستخدام الوسائل التي تضمنها التعديل فقط؛ تفادياً لما يشوبها أحياناً من الأخطاء البشرية المصاحبة لتنفيذها بالطرق التقليدية، وما يترتب على ذلك من إهدار حقوق المتقاضين بطريقة غير مباشرة.

٤ - عدم نجاح تجربة المشرع الكويتي في إتمام الإعلان القضائي وفق الوسيلة التي يتفق بها بين المتقاضين في المسائل التجارية، وذلك وفق الفقرة الرابعة من المادة الخامسة والمضافة بموجب القانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ - والمنشورة بالعدد ٥٦٣ - التي اقتضت على أن يتم الإعلان في المواد التجارية بالطريقة المتفق عليها من ذوي الشأن، وقد كشف الواقع العملي بأن هذا التعديل لم يكن ذا جدوى من الناحية العملية، ولم يفعل على أرض الواقع، ومن ثم كان ضرورياً النظر في آليات جديدة تسمح باستغلال التطور الهائل في وسائل الاتصال الإلكتروني والتقنيات الحديثة كاستخدام الفاكس ووسائل الاتصال التكنولوجية الأخرى في عملية الإعلان كالبريد الإلكتروني.

وإعمالاً لذلك، جاء التعديل التشريعي في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ بإضافة أربع فقرات إلى المادة الخامسة بجانب فقراتها الثلاث السابقة، كما حرص القانون على أن يستفيد من قانون المعاملات الإلكتروني رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ الذي أقر حجية التوقيع الإلكتروني، ومن ثم حجية هذا التوقيع الإلكتروني، الذي يرد على الصحف المراد الإعلان عنها أو تلك التوقيعات الإلكترونية التي ترد على طلبات الإرسال للإعلانات الإلكترونية، وذلك أسوة بحجية التوقيع الخطي على الأوراق المقرر في قانون الإثبات في المواد المدنية التجارية (بالفقرة السادسة المضافة)، والتي حظي بها التوقيع الإلكتروني بذات الأثر القانوني المقرر للتوقيع المبين بقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بشرط صدوره وفق الضوابط والأحكام المنظمة له.

الفرع الثاني

أهمية الإعلان عن طريق البريد المسجل

من التعديلات التي جاء بها المشرع في هذا القانون بما ورد في المادة التاسعة - الفقرة الرابعة - والتي جاء نصها " وإذا لم يجد القائم بالإعلان من صح تسليم الصورة إليه طبقاً للفقرات السابقة، أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن التوقيع

على الأصل بالاستلام أو عن تسلم الصورة، وجب عليه أن يسلمها في اليوم ذاته لمسؤول مخفر الشرطة أو من يقوم مقامه، الذي يقع في دائرته موطن المعلن إليه، أو محل عمله حسب الأحوال، وعليه أيضاً خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة لمخفر الشرطة، أن يوجه إلى المعلن إليه في موطنه أو محل عمله أو محله المختار كتاباً مسجلاً بالبريد أو أي مراسلة بريدية أخرى يمكن إثبات تسليمها مرفقاً بأي منهما الصورة، يخطر فيها أن الصورة سلمت لمخفر الشرطة" (٣).

وتعليقاً على ذلك التعديل فقد رأى المشرع إضافة بالفقرة الرابعة من نص المادة التاسعة بإدخال وسيلة جديدة تسمح بأن يقوم القائم بالإعلان إلى جانب الإخطار على كتاب البريد المسجل - والذي كان النص قاصراً عليه فقط - بأن يوجه أي رسالة بريدية أخرى إلى المعلن إليه ليتصل علمه بأن الصورة سلمت لمخفر الشرطة، وقد اشترط المشرع في التعديل أن تكون الوسيلة التي يلجأ إليها القائم يمكن إثبات تسليمها تداركاً للعوار الذي شاب البعثية البريدية المعمول بها في عدم تحقيق الغاية المرجوة منها، وهي اتصال علم المعلن إليه بالإعلان الموجه إليه من عدم تسجيلها في الدفاتر المعدة، لذلك بحسب ما كشف عنه الواقع العملي الفعلي، وما قد يرتبه ذلك من آثار سلبية على الشخص المراد إعلانه، وذلك بأن يتفاجأ بصدور حكم قضائي صادر ضده، دون أن يكون لديه أدنى علم بمواعيد الجلسات التي انعقدت لبحث النزاع بسبب عدم وصول البعثية البريدية إليه وربما فقدانها، وهو الأمر الذي يعطي لصاحب المصلحة التمسك بعدم إخطاره بتلك الأوراق أو الصحف أمام محكمة ثاني درجة، وعدم حضوره لأي من الجلسات السابقة أمام محكمة الدرجة الأولى، وهو الدفاع الذي قد يلقي قبولاً أمام محكمة ثاني درجة إعمالاً منها لصحيح القانون، وتقرر إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لكون الإعلان الذي أجرى أمامها، لم يتخذ الشكل القانوني الصحيح تنفيذاً لمبدأ مواجهة الخصوم، وتلافياً لذلك، فقد جاء هذا التعديل لتذليل عقبة عدم إثبات البعثة البريدية في الإعلان (٤).

(٣) تراجع حكم محكمة التمييز في الطعنين رقمي ٢٠١٣/٦٧٤ - ٢٠١٤/٦٠ تجاري/٦.

(٤) طعن تمييز رقم ٢٠٠١/١٩ - جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ - أحوال، طعن تمييز رقم ٢٠٠٢/٤٠ - جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٧ - عمالي، طعن تمييز رقم ٢٠٠٣/٤٨٠ - جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٢ - تجاري.

الفرع الثالث

مدى جواز استلام الصحف من موظفي الشركات

تنص المادة العاشرة بند(هـ) وفق القانون على النحو الآتي: "ما يتعلق بالشركات والجمعيات وسائر الأشخاص الاعتبارية، تسلم في مركز إدارتها للنائب عنها قانوناً أو أحد القائمين على إدارتها أو أحد الشركاء المتضامنين، أو لمن يقوم مقام كل واحد من هؤلاء، وإذا لم يكن المطلوب إعلانه موجوداً، تسلم الصورة لمن يقرر أنه من العاملين بمركز الإدارة، فإذا لم يكن لها مركز إدارة، سلمت الصورة لواحد من المذكورين لشخصه أو من في محل عمله أو في موطنه الأصلي أو المختار، ويسري في شأن الإعلان في هذه الحالة حكم المادة (٩) من هذا القانون".

وتعليقاً على تلك المادة يتمثل بأن المشرع الكويتي حرص في هذه المادة على أن يصل التبليغ بالأوراق القضائية للشركات التجارية والجمعيات والأشخاص الاعتباريين إليها، وكان البند العاشر من نص المادة سالفة البيان قاصراً في تحقيق ذلك الغرض، حسبما ثبت من التطبيق العملي، إذ كشف الواقع العملي في العديد من القضايا أنه حينما يتوجه القائم بالإعلان إلى أي من الجهات المعنية بالإعلان والمبينة بالمادة، قد لا يجد في مركز إدارتها من الأشخاص الذين حددتهم المادة، وهم المعنيون باستلام الأوراق القضائية، فكان القائم بالإعلان يسلم الإعلان لأحد العاملين بمركز الإدارة بالمخالفة لنص المادة، لأنها حصرت الأشخاص المعنيين بالاستلام للإعلان، ومن ثم يترتب على استلام غير المحددين وفق النص السابق للإعلانات البطلان لمخالفة ذلك التسليم لما نص عليه القانون^(٥).

ورأى المشرع أن هناك الكثير من القضايا والدعوى التي تصدر بها أحكام قضائية تنتهي إلى البطلان فقط؛ بسبب أن الإعلان الذي تم، وقع بالمخالفة للطريق الذي رسمه القانون، ومثل هذا البطلان له أثر سلبي على إجراءات التقاضي، وتعطل الفصل في العديد من القضايا، خصوصاً أن مثل هذا البطلان، قد يؤدي إلى إعادة الدعوى من محكمة ثاني درجة إلى محكمة أول درجة لمخالفة القائم بالإعلان صحيح القانون، ومن ثم فقد تدخل المشرع للعمل على تلافي هذا النقص، علاوة على تيسير إجراءات الإعلان، وتحقيق الغاية منه، وسمح بإمكانية تسليم الإعلانات والأوراق القضائية إلى

(٥) نقض مصري ١٩٢٢ لسنة ٤٥ ق، جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨.

العاملين في مركز الإدارة في تلك الشركات أو الجمعيات أو الأشخاص الاعتبارية فقط، دون تسليم تلك الإعلانات لأي موظفين آخرين سوى العاملين بمركز الإدارة^(٦).

الفرع الرابع الدعاوى الكيدية

إزاء مواجهة النزاعات الكيدية فقد نص القانون بالمادة ١٢٢ على أنه: "إذا قصد من الدعوى أو الدفاع فيها مجرد الكيد، جاز الحكم بالتعويض على من قصد ذلك، وتختص بنظر هذا الطلب المحكمة التي نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدي، ويرفع إليها بطلب عارض أو بدعوى أصلية، وذلك ما لم يكن الطلب - بحسب قيمته أو نوعه - لا يدخل في اختصاصها".

يتضح من خلال المادة ١٢٢ بعد تعديلها تأكيد المشرع للمتقاضين على إمكانية مقاضاة الخصم عن الضرر الناشئ عن دعواه الكيدية أو الدفاع الكيدي المقام منه ومطالبته بالتعويض، على أن يكون الاختصاص لنظر هذه الطلبات للمحكمة التي رفعت أمامها تلك الدعوى الكيدية، أو التي أبدى أمامها الدفاع الكيدي - ويستوي في ذلك، أن يكون طلب التعويض قد اتخذ بشكل دعوى أصلية أو أبدى كطلب عارض - بمقولة، إن تلك المحكمة قد عايشة الظروف التي أحاطت بالدعوى المسببة لطلب التعويض، كما اشترط النص لرفع الدعاوى عن الضرر الناشئ عن الدعوى الكيدية أو الدفاع الكيدي أمام المحكمة، التي نظرت تلك الدعاوى أو عرض أمامها ذلك الدفاع الكيدي أن تكون مختصة قيمياً ونوعياً بطلب التعويض^(٧).

الفرع الخامس الضرر الناشئ عن الطعن

تقرر المادة ١٣٥ بعد تعديلها على إمكانية طلب التعويض إذا ما ثبت لدى المحكمة بأن صاحب الطعن قصد من الطعن الكيد، وذلك بأن نصت المادة على أنه: "يجوز للطاعن أو للمطعون ضده - بعد صدور الحكم في الطعن - أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم له بالتعويضات، إذا كان صاحب الطعن أو طريق السلوك فيه قد قصد به الكيد".

(٦) طعن تمييز رقم ١٥٨/١٩٩٩ - جلسة ٢٠٠٠/٥/٦ - أحوال.

(٧) طعن تمييز رقم ٤٧٢/٢٠٠١ تجاري جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٦.

يتضح من المادة ١٣٥ والتي كانت سابقا، قبل هذا التعديل، تعطي الحق للمطعون ضده أن يطلب للمرة الأولى أمام المحكمة، التي تنظر الطعن، أيًا كان توجه الحكم له، بالتعويض عن الضرر الناشئ عن رفع هذا الطعن بطريق الكيد - على أن المحكمة التي أبدى أمامها الطعن أو الدفاع الكيدي، هي الأقدر على تقدير التعويض عن الضرر الناشئ عنه بحسبانها المحكمة التي عايشَت الفعل المتسبب في التعويض، ولكن التعديل جعل المحكمة المختصة بنظر الدعوى يكون وفقاً للاختصاص القيمي لمبلغ التعويض، والمشرع في هذا التعديل جعل محكمة أخرى غير التي نظرت الموضوع الناشئ عنه التعويض هي من تتولى الفصل فيه، كما ناقض نفسه عندما أكد في المادة ١٢٢ على إمكانية اللجوء إلى المحكمة المختصة لنظر طلب التعويض عن الضرر الناشئ من الدعوى الكيدية أو الدفاع الكيدي، وهو تراجع غير مبرر من المشرع، لأن قاضي التعويض، لا بد أن يكون ملماً بكل ظروف الواقعة التي تم الطعن الكيدي فيها، حتى يتمكن من تقدير قيمة التعويض الجابر من جراء استخدام حق الطعن كيداً بالخصم.

الفرع السادس الجدية في الإشكال

في محاولة من المشرع لإيجاد حلول لوقف دعاوى الاستشكال غير الجدية والتي يهدف من ورائها تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية النهائية أو المشمولة بالنفاذ، فقد أورد تعديلاً على المادة ٢١٢ على النحو التالي: "ويجب اختصام الطرف الملتزم في السند التنفيذي في الإشكال، إذا كان مرفوعاً من غيره، سواء أكان مرفوعاً بإبدائه أمام مأمور التنفيذ على النحو المبين في الفقرة الأولى، أم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، فإذا لم يختصم في الإشكال، وجب على المحكمة أن تكلف المستشكل باختصامه في ميعاد تحدده له، فإذا لم ينفذ ذلك حكمت المحكمة بزوال الأثر الواقف للتنفيذ المترتب على رفعه، وجاز لها أن تحكم باعتبار الإشكال كأن لم يكن".

وتنص الفقرة الأخيرة من ذات المادة: "ويجب على المستشكل تقديم مستنداته عند تقديم صحيفة الإشكال أو في الجلسة الأولى المحددة لنظره، وإلا جاز للمحكمة أن تحكم باعتبار الإشكال كأن لم يكن".

وقد أصاب المشرع حينما خول إلى سلطة المحكمة المختصة بنظر الإشكال أن تقضي باعتبار الإشكال كأن لم يكن، إذا تبين لها أن المستشكل غير جاد في إشكاله

ويرمي مقصده إلى إطالة أمد التقاضي ليس إلا، فأعطى المشرع للمحكمة، الذي تنظره الحق جوازيّاً أن تقضي باعتبار الإشكال كأن لم يكن في حالتين:

١ - إذا أعطت المحكمة فرصة لتختصم الملتزم في السند التنفيذي ولم ينفذ طلب المحكمة.

٢ - إذا لم يقدم المستشكل المستندات، التي تدل على جدية إشكاله أو ماطل في تقديمها.

وهو تعديل صائب قانوناً من المشرع بأن تكون المنازعة جدية.

الفرع السابع حظر التقدم بالمزايدة

جاء المشرع في التعديل على المادة ٢٢١ بتوسيع دائرة حظر الدخول في إجراءات التقدم للمزايدة التي تجرى أمام المحكمة بأن نصت على أنه: "لا يجوز للمدين ولا القضاة أو أعضاء النيابة العامة أو العاملين بالمحاكم أو الأجهزة المعاونة للقضاء، ولا للمحامين الوكلاء عمن يباشر الإجراءات أو عن المدين أن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم وإلا كان البيع باطلاً".

ويأتي هذا النص لمواجهة القصور الذي كان يعاني منه النص القديم والذي كان قاصراً بأن كان يقرر حظر التقدم على المزايدة من القضاة فقط، وأضاف لهم (أعضاء النيابة العامة - العاملين بالمحاكم - الأجهزة المعاونة للقضاء - المحامين - والوكلاء عن (الدائن أو المدين) - أن يتقدموا للمزايدة وإلا وقع البيع لأحدهم باطلاً).

وهو تعديل محمود من الشارع يواكب بما هو معمول به ببعض التشريعات المقارنة في فرنسا ومصر، صوناً لرجال القضاء وأعضاء النيابة العامة والعاملين بالمحاكم، وكذلك المحامين حفاظاً لاستقلالهم وتنزيهاً للعاملين بالمحاكم من أي منفعة.

الفرع الثامن إعلان الحجز إلكترونياً

يقرر المشرع في المادة (٢٣٠) الفقرة الأولى من القانون إمكانية إتمام إجراءات الحجز من قبل إدارة التنفيذ وإتمام الإعلان عنها عن طريق وسائل الإعلان الاتصال الإلكترونية، وذلك بالنص على النحو التالي: يحصل الحجز دون حاجة إلى إعلان سابق بموجب ورقة تعلن إلى المحجوز لديه بمعرفة مأمور التنفيذ أو بطريق الفاكس أو

بوسائل الاتصال الإلكترونية أو بأي وسيلة حتى وسائل الاتصال الحديثة التي ينص القانون عليها وتشمل على البيانات الآتية:

أ - صورة من الحكم أو السند التنفيذي الذي يوقع الحجز بمقتضاه أو إذن القاضي بالحجز أو أمره بتقدير الدين.

ب - بيان أصل المبلغ المحجوز من أجله وملحقاته.

ج - تعيين المحجوز عليه تعييناً نافياً لكل جهالة، إذا كان الحجز وارداً على مال معين، ونهى المحجوز لديه عن الوفاء بما في يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه.

د - موطن الحاجز ومحل عمله وتعيين موطن مختار له في الكويت، إذا لم يكن له موطن أو محل عمل فيها.

هـ - تكليف المحجوز لديه التقرير بما في الذمة بإدارة كتاب المحكمة الكلية، خلال عشرة أيام من إعلانه بالحجز.

وإعمالاً لأحكام المادة الخامسة المستبدلة بموجب القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ يستوجب الأمر على الشارع أن ينظم طرق الإعلان حسب أحكام تلك المادة من تقنيات حديثة بوسائل الاتصال الإلكترونية، حيث أضاف (الفاكس أو وسائل الاتصال الإلكترونية، أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة التي ينص عليها القانون)، وقد أصدر وزير العدل القرار الوزاري رقم ٤٥٠ لسنة ٢٠١٥ بشأن ضوابط الإعلان الإلكتروني وفق القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥، وتضمن القرار الوزاري إلى ضرورة قيام الإدارة العامة للتنفيذ المعنية بتنفيذ الأحكام القضائية والتي تتولى الإشراف على توقيع الحجوزات، أن تقوم بوضع سجل لديها للجهات الراغبة في إتمام الإعلان عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية من فاكس وبريد إلكتروني.

الفرع التاسع

وسائل إعلان الحجز

تشير المادة ٢٣١ الفقرة الأولى من القانون إلى الوسائل التي يتعين اتباعها لدى الإعلان عن الحجز بوسائل الاتصال الإلكترونية بأن نصت "يجب إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بإعلانه بالطرق المعتادة أو بطريق الفاكس أو بوسائل الاتصال الإلكترونية أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة التي ينص عليها القانون، ويشتمل الإعلان على ذكر حصول الحجز وتاريخه وبيان الحكم أو السند التنفيذي أو أمر القاضي الذي حصل بموجبه، والمبلغ المحجوز من أجله والمال المحجوز عليه وموطن الحاجز ومحل عمله وتعيين موطن مختار في الكويت إذا لم يكن له موطن أو

محل عمل فيها، ويجوز أن يتم الإبلاغ بنفس ورقة الحجز بعد إعلانها إلى المحجوز لديه، ويجب أن يتم إبلاغ الحجز خلال الثمانية أيام التالية لإعلانه إلى المحجوز لديه، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن، وعند تعدد المحجوز لديهم يجب احتساب الميعاد بالنسبة لكل منهم على استقلال".

أضاف المشرع إلى المادة الخامسة المضافة من وسائل الإعلان بالطرق الإلكترونية الحديثة مثل (الفاكس - وسائل الاتصال الإلكترونية، أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة التي ينص عليها القانون)، ونرى بأنه كان لزاماً على المشرع تضمين التعديل (شرط أن يكون الإعلان الذي يتم بتلك الطرق قابلاً للحفظ ويمكن استخراجه) تماشياً مع طرق الإثبات المقررة في قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤.

الفرع العاشر إصدار أوامر الضبط والإحضار للمدين

قررت المادة ٢٩٢ للقضاة المنتدبين في الإدارة العامة للتنفيذ إمكانية إصدار أوامر الضبط والإحضار للمدين بعدما كان يعطيه النص السابق لأمر الحبس، بأن نصت المادة: "يصدر مدير إدارة التنفيذ أو من تندبه الجمعية العامة للمحكمة الكلية من الوكلاء بالمحكمة أمراً - بناء على عريضة تقدم من المحكوم له - بضبط وإحضار المدين، وبحبسه مدة لا تزيد على ستة أشهر، إذا امتنع عن تنفيذ حكم نهائي أو أمر أداء نهائي رغم ثبوت قدرته على الوفاء، ولا يعتبر المدين قادراً على الوفاء إذا قامت ملائته كلياً على أموال لا يجوز الحجز عليها، ويحدد الأمر مدة الحبس، كما يبين ما إذا كانت تنفذ دفعة واحدة أو على دفعات).

وقد أعطى التعديل سلطة للقاضي - المنتدب للعمل كمدير في إدارة التنفيذ - لإصدار أمر الضبط والإحضار إلى جانب سلطته في إصدار أمر الحبس، وهو تصويب يتوافق مع تسلسل الإجراءات العملية في التنفيذ.

وبعد إيراد المواد المستبدلة في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ تضمنت المادة الثانية من القانون إضافة جملة من المواد نوردتها على النحو التالي:

المطلب الثاني

التعليق على النصوص المضافة في القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ على قانون المرافعات المدنية والتجارية

تنص المادة الثانية من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ على أن يتم إضافة النصوص التالية :

١ - المادة ٨ بند (ز): ويتضمن النص القائم البنود (من أ - و) وبموجب القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ تم إضافة البند (ز) لبيان الوسائل المستخدمة في الإعلان الإلكتروني، حيث نصت المادة على أن: "رقم الفاكس أو بيان عنوان البريد الإلكتروني المعتمد أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني المعتمدة لكل من المعلن والمعلن إليه، والذي يتم الإعلان من خلاله في الحالات التي يجري الإعلان فيها بهذا الطريق والمبينة في المادة (٥) من هذا القانون".

وتطبيقاً لأحكام المادة الخامسة من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ في ما يتعلق بإضافة (الفاكس والوسائل الإلكترونية الحديثة أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني المعتمدة، والتي تم النص عليها في المادة الخامسة بعد التعديل - لإجراء الإعلان يتطلب الأمر تعديل المادة كي تتضمن ورقة الإعلان البيانات (رقم الفاكس أو بيان البريد الإلكتروني المعتمد).

٢ - المادة ١٢ - بإضافة فقرتين جديدتين بشأن ثبوت الإعلان الإلكتروني، وعدم تطلب توقيع المعلن إليه المستلم عن طريق الإعلان الإلكتروني، وقد نص بالفقرة الأولى المضافة بأنه:

"وفي الحالات التي يجوز فيها الإعلان برسالة هاتفية مكتوبة (فاكس) أو بوسيلة اتصال إلكترونية معتمدة، فيعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت ثبوت إرساله من الجهة المختصة المكلفة بالإعلان والذي يمكن استخراجه منها لاحقاً".

بينما جاءت الفقرة الثانية المضافة بأنه: "وتعتبر البيانات الصادرة من الأنظمة الإلكترونية بمثابة الأصل في الأحوال التي يتطلب فيها القانون مباشرة الإجراء على أصل المستند، ولا يترتب البطلان على خلوها من توقيع المستلم".

وتكمن أهمية الإضافات التي أوردها النص على المادة ١٢ من قانون المرافعات إلى تأكيد المشرع على حماية الإعلانات الإلكترونية التي أوردها في هذا القانون من حيث تأكيده على اعتبار الإعلان الإلكتروني منتجاً في الحالات التي أوردها في التعديل، وبذات الوقت عالج إمكانية الطعن على تلك الإعلانات التي تخلوا من وجود

الأصل وكذلك من عدم توقيع المستلم، وقد جاءت المادة الخامسة المضافة بموجب القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ بإضافة تلك الضمانتين بالفقرتين أعلاه إلى نص المادة (١٢) القائم، فقد اشترطت الفقرة الأولى: (إذا تم الإعلان وفقاً للوسائل المضافة بالمادة الخامسة يجب أن يكون من الممكن استخراجه من الجهة المرسله للإعلان كدليل على ثبوت هذا الإرسال).

وفي الفقرة الثانية اعتبرت الإعلان الذي يتم بالوسائل المنصوص عليها في المادة الخامسة بمثابة أصل في الإجراءات التي يتطلب تنفيذها وجود أصل الإعلان ضمن أوراق التنفيذ، ولا يجوز التمسك بخلو أصل المستند من توقيع المستلم (المعلن إليه) للوصول إلى بطلان الإعلان.

وفي المادة الثالثة من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ فقد حرص الشارع على تفعيل التعديلات التي تضمنها القانون بأن ألغى كل نص يتعارض مع أحكامه، ضمناً منه لتنفيذ كل ما جاء به تحقيقاً لهدفه من التعديل.

المبحث الثاني

التعليق على القرارات الوزارية الصادرة لتنفيذ الإعلان الإلكتروني المقرر في القانون

تلبية لتنفيذ نص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ ودخوله حيز التنفيذ، فقد أصدر وزير العدل القرار الوزاري رقم ٤٥٠ لسنة ٢٠١٥ ليعلن البدء في تنفيذ الإعلان الإلكتروني، وذلك بعدما أشارت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ بفقرتها الثالثة إلى أن يصدر وزير العدل بالتنسيق مع وزير المواصلات الشروط والضوابط الخاصة بتنظيم إجراءات الإعلان وتسلمه والتوقيع الإلكتروني عليه، وقد أصدر وزير العدل بتاريخ ٣٠/١١/٢٠١٥ القرار الوزاري رقم ٤٥٠ لسنة ٢٠١٥ بشأن الشروط والضوابط الخاصة بتنظيم إجراءات الإعلان، وقد ورد نصه على النحو التالي:

الفرع الأول

وسائل الإعلان

نص القرار الوزاري في المادة الأولى منه "فيما عدا الطعون والأحكام، يجوز إعلان الأوراق القضائية المتعلقة بالمنازعات المدنية والتجارية والإدارية إعمالاً لنص المادة الخامسة من قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه، برسالة هاتفية مكتوبة (فاكس) أو أي وسيلة اتصال إلكترونية قابلة لحفظه واستخراجه".

والحكم بتلك المادة الواردة بالقرار الوزاري يتوافق مع الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ والتي جاء فيها "وفيما عدا الطعون والأحكام - ومع مراعاة ما تنص عليه المادة ١٠ من هذا القانون - يجوز أن يتم الإعلان برسالة هاتفية مكتوبة (فاكس) أو بأي وسيلة اتصال إلكترونية قابلة لحفظه أو استخراجه"، وبالتالي فالقرار الوزاري يؤكد هنا على ما أورده المادة الخامسة سائلة الإشارة، رغم أنه لم ينظم - وهو ما سنتحدث عنه لاحقاً - الرسائل الهاتفية التي تسمى (sms) رغم سماح المادة الخامسة من القانون لها.

الفرع الثاني

سجل خاص للإعلانات

وتنص المادة الثانية من القرار على أن: "يُنشأ بإدارة كتاب المحكمة الكلية سجل خاص بالإعلان الإلكتروني، يتم فيه تسجيل بيانات الفاكس أو التراسل الإلكتروني

المعتمد، أو أي وسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني يتم اعتمادها وتكون قابلة لحفظه واستخراجه، وذلك بالنسبة لمن ورد بيانهم في المادة (٥) من القانون المشار إليه".

والحكم بتلك المادة يشير إلى الدخول العملي لتنفيذ القانون ولإعمال أحكام المادة الخامسة منه والتي سمحت لأربع فئات بإتمام هذا النوع من الإعلان رغم عدم إجبارها على القيام به، وهي من السلبيات التي قد تواجه القانون، والتي سنتعرض لها لاحقاً، والفئات التي أوردتها المادة الخامسة من القانون هي:

- ١ - إذا كان المطلوب إعلانه الدولة أو أحد فروعها أو أحد الأشخاص الاعتبارية.
- ٢ - إذا كان كل من المعلن والمعلن إليه من الشركات أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية الخاصة.

- ٣ - الإعلان لمكاتب المحامين إذا كان المعلن إليه قد اتخذ أحدها محلاً مختاراً، وكذلك في الأحوال الأخرى التي يجوز تسليم الإعلان فيها للموطن المختار وفقاً للقانون.
- ٤ - في القضايا التي يحكم بها بمواد تجارية وبعد اتفاق الأطراف على الإعلان بالوسائل المقررة في القانون، يتم إيداع نسخة من الاتفاق لدى إدارة كتاب المحكمة المختصة أو إدارة التنفيذ بحسب الأحوال.

وإزاء الاستفادة تلك الفئات بحكم المادة الخامسة التي استحدثها القانون كان من الطبيعي أن يرسم القرار الوزاري الطريق العملي لها، فأكد القرار بحكم المادة الثانية منه على ضرورة إنشاء سجل خاص بالإعلان الإلكتروني تسجل فيه بيانات الفاكس أو التراسل الإلكتروني لكل من الراغبين من تلك الفئات الأربع المشار إليها للتأشير ببياناتها الهاتفية المتصلة "بالفاكس" أو الإلكترونية، سواء أكانت البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تسمح بالاتصال الإلكتروني.

وبالتالي فإن المادة السابقة من القرار تلزم إدارات كتاب المحكمة الكلية في كل المحاكم وكذلك إدارات التنفيذ على إنشاء هذا السجل الخاص بالإعلان الإلكتروني، بأن يتضمن هذا السجل محاضر خاصة تثبت فيها أسماء المسجلين في ذلك السجل، وكذلك بياناتهم ومحاضر تخص تلقي أي طلبات جديدة وتعديل أي بيانات طرأت على البيانات السابق تسجيلها، وكذلك في حالة الإثبات يستخرج منها شهادة للمحاكم تفيد سلامة البيانات المسجلة للمطلوب إعلانه لدى تلك الإدارة والتي يثبتها الإقرار المقدم من تلك الفئات سابق الإشارة إليها.

الفرع الثالث آلية العمل

تنظم المادة الثالثة من القرار طرق العمل للاستفادة من وسائل الإعلان الإلكتروني بأن نص "على ذوي الشأن إبداء القبول بالإعلان بإحدى الوسائل المنصوص عليها في المادة (٥) من القانون المشار إليه، وذلك بإفراغه في إقرار كتابي مهور بتوقيع ذي الصفة، يودع لدى إدارة كتاب المحكمة الكلية أو إدارة التنفيذ طبقاً للنموذج المعد لذلك، مع الالتزام بالإخطار عن أي تغيير يطرأ على تلك البيانات".

أفصح القرار الوزاري عن جزء من طبيعة عمل إدارة كتاب المحكمة التي يناط لها أمر إنشاء السجل الخاص بالإعلان الإلكتروني، بأن أرفق بالقرار نموذج تتم تعبئته من تلك الفئات الأربع الوارد تقسيماتهم بالمادة الخامسة، ويتضمن النموذج بيانات المستفيدين منها، ومنها كتابة اسم الجهة سواء كانت (الدولة أو إحدى الجهات الاعتبارية العامة كالمؤسسات والهيئات الحكومية، والشركات أو الجهات الاعتبارية الخاصة، ومكاتب المحامين، في المواد التجارية فقط إذا اتفق الطرفان على أن تتم إجراءات الإعلانات بالطرق الإلكترونية أو الفاكس، وأن يودع ذلك الاتفاق المكتوب في السجل)، كما يتضمن النموذج المعد تعبئته من تلك الفئات على رقم الفاكس المراد إتمام الإعلان عليه، وهو رقم فاكس تلك الجهات أو البريد الإلكتروني لتلك الجهات أو أية وسيلة اتصال إلكتروني، كما يلتزم ذوو الشأن وهم الفئات الراغبون في إتمام الإعلان الإلكتروني بأن يخطروا إدارة كتاب المحكمة أو التنفيذ بأي تعديلات طرأت على تلك العناوين أو الأرقام، وإلا كانت العناوين الإلكترونية أو الأرقام الخاصة بالفاكس حجة عليهم.

الفرع الرابع إنشاء البريد الإلكتروني

تنص المادة الرابعة من القرار على أن "ينشأ بريد إلكتروني للقائم بالإعلان من خلال قطاع تكنولوجيا المعلومات والإحصاء بالوزارة من خلاله إرسال الإعلانات الإلكترونية".

والحكم في المادة السابقة يمثل نتيجة طبيعية لإدخال مسائل الإعلان الإلكترونية حيز التنفيذ، وذلك من خلال بيان الإجراءات الخاصة بالبريد الإلكتروني الذي سيتم الاعتماد عليه من خلال إعلانات صحف الدعاوى القضائية عن طريق البريد الإلكتروني، بأن طالبت المادة من أسمتهم "القائمين بالإعلان"، وهم من يتم تسميتهم

حالياً بموظفي الإعلانات أو مندوبي الإعلانات، بأن يراجعوا وزارة العدل من خلال قطاع تكنولوجيا المعلومات لإنشاء بريد لهم يقومون بإرسال الصحف التي يتلقونها من رافعي الدعاوى القضائية، فيقومون بعمل حفظ وتخزين لها بواسطة أجهزة معدة لذلك كجهاز "الإسكندر"، ومن بعدها يتم إرسال تلك الصحف من البريد الذي ينشأ لهم إلى البريد الإلكتروني المعتمد من الفئات الأربع، والتي تود الاستفادة من الإعلان الإلكتروني وفق القانون، ومن ثم فإن القرار الوزاري رسم كذلك طريقة إنشاء البريد الإلكتروني للقائمين بالإعلان بأن يكون عن طريق وزارة العدل وحدها لا عن طريق القائم بالإعلان نفسه، وهي ضمانات للراغبين في الاستفادة من الإعلان الإلكتروني من تلك الفئات الأربع بأن ترد إعلانات القضايا التي ترفع ضدهم عن طريق بريد معتمد من وزارة العدل ويرسله موظف رسمي لا شخص آخر.

الفرع الخامس ضوابط الإعلان الإلكتروني

تؤكد المادة الخامسة من القرار على ضرورة مراعاة الإعلان الإلكتروني للضوابط المقررة بالمادة ٨ من قانون المرافعات علاوة على بيان وسيلة الاتصال وتوقيع القائم بالإعلان، بأن أكد على أنه: "يجب أن تتضمن ورقة الإعلان، فضلاً عن البيانات المقررة في المادة ٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم أو عنوان وسيلة الاتصال الإلكتروني والتوقيع المعتمد للقائم بالإعلان".

وحكم المادة السابقة يغطي القواعد المنصوص عليها في المادة ٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي حددها المشرع في القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ويؤكد عليها، وهي ضرورة أن يشتمل الإعلان على تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها الإعلان واسم طالب الإعلان بالكامل ومهنته أو وظيفته وموطنه ومحل عمله أو اسم من يمثله بالكامل ومهنته، أو وظيفته وموطنه ومحل عمله، إن كان يعمل لغيره، واسم المعلن إليه بالكامل ومهنته أو وظيفته وموطنه ومحل عمله، فإن لم يكن موطنه أو محل عمله معلوماً وقت الإعلان فأخر موطن أو محل إقامة أو محل عمل كان له في الكويت أو في الخارج، واسم القائم بالإعلان بالكامل ووظيفته والجهة التابع لها وتوقيعه على كل من الأصل والصورة، وبيان موضوع الإعلان، واسم من سلم إليه الإعلان بالكامل، وتوقيعه على الأصل بالتسلم معلوماً وقت الإعلان، ويتطلب القرار أن يشتمل علاوة على تلك البيانات في الإعلان الإلكتروني على رقم أو عنوان وسيلة الاتصال الإلكتروني، والتوقيع المعتمد للقائم بالإعلان حتى يكون الإعلان صحيحاً وإلا اعتبر باطلاً.

الفرع السادس الإعلان منتج لآثاره

تحدد المادة السادسة من القرار بيان متى يعد الإعلان الإلكتروني بصورة منتجاً من عدمه حيث نصت "يعتبر الإعلان منتجاً لآثاره متى ظهر على ورقة الإعلان بعد إرسالها بطريق الفاكس ما يفيد قبولها وتاريخ ووقت إرسالها، وفي حالة التراسل الإلكتروني يكون الإعلان قد تم من وقت تسلم الخادم الخاص بالمعلن إليه الرسالة الإلكترونية، وذلك على ضوء ما يظهره رد الخادم".

والحكم في المادة السابقة من القرار تشير إلى الحالات التي يعد فيها الإعلان منتجاً بالوسائل المقررة، بأن أكد على تمام الإعلان متى كان عن طريق الفاكس، على أن يكون الإعلان بهذه الحالة مشروطاً بما يفيد قبول وتاريخ ووقت إرسال ورقة الإعلان، والتي عادة يتم إظهارها من الفاكس بعد إرسال كل فاكس، كما اعتبرت ذات المادة أن الإعلان قد تم وتحقق في حالة التراسل الإلكتروني من الوقت الذي يفيد فيه تسلم الخادم الخاص بالمعلن إليه الرسالة الإلكترونية، وذلك بحسب ما يظهره هذا الخادم، والحالة الأخيرة التي تشير لها المادة سألقة الذكر بشأن كيفية إثبات تمام الإعلان الذي يتم عن طريق البريد الإلكتروني، تتطلب التأكد بأن خدمات التراسل الإلكتروني التي يرسل إليها الإعلان توضح ساعة فتح تلك الوسيلة الإلكترونية لدى الشخص المراد إعلانه، وذلك لأنه إذا ثبت عدم بيان وطريقة معرفة الشخص المتلقي للرسالة الإلكترونية لها ولما يتضمنها فلا يمكن الأخذ بهذا الإعلان، لأن العبرة تتمثل في الإعلان في تأكد علم المعلن إليه للصحيفة، ومثل هذا التأكيد يمكن الارتكان إليه في حالة الفاكس بالورقة التي ترد بعد إرسال الفاكس للطلب المراد إعلانه، وتتضمن يوم وتاريخ وساعة إرسال الفاكس، وإفادة القبول التي تظهرها ورقة الفاكس بأن الرسالة قد وصلت، بينما الأمر يختلف في التراسل الإلكتروني، الذي يتعين معه أن تظهر تلك الوسيلة اليوم وتاريخ وساعة فتح الرسالة الإلكترونية ووصولها له، وإلا كان على المعلن اتخاذ الإجراءات العادية للإعلان التقليدي والمنصوص عليها بقانون المرافعات.

الفرع السابع فشل الإعلان الإلكتروني

تؤكد المادة السابعة من القرار على أن فشل إتمام عملية الإعلان الإلكتروني تحتم على طالب الإعلان اتباع إجراءات الإعلان وفق طرق الإعلان التقليدية العادية المنصوص عليها وفق قانون المرافعات، حيث نصت المادة السابعة من القرار على أنه:

"في حالة تعذر استقبال الإعلان من جهاز الفاكس أو خادم البريد الإلكتروني للمعلن إليه، تتبع الإجراءات المقررة للإعلان المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

والحكم وفق المادة السابقة يؤكد على مسألة منطقية تؤدي بالشخص طالب الإعلان إلى اتباع الإجراءات الأخرى المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، بعدما تعذر عليه الحال إتمام الإعلان عن طريق الإعلان الإلكتروني، ومثل هذه المادة تسمح للمحاكم بأن تطلب من طالب الإعلان الإلكتروني أن يسلك طريق الإعلان العادي التقليدي بعدما تعذر أمر إتمام الإعلان الإلكتروني عن طريق الفاكس أو خادم البريد الإلكتروني، وذلك من أجل حسن سير العدالة وعدم الرغبة في إطالة أمد التقاضي.

الفرع الثامن إنشاء قروب إلكتروني

تحاول المادة الثامنة من القرار أن تضع حلاً لمشكلة عدم إتمام الإعلان من الناحية العملية بأن أوردت على ضرورة وجود قروب يقوم رئيس قسم الإعلان بإنشائه في كل محكمة، يضم جميع المندوبين العاملين في القسم لإثبات عملية انتقالهم لإتمام الإعلان، وذلك على النحو التالي: "في الأحوال التي لا يجد فيها القائم بالإعلان من يصح تسليم صورة الإعلان إليه، أو امتنع من وجده عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو عن تسلم الصورة، وجب عليه فوراً أن يرسل إلى رئيس قسم الإعلان المختص رسالة إلكترونية عبر أي من التطبيقات الإلكترونية المشترك بها مع مندوبي الإعلان كمجموعة (Group) يخبره فيها بذلك مع تضمينها صورة لمحل الإعلان وبيان الموقع الجغرافي (share Location) لمندوب الإعلان".

والحكم في المادة السابقة يختلف عن إجراءات إتمام الإعلان الإلكتروني، لكنها تتحدث عن وسائل جديدة يمكن من خلالها ثبوت خروج مندوب الإعلان إلى المكان المطلوب إعلانه في المقر المحدد بالصحيفة، ومثل هذا الإثبات يمكن الاستفادة منه من ناحيتين، الأولى ذات مقصد إداري يهدف منها القرار إلى إلزام الموظف أو مندوب الإعلان بضرورة التواجد في المكان المطلوب إعلانه والمشار إليه وإلى أوصافه وبياناته كاملة في صحيفة الدعوى، وعدم تدوين أي إفادات في محاضر الإعلانات لا تعبر عن الحقيقة، والثانية ذات مقصد قانوني يصلح للإثبات في ما بعد لمن له مصلحة في إثارته، بأن يكون المكان الذي انتقل إليه مندوب الإعلان أو القائم به معبراً

حقيقياً عن الإجراء الذي سيقوم به مندوب الإعلان أو القائم به لاحقاً، وهو بالانتقال إلى المخفر ثم إيداعه رسالة بالبريد المسجل، وذلك للتأكيد بأن انتقاله إلى المخفر لم يكن إلا إجراء معبراً عن حقيقة عدم تواجد الشخص المراد إعلانه في المقرر المحدد في الصحيفة، أو أن الشخص المطلوب إعلانه رفض تسلم الصحيفة، أو أن القائم بالإعلان لم يجد الشخص الذي يصح تسليمه للإعلان.

ولكي تحدث الآلية التي تتم من خلالها عملية الإثبات تلك، أشار القرار الوزاري إلى ضرورة وجود مجموعة إلكترونية أسماها "القروب" تضم جميع مندوبي الإعلان أو القائمين على الإعلان لم يحدد اسمها، وترك أمر تقديرها لرئيس قسم الإعلان في كل قسم على حدة، على أن تسمح هذه الخدمة بتواجد مندوبي الإعلان، وكذلك تسمح بإرسال خدمة "اللوكيشن" واستقبالها لدى المجموعة المتواجدة بهدف إظهار الموقع الذي يتواجد فيه مندوب الإعلان، ومثل هذه الطريقة التي أوردتها القرار الوزاري في تنظيم مسائل إعلان التقاضي كشف عنها الواقع العملي الحالي الذي يتبعه عدد من رؤساء الأقسام في المحاكم مع المندوبين، ما دفع وزير العدل في قراره إلى تقنينه واعتباره كإحدى القواعد التي يتعين الالتزام بها.

كما تجدر الإشارة إلى أن القرار الوزاري لم يلزم رئيس قسم الإعلان أو موظفيه بوسيلة اتصال إلكترونية محددة كالهاتف الذكي أو الحاسب الآلي أو أي وسيلة أخرى محددة، بل ترك أمر تحديدها لهم، شريطة أن تسمح بإيجاد مجموعة المندوبين العاملين في الإدارة، وأن يستطيع هذا الجهاز الذي يضم المجموعة إظهار خدمة "اللوكيشن" في "القروب" الذي يضم القائمين على الإعلان، ولذلك أوجد القرار وسائل أخرى لإظهار جدية الأعمال التي يتعين على موظف الإعلان القيام بها لدى إتمام الإعلان.

ويفتح الأمر إلى إمكانية مساءلة الموظف إدارياً إذا لم يرسل مكان تواجده للقروب، وقام بذات الوقت بالإعلان عن طريق المخفر بعد إثباته بمحضر الانتقال بأنه لم يجد الشخص الذي يسمح بتسليمه الإعلان أو لأن الشخص المراد إعلانه رفض التسلم، ومثل هذه المساءلة تسمح بإحالة إلى التحقيق وإيقاع العقوبة التأديبية بحقه، كما يمكن أن تتم مساءلة الموظف جنائياً إذا أثبت على خلاف الحقيقة قيامه بالانتقال وهو لم ينتقل بالأساس، وترتب على ذلك صدور حكم قضائي ضد المطلوب إعلانه، ومن هنا يجوز الاستشهاد بأقوال رئيس قسم الإعلان والقائمين على الإعلان بأن المندوب لم يرسل لهم في يوم الواقعة مكان تواجده في القروب الإلكتروني الذي يجمع القائمين بالإعلان ومن بينهم هو.

الفرع التاسع البريد السريع

تنص المادة التاسعة من القرار على إمكانية الاستعانة بالبريد السريع علاوة على البريد المسجل من قبل طالبي الإعلان، وذلك على النحو التالي: "في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة وبعد تسليم القائم بالإعلان صورة الإعلان إلى مخفر الشرطة وجب عليه - القائم بالإعلان- وبناء على طلب المعلن أن يوجه إلى المعلن إليه طبقاً للفقرة الرابعة من المادة التاسعة من القانون المشار إليه رسالة بريدية، وذلك عن طريق شركة خدمة البريد السريع التي تعاقدت معها الوزارة، يخطره بموجبها أن الصورة قد سلمت لمخفر الشرطة".

والحكم في المادة السابقة يأتي تطبيقاً للمادة التاسعة بفقرتها الرابعة، والتي تسمح بإمكانية الاستعانة بشركات خدمة البريد السريع ليس لإرسال صحيفة الإعلان، لأن هذا الدور لا يمكن أن يقوم به سوى موظف قسم الإعلان أو القائم على الإعلان وفق ما تؤكد عليه المادة الخامسة من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥، وإنما للقيام فقط بإرسال رسالة بريدية تنقلها فقط الشركة (خدمة البريد السريع) التي تعاقدت معها الوزارة إلى الشخص المطلوب إعلانه، ومفاد تلك الرسالة التي يعدها مندوب الإعلان أو القائم به أن صحيفة الدعوى سلمت إلى المخفر، وذلك بناء على طلب من المعلن، كما لا يلغي هذا البريد السريع التزام مندوب الإعلان أو القائمين عليه بإيداع البريد العادي التابع لوزارة المواصلات.

ومن ثم فإن دور شركات خدمة البريد السريع يبدأ بعد طلب المعلن الاستعانة بخدماتها عن طريق وزارة العدل بعد سداد الرسم المقرر من الوزارة، وينحصر دور شركات خدمة البريد السريع في إيصال الرسائل البريدية التي يريد مندوب الإعلان إعادة إرسالها للبريد عن طريق البريد السريع التابع لشركات البريد السريع، ويقوم مندوب الإعلان أو القائم عليه بإجرائه أي بمخاطبة الشركة بنقله وتسليمه للمعلن إليه، بعد قيامه، أي المندوب أو القائم بالإعلان، بإيداع الرسالة بالبريد المسجل خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسليم صحيفة الدعوى للمخفر، ومن ثم فإنه يجب التأكيد وبعد الرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة التاسعة ومراجعة المادة التاسعة من القرار الوزاري على أن مندوب الإعلان أو القائم عليه يتعين عليه الالتزام بالإجراءات الواردة في قانون المرافعات كاملة، ومنها الالتزام بميعاد إيداع البريد المسجل خلال ٢٤ ساعة من تسليم الصحيفة للمخفر، وأن البريد السريع التابع للشركات لم يكن بديلاً عن البريد العادي التابع لوزارة المواصلات، بل يتعين على المندوب أو القائم بالإعلان

أن يقوم به متى سلم الصحيفة للمخفر في ميعاد لا يتجاوز ٢٤ ساعة وإلا اعتبر الإعلان باطلاً.

الفرع العاشر طلب إتمام البريد المسجل

وتحدد المادة العاشرة من القرار على أن تكون الاستعانة بخدمات البريد السريع المقرر المنظم في المادة التاسعة عبر طلب يقدمه طالب الإعلان مع رسم يقوم بدفعه بوضع طابع تحدد قيمته الإدارة، وذلك على النحو التالي: "على المعلن عند إيداعه الورقة القضائية المراد إعلانها أن يرفق بها طلب إتمام الإخطار بالمراسلة المشار إليها في المادة السابقة، على أن يلصق عليها طابعاً - تحدد قيمته الوزارة - مقابل مصروفات هذه الخدمة".

والحكم في المادة السابقة يشير إلى أن الطريق الذي حددته المادة التاسعة بإمكانية الاستعانة بالبريد السريع كطريق مكمل لطريق البريد المسجل للإخطار بالأوراق القضائية المراد إعلانها يتطلب من الراغبين في إتمام ذلك البريد السريع من المتقاضين أن يتقدموا بطلب اسمته المادة العاشرة من هذا القرار "طلب إتمام الإخطار بالمراسلة"، ويضع مقدم الطلب طابعاً يضمن رسماً تحدد قيمته وزارة العدل مقابل أداء خدمة البريد المسجل، والتي ستكون بمقابل لمن يرغب في استخدامها^(٨).

خاتمة:

بعد تناول التعليق على نصوص القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ والقرار الوزاري رقم ٤٥٠ لسنة ٢٠١٥ المنظم له، فإن القانون يتضمن بتعديلاته العديد من الملاحظات التي يتعين على المشرع الكويتي وكذلك وزارة العدل سرعة الأخذ بها، والتي نوردتها على النحو التالي:

أولاً: كان على المشرع أن يوسع من أمر الاستفادة من الإعلانات الإلكترونية بالطعون والإخطارات التي تقام أمام محكمتي الاستئناف والتمييز، وأن يترك فقط أمر إعلان الأحكام القضائية في المستقبل بعد تهيئة الواقع الإجرائي لتقبلها، وذلك لأن التشريع الحالي لا يسمح بإعلان صحف الاستئناف ولا التمييز ولا حتى الطعون التي تقام أمام المحكمة الدستورية، خصوصاً وأن إعلان الدعاوى القضائية أمام محكمة أول

(٨) مجموعة القواعد القانونية، التي أقرتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/٢٠٠٢ حتى ٢٠٠٦/١٢/٣١.

درجة بالطريق الإلكتروني أمر يبرر إكمال ذات الطريق بين المتقاضين أمام الدرجات الأخرى، كما أن القانون لم يلزم الراغبين بالدخول في تطبيق أحكام المادة الخامسة من القانون، بل ترك أمر الدخول فيها للراغبين من بين الحالات الأربع التي حددها.

ثانياً: أجاز المشرع في المادة الخامسة إمكانية تفعيل إجراءات الإعلان الإلكتروني في المسائل التجارية، وحسبما يتم الاتفاق في العقود بين الطرفين، وكان الأولى على المشرع ألا يقصر ذلك على المسائل التجارية، بل يسمح للقضايا المدنية بالإعلان عنها بطرق الإعلان الإلكتروني، طالما كانت بموافقة الطرفين وبالعقود المتفقة في ما بينهما، في حين سيقلل اختزال الاستفادة منها على المسائل التجارية من إمكانية الاستعانة بها.

ثالثاً: أكد المشرع في المادة ١٢ بفقرة جديدة إمكانية الإعلان برسالة هاتفية مكتوبة (فاكس) أو بوسيلة اتصال إلكترونية معتمدة، ومثل هذا النص يسمح بإمكانية الإعلان عن طريق الهواتف النقالة أو الذكية التي تسمح بإرسال رسائل نصية، إلا أن القرار الوزاري لم ينظم أمر الإعلان عن طريق الرسائل الهاتفية النصية، واختزل الأمر في وسيلة الفاكس أو أي وسيلة اتصال إلكترونية كالبريد الإلكتروني.

رابعاً: إزاء الالتزامات التي قد يترتبها القانون المعدل والقرار الوزاري المنظم له، فإن الواقع العملي سيكشف عدم دخول فئتين من الفئات الأربع التي حددتها المادة الخامسة من القانون، وهما فئة الإعلان على مكاتب المحامين وكذلك الشركات والبنوك والأشخاص الاعتبارية الخاصة، وذلك لأن الإعلان سيرتب إجراءات مهمة قد لا تسعفها وسائل الإعلان الحديثة كالبريد الإلكتروني على سبيل المثال، والذي لم يوفق القرار الوزاري في تنظيم إتمام الإعلان بالنسبة له، وسيساعد التعديل المتقاضين في إعلان الأشخاص الاعتبارية العامة كالوزارات والهيئات والمؤسسات الحكومية عن طريق الفاكس أو عن طريق البريد الإلكتروني، كما سيساعد الراغبين لدى صياغة عقودهم في المسائل التجارية في إتمام الإعلانات وفق البريد الإلكتروني أو الفاكس بعد إيداع نسخة من العقود في الإدارة المختصة لذلك في المحاكم.

خامساً: لم ينجح القانون في إمكانية إشراك القطاع الخاص عن طريق شركات البريد المسجل من إتمام الإعلان، وكل ما أدخله بذلك أصبح رهن قرار المتقاضين بأن سمح لهم باللجوء للبريد السريع إذا أرادوا ذلك بعد سداد الرسم المقرر، وبعد أن يكون البريد السريع هنا طريقاً ليس رئيسياً عن البريد المسجل الذي يودع لدى وزارة المواصلات لا طريقاً مكماً له.

سادساً: لم يعالج القرار الوزاري مسألة إتمام الإعلان عن طريق البريد

الإلكتروني وكيفية إثبات وصول الإعلان إلى المعلن إليه أو تسلمه للبريد الإلكتروني، ومن هي الجهة التي تحدد وصوله أو الآلية التي تتبع حتى يكون الإعلان منتجاً لآثاره ويكون حجة على المعلن إليه.

سابعاً: إزاء المشاكل الفنية التي قد تعتري مسألة الإثبات للإعلانات الإلكترونية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني أو حتى عن طريق الفاكس وصعوبة الاحتجاج بهما أمام المحاكم، يتعين على المسؤولين في وزارة العدل الإسراع إلى إصدار القرارات اللازمة التي تسمح بالاستعانة بالطرق والوسائل التقنية التي تعزز وسائل الإثبات للإعلانات التي تتم على نحو إلكتروني وتقني، مع إمكانية تطوير الأساليب والبرامج الحديثة، خصوصاً وأن القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن الإعلان الإلكتروني سمح بإمكانية استخدام أية أساليب ووسائل أخرى تسمح بإتمام الإعلان مع الاستفادة بالقواعد المقررة في قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤.

