

أثر الحكم الجنائي في المجال التأديبي للوظيفة العامة (تعليق على حكم محكمة التمييز الصادر في الطعن رقم ١٤٩/٢٠٠٨)

الدكتور/ مشاري خليفة العيفان*

الدكتور/ غازي عبيد العياش**

ملخص:

تتناول هذه الدراسة علاقة هامة بين الأحكام القضائية الجنائية وما يترتب عليها من آثار في مجال الوظيفة العامة، وذلك في حالة كون من صدرت ضده هذه الأحكام يتمتع بمركز الموظف العام، وقد تأسست هذه الدراسة على محاولة فهم الفلسفة التشريعية القائمة بين فرعي من فروع القانون (القانون الجنائي وقانون الوظيفة العامة)، وقد تبين من هذه الدراسة أن هذه العلاقة تتداخل فيها المجالات بين التقييد المطلق والتقييد النسبي لتلك الأحكام القضائية لجهة الإدارة العامة.

الحكم محل التعليق

في الطعن بالتمييز المرفوع من:

مدير سوق الكويت للأوراق المالية بصفته

ضد:

حيدر حسن جمعه

والمقيد بالجدول برقم (١٤٩) لسنة ٢٠٠٨ إداري / ١

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع تتحصل - حسبما يتبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق، أن المطعون ضده أقام على الطاعن بصفته الدعوى رقم (٥١١) لسنة ٢٠٠٦ إداري/١ بطلب الحكم أولاً: بجدية الدفع بعدم دستورية المادة (٥٧) من اللائحة الداخلية لسوق الكويت للأوراق المالية الصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣، والمادة (١) من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ بتشكيل لجنة التأديب والإجراءات المتبعة أمامها والمادة (١٥) من

* أستاذ القانون الجزائي المساعد - كلية الحقوق - جامعة الكويت.

** أستاذ القانون الإداري المساعد - كلية الدراسات التجارية - الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب.

المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية المعدل بالمرسوم رقم (١٥٨) لسنة ٢٠٠٥، ثانياً: بإلغاء قرار لجنة النظر في المخالفات بسوق الكويت للأوراق المالية الصادر بتاريخ ٩/٤/٢٠٠٦ في المخالفة رقم (٩) لسنة ٢٠٠٥ بتوقيع جزاء التنبيه عليه، مع ما يترتب على ذلك من آثار واعتباره كأن لم يكن.

وبياناً لذلك قال إن إدارة السوق قد أحالته مع آخرين إلى لجنة النظر في المخالفات بالسوق على سند من أنه حال كونه عضواً بمجلس إدارة البنك العقاري قد استفاد من معلومات غير معلنة توافرت له بحكم منصبه في البنك، وذلك بتعامل الشركة العربية العقارية التي يشغل فيها منصب المدير العام على أسهم البنك العقاري، حيث حررت ضده والآخرين المخالفة رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وبعرضها على لجنة النظر في المخالفات بالسوق أصدرت قرارها في هذا الشأن بتاريخ ٩/٤/٢٠٠٦ بتوقيع جزاء التنبيه عليه بعدم تكرار المخالفة ونعى المطعون ضده على هذا القرار مخالفته للقانون لعدم قيامه على سببه، وكذلك ببطالان إجراءات التحقيق والإحالة وعدم اختصاص لجنة نظر المخالفات، وانتفاء أساس المخالفة.

وبجلسة ٢٧/١١/٢٠٠٦ قضت محكمة أول درجة أولاً: بعدم قبول الدفع بعدم دستورية المادة (١٥) من المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية المعدل بالمرسوم رقم (١٥٨) لسنة ٢٠٠٥ لانتفاء المصلحة. ثانياً: بوقف نظر الدعوى وإحالتها للمحكمة الدستورية للفصل في مدى دستورية المادة (٥٧) من قرار وزير التجارة والصناعة رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣ بشأن اللائحة الداخلية لسوق الكويت للأوراق المالية، والمادة (١) من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ بتشكيل لجنة التأديب والإجراءات المتبعة أمامها، وذلك تأسيساً على أن تشكيل لجنة النظر في المخالفات على الوجه المنصوص عليه في هاتين المادتين من شأنه أن يخل بالضمانات الأساسية للفصل في تلك المخالفات وبحق الدفاع الذي كفله الدستور في المادة (٣٤) منه.

وبجلسة ٢٧/٥/٢٠٠٧ قضت المحكمة الدستورية برفض الدعوى الدستورية وشيدت قضاءها على أساس أن لجنة النظر في المخالفات بسوق الكويت للأوراق المالية هي بحكم تشكيلها وبحسب طبيعة عملها لجنة إدارية، تنحصر عنها الصفة القضائية، ولا تباشر عملاً من أعمال الخصومة القضائية، وما تقوم به لا يتسم بطبيعة العمل القضائي وبصبغته القضائية، وأن ما يصدر عنها في هذا الشأن محض قرار إداري يخضع للرقابة التي يباشرها القضاء الإداري ليحكم تقديره ويقسط ميزانه وينزل حكم القانون عليه إعمالاً لولايته في إطار مبدأ المشروعية. ورتب الحكم على ذلك عدم صحة المطاعن الموجهة إلى نص المادتين المشار إليهما من الوجهة الدستورية.

وبعد صدور الحكم سالف الذكر جرى تعجيل نظر الدعوى الموضوعية أمام محكمة أول درجة، وبتاريخ ٣٠/١٠/٢٠٠٧ حكمت بإلغاء قرار لجنة السوق الصادر في المخالفة رقم (٩) لسنة ٢٠٠٥ الصادر في ٩/٤/٢٠٠٦ فيما تضمنه من توجيه عقوبة التنبيه إلى المطعون ضده مع ما يترتب على ذلك من آثار. استأنفت الجهة الإدارية هذا الحكم بالاستئناف رقم (٦٣١) لسنة ٢٠٠٧ إداري/١، وبجلسة ٢٨/٤/٢٠٠٨ قضت محكمة الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز، وأودعت نيابة التمييز مذكرة في الطعن أبدت فيها الرأي برفضه، وبعرض الطعن على هذه المحكمة، في غرفة المشورة، حددت جلسة لنظره، وفيها صمم الحاضر عن الجهة الإدارية على طلبه بتمييز الحكم المطعون فيه، وطلب الحاضر عن المطعون ضده رفض الطعن، والتزمت النيابة برأيها الذي سبق أن أبدته بمذكرتها سالفة البيان.

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى بهما الجهة الإدارية على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك تقول إن الحكم بنى قضاءه على سند من أن القرار المطعون فيه غير قائم على صحيح سببه، معولاً في ذلك على الحكم الجنائي الصادر في الجنية رقم (٢٦٨) لسنة ٢٠٠٦ ببراءة المطعون ضده من التهمة المنسوبة إليه. وما أثبتته ذلك الحكم في حيثياته من عدم وجود المطعون ضده على رأس عمله وقت حدوث هذا الفعل. في حين أن الحكم الجنائي لم يتطرق إلى مسألة استفادته من معلومات غير معلنة توافرت له بحكم منصبه في البنك العقاري وعلاقته به، وهي سبب القرار المطعون فيه بمجازاته بعقوبة التنبيه، وهو ما لا يحوز معه هذا الحكم الجنائي حجية أمام القضاء الإداري عند مراقبة سبب القرار، وإن ذهب الحكم المطعون فيه إلى خلاف هذا النظر. وذلك على الرغم من استقلال الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية، حتى ولو كان الفعل المكون بهما واحداً لاختلاف النظام القانوني للجريمتين، فضلاً عن أنه لا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة ينعطف على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً في حينه، وهو ما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان الأصل هو استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية في العديد من أركان وأحكام كل منهما، إلا أنه في حالة إذا ما كانت الجرائم التأديبية تشكل بذاتها بركنيها المادي والمعنوي جرائم جنائية، فإنه لا انفصام للمسؤولية التأديبية عن

المسؤولية الجنائية في مدى ثبوت حدود الوقائع المكونة للاتهام وصحة نسبته للمتهم، فإذا انتفت أي من هذه العناصر أو كلها في نطاق المسؤولية الجنائية، فإنه لا يسوغ قانوناً ومنطقاً أن تثبت في مجال المسؤولية التأديبية، ويلتزم القضاء الإداري بما ينتهي إليه القضاء الجنائي في هذا النطاق. وبالتالي بتقيد القضاء الإداري بحجية فيما فصل فيه ضرورياً، حتى لو صدر الحكم الجنائي بعد صدور القرار المطعون فيه طالماً لم يفصل في دعوى المطالبة بإلغائه، باعتبار أن الأصل في الأحكام القضائية بصفة عامة هي بحسب طبيعتها لها أثر كاشف.

لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن: المطعون ضده قد قدم إلى المحاكمة الجزائية لما أسند إليه من اتهام بأنه حال كونه عضواً بمجلس إدارة البنك العقاري قد استغل معلومات غير معلنة توافرت له بحكم منصبه في البنك في الحصول على فائدة لنفسه وللشركة العربية العقارية التي يعمل مديراً لها. مخالفاً بذلك المادة (٢/١٤٠) من قانون الشركات التجارية، والتي تنص على أنه لا يجوز لعضو مجلس الإدارة - ممثلاً لشخص اعتباري - أن يستغل المعلومات التي وصلت إليه بحكم منصبه في الحصول على فائدة لنفسه أو لغيره، كما لا يجوز له بيع أو شراء أسهم الشركة التي هو عضو مجلس إدارتها طيلة مدة عضويته فيها، وقد صدر الحكم الجزائي ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه، لعدم ثبوت ارتكابه للفعل محل هذا الاتهام، وتأييد هذا الحكم بالاستئناف الجزائي رقم (٢٠٠٦/٥٩٦٠) جنح مستأنفة، وأضحى هذا الحكم نهائياً، وكان الركن المادي المكون للمخالفة التأديبية المنسوبة إلى المطعون ضده سبب القرار الطعين هو في ذات الوقت الفعل المادي والمكون للجريمة الجنائية المنسوبة إليه والنعي قضى فيها نهائياً ببراءته مما نسب إليه بعد نفي هذا الاتهام عنه، مما يحوز هذا القضاء الحجية أمام القضاء الإداري، وهو بما لازمه إعمال مقتضاه عند الفصل في الدعوى، ولا وجه للتحدي بالقول بأن القرار المطعون فيه أسبق في صدوره على الحكم الجزائي المشار إليه؛ ذلك أن سلوك سبيل الطعن على القرار الإداري في الميعاد يدخله في طور الزعزعة وعدم الاستقرار إلى حين صدور الحكم في دعوى الإلغاء، فضلاً عن أنه يصطدم مع ما للأحكام القضائية من أثر كاشف، حيث رتب الحكم على ذلك عدم قيام القرار المطعون فيه وقت صدوره على سبب يبرره واقعاً وقانوناً، وانتهى الحكم في قضائه إلى تأييد حكم أول درجة بإلغاء ذلك القرار، ومن ثم فإن الحكم، والحال كذلك، يكون قد صادف صحيح حكم القانون، ويضحى النعي على الطعن على غير أساس.

وترتيباً على ما تقدم، يتعين رفض الطعن.

لذلك

حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع برفضه.

تمهيد:

وبالاطلاع على الحكم سالف البيان يتضح أن القاعدة القانونية التي قررتها المحكمة تندرج تحت القواعد الحاكمة للعلاقة بين نطاق فرعين من فروع القانون العام وهما القانون الجنائي والإداري، حيث أوجزت المحكمة العلاقة بين الأحكام القضائية الجنائية والأحكام الإدارية المتعلقة بالعقاب على المخالفات التأديبية وقررت: أنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان الأصل هو استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية في العديد من أركان وأحكام كل منهما، إلا أنه في حالة إذا ما كانت الجرائم التأديبية تشكل بذاتها بركניה المادي والمعنوي جرائم جنائية، فإنه لا انفصام للمسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية في مدى ثبوت حدود الوقائع المكونة للاتهام وصحة نسبته للمتهم، فإذا انتفت أي أو كل هذه العناصر في نطاق المسؤولية الجنائية، فإنه لا يسوغ قانوناً ومنطقاً أن تثبت في مجال المسؤولية التأديبية، ويلتزم القضاء الإداري بما ينتهي إليه القضاء الجنائي في هذا النطاق. وبالتالي بتقيد القضاء الإداري بحجيته فيما فصل فيه ضرورياً، حتى لو صدر الحكم الجنائي بعد صدور القرار المطعون فيه طالماً لم يفصل في دعوى المطالبة بإلغائه باعتبار أن الأصل في الأحكام القضائية بصفة عامة هي بحسب طبيعتها لها أثر كاشف".

ولما كانت هذه القاعدة تنطوي على أحكام تفصيلية عديدة ومتنوعة من حيث الطبيعة، تأتي هذه الدراسة لبيان جوانب هذه القاعدة القضائية وبحث أبعادها في ضوء ما استجد من نصوص قانونية وأحكام قضائية، ولبيان الغرض من هذه الدراسة نرسم خطة الدراسة على النحو الآتي:

المبحث الأول: الإطار التعريفي لعنصري العلاقة (النظام التأديبي في الوظيفة العامة والحكم الجنائي)

المبحث الثاني: التقيد المطلق للحكم الجنائي في المجال التأديبي للوظيفة العامة

المبحث الثالث: التقيد النسبي للحكم الجنائي في المجال التأديبي للوظيفة العامة

المبحث الأول

الإطار التعريفي لعنصري العلاقة

(النظام التأديبي في الوظيفة العامة والحكم الجنائي)

يعد من المسلمات والضروريات لفهم العلاقة الحقيقية وأبعادها بين الأحكام القضائية الجنائية والمجال التأديبي للوظيفة العامة، فهم حقيقة القواعد والأحكام التي تحيط بالإطار العام لكل عنصر، بما يجعل التعرض لمفهوم كل عنصر أمراً لا مفر منه. لذلك سنتعرض في هذا المبحث بإيجاز لكل من النظام التأديبي للوظيفة العامة في قانون الخدمة المدنية (المطلب الأول) ومفهوم وشروط الحكم الجنائي ذي التأثير على المجال التأديبي في الوظيفة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النظام التأديبي في الوظيفة العامة وفقاً لقانون الخدمة المدنية

إن الجزاء أو العقوبة المناسبة لنوع المخالفة أو العمل هو العنصر الأساسي الذي يحكم سلوك الموظف وتصرفاته. فالموظف كإنسان لا يعمل في العادة إلا راجعاً أو راهباً، خوفاً من عقاب أو طمعاً في ثواب، ويتوقف نجاح النظام الإداري والتأديبي في العمل الإداري إلى حد كبير على أساس هذه الفكرة (فكرة الثواب والعقاب). لذلك تتمركز الغاية من وجود النظام التأديبي في الأنظمة الإدارية تحت مفهوم فكرة حماية المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فالأمر يتعلق بحماية المجتمع أي المصلحة العامة عن طريق الثواب والعقاب، إذا أخل الموظف العام بواجب من واجبات الوظيفة، فلا بد أن يعاقب ويجازى تأديبياً^(١). لذلك يهدف النظام التأديبي إلى حسن أداء الموظفين لأعمالهم ومراقبة الإدارة لهذه الأعمال عن طريق سلطاتها الرئاسية والمركزية والتي تخولها سلطة الرقابة والمحاسبة على جميع أعمال وتصرفات الموظف، من أجل ضمان استقرار واستمرار العمل الإداري في الإدارة.

ومن هذا المنطلق تتنوع الأنظمة القانونية التأديبية المتبعة في الدول^(٢)، وإن كانت متشابهة إلى حد ما من حيث تقسيم العقوبات بشكل عام (عقوبات أدبية/

(١) د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد - مكتبة ذات السلاسل - الكويت - ص ٢٥٢.

(٢) د. تركي المطيري - أصول القانون الإداري - الطبعة ٢٠١٤ - لا يوجد دار نشر - الكويت - ص ١٥٧.

وعقوبات مالية). ويضع المشرع بعض الضوابط والمبادئ في مثل هذه الأنظمة لتضمن إلى حد كبير شرعية العقوبة وعدم تعسف الإدارة في توقيع العقوبة الإدارية تجاه الموظف، وهي تسمى بالمبادئ العامة التي تخضع لها العقوبة. وقد اتبع المشرع الكويتي في نظامه التأديبي نظاماً رئاسياً من خلاله يمنح الرئيس الإداري سلطة محاسبة الموظف على تقصيره أو إخلاله بأحد الواجبات الإدارية التي تقع على عاتقه أو عدم احترام القوانين واللوائح المنظمة لشئون الوظيفة العامة.

والجدير بالذكر هنا أن الدول تختلف في نظامها التأديبي من دولة إلى أخرى حسب ما تنص عليه قوانينها الوظيفية والإدارية في هذا الشأن من حيث شكل هذه النظم التأديبية وإجراءاتها، فعلى سبيل المثال في لبنان نص المرسوم رقم ٧٢٣٦ بشأن نظام المجلس التأديبي العام للموظفين في مادته الأولى على نظام متكامل لإنشاء المجلس التأديبي العام لجميع الموظفين ومفوضية الحكومة لدى هذا المجلس وأصول محاكمته وكيفية انتقال المجالس التأديبية السابقة^(٣). أما النظام المصري كمثال آخر لأحد الأنظمة التأديبية فهو يختلف عن بعض الأنظمة الأخرى كلبان والكويت، ففي النظام المصري يوجد مجلس دولة متكامل ونيابة إدارية مختصان بكل ما يخص شئون الوظيفة العامة بما فيها النظام التأديبي وأصول المحاكمة فيه^(٤).

أما في دولة الكويت فاعتمد المشرع الكويتي على قانون الخدمة المدنية^(٥) في تحديد النظام التأديبي للموظف، وهذا النظام يضمن بيان المخالفات الوظيفية التي تستوجب معاقبة الموظف والجزاءات الإدارية التي توقع عليه، وقد حدد القانون أيضاً السلطة المخولة بتوقيع العقوبات، وأخيراً تناول هذا النظام التأديبي أهم الضمانات التأديبية لحماية الموظف من تعسف السلطة، فقد أخذ المشرع هنا بالأسلوب الإداري في تنظيمه للسلطة التأديبية، حيث جعل الإدارة هي السلطة المختصة بالتأديب وحدها دون أن يشاركها القضاء الإداري في ذلك^(٦). ومن هذا المنطلق كان لزاماً علينا التطرق بشكل موجز إلى مفهوم ومحتوى المخالفة التأديبية في نظام

(٣) انظر للمزيد من التفاصيل: كتيب نظام الموظفين العموميين - منشورات الحلبي - لبنان - ص ١١٥-١١٦.

(٤) د. أحمد سلامة بدر - الدعوى الإدارية في مصر ودول الخليج العربي - دار النهضة العربية - جمهورية مصر العربية - ص ١٨.

(٥) انظر الموقع الإلكتروني: <http://www.csc.net.kw/forthdoc.htm>

(٦) انظر المواد (٢٧ - ٢٨ - ٦٠) من قانون الخدمة المدنية الكويتي رقم (١٥) لسنة (١٩٧٩).

الخدمة المدنية الكويتي، وأيضاً ما هي الجزاءات وما هي السلطة التي تملكها الإدارة تجاه الموظف العمومي؟

لم يضع المشرع في الكويت أو أية دولة أخرى تعريفاً دقيقاً ومحدداً للجريمة الإدارية أو المخالفة الإدارية، وإنما عادة ما ينص المشرع على بيان أهم الواجبات التي تقع على الموظف وأهم الأعمال المحظورة عليه بصورة عامة ودون تحديد دقيق لهذه الواجبات أو المحظورات، ويعتبر المشرع عدم التزام الموظف بهذه الواجبات أو المحظورات مخالفة تأديبية تملك الإدارة معاقبة الموظف عليها وفق سلطتها التقديرية في مدى اعتبار هذا الفعل مخالفاً للقانون من عدمه^(٧). ولتحديد هذه الواجبات، فقد نص قانون الخدمة المدنية في المادة ٢٧ على أن: "كل موظف يخل بالواجبات أو يخالف المحظورات المنصوص عليها في القوانين واللوائح يعاقب تأديبياً مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية أو المدنية عند الاقتضاء"^(٨) وهذا على خلاف الحال في بيان الجريمة الجنائية^(٩).

وتذهب محكمة التمييز الكويتية في بيانها للمقصود بالمخالفة التأديبية إلى أنها تتمثل في "إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً أو إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه، فكل موظف يخالف الواجبات المنصوص عليها قانوناً أو يسلك سلوكاً معيناً ينطوي على الخروج على مقتضيات الوظيفة أو الإخلال بكرامتها، أو لا يستقيم

(٧) ونرى بأن المشرع وفق هذه السلوك قد حدد تعريفاً ضمنياً للمخالفة التأديبية. د. عزيزة الشريف ومحمد العتيبي - القانون الإداري (٢) - الدعاوى الإدارية - مطبوعات الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - وحدة التأليف والترجمة والنشر - كلية الحقوق - جامعة الكويت.

(٨) وحماية للموظف الذي يلتزم بواجب طاعة رؤسائه وفي ذات الوقت يراعي في أعماله مبدأ المشروعية، وتوفيقاً بين هذين الالتزامين في حالة ارتكابه مخالفة تنفيذياً لأمر رئيسه فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧) آفة الذكر على أنه: "يعفى الموظف من العقوبة التأديبية إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذياً لأمر كتابي صدر إليه من رئيسه بالرغم من تنبيهه إلى المخالفة، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على مصدر الأمر".

(٩) وقد نصت المادة (٥٩) من النظام على أنه: "إذا بدت للمحقق أثناء التحقيق شبهة جريمة من جرائم القانون العام وجب عليه عرض الأمر على وكيل الوزارة ليتولى عرضه على الوزير للنظر في إبلاغ السلطات القضائية وفي استمرار التحقيق أو وقفه". وللمزيد من تفاصيل الجريمة الجزائية والجريمة التأديبية، انظر: الفتوى رقم ٢٠١١/٧١/٢ - ١٠٧٩ - في ٤ أبريل ٢٠١١ - وهو رأي صادر من إدارة الفتوى والتشريع، وتقرر هذه الفتوى أن "الأصل هو استقلال المسؤولية الجزائية عن التأديبية، فقد ترى الإدارة توقيع الجزاء التأديبي على الموظف أو لا، مادام لديها المبرر واقتنعت بالدليل على حجيته - وكما يجوز للإدارة انتظار الفصل في التحقيق الجزائي قبل توقيع الجزاء الإداري".

مع ما تفرضه عليه الوظيفة من استقامة وبعد عن مواطن الريب، إنما يرتكب ذنباً إدارياً يستوجب تأديبه جزاءً^(١٠).

وعلى عكس مفهوم المخالفة التأديبية والتي لم ينص المشرع على تعريف محدد لها في النظام الكويتي والنظم الأخرى، فقد حرص المشرع الكويتي على تحديد أنواع العقوبات التأديبية التي تملك الإدارة توقيعها على الموظف بعد اتخاذها إجراءات معينة كالتحقيق مع الموظف وتمكينه من الدفاع عن نفسه وتسبب قرار العقوبة وهي ما تسمى بالضمانات التأديبية^(١١). حيث قام المشرع بتحديد الجزاءات التأديبية بشكل حصري ودقيق بحيث لا تملك الإدارة توقيع جزاء غير منصوص عليه وإلا اعتبر باطلاً - كالحرمات من الإجازة السنوية أو النقل من الوظيفة - لأنه يخالف مبدأ شرعية العقوبة. ومن الضمانات المهمة أيضاً أن تتناسب العقوبة مع جسامته الفعل أو المخالفة المرتكبة^(١٢)، كما يجب ألا توقع أكثر من عقوبة تأديبية على نفس المخالفة إلا إذا أجاز القانون ذلك، وأن يتم التحقيق مع الموظف المخالف قبل توقيع العقوبة^(١٣).

والجزاءات التأديبية رغم اختلاف أشكالها وتعددتها من قانون إلى آخر فإنها تنحصر عادة في الإنذار أو الخصم أو خفض المرتب أو خفض الدرجة أو الحرمان من الوظيفة والفصل، وقد تناول المشرع الكويتي هذه العقوبات بنص المادة ٢٨ من قانون الخدمة المدنية وقسمها إلى قسمين: عقوبات توقع على جميع الموظفين، وعقوبات خاصة بالقياديين. وتدرج عقوبات الموظفين على النحو الآتي: (١) الإنذار (٢) الخصم من المرتب لمدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً في المرة الواحدة ولا تتجاوز تسعين يوماً خلال اثني عشر شهراً (٣) خفض المرتب بشرط أن يكون

(١٠) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ١٩٨٦/٧٦ - تجاري جلسة ١٣/١٢/١٩٨٦ (حكم غير منشور).

(١١) د. عادل الطبطبائي - الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي - الطبعة الثالثة - ١٩٩٨ - وحدة التأليف والترجمة والنشر - كلية الحقوق - جامعة الكويت - ص ٥٢٣.

(١٢) د. حسين عثمان محمد عثمان - أصول القانون الإداري - الطبعة ٢٠٠٨ - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - ص ٦٩٣.

(١٣) إذا ما نسب لموظف ما ارتكابه مخالفة تأديبية يعرض الأمر على سلطة الإحالة لتقرر إذا ما كان من المناسب إحالة الموظف للتحقيق أم عدم إحالته، وقد حدد نظام الخدمة المدنية هذه السلطات والتي تختلف باختلاف المجموعة الوظيفية، ذلك أن إجراء التحقيق أمر استلزمه القانون حيث نصت المادة (٥٥) على عدم توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بقرار مسبب بعد التحقيق معه كتابة أو شفاهة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، وبذلك يعتبر التحقيق من الضمانات التي كفلها النظام للموظف.

التخفيض بمقدار الربع، ومدة تخفيض المرتب لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز اثني عشر شهراً عن المخالفة الواحدة (٤) خفض الدرجة إلى الدرجة الأدنى منها مباشرة (٥) الفصل من الخدمة وهي أشد أنواع العقوبات التأديبية في القانون الكويتي، أما العقوبات التي توقع على القياديين فهي اللوم والتنبيه وأخيراً الفصل.

وإذا كانت الإدارة هي المختصة بتوقيع العقوبات التأديبية وفق ما تم شرحه سلفاً، إلا أن المشرع تولى تحديد السلطة التأديبية المختصة بتوقيع الجزاءات داخل السلطة التأديبية الإدارية. فيختص الوزير بتوقيع عقوبة التنبيه الكتابي على القياديين، أما عقوبتا اللوم والفصل من الخدمة فيتم توقيعهما من مجلس الخدمة المدنية أما باقي الموظفين فيختص وكيل الوزارة بتوقيع جميع العقوبات ما عدا عقوبة الفصل بالنسبة لشاغلي مجموعة الوظائف العامة فتوقع من قبل الوزير، ويكون للوزير في كل الأحوال تعديل القرار الصادر من وكيل الوزارة بتخفيف العقوبة أو تشديدها كما يكون له الإلغاء وحفظ التحقيق^(١٤).

وإذا كان المشرع قد قرر للموظف مجموعة من الضمانات السابقة^(١٥) والتي قد أشرنا إليها، إلا أنه لم يكتف بذلك، وإنما جعل للموظف ضمانات لاحقة لفرض الجزاء التأديبي وهي من أكثر الضمانات التأديبية بل وأكثرها أهمية، حرصاً منه على تحقيق مبدأ العدالة في صورته الكاملة ورسم التوازن فعلاً بين حق الإدارة بمعاقبة الموظف المخالف وضمن عدم تعسف الإدارة بالعقوبة تجاه هذا الموظف. وتتمثل الضمانات اللاحقة على صدور الجزاء التأديبي في التظلم الإداري الذي يقدمه الموظف إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار، والطعن فيه أمام القضاء الإداري مدعياً عدم مشروعية هذا القرار طالباً إعادة النظر فيه أو إلغائه.

وقد يكمن أساس هذه التظلمات^(١٦) التي تقدم إلى الإدارة أو تلك الطعون التي

(١٤) المادة ٦١ من نظام الخدمة المدنية، مع ملاحظة أن المختص بتوقيع العقوبات التأديبية هي الجهة الإدارية التابع لها الموظف وقت توقيع العقوبة، فإذا كان الموظف منتدباً أو معاراً إلى جهة أخرى فإن المختص بمعاقبته جهة عمله الأصلية وليس الجهة المنتدب إليها أو المعار إليها.

(١٥) لمزيد من التفاصيل عن الضمانات التأديبية راجع: د. سعد العنزي - الضمانات الإجرائية في التأديب - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - جمهورية مصر العربية - ٢٠٠٧.

(١٦) انظر: المادة الثانية من المرسوم الخاص بإجراءات التظلم من القرارات الإدارية البت فيه والصادر بتاريخ ١٩٨١/١٠/٥ منشورة في الجريدة الرسمية الكويت اليوم - العدد ١٣٧٨ - س٢٧ - ص٣.

تلي هذه التظلمات من خلال الإدارة وتعسفها، أو عدم التزامها بتلك الضمانات التي قررها المشرع على الإدارة وطالبها بالالتزام بها قبل توقيع أي عقوبة على الموظفين، ومن أهمها كما أشرنا إلى ذلك، مبدأ شرعية العقوبة ومبدأ تناسب العقوبة مع المخالفة الإدارية. وتذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر - في هذا الصدد - إلى أنه "ولئن كانت سلطة التأديب تقدر خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى إلا أن يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير عن نطاق المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة المحكمة" ^(١٧). وهذا الحكم يؤكد على أن مناط مشروعية السلطة الإدارية في توقيع أي جزاء تأديبي هو مدى تناسبه مع الذنب الإداري ومع الضمانات الإدارية الأخرى ^(١٨).

وقد بينت المادة الأولى من قانون إنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء: ومن هذه القرارات - البند الرابع - الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم ^(١٩). وقد قرر المشرع في المادة الثامنة من هذا القانون عدم قبول إلغاء القرارات التأديبية عدا القرارات الصادرة من مجالس تأديبية قبل التظلم منها إلى الجهة التي أصدرتها أو الجهات الرئاسية، وانتظار المواعيد المقررة للبت في التظلم، وميعاد رفع دعوى الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح الحكومية وإعلان صاحب الشأن به أو علمه اليقين به، وينقطع هذا الميعاد بالتظلم، ويحسب ميعاد رفع الدعوى

(١٧) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في جمهورية مصر العربية - الطعن رقم ٥٥٠٢ لسنة ٤٦ قضائية عليا - الدائرة الرابعة - جلسة ٢٠ أبريل ٢٠٠٢ مشار إليه لدى د. تركي المطيري - المراجع السابق - ص ٢٣٨.

(١٨) بالإضافة إلى الضمانات التي يقرها المشرع الكويتي في ذلك (التحقيق - كفالة حق الدفاع - تسبب قرار العقوبة - التظلم). يقرر القضاء أيضاً بعض المبادئ المهمة وهي مبدأ مشروعية العقوبة - ومبدأ تناسب العقوبة مع الفعل المخالف - وأخيراً مبدأ عدم رجعية العقوبة التأديبية. ولمزيد من التفصيل بهذا الموضوع انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٧٦ / ١٩٨٦ تجاري جلسة ١٢/٣١/١٩٨٦ (حكم غير منشور).

(١٩) المرسوم بالقانون رقم (٢٠) لسنة (١٩٨١) بإنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية لدولة الكويت لنظر المنازعات الإدارية المعدل بالقانون رقم ٦١ - ١٩٨٢.

من تاريخ رفض التظلم الصريح أو الضمني^(٢٠). ومن هذا يتضح عدم قبول الطعن في أي قرار تأديبي قبل التظلم^(٢١) منه أمام الجهة الإدارية المصدرة له أو الجهة الرئاسية لها قبل رفع دعوى الإلغاء.

ومن هذا يتجلى دور المشرع والقضاء الكويتي في تكريس الضمانات الإدارية والمبادئ العامة التي تخضع لها العقوبة حماية للموظف من جور أو إساءة استعمال السلطة وتحقيقاً للعدالة في أقصى صورها القانونية والفعلية. وبعد معرفة آلية الوصول للقضاء الإداري وفرض رقابته على القرارات الإدارية التأديبية، يتعين القول إن حجية الأحكام الجنائية أمام القضاء الإداري تأتي في نهاية المطاف حجية مفروضة على جهة الإدارة فيما يتعلق بقراراتها التأديبية حيال موظفيها.

ويجب القول إن مبدأ حجية القضاء الجنائي على القضاء الإداري يجد أساسه في النظام القانوني الكويتي في نصوص قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. ويواجه هذا المبدأ فرض تعدد صور المسؤولية القانونية لذات السلوك الصادر من الموظف العام، وذلك بالتفرع إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية ومسؤولية تأديبية. ولما كان لكل نوع من المسؤولية، جهة تختص بإنزال أحكام هذه المسؤولية، فالمسؤولية الجنائية يقوم بأعباء الملاحقة بها ممثل المجتمع، والمسؤولية المدنية يتولى زمام الادعاء فيها المضرور من سلوك ذلك الموظف، والمسؤولية التأديبية تتولى إجراءاتها الجهات التأديبية المحددة وفقاً لقانون الخدمة المدنية، يرسم القانون أولوية في الملاحقة، فيوقف مسؤولية تجاه أخرى. وتأتي الرغبة التشريعية في فض تناقض الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية والدعوى الإدارية أو المدنية مبرراً لفرض أولوية الفصل بين تلك الأحكام القضائية.

لذلك، يعد من المستقر عليه من الناحية القضائية أن الدعوى الجنائية توقف ما سواها من الدعاوى القضائية الأخرى، متى كان الفصل فيها ضرورياً للفصل في تلك الدعوى، تحقيقاً لمبدأ أن الجنائي يوقف المدني. وقد قررت المادة (٥٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي أنه: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم

(٢٠) المادة السابعة من المرسوم بالقانون الخاص بإنشاء الدائرة الإدارية. وللمزيد راجع: الطعن رقم ٤٧٧ لسنة ٢٠٠١ إداري جلسة ٢٠ مايو سنة ٢٠٠٢.

(٢١) يرى مجلس الدولة الفرنسي أن التظلم يجب أن يقدم إلى الجهة الإدارية المصدرة للقرار أو الجهة الرئاسية له حتى يمكن الاعتداد به في قطع الميعاد اللازم لرفع دعوى الإلغاء. د. عادل الطبطبائي - المرجع السابق - ص ٤٨٨.

الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً، ومع ذلك فإنه لا يرتبط بالحكم الصادر بالبراءة إلا إذا قام على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم".
ويذهب جانب من الفقه في تفسير مفهوم الدعوى المدنية إلى أنه مفهوم واسع يمتد ليشمل جميع الدعاوى الأخرى بما فيها التجارية والأحوال الشخصية والإدارية والتأديبية إن وجدت. وقد قضي بأن مبدأ تقييد القضاء الجنائي للقضاء المدني يسري على الدعوى التأديبية متى توافرت شروط تطبيق ذلك المبدأ^(٢٢).

المطلب الثاني

مفهوم الحكم الجنائي ذي التأثير على المجال التأديبي للوظيفة العامة وشروطه

يعد الحكم غاية كل دعوى قضائية ونتيجتها لذلك يعد الحكم أهم إجراء في الدعوى أياً كانت طبيعتها. ولا عجب إذا وجدنا أن المشرع قد اهتم بتنظيم هذا الإجراء وبين أحكامه والإجراءات لازمة الاتباع لإصداره، وتتنوع الأحكام القضائية بحسب طبيعة الدعوى المنظورة أمام المحكمة، وكذلك تختلف هذه الدعاوى من حيث الأطراف والموضوع والسبب، فالدعوى الجنائية أو العمومية تقوم بين طرفين هما ممثل المجتمع (النيابة العامة في الجنايات والادعاء العام في الجنح) والمتهم، بينما ينحصر موضوعها في الفصل في مدى صحة نسبة الواقعة محل الاتهام لشخص المتهم، ويرتكز سببها على ارتكاب جريمة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن الدعوى الإدارية المتعلقة بالقرار التأديبي أطرافها الموظف والجهة الإدارية التي يعمل لديها، وموضوعها مدى صحة القرار الإداري الصادر بالعقوبة التأديبية، وسببها المخالفة التأديبية.

يذهب جانب من الفقه - بحق - إلى تعريف الحكم الجنائي على أنه "القرار الذي تقضي به المحكمة في الدعوى والطلبات المطروحة عليها، وهو عنوان الحكم الذي تنطق به المحكمة في الجلسة، ويرد في نهاية الحكم بعد بيان الأسباب"^(٢٣).

(٢٢) المستشار عبد الوهاب البنداري - الجرائم التأديبية والجنائية - سنة ١٩٧١ مشار إليه لدى

د. وحيد حامد - حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية - مكتبة نادي القضاة - جمهورية مصر العربية - ص ٤٨٥ هامش رقم (١).

(٢٣) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - الطبعة العاشرة - ٢٠١٦ - ص ١٤٦٥.

وإذا كانت الحجية^(٢٤) تثبت لكل حكم قطعي^(٢٥)، فلا تثبت قوة الأمر المقضي^(٢٦) إلا للأحكام الجنائية الباتة^(٢٧). وتثبت الحجية لكل حكم جنائي سواء أكان ابتدائياً أم نهائياً، حضورياً أم غيابياً، وهذه الحجية تنقلب إلى قوة أمر مقضي بصيرورة الحكم النهائي، وتزول بإلغاء الحكم سواء أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة التمييز.

ويترتب على قوة الأمر المقضي في حالة صيرورة الحكم الجنائي باتاً بالإدانة أو البراءة منع إقامة الدعوى الجنائية مرة ثانية على ذات الشخص وعن ذات الواقعة^(٢٨)، كما أن الحكم الجنائي البات له قوة تنفيذية للعقوبة داخل إقليم الدولة إذا كان صادراً بعقوبة. والأصل أن هذه القوة التنفيذية لا تثبت إلا للأحكام النهائية^(٢٩) والانتهاية^(٣٠)، ومن ثم الأحكام الصادرة من المحاكم الجزائية لا يجوز تنفيذها إلا إذا أصبحت نهائية أو انتهاية^(٣١). كما تثبت للحكم الجنائي قوة ثالثة تتمثل في احترام القاضي له في غير الدعوى التي صدر فيها مثل المحكمة المدنية أو الإدارية.

(٢٤) يقصد بحجية الأحكام "عدم جواز إعادة النظر في موضوعه إلا بطريق الطعن الذي حدده القانون، فالحجية يكتسبها الحكم بمجرد صدوره، وهي تعني امتناع نظر ذات الدعوى التي فصل فيها الحكم أمام ذات المحكمة". انظر: د. عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - الطبعة ٢٠٠٣ - طبعة نادي القضاة - ص ٨٧٤.

(٢٥) الحكم القطعي هو "الحكم الذي فصل في جميع الطلبات والدفع، فلم يبق شيء تنظر فيه المحكمة بعد ذلك". د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - جمهورية مصر العربية - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥ - ص ٩٧٢.

(٢٦) يقصد بقوة الأمر المقضي للحكم أن "الدعوى الجنائية تنقضي به ولا يجوز إعادة رفعها أو النظر فيها من جديد حتى ولو ظهرت أدلة جديدة، وهذا ما يسمى بقوة الأمر المقضي، أي أن الحكم البات أصبح حجة على الكافة بالنسبة للمتهم وبالنسبة للواقعة التي صدر فيها، فأصبح عنواناً للحقيقة". انظر: د. عبد الرؤوف مهدي - المرجع السابق - ص ٨٧٣.

(٢٧) الأحكام الباتة هي الأحكام التي لا تقبل الطعن بالطرق العادية وغير العادية.

(٢٨) قررت المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي "متى صدر حكم في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى متهم معين، فإنه لا يجوز بعد ذلك أن ترفع دعوى جزائية أخرى ضد هذا المتهم عن نفس الأفعال أو الوقائع التي صدر بشأنها الحكم، ولو أعطى لها وصف آخر، وذلك مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين التاليتين. إذا رفعت دعوى جزائية أخرى، جاز التمسك بالحكم السابق في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو أمام المحكمة الاستئنافية، ويجب على المحكمة أن تراعي ذلك ولو لم يتمسك به الخصوم، ويثبت الحكم السابق بتقديم صورة رسمية منه أو شهادة من المحكمة بصدوره".

(٢٩) الأحكام النهائية يقصد بها تلك الأحكام التي صدرت من المحكمة الاستئنافية أو من محاكم الدرجة الأولى ولم يطعن بها بطريق الاستئناف.

(٣٠) الأحكام الانتهاية هي تلك الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى ولا تقبل الطعن بطريق الاستئناف.

(٣١) انظر: المادة (٢١٤) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

وهناك شروط كي تكتسب الأحكام الجنائية قوة الأمر المقضي يمكن إيجازها فيما يلي: أولاً: يجب أن يكون الحكم صادراً من جهة قضائية وطنية. ثانياً: أن يكون الحكم الجنائي قطعياً (صادراً بالبراءة أو الإدانة). ثالثاً: أن يكون الحكم الجنائي حكماً باتاً (صدر من التمييز أو لم يميز أو لم يستأنف)^(٣٢). وينبغي في هذا الموضع الإشارة إلى إشكالية تجتاح نصوص القوانين الكويتية تسببت بها تعديلات تشريعية متلاحقة لم يحالفها التناسق مع النظام القانوني القائم.

تكمن هذه الإشكالية في أنه مع بداية التقنين التشريعي في دولة الكويت صدرت عدة تشريعات رئيسة ومنها قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم (١٧) لسنة (١٩٦٠) والذي جاء بتنظيم أحكام الطعون من خلال قصر أوجه الطعن على المعارضة والاستئناف، ولم يتبن المشرع في ذلك الوقت طريق الطعن بالتمييز. ولذلك، نجد أن قواعد تنفيذ الأحكام القضائية الجنائية تبنى على هذه الحقيقة وتكفي تلك القواعد بكون الحكم نهائياً - أي صادراً من محكمة الاستئناف أو من محكمة الدرجة الأولى بعد فوات ميعاد الطعن بالاستئناف - كي يمكن تنفيذه.

في عام ١٩٧٢، أصدر المشرع الكويتي القانون رقم (٤٠) بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته، ولم يأخذ بالحسبان تعديل القواعد المتعلقة بالتنفيذ الواردة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، فأصبحت الأحكام النهائية الصادرة من محكمة الاستئناف قابلة للتنفيذ - بشرط عدم وقف تنفيذها من محكمة التمييز - رغم قابليتها للإلغاء من خلال طريق الطعن بالتمييز، وبلاشك فإن هذا الموقف ليس من شأنه استقرار المراكز القانونية سواء في نطاق تطبيق القوانين الجنائية أو غيرها. لذلك الأولى بالمشرع الكويتي في الوقت الحالي إجراء التعديلات اللازمة لجعل الأحكام الباتة هي وحدها واجبة التنفيذ.

ولتحديد نطاق قوة الأمر المقضي، فكل حكم قضائي سواء جنائي أو غيره يتكون من ثلاثة أجزاء: الدباجة والأسباب والمنطوق، والدباجة هي الجزء الأول من الحكم التي تحتوي على اسم أمير الدولة واسم المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ إصداره ومكانه وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة وممثل جهة الاتهام واسم

(٣٢) لمزيد من التفصيل راجع: د. بدرية جاسر الصالح - قواعد إنهاء خدمة الموظف العام في القانون الكويتي (الأسباب والآثار) - الطبعة ١٩٩٦ - مطبوعات جامعة الكويت - ص ٢٧ وما بعدها.

المتهم وأسماء باقي الخصوم وما قدموه من طلبات ودفاع ودفع وخلاصة ما استند إليه الخصوم من أدلة واقعية وحجج قانونية.

أما الأسباب فهي الأسانيد القانونية التي يدلل بها القاضي على النتائج التي توصل إليها في منطوق الحكم وخلو الحكم من أسباب تبطله^(٣٣). أما الجزء الثالث من الحكم فهو المنطوق وهو الجزء الأخير من الحكم المشتمل على قضاء المحكمة بالدعوى. بعبارة أخرى، المنطوق هو الجزء الأخير من الحكم الذي يرد في نهاية أسبابه متضمناً خلاصة ما تراه المحكمة في الدعوى، وهو في الأحكام الجنائية القطعية لا يحتمل سوى القضاء بالبراءة أو الإدانة.

والأصل أن المنطوق هو الذي يحوز قوة الأمر المقضي وبالنطق به تخرج الدعوى من حوزة المحكمة فلا يمكن للمحكمة العدول عنه أو تعديله، والمنطوق لا تثبت له قوة الأمر المقضي إلا حيث فصل في نطاق المسائل التي كانت محلاً للنقاش بين الخصوم، وتقدم بها كل طرف بدفاعه وطلباته، أما العبارات العارضة فلا تحوزه. أما الأسباب فتكتسب قوة الأمر المقضي متى كانت مكملة للمنطوق ومرتبطة به ارتباطاً وثيقاً غير قابل للتجزئة.

بالإضافة للمنطوق الصريح، نجد أن المنطوق الضمني وهو ما يعتبر نتيجة حتمية للمنطوق الصريح، وتطبيقاً لذلك، لو وجهت لشخص تهمتان واقتصر المنطوق على إدانة الشخص عن تهمة واحدة، فهذا مؤداه أن المحكمة برأته من التهمة الثانية. ولا ريب أن الوضع يختلف لو أشارت المحكمة في الأسباب إلى مبدأ تعدد الجرائم وتطبيق العقوبة الأشد.

وإذا كان المنطوق هو الجزء الذي يرد عليه طرق الطعن، فلا يجوز أن ترد على أسباب الحكم التي لا تتضمن فصلاً فيما ثار بالدعوى من نزاع. ولما كانت أسباب الحكم هي الأسانيد والحجج التي بني عليها الحكم والمنتجة له سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون، فإن الأسباب تحوز قوة الأمر المقضي متى كانت مرتبطة بالمنطوق ذلك الارتباط الوثيق، بحيث إذا عزل عنها المنطوق أصبح غامضاً أو مبهماً. لذلك، لا تحوز الحجية الأسباب إذا تطرقت للدعوى المدنية إلا أن المحكمة لم تورد في منطوق الحكم قراراً فاصلاً في الدعوى المدنية سواء بالتعويض أو برفض الدعوى أو بعدم الاختصاص أو بإحالتها للمحكمة المدنية. وكخلاصة يمكن القول إن حجية الحكم

(٣٣) انظر: المادة (١٧٥) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

الجنائي أمام المحاكم المدنية أو سلطات التأديب تقتصر على المنطوق وعلى الأسباب اللازمة لذلك المنطوق سواء بالبراءة أو الإدانة.

وبناء على ذلك، يمكن القول إن قوة الحكم الجنائي أمام سلطات التأديب لا تشمل ما تعرض له الحكم دون وجه حق أو ضرورة مما يعتبر تزييداً، كما لو أشار الحكم إلى أن سلوك المتهم لا ينطوي على مخالفة واجبات وظيفته. وكذلك الحكم الذي يتعرض في الأسباب إلى ثبوت براءة المتهم ويقضي بالمنطوق بعدم قبول الدعوى، فإن الأسباب لا تحوز قوة الأمر المقضي. كما أن الحكم الجنائي الذي يقضي ببراءة المتهم لأن الواقعة لا ترد ضمن نصوص قانون الجزاء ويتعرض في الأسباب إلى عدم ثبوت الواقعة بحق المتهم، فهذه الأسباب لا يحتج بها أمام سلطات التأديب للقضاء ببراءته من الجريمة أو المخالفة التأديبية؛ لأن هذا تزييد ويعد من قبيل الأسباب غير الجوهرية. والعكس صحيح، فلو قضت المحكمة ببراءة المتهم لبطلان الإجراءات وما استمد منها من أدلة، وأشارت المحكمة في الأسباب ما يستشف منه إلى مقارفة المتهم للجريمة، فإن سلطة التأديب لا يجوز لها أن تستند إلى تلك الأسباب للتدليل على وقوع الجريمة التأديبية في حق الموظف.

هذا عن الأحكام الجنائية الصحيحة، ولكن تبقى بعض صور الأحكام التي تثير تساؤلات حول مدى تمتعها بقوة الأمر المقضي، وهذه الصور هي: الأحكام المنعقدة والأحكام الباطلة والأوامر الجزائية ومدى تمتع قرارات جهات التحقيق بحفظ التحقيق بهذه القوة.

الأحكام الباطلة هي الأحكام التي يلحقها عيب بسبب خطأ في تفسير أو تطبيق لقواعد القانون سواء الموضوعية أو الإجرائية^(٣٤)، والقاعدة هي أن الحكم الجنائي يكتسب قوة الأمر المقضي ولو كان باطلاً باعتبار أن البطلان يقرره القضاء؛ لذلك يبقى حائزاً للحجية طالما لم يبلغ أمام القضاء^(٣٥). ورسم المشرع وسيلة لتفادي الآثار السلبية للأحكام الباطلة من خلال تقديم طلب وقف تنفيذ للحكم سواء أمام محكمة التمييز أو أمام محكمة الاستئناف، إذا كان الحكم الابتدائي مشمولاً بالنفاذ المعجل القضائي^(٣٦).

- (٣٤) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة العاشرة - ٢٠١٦ - دار النهضة العربية - جمهورية مصر العربية - ص ١٤٣٧ وما بعدها.
- (٣٥) د. سليمان عبد النعم - أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الأردن - الطبعة ١٩٩٦ - ص ٦١٥.
- (٣٦) انظر: المادة (٢١٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي. انظر كذلك: للمادة (٣) من القانون رقم (٤٠) لسنة (١٩٧٢) بشأن حالات الطعن بالتمييز وإجراءاته.

أما الحكم المنعقد فهو الحكم الذي فقد مدلوله القانوني، وانتفت عنه صفة الحكم لتخلف أحد أركانه أو مقومات وجوده ليس حكماً^(٣٧). من أمثلة ذلك صدور حكم من محكمة لا ولاية قضائية لها كالهيئة التي لا تعتبر في نظر القانون محكمة، أو حكم صادر في دعوى لم يتم تحريكها من قبل النيابة العامة، أو حكم صادر على متهم غير موجود أو خلو الحكم من المنطوق.

وقد نظم قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية وسائل التمسك بانعدام الحكم بطرق الطعن إذا كانت متاحة، أو دعوى البطلان الأصلية في المادة (١٠٣) حيث قررت: يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة ولو تم باتفاق الخصوم، وإذا وقع هذا البطلان في حكم صدر من إحدى دوائر التمييز جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة تمييز لا يكون فيها المستشار المتسبب في البطلان. والقاعدة مماثلة للأحكام المنعقدة شأنها في ذلك شأن الأحكام الباطلة فهي تحوز قوة الأمر المقضي طالما لم يقرر القضاء لها هذه الصفة (الانعدام).

أجازت بعض التشريعات توقيع العقوبة المقررة للجريمة بغير طريق الحكم الجنائي في بعض الجرائم قليلة الشأن؛ تحقيقاً لسرعة البت فيها وتخفيفاً على كاهل المحاكم، وهذا النظام يسمى نظام الأوامر الجزائية، وقد نظم قانون الإجراءات هذا النظام بالمواد (١٤٨ - ١٤٩)^(٣٨).

تنص المادة (١٤٨) على أنه: يجوز للمدعي العام أن يطلب من محكمة الجench إصدار أمر جزائي بالعقوبة على المتهم في جنحة لا تزيد عقوبتها على الحبس مدة سنة أو الغرامة التي لا تتجاوز خمسمائة دينار، ويكون ذلك بعريضة دعوى مع بيان أن المطلوب هو الفصل فيها بأمر جزائي، ويرفق بالعريضة جميع الأوراق والمحاضر المؤيدة للاتهام. وتفصل المحكمة في هذا الطلب في غيبة المتهم بطريقة موجزة دون حاجة إلى تحقيق بالجلسة، اكتفاء بالاطلاع على الأوراق ومحاضر التحريات أو التحقيق، ولكن لا يجوز لها أن تحكم بغير عقوبة الغرامة التي لا تتجاوز مائة دينار. بينما تقرر المادة (١٤٩) أنه: متى قدم طلب الأمر الجزائي لمحكمة الجench، فإن

(٣٧) انظر: د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٩٧٦.

(٣٨) د. عبد العزيز العنزي - المحاكمة الموجزة بالأمر الجزائي في القانون الكويتي - مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - دولة الكويت - المجلد (٣٢) العدد ٣ السنة ٢٠٠٨.

لها، إذا رأت من المصلحة لأي سبب من الأسباب عدم الفصل في الدعوى بالطريقة الموجزة، أن تصدر أمراً بالرفض وتعلنه للمدعي، وعليه - إذا رأى رفع الدعوى - أن يلجأ إلى الطريق العادي. أما إذا قبلت الفصل في الدعوى بهذه الطريقة، فإن الأمر الذي تصدره في هذا الصدد يعتبر بمثابة حكم غيابي بالنسبة إلى المتهم، من حيث حجيته ومن حيث طرق الطعن فيه.

هناك من يرى أن الأمر الجزائي لا يعد بمثابة حكم جنائي لأنه ليس صادراً في خصومة قضائية بالمعنى الدقيق، ومن ثم فهو لا يحوز قوة الأمر المقضي^(٣٩)، وهناك من يرى بأن الأمر الجزائي ما هو إلا مشروع حكم ينقلب إلى حكم بمجرد عدم الاعتراض عليه من جانب المحكوم عليه^(٤٠)، بينما يتجه الرأي الراجح والمستقر عليه إلى أن الأمر الجزائي يعد حكماً بالإدانة في جوهره وإن لم تتوافر فيه الشروط الشكلية للحكم ولا يختلف كثيراً عن الحكم الجنائي الغيابي^(٤١). ويضيف هذا الرأي: إن هذا الأمر له حجية الحكم الموضوعي ولا يجوز متى ما صدر أن يعاد محاكمة المتهم على ذات الفعل، كما أنه يكتسب حجية أمام القضاء المدني وذلك في حسم عنصر الخطأ في حق المتهم (المدعى عليه في الدعوى المدنية) من عناصر المسؤولية المدنية.

خلاصة الأمر أن الأمر الجزائي له حجية أمام القضاء المدني بمعناه الواسع بما فيه القضاء التأديبي، وبالتالي متى صدر أمر جنائي بتغريم المتهم بناء على فعل مؤثم جنائياً وصار هذا الأمر نهائياً، فإن على سلطات التأديب التقيد بهذا الأمر وتوقيع الجزاء التأديبي على الموظف إذا كان الفعل الذي ارتكبه ينعكس على أعمال وظيفته ويمسها. ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أنه لا يعتبر امتناع القاضي عن إصدار الأمر الجزائي قضاء بالبراءة، وبالتالي يتعين وقف إجراءات التحقيق الإداري لحين البت في الدعوى الجزائية التي تتخذ سيرها العادي.

وفي نطاق التصرف في التحقيق، ليس بالضرورة أن تقوم جهة التحقيق بإحالة كل قضية إلى المحكمة، فقد تقوم هذه الجهة بحفظ التحقيق لعدم كفاية الأدلة أو عدم

(٣٩) علي زكي العرابي - المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية - ج ٢ - مطبعة لجنة التأليف

والترجمة والنشر - القاهرة - ص ٣٠.

(٤٠) د. مأمون سلامة - الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - ج ٢ - دار النهضة العربية -

جمهورية مصر العربية - ص ٣١٧.

(٤١) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ١٠٦٥.

معرفة الفاعل أو انتفاء الجريمة أو عدم الأهمية أو وجود تنازل من المجني عليه في جريمة من جرائم الشكوى أو وفاة المتهم... إلخ^(٤٢) ويبقى التساؤل: هل قرار جهة التحقيق بالحفظ يحوز ذات القوة التي يتمتع بها الحكم القضائي الجنائي؟

إن الطريق الطبيعي لإنهاء الدعوى الجنائية هو صدور حكم في موضوعها من المحكمة المختصة؛ لذلك فإن جهة التحقيق عندما تصدر قراراً بالحفظ فإنه يحوز قوة مؤقتة، وهذه القوة تمنع من إعادة رفع الدعوى للمحكمة، وإلا قضي بعدم جواز نظرها بشرط وحدة السبب والموضوع والأطراف أو الخصوم، والقوة التي يتمتع بها الأمر بالحفظ متعلقة بالنظام العام.

وهذه القوة التي يتمتع بها قرار الحفظ تختلف عن القوة التي يتمتع بها الحكم الجنائي من حيث إنها لا حجية لها أمام القضاء المدني أو سلطات التأديب ولو تقدمت الدعوى محل الحفظ، وهذه القوة بالتالي ليس لها أهمية في مواجهة سلطات التأديب^(٤٣).

(٤٢) المادة (١٠٢) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية.

(٤٣) انظر: في ذلك: حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ١٩٥٥/٥/١ مجموعة مجلس الدولة المصري س ٩ ق ٤١٢ ص ٤١٩.

المبحث الثاني التقييد المطلق للحكم الجنائي في المجال التأديبي للوظيفة العامة

نعني بالتقييد المطلق للحكم الجنائي هو امتداد ما يقضي به الحكم الجنائي من منطوق وعقوبة إلى المجال التأديبي في الوظيفة العامة، وبناء على ذلك، نجد أنه في أحوال التقييد المطلق ينفرد الحكم الجنائي بتقرير مدى ثبوت الواقعة ونسبتها للموظف العام، وما هي العقوبة التأديبية المناسبة لتلك الواقعة والتي تتطابق فيها عناصر الجريمة الجنائية والمخالفة التأديبية. وتتميز هذه الأحوال بأن الاختصاص في تقرير تساؤلاتها سائلة الذكر ينعقد للقضاء الجنائي ولا يعد قرار الجهة الإدارية سوى كاشف للمركز القانوني الناشئ عن الحكم القضائي الجنائي. كما أن هذه الأحوال تمثل تجسيداً لتناسب قانوني - بنص القانون - بين المخالفة التأديبية وعقوبتها، وهذه الأحوال تشبه إلى حد كبير أنظمة بعض الدول مثل السويد والتي يختص فيها القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى الجنائية والدعوى التأديبية، ويفصل فيهما بحكم قضائي واحد.

وتقوم أحوال التقييد المطلق على افتراض تشريعي وهو تطابق تام لعناصر الجريمة الجنائية مع المخالفة التأديبية مع تحديد تشريعي مسبق لعقوبة المخالفة التأديبية وهي العزل من الوظيفة العامة، ولا يحول ذلك دون القول بأن تصور تعدد الوقائع التي تقوم عليها المسؤولية التأديبية مع المسؤولية الجنائية أمر وارد، بحيث تصلح بعض هذه الوقائع كأساس للمسؤولية الجنائية بينما لا تصلح باقي الوقائع إلا للمسؤولية التأديبية رغم إمكان ارتباط هذه الوقائع برابط الغاية ووحدة الخصوم والزمان والمكان، كما تفقد وقائع المسؤولية التأديبية أهميتها في المجال العقابي متى ثبتت وقائع المسؤولية الجنائية، باعتبار أن هذه الأخيرة مقرونة بأشد الجزاءات التأديبية جسامة وهو جزاء العزل من الوظيفة العامة.

ويجد التقييد المطلق أساسه القانوني في نصوص قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة (١٩٦٠)، والقانون رقم (٣١) لسنة (١٩٧٠) بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء، والمرسوم بقانون الخدمة المدنية رقم (١٥) لسنة (١٩٧٩)، والقوانين الجنائية المكملة كقانون حماية الأموال العامة رقم (١) لسنة (١٩٩٣). ولا ريب أن نطاق التقييد يختلف من قانون لآخر بحسب ما جاء به من أحكام على النحو الذي سنتعرض له فيما بعد.

جاء قانون الجزاء الكويتي - باب العقوبات - بتنظيم لثلاثة أنواع من العقوبات: (١) العقوبات الأصلية (٢) العقوبات التبعية (٣) العقوبات التكميلية. بالإضافة إلى العقوبات الأصلية - الإعدام والحبس والغرامة - قرر المشرع الكويتي عقوبات تبعية لكل حكم بعقوبة جنائية، وتتمثل هذه العقوبات في: حرمان المحكوم عليه من الحقوق الآتية: (١) تولي الوظائف العامة أو العمل كمتعهد أو كملتزم لحساب الدولة. (٢) الترشيح لعضوية المجالس والهيئات العامة أو التعيين عضواً بها. (٣) الاشتراك في انتخاب أعضاء المجالس والهيئات العامة^(٤٤). ويلاحظ أن هذه العقوبات تواجه ثلاث طوائف من الأفراد: (المواطن) (التاجر) (الموظف).

وقد عرف المشرع في المادة (٦٧) من قانون الجزاء العقوبة التبعية بأنها تلك التي "يقضي بها القانون كأثر حتمي للحكم بالعقوبة الأصلية". وبناء على ذلك، فالعقوبة التبعية لا يشار إليها في الحكم لا من قريب ولا من بعيد، ويضحي الالتزام على جهة تنفيذ الحكم بإعلان ديوان الخدمة المدنية بالحكم الصادر في مواجهة الموظف، وتقرر المادة (٦٩): إذا كان المحكوم عليه بعقوبة جنائية يتمتع وقت صيرورة الحكم واجب النفاذ بحق من الحقوق المنصوص عليها في المادة السابقة، تعين حرمانه فوراً من ذلك.

ولإنزال عقوبة العزل من الوظيفة العامة كعقوبة تبعية، يجب أن يكون الحكم الجنائي صادراً بعقوبة جنائية وليس بجريمة جنائية^(٤٥). تطبيقاً لذلك: لو أحيل الموظف بتهمة الاختلاس المعاقب عليها قانوناً بالحبس مدة خمس سنوات، واستخدمت المحكمة الرأفة المقررة بالمادة (٨٣) من قانون الجزاء^(٤٦) وخففت العقوبة إلى سنتين، فلا تسري على المحكوم عليه (الموظف العام) العزل كعقوبة تبعية.

(٤٤) المادة (٦٨) قانون الجزاء الكويتي.

(٤٥) تقرر المادة (٣) من قانون الجزاء أن: الجنايات هي الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام أو بالحبس المؤبد أو بالحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات. بينما تقرر المادة (٥) من ذات القانون أن: الجناح هي الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبالعقوبة التي لا يجاوز مقدارها ثلاثة آلاف روبية (٢٢٥ ديناراً)، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(٤٦) تقرر المادة (٨٣) من قانون الجزاء ما يلي: يجوز للمحكمة إذا رأت أن المتهم جدير بالرأفة بالنظر إلى الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة، أو بالنظر إلى ماضيه أو أخلاقه أو سنه، أن تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات، وأن تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات. ولا يجوز أن تقل عقوبة الحبس المؤقت عن ثلث الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة. وكل ذلك ما لم ينص القانون على حد أدنى آخر.

ولم يتوقف التنظيم التشريعي في دولة الكويت لأثر الحكم الجنائي على الوظيفة العامة عند نصوص قانون الجزاء الكويتي، بل امتد ليشمل نصوص القانون العام المنظم للوظيفة العامة وهو قانون الخدمة المدنية، حيث قررت المادة (٧١) من مرسوم الخدمة المدنية أن أحد أسباب انتهاء الخدمة هو: (٦) الحكم بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جريمة مخلة بالشرف والأمانة، ويجوز للوزير استبقاء الموظف في حالة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة.

ويلاحظ أن المشرع في قانون الخدمة المدنية وسع من نطاق تأثير الحكم الجنائي على الوظيفة العامة، فلم يقصر الأمر على الأحكام القضائية الجنائية الصادرة بعقوبة الجناية بل مد الأمر إلى كل عقوبة مقيدة للحرية تصدر في تهمة جناية. وتطبيقاً لذلك، فلو اتهم الموظف العام بحيازة سلاح ناري دون ترخيص - هي جريمة معاقب عليها بعقوبة الحبس لمدة خمس سنوات والغرامة بمبلغ (٥٠٠٠) دينار كويتي أو إحدى هاتين العقوبتين - واكتفت المحكمة بعقوبة الغرامة فلا يسري عليه حكم المادة (٧١) سالفة الذكر.

ويتعين القول إن شرط العقوبة المقيدة للحرية بحسب صراحة النص يمتد لمفهوم الجناية والجريمة المخلة بالشرف والأمانة معاً، وذلك على خلاف ما ذهب إليه البعض^(٤٧). فقد انتهى القضاء الكويتي إلى أن شرط العقوبة المقيدة للحرية إنما هو شرط في الجناية أو الجريمة المخلة بالشرف والأمانة كسبب من أسباب انتهاء الوظيفة العامة^(٤٨)، كما أيد ديوان الخدمة المدنية هذا التفسير حيث قرر أن الحكم الجنائي الصادر بعقوبة الغرامة لا يصلح أن يكون سبباً لانتهاء الوظيفة ولو تعلق بجريمة مخلة بالشرف والأمانة^(٤٩).

ويقصد بالعقوبة المقيدة للحرية عقوبة الحبس المؤقت والتي تتراوح مدتها ما بين أربع وعشرين ساعة وثلاث سنوات^(٥٠). كما قضى بأن الإيداع في مأوى علاجي

(٤٧) يذهب جانب من الفقه إلى أن الحكم الجنائي الصادر بعقوبة الغرامة بشأن جريمة مخلة بالشرف والأمانة يصلح أن يكون سبباً لانتهاء الوظيفة العامة. انظر: د. تركي المطيري - المرجع السابق - ص ٨١ - ٨٢.

(٤٨) انظر: الطعن رقم (٦١٥) لسنة (١٩٩٧) تجاري - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١. (حكم غير منشور).

(٤٩) انظر: قرار ديوان الخدمة المدنية الكويتي رقم (٣٦) لسنة (١٩٧٦) دولة الكويت.

(٥٠) تقرر المادة (٦٢) من قانون الجزاء ما يلي: الحبس المؤقت لا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة، ولا تزيد عن خمس عشرة سنة.

لثبوت حالة الإدمان لا يدخل في مفهوم العقوبة المقيدة للحرية، ولا يعتبر سبباً تنتهي به خدمة الموظف^(٥١).

كما ابتدع المشرع غير الجزائي لفظ الجريمة المخلة بالشرف والأمانة وهو لفظ لم يعرفه قانون الجزاء الكويتي عندما صدر في عام (١٩٦٠) لحين عام (١٩٨٧) حيث تبناه المشرع الكويتي لفرض عقوبة الإبعاد لكل محكوم عليه أجنبي ومدان بجريمة مخلة بالشرف والأمانة^(٥٢). ويرجع الفضل في استخدام هذا اللفظ إلى المرسوم الأميري رقم (٧) لسنة (١٩٦٠) بشأن الوظائف العامة المدنية^(٥٣) ثم توالى قوانين لاحقة على استخدام لفظ الجريمة المخلة بالشرف والأمانة كالقانون رقم (٣٥) لسنة (١٩٦٢) في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة ومرسوم الخدمة المدنية رقم (١٥) لسنة (١٩٧٩) وغيرها من القوانين الأخرى. ويبقى التساؤل الهام وهو: ما هي الجريمة المخلة بالشرف والأمانة؟

بادئ ذي بدء يجب القول إن المشرع الكويتي لم يتبن صراحة تعريفاً أو معياراً للجريمة المخلة بالشرف والأمانة، تاركاً تلك المهمة للقضاء في معرض الفصل فيما يعرض عليه من نزاعات، والفقه فيما يعرض له من شرح في مؤلفاته. وقد جاءت بعض أحكام محكمة التمييز الكويتية للتدليل على الجرائم المخلة بالشرف والأمانة، وصنفت بعض الجرائم على أنها تنتمي لهذه الطبيعة، ومنها التزوير^(٥٤) وإصدار شيك بدون رصيد^(٥٥). ويجدر القول إن القضاء الجنائي نادراً ما يتعرض لهذا المصطلح باستثناء تلك الدعاوى التي تستلزم البت في عقوبة الإبعاد كعقوبة تكميلية للإدانة بجريمة مخلة بالشرف والأمانة. لذلك، يبقى المجال الخصب لهذا التعرض في تفسيرات وفتاوى صادرة عن الجهات الحكومية كديوان الخدمة المدنية وإدارة الفتوى والتشريع.

(٥١) الطعن رقم (٦٥٢) لسنة (١٩٩٩) تجاري - جلسة ٢١/٦/٢٠٠٠. (حكم غير منشور)

(٥٢) تقرر المادة (٧٩) من قانون الجزاء الكويتي: كل حكم بالحبس على أجنبي، يجيز للقاضي أن يأمر بإبعاده عن الكويت بعد الانتهاء من تنفيذ عقوبته، وذلك دون إخلال بحق السلطة الإدارية في إبعاد كل أجنبي وفقاً للقانون. وعلى النيابة العامة إعلان أمر القاضي، بمجرد الانتهاء من تنفيذ العقوبة، إلى السلطة الإدارية التي يتعين عليها تنفيذها.

(٥٣) انظر: المادة (١٣) من المرسوم المشار إليه أعلاه.

(٥٤) انظر: الطعن رقم (١٢٩) لسنة (١٩٩٤) جزائي - جلسة ٢٨/١١/١٩٩٤ منشور مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن وزارة العدل الكويتية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ٣٤٦.

(٥٥) انظر: الطعن رقم (٩٨) لسنة (١٩٩٥) جزائي - جلسة ٦/١٠/١٩٩٥ منشور مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن وزارة العدل الكويتية - القسم الثالث - المجلد الرابع - يوليو ١٩٩٩ - ص ٣٤٦.

ولما كان شرط عدم الإدانة في جريمة مخلة بالشرف والأمانة قد ورد في مرسوم الخدمة المدنية كشرط للتعيين في الوظائف العامة وشرط من شأن الإخلال به العزل من الوظيفة، أصدر ديوان الخدمة المدنية التعميم رقم (٣٦) لسنة (١٩٧٦). وقد قرر تعميم ديوان الخدمة المدنية ما يلي:

الجريمة المخلة بالشرف هي تلك التي ترجع إلى ضعف في الخلق وانحراف في الطبع، مع الأخذ في الاعتبار بطبيعة الوظيفة ونوع العمل الذي يؤديه الموظف المحكوم عليه، ونوع الجريمة والظروف التي ارتكبت فيها والأفعال المكونة لها، ومدى كشفها عن التأثير بالشهوات والنزوات لسوء السيرة إلى الحد الذي ينعكس إليه أثرها على العمل وغير ذلك من الاعتبارات. وقد تبنت محكمة التمييز الكويتية (الدائرة التجارية) ذات التعريف^(٥٦).

وقد استقر الديوان تطبيقاً لذلك التعريف على أن الجرائم التالية مخلة بالشرف أو الأمانة: السرقة، النصب، تنظيم وإدارة محل للعب القمار، الاتجار في الخمر، هتك العرض، الزنا والتحريض على الفسق، الدعارة، المواقعة، الرشوة، الاتجار في المواد المخدرة، التزوير وتزييف النقد، الاختلاس، انتحال شخصية، خيانة الأمانة، شهادة الزور، وذلك على سبيل المثال. كما استقر الديوان على أن جرائم القتل، والضرب، الإصابة خطأ، إتلاف مال الغير والعاهة المستديمة، والسكر، والمقامرة لا تعتبر من الجرائم المخلة بالشرف أو الأمانة. واحتراماً لحكم المادة (٧١) من مرسوم الخدمة المدنية استقر الديوان على أن الحكم الصادر بالغرامة ضد موظف أو مستخدم في جنحة، وكذلك الحكم الصادر مع وقف التنفيذ لا تنتهي به الخدمة.

ومن الأهمية بمكان القول بأن: "هناك جرائم كالضرب والإهانة، وانتحال الصفات بغير حق، يختلف اعتبارها جرائم مخلة بالشرف والأمانة حسب طبيعة الوظيفة ودرجة شغلها ومكان ارتكابها والظروف التي ارتكبت فيها، فما يعتبر جريمة مخلة بالشرف والأمانة بالنسبة لوظيفة معينة قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لوظيفة أخرى"^(٥٧).

ونعتقد أن موقف الديوان من الأحكام القضائية الصادرة مع وقف التنفيذ يتعارض مع حكم المادة (٧١) الذي يجعل الأصل سريان أثر الأحكام الصادرة مع وقف التنفيذ، والاستثناء وقف هذا الأثر بقرار وزاري، ولا صعوبة - بحسب ما نرى - في تفسير ذلك؛ لأن تعميم الديوان صدر في عام (١٩٧٦) بينما صدر مرسوم

(٥٦) الطعن رقم (٦١٥) لسنة (١٩٩٧) تجاري - جلسة ١٩٩٩/٦/٢١. (حكم غير منشور)

(٥٧) د. عادل الطببائي - المرجع السابق - ص ١٣٦.

الخدمة المدنية في عام (١٩٧٩) وهذا يجعلنا نستخلص أن المرسوم قد ألغى ضمناً هذا الجزء من التعميم^(٥٨).

ولم تتوقف أحوال التقييد المطلق للحكم الجنائي لجهة الإدارة على نصوص قانون الخدمة المدنية، بل امتدت أيضاً لتشمل ما يسمى بالعقوبات الجنائية التكميلية وهي العقوبات التي يكون توقيعها متوقفاً على نطق القاضي بها، سواء أوجب القانون عليه ذلك أو أجازه له^(٥٩). وهذه العقوبات التكميلية الأصل فيها أنها تبنى على الحكم بالعقوبات الأصلية، ولكن المشرع خرج عن هذا الأصل في جرائم الأموال العامة حيث أجاز في بعض الجرائم التي قرر النص القانوني العزل كعقوبة لها بغض النظر عن العقوبة التي قررتها المحكمة، كما هو الحال بالنسبة لجنحة الإضرار بالمال العام الواردة في نص المادة (١٤) من قانون حماية الأموال العامة رقم (١) لسنة (١٩٩٣). حيث تقرر المادة (١٤): ويجب على المحكمة إذا أدانت المتهم أن تأمر بعزله من الوظيفة.

ويلاحظ أنه تكفي الإدانة في هذا النوع من الجرائم على خلاف الحال في قانون الخدمة المدنية، حيث يتعين أن يكون هناك عقوبة مقيدة للحرية، وبناء على ذلك يجوز للمحكمة الامتناع عن النطق بالعقاب إذا بادر الجاني برد المبالغ التي تسبب بإحداث الضرر فيها أو ما يوازيها^(٦٠) وهذا الامتناع عن النطق بالعقاب لا يحول دون توقيع عقوبة العزل من الوظيفة.

ونخلص من ذلك إلى أن أحوال التقييد المطلق للحكم الجنائي على جهة الإدارة يرتكز أساسه القانوني على نصوص تشريعات متعددة، ويختلف نطاق هذا التقييد اتساعاً وتضييقاً بحسب نصوص كل تشريع على حدة، بحيث نجد أوسع النصوص نطاقاً ما ورد في قانون الخدمة المدنية عن ما ورد في نصوص قانون الجزاء الكويتي، بينما يتسع نطاق العزل في القوانين الجزائية المكملة عنه في قانون الخدمة المدنية.

(٥٨) لمزيد من النقاشات حول الحكم الصادر بوقف التنفيذ، راجع: د. عزيزة الشريف - مسألة الموظف العام في الكويت - المسؤولية المدنية والجنائية والإدارية - الطبعة ١٩٩٧ - مطبوعات جامعة الكويت - ص١٤٢ وما بعدها.

(٥٩) انظر: المادة (٦٧) من قانون الجزاء الكويتي.

(٦٠) انظر: المادة (٢٠) من قانون حماية الأموال العامة الكويتي رقم (١) لسنة (١٩٩٣).

المبحث الثالث التقييد النسبي للحكم الجنائي في المجال التأديبي للوظيفة العامة

نعني بالتقييد النسبي للحكم الجنائي في المجال التأديبي أحوال تتقيد فيها جهة الإدارة بالحكم الجنائي من حيث المفهوم دون الأثر، وفي هذه الأحوال تتقيد جهة الإدارة في الحكم الجنائي من حيث ثبوت أو نفي الواقعة أساس المخالفة التأديبية، ولكن لا تتقيد فيها الإدارة من حيث العقوبة التأديبية، فتظل سلطة الإدارة في تقديرها قائمة، على خلاف الحال في حالات التقييد المطلق للحكم الجنائي. ولما كان الحكم القضائي محل التعليق يعالج هذه الأحوال فسنعرض في المطلب الأول إلى الحكم محل التعليق ورأي المحكمة، بينما سنخصص المطلب الثاني لتحليل رأي المحكمة في ضوء التنظيم القانوني.

المطلب الأول الحكم محل التعليق

وحيث إن الوقائع تتحصل - حسبما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق، أن المطعون ضده أقام على الطاعن بصفته الدعوى رقم (٥١١) لسنة ٢٠٠٦ إداري/ ١ بطلب الحكم أولاً: بجدية الدفع بعدم دستورية المادة (٥٧) من اللائحة الداخلية لسوق الكويت للأوراق المالية الصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣، والمادة (١) من قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ بتشكيل لجنة التأديب والإجراءات المتبعة أمامها والمادة (١٥) من المرسوم الخاص بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية المعدل بالمرسوم رقم (١٥٨) لسنة ٢٠٠٥، ثانياً: بإلغاء قرار لجنة النظر في المخالفات بسوق الكويت للأوراق المالية الصادر بتاريخ ٩/٤/٢٠٠٦ في المخالفة رقم (٩) لسنة ٢٠٠٥ بتوقيع جزاء التنبيه عليه، مع ما يترتب على ذلك من آثار واعتباره كأن لم يكن.

وبياناً لذلك قال المدعي: إن إدارة السوق قد أحالته مع آخرين إلى لجنة النظر في المخالفات بالسوق على سند من أنه حال كونه عضواً بمجلس إدارة البنك العقاري قد استفاد من معلومات غير معلنة توافرت له بحكم منصبه في البنك، وذلك بتعامل الشركة العربية العقارية التي يشغل فيها منصب المدير العام على أسهم البنك العقاري، حيث حررت ضده والآخرين المخالفة رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥، وبعرضها على لجنة

النظر في المخالفات بالسوق أصدرت قرارها في هذا الشأن بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٩ بتوقيع جزاء التنبيه عليه بعدم تكرار المخالفة، ونعى المطعون ضده على هذا القرار مخالفته للقانون لعدم قيامه على سببه، وكذلك ببطان إجراءات التحقيق والإحالة وعدم اختصاص لجنة نظر المخالفات، وانتفاء أساس المخالفة.

وبعد صدور الحكم المتعلق بالشق الدستوري جرى تعجيل نظر الدعوى الموضوعية أمام محكمة أول درجة، وبتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٣٠ حكمت محكمة الدرجة الأولى بإلغاء قرار لجنة السوق الصادر في المخالفة رقم (٩) لسنة ٢٠٠٥ الصادر في ٢٠٠٦/٤/٩ فيما تضمنه من توجيه عقوبة التنبيه إلى المطعون ضده مع ما يترتب على ذلك من آثار.

استأنفت الجهة الإدارية هذا الحكم بالاستئناف رقم (٦٣١) لسنة ٢٠٠٧ إداري/١، وبجلسة ٢٠٠٨/٤/٢٨ قضت محكمة الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت نيابة التمييز مذكرة في الطعن أبدت فيها الرأي برفضه، وبعرض الطعن على هذه المحكمة، في غرفة المشورة، حددت جلسة لنظره، وفيها صمم الحاضر عن الجهة الإدارية على طلبه بتمييز الحكم المطعون فيه، وطلب الحاضر عن المطعون ضده رفض الطعن، والتزمت النيابة برأيها الذي سبق أن أبدته بمذكرتها سالفة البيان.

وقد أقامت الجهة الإدارية الطعن على سببين وهما مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والخطأ في تطبيقه، وبياناً لذلك تقول هذه الجهة (الطاعن): "إن الحكم بنى قضاؤه على سند من أن القرار المطعون فيه غير قائم على صحيح سببه، معولاً في ذلك على الحكم الجنائي الصادر في الجثة رقم (٢٦٨) لسنة ٢٠٠٦ ببراءة المطعون ضده من التهمة المنسوبة إليه. وما أثبتته ذلك الحكم في حيثياته من عدم وجود المطعون ضده على رأس عمله وقت حدوث هذا الفعل. في حين أن الحكم الجنائي لم يتطرق إلى مسألة استفادته من معلومات غير معلنة توافرت له بحكم منصبه في البنك العقاري وعلاقته به، وهي سبب القرار المطعون فيه بمجازاته بعقوبة التنبيه، وهو ما لا يحوز معه هذا الحكم الجنائي حجية أمام القضاء الإداري عند مراقبة سبب القرار، وإن ذهب الحكم المطعون فيه إلى خلاف هذا النظر. وذلك على الرغم من استقلال الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية، حتى ولو كان الفعل المكون بهما واحداً لاختلاف النظام القانوني للجريمتين، فضلاً عن أنه لا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة ينعطف على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً في حينه، وهو ما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه".

وقد خلصت المحكمة إلى أن "هذا النعي غير سديد، ذلك أنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان الأصل هو استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية في العديد من أركان وأحكام كل منهما، إلا أنه في حالة إذا ما كانت الجرائم التأديبية تشكل بذاتها بركניה المادي والمعنوي جرائم جنائية، فإنه لا انفصام للمسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية في مدى ثبوت حدود الوقائع المكونة للاتهام وصحة نسبته للمتهم، فإذا انتفت أي هذه العناصر أو كلها في نطاق المسؤولية الجنائية، فإنه لا يسوغ قانوناً ومنطقاً أن تثبت في مجال المسؤولية التأديبية، ويلتزم القضاء الإداري بما ينتهي إليه القضاء الجنائي في هذا النطاق. وبالتالي بتقيد القضاء الإداري بحجية ما فصل فيه وكان فصله ضرورياً، حتى لو صدر الحكم الجنائي بعد صدور القرار المطعون فيه، طالما لم يفصل في دعوى المطالبة بإلغائه، باعتبار أن الأصل في الأحكام القضائية بصفة عامة هي بحسب طبيعتها لها أثر كاشف".

وبتطبيق ذلك على وقائع الدعوى تقول المحكمة: "لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الحكم المطعون فيه قد خلص إلى: المطعون ضده قد قدم على المحاكمة الجزائية لما أسند إليه من اتهام بأنه حال كونه عضواً بمجلس إدارة البنك العقاري قد استغل معلومات غير معلنة توافرت له بحكم منصبه في البنك في الحصول على فائدة لنفسه وللشركة العربية العقارية التي يعمل مديراً لها، مخالفاً بذلك المادة (٢/١٤٠) من قانون الشركات التجارية، والتي تنص على أنه لا يجوز لعضو مجلس الإدارة - ممثلاً لشخص اعتباري - أن يستغل المعلومات التي وصلت إليه بحكم منصبه في الحصول على فائدة لنفسه أو لغيره، كما أنه لا يجوز له بيع أو شراء لأسهم الشركة التي هو عضو مجلس إدارتها طيلة مدة عضويته فيها، وقد صدر الحكم الجزائي ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه، لعدم ثبوت ارتكابه للفعل محل هذا الاتهام، وتأييد هذا الحكم بالاستئناف الجزائي رقم (٢٠٠٦/٥٩٦٠) جنح مستأنفة، وأضحى هذا الحكم نهائياً، وكان الركن المادي المكون للمخالفة التأديبية المنسوبة إلى المطعون ضده سبب القرار الطعين هو في ذات الوقت الفعل المادي والمكون للجريمة الجنائية المنسوبة إليه، وقد قضى فيها نهائياً ببراءته مما نسب إليه بعد نفي هذا الاتهام عنه، مما يحوز هذا القضاء الحجية أمام القضاء الإداري، وهو بما لازمه أعمال مقتضاه عند الفصل في الدعوى، ولا وجه للتحدي بالقول بأن القرار المطعون فيه أسبق في صدوره على الحكم الجزائي المشار إليه؛ ذلك أن سلوك سبيل الطعن على القرار الإداري في الميعاد يدخله في طور الزعزعة وعدم الاستقرار إلى حين صدور الحكم

في دعوى الإلغاء، فضلاً عن أنه يصطدم مع ما للأحكام القضائية من أثر كاشف، حيث رتب الحكم على ذلك عدم قيام القرار المطعون فيه وقت صدوره على سبب ببرره واقعاً وقانوناً، وانتهى الحكم في قضائه إلى تأييد حكم أول درجة بإلغاء ذلك القرار، ومن ثم فإن الحكم، والحال كذلك، يكون قد صادف صحيح حكم القانون". وبناء على ذلك، انتهت المحكمة إلى قبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع برفضه.

المطلب الثاني

تحليل رأي المحكمة في ضوء التنظيم القانوني

من خلال التحليل المبدئي للأسباب المبني عليها الطعن وتسبيب المحكمة، يلاحظ أن التفسير للحكم الجنائي محل الاحتجاج لم يكن محل توافق بين الطاعن (الجهة الإدارية) والمحكمة، حيث ترى الجهة الإدارية أن الحكم الجنائي "ببراءة المطعون ضده من التهمة المنسوبة إليه وما أثبتته ذلك الحكم في حثياته من عدم وجود المطعون ضده على رأس عمله وقت حدوث هذا الفعل. في حين أن الحكم الجنائي لم يتطرق إلى مسألة استفادته من معلومات غير معلنة توافرت له بحكم منصبه في البنك العقاري وعلاقته به" بينما خلصت المحكمة إلى أن الحكم الجنائي قد صدر ببراءة "المطعون ضده مما أسند إليه، لعدم ثبوت ارتكابه للفعل محل هذا الاتهام".

وبالتالي، ترى الجهة الإدارية أن الحكم بالبراءة أساسه انتفاء العنصر المفترض في الجريمة وهو كون المتهم (عضو مجلس الإدارة - ممثلاً لشخص اعتباري) بينما ترى المحكمة أن سبب البراءة هو عدم ثبوت ارتكاب المتهم للركن المادي للجريمة (استغلال المعلومات التي وصلت إليه بحكم منصبه في الحصول على فائدة لنفسه أو لغيره أو بيع أو شراء أسهم الشركة التي هو عضو مجلس إدارتها طيلة مدة عضويته فيها).

ولم تتفق المحكمة مع حجة الطاعن (الجهة الإدارية) في أنه "لا يسوغ في مقام الحكم على مشروعية القرار وسلامته جعل أثر الظروف اللاحقة ينعطف على الماضي لإبطال قرار صدر صحيحاً في حينه، وهو ما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه". حيث انتهت المحكمة إلى أن القضاء الإداري يتقيد "بحجية (الحكم الجنائي) فيما فصل فيه ضرورياً، حتى لو صدر الحكم الجنائي بعد صدور القرار المطعون فيه طالما لم يفصل في دعوى المطالبة بإلغائه، باعتبار أن الأصل في الأحكام القضائية بصفة عامة هي بحسب طبيعتها لها أثر كاشف".

وبناء على ذلك، يمكن القول: إن حجية الحكم الجنائي من حيث الانطباق تستلزم ألا يكون القضاء الإداري قد فصل في مشروعية القرار الإداري التأديبي بحكم نهائي قبل صدور الحكم الجنائي، أما لو كان القرار الإداري التأديبي لم يطعن فيه أمام القضاء الإداري وقت صدور الحكم الجنائي النهائي فلا يتحصن هذا القرار ويبقى قراراً غير مشروع لزوال سبب صدوره وهو الواقعة محل المخالفة التأديبية فيما لو قرر الحكم الجنائي براءة المتهم (الموظف) من الواقعة سائلة الذكر بما يوجب على جهة الإدارة ضرورة سحبه.

وتبقى جهة الإدارة لها تقدير إذا ما كانت الوقائع المنسوبة للموظف تشكل جريمة تأديبية بأساس مختلف عن الأساس الذي تمت إحالته إلى المحكمة الجنائية بناء عليه. لذلك، نجد أن الوضع في الكويت يختلف عن الوضع في مصر، إذ يعتبر وقف الدعوى التأديبية وجوبياً، بينما في الكويت يخضع للسلطة التقديرية لجهة الإدارة، حيث تقرر المادة (٥٩) من مرسوم الخدمة المدنية الآتي: إذا بدت للمحقق أثناء التحقيق شبهة جريمة من جرائم القانون العام وجب عليه عرض الأمر على وكيل الوزارة ليتولى عرضه على الوزير للنظر في إبلاغ السلطات القضائية وفي استمرار التحقيق أو وقفه.

ونرى هنا أن المقصود في السلطة التقديرية حول مسألة استمرار التحقيق الإداري من عدمه إنما يخص الحالات التي ترى فيها الجهة الإدارية أن الوقائع محل التحقيق الإداري ليست قاصرة على تلك التي تحوم حولها شبهات جنائية بل توجد غيرها من الوقائع والتي من شأنها مجازاة الموظف تأديبياً بغض النظر عن نتيجة التحقيق الجنائي أو الحكم في الدعوى الجنائية.

ومن جهة أخرى، قررت المحكمة لإنزال قاعدة تقييد الحكم الجنائي لجهة الإدارة في المجال التأديبي "الأصل هو استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية في العديد من أركان وأحكام كل منهما، إلا أنه في حالة إذا ما كانت الجرائم التأديبية تشكل بذاتها بركניה المادي والمعنوي جرائم جنائية، فإنه لا انفصام للمسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية في مدى ثبوت حدود الوقائع المكونة للالتزام وصحة نسبته للمتهم" وبناء على ذلك، ترى المحكمة أن الأصل استقلال المسؤولية الجنائية عن المسؤولية التأديبية والاستثناء هو تقييد الحكم الجنائي لجهة الإدارة في قراراتها التأديبية بشرط توافر عنصرين: (١) وحدة الوقائع (٢) وثبوت أو نفي نسبة هذه الوقائع للمتهم (الموظف). ويلاحظ أن العنصر الأول يتعلق بالواقع بينما يتمحور العنصر الثاني حول طبيعة الحكم الصادر في الدعوى الجنائية.

وفي تحديد إذا ما كانت الوقائع محل الاتهام هي ذاتها الوقائع محل المخالفة التأديبية يتعين الاعتداد بالمعيار الواقعي وليس القانوني (وصف التهمة أو المسمى القانوني)، وبالتالي كأصل عام لا يعتد في تحديد هذا العنصر بمسمى الجريمة محل الاتهام ما لم يكن لهذا المسمى أهمية في نقل تكييف الحالة من حالة تقييد نسبي إلى حالة تقييد مطلق كجنحة خيانة الأمانة التي تدخل في عداد الجرائم المخلة بالشرف والأمانة.

ولتحديد مدى تطابق النموذج الإجرامي مع نموذج المخالفة التأديبية يتعين الاعتداد بالركن المادي والمعنوي لكل منهما، فالأفعال الصادرة من الموظف العام قد تكون جرائم جنائية بحتة وهي التي تقع خارج حدود العمل الوظيفي (القتل ومخالفة قانون المرور)، وقد تكون جرائم تأديبية بحتة وهي التي تقع أثناء تأدية الموظف لوظيفته كتأخره في الحضور وعدم تأدية العمل أو عدم طاعة الرئيس المباشر، وقد تكون جرائم مزوجة (جنائية وتأديبية) مثل اختلاس الأموال العامة. وهذه الصورة الأخيرة هي التي عناها الحكم محل التعليق.

ولا شك أن هناك بعض صور المخالفات التأديبية تستقل بطبيعتها عن المخالفات الجنائية، الأمر الذي يخرجها من الخضوع إلى مبدأ أن الجنائي يوقف المدني، وأن الحكم الصادر بالإدانة أو البراءة ليس له حجية أمام سلطات التأديب.

أما عن العنصر الثاني وهو طبيعة الحكم الفاصل في الدعوى الجنائية فيتعين أن يكون فاصلاً في مدى نسبة الواقعة للمتهم (الموظف)، ومن ثم يتعين أن يكون فاصلاً في الموضوع، وبناء على ذلك فالأحكام الفاصلة في الموضوع في الدعوى الجنائية لا تحتل سوى سوى القضاء بالبراءة أو الإدانة.

والأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة تقيد جهة الإدارة من الوجهة السلبية، بمعنى أن جهة الإدارة لا تستطيع القضاء بثبوت الوقائع التي بُرئ منها المتهم (الموظف بموجب الحكم الجنائي). وتطبيقاً لذلك، فإن الحكم الجنائي الصادر بالبراءة والمبني على انعدام الوجود المادي للوقائع المؤثرة له حجية كاملة أمام سلطات التأديب، ولا تملك هذه الأخيرة أن تقرر نسبة هذه الوقائع للموظف. وبالتالي، إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة الموظف من سب زميله في العمل لأن واقعة إسناد الألفاظ لم تحدث أصلاً، فلا يجوز لسلطة التأديب مجازاة الموظف تأديبياً لأن الموظف أهان زميله في العمل.

أما لو قضت المحكمة ببراءة الموظف عن أفعال لا تشكل جريمة، وقررت ثبوت

أفعال أخرى بحقه تنطوي على إخلال بواجبات الوظيفة دون أن تنتهك نصوص جزائية، فيجوز مجازاة الموظف تأديبياً^(٦١).

وقد تؤسس البراءة على بطلان في الإجراءات - بطلان إجراء التفتيش أو القبض على المتهم - ترتب عليه استبعاد جميع الأدلة المستمدة من ذلك الإجراء الباطل^(٦٢)، فالتساؤل في هذا الموضوع: هل الحكم بالبراءة لسبب إجرائي يترتب عليه تقييد لسلطة التأديب، أو هذه الأدلة الباطلة تسري في المجال التأديبي ولا يجوز الاستناد إليها في تقرير العقوبة التأديبية؟

نجد أن القضاء الإداري في بعض الأحكام قرر سريان بعض القواعد المتعلقة بالأدلة السائدة في الفقه الجنائي على المجال التأديبي مثل ضرورة أن يكون الاعتراف الصادر من الموظف رضائياً أي بإرادة حرة^(٦٣). كما قرر القضاء الإداري بطلان الدليل المستمد من إجراء باطل كتفتيش مسكن الموظف دون إذن^(٦٤).

كما أن الحكم الصادر بالبراءة لانتفاء أحد العناصر المفترضة للجريمة ينفي الصفة الجنائية عن الفعل ولكنه لا ينفي وقوع الفعل وبالتالي لا يحول دون مساءلة الموظف تأديبياً، لأن العبرة - كما سبق وأن بينا - ليس بالوصف القانوني إنما بالعناصر الواقعية، ومن الأمثلة على ذلك، لو كان النص الجنائي يتطلب أن يكون الجاني عضو مجلس إدارة في شركة من الشركات الحكومية وهو في نفس الوقت يعد في حكم الموظف العام وقضي ببراءته بسبب انتفاء هذه الصفة عنه، فلا يحول ذلك دون مساءلته تأديبياً بصفته موظفاً عاماً. بعبارة أخرى، لا تتقيد سلطات التأديب بالوصف الجنائي للفعل لأنه ليس عنصراً من عناصر المسؤولية التأديبية ما لم يكن

(٦١) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٥٨/٣/٨ الطعن ٦٣٤ س٣ ق الموسوعة السابقة ص٢١١ قاعدة ١١٠ مشار إليه لدى د. وحيد حامد - المرجع السابق. ص٥٩٤ هامش رقم (١).

(٦٢) د. مشاري العيفان - قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي - مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت - المجلد (٣٥) العدد ٤ السنة ٢٠١١ - ص١١٥.

(٦٣) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٨٨/٥/٧ الطعن ٣٣١٢ س٢٩ ق مجموعة الإدارية العليا س٣٣ ص١٤٤٤ قاعدة ٢٣١ مشار إليه لدى د. وحيد حامد - المرجع السابق - ص٦١١ هامش رقم (١).

(٦٤) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٩٧٦/٥/١٢ الطعن رقم ١٠٩١ س١٨ ق - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً من ١٩٦٥ - ١٩٨٠ ص ٣٩٩٤ مشار إليه لدى د. وحيد حامد - المرجع السابق - ص٦١٠ هامش رقم (١).

له أهمية كحالة تكييف الواقعة على أنها خيانة أمانة وهي من الجرائم المخلة بالشرف والأمانة التي تؤدي إلى عقوبة العزل.

أما الحكم الجنائي بالإدانة فهو القرار الصادر من هيئة قضائية ذات ولاية في خصومة جنائية بعد تطبيق القاعدة القانونية المناسبة على الواقعة الإجرامية وإدانة مرتكبها وتوقيع الجزاء الجنائي عليه. والقاعدة بالنسبة للحكم الجنائي الصادر بالإدانة فهو يقيد جهة الإدارة من الوجهة الإيجابية ولا تستطيع جهة الإدارة الامتناع عن مجازاة الموظف تأديبياً استناداً إلى عدم ثبوت الوقائع محل المخالفة التأديبية رغم صدور حكم جنائي بإدانة الموظف عنها. هذا الحكم يحوز قوة الأمر المقضي من حيث العناصر الآتية: (١) صحة وقوع الفعل (٢) إسناد الفعل للمتهم.

ونخلص من ذلك إلى أن الحكم الجنائي يلعب دوراً جزئياً في تقييد جهة الإدارة في المجال العقابي متى توافرت ثلاثة شروط: (١) عدم وجود فصل قضائي مسبق بمشروعية القرار الإداري الصادر بالعقوبة (٢) وحدة الوقائع التي تشكل أساس المسؤولية الجنائية والتأديبية (٣) صدور حكم فاصل في الموضوع ونهائي من القضاء الجنائي بشأن الوقائع ونسبتها للمتهم (الموظف).

وبغير هذه الشروط الثلاثة تتحرر سلطة الإدارة لتعود إلى الأصل العام في تكوين قناعتها - بطريق التحقيق الإداري - من حيث مدى صحة الوقائع ومن حيث الحصول ومدى نسبتها للموظف العام المنتمي لها، وما هو الجزاء التأديبي الذي يتناسب مع جسامة تلك المخالفة في حال ثبوتها.

الخاتمة

وبعد دراسة تلك العلاقة التي تربط الحكم الجنائي بالمجال التأديبي في الوظيفة العامة يمكن القول أن هذه الدراسة قد توصلت للنتائج الآتية:

النتائج:

- ١ - تبنى المشرع الكويتي في المجال التأديبي للوظيفة العامة النظام الرئاسي.
- ٢ - كما لم يحدد المشرع الكويتي مفهوماً للمخالفة التأديبية من خلال تبني تعريف واضح ومحدد ضمن نصوص قانون الخدمة المدنية، بينما حدد المشرع تحديداً حصرياً للعقوبات المستحقة للمخالفات التأديبية.
- ٣ - كما يلاحظ أن المشرع الكويتي قد خص الموظف القيادي بنظام تأديبي.
- ٤ - ولم يغفل المشرع الكويتي عن الضمانات الضرورية لحماية الموظف العام أمام التعسف المتصور لجهة الإدارة.

- ٥ - كما وجدت هذه الدراسة أن مبدأ حجية الحكم الجنائي في المجال التأديبي للوظيفة العامة يجد أساسه القانوني في نص المادة (٥٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.
- ٦ - وتثبت هذه الحجية للأحكام الجنائية النهائية والباتة الصحيحة والباطلة طالما لم يتم إلغاؤها، ولكنها لا تثبت للأحكام الجنائية المنعدمة.
- ٧ - وتشمل الحجية كل من منطوق الحكم وأسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً.
- ٨ - ولا تثبت الحجية في المجال التأديبي للأوامر الجزائية باعتبارها أحكاماً قضائية ابتدائية، كما لا تثبت هذه الحجية لقرارات جهات التحقيق بحفظ التحقيق الجنائي الابتدائي.
- ٩ - وخلصت هذه الدراسة إلى أن هناك أحوالاً تتقيد فيها سلطات التأديب بشكل مطلق بالحكم الجنائي في المجال التأديبي، وذلك متى ما وجد تطابق تام بين عناصر الجريمة الجنائية والمخالفة التأديبية، بينما تقوم حالات أخرى بتقيد فيها سلطات التأديب بالحكم الجنائي من حيث ثبوت الخطأ بحق الموظف دون تقيد في العقوبة المستحقة لتلك المخالفة التأديبية (الخطأ).
- ١٠ - يمكن القول أن حجية الحكم الجنائي على المجال التأديبي لم تتوقف عند نصوص قانون الجزاء الكويتي بل امتدت لتشمل نصوص كل من قانون الخدمة المدنية والقوانين الجزائية المكملة كقانون حماية الأموال العامة.
- ١١ - وخلصت هذه الدراسة إلى أن الحكم الجنائي يلعب دوراً جزئياً في تقييد جهة الإدارة في المجال العقابي متى توافرت ثلاثة شروط: (١) عدم وجود فصل قضائي مسبق بمشروعية القرار الإداري الصادر بالعقوبة (٢) وحدة الوقائع التي تشكل أساس المسؤولية الجنائية والتأديبية (٣) صدور حكم فاصل في الموضوع ونهائي من القضاء الجنائي بشأن الوقائع ونسبتها للمتهم (الموظف).

المراجع والمصادر

- أحمد سلامة بدر - الدعوى الإدارية في مصر ودول الخليج العربي - دار النهضة العربية - جمهورية مصر العربية.
- أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - جمهورية مصر العربية - الطبعة العاشرة - ٢٠١٦.
- بدرية جاسر الصالح - قواعد إنهاء خدمة الموظف العام في القانون الكويتي (الأسباب والآثار) - الطبعة ١٩٩٦ - مطبوعات جامعة الكويت.
- تركي المطيري - أصول القانون الإداري - الطبعة ٢٠١٤ - لا يوجد دار نشر - الكويت.
- حسين عثمان محمد عثمان - أصول القانون الإداري - الطبعة ٢٠٠٨ - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان.
- سعد العنزي - الضمانات الإجرائية في التأديب - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - جمهورية مصر العربية - ٢٠٠٧.
- سليمان عبد المنعم - أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الأردن - الطبعة ١٩٩٦.
- عادل الطبطبائي - الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي - الطبعة الثالثة - ١٩٩٨ - وحدة التأليف والترجمة والنشر - كلية الحقوق - جامعة الكويت.
- عبد الرؤوف مهدي - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - الطبعة ٢٠٠٣ - طبعة نادي القضاة - جمهورية مصر العربية.
- عبد العزيز العنزي - المحاكمة الموجزة بالأمر الجزائي في القانون الكويتي - مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي - المجلد (٣٢) العدد ٣ السنة ٢٠٠٨.
- عزيزة الشريف - مساءلة الموظف العام في الكويت - المسؤولية المدنية والجنائية والإدارية - الطبعة ١٩٩٧ - مطبوعات جامعة الكويت.
- عزيزة الشريف ومحمد العتيبي - القانون الإداري (٢) - الدعوى الإدارية - مطبوعات الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - وحدة التأليف والترجمة والنشر - كلية الحقوق - جامعة الكويت.

- علي زكي العرابي - المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية - ج ٢. مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - القاهرة - جمهورية مصر العربية.
- كتيب نظام الموظفين العموميين - منشورات الحلبي - لبنان - ٢٠٠٩.
- ماجد راغب الحلو - القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد - مكتبة ذات السلاسل - الكويت.
- مأمون سلامة - الإجراءات الجنائية في التشريع المصري - ج ٢ - دار النهضة العربية - جمهورية مصر العربية.
- محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - جمهورية مصر العربية - الطبعة الثالثة - ١٩٩٥.
- مشاري العيفان - قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي - مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي - المجلد (٣٥) العدد ٤ السنة ٢٠١١.
- وحيد حامد - حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية - مكتبة نادي القضاة - جمهورية مصر العربية.

التنظيم القانوني للعمالة المنزلية

الدكتور/ بندر ماجد شرار
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

إنّ تنامي اعتماد الأسرة الخليجية على تلك العمالة الموسومة بـ "عمال الخدمة المنزلية"، قد أفرز ظاهرة اجتماعية لا يمكن التّكفّر لوجودها. هذه الظاهرة جعلت دول الخليج العربيّ تتخذ جملة من الإجراءات لترشيد استقدام واستخدام هذا النوع من العمالة، بالإضافة إلى السعي الحثيث لتنظيم العلاقة مع بلدان المنشأ نظراً للدور الذي تلعبه وكالات الاستقدام في هذه البلدان، وما قد يستلزم اتخاذه من إجراءات لتعريف العامل بطبيعة عمله وحقوقه والتزاماته وضمن عدم استغلاله قبل مغادرته لبلده.

لذلك ناقشت في هذا البحث الإشكاليات القانونية للعمالة المنزلية من حيث الحقوق والالتزامات التي تترتب على عقد العمل المنزلي والقواعد القانونية المنظمة له، مع تسليط الضوء على قانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية.

المقدمة:

إنّ مكانة العامل في المجتمع تختلف باختلاف الأزمنة، فقد كان العامل في نظام العبودية (السخرة)^(١) خاضعاً لهيمنة ربّ العمل، بل إنّ العامل اعتبر كالسلعة التجارية لها قيمتها السوقية، وكان ربّ العمل يملك العامل بدفع قيمته للنحاس ليصبح العامل جزءاً لا يتجزأ من ممتلكات ربّ العمل، ولم يكن يتمتع العامل بأية حقوق إنسانية؛ بل إنه خلال فترة العبودية كان يتعرض لاعتداءات جسدية ونفسية من ربّ العمل. وحينما بدأ نظام العبودية بالاضمحلال تدريجياً حلّ محلّه النظام الإقطاعي القائم على استغلال العمال المزارعين من قبل أمراء الإقطاع الذين يمتلكون إقطاعيات واسعة، ويتمتعون بصلاحيات تشريعية وقضائية واسعة دون أن يكونوا بحاجة للرجوع إلى الملك^(٢)

(١) كان نظام السخرة يقوم على إجبار العمال على العمل بدون مقابل مادي لجهدهم وإطعامهم طعاماً رديئاً، أما الكساء فربما اقتصر على ما يستر عورتهم فقط، ويعملون في ظروف عمل صعبة للغاية ودون الأخذ بعين الاعتبار مدى خطورة العمل على حياتهم.

(٢) د. مشاعل الهاجري، تطور المنظور القانوني للعمل: من السلعة إلى القيمة - دراسة في المفاهيم الاقتصادية والسياسية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بقيمة العمل وأثرها في التشريع الكويتي الوطني، قانون العمل رقم ٦ لسنة ٢٠١٠، مجلة الحقوق، العدد ١، السنة ٣٩، مارس ٢٠١٥، ص ١٣٢.

فأصبح أمير الإقطاعية هو الخصم والحكم في آنٍ واحدٍ في مواجهة العامل، فلا يعطيه من الحقوق إلا ما يرتضيه هو ومن طرف واحدٍ. وقد تزامن نظام العبودية والإقطاع لفترة طويلة لاسيما خلال القرون الوسطى.

ومع تطوّر النظم الاقتصادية والتشريعية وتزايد قوّة الحركات العمالية نتيجة لظروف سياسية واجتماعية معيّنة تغيرت النظرة للعمل والعامل، فأصبح هنالك تشريعات قانونية متكاملة معنية تنظّم العلاقة بين كل من العامل وربّ العمل، بحيث يُساوَى بين الطرفين في المراكز القانونية؛ فلا يكون ربّ العمل هو الطرف المهيمن على العامل. وهذا ما حرصت على تأكيده العديد من الاتفاقيات الدولية^(٣) المتعلقة بالعمال، وأيضاً التشريعات المحلية التي تهدف إلى حماية العامل من أي تعسفٍ صادرٍ من ربّ العمل.

وعلى الرغم من هذا التطور في حماية العامل وتغيّر نظرة المجتمع نحوه واعتباره ركيزة أساسية في الاقتصاديات الوطنية، إلا أنّ هذه النظرة لم تتسع لتشمل الخادم المنزلي، فظلّ معزولاً بشكل تام عن قانون العمل، بل تم استبعاده من قانون العمل بحجة خصوصية العلاقة العقدية بين الخادم وربّ العمل المنزلي، وإطّلاع الخادم على أسرار ربّ العمل المنزلي.

وبطبيعة الحال فإنّ هذا الإقصاء للخادم من قانون العمل ترتّب عليه إهدارٌ صريح وواضح لحقوق الخادم المنزلي، بل إنه أصبح تحت رحمة ربّ العمل المنزلي؛ لذلك فقد أصبح حراً بدول الخليج العربيّ أنّ تُنظّم هذه العلاقة بين أطرافها، تلك العلاقة التي تتسم بخصوصية فريدة من نوعها، نظراً لكون العمالة المنزلية متميزة بخصائص تتمثل في أنها عمالة وافدة متعاقدة تعاقدًا مؤقتًا، تعيش في كنف الأسرة الخليجية، وتتمتع برعايتها، ويتم التعامل مع الخادم في الأغلب الأعم كفرد من أفراد الأسرة.

إنّ تنامي هذه الظاهرة^(٤) والتطورات التشريعية التي شهدتها دول الخليج العربيّ لضمان حماية حقوق العمالة ومناهضة العمل الجبري قد جعلت دول الخليج العربيّ تتخذ جملة من الإجراءات لترشيد استخدام واستخدام هذا النوع من العمالة، بالإضافة إلى السعي الحثيث لتنظيم العلاقة مع بلدان المنشأ، وذلك هو الدور الذي

(٣) ومن هذه الاتفاقيات الدولية؛ اتفاقية تحريم السخرة رقم ١٠٥ بتاريخ ٢٥ يونيو ١٩٥٧ والتي ساهمت وبشكل كبير على القضاء على نظام السخرة والعمل القسري.

(٤) وفي دراسة رسمية ظهرت في الكويت (مارس ٢٠٠٨) بلغ عدد الخدم أكثر من مليوني نسمة في دول الخليج، مما يشكل ظاهرة لا بد من التوقف عندها لمعرفة أسبابها وأثرها على الأسرة.

لعبته وكالات الاستقدام في هذه البلدان، حيث فرضت إجراءات يتم من خلالها تعريف العامل بطبيعة عمله، وحقوقه، والتزاماته، في البلد المضيف، قبل مغادرته لبلده؛ وذلك لضمان عدم استغلاله^(٥).

أسباب اختيار الموضوع:

ثمة أسباب عدة دفعتني لدراسة هذا الموضوع، ومنها:

- ١ - انتشار العمالة المنزلية في المجتمعات الخليجية، فلا يخلو بيت إلا وفيه - على الأقل - عامل منزلي واحد، فأصبحت العمالة المنزلية جزءاً لا يتجزأ من تركيبة المجتمع تحتاج إلى تنظيم قانوني واضح.
 - ٢ - انتشار جرائم السرقة والضرب والاعتداء والقتل، سواء من العامل المنزلي أو على العامل المنزلي في مواجهة رب العمل المنزلي والتي عادةً ما يكون الدافع وراء ارتكابها هو عدم حصوله على حقوقه.
 - ٣ - اضطهاد العامل المنزلي وتجريده من كافة حقوقه القانونية والإنسانية من قبل بعض أرباب العمل دون أن يكون هناك أية مساءلة قانونية تُتخذ في مواجهة المخالفين.
 - ٤ - التجاوزات المرتكبة من قبل مكاتب الاستقدام واستغلال حاجة رب العمل للعامل المنزلي.
- وبناءً على هذه الأسباب، وجدت أنه لا بد من دراسة قانونية مُعيّنة تقف على واقع العمالة المنزلية، وذلك لتوضيح الوضع القانوني لكل من: العامل المنزلي، ورب العمل المنزلي، ومكاتب الاستقدام.

منهج البحث:

اعتمدت الدراسة المنهج التحليلي المقارن، والذي يقوم على تحليل نصوص قانون العمالة المنزلية الكويتي للوصول إلى فهم صحيح لإرادة المشرع. هذا من جانب؛ ومن جانب آخر مقارنة التشريع الكويتي بالتشريعات العربية للوقوف على أفضل الطرق والوسائل التي تمّت بها معالجة الوضع القانوني للعمالة المنزلية من حيث الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد العمل المنزلي ونطاق تطبيق قانون العمالة المنزلية الكويتي.

(٥) سالم بن علي المهيري، التنظيم القانوني لاستخدام عمال الخدمة المنزلية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية، الصادرة من المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد ٥٨، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٧.

خطة البحث:

وتنقسم خطة البحث إلى:

المبحث الأول: عقد العمل المنزلي

المطلب الأول: تعريف عقد العمل المنزلي وأطرافه

المطلب الثاني: خصائص عقد العمل المنزلي

المطلب الثالث: الاتجاهات التشريعية في تنظيم علاقات العمل الواردة على الخدمة المنزلية

المبحث الثاني: آثار عقد العمل المنزلي

المطلب الأول: التزامات العامل المنزلي

المطلب الثاني: التزامات رب العمل المنزلي

المطلب الثالث: التزامات مكاتب استقدام العمالة المنزلية

المبحث الأول عقد العمل المنزلي

تمهيد وتقسيم:

إنَّ الطفرة الاقتصادية التي شهدتها المجتمعات الخليجية، ووجود مستوى من المعيشة وصل إلى أعلى درجات الرفاهية، تَرَتَّبَ عليه ازدياد نسبة الاستعانة بالخدمات والمربّيات وغيرهن من فئات العمالة المنزلية، فلا تكاد تجد بيتاً يخلو من خادمة واحدة على الأقل، حتى بات الخدم يشكّلون ظاهرة لها أبعادها الاجتماعية والاقتصادية والقانونية في دول الخليج العربيّ.

إنَّ الوضع القانوني للعمالة المنزلية يثير العديد من التساؤلات، منها على سبيل المثال: كيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق؟ وماهي القواعد القانونية المطبقة على العقد؟ ومن هم أطراف عقد العمل المنزلي؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات قمت بتقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد العمل المنزلي وأطرافه

المطلب الثاني: خصائص عقد العمل المنزلي

المطلب الثالث: الاتجاهات التشريعية في تنظيم علاقات العمل الواردة على الخدمة المنزلية

المطلب الأول تعريف عقد العمل المنزلي وأطرافه

إنَّ عناصر عقد العمل التي استقر عليها الفقهاء، وكذلك التشريعات القانونية هي ثلاثة عناصر أساسية: العمل، والأجر، والتبعية^(٦). فلا بد أن يكون العمل ممكناً ومشروعاً وموجوداً أو قابلاً للوجود حتى يكون محلاً صحيحاً للعقد^(٧)، كذلك يجب أن يتم تحديد الأجر الذي يستحقه العامل، والذي بموجبه يكون العامل تابعاً لرَبِّ العمل.

(٦) التنظيم القانوني لاستخدام عمال الخدمة المنزلية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مرجع سابق، ص ١٥.

(٧) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية شتات، مصر، ص ٢٥٣.

وعقْدُ العمل المنزلي^(٨) لم يخرج عن هذه العناصر الأساسية الثلاث؛ فهو عقْد يلتزم بمقتضاه العامل (الخادم) بالقيام بأعمال منزلية، وبصفة دائمة وليست عرضية في منزل رَبِّ العمل، ويسمى المخدم، على أن يتقاضى العامل أجراً محدداً عن كل فترة زمنية محددة بين الطرفين.

ونظراً لأن الخادم غالباً ما يكون قادمًا من دول فقيرة كدول شرق آسيا وأفريقيا، وبحاجة ماسة إلى المال لمساعدة أسرته، فقد أولت منظمة العمل الدولية حماية هذه الفئة من العمالة المنزلية بالاهتمام، وتوسعت في الضمانات القانونية والمالية التي تحافظ على حقوقهم، ولا تسمح بالمساس بها من قبل رَبِّ العمل، أو حتى من قبل الدولة التي يشتغل بها الخادم. وعليه فقد أصدرت منظمة العمل الدولية اتفاقية العمل اللائق بالعمال المنزليين^(٩)، التي حدثت في المادة الأولى منها مفهوم العامل المنزلي^(١٠)، فنصّت على مفهوم العامل المنزلي وهو "أي شخص مستخدم في العمل المنزلي في إطار علاقة استخدام"، وقد استثنت هذه الاتفاقية كل شخص يؤدي عملاً منزلياً من حين إلى آخر أو على نحو متقطع، وليس على أساس مهني. فلا يكفي أن يؤدي العامل عملاً منزلياً حتى يُعتبر خادماً، وإنما لا بد من مزاوله العمل بشكل دائم وليس بشكل عرضي.

أمّا بالنسبة للمُشرّع الكويتي فقد اعتبر أن العامل المنزلي هو كل ذكر أو أنثى يكلف بأعمال يدوية داخل المساكن الخاصة وما في حكمها لحساب الأفراد. وذلك بموجب عقْد مكتوب^(١١). فالمُشرّع الكويتي اشترط أن يؤدي الخادم عملاً يدوياً في

(٨) وقد يختلف مسمى العقد باختلاف التشريعات القانونية، فبالنسبة للتشريع العماني سُمي هذا العقد بعقد المستخدمين في المنازل، أما بالنسبة للمشرع السعودي فقد أشار إليه بعقد الخدمة المنزلية، وعلى كل حال فإن اختلاف المسميات لا يترتب عليه اختلاف المضمون، فهذا العقد هو، في الأول والأخير، ارتباط بين عامل منزلي ورب عمل منزلي على إحداث أثر قانوني.

(٩) اجتمعت النقابات العمالية وأصحاب العمل والحكومات معاً في ١٦ حزيران/ يونيو ٢٠١١ لاعتماد اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٨٩ بشأن العمل اللائق للعمال المنزليين. وأثناء السنوات الخمس التالية التي أعقبت ذلك، اتخذت زهاء ٧٠ دولة إجراءات تعزز العمل اللائق للعمال المنزليين.

(١٠) أمّا بالنسبة للمشرع البحريني فقد اعتبر أن العامل المنزلي هو "كل شخص طبيعي يعمل لدى صاحب العمل أو ذويه لقاء أجر بمهنة خادم منزل أو من في حكمه". انظر المادة الأولى من قرار رقم (٤) لسنة ٢٠١٤ بشأن تنظيم تصاريح عمل خدم المنازل ومن في حكمهم.

(١١) المادة الأولى من قانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٦ بشأن العمالة المنزلية.

مسكن المخدم بموجب عقد مكتوب بينهما. وتتولى إدارة العمل المنزلي وضع نموذج عقد عمل منزلي موحد يلتزم به كل من الخادم ورب العمل المنزلي ومكاتب الاستقدام، حتى لا يكون هناك تعارض بين عقود العمالة المنزلية وقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٦ بشأن العمالة المنزلية.

أما بالنسبة للطرف الثاني لعقد العمل المنزلي فهو رب العمل المنزلي وعُرف بأنه: صاحب المنزل الذي يكون بحاجة إلى شخص يعمل في منزله، فيستفيد وأسرته من أعمال الخادم المنزلية^(١٢)، وعلى خلاف قانون العمل الذي أجاز أن يكون رب العمل شخصاً اعتبارياً فلا يتصور أن يكون رب العمل في عقد العمل المنزلي إلا شخصاً طبيعياً؛ وذلك نظراً لطبيعة العلاقة العقدية بين الخادم ورب العمل المنزلي والتي تتصل بالحياة الشخصية للمخدم وأسرته.

أمّا الطرف الثالث في عقد العمل المنزلي فهو مكتب الاستقدام أو الاستخدام، والذي يكون على شكل شركة أو مكتب تقوم بتوفير العمالة المنزلية، فهي الوسيط، وحلقة الوصل بين الخادم ورب العمل المنزلي^(١٣)، ولكن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد من دونه، فقد يتم استقدام الخادم مباشرةً من قبل رب العمل دون وساطة مكتب الاستقدام، وفي هذه الحالة لا يعتبر مكتب الاستقدام طرفاً في عقد العمل المنزلي، وهذا ما أكدته المشرع الكويتي في المادة (١١) حيث نصت على أنه "يجب على صاحب العمل قبل إلحاق العامل المنزلي بالعمل لديه إبرام عقد استقدام مطابق للنموذج المعد من قبل إدارة العمالة المنزلية بوزارة الداخلية سواء أكان العامل المنزلي مستقدياً بمعرفته أم عن طريق أحد مكاتب أو شركات استقدام العمالة المنزلية، على أن يُعتمد عند حدوث خلاف بين الطرفين بالنص العربي للعقد"^(١٤).

ولا يحق لمكتب الاستقدام مزاوله عمله في الكويت إلا بعد الحصول على التراخيص اللازمة لمزاوله مهنة استقدام العمالة المنزلية، فقد نصّ المشرع الكويتي

(١٢) Fabio Licari, Colf e badanti. Soluzione per la gestione del rapporto di lavoro domestic, Ipsoa Editore, 2017, p23.

(١٣) أ. أريفان مصطفى محمد، عقد الخدمة في المنازل دراسة تحليلية مقارنة ٢٠١٠، دار الكتب القانونية، مصر، ص ٣٣.

(١٤) القرار الوزاري رقم ٢١٩٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية، الصادر في ١٧ يوليو ٢٠١٦، الكويت اليوم، العدد ١٢٩٧، السنة ٦٢.

في المادة الثانية من قانون العمالة المنزلية على الشروط اللازمة للحصول على التراخيص، وهي:

١ - أن يكون كويتي الجنسية، وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة، وألا يكون قد حُكِمَ عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مُخلّة بالشرف أو الأمانة مالم يكن قد رُدَّ إليه اعتباره.

٢ - ألا يقل عمره عن ٣٠ عاماً، ولا يزيد عن ٧٠ عاماً.

٣ - أن يكون حاصلاً على شهادة الثانوية العامة، وأن يكون لائقاً صحياً بألا تكون لديه إعاقة تعجزه عن العمل.

٤ - أن يقدم طالب الترخيص خطابَ ضمانٍ من أحد البنوك المحلية ويُحدّد مبلغ الضمان بقرار يصدر عن وزير الداخلية.

وكان أصحاب ١٩ مكتباً من مكاتب استقدام الخدم قد أقاموا طعناً مباشراً بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون العمالة المنزلية، وجاء في وقائع الحكم أنَّ الطاعنين أقاموا طعناً بطريق الادعاء المباشر بموجب صحيفة أودعت إدارة كُتاب هذه المحكمة، طالبين في ختام تلك الصحيفة القضاء بعدم دستورية نص البند (٣) من المادة (٢) من القانون رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٥ بشأن العمالة المنزلية، على سند من القول بأنهم قد باشروا نشاطهم في استقدام العمالة المنزلية منذ ما يزيد على (٢٣) عاماً في ظل المرسوم بقانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٩٢ بشأن تنظيم مكاتب تشغيل الخدم الخصوصيين ومن في حُكمهم، وقد فوجئوا بصور القانون رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٥ بشأن العمالة المنزلية متضمناً شرطاً جديداً في البند (٣) من المادة (٢) منه مؤداه وجوب أن يكون طالب الترخيص لمزاولة مهنة استقدام العمالة المنزلية من الخارج حاصلاً على شهادة الثانوية العامة، وهو شرط يفتقد الموضوعية، وغير مبرر، ومنعده الصلة بطبيعة النشاط، ويُخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص المكفول دستورياً، بالإضافة إلى إهداره لحقوق المراكز القانونية المستقرة.

وفي حيثيات الحكم قالت المحكمة: إن المادة (٢) من القانون رقم (٦٨) لسنة ٢٠١٥ بشأن العمالة المنزلية تنص على أنه «يشترط لإصدار وتجديد ترخيص مزاولة مهنة استقدام العمالة المنزلية من الخارج الشروط التالية (.... ٣ - أن يكون حاصلاً على شهادة الثانوية العامة، وأن يكون لائقاً صحياً بألا تكون لديه إعاقة تعجزه عن العمل.....)».

وحيث إن مبنى النعي على نص البند (٣) من المادة (٢) من القانون رقم (٦٨)

لسنة ٢٠١٥ - المطعون عليه حسب ما ورد بصحيفة الطعن - أن هذا النص قد جاء متضمناً اشتراط الحصول على شهادة الثانوية العامة للحصول على ترخيص مزاوله مهنة استقدام العمالة المنزلية من الخارج، وهو شرط يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة والعدل والحرية وتكافؤ الفرص للمواطنين المنصوص عليها في المواد (٧) و(٨) و(٢٩) من الدستور، إذ أتاح لمن يحمل المؤهل المذكور ممارسة نشاط استقدام العمالة المنزلية من الخارج، وحظره على من لا يحمله، دون مبرر موضوعي، رغم أن طبيعة عمل هذه المكاتب لا تستلزم الحصول على مؤهل لممارستها، فهو مجرد نشاط تجاري يُمارَس طبقاً لقواعد اقتصاد السوق الحر، مما يكون معه تقييد هذا النشاط باشتراط الحصول على شهادة الثانوية العامة أمراً منافياً لقواعد العدالة والمساواة، خاصة لمن اكتسبوا مراكز قانونية مستقرة على مدى سنوات عديدة، وإن أعمال هذا الشرط سيُفضي إلى إغلاق هذه المكاتب، ويكبدّها خسائر فادحة إضافةً إلى تشريد العاملين بها دون سند.

وحيث إنه بتقصي التطور الذي طرأ على التنظيم القانوني للعمالة المنزلية، تبين أن القيد الذي استحدثه المشرّع باشتراط الحصول على مؤهل الثانوية العامة لم يكن مقررًا من قبل في القانون السابق برقم (٤٠) لسنة ١٩٩٢، ولا يتصل بمتطلبات قيام نشاط استقدام العمالة المنزلية، وغير متفق مع طبيعتها، كما لا تُظهره ضرورة حقيقية تسوغه، وتكون علةً لتقريره ومناطاً لشرعيته، ليغدو معه النص الطعين تدخلاً تشريعيًا أمراً في إرادة أصحاب هذه المهنة ليمنعهم من مزاوله نشاطهم، لم تقتضيه أي مبررات، وبهذا يكون قد انطوى على مساس بالحق في العمل، وتمييز تحكيمي منهجي عنه لا يستند إلى أسس موضوعية، وإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص بالمخالفة للمواد (٧) و(٨) و(٢٩) و(٤١) من الدستور، ومن ثم فقد حَقَّ القضاء بعدم دستوريته^(١٥).

المطلب الثاني خصائص عقد العمل المنزلي

من خلال القراءة المستفيضة للتشريعات واللوائح القانونية المتعلقة بالعمالة المنزلية يتضح جلياً أن عقد العمل المنزلي يتمتع بخصائص عديدة وهي:

(١٥) انظر: حكم المحكمة الدستورية رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥، كويت اليوم، العدد ١٢٦٨، ٢٤ يناير ٢٠١٦، ص ١٤-١٥.

١ - يعتبر عقداً رضائياً:

فهذا العقد يعتبر من العقود الرضائية^(١٦) التي يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب بالقبول، فالتراضي وحده هو الذى يَكُونُ العقد، ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل معين^(١٧).

وعلى الرغم من أن المُشَرِّع الكويتي نص في المادة (١٨) على أنه "لا يجوز لأصحاب العمل إلحاق العمالة المنزلية بالعمل لديهم إلا بموجب عقود استقدام (ثنائية أو ثلاثية حسب الأحوال) صادرة عن إدارة العمالة المنزلية بوزارة الداخلية مكتوبة باللغتين العربية والإنجليزية". إلا أنه لم يوضح ما إذا كانت شكلية عقود الاستقدام هي لانعقاد العقد أم للإثبات، وعليه فإنها تعتبر مطلوبة للإثبات لا غير؛ ذلك أن الأصل في التشريعات الحديثة هو رضائية العقود، وأن الشكلية هي الاستثناء، وذلك على خلاف القانون الروماني^(١٨).

٢ - يعتبر من العقود المُسمَّاة:

تتجه أغلب التشريعات العربية إلى استثناء شريحة العمالة المنزلية من قانون العمل، ولم يصدر قانون يختص بهذه الفئة؛ لذلك يعتبر عقد العمل المنزلي في هذه الأنظمة من العقود غير المُسمَّاة الخاضعة للقواعد العامة لنظرية العقد، وفقاً للقانون المدني كما هو الحال في العراق ومصر، حيث إنه لا يوجد قانون خاص لتنظيم العمل المنزلي، وإنما فقط مجموعة من القرارات واللوائح التنظيمية التي لا ترقى لمرتبة التشريع.

أمّا في الكويت، وبعد صدور قانون تنظيم العمالة المنزلية^(١٩) فقد أصبح عقد العمل المنزلي من العقود المُسمَّاة التي نظمها المُشَرِّع بقواعد قانونية تختص بشريحة العمالة المنزلية؛ حيث إنه وضع الأسس والقواعد التي تنظم حقوق والتزامات أطراف عقد العمل المنزلي.

(١٦) وقد يكون العقد رضائياً في أصله فيتفق المتعاقدان على أن يكون شكلياً، أي أن الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون وبالتالي لا ينعقد العقد إلا بتوافر ركن الشكلية.

(١٧) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(١٨) حيث كان العقد في القانون الروماني (Diritto romano) لا ينعقد إلا باتخاذ إجراءات شكلية صارمة وإلا بطل العقد بطلاناً مطلقاً. ومن هذه الإجراءات الإشهاد والدعوى الصورية.

(١٩) وقد صدر قانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٦ بشأن العمالة المنزلية، وتم نشره في جريدة كويت اليوم بتاريخ ٢٦ يوليو ٢٠١٥.

٣ - يعتبر من عقود المعاوضة:

عقد العمل المنزلي يعتبر من عقود المعاوضة التي يترتب عليها التزامات وحقوق متقابلة بين طرفي العقد، فكما أن للخادم الحق في الأجر فإن عليه التزاماً بالقيام بالعمل لصالح رب العمل المنزلي؛ فكل طرف في هذا العقد يعطي مقابلاً لما يأخذ.

٤ - عقد زمني:

إن عنصر الزمن يعتبر عنصراً جوهرياً في عقد العمل المنزلي لأن الأجر لا يقاس إلا بالزمن، فيكون تحديد الأجر في عقد العمل المنزلي أسبوعياً أو شهرياً، أي بمرور فترات زمنية متساوية. ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصوُّرها إلا مقترنة بالزمن، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة، والعمل إذا نُظر إليه في نتيجته - أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل - كان حقيقة مكانية، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوُّره إلا حقيقة زمانية، مقترناً بمدة معينة^(٢٠).

ويتربّب على اعتبار عقد العمل المنزلي من العقود الزمنية أن يرد عليه الوقف، فإذا كانت هناك قوة قاهرة أدت إلى وقف عقد العمل المنزلي فإن مدة الوقف يتم خصمها من مدة العقد، فإن طالحت حتى استغرقت مدة العقد انتهى العقد ولم يعد ثمة محل لوجوده عند زوال القوة القاهرة، ويتعين على الطرفين إذا شاء التنفيذ أن يُبرِما عقد عمل منزلي جديداً^(٢١).

وفي حال فسخ عقد العمل المنزلي فإن الفسخ لا يكون بأثر رجعي؛ ذلك أنه من الصعب أن تنسحب آثار الفسخ على الماضي، وتستحيل إعادة حال المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

٥ - عقد ملزم للجانبين:

عقد العمل كأي عقد آخر يجب أن تتوافق فيه إرادتا طرفيه على القيام بالتزامات متقابلة، وتكُمّل ما يترتب من الآثار الناجمة عن التعاقد، وهي في مجملها تسمّى صفة التعاقد^(٢٢).

(٢٠) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ٢٠٠٤، منشأة المعارف، مصر، ص ١٣٩.

(٢١) د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢٢) أ. محمد التويجري، قانون العمل والعمال في دولة الكويت ودول مجلس التعاون الخليجي وجمهورية مصر العربية وملحق بأحكام محكمة التمييز الكويتية الحديثة، مجموعة محمد التويجري للدراسات القانونية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٣، ص ٧٦.

لذلك يترتب على اعتبار عقد العمل المنزلي ملزماً للجانبين أنه في حال أخل أحد الطرفين بالتزاماته العقدية جاز للطرف الآخر الدفع بعدم التنفيذ أو فسخ العقد^(٢٣) فيحق للخدام الامتناع عن العمل في حال رفض أو امتناع رب العمل المنزلي عن دفع الأجر للخدام. ولا يتغير نوع هذا العقد إذا أنجز أحد الطرفين التزاماته من وقت إبرامه، وبقيت التزامات الطرف الآخر غير منقذة.

٦ - عقد منظم بقواعد قانونية امرأة:

بالرجوع إلى قانون تنظيم العمالة المنزلية نجد أن المشرع الكويتي قد وضع قواعد قانونية امرأة، لا يجوز مخالفتها من أطراف عقد العمل المنزلي إلا بما يحقق وضعاً قانونياً أفضل للخدام، فقد ألزم المشرع أطراف عقد العمل المنزلي بنموذج معد مسبقاً من إدارة العمالة المنزلية لعقد العمل المنزلي، وهذا التنظيم يرتبط بفكرة احترام ما يعتبره المشرع الحد الأدنى من حقوق العمالة المنزلية.

٧ - من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي:

تعتبر شخصية العامل المنزلي محل اهتمام في عقد العمل المنزلي، وذلك من حيث كفاءة العامل وخبرته. كذلك يتعين على العامل القيام بعمله بنفسه، فلا يجوز أن يُنيب شخصاً آخر للقيام بالعمل المطلوب منه.

ولكون شخصية العامل محل اعتبار في عقد العمل المنزلي فإن انتهاء العقد بوفاة العامل فلا يلتزم ورثته بتنفيذ عقد العمل لمصلحة رب العمل^(٢٤) تبني المشرع الكويتي هذه الفكرة في قانون تنظيم العمالة المنزلية؛ حيث جعل من وفاة الخادم سبباً لانقضاء عقد العمل المنزلي.

و قد نص المشرع السعودي في المادة (١٤) من لائحة عمال الخدمة المنزلية على أن "ينتهي العقد بوفاة صاحب العمل، أو عامل الخدمة المنزلية".

٨ - اقتراب عقد العمل المنزلي من عقود الإذعان:

نظراً لتفاوت المراكز القانونية بين الخادم ورب العمل المنزلي لحظة إبرام عقد العمل المنزلي وكذلك احتياج الخادم للعمل، علماً بأن الأغلب من العمالة المنزلية تكون من دول فقيرة كدول شرق آسيا وإفريقيا، فنجد أن الخادم يقبل بالتنازل عن بعض أو

(٢٣) د. خالد الهندياني ود. عبد الرسول عبد الرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م، الطبعة الثانية، الكويت، ٢٠١٢م، ص ١٣٤.

(٢٤) د. خالد الهندياني ود. عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ١٣٦.

جزء من حقوقه، والموافقة على شروط رَبِّ العمل المنزلي التي تتضمن في أغلب الأحيان مصادرة واضحة للضمانات والحقوق المالية والوظيفية التي شرعها القانون لحماية الخادم.

وعليه فقد إنحاز المُشَرِّع الكويتي لمصلحة الخادم؛ حيث إنه فرض جزاءات مالية على رَبِّ العمل في حال مخالفة قانون تنظيم العمالة المنزلية.

المطلب الثالث

الاتجاهات التشريعية في تنظيم علاقات العمل الواردة على الخدمة المنزلية

اختلفت اتجاهات القوانين المختلفة في موقفها من تنظيم علاقات العمل الواردة على الخدم المنزلي

الاتجاه الأول - إخضاع هذه العلاقات لأحكام قانون العمل

ويقوم هذا الاتجاه على إغفال الاختلافات بين العمل في الخدمة المنزلية والعمل في الأعمال الأخرى، ومن ثم يقرر المُشَرِّع الذي يأخذ بهذا الاتجاه، تطبيق أحكام قانون العمل على العاملين في الخدمة المنزلية. ويرجع الأخذ بهذا الاتجاه في القوانين التي تأخذ به، إلى أحد سببين:

إما لأنَّ العمل في الخدمة المنزلية لا يحظى بأهمية عملية في الدولة، تُسَوِّغ اختصاصه بقواعد خاصة، وذلك لإضالة حجم هذا النوع من العمل في المجتمع أو لأنَّ المُشَرِّع يأخذ به مدفوعاً بأيديولوجيا تُسَوِّغ ترجيح مفاهيم العدالة والمساواة بين جميع العمال في الحقوق والواجبات، دون الالتفات إلى طبيعة العمل الذي يؤديه كل منهم، مما يؤدي إلى إهمال اعتبارات خصوصية العمل، وعدم مراعاتها في صياغة أحكام القانون^(٢٥).

ومن أمثلة ذلك قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ الذي تقضي المادة (٨/أولاً) منه بأنه: "تسري أحكام هذا القانون على جميع العمال في القطاع الخاص والمختلط والتعاوني" وتوجب الفقرة (ثالثاً) من المادة ذاتها أن تحدد بتعليمات تصدر عن وزير العمل قواعد تنظيم وقت العمل بما في ذلك بيان الحدود القصوى لساعات العمل اليومي والأسبوعي.

(٢٥) التنظيم القانوني لاستخدام عمال الخدمة المنزلية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية، مرجع سابق، ص ٢٣.

كذلك قانون العمل البحريني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ الذي أخضع فئة العمالة المنزلية لأحكامه، وذلك حتى يحقق المساواة بين جميع فئات العمال الخاضعة لأحكام قانون العمل في القطاع الأهلي

الاتجاه الثاني - استثناء عمال الخدمة المنزلية من الخضوع لأحكام قانون العمل:

ويقوم هذا الاتجاه على استبعاد عمال الخدمة المنزلية من دائرة المشمولين بأحكام قانون العمل، على الرغم من كونهم يؤدون عملاً تابعاً مأجوراً، وهو ذات المعيار المتخذ لتطبيق قانون العمل.

وهذا الاتجاه يلتزمه الكثير من القوانين العربيّة، وفي مقدمتها القانون المصري الذي دأب على استثناء عمال الخدمة المنزلية ومن في حُكمهم من أحكام جميع قوانين العمل التي تعاقبت في مصر^(٢٦) أما بالنسبة للمُشرّع الكويتي فقد استثنى العمالة المنزلية من قانون العمل حيث نص في المادة الخامسة على أن "يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون:

- العمال الذين تسري عليهم قوانين أخرى وفيما نصت عليه هذه القوانين.
- العمالة المنزلية ويصدر الوزير المختص بشؤونهم قراراً بالقواعد التي تنظم العلاقة بينهم وبين أصحاب العمل".

ويتضح من هذا النص أن العمالة المنزلية لا تخضع لقانون العمل الكويتي وإنما لها تنظيمها القانوني الخاص بها. ولكي يُعتبر العامل من فئة العمالة المنزلية، وبالتالي يطبق عليه قانون تنظيم العمالة المنزلية لا بد من توافر شرطين هما:

- ١ - أن يؤدي العامل عملاً يدوياً لا ذهنياً لصاحب العمل ولذويه.
- ٢ - أن يرتبط هذا العمل بمنزل صاحب العمل أو بمحيط منزله.

(٢٦) فقد توالى التشريعات المصرية على استبعاد العمالة المنزلية من قانون العمل وذلك ابتداءً من القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعقد العمل الفردي، ومن ثم المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢، فقانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩، وبعد ذلك قانون العمل رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١، وأخيراً قانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، الذي كرست المادة (٤/ب) من هذا الاستثناء مجدداً بالنص على أن أحكامه (لا تسري على عمال الخدمة المنزلية ومن في حكمهم).

ولقد أقرت محكمة النقض المصرية بأن استثناء خدم المنازل ومن في حكمهم ليس مرجعه انحسار صفة العمال عنهم بل لقيام وصف خاص بهم وهو أنه تربطهم بمخدوميهم علاقة وتنفى تتسم بالخصوصية، وتمكنهم من الاطلاع على مكنون سرهم وخاصة أمرهم. نقض جنائي ٧ مارس ١٩٧٧.

وبالتالي إذا كان العامل يقوم بأعمال ذهنية كالتمريض أو التعليم أو يقوم بأعمال التنظيف في شركة صاحب العمل فإنه لا يُعتبر خادماً وإنما يُعدّ عاملاً خاضعاً لقواعد قانون العمل.

ولكن قد يبقُ التمييز في بعض الحالات التي يقوم فيها شخص في آن واحد بالخدمة في منزل ربّ العمل وفي محل عمله، يؤدي عملاً في الحالة الأولى متصلاً بشخص مخدومه وعملاً آخر لا يتصل بشخص مخدومه بل بمهنته، فما هو الحل عندئذٍ، أو ما هو القانون الواجب التطبيق؟

في هذه الحالة يستند القاضي على معيار العمل الأساسي للشخص بحيث إذا كان عمله الأساسي هو الخدمة في منزل ربّ العمل، وأنه يقوم عرضاً في خدمته في محل عمله فإنه يُعتبر خادماً منزلياً، أمّا إذا كان العكس بحيث كان عمله الأساسي هو خدمة ربّ العمل في محل عمله وأنه يقوم عرضاً بخدمة ربّ العمل في منزله فإنه لا يُعتبر خادماً منزلياً، وبالتالي لا يخضع لقانون تنظيم العمالة المنزلية. وتحديد العمل الأساسي للخادم يُعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الوقائع دون رقابة من محكمة التمييز إلا فيما يستند إليه من مبررات وأسباب^(٢٧).

(٢٧) د. خالد الهندياني ود. عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٨٧.

المبحث الثاني آثار عقد العمل المنزلي

تمهيد وتقسيم

إنَّ ما استقرَّ عليه الفقه في نظرية العقد هو أنَّ العقد إذا نشأ صحيحاً بين أطرافه فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به، فالعقد لا يسري أثره بوجه عام إلا على المتعاقدين ولا يجاوزهما إلى الغير^(٢٨) والأثر المقصود من العقد إنما هو إنشاء الالتزامات أو التعديل في التزامات قائمة أو قضاؤها. فكل أثر من هذا القبيل اتجهت إرادة المتعاقدين وقت العقد إلى إحداثه يحدث بقوة القانون وبمجرد إبرام العقد بين الطرفين، ما دام ذلك الأثر لا يخالف نصاً أمراً أو قاعدة متعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة^(٢٩).

وعقد العمل المنزلي لم يخرج عن مفهوم وإطار نظرية العقد؛ لذلك فهو عقد ملزم للجانبين، وتترتب عليه آثار قانونية تتمثل بحقوق والتزامات على أطرافه، وقد تناولت التشريعات المتعلقة بالعمالة المنزلية إيضاح حقوق والتزامات كل من العامل المنزلي ورب العمل المنزلي ومكتب الاستقدام.

ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التزامات العامل المنزلي

المطلب الثاني: التزامات رب العمل المنزلي

المطلب الثالث: التزامات مكاتب استقدام العمالة المنزلية

المطلب الأول التزامات العامل المنزلي

أولاً - أداء العمل:

يعتبر أداء العمل من الالتزامات الجوهرية في عقد العمل المنزلي، فالخادم يلتزم بأداء العمل المتفق عليه في العقد، وفي المكان والزمان المحددين بين الطرفين، ويلاحظ أن إغفال المتعاقدين تحديد العمل الواجب أدائه لا يترتب عليه بطلان عقد العمل المنزلي، طالما تم تحديد جنس العمل على الأقل أو كان قابلاً للتحديد. وكلما

(٢٨) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

(٢٩) د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص ٤٧٩.

كان نوع العمل محدداً في عقد العمل المنزلي تفادى طرفا العقد الوقوع في نزاع قضائي^(٣٠).

ولا يملك ربُّ العمل المنزلي الحقَّ في إجبار الخادم على القيام بعمل آخر غير المتفق عليه بالعقد، لما يتضمنه ذلك من مخالفةً للقواعد العامة التي لا تجيز تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه دون موافقة الطرف الآخر، فقد نص المشرع الكويتي في المادة (١٣) على أن "يلتزم العامل المنزلي بأداء العمل المكلف به، وفق ما تفرضه عليه نصوص العقد".

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع السعودي قد سمح لربِّ العمل المنزلي بتكليف الخادم بعمل مختلف عن العمل المتفق عليه في عقد العمل المنزلي؛ فقد نصت المادة (٧) من لائحة عمال الخدمة المنزلية على أن "لا يكلف عامل الخدمة المنزلية بغير العمل المتفق عليه إلا في حالات الضرورة"، فعلى سبيل المثال قد يقع حريق في منزل ربِّ العمل، فيحق لربِّ العمل المنزلي أن يطلب من السائق أو الطباخ نقل الأغراض الثمينة من المنزل إلى مكان آخر، فحالة الضرورة تعتبر حدثاً استثنائياً يترتب عليه ضررٌ كبير على ربِّ العمل المنزلي، مما يستوجب خروجه عن نصوص العقد حتى يتفادى هذا الضرر، ويجب على الخادم إطاعة ربِّ العمل المنزلي.

ولا يحق للخادم أن يُنيب غيره أو يستعين به لأداء عمله إلا بموافقة ربِّ العمل المنزلي، والغالب أن شخصية الخادم وصفاته وكفاءته تكون ملحوظة في العقد بحيث يعتمد عليها ربُّ العمل المنزلي في تنفيذ أوامره، ذلك أن عقد العمل المنزلي يعتبر ذا طابع شخصي أي أن شخصية الخادم محل اعتبار في العقد، وقد تكون هي السبب الدافع لاختياره بعد تقدير كفاءته ومؤهلاته الشخصية^(٣١).

وقد يثار تساؤل حول طبيعة التزام الخادم بأداء العمل: هل هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة؟

كان القضاء الفرنسي ينظر إلى فكرة التزام العامل بشكل عام على أنه التزام بتحقيق غاية، فيقرر مسؤولية العامل في كل الأحوال التي يتسبب فيها ولو بخطأ بسيط من جانبه بخسارة لربِّ العمل، ولم يلبث القضاء الفرنسي أن تراجع عن هذا الاتجاه، وذلك تحت ضغط التنظيمات العمالية وازدياد نفوذها، فقد استقر القضاء

(٣٠) د. خالد الهندياني ود. عبدالرسول عبدالرضا، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٣١) د. طارق عبد الرؤف صالح رزق، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

الفرنسي على أنَّ مسؤولية العامل لن تقوم عن سوء التنفيذ إلا في حالة الخطأ الجسيم من جانبه^(٣٢).

وبدوره يقر الفقه المصري بأنَّ العامل لا يلتزم في أداء العمل المطلوب، إلا ببذل عناية الشخص المعتاد، أي يلزم لكي تقوم مسؤوليته إثبات خطأ واضح من جانبه.

أما في القانون الكويتي فإنَّ التزام العامل لا يختلف في طبيعته عما هو عليه في كل من فرنسا ومصر، فلا يلزم العامل إلا ببذل عناية الشخص المعتاد في أداء العمل. وهذا ما أكدّه المُشرِّع الكويتي في قانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية، حيث نص على أنَّ يلتزم الخادم بأداء العمل المتفق عليه، وأنَّ يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد.

ومن البديهي القول إنه يتعين على العامل المنزلي في جميع الظروف أنَّ يؤدي عمله وفقاً لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل.

ثانياً - الالتزام بالمحافظة على الأشياء المسلمة له:

ويعد من آثار عقد العمل المنزلي التزام الخادم بالمحافظة على الأشياء المسلمة إليه، فيجب على الخادم الانتباه والعناية بكل ما يُعهد إليه من قبل ربِّ العمل المنزلي؛ فالسائق مثلاً يقع عليه التزام بالمحافظة على سيارة ربِّ العمل، فلا يتسبب في إتلافها أو حتى ارتكاب مخالفات مرورية. ويحاسب الخادم في حال ضياع أو تلف الأشياء المسلمة إليه إلا إذا أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد، وأنَّ أسباب التلف أو الهلاك كانت نتيجة ظروف قاهرة، فهنا يتحلل من التزامه، وبالتالي من المسؤولية العقدية.

وهذا ما نص عليه المُشرِّع الكويتي في المادة (١٥) "يلتزم العامل المنزلي بالمحافظة على أموال صاحب العمل" وكذلك المادة (٦) من لائحة عمال الخدمة المنزلية السعودية، حيث نصت في البند الثالث على أن "يلتزم عامل الخدمة المنزلية بأن يحافظ على ممتلكات صاحب العمل وأفراد أسرته".

ثالثاً - الالتزام بالمحافظة على أسرار ربِّ العمل المنزلي:

كان من أحد أسباب استبعاد العمالة المنزلية من قانون العمل هو طبيعة العلاقة بين الخادم والمخدوم، وأطّلاع الخادم على أسرار ربِّ العمل المنزلي الشخصية ومعرفة تفاصيل حياته اليومية، وذلك على خلاف العلاقة بين العامل وربِّ العمل في

(٣٢) أ. د. جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩-٢٠١٠م، ص ٢٠٦.

قانون العمل التي لا تتعدى حدود مكان العمل؛ لذلك حرص المُشرّع الكويتي على إلزام الخادم بالمحافظة على أسرار المخدم وعدم إفشائها.

والمقصود بأسرار المخدم هو كل ما يتعلق بالحياة الشخصية لرَبِّ العمل المنزلي ولأفراد أسرته، ولا يكون معلوماً لدى الكافة^(٣٣)، فمعرفة الخادم بهذه الأسرار كانت بسبب العمل أو أثناء العمل، ولذلك كان من الواجب أن يلتزم بالمحافظة على أسرار المخدم^(٣٤).

ونرى أنَّ هذا الالتزام هو التزامٌ مستمرٌّ على الخادم حتى بعد انقضاء العلاقة العقدية، فلا يحق للخادم إفشاء أسرار رَبِّ العمل المنزلي بعد انتهاء عقد العمل المنزلي، لما في ذلك من حماية لرَبِّ العمل المنزلي؛ إذ قد يترتب على إفشاء الأسرار ضررٌ عليه ليس فقط على الجانب المادي وإنما على الجانب المعنوي والتمثل في مكانته الاجتماعية والأخلاقية، وأيضاً مكانة العائلة في المجتمع ككل، لذلك حرصت التشريعات الخليجية على إلزام الخادم بعدم إفشاء أسرار رَبِّ العمل المنزلي^(٣٥).

رابعاً - الالتزام بمراعاة الآداب والقيم السائدة في مجتمع رَبِّ العمل المنزلي:

إنَّ أغلب العمالة المنزلية تكون من دول أجنبية وبالتحديد من دول آسيوية، وبسبب اختلاف العادات والتقاليد بين دول الخليج والدول الآسيوية فقد يرتكب الخادم مخالفة للقيم والآداب السائدة في مجتمعاتنا العربيّة، لذلك لابد من أن يراعي الخادم مقتضيات الآداب العامة والقيم المجتمعية. منها احترام الدين الإسلامي واللباس المحتشم.

وقد نص المُشرّع العماني في المادة (٧) فقرة (٣) من قانون المستخدمين بالمنازل على إلزام الخادم بـ "احترام الدين الإسلامي والالتزام بالقوانين والنظم المعمول بها في السلطنة وعاداتها وتقاليدها الاجتماعية وقيمها الأخلاقية، وعدم ممارسة أية أنشطة تضر بأمن البلاد".

(٣٣) د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، دار المعرفة، لسنة ١٩٨٠، ص ٢٥٢.

(٣٤) وقد حرص العديد من التشريعات المتعلقة بالعمالة المنزلية على أهمية التزام الخادم بالمحافظة على أسرار المخدم، فعلى سبيل المثال لا الحصر نص المشرع العماني في قانون العمل للمستخدمين بالمنازل على أن يلتزم الخادم بالحفاظ على أسرار رب العمل، وهو ما نص عليه المشرع الكويتي أيضاً في المادة ١٥ من قانون العمالة المنزلية على أن يلتزم العامل بعدم إفشاء أسرار رب العمل.

(٣٥) أ. أريفان مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ١١٠.

المطلب الثاني

التزامات ربّ العمل المنزلي

أولاً - الأجر:

إن الأجر هو ركن أساسي لا بد من وجوده لقيام عقد العمل المنزلي. وهو المقابل أو ثمن العمل الذي يؤديه الخادم بمقتضى ما التزم به في العقد، لذلك فالأجر هو كل ما يتقاضاه العامل المنزلي من أجر أساسي مقابل قيامه بالعمل الذي يؤديه لصالح رب العمل أو لأسرته على أن لا يقل عن الحد الأدنى للأجور المحددة بالقرار الصادر من وزير الداخلية^(٣٦). وقد نص المشرع الكويتي على تعريف أجر العامل المنزلي بصورة لا لبس فيها ولا إبهام، ذلك أن حماية الأجر مبدأ من المبادئ الأساسية في أي تشريع عمالي، لإقرار العلاقات السليمة بين الخادم والمخدوم.

فالأجر الذي يتقاضاه الخادم هو الأجر الأساسي، وهو كل ما يتقاضاه الخادم من ربّ العمل المنزلي في مقابل عمله أو بسببه، ويجب ألا يقل الأجر الأساسي الذي يتقاضاه الخادم عن ٦٠ ديناراً كويتياً شهرياً^(٣٧)، ولا ينصرف مفهوم الأجر إلى ما قد يؤديه ربّ العمل المنزلي إلى الخادم طواعية من مكافآت ومنح أو مزايا أخرى، يحصل عليها الخادم لمواجهة النفقات الفعلية أو المصروفات الضرورية لأداء عمله^(٣٨).

ويُعتبر الأجر واحداً من أبرز الالتزامات الجوهرية التي يتحملها ربّ العمل المنزلي؛ ففي حال تأخر ربّ العمل المنزلي عن الوفاء بالأجر ألزم بدفعه، بالإضافة إلى ١٠ دنانير تعويضاً عن كل شهر تأخير في سداد الأجر، كذلك لا يحق لربّ العمل المنزلي، بأي حال من الأحوال، الخصم من راتب الخادم أو الاستقطاع منه^(٣٩) وذلك على خلاف المشرع السعودي الذي أجاز الخصم من راتب الخادم بمقتضى المادة

(٣٦) المادة (١٩) من قانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية.

(٣٧) وقد صدر قرار وزاري رقم ٢٣٠٢ لسنة ٢٠١٦ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية حيث تضمن تحديد الحد الأدنى لأجور العمال المنزليين.

(٣٨) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، شرح قانون العمل الكويتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ وتعديلاته، بالقانون رقم ٩٠-١٠٨-١٠٩ لسنة ٢٠١٣، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤م، ص ٢١٤.

(٣٩) القرار الوزاري رقم ٢١٩٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية، الصادر في ١٧ يوليو ٢٠١٦، الكويت اليوم، العدد ١٢٩٧، السنة ٦٢.

(٩) من لائحة عمال الخدمة المنزلية التي نصت على أن "لا يجوز الحسم من أجر عامل الخدمة المنزلية إلا في الحالات الآتية، وبما لا يتجاوز نصف الأجر:

- ١ - تكاليف ما أتلّفه عمداً، أو إهمالاً.
 - ٢ - سلفة حصل عليها من صاحب العمل.
 - ٣ - تنفيذ حكم قضائي، أو قرار إداري صادر ضده، ما لم يكن قد نُصّ في الحكم القضائي، أو القرار الإداري على أن الحسم يزيد على نصف الأجر".
- ويُعاب على المُشَرِّع الكويتي عدم تحديد عملة الوفاء بالأجر، الأمر الذي قد يترتّب عليه ضرر للعامل المنزلي؛ ذلك أنّ الدفع بالعملات الأخرى غير الوطنية يؤلّد حالة التباس عند حدوث فرق في أسعار العملات، فكان الأولى بالمُشَرِّع الكويتي أن يُلزم ربّ العمل بالوفاء بالعملة المحلية، وقد كان المُشَرِّع العماني موفقاً حينما نص في المادة (٥) فقره ١ على "أن يدفع إلى المستخدم أجراً شهرياً بالعملة الوطنية". أما بالنسبة لنوع الأجر فالأغلب والأعم أن يكون نقداً؛ ولكن هذا لا يمنع من الوفاء بالأجر عيناً كأن يكون مقداراً من الطعام أو مختلطاً من المال والعين.
- وفي جميع الأحوال اعتبّر المُشَرِّع الكويتي إيصال التحويل ووصل التسلم صورة من صور إثبات تسلم الخادم لأجره في حال نشوء منازعة قضائية على الأجر بين الخادم وربّ العمل المنزلي، وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة (٧) من قانون العمالة المنزلية رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ التي نصت على أن "يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه للعامل المنزلي الذي يعمل لديه، في نهاية كل شهر، ويعتبر إيصال التحويل ووصل الاستلام صورة من صور إثبات استلام العامل المنزلي رواتبه".
- وبالإضافة إلى الأجر الأساسي فإنّ للعامل المنزلي مكافأة في نهاية الخدمة يتم منحها له بعد إتمام مدة العقد، وتعادل أجرة شهر واحد عن كل سنة اشتغل فيها لمصلحة ربّ العمل المنزلي^(٤٠).

(٤٠) راجع المادة ١٥ من القرار الوزاري رقم ٢١٩٤ لسنة ٢٠١٦ التي نصت على أن "يستحق العامل المنزلي مكافأة نهاية خدمة تعادل أجر شهر واحد، والوارد بعقد العمل عن كل سنة إذا أتم مدة العقد".

وفي التشريعات الخليجية نجد أن المشرع السعودي قد أكد على أحقية العامل المنزلي بمكافأة نهاية الخدمة، وقد نص على ذلك في المادة (١٦) على أن "يستحق عامل الخدمة المنزلية مكافأة نهاية خدمة قيمتها أجر شهر، إن أمضى في خدمة صاحب العمل أربع سنوات متتالية".

ثانياً - ساعات العمل والإجازات:

نال تحديد ساعات العمل والإجازات أهمية قصوى في الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق العمال، وكان محل نقاش على مستوى دولي. فمنظمة حقوق الإنسان أصدرت العديد من التقارير التي توضح مدى اضطهاد العمالة المنزلية وحرمانهم من الإجازات. ففي الكويت نجد أن العديد من الخدم يعمل طوال اليوم دون أن يكون هناك فترات راحة، مع حرمانه من جميع أنواع الإجازات، بل يصل الأمر في بعض الأحيان إلى عدم منح الخادم إجازة مَرَضِيَّة على الرغم من سوء حالته الصحية^(٤١).

لذلك لم يغفل المُشَرِّع الكويتي هذا الأمر، فوضع حداً أقصى لساعات عمل الخادم بحيث لا تتجاوز ١٢ ساعة خلال اليوم الواحد، على أن تتضمن فترات راحة للخادم، وتحسب ساعات الراحة من ساعات العمل. وقد أجاز المُشَرِّع الكويتي لِرَبِّ العمل المنزلي تكليف العامل المنزلي بأداء عمل إضافي بحيث لا تتجاوز مدة أداء هذا العمل ساعتين في اليوم الواحد، ويستحق العامل المنزلي تعويضاً يعادل قيمة أجر نصف يوم عنها.

ولم يحدد المُشَرِّع السعودي صراحةً ساعات العمل للعامل المنزلي، وإنما نص على حق العامل المنزلي بأن يتمتع بالراحة اليومية مدة لا تقل عن تسع ساعات يومياً، ولذلك يفهم ضمناً أنَّ ساعات العمل للعامل المنزلي لا تتجاوز ١٥ ساعة يومياً. أما فيما يتعلق بالإجازات فقد نص المُشَرِّع الكويتي على أحقية الخادم في الحصول على راحة أسبوعية وأخرى سنوية^(٤٢) مدفوعة الأجر، وهذه القواعد تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على التنازل عن هذه الحقوق ولو بمقابل مالي. أما بالنسبة للمُشَرِّع السعودي فقد منح العامل المنزلي إجازة مدتها شهر مدفوعة الأجر إن هو أمضى سنتين. كذلك يستحق إجازة مرضية مدفوعة الأجر لا تزيد مدتها على ثلاثين يوماً في السنة، بموجب تقرير طبي يثبت حاجته إلى الإجازة^(٤٣).

(٤١) وقد أشارت اتفاقية العمل اللائق للعمال المنزليين على ضرورة تحقيق المساواة بين العمال المنزليين والعمال عموماً فيما يتعلق بساعات العمل العادية وتعويضات الساعات الإضافية وفترات الراحة اليومية والأسبوعية والإجازات السنوية مدفوعة الأجر مع مراعاة السمات الخاصة بالعمل المنزلي، كما أوجبت على الدول الأعضاء أن تتخذ تدابير وطنية محلية لتحقيق وضمان المساواة بين العمال.

(٤٢) لم يحدد المشرع الكويتي مدة الإجازة السنوية لذلك نرى أن تحديد مدة الإجازة يكون بالاتفاق بين المتعاقدين لحظة إبرام عقد العمل المنزلي.

(٤٣) انظر: المادة (١٠) والمادة (١١) من لائحة عمال الخدمة المنزلية ومن في حكمهم، الصادرة من المملكة العربية السعودية بتاريخ ١٤٣٤/٩/٧ قرار رقم ٣١٠.

ثالثاً - الحق في المأكل والملبس والسكن:

إنَّ الجانب الإنساني يلزم بل يُحَتِّم على رَبِّ العمل توفير الطعام واللباس للعامل المنزلي، فلا يضطر إلى صرف أجره الشهري على الطعام أو اللباس.

كذلك فإنَّ للعامل المنزلي الحقَّ في الحصول على سَكَنٍ ملائم من رَبِّ العمل المنزلي خلال مدة نفاذ العقد، وقد نص المُشَرِّع السعودي في المادة (٧) من لائحة عمال الخدمة المنزلية على أن "يوفر المخدم سكناً مناسباً للخادم" وأيضاً نص المُشَرِّع الكويتي على التزام رَبِّ العمل المنزلي بتوفير سكن ملائم للخادم تتوافر فيه سبل المعيشة اللائقة.

ويعاب على قانون العمالة المنزلية الكويتي بأنه لم يحدد مفهوم السكن الملائم للخادم، ولم يضع شروطاً ومعايير محددة للسكن الملائم، فنجد أنَّ الخدم - وعادةً يكون أغلبهم من النساء - لا يحصلون على مكان خاص بهم للنوم والاستراحة، بل حتى وإذا توافر لهم مكان فيكون في المطبخ أو في غرفة المعيشة أو في ممرات المنزل، وذلك على خلاف قانون العمل في القطاع الأهلي، الذي حدد المعايير الأساسية للسكن الملائم للعمال^(٤٤)، والتي تتوافق مع المعايير الدولية التي نادى بها منظمة حقوق الإنسان، وكذلك منظمة العمل الدولية.

رابعاً - حق العامل المنزلي بالرعاية الطبية والمحافظة على سلامته:

يلتزم رَبِّ العمل المنزلي بأن يوفر للعامل المنزلي كل ما يستلزم من شروط الصحة والسلامة في مكان عمله المنزلي بما يضمن أن يكون مكان العمل نظيفاً ومستكملاً للشروط الصحية، والوسائل اللازمة التي تحُول دون إصابة العامل المنزلي

(٤٤) انظر في ذلك: القرار الوزاري رقم (١٩٩/ع) لسنة ٢٠١٠ في شأن تحديد اشتراطات ومواصفات السكن المناسب للعمال، حيث نص في المادة (٤) على أنه "يراعى في غرف سكن العمال التالي:

- يجب أن لا تقل المساحة المخصصة للفرد الواحد داخل الغرفة المشتركة عن أربعة أمتار مربعة من المساحة الخالية.
- عدم إيواء أكثر من أربعة عمال داخل الغرفة الواحدة في المجمعات السكنية، وثمانية عمال في المساكن المؤقتة.
- يحظر استخدام المداخل أو الممرات أو أسطح المباني أو السرايب كغرف لإيواء العمال.
- يجب ألا تسمح نوافذ المبنى بتسرب أي أتربة، وأن تغطي بسلك معدني يمنع دخول الحشرات.
- يجب أن تكون جميع الغرف جيدة التهوية، وأن تتوافر بها الإضاءة الطبيعية مع تزويدها بالإضاءة الصناعية الكافية".

بأمراض صحية. وقد نصت المادة (١٣) من اتفاقية العمل اللائق للعامل المنزلي على أنَّ "لكل عامل منزلي الحق في بيئة عمل آمنة وصحية. وتحدد كل دولة عضو، وفقاً للقوانين واللوائح والممارسات الوطنية، تدابير فعالة، لضمان السلامة والصحة المهنيتين للعمال المنزليين".

وفي حال مَرَض العامل المنزلي أو تعرضه لإصابة أثناء عمله فإنَّ رَبَّ العمل يلتزم بتحمُّل نفقات علاجه، بما في ذلك ثمن الأدوية وأجور الأطباء والفحوصات والتحاليل الطبية والنقل إلى المستشفى إذا استدعت حالة الخادم الصحية.

وكان المُشَرِّع الكويتي موفقاً حينما ألزم رَبَّ العمل المنزلي بتحمُّل كافة مصاريف نقل جثمان العامل المنزلي في حال وفاته إلى بلده مع صَرْفُ أجرة الشهر الذي توفي فيه، وذلك لأنه عادةً ما يكون أهل الخادم من بلاد فقيرة، ولا يستطيعون تحمُّل تكاليف نقل الجثمان.

خامساً - الضمانات القضائية:

حرصت معظم الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان الأساسية على منح الإنسان حقه في الضمانات القضائية، والتي تكفل له نظر القضاء الوطني في الانتهاكات التي ترتكب في حقه، وبشكل عادل ودون تمييز^(٤٥) لذلك نصت المادة (٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على "حق كل شخص في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"^(٤٦).

وعليه فإن المُشَرِّع الكويتي أولى اهتماماً للعامل المنزلي من حيث إجراءات التقاضي والحماية القضائية، فمن المتصور أن يقع خلافٌ ماليٌّ أو قانونيٌّ بين الخادم وَرَبَّ العمل المنزلي، لذلك قام المُشَرِّع الكويتي بإنشاء إدارة العمالة المنزلية. وهي جهة مختصة لتسوية النزاعات القانونية بين الخادم وَرَبَّ العمل المنزلي، وعند الانتهاء من أي منازعات أو خلافات بين المتعاقدين تُصَدِّر إدارة العمالة المنزلية شهادة براءة ذمة للخادم وَفَقَّ النموذج المُعدَّ من قِبَلها لذلك، تفيد بأنه ليس له أية حقوق أو مطالبات بمواجهة رَبَّ العمل المنزلي أو مكتب الاستقدام. أمَّا في حال تعذَّر الوصول إلى تسوية

(٤٥) د. ندى يوسف الدعيج، حماية الخدم الخصوصيين في ظل قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، العدد ١، السنة ٣٣، مارس ٢٠٠٩، ص ٢١٣.

(٤٦) اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونشر بقرار الجمعية العامة ٢١٧ ألف د-٣ المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨.

بين أطراف عقد العمل المنزلي فإنَّ النزاع يُحال إلى المحكمة المختصة للفصل فيه؛ حيث يحدّد رئيسُ الدائرة العمالية جلسةً لنظر النزاعات المحالة إليه على وجه السرعة خلال شهر على الأكثر. وعلى إدارة كتاب المحكمة إخطار الخصوم بميعاد الجلسة المحددة لنظر الدعوى خلال أسبوعين على الأقل.

وفي جميع الأحوال فإن الخادم معفى من الرسوم القضائية أمام جميع درجات التقاضي^(٤٧). وقد كان لهذا المسلك المحمود من قبل المُشرّع أثره في تمسك الخادم بحقه وتخفيف الأعباء التي يتحملها الخادم، مع ملاحظة أنَّ القانون خص الخادم بهذه الميزة دون ربِّ العمل المنزلي، فالدعاوى المرفوعة من الأخير لا تخضع لهذا الإعفاء^(٤٨).

وهذا ما تبناه المشرع البحريني في المادة (٦) من قانون العمل رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢ حيث نصت على أن "تعفى من الرسوم القضائية كافة الدعاوى العمالية التي يرفعها العمال أو المستحقون عنهم .

وتقضي المحكمة بإلزام رافع الدعوى بالمصروفات كلها أو بعضها في حالة رفض الدعوى، وذلك دون إخلال بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية.

كما يعفى العمال أو المستحقون عنهم من كافة الرسوم على الشهادات والصور التي لأحكام هذا القانون يطلبونها، والشكاوى والطلبات التي يقدمونها طبقاً لأحكام هذا القانون".

ويلاحظ أنَّ المُشرّع الكويتي قد راعى عدم تأخير العامل المنزلي في الحصول على حقه، حيث حدد مدة ثلاثة شهور كحد أقصى^(٤٩) لإدارة العمالة المنزلية لبذل مساعيها لحل النزاع بين الخصوم، وإلا فإنها تكون ملزمة بإحالة النزاع إلى المحكمة المختصة.

وخوفاً من انتهاء إقامة العامل المنزلي قبل الفصل في النزاع فقد فرض المُشرّع الكويتي على مدير إدارة العمالة المنزلية استصدار أمر بتمديد إقامته بصفة مؤقتة

(٤٧) انظر: المادة (٣٦) من قانون العمالة المنزلية رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥.

(٤٨) أ. محمد التويجري، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٤٩) وقد تم تحديد هذه المدة بقرار وزاري رقم ٢٣٠٢ لسنة ٢٠١٦ بشأن قواعد وإجراءات تنفيذ أحكام القانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية، فقد نصت المادة (٤) في البند (٢) على أن: "يتم بحث الشكاوى من قبل الإدارة بعد استدعاء أطراف الشكاوى واتخاذ قرار بشأنها خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر".

لحين الفصل في الشكوى لدى إدارة العمالة المنزلية بصفة نهائية لاستلامه كافة مستحقاته.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أنه لا يحق للعامل المنزلي رفع الدعوى مباشرة أمام الدائرة العمالية دون المرور بإدارة العمالة المنزلية. وفي حال رفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة يحق للقاضي رفض الدعوى لرفعها دون اتباع الطرق القانونية المنصوص عليها.

سادساً - إعطاء الأوامر والتوجيهات إلى الخادم:

إن إطاعة أوامر ربّ العمل المنزلي تُعتبر التزاماً على عاتق الخادم فيجب عليه تنفيذ أوامر ربّ العمل المنزلي؛ ولكن المُشرّع الكويتي وضع قيوداً وحدوداً لإطاعة الخادم لربّ العمل المنزلي، فلا يجب أن تتضمن أوامره إهانة لكرامة الخادم الإنسانية أو أن تتضمن مخالفة للنظام العام والآداب العامة^(٥٠)، فلا يجوز له أن يأمر الخادم بشراء أو إيصال موادّ مُسكرّة أو مخدرة محظورة التعامل بها قانونياً. كذلك لا يحق لربّ العمل المنزلي إجبار الخادم على فعلٍ خادش للحياء يخالف الآداب العامة.

ويحق للخادم الامتناع عن تنفيذ أوامر ربّ العمل المنزلي إذا كان هذا العمل يترتب عليه خطورة على صحة الخادم أو يهدد سلامته، وقد أكد المُشرّع السعودي على أهمية رسم حدود لأوامر ربّ العمل المنزلي حيث نص في المادة (٧) البند (٢) على أن يلتزم صاحب العمل بـ "ألا يُكلف عاملُ الخدمة المنزلية بأي عمل خطر يهدد صحته، أو سلامة جسمه، أو يمس كرامته الإنسانية.

وبناءً عليه فإن سلطة ربّ العمل المنزلي في إعطاء الأوامر والتوجيهات للخادم هي سلطة مقيدة، وليست مطلقة، قيدها المُشرّع حفاظاً على صحة الخادم النفسية والجسدية من أي انتهاك.

سابعاً - عدم جواز الحجز على الأوراق الثبوتية للعامل المنزلي:

قد يلجأ ربّ العمل المنزلي إلى حفظ جواز سفر الخادم لديه خوفاً من هروبه وخاصةً بعد سرقة أمواله، فوجود جواز السفر لدى ربّ العمل المنزلي يكون حائلاً دون إمكانية هروبه، ولكن قد يتعسف ربّ العمل المنزلي في إرجاع الأوراق الثبوتية للخادم، أو أن يمارس الضغوطات عليه لتجديد عقد الخدمة المنزلية مما قد يُلحق ضرراً بالخادم.

(٥٠) د. خالد الهندياني ود. عبدالرسول عبدالرضا، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

لذلك نصت المادة (٩) من اتفاقية العمل اللائق للعمال المنزليين على عدم جواز الاحتفاظ أو الحجز على الأوراق الثبوتية للعامل المنزلي، وقد تبنّى المُشرّع الكويتي هذا الحظرَ ولكن أجازَ لربِّ العمل المنزلي الاحتفاظ بالأوراق الثبوتية للخادم، وذلك بعد الحصول على موافقة الخادم سواء أكانت موافقة شفوية أم مكتوبة^(٥١).

ثامناً - التعويض عن إصابة العمل:

على الرغم من أنّ عمل العامل المنزلي لا يُعتبر من الأعمال الشاقة والخطرة كالبناء والتشييد؛ إلا أنّ ذلك لا يمنع من وضع قواعد قانونية لتعويض الخادم في حال تعرّضه لإصابة عمل. وهذا ما نص عليه المُشرّع الكويتي في المادة (٢٢) الفقرة الأولى "إلزام صاحب العمل بتوفير المأكل والمسكن والملبس للعامل المنزلي وعلاجه حال إصابته بسبب العمل وتعويضه عن إصابات العمل".

وإصابة العامل هي كل ضرر يقع على صحة العامل^(٥٢) بسبب العمل الذي يؤديه لمصلحة ربِّ العمل، وقد استقر الفقه على اعتبار إصابة العامل إصابة عملٍ إذا وقعت بسبب العمل أو أثناء العمل^(٥٣) فعلى سبيل المثال لو قام الخادم بتنظيف نوافذ المنزل من الخارج فسقط على الأرض أو تعرّض أثناء صعود سلالم المنزل، ففي هذه الحالة يلتزم ربِّ العمل بتعويض العامل، ولكن يجب أن يُثبت العامل العلاقة السببية بين الحادث والعمل؛ ذلك أنّ العلاقة السببية لا تُفترض وإنما يجب إثباتها، فإذا لم يستطع العامل إثبات العلاقة السببية بين الحادث والعمل، كما لو وقعت الإصابة أثناء تمتّع العامل بإجازته، فلا يستحق العامل تعويضاً، وتنتمي مسؤولية ربِّ العمل.

وقد يحدث في الواقع العملي أنّ يتعمّد العامل المنزلي إصابة نفسه بالأذى من أجل أن يحصل على تعويض مادي من ربِّ العمل؛ ذلك أنّ الالتزام بالتعويض يقع على

(٥١) أصدر وزير الداخلية قراراً وزارياً رقم ٢١٩٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية، حيث ألزم صاحب العمل بعدم الاحتفاظ بأي مستندات أو وثائق إثبات شخصية للعامل المنزلي لديه مثل جواز السفر أو البطاقة المدنية إلا بناءً على موافقة العامل المنزلي.

(٥٢) ولا يعتبر إصابة عمل الضرر الذي يلحق أموال العامل كملابسه أو معنوياته كاعتباره الأبوي، كذلك لا تعد إصابة عمل الأضرار التي تلحق بالأجهزة التعويضية مثل النظارات الطبية والأطراف الصناعية.

(٥٣) وفي مصر كان يشترط الأمر وقوع الحادث بسبب العمل وفي أثناء تأديته، ثم جاء قانون التأمينات الاجتماعية الصادر عام ١٩٦٤ ليكتفي بأن يقع الحادث بسبب العمل أو أثناء تأديته. وهذا ما انتهى إليه المشرع الكويتي في قانون العمل في القطاع الأهلي.

رَبِّ العمل، حتى لو لم يَثْبُت أي خطأ من جانبه؛ فهو التزام ثقيل عليه؛ لذلك - وتحقيقاً للتوازن بين مصلحتي كل من العامل ورَبِّ العمل - ذهب الفقهاء إلى أنه إذا تَعَمَّد الخادمُ إيذاءً لنفسه، أو مارس سلوكاً فاحشاً بقصد الإضرار بجسده، أو كانت الإصابة لا تمت للعمل المنزلي فإن العلاقة السببية تنتفي بين الإصابة والعمل، فتخرج طبيعتها عن مسؤولية رَبِّ العمل^(٥٤).

وتجدر الإشارة إلى أنَّ هناك التزاماتٍ أخرى تقع على عاتق رَبِّ العمل المنزلي كدفع أجره الخادم، وتوفير المسكن والملبس والرعاية الصحية للخادم. وهذا ما تم تفصيله في المبحث الأول، ونكتفي بالإحالة إليه^(٥٥).

المطلب الثالث

مكاتب استقدام العمالة المنزلية

تعتبر مكاتب الاستقدام طرفاً في عقد العمل المنزلي؛ فهي حلقة الوصل بين العامل المنزلي ورَبِّ العمل المنزلي؛ لذلك اهتم المشرع الكويتي بتنظيم مكاتب الاستقدام، فوضع أسساً وأطراً محددة لعملها، حتى لا يكون هناك استغلال أو تجاوزات قانونية، يترتب عليها ضرر على الأطراف الأخرى في عقد العمل المنزلي؛ لذلك وجب على مكاتب الاستقدام الالتزام بالضوابط التي أقرها قانون العمالة المنزلية.

إنَّ مكتب الاستقدام عندما يكون طرفاً في العلاقة العقدية بين الخادم والمخدوم فإنه يأخذ مقابلاً لما يوفره من خدمات، أي: أنَّ مكتب الاستقدام كما أنَّ عليه واجبات والتزامات ضمن إطار العقد، فإنه يكتسب أيضاً وبموجب العقد حقوقاً يمكنه التمتع بها. ومن الحقوق الجوهرية لمكتب الاستقدام حصوله على مبلغ من المال كأجر أو مقابل خدمة قدمها في عقد العمل المنزلي.

فمكتب الاستقدام يتكفل بدفع جميع مصاريف سفر الخادم، وتأمين تأشيرة الدخول إلى البلد المطلوب، بالإضافة إلى مصاريف السكن والطعام إلى حين توظيف الخادم لدى رَبِّ العمل المنزلي وإبرام العقد بين الأطراف. فحينها يستوفي مكتب الاستقدام جميع المصاريف من رَبِّ العمل المنزلي بالإضافة إلى مبلغ مالي يضيفه المكتب كنوع من الأرباح التي يستحقها لمزاولة نشاطه.

(٥٤) د. خالد الهندياني ود. عبدالرسول عبدالرضا، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

(٥٥) وقد أشرنا إليها في هذا البحث في الفرع الأول من المبحث الأول حقوق العامل المنزلي من الصفحة ١٣ إلى ١٨.

ويُعاب على المُشرّع الكويتي أنه لم يضع حدّاً أقصى للمبالغ المالية التي يتقاضاها مكتب الاستقدام من رَبِّ العمل المنزلي، مما قد يترتب عليه ضرر كبير على رَبِّ العمل المنزلي. فعلى سبيل المثال نجد أنّ المواطن الكويتي قد تضرر من العشوائية في تحديد تكاليف جلب العمالة المنزلية، ومن مبالغة مكاتب الاستقدام في مطالباتهم المالية، حيث إنّ استقدام العامل المنزلي لا تتعدى تكلفته ما بين ٢٠٠ إلى ٥٠٠ دينار، بينما تتقاضى مكاتب الاستقدام ما يتجاوز ١٠٠٠ دينار كويتي؛ لذلك وجبَ على المُشرّع الكويتي ووزارة الداخلية وضْع نسبةٍ محددةٍ لربح مكاتب الاستقدام حتى لا يتم تجاوزها^(٥٦).

ولا يجوز لمكتب الاستقدام تقاضي أي مبلغ مالي من الخادم، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وفي حال ثبوت القيام بذلك، وفي أي مرحلة من مراحل الاستخدام، يعاقب مكتب الاستقدام وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون العمالة المنزلية^(٥٧).
لذلك اتفقت أغلب التشريعات القانونية المعنية بالعمالة المنزلية بوضع قيود والتزامات على مكاتب استقدام العمالة المنزلية تمثلت في:

(٥٦) وقد نشر في إحدى الصحف المحلية بأنه تم تحديد لائحة لأسعار تكلفة استقدام العمالة المنزلية إلى الكويت تتراوح بين ١٠٠ دينار إلى ٢٧٠ دينار وتحديد الرواتب المقررة لهم، وسيتم التصديق على اللائحة من قبل وزارة الداخلية ووزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، على أن يتم تعميمها بعد اعتمادها إلى مكاتب الاستقدام للالتزام بها. ومن يتم اكتشاف تلاعبه في الأسعار سوف تتم معاقبته بالحبس بما لا يقل عن سنة ودفع غرامة مالية ٥ آلاف دينار كويتي. انظر: نادية راضي، أسعار تكلفة استقدام العمالة المنزلية الجديدة والرواتب النظامية في الكويت، موقع المرسال الإلكتروني، ٦ يناير ٢٠١٦، في: <http://www.almsal.com/post/301424>

(٥٧) والعقوبات التي تطبق على مكاتب الاستقدام تتراوح بين ثلاثة شهور إلى ستة شهور على حسب جسامة المخالفة، وفي حال العود يتم مضاعفة المدة أو إلغاء ترخيص مكتب الاستقدام. فقد نص المشرع الكويتي مادة (٢٥) على أن "يلغى ترخيص استقدام العمالة المنزلية في إحدى الحالات الآتية:

- ١- إذا فقد المرخص له شرطاً من شروط التراخيص.
 - ٢- إذا تقاضى المرخص له من العامل المنزلي أي مقابل نظير استقدامه أو استخدامه.
 - ٣- إذا ثبت أن المرخص له قد حصل على الترخيص بناء على بيانات كاذبة أو مزورة.
 - ٤- انتهاء مدة التراخيص أو إنهاؤه من قبل المرخص له وحل المكتب أو تصفيته.
 - ٥- إذا تنازل المرخص له عن الترخيص إلى الغير.
 - ٦- إذا استخدم مكتب الاستقدام كسكن للعمالة المنزلية.
- ولوزير الداخلية وقف الترخيص بدلاً من إلغائه في أي من الحالات السابقة لمدة ثلاثة أشهر، وفي حالة التكرار يتم إلغاء الترخيص نهائياً."

أولاً - الضمانات المالية:

أوجد المُشرّع الكويتي نوعاً من الحماية القانونية المالية للمخدوم؛ حيث ألزم صاحب مكتب الاستقدام بإرجاع جميع المبالغ المالية التي قد تقاضاها من المخدوم نظير استقدامه والتعاقد معه؛ وذلك في حال توافر الأسباب القانونية أو الشخصية التي منعت الخادم من الاستمرار في عقد العمل المنزلي.

ويسقط حق ربّ العمل المنزلي في استرجاع المبالغ المالية التي دفعها إذا مضى على إبرام عقد العمل المنزلي مدةً تتجاوز ٦ أشهر، ويبدأ حساب المدة من تاريخ مباشرة الخادم لعمله، وليس من تاريخ إبرام العقد.

وفي هذا الصدد حكمت المحكمة الكلية بإلزام أحد مكاتب استقدام العمالة المنزلية بإرجاع جميع المبالغ التي استلمها من رب العمل، بالإضافة إلى التعويض عن الضرر المادي والأدبي بسبب هروب الخادمة. وتتلخص وقائع الدعوى التي أقامها المدعي بصحيفة أودعت في إدارة كُتَاب المحكمة الكلية بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٩ أعلنت للمدعى عليه بطلب أولاً: فسخ العقد المؤرخ بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢ وباسترجاع مبلغ ١٢٢٠ ديناراً كويتياً، ثانياً: إلزام المدعى عليه بأن يؤدي له مبلغ ١٠٠١ دينار كويتي كتعويض مادي وأدبي مؤقت مع إلزامه بالمصروفات والأتعاب الفعلية؛ وذلك بسبب هروب الخادمة، وعمل تغيب عن العمل بتاريخ ٢٠١٦/٦/٦.

وحيث إنَّ المقرر عملاً بالمادة (١٧) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٥ بشأن العمالة المنزلية والتي تنص على (التزامات صاحب المكتب: بضمن مكتب الاستقدام استمرارية العامل المنزلي لمدة ستة شهور في العمل، ويتعين عليه خلالها إعادة العامل المنزلي إلى بلده، وردّ المبالغ التي تقاضاها من صاحب العمل، وذلك في الأحوال الآتية: رفض العامل المنزلي الاستمرار بالعمل، وتركه إلى جهة معلومة...) ولمّا كان ما تقدّم، وكان الثابت للمحكمة أنّ طرفي الدعوى قد أبرما عقد تشغيل عامل منزلي بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢، وقد تفاجأ المدعي بهروب تلك الخادمة بتاريخ ٢٠١٦/٦/٦، وكان القانون قد أوجب على المدعى عليه الضمان لمدة ستة شهور على النحو الذي سلف بياؤه، ومن ثم فالمحكمة تفسخ ذلك العقد وتعيد للمدعي مبلغ ١٢٢٠ ديناراً كويتياً عملاً للمادة (١٧/٦) من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية.

وحيث إنه عن طلب المدعي مبلغ ١٠٠١ دينار كويتي تعويضاً مادياً وأدبياً، فلما كان المقرر في قضاء محكمة التمييز أنّ "مناط الحكم بالتعويض المادي هو الإخلال بمصلحة مادية للمضروب، وأن يكون الضرر محققاً، بأن يكون وقع بالفعل، أو أن يكون وقوعه في المستقبل محققاً، فإنّ عبء إثبات الضرر يقع على المضروب. أمّا

استخلاص توافر الضرر أو عدم توافره فإنه يدخل في سلطة محكمة الموضوع بغير معقب، مادام قضاؤها قد بُني على أسباب سائغة^(٥٨).

و لما كان ما تقدم، ولم يقدم المدعي الدليل على أن ثمة ضرراً مادياً وقع عليه فإن المحكمة ترفض طلب التعويض المادي المؤقت. أما التعويض الأدبي فلما كان من المقرر عملاً بالمادة (١/٢٣١) من القانون المدني أن (يشمل - على الأخص - ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو تجربته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي، كما يشمل الضرر كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى...) ولمّا كان المدعي قد تعرض فعلاً لضرر أدبي، نتيجة هروب الخادمة وعدم تنفيذ المدعى عليه للعقد المبرم بينهما، فإن المحكمة تقدر مبلغ مئتي دينار كويتي، كتعويض أدبي نهائي جابر للأضرار التي أصابت المدعي.

ولهذه الأسباب حكمت المحكمة بفسخ العقد المؤرخ ٢٠١٦/٢/٢، وبإلزام المدعى عليه بأن يؤدي مبلغ ١٢٢٠ ديناراً كويتياً، ومبلغ ٢٠٠ دينار كويتي كتعويض أدبي نهائي^(٥٩).

ونرى أنه من الأولى أن يحدد المُشرّع فترة الضمان بمدة العقد، أي بمعنى أن يكون مكتب الاستقدام مسؤولاً طوال فترة العقد؛ ذلك لأنه قد يقع اتفاق بين الخادم ومكتب الاستقدام على الاستمرار في العمل لصالح ربّ العمل المنزلي لمدة ٦ شهور، وبعد مضيّ فترة الضمان يمتنع الخادم عن العمل؛ إمّا بسبب ادّعائه الكاذب بوجود عارض صحي، أو حدوث مشاكل أسرية، بل في أغلب الأحيان يتهرّب الخادم من العمل. وفي هذه الحالة يسقط حق ربّ العمل المنزلي باسترجاع المبلغ المالي الذي دفعه، وهذا مما لا شك فيه يُعتبر شكلاً من أشكال النصب المنظم الذي تقوم به بعض مكاتب الاستقدام، لذلك كان الأحرى بالمُشرّع الكويتي أن يغلق باب التحايل والنصب، وذلك بتشديد الضمانات العقديّة على مكاتب الاستقدام، وجعل الضمان سارياً طوال مدة عقد العمل المنزلي^(٦٠).

(٥٨) محكمة الاستئناف، الطعن ٢٠٠٤/٦٠١ مدني جلسة ٢٣/٥/٢٠٠٥.

(٥٩) المحكمة الكلية، دائرة تجاري مدني جزئي، بتاريخ ١٦/٢/٢٠١٧.

(٦٠) وقد تمكنت الإدارة العامة لمباحث شؤون الإقامة التابعة لقطاع الجنسية والجوازات من ضبط تشكيل عصابي من الجالية الأثيوبية، يقوم بالنصب والاحتيال على المواطنين والمقيمين من خلال إدارة مكتب وهمي للعمالة المنزلية عن طريق إيواء المتغيبين وتشغيلهم بشكل مخالف للقانون، حيث يقوم هؤلاء بإيهامهم بأنهم يعملون في مكتب مرخص للعمالة المنزلية، وهو في =

كذلك يلتزم مكتب الاستقدام بدفع نفقات إعادة الخادم إلى بلده، وذلك في حال رفض الخادم للعمل أو امتناعه عن العمل لصالح المخدم.

ثانياً - التزامات أخرى متفرقة:

وهذه التزامات نصت عليها أغلب القوانين المعنية بتنظيم العمالة المنزلية، وهي التزامات متفرقة تقع على عاتق مكتب الاستقدام. منها حظر استقدام أي خادم سواء كان ذكراً أو أنثى، يقل عمره عن ٢١ سنة ميلادية، للعمل كخادم لرَبِّ العمل المنزلي، وأيضاً يلتزم بعدم نشر أي إعلان، أو الترويج للعمالة المنزلية، وتصنيفها على أساس العقيدة أو الجنس أو اللون أو التكلفة، أو الإعلان عنها بطريقة مهينة لأدمية الإنسان. فعلى سبيل المثال نجد في بعض الإعلانات أنَّ مكاتب الاستقدام تقوم بتحديد ديانة الخادم من حيث إنه مسلم أو غير مسلم، كذلك الإعلان عن اختلاف التكلفة باختلاف جنسية الخادم، وكونه أسيوياً أو إفريقياً أو غير ذلك، فأصبح لكل خادم سعرٌ وتكلفةٌ، يتم ترويجها والإعلان عنها وكأننا في سوق للنخاسة.

وأيضاً يلتزم صاحب المكتب باستقبال الخادم فور وصوله إلى البلاد وتوفير السكن الملائم له، وبعد ذلك تسليمه لرَبِّ العمل المنزلي خلال ٢٤ ساعة، ما لم يثبت أنَّ هناك مانعاً يحول دون ذلك.

الخاتمة:

بعد التمعُّن والاستقراء في نصوص قانون العمل المنزلي نجد أنَّ العامل المنزلي مازال في مرتبة أدنى من مرتبة العامل في القطاع الأهلي، ولم أجد أية مسوغات أو مبررات قانونية لهذه التفرقة سوى عدم اعتراف المجتمع العربي بأهمية العامل

= الحقيقة مكتب وهمي. هذه العصابة ليست الأولى، ولن تكون الأخيرة التي تلجأ إلى النصب والاحتيال في خداع المواطنين والمقيمين في مسألة الخدم، حيث تزداد هذه الظاهرة مع اقتراب شهر رمضان المبارك. ويبدأ سيناريو النصب بنشر إعلانات تنازلٍ وبيع وتأجير خدم من كافة الجنسيات، بمبالغ تتراوح ما بين ١٦٠ إلى ٣٠٠ دينار كويتي أجرة الخادمة في الشهر، وبعد الاتفاق يتم إيصال الخادمة إلى صاحب المنزل واستلام المبلغ المتفق عليه وإعطائه إيصالاً بالمبلغ، وبعد مغادرة المندوب يبدأ مسلسل الهروب من قبل الخادمة من منزل المخدم، فيلجأ الأخير إلى المكتب الذي جلب منه الخادمة بموجب الإيصال لاسترداد المبلغ الذي دفعه، فيتفاجأ بعدم وجود مكتب، مما يضطره إلى الذهاب إلى أقرب مخفر للإبلاغ عن عملية النصب التي وقع ضحيتها، لكن سرعان ما يصاب بالدهشة والذهول عندما يبلغه المخفر بأنه الضحية رقم مائة! انظر: نايف كرم، سوق سوداء للخدم ومكاتب للنصب والاحتيال، جريدة القبس، الكويت، ١٧ مايو ٢٠١٦.

المنزلي ووجوب احترام عمله، فكان لتوجُّه المجتمع أثره على التشريعات والقوانين التي تعالج حقوق العمال المنزليين، فتم إقصاؤهم من قوانين العمل تحت حجج واهية وضعيفة.

إنَّ تنامي اعتماد الأسرة الخليجية على تلك العمالة الموسومة بـ "عمال الخدمة المنزلية"، قد أفرز ظاهرة اجتماعية لا يمكن التَّنكُّر لوجودها، إذ أصبحت واقعاً نعيشه ونتعاطى معه، لذلك وجِبَ أن تكون فلسفة المُشرِّع هي التبني والمساواة لا الإقصاء والتمييز بين العامل المنزلي والعامل في القطاع الأهلي.

وعلى الرغم من وجود بعض التشريعات القانونية الخليجية المعنية بالعمالة المنزلية، إلا أنها شبه معطلة، ولا يتم تطبيقها على أرض الواقع، فهي تحتاج إلى جدية في التطبيق من قبل الدولة، وكذلك نشر الوعي بها.

التوصيات:

١ - إنَّ من أبرز المشاكل والصعوبات التي واجهتُها في كتابة هذا البحث هي قلة المراجع والمقالات القانونية المعنية بالعمالة المنزلية، لذلك أرى أنه لا بد من عقد الندوات والمؤتمرات القانونية التي تبحث في موضوع تنظيم العمالة المنزلية، وكذلك لا بد من إجراء دراسات قانونية واجتماعية واقتصادية في هذا المجال، تكون مرجعاً لكل باحث في موضوع العمالة المنزلية.

٢ - نظراً إلى أن أغلب العمالة المنزلية هي من القوة البشرية الوافدة من دول نامية، فليس مستغرباً جهلهم وعدم معرفتهم بحقوقهم القانونية؛ لذلك يجب ترجمة قانون العمالة المنزلية والذي صيغ بلغة الدولة (اللغة العربيّة) - يجب ترجمته إلى جميع لغات العمالة المنزلية الأجنبية وتزويدهم بها ليعرفوا أنَّ هناك قانوناً يحميهم، أو على الأقل ترجمة بعض مواد التي تهم هذه العمالة المنزلية، لاسيما تلك المتعلقة بالمعاملة الحسنة وضرورة دفع الرواتب الشهرية في مواعيدها، وحقهم بالشكوى إذا لزم الأمر إلى سفاراتهم لحفظ حقوقهم، وإذا تَعَدَّتِ الترجمة يمكن إرسال نُسخ من القانون إلى سفارات بلدانهم، وعندئذ تكون السفارة حرة بترجمته إلى لغة بلدها للرجوع إليه في أي شكوى تصلهم من مواطنيهم، وكذلك إرسال هذا القانون إلى مكاتب الاستقدام لإعطائهم نُسخاً من هذا القانون مع العقد الموقع معهم أو مع مَنْ يستخدمونهم^(٦١).

(٦١) بدر عبد الله المديرس، قانون العمالة المنزلية في الكويت، جريدة الوطن، الكويت، ٢٠ أغسطس ٢٠١٥.

- ٣ - تشديد الرقابة على مكاتب الاستقدام، وتغليظ العقوبات على المكاتب المخالفة للقانون؛ ذلك أنَّ بعض المكاتب يقوم باستغلال حاجة العامل ورَبِّ العمل، فيتقاضى رسوماً مبالغاً فيها، أو يمارس عمله دون الحصول على التراخيص الرسمية من الدولة. وهذا ما يسمى بمكاتب الخدم الوهمية.
- ٤ - إنَّ القوانين لا تحقق الغرض الذي شرعت من أجله ما لم تقم أجهزة الدولة بتنفيذها وتطبيقها على أرض الواقع، فقانون العمالة المنزلية يحتاج إلى تطبيقه من قِبَل وزارتي: الداخلية والشؤون الاجتماعية والعمل، كذلك الرقابة الدورية على مكاتب الاستقدام ورَبِّ العمل المنزلي للتأكد من عدم وجود أية تجاوزات أو مخالفات لقانون العمل المنزلي.

المراجع

المراجع العربيّة:

- د. أحمد حسن البرعي ، الوجيز في قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م.
- آريفان مصطفى محمد، عقد الخدمة في المنازل دراسة تحليلية مقارنة، ٢٠١٠، دار الكتب القانونية، مصر.
- السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الكويتي، طباعة وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، سنة ١٩٩٧.
- جمال فاخر النكاس، قانون العمل الكويتي المقارن، الكويت، دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩-٢٠١٠م.
- حسام كامل الأهواني، مقدمة القانون المدني "نظرية الحق"، دار النهضة العربيّة، القاهرة،
- خالد الهندياني وعبدالرسول عبدالرضا، شرح أحكام قانون العمل الكويتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م، الطبعة الثانية، الكويت، ٢٠١٢م.
- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الكتب القانونية شتات، مصر.
- طارق عبدالرؤوف صالح رزق، شرح قانون العمل الكويتي رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ وتعديلاته بالقانون رقم ٩٠-١٠٨-١٠٩ لسنة ٢٠١٣، دار النهضة العربيّة، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤م.
- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ٢٠٠٤، منشأة المعارف، مصر.
- عبدالرؤوف الجرداوي، ظاهرة الخدم والمربّيات وأبعادها الاجتماعية في الدول الخليجية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥.
- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، عقد العمل في ضوء أحكام قانون العمل العماني: الأحكام العامة لقانون العمل العماني - مفهوم وآثار وانقضاء عقد العمل، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢م.
- د. عدلي خليل، التعليق على نصوص قانون العمل: دراسة عملية تفصيلية، وشرحاً وافياً لكل نص من نصوص القانون، عالم الكتب، ١٩٩٠م.

- عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، وزارة التعليم العالي والبحث العملي، دار المعرفة، لسنة ١٩٨٠.
- علي عوض حسن، مختصر الوجيز في شرح قانون العمل، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠١.
- محمد التويجري، قانون العمل والعمال في دولة الكويت ودول مجلس التعاون الخليجي وجمهورية مصر العربيّة وملحق بأحكام محكمة التمييز الكويتية الحديثة، مجموعة محمد التويجري للدراسات القانونية، المجلد الأول، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٣.
- د. محمد حسين منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.
- محمود جمال الدين زكي، قانون العمل الكويتي، الكويت، جامعة الكويت، سنة ١٩٨٣.
- منذر عبدالعزيز الشمالي ونايف مطلق المطيري، تأديب العاملين في القانون الكويتي، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٦.
- د. نادرة محمود محمد سالم، عقد العمل دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
- د. هشام فرعون، قانون العمل: تنظيم علاقات العمل في ضوء تشريع دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٩م.
- د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار المعرفة الجامعية، ١٩٨٧م.

المراجع الأجنبية:

- Francesco rotondi, diritto del lavoro e delle relazioni industriali, wolters Kluwer 2014.
- Franco anelli e carlo granelli, manuale di diritto private, Ventiduesima edizione, Giuffrè Editore, 2015.
- Riccardo Del Punta, diritto del lavoro, Giuffrè Editore, 2016.
- Massimo Roccella e Tiziano Treu, Diritto del lavoro dell'Unione Europea, CEDAM Editore, 2016.
- Mariella Magnani, Diritto dei contratti di lavoro, Giuffrè Editore, 2009.

- Fabio Licari, Colf e badanti. Soluzione per la gestione del rapporto di lavoro domestic, Ipsoa Editore, 2017.

المجلات والدراسات:

- التنظيم القانوني لاستخدام عمال الخدمة المنزلية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربيّة، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية، العدد ٥٨، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
- العمالة الأجنبية في أقطار الخليج العربيّ، مركز دراسات الوحدة العربيّة.
- أنور الفزيع، سلطة ربّ العمل في تغيير العمل المتفقّ عليه، مجلة الحقوق، السنة ١٣، العدد ٤، ديسمبر ١٩٨٨.
- مشاعل الهاجري، تطور المنظور القانوني للعمل: من السلعة إلى القيمة - دراسة في المفاهيم الاقتصادية والسياسية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بقيمة العمل وأثرها في التشريع الكويتي الوطني قانون العمل رقم ٦ لسنة ٢٠١٠، مجلة الحقوق، العدد ١، السنة ٣٩، مارس ٢٠١٥.
- ندى يوسف الدعيج، حماية الخدم الخصوصيين في ظل قواعد القانون الدولي، مجلة الحقوق، العدد ١، السنة ٣٣، مارس ٢٠٠٩.

الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية العمل اللائق للعمال المنزليين رقم ١٨٩، اعتمدت بتاريخ يونيو ٢٠١١.
- اتفاقية العمال المهاجرين ١٩٤٩ رقم ٩٧.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامة ٢١٧ ألف د-٣ المؤرخ في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨.

الأحكام القضائية:

- حكم المحكمة الدستورية رقم ٢٥ لسنة ٢٠١٥.
- نقض جنائي مصري ٧ مارس ١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض.
- محكمة الاستئناف، الطعن ٢٠٠٤/٦٠١ مدني جلسة ٢٣/٥/٢٠٠٥.
- المحكمة الكلية، دائرة تجاري مدني جزئي، بتاريخ ١٦/٢/٢٠١٧.

القوانين واللوائح:

- قانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية، الكويت.
- قانون العمل البحريني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢.

- قواعد وشروط العمل الخاصة بالمستخدمين بالمنازل، سلطنة عمان.
- قرار وزاري رقم (١٩٩/ع) لسنة ٢٠١٠م في شأن تحديد اشتراطات ومواصفات السكن المناسب للعمال.
- قرار وزاري رقم ٢٣٠٢ لسنة ٢٠١٦ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية، حيث تضمن تحديد الحد الأدنى لأجور العمال المنزليين.
- قرار وزاري رقم ٢١٩٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٦٨ لسنة ٢٠١٥ في شأن العمالة المنزلية.
- قرار رقم (٤) لسنة ٢٠١٤ بشأن تنظيم تصاريح عمل خدم المنازل ومن في حكمهم، دولة البحرين.
- لائحة عمال الخدمة المنزلية ومن في حكمهم، قرار رقم ٣١٠ تاريخ ١٤٣٤/٩/٧، المملكة العربية السعودية.

المقالات:

- بدر عبدالله المديرس، قانون العمالة المنزلية في الكويت، جريدة الوطن، الكويت، ٢٠ أغسطس ٢٠١٥.
- نايف كرم، سوق سوداء للخدم ومكاتب للنصب والاحتيال، جريدة القبس، الكويت، ١٧ مايو ٢٠١٦.

المراجع الإلكترونية:

- نادية راضي، أسعار تكلفة استقدام العمالة المنزلية الجديدة والرواتب النظامية في الكويت، موقع المرسال الإلكتروني، ٦ يناير ٢٠١٦، في: <http://www.almrsal.com/post/301424>

الإبعاد الإداري في دولة الكويت ومدى مخالفته لحق التقاضي في القانون الدولي لحقوق الإنسان

الدكتور/ علي حسين الدوسري
قسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تملك الدولة - وفقاً لمقتضيات أحكام القانون الدولي - مبدأ السيادة داخل إقليمها، وعلى أساسه يتم استبعاد الأجانب غير المرغوب فيهم لأسباب ودوافع قد تتعلق بكل ما يخل بالأمن والنظام العام أو المصلحة العليا للدولة.

وقد اهتم القانون الدولي العام بحق الفرد في الهجرة والإقامة والتنقل، إلا أنه كفل أيضاً للدولة الحق في إبعاد من يشكل خطراً عليها، ومن ثم فقد أصبح حق الدولة في الإبعاد قاعدة قانونية من خلال ما تتمتع به الدولة من سلطات تقديرية واسعة في إنهاء إقامة الأجانب وإبعادهم وذلك وفقاً لحقها في البقاء وصيانة لمصالحها.

وتكمن أهمية الدراسة في أن دولة الكويت - بحكم تميزها الاقتصادي وموقعها الجغرافي ووفرة العمالة الأجنبية - تتعرض لبعض صور الإخلال بالأمن أو المساس بالمصلحة العليا للبلاد وهو ما يتطلب فاعلية الإجراءات التي تتخذها الأجهزة الأمنية لتحقيق النظام العام، وتبرز حق سلطة الإدارة في إبعاد الأجنبي الذي يخالف أوامر النظام العام الكويتي وهو ما سوف نتناوله من خلال عرضنا لمفهوم الإبعاد وطبيعته القانونية وآثاره، وأخيراً موقف التشريعات المقارنة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان منه.

مقدمة:

تملك الدولة - وفقاً لمقتضيات أحكام القانون الدولي - مبدأ السيادة داخل إقليمها، وعلى أساسه يتم استبعاد الأجانب غير المرغوب فيهم لأسباب ودوافع قد تتعلق بكل ما يخل بالأمن والنظام العام أو المصلحة العليا للدولة.

وقد اهتم القانون الدولي العام بحق الفرد في الهجرة والإقامة والتنقل، إلا أنه كفل أيضاً للدولة الحق في إبعاد من يشكل خطراً عليها، ومن ثم فقد أصبح حق الدولة في الإبعاد قاعدة قانونية من خلال ما تتمتع به الدولة من سلطات تقديرية واسعة في إنهاء إقامة الأجانب وإبعادهم وذلك وفقاً لحقها في البقاء وصيانة لمصالحها.

ولما كان التشريع في دولة الكويت يساير مبادئ القانون الدولي في قبول الأجانب في الإقامة على أرض الدولة، وفي تمتع الأجنبي بسائر الحقوق اللازمة لحياته

وكيانه الإنساني؛ فإنه ولضمان وحماية السيادة الوطنية - وعلى غرار بلدان العالم - وضعت دولة الكويت قوانين وإجراءات تنظم عملية دخول وخروج الأجانب مما يسمح ويمكن أجهزة الأمن من تتبع ومراقبة تحركات الأجانب المقيمين أو العابرين أو أولئك الذين في وضعية غير شرعية عبر كافة أرجاء الوطن، ذلك لأن ضروريات الأمن تحتم على الدولة إبعاد الأجانب، غير المرغوب فيهم إما لأسباب أمنية أو سياسية أو صحية أو أخلاقية أو اقتصادية، إذ أن للدولة سلطة واسعة لوضع القواعد الخاصة بتحديد سياستها في دخول الأجانب وكيفية إقامتهم على أرض الدولة مع مراعاة الحد المتعارف عليه لحقوق الأجانب وتأمين الضمانات القانونية والإنسانية لهم.

ومن المعروف أن التطورات الأخيرة التي عرفتتها البلاد وخاصة في ظل تدفق الاستثمار الأجنبي وما صاحبه من دخول الأجانب بكثرة، وكذا التطورات الأخيرة التي تشهدها دول الجوار (العراق، اليمن، سوريا)، فضلاً عن التنظيمات الإرهابية الناشطة، فإن الكويت أقرت إجراءات تحدد شروط إقامة الأجانب وإبعادهم في إطار الدستور والمبادئ القانونية ذات الشأن، مع ما يتلاءم بالظروف الجديدة والتطورات التي عرفتتها البلاد على المستويات كافة وخاصة في المجال الاقتصادي والأمني.

أهمية البحث:

لا جدال في أن تدبير الإبعاد قد تعاضمت أهميته في الوقت الحاضر بعد أن أصبح العالم قرية صغيرة، بحيث ينتقل الأفراد من أدناه إلى أقصاه خلال ساعات معدودة.

فلم يعد متصوراً في عالم اليوم أن تعيش إحدى الدول منعزلة على نفسها، رافضة كل وجود للأجانب على أراضيها، بل أن كثيراً من الدول تسعى جاهدة إلى جذب السياحة والاستثمارات الأجنبية إليها، ومن شأن هذا التطور أن يزيد من فرص تطبيق تدبير الإبعاد عن الدولة، إذا ارتكب الأجنبي ما يمس المصلحة العليا للدولة. وتزداد أهمية دراسة الإبعاد بالنسبة للدول التي تستضيف عدداً كبيراً من الأجانب على أراضيها، كما هو الحال في دولة الكويت التي تستضيف ملايين الأجانب الذين يأتون لأغراض العمل والإقامة على أراضيها.

كما تكمن أهمية البحث في أن دولة الكويت - بحكم تميزها الاقتصادي وموقعها الجغرافي ووفرة العمالة الأجنبية - تتعرض لبعض صور الإخلال بالأمن أو المساس بالمصلحة العليا للبلاد، وهو ما يتطلب فاعلية الإجراءات التي تتخذها الأجهزة الأمنية لتحقيق النظام العام، وتبرز حق سلطة الإدارة في إبعاد الأجنبي الذي يخالف أوامر النظام العام الكويتي، فضلاً عن أن دولة الكويت تعاني من مشكلة عديمي الجنسية

(البدون) وبالتالي فإن إبعاد هؤلاء يثير صعوبة عملية سواء في تنفيذه أو في إحجام الدول الأخرى عن استقبالهم على أراضيها.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- التعريف بالإبعاد الإداري وأسبابه ومشروعيته.
- تحديد المبادئ القانونية، والإجراءات الموضوعية فيما يتعلق بإبعاد الأجانب.
- بيان إلزامية الدولة وتقيدها بالمبادئ والقوانين الدولية والوطنية.

تساؤلات البحث:

- ما مفهوم الإبعاد؟
- ما الطبيعة القانونية للإبعاد وماهي آثاره؟
- ما موقف التشريع المقارن وحقوق الإنسان من الإبعاد؟

منهج البحث:

ينتهج هذا البحث:

- المنهج الوصفي التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالتنظيم الإداري لإبعاد الأجانب في الكويت.
- المنهج المقارن، إذ أنه رغم الاعتماد على دراسة التشريع الكويتي فإن البحث يتناول أيضاً المقارنة ببعض التشريعات العربية الأخرى ذات الصلة بموضوع البحث.

خطة البحث:

يرى الباحث أنه من الملائم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

- المبحث الأول: مفهوم الإبعاد.
- المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للإبعاد وآثاره.
- المبحث الثالث: الإبعاد في التشريع المقارن والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- الخاتمة (النتائج - التوصيات).

المبحث الأول مفهوم الإبعاد

تمهيد وتقسيم:

كان الاتجاه السائد في النظام الدولي التقليدي أن الدولة لها سيادة مطلقة على إقليمها سواء أكانت سيادة داخلية أم سيادة خارجية^(١)، فهي تتمتع بكامل الحرية في طرد الأجنبي من على إقليمها فهو ليس مثار نزاع في القانون الدولي^(٢).

غير أن الفقه استقر على اعتبار سيادة الدولة مقيدة بما تفرضه قواعد القانون الدولي من التزامات تعلو على إرادة الدول، فهذه الحرية مقيدة داخلياً وخارجياً^(٣). وعليه سوف نتناول هذا المبحث من خلال عرضنا لمفهوم الإبعاد، وأسبابه وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الإبعاد وأنواعه.

المطلب الثاني: أسباب الإبعاد.

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٥، ومثال ذلك:

- في قضية (Boffolo)، أكد المحكم أنه: "لا يمكن الشك في أن الحكومات تملك سلطة عامة تخول لها طرد الأجانب، لسبب ما على الأقل...". لمزيد من التفصيل، انظر:

Affaire Boffolo, Commission mixte des réclamations Italie/Venezuela, 1903, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. X, p. 531. Disponible sur:

[http://context.reverso.net/traduction/francais-anglais/ Commission + mixte + des + r%C3%A9clamations](http://context.reverso.net/traduction/francais-anglais/Commission+mixte+des+r%C3%A9clamations)

وفي ذات الاتجاه سارت بلجيكا وفنزويلا في قضية (Paquet) حيث أعلنت أن "الحق في طرد الأجانب من الأراضي الوطنية، أو في حظر دخولهم إليها، هو حق معترف به بوجه عام...". لمزيد من التفصيل، انظر:

Affaire Paquet, Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela, 1903, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, p. 325.

(٢) G. Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", Cursos Euromediterr?neos Bancaja de Derecho Internacional, vol. 3, 1999, p. 295.

(٣) نصت المادة ١٤ من نص مشروع الإعلان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٧٥/٠٤ لعام ١٩٤٩ بشأن حقوق الدول وواجباتها على واجب التقيد بالقانون الدولي، حيث جاء في مضمونها أنه: "على كل دولة واجب إدارة علاقاتها مع الدول الأخرى وفقاً للقانون الدولي وللمبدأ القائل بأن سيادة الدولة يسمو عليها القانون الدولي".

المطلب الأول تعريف الإبعاد وأنواعه

تختلف التسمية التي يطلقها المشرع الفرنسي على الإبعاد الإداري عن تلك التي يطلقها على الإبعاد القضائي. إذ يعرف الأول باسم expulsion، أي الإقصاء أو الإبعاد، بينما يسمى الثاني Interdiction du territoire français أي المنع من الأراضي الفرنسية^(١). بل إن القانون الفرنسي يعرف مصطلحاً ثالثاً، هو loignement du territoire وذلك عندما يتعلق الإبعاد الإداري بأحد رعايا الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي^(٢).

وتستخدم غالبية التشريعات العربية مصطلح الإبعاد كما هو الحال في قانون الجزاء الكويتي في المادة (٧/٦٦). بينما يستخدم المشرع اللبناني مصطلح "الإخراج من البلاد" في المادة (٨٨) عقوبات، وينفرد قانون الجزاء العماني باستخدام تعبير "طرد الأجنبي" في المادة (٤٨). ويستخدم المشرع الجزائري مصطلح "المنع من الإقامة" في المادة (١٣) من قانون العقوبات الجزائري.

أولاً - تعريف الإبعاد:

ليس هناك تعريف جامع ومانع محدد للإبعاد، بحيث يشكل تعريفاً متفقاً عليه، فلقد تعددت الآراء الفقهية، حيث يرى البعض أن الإبعاد الإداري هو:

- "تدبير احترازي مقيد للحرية يفرض على الأجنبي الذي يلزم به مغادرة الإقليم الوطني وحظر العودة إليه أبداً، أو المدة المحددة لهذا التدبير"^(٣).
- "تدبير احترازي مقيد للحرية وقاصر على الأجانب فقط، حين يشكل سلوكهم خطراً على السلامة العامة في المجتمع، فيفرض عليهم مغادرة الإقليم الوطني وعدم العودة إليه ثانية بصفة مؤبدة أو بعد مضي المدة المحددة لهذا التدبير"^(٤).

(١) G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc: Droit pénal général, 11e éd... Précis, Dalloz, Paris, 17^{éd}, 2000, no 591, p.472.

(٢) Gérard Cornu: Vocabulaire juridique, puf, Paris, 8 éd.2000, p.367.

(٣) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النقرى للطباعة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٥، ص ٩١٤.

(٤) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢ م، ص ٨٨٨.

- "قرار باعتباره تصرفاً تجريه الإدارة مستخدمة سلطاتها المقررة في القوانين واللوائح بهدف إبعاد الأجنبي عن البلاد جبراً عنه" (١).
 - "إخراج الشخص من إقليم الدولة بمعرفة السلطة العامة بغير رضاه متى ثبت أنه يشكل خطراً على أمنها الداخلي والخارجي إذا بقي موجوداً على الإقليم" (٢).
 - "قرار تصدره الدولة عن طريق سلطاتها العامة لأسباب تتعلق بأمنها وسلامتها الداخلية والخارجية عندما يتبين وجود أشخاص أجنبى غير مرغوب فيهم، وتطلب الدولة بمقتضاهم مغادرة إقليمها خلال مدة محددة وعدم الرجوع إليه تحت طائلة التعرض للجزاء والإفراج بالقوة" (٣).
- والإبعاد إجراء مقصور على الأجانب، فلا يجوز للدولة إبعاد رعاياها، فالقاعدة أن الدولة تتحمل أعباء رعاياها وتستفيد من إقامتهم طبقاً للمبادئ الدستورية العامة التي تستمد قوتها من الضمير الإنساني والضمير الدولي.
- كما أن القاعدة أنه لا يجوز للدولة إبعاد مواطنيها أو منعهم من العودة إليها، ومن قبيل ذلك ما ورد في دستور دولة الكويت، ومقتضى ذلك، فإنه يحظر على الدولة إبعاد مواطنيها أو منعهم من العودة إليها.

تعريف الباحث:

يمكن تعريف الإبعاد الإداري بأنه: "إجراء تباشره السلطة الإدارية في الدولة بإقصاء أجنبي من إقليمها - تحقيقاً للصالح العام - وإكراهه على ذلك إذا اقتضى الأمر".

ثانياً - أنواع الإبعاد:

هناك نوعان من الإبعاد في القانون الكويتي وهما: الإبعاد القضائي، والإبعاد الإداري، ولكل نوع حالات تطبيقه.

- (١) محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي الخاص "المواطن ومركز الأجانب"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٨، ص ٣٧٣.
- (٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: المركز القانوني للأجانب "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٣٧.
- (٣) د. أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥/١٩٩٦، ص ٣٨.

١ - الإبعاد القضائي:

بالرجوع إلى نص المادة ٧٩ من قانون العقوبات الكويتي رقم ١٦/١٩٦٠، نجد أن النظام القانوني لدولة الكويت قد اشتمل على الإبعاد القضائي، حيث جاء في نص المادة أنه: "كل حكم بالحبس على أجنبي يجيز للقاضي أن يأمر بإبعاده عن الكويت بعد الانتهاء من تنفيذ عقوبته، وذلك دون الإخلال بحق السلطة الإدارية في إبعاد كل أجنبي وفقاً للقانون، فإذا حكم على الأجنبي بعقوبة جنائية أو عقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، حكم القاضي بإبعاده من الكويت بعد تنفيذ العقوبة، وعلى النيابة إعلان أمر القاضي بمجرد الانتهاء من تنفيذ العقوبة إلى السلطة الإدارية التي يتعين عليها تنفيذه".

نستخلص من نص المادة السالفة الذكر بأن المشرع الكويتي فرق بين حالتين من الإبعاد القضائي وهما:

أ - الإبعاد القضائي الوجوبي:

- يكون الإبعاد وجوبياً في حالة ما إذا حكم على الأجنبي بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، وهنا يجب على القاضي إبعاد الأجنبي من دولة الكويت بعد تنفيذ العقوبة.
- إن الإبعاد القضائي الوجوبي هو عقوبة تبعية، وبالتالي لا يجب على القاضي الحكم بها إلا بعد ارتكاب جريمة يعاقب عليها بعقوبة أصلية.
- إن نص المادة صريح في تحديد طبيعة الجريمة المرتكبة من قبل الأجنبي، فالجريمة محددة على سبيل الحصر (جنائية، أو عقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة)، وبالتالي لا يجوز للقاضي الحكم بإبعاد الأجنبي في حالة ارتكابه مخالفة من المخالفات المنصوص عليها في القانون، حتى ولو كانت العقوبة الأصلية مقيدة للحرية.

ب - الإبعاد القضائي الجوازي:

يكون الإبعاد جوازياً في حالة الحكم بالحبس على الأجنبي، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر بإبعاد الأجنبي عن الكويت بعد تنفيذ العقوبة.

٢ - الإبعاد الإداري:

ويعرف أيضاً بالخروج الإجباري، ويختلف عن الإبعاد القضائي الذي يصدر بناء على حكم بإبعاد الأجنبي عن أراضيها بسبب ارتكابه جريمة.

إلا أن هذا الإبعاد لا يمنع من إعطاء الفرصة للشخص المبعد لحماية حقوقه وممتلكاته وغيره من المصالح في الدولة، وإلا تعرضت الدولة للمطالبة الدولية^(١).

المطلب الثاني أسباب الإبعاد

ظهرت العديد من المحاولات الفقهية لوضع تفسيرات بخصوص مسألة أسباب الإبعاد، فتعددت بذلك الاتجاهات^(٢):

ففي بداية الأمر ذهب الفقه إلى أن سلطة الدولة في الإبعاد هي سلطة مطلقة تستمد مشروعيتها من كونها عملاً من أعمال السيادة، ويترتب على ذلك مسألتان مهمتان:

الأولى: أن الدولة تتمتع بسلطة تقديرية وليست مقيدة في مجال إبعاد الأجانب،

(١) في قضية هولاندر (Hollander)، طالبت الولايات المتحدة الأمريكية بتعويض من غواتيمالا على الطرد المستعجل لأحد مواطنيها، وأشارت إلى أن السيد هولاندر "... قُذِفَ به خارج البلد بكل ما في الكلمة من معنى، مخلفاً وراءه زوجته وأطفاله وعمله التجاري وممتلكاته، وكل شيء عزيز عليه ويعتمد عليه. [وادعت أن] حكومة غواتيمالا، بصرف النظر عما قد تجيزه قوانينها، ليس لها الحق في أوقات السلم والهدوء الداخلي في أن تطرد هولاندر بدون إشعاره أو إعطائه الفرصة لترتيب شؤون أسرته وعمله، بحجة أنه ارتكب جريمة مزمومة قبل ثلاث سنوات، انظر:

John Bassett Moore, History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party, Washington, vol. IV, p. 107

وفيما يتعلق بقضية طرد DR. Breger من جزيرة رودس في عام ١٩٣٨، يمكن القول إنه بموجب مبادئ القانون الدولي المقبولة بوجه عام، يجوز للدولة أن تطرد أجنبياً وقت ما تشاء، بشرط ألا تقوم بطرده بطريقة تعسفية، بأن تستخدم مثلاً قوة لا لزوم لها لتنفيذ الطرد أو تعامل الأجنبي معاملة سيئة أو ترفض أن تتيح له فرصة معقولة لحماية ممتلكاته. وبالنظر إلى بيان Dr. Breger الذي يفيد بأن السلطات الإيطالية قد أمرته بمغادرة جزيرة رودس في غضون ستة أشهر، يبدو من المشكوك فيه أن تنشأ مسؤولية الحكومة الإيطالية على أساس عدم منحه متسعاً من الوقت لحماية ممتلكاته". انظر:

- DJ Harris: Cases and Materials on International Law, 7th ed., London: Sweet & Maxwell, 2010, p. 470F.

(٢) د. عبد المؤمن بن صغير: إبعاد الأجانب على ضوء القوانين الكويتية وأحكام القانون الدولي: دراسة حالة (البدون) في دولة الكويت، مقال نشر بالعدد الأول من مجلة جيل حقوق الإنسان، ص ٦٦ وما بعدها، متاح على الموقع الإلكتروني:

<http://jilrc-magazines.com/wp-content/uploads/2014/01/jil-dts-homme-first-number.pdf>

وأن ممارستها لهذا الحق لا يلزمها بإبداء الأسباب والدوافع التي دعتها إلى ممارسة هذا الحق.

الثانية: إن الدولة بصدد قيامها بحق إبعاد الأجانب لا تخضع إلى رقابة قضائية كون أن تقرير هذا الحق نابع من السيادة.

أما الفقه الحديث، فيرى ضرورة توافر أسباب جدية تبرر مدى مشروعية القرار المتخذ من قبل الدولة عندما تقدم على إبعاد الأجانب تحت طائلة التعرض إلى المسؤولية الدولية^(١)، لأنه حتى وإن كان هناك خطر محدد بأمن وسلامة الدولة، إلا أن بعض الفقهاء يرون حتمية وضع معايير وأسس محددة للأسباب من خلال وضع قائمة تتضمن أسباب الإبعاد، لأن ذلك نابع من كون أن هذه الفكرة تجد تطبيقها في معاملة الأجانب على قدم المساواة مع الوطنيين، وهذا ما سوف ينعكس على فكرة نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب الذي يفرض وجود أسباب ومبررات يتم من خلالها الكشف عن الاتجاهات العامة للدول المتمدنة في معاملة الأجانب^(٢).

غير أن فكرة تواجد أسباب الإبعاد هي فكرة لا يمكن الاتفاق عليها^(٣)، فهي صعبة إن لم نقل مستحيلة، لعدم حصر أسباب الإبعاد، إذ تعتبر فكرة مرنة ومتغيرة ونسبية تتغير من حالة لأخرى ومن دولة لدولة، ووفقاً للظروف المحيطة بها، فما يعتبر في دولة ما سبباً لإبعاد الأجانب قد لا يعد في دولة أخرى كذلك، كما أن مسألة الإبعاد تختلف في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية.

وقد حدد المشرع الكويتي في المرسوم الأميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ الأحوال التي يصدر فيها أمر بإبعاد الأجنبي؛ فهناك أسباب وجوبية - "الإبعاد القضائي" - ترجع إلى القانون العام كإبعاد الأجنبي بعد الحكم عليه ببعض الجرائم على النحو الوارد بالمادة (٧٩) من قانون الجزاء الكويتي وهو ما أكدته البند الأول من المادة (١٦) من قانون إقامة الأجانب بالقول: "إذا حكم على الأجنبي وأوصت المحكمة

(١) يقصد بالمسؤولية الدولية بأنها: رابطة قانونية تنشأ في حالة الإخلال بالالتزام الدولي بين شخص القانون الدولي الذي أخل بالتزامه، وبين شخص القانون الدولي الذي أحدث الإخلال بالالتزام في مواجهته، د. عبد الكريم علوان: الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ١٥.

(٢) د. أحمد قسمت الجداوي: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٣٦٠.

(٣) د. عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي"، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥، ص ١٨.

بإبعاده عن البلاد"، كما أضافت المادة (١٦) حالات الإبعاد الجوازي - "الإبعاد الإداري" - في الفقرة الثانية والثالثة^(١). وعموماً يمكن رد أسباب إبعاد الأجانب إلى:

(١) أسباب أمنية:

وهذه الأسباب كما يتبين من وصفها أنها ذات طبيعة أمنية، سواء أكانت تندرج في إطار التدابير الوقائية، أم كانت تحقيقاً للمصلحة العامة أو المحافظة على الأمن العام والآداب العامة وهي تدخل في عموم النظام العام بمشتملاته الثلاثة.

ومؤدى هذه الأسباب أنها ذات طبيعة أمنية وينبثق منها أسباب أخرى إما سياسية وإما اقتصادية، ووجه الارتباط أن الأسباب الأخيرة ذات تأثير على موجبات الأمن.

(٢) أسباب الإبعاد ذات الطبيعة الأمنية:

يقصد بالأمن هو استتباب الاستقرار والنظام داخل الدولة بما يحقق الاطمئنان لدى كافة الأشخاص المتواجدين على أراضيها، سواء أكانت تندرج في إطار التدابير الوقائية، أم كانت تحقيقاً للمصلحة العامة أو المحافظة على النظام العام بأوصافه الثلاثة: الأمن العام والسكينة العامة والآداب العامة^(٢).

إن تواجد الأجنبي داخل إقليم الدولة، قد يشكل خطراً على أمنها إذا اصطدم بأحد المشتملات الثلاثة للنظام العام، أو أية اضطرابات داخلية من شأنها زعزعة الاستقرار الداخلي للدولة، وهو ما يحتم إبعاد الأجنبي عن إقليمها، وهذا ما نص عليه المشرع الكويتي في قانون الإقامة في نص المادة ١٦^(٣).

وقد استقر في القانون الدولي العام أن سوء السيرة في حد ذاته يشكل أحد أقوى مبررات الإبعاد، إذ أن مجرد سوء السيرة من شأنه الإخلال بالنظام العام والآداب والسكينة العامة، فيكون مبرراً مقبولاً للإبعاد.

(١) نصت المادة ١٦ من المرسوم الأميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ بقانون إقامة الأجانب ثانياً: إذا لم يكن للأجنبي وسيلة ظاهرة للعيش، ثالثاً: إذا رأى رئيس دوائر الشرطة والأمن العام أن إبعاد الأجنبي تستدعيه المصلحة العامة أو الأمن العام أو الآداب العامة".

(٢) د. عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص ٣٧٦-٣٧٧.

(٣) تنص المادة ١٦/ الفقرة ٠٣ من مرسوم أميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ المتعلق بقانون إقامة الأجانب الكويتي على أنه: "... إذا رأى رئيس دوائر الشرطة والأمن العام أن إبعاد الأجنبي تستدعيه المصلحة العامة أو الأمن العام أو الآداب العامة".

(٣) أسباب سياسية:

وتشمل الجرائم الكبرى المتعلقة بأمن الدولة، ومن الأسباب السياسية نجد جريمة التجسس كأحد أوجه أنماط الجرائم المستحدثة الماسة بأمن الدولة وتهديد كيانهما الخارجي، بالإضافة إلى المؤامرات والدسائس التي تحاك ضدها، ويدخل في نطاق ذلك كل الأعمال الفوضوية والتخريب وكل ما من شأنه كشف أسرار الدولة^(١).

(٤) أسباب اقتصادية:

قد تجبر الدولة على إبعاد الأجانب متى ظهر لها تهديد لاقتصادها الوطني من خلال ما يعتنقه الأجانب من أفكار وسياسات اقتصادية من الممكن أن تتعارض مع الاتجاهات والسياسات الاقتصادية لها، مما يكون له انعكاس سلبي في إحداث اضطرابات قد تهز من كيان الاقتصاد، أو كل ما تسعى الدولة إلى تحقيقه من برامج التنمية أو خطط التنفيذ.

(٥) أسباب صحية:

يجوز للدولة إبعاد الأجانب إذا كان مصاباً بمرض من الأمراض الفتاكة، ويؤخذ هنا المرض بمفهومه الواسع، بحيث يشمل الأمراض الوبائية والمعدية، ويندرج في عداد المرضى أيضاً المجانين والبلهاء^(٢).

إذ من متطلبات حفاظ الدولة على النظام العام هو حفظ الصحة العامة، حيث يقع على عاتق السلطة العامة اتخاذ الإجراءات اللازمة بغرض وقاية صحة الأفراد، أياً كان مصدر الخطر أو المرض، وإذا ما تبين لها وجود ذلك الخطر من قبل الأجانب المتواجدين على إقليمها جاز لها إبعادهم فوراً، إذ أن الإبعاد هو الطريقة الوحيدة لتفادي وقوع انتشار الكارثة التي من الممكن أن تنشأ عن هذا المرض.

(٦) أسباب اجتماعية:

غالباً ما تتدخل التشريعات الوطنية للدول بتنظيم بعض الأعمال والمهن والأنشطة ذات الطابع المهم، فتجعل ممارستها مقتصرة على مواطنيها بدل الأجانب وذلك بغية حماية العمالة الوطنية من المنافسة الأجنبية، فتحظر ممارسة تلك الأنشطة على الأجانب، أو تسمح لهم بمزاولة استثناء ووفقاً لشروط خاصة ومقيدة خصوصاً

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف: المركز القانوني للأجانب، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٢) د. رشيد حمد العنزي، الجنسية الكويتية / دراسة للنظرية العامة للجنسية المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن الجنسية الكويتية وتعديلاته، الكويت ١٩٩٥، ص ٨٨.

فيما يتعلق بالوظائف العامة والمهن الحرة، وبعض الأنشطة التي لها علاقة وطيدة بالأمن والاقتصاد الوطني.

وبالرجوع إلى الأسباب الاجتماعية، نجد أن ظاهرة الكسب غير المشروع تعتبر سبباً كافياً لإبعاد الأجانب، وهذا ما نصت عليه المادة ١٦ من قانون إقامة الأجانب الكويتي^(١).

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى ظاهرة يعاني منها المجتمع الكويتي وهي الاتجار بالإقامات وما ينتج عنها من خطورة جلب الأجانب دون عمل، وهي خطورة لها آثارها وتداعياتها الاجتماعية والأمنية وغيرها، وقد واجه المشرع الكويتي هذه الظاهرة فنص على تجريمها^(٢).

(١) تنص المادة ١٦ / الفقرة ٠٣ من مرسوم أميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ المتعلق بقانون إقامة الأجانب الكويتي على أنه: "... إذا لم يكن للأجنبي وسيلة ظاهرة للعيش".

(٢) نصت المادة ٢٤ من المرسوم الأميري رقم ١٧/١٩٥٩ المتعلق بقانون إقامة الأجانب الكويتي على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضي بها قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سهل لأجنبي الحصول على تصريح زيارة أو إقامة بالبلاد لقاء حصوله على مال أو منفعة أو قبوله وعداً بذلك، وتضاعف العقوبة إذا عاد إلى ارتكاب الجريمة خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم عليه".

ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حصل على هذا التصريح لقاء تقديمه مالاً ومنفعة أو وعداً بذلك".

المبحث الثاني الطبيعة القانونية للإبعاد وآثاره

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول هذا المبحث من خلال عرضنا للطبيعة القانونية للإبعاد (مطلب أول)، وآثار الإبعاد سواء على الشخص الأجنبي أو الدولة (مطلب ثان).

المطلب الأول الطبيعة القانونية للإبعاد

أولاً - الأساس القانوني للإبعاد:

يتنازع الفقه حول مدى حق الدولة في إبعاد الأجنبي عن إقليم الدولة اتجاهاً متضارباً.

الاتجاه الأول:

ويرى أن الإبعاد ليس إلا إلغاء لتصريح سابق بدخول الدولة أو الإقامة فيها، تصريح صادر من السلطة الإدارية أو الحكومية ولذا:

فإن الإبعاد يجب أن يكون من بين تلك الإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية تبعاً لتقديرها ووفقاً لما تراه، وينبني على ذلك أنه لا يجوز منح الأجانب أية ضمانات سواء أكان ذلك بتحديد أسباب الإبعاد أم بإعطاء الاختصاص لجهة أخرى غير الجهة الإدارية، وخاصة السلطة القضائية، بل ولا يمكنه أن يعتبر الإبعاد عقوبة بأية حال^(١).

ولكن هذا الرأي محل نقد كبير إذ يتجنى على حقوق الفرد وحرياته الطبيعية، ويهدر فكرة التضامن بين الدول القائمة على حرية الهجرة والانتقال والإقامة بين أبناء الدول المتمدنة.

الاتجاه الثاني:

يرى ضرورة منح الأجانب حرية مطلقة في اختيار الدولة التي يريدون دخول أراضيها والمكوث بها ما طاب لهم المقام حسب إرادتهم وهوى نفوسهم، أي منحهم حق المأوى دون قيد، بل إلى عدم التفرقة بينهم وبين الوطنيين من حيث التمتع بالحقوق المدنية^(٢).

(١) د. فؤاد شباط: الحقوق الدولية العامة، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٦، ص ١٥٣.

(٢) د. عبد الواحد محمد الفار: طبيعة القاعدة الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٣-١٤. أحمد مسلم: المركز القانوني للأجانب، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، الإسكندرية، سنة ١٩٥٣، ص ٤٣.

وتوفيقاً بين هذين الاتجاهين؛ فإن الاتجاه السائد في العصر الحديث يرى ألا تغلق الدولة أبوابها في وجه الأجانب بصفة عامة، إلا أن حقها في الدفاع عن كيانها وحماية مصالحها يستلزم الاعتراف لها بحقها في تقييد حق الأجانب في الدخول إلى أراضيها، بتحويلها سلطة منع الأجنبي من الدخول إلى إقليمها إذا اقتضت ضرورة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، فيجوز للدولة منع دخول الأجنبي إذا كان في دخوله خطر عليها من الناحية السياسية، كما يجوز لها منع دخوله إذا كان في وجوده بإقليمها خطر على الصحة العامة بسبب قدومه مثلاً من دولة تفشى فيها وباء معين^(١).

وقد حرصت دولة الكويت على تقرير حقها في الإبعاد بشكل صريح، من ذلك المرسوم الأميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ بقانون إقامة الأجانب الكويتي حيث نص صراحة على حق الدولة في إبعاد الأجانب^(٢).

ثانياً - الطبيعة القانونية للإبعاد:

يتفق الفقه الحديث في مجموعه على أن الإبعاد لا يعد عملاً من أعمال السيادة، كما لا يعد عقوبة جنائية تقضي به المحاكم القضائية، إنما هو إجراء أو عمل تباشره السلطة الإدارية في الدولة تحقيقاً للصالح العام حتى ولو كان بموجب حكم جنائي أو كآثر له، وتخضع الدولة في أثناء مباشرة حق الإبعاد لرقابة القضاء فيما لو تعسفت في استعمال سلطتها في اتخاذه أو تنفيذه، كما لو كان مبنياً على سبب غير مشروع أو تم تنفيذه بطريقة مهينة أو منافية للإنسانية^(٣).

فالإبعاد مقرر لأمن ومصلحة الجماعة الوطنية، فلا يجوز أن يتم ممارسته لمصلحة فردية كالتخلص من منافسة أصلاً أو لمنع المطالبة القضائية بحقوقه المكتسبة داخل الإقليم، والإبعاد ليس عقوبة جنائية، فلا يجوز معاملة المبعد كمجرم بل يجب ترك فرصة كافية لتقاضي حقوقه وتصفية إقامته هو والمنتمون إليه من أفراد

(١) د. غانم النجار: قضية انعدام الجنسية في الكويت، التطور واحتمالات المستقبل، دار ذات السلاسل للنشر والتوزيع (الكويت)، ١٩٩٦، ص ٢٦. وانظر كذلك:

Annuaire de l'Institut de droit international, vol. XII, 1892-1894, session de Genève, pp. 218-219.

(٢) نصت المادة ١٦ من المرسوم الأميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ بقانون إقامة الأجانب على أنه: "يجوز لرئيس دوائر الشرطة والأمن العام أن يصدر أمراً مكتوباً بإبعاد أي أجنبي، ولو كان حاصلاً على ترخيص بالإقامة".

(٣) قدرى الشهاوي: الموسوعة الشرطية القانونية، أعمال الشرطة ومسؤولياتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ١٩٦٩، ص ١١٢.

أسرته، ويكون لدولة هذا الأجنبي الذي تم إبعاده استعمال حق الحماية الدبلوماسية لطلب التعويض عن الإبعاد غير المشروع، وقد تصل إلى حد قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدولتين أو عن طريق لجان المطالبات الدولية.

وهذا الأمر على خلاف ما هو مقرر في قانون إنشاء الدائرة الإدارية في دولة الكويت رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٢ والذي قرر منع المحكمة الإدارية من النظر في المنازعات المتعلقة بقرارات إبعاد الأجنبي ومن ثم يمتنع على المحكمة الإدارية وسائر أنواع المحاكم النظر في مشروعية قرار إبعاد الأجنبي^(١).

إن المشرع قد حجب عن ولاية المحاكم عدداً من الأعمال الإدارية سواء أكانت أعمال إدارة أم كانت تحت بند استثناء خاص، بحيث يبدو واضحاً ما حجه القانون على المحاكم من حقها في نظر جميع المنازعات متدخلاً في الرقابة القضائية بل ومنتزعاً منها أهم أشكال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وهو قضاء الإلغاء مكتفياً منها بقضاء التعويض، فضلاً عن منع المحاكم من التمعن الدقيق في تأويل القرار الإداري وتفسيره، بل إنه حتى في قضاء التعويض اشترط المشرع من خلال المذكرة الإيضاحية أن يكون التعويض نتيجة لأمر إداري باطلاً أو معيباً، وكيف يمكنه التحقق من بطلان القرار إذا لم يبحث في مشروعيته؟ فإذا تحقق من ذلك فإنه ممنوع عليه الحكم بإلغائه وليس في وسعه سوى تقرير التعويض عنه، وجاءت أحكام محكمة التمييز^(٢) لتؤكد ذلك

(١) نصت المادة رقم ١ "تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة، وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية، وتكون لها فيها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض: أولاً: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم. ثانياً: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة المدنية. ثالثاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بالترقية. رابعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدماتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم. خامساً: الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة".

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ٨٠/٤٠ - مستعجل جلسة ١٩٨٠/٧١٦ مجموع القواعد القانونية - التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٠/١/١٩٧٩ حتى ٣١/١٢/١٩٨٥ - القسم الأول - المجلد الثاني بند ٣ ص ٤٥٩، وأيضاً حكمها رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ - مجموعة الأحكام الإدارية الصادرة من الدائرة الإدارية الأولى خلال الفترة من سبتمبر حتى آخر ديسمبر ٢٠٠٤ (الجزء الأول).

بالضرورة باعتبار أن القضاء ينفذ ويطبق ويجتهد^(١) لكنه لا يشرع عند وجود النص؛ لهذا قررت محكمة التمييز بالنص على أن: "... المحاكم لا يمكن وفق نص المادة الثانية من المرسوم بقانون ١٩ لسنة ١٩٥٩ بشأن تنظيم القضاء أن تتعرض للأمر الإداري بأى تأويل أو إلغاء أو وقف تنفيذ"^(٢).

ويرى الباحث أنه يجب التفرقة بين الطبيعة القانونية للإبعاد القضائي والإبعاد الإداري؛ فالإبعاد القضائي لا يعد عملاً من أعمال السيادة حيث يجوز الطعن عليه، بينما الإبعاد الإداري عمل من أعمال السيادة لا يجوز الطعن عليه^(٣).

المطلب الثاني آثار الإبعاد

الإبعاد هو إقصاء الأجنبي عن البلاد، وإنهاء إقامته وهو ما يتطلب إخراجه فور إعلانه بقرار الإبعاد أو بعد إعطائه المهلة المقررة قانوناً لتصفية مصالحه، في ضوء الضوابط والقواعد المقررة في هذا الشأن، ويطبق هذا على الشخص المبعد دون باقي أفراد أسرته إذا لم يشملهم قرار الإبعاد، فإن شملهم فيجب إبعادهم مع عائلهم، وقد نص المشرع الكويتي في المادة ١٧ من قانون الإقامة على أنه: "يجوز أن يشمل أمر إبعاد الأجنبي أفراد أسرته الأجانب المكلف بإعالتهم".

(١) على الرغم من أن القضاء الإداري خاصة هو قضاء مبتكر بيد الحلول ويبتكر القواعد القانونية إلى جانب قيامه بمراقبة المشروعية والشرعية، ولهذا ينبغي للقانون ألا يقيده أو يمنعه من ذلك؛ لأن هذا المنع أو التقيد هو اعتداء على المشروعية - ويراجع حول مبدأ المشروعية: د. مجدي المتولي السيد يوسف: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية، القاهرة، ١٩٩٠.

- د. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، ١٩٨٤.

(٢) في بعض الحالات، منحت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تعويضات مالية عن الأضرار المعنوية الناجمة عن الطرد. ففي قضية (Belgique. v Moustaquim) رفضت المحكمة مطالبة بالتعويض عن فوات كسب بسبب طرد انتهكت فيه المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ولاحظت المحكمة غياب علاقة سببية بين الانتهاك وما ادعى من فوات الكسب. غير أن المحكمة قضت بمنح المطالب، على أساس منصف، مبلغ ١٠٠٠٠٠ فرنك بلجيكي كتعويض عن ضرر معنوي لاضطراره إلى العيش بعيداً عن أسرته وأصدقائه. راجع: AFFAIRE MOUSTAQUIM c. BELGIQUE, Judgment (Merits and Just Satisfaction Court (Chamber), (Requête no12313/86), 18/2/1991. Disponible sur: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno": "12313/86"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

(٣) راجع حيثيات أحكام محكمة التمييز في القضايا أرقام: ٢٠٠٢/٣٤٥، ٢٠٠٢/١٠١.

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون " ويجوز أن يشمل الأمر إبعاد أسرة الأجنبي معه بشرط أن يكون هؤلاء أجنب مثل، وأن يكون مكلفاً بإعالتهم، فيجوز إذن أن يشمل أمر الإبعاد زوجة الأجنبي وأولاده القصر، إذا كان هم الأشخاص الذين يعولهم، أما غيرهم من الراشدين الذين لهم مال وعمل مستقل عن مال أبيهم، فلا يبعدون إلا إذا بدر منهم شخصياً ما يوجب إبعادهم.

ومن آثار الإبعاد أنه يعد قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ العقود المبرمة معه ولا يلتزم بالتعويض في مواجهة المتعاقد الآخر، ويترتب على الإبعاد سقوط حق الأجنبي في الإقامة في البلاد إذا كان القرار صحيحاً، ويمنع من دخول إقليم الدولة إلا بإذن خاص من وزير الداخلية ويعاقب في حالة العودة دون صدور هذا الإذن الخاص أو مرور المدة المحظور فيها دخوله لإقليم الدولة المبعد منها، إلا إذا اضطر إلى الدخول بها لسبب لا دخل لإرادته فيه، فهو يقع تحت طائلة قانون العقوبات لانعدام القصد الجنائي، كما لو رفضت الدولة المبعد إليها دخوله في إقليمها أو اضطارره لعدم الخروج من دولة الإبعاد بسبب المرض أو لإلقاء القبض عليه لارتكاب جريمة معينة فيه^(١).

وإذا ألغي قرار الإبعاد إدارياً أو قضائياً زال كل ما يترتب عليه من آثار بائر رجعي، واعتبر كأن لم يكن وتعتبر إقامته متصلة ومستمرة.

ويمكن عرض آثار الإبعاد من خلال عرضنا لآثار الإبعاد على الشخص المبعد وكذا آثارها على الدولة، على النحو التالي:

أولاً - آثار الإبعاد على الشخص المبعد:

١ - آثار الإبعاد على الشخص الأجنبي:

أ - لما كان يترتب على الإبعاد سقوط حق الأجنبي في الإقامة بالبلاد فإنه يمنع من دخول إقليم الدولة إلا بإذن خاص من وزير الداخلية، ويعاقب في حالة العودة دون صدور هذا الإذن الخاص أو مرور المدة المحظور فيها دخوله للإقليم الكويتي - إلا إذا اضطر إلى الدخول بها لسبب لا دخل لإرادته فيه فهو لا يقع تحت طائلة قانون العقوبات لانعدام القصد الجنائي، ومثال ذلك لو رفضت الدولة المبعد إليها دخوله في إقليمها، وفي هذا الخصوص ما قد جاءت به المادة (١٩) من المرسوم بقانون إقامة الأجانب بالنص على أنه: " لا يجوز للأجنبي الذي سبق إبعاده العودة إلى الكويت إلا بإذن خاص من رئيس دوائر الشرطة والأمن العام "، وأما في حالة إلغاء

(١) قدري الشهاوي: الموسوعة الشريعة القانونية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

- قرار الإبعاد سواء أكان إدارياً أم قضائياً فإنه يزول كل ما يترتب عليه من آثار بأثر رجعي، ويعتبر كأن لم يكن، ويجوز له العودة دون أخذ الإذن الخاص المشار إليه.
- ب - نصت المادة (٢٢) من المرسوم رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ بقانون إقامة الأجانب على أنه: "إذا كان للأجنبي الصادر بإبعاده أو إخراجه مصالح في الكويت تقتضي التصفية، أعطى مهلة لتصفيتها بعد أن يقدم كفالة، ويحدد رئيس دوائر الشرطة والأمن العام مقدار هذه المهلة بحيث لا تزيد على ثلاثة أشهر".
- ج - يعتبر الإبعاد في حكم القوة القاهرة فتفسخ العقود التي أبرمها الأجنبي مع الغير بقوة القانون بسبب الإبعاد، ولا يكون هناك محل لمطالبة الغير بالتعويض عن مثل هذا الإجراء^(١).
- د - الأصل أن الإبعاد يقصر على من تقرر إبعاده ولكن قد يمتد إلى أشخاص آخرين إذا اجتمع لدى الإدارة مظنة اشتراك أفراد عائلة الأجنبي في الأعمال الأمنية التي دعت إلى اتخاذ هذا القرار، فإن الإدارة قد تدخل أفراد الأسرة هؤلاء مع عائلهم في قرار الإبعاد خاصة وإن إبعاد الأخير دون أفراد أسرته أمر يخالف طبيعة الأمور، فالزوجة من المناسب أن تكون بجانب زوجها وكذلك بالنسبة للأبناء الذين يخضعون لرعاية الوالدين أو عميدهم الذي تقرر إبعاده.
- ٢ - آثار الإبعاد على عديمي الجنسية (البدون)^(٢):

تمثل اتفاقية ١٩٥٤ بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية واتفاقية ١٩٦١ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية صكوكاً قانونية رئيسية في حماية الأشخاص عديمي الجنسية حول العالم، وكذا لحماية عديمي الجنسية والعمل على خفض حالاتها. وفي الوقت الذي تكمل فيه الاتفاقيتان معايير المعاهدات الإقليمية والقانون الدولي

(١) عبد الحفيظ بن عبيدة: الجنسية ومراكز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة ٢٠٠٧، ص ٢٨٣.

(٢) عديم الجنسية - A patride كما هو واضح من اسمه - هو "الشخص الذي لا تعتبره أي دولة مواطناً فيها بمقتضى تشريعها". وقد ورد هذا التعريف في المادة الأولى من اتفاقية نيويورك بشأن وضع عديمي الجنسية (١٩٥٤).

ويطلق في دول مجلس التعاون الخليجي على هذه الطائفة من الأشخاص لفظ "البدون". ولإبراز حقيقة أن البدون قد لا يكون كذلك فعلاً، وأنه ربما يكون فاقداً أوراقه الثبوتية فحسب، بدأت الدول العربية الخليجية تستعمل مؤخراً تعبير "الأشخاص الذين لا يحملون أوراقاً ثبوتية". د. عمر عبيد محمد الغول: نطاق تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان وفقاً للمعطيات التكنولوجية المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٤٧.

لحقوق الإنسان، فإن اتفاقيتي انعدام الجنسية تمثلان الاتفاقيتين الدوليتين الوحيدتين من نوعيهما^(١).

والجدير بالذكر أنه مثلما منحت الاتفاقية الدولية لعديمي الجنسية حقوقاً، فقد أوجبت عليهم في المقابل واجبات والتزامات تجاه الدولة التي يقيمون فيها، أو التي اتخذوها موطناً لهم، وهي أن ينصاعوا لقوانين وأنظمة تلك الدولة، وأن يتقيدوا بالتدابير المتخذة فيها لصيانة النظام العام.

وعلى الرغم من منح الاتفاقية الدولية لعديمي الجنسية لسنة ١٩٥٤ حقوقاً لهذه الفئة، إلا أن مسألة إبعاد الأجانب، تبقى حقاً من حقوق الدولة تتخذها في حق من هو مصدر خطر على إقليمها وأمنها كحق مطلق، لا تعقيب عليه ما لم تتخذ بصورة تعسفية، إلا أن الأمر يختلف مع عديمي الجنسية أو البدون، حيث لا يتم طردهم من إقليم الدولة، إلا بناء على الأصول الإجرائية التي ينص عليها القانون، على أن يسمح له - ما لم تتطلب ذلك أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني - بأن يقدم بيانات لإثبات براءته، وبأن يمارس حق الاعتراض ويكون له وكيل يمثل له لهذا الغرض أمام سلطة مختصة أو أمام شخص أو أكثر معينين خصيصاً من قبل السلطة المختصة، ويجب أن تمنح الدولة للمبعد الأجنبي مهلة معقولة ليلتمس خلالها قبوله بصورة نظامية في بلد آخر، ويحق للدولة خلال هذه المهلة فعل ما تراه ضرورياً من تدابير داخلية في حقه^(٢).

ثانياً - آثار الإبعاد على الدولة:

١ - تعهد التشريعات المعاصرة إلى جهة معنية تنفيذ قرارات الإبعاد وتحويلها السلطات التي تمكنها من النهوض بذلك، ولا يخلو الأمر من التنسيق مع جهات أخرى ذات صلة، وقد أسند المشرع الكويتي إلى إدارة الإبعاد في وزارة الداخلية اختصاص تنفيذ قرارات الإبعاد.

٢ - يجب على الدولة أن تتخذ الإجراءات الاحتياطية ضد الأجنبي المبعد خشية هربه، ولذا فمن حقها أن تأمر بحجز مَنْ يرى إبعاده حتى تتم إجراءات الإبعاد بحقه، واستجابة لذلك فقد نصت المادة ١٨ من قانون الإقامة الكويتي على أنه: "يجوز توقيف الأجنبي الصادر أمر بإبعاده لمدة تزيد على ثلاثين يوماً إذا كان هذا التوقيف ضرورياً لتنفيذ أمر الإبعاد، كما نصت المادة ٢٧ من قانون الإقامة

<http://www.unhcr.org/ar/4be7cc27457.html>

(١)

(٢) راجع: الاتفاقية الدولية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية التي تم اعتمادها في ٢٨ أيلول/ سبتمبر ١٩٥٤.

المصري على أن "لوزير الداخلية أن يأمر بحجز من يرى إبعاده مؤقتاً حتى تتم إجراءات الإبعاد، قد فوض وزير الداخلية، مدير مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية فيما يتعلق باختصاصه المنصوص عليه في المادة ٢٧ سالفه البيان" (١).

٣ - الأصل أن يتحمل المبعد نفقات إبعاده من ماله الخاص، وإذا لم يتوافر له المال اللازم لذلك تحملته الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي المبعد، وإذا تعذر ذلك تحملت الدولة المضيفة نفقات إبعاده من البلاد، وقد نص المشرع الكويتي في المادة ٢١ من قانون الإقامة المشار إليه سابقاً على أن "لوزير الداخلية أن يأمر بأن تكون نفقات إبعاد الأجنبي هو وأسرته وإخراجه من الكويت من مال هذا الأجنبي إذا كان عنده مال" (٢).

أما المشرع المصري فقد عاد إلى السفارات التابعة لدولة الأجنبي للعمل على تدبير الموارد المالية، ولكن عند الضرورة تتحمل الحكومة مصاريف الإبعاد وذلك في حالة إفسار الأجنبي وعدم قدرته على تدبير تذكرة السفر ورفضت دولته تدبير ثمنها، وتعرض حالته للنظر في ترحيله على نفقة الدولة (٣).

٤ - بالنسبة لإبعاد الوطني الطارئ، فالقاعدة كما نصت عليها المادة ٢٨ من دستور دولة الكويت هي عدم جواز إبعاد الوطنيين، إلا أن تشريعات بعض الدول قد أجازت إبعاد الوطني الطارئ فيما لو ارتكب عملاً يبرر ذلك.

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف: المركز القانوني للأجانب، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٣) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص ٧١.

المبحث الثالث

الإبعاد في التشريع المقارن والإعلان العالمي لحقوق الإنسان

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول هذا المبحث من خلال عرضنا لموقف التشريعات الوطنية من الإبعاد (مطلب أول)، يليها موقف حقوق الإنسان منه (مطلب ثان).

المطلب الأول

الإبعاد في التشريع المقارن

من المستقر عليه دولياً أن الدولة لا يوجد عليها التزام بالسماح للأجانب بالدخول إلى أراضيها أو الإقامة فيها خاصة في حالة عدم وجود معاهدة صريحة تخول هذا الحق للأجانب، فإذا حاول الأجنبي الدخول إلى إقليم الدولة كان من حقها منعه، وإذا كان قد دخلها فلها الحق في إبعاده.

ومن المبادئ المقررة في العرف الدولي أن للدولة الحق في تنظيم دخول وخروج الأجانب إلى أراضيها، وعادة ما يكون دخول الأجانب إلى الدولة نوعاً من الضيافة خاصة إذا كان دخول الأجنبي بسبب ترحب به الدولة مثل السياحة أو العمل أو طلب العلم أو التجارة أو الاستثمارات، أو حتى لو كان بسبب العبور عبر أراضيها إلى دولة أخرى، أو لأي سبب مشروع آخر بموجب القانون الداخلي لهذه الدولة.

وعادة ما تمنح الدولة الأجنبي حق الإقامة في إقليمها لفترة معينة قد تطول أو تقصر بحسب الغرض من هذه الإقامة، ويغادر الأجنبي إقليم الدولة باختياره في أي وقت يشاء خلال المدة المرخص له بالإقامة فيها، ويلتزم بمغادرة الدولة التي يقيم بها عند انتهاء مدة الإقامة مالم يكن قد حصل قبل ذلك على ترخيص من الجهة المختصة بتجديد إقامته لفترة أخرى.

وكما يجوز للأجنبي مغادرة إقليم الدولة باختياره؛ فإن هناك حالات يجبر فيها الأجنبي على مغادرة الدولة وذلك من منطلق المصلحة العامة لها أو بما لها من حق في منع دخول الأجنبي إلى إقليمها ابتداء إذا كان ثمة ما يبرر ذلك قانوناً، من باب أولى يكون لها حق مطالبته بمغادرة البلاد في أي وقت لما تتمتع به من سيادة على إقليمها وخاصة في حالة ما إذا كان في وجوده ما يهدد سلامتها وأمنها سواء أكان الأجنبي في زيادة مؤقتة أم دائمة، فلا يهم الفترة التي أقامها الأجنبي على أراضي الدولة سواء طالت أم قصرت، وسواء أتم هذه المدة المرخص لها بالإقامة فيها من السلطة المختصة أم لم يتمها.

وتكليف الأجنبي بمغادرة البلاد دون رضاه وهو ما يسمى بالإبعاد هو إجراء يكون من خلال ما للدولة من سلطة تقديرية فيما لو اعتبر ضاراً بشؤونها الداخلية والخارجية، وتلتزم الدولة في إبعاد الأجنبي بمراعاة الواجبات الإنسانية وكرامة آدمية الأجنبي، وأن يكون الإبعاد إجراء خالياً من التعسف أو سوء النية^(١).

ومما هو جدير بالذكر الإشارة إلى تشريعات بعض الدول فيما يتعلق بالإبعاد على النحو التالي:

- ١ - بالنسبة لقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ بشأن إقامة الأجانب في مصر: فقد نصت المادة (١) على أنه: "يعتبر أجنبياً في حكم هذا القانون، كل من لا يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة". ونصت المادة (٢٥) على أن: "لوزير الداخلية بقرار منه أبعاد الأجانب". ونصت المادة (٢٦) على أنه: "لا يجوز إبعاد الأجنبي من ذوي الإقامة الخاصة إلا إذا كان في وجوده ما يهدد أمن الدولة أو سلامتها في الداخل أو في الخارج أو اقتصادها القومي أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو السكينة العامة أو كان عالة على الدولة بعد عرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها في المادة ٢٩ وموافقتها". ونصت المادة (٢٧) على أنه: "لوزير الداخلية أن يأمر بحجز من يرى إبعاده مؤقتاً حتى تتم إجراءات الإبعاد". ونصت المادة (٢٨) على أنه: "يبين وزير الداخلية الإجراءات التي تتبع في إصدار قرار الإبعاد وإعلانه وتنفيذه". ونصت المادة (٣٠) على أن: "لمدير عام مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية بقرار منه أن يفرض على الأجنبي الذي صدر قرار بإبعاده وتعذر تنفيذه، الإقامة في جهة معينة والتقدم إلى مقر الشرطة المختص في المواعيد التي يعينها القرار وذلك إلى حين إمكان إبعاده". ونصت المادة (٣١) على أنه: "لا يسمح للأجنبي الذي سبق إبعاده بالعودة إلى أراضي الجمهورية العربية المتحدة إلا بإذن من وزير الداخلية".
- ٢ - وقد نصت المادة ٩ من دستور المملكة الأردنية الهاشمية على أنه:
أ - "لا يجوز إبعاد أردني من ديار المملكة".

(١) قدري الشهاوي: الموسوعة الشريعة القانونية، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

- ب - "لا يجوز أن يحظر على أردني الإقامة في جهة ما ولا يلزم بالإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة بالقانون".
- ٣ - كما نصت المادة ١٦ من النظام الأساسي لسلطنة عمان على أنه: "لا يجوز إبعاد المواطنين أو نفيهم أو منعهم من العودة إلى السلطنة".
- ٤ - كما نصت المادة ٣٨ من الدستور الدائم لدولة قطر على أنه: "لا يجوز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعهم من العودة إليها".
- ٥ - كما نصت المادة ٣٧ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه: "لا يجوز إبعاد المواطنين أو نفيهم من الاتحاد، كما نصت المادة ٣٨ على أن تسليم المواطنين واللاجئين السياسيين محظور".
- ٦ - كما نصت المادة ٥٦ من دستور الجمهورية اليمنية على أن: "حرية التنقل من مكان إلى آخر في الأراضي اليمنية مكفولة لكل مواطن ولا يجوز تقييدها إلا في الحالات التي يبينها القانون لمقتضيات أمن وسلامة المواطنين، وحرية الدخول إلى الجمهورية والخروج منها ينظمها القانون، ولا يجوز إبعاد أي مواطن عن الأراضي اليمنية أو منعه من العودة إليها".
- ٧ - كما نصت المادة ٢٨ من دستور الدولة الفلسطينية على أنه: "لا يجوز إبعاد أي فلسطيني عن أرض الوطن أو حرمانه من العودة إليه أو منعه من المغادرة أو تجريده من الجنسية أو تسليمه لأي جهة أجنبية".
- ٨ - كما نصت المادة ١٧ / فقرة ب من دستور مملكة البحرين على أنه: "يحظر إبعاد المواطن عن البحرين أو منعه من العودة إليها".

المطلب الثاني

الإبعاد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ديسمبر ١٩٤٨ على حرية الإقامة كحق من حقوق الإنسان الأساسية التي يجب كفالتها وحمايتها، فقد نصت المادة ١٢ من هذا الإعلان على أنه: "يحق لكل فرد أن يغادر أي بلد بما في ذلك بلده، كما يحق له العودة إليها"، ومن ذلك يتبين أن للأجنبي الحق في مغادرة إقليم الدولة التي يقيم فيها في أي وقت يراه ودون حاجة إلى إبداء أي أسباب قد تكون دفعته إلى مغادرة الدولة التي يقيم فيها، وهذا ما يسمى بالخروج الاختياري، وليس لسلطات الدولة أن تجبر الأجنبي على البقاء في إقليمها أو تحتجزه إلا لأسباب قانونية مثل محاكمته لارتكابه جريمة خلال إقامته على إقليم الدولة، أو لدفع بعض الحقوق

المادية المستحقة عليه للدولة مثل الضرائب أو الرسوم، أو للأفراد مثل الديون والقروض^(١).

وقد جاءت الوثيقة العالمية لحقوق الإنسان في مادتها السابقة مؤكدة على أن لكل إنسان الحق في الاعتراف له بشخصية قانونية أينما حل، وبالتالي يمكن القول بأنه يجوز للأجنبي في الدولة التي يقيم فيها أن يتمتع بجميع الحقوق القانونية.

وقد اهتمت الاتفاقيات الدولية اهتماماً كبيراً بتنظيم إبعاد الأجانب، ويظهر هذا الاهتمام في أن حق الدولة في الإبعاد صار يشكل خطراً كبيراً على حق الفرد في الهجرة والإقامة والتنقل، وهذه الحقوق كفلها القانون الدولي العام للأجنبي، إلا أنه كفل أيضاً للدولة الحق في إبعاد من يشكل خطراً عليها، لذا فقد أصبح حق الدولة في الإبعاد قاعدة قانونية من خلال ما تتمتع به الدولة من سلطات تقديرية واسعة في إنهاء إقامة الأجانب أو إبعادهم، وذلك وفقاً لحقها في البقاء وصيانة لمصالحها، ويفرض القانون الدولي بعض القيود على حق الدولة في الإبعاد^(٢)، حيث يتطلب من الدولة المتخذة لقرار إبعاد أجنبي إثبات أن وجوده على إقليمها يهدد الأمن العام، أو يمس بسلامتها في الداخل أو الخارج، أو أن يكون هناك ضرر منه على الاقتصاد القومي أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو السكينة العامة^(٣).

وكذلك عند تنفيذ قرار الإبعاد فإن الدولة تلتزم بأن يكون خالياً من الإجراءات التعسفية أو يمس الكرامة الإنسانية للشخص المبعد.

ويجب على سلطات الدولة عند اتخاذها قرار الإبعاد ضد الأجنبي أن تقوم بإبلاغه بهذا القرار، مع منحه فترة زمنية محددة لحين مغادرته البلاد، تمهيداً لإنهاء أي إجراءات أو معاملات أو تنفيذ أي التزامات قد يكون التزم بها الأجنبي المبعد أثناء فترة إقامته في تلك الدولة^(٤).

ومن الجدير بالذكر أن الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات

(١) <http://www.un.org/ar/documents/udhr/>

(٢) Patrick Daillier et Alain Pellet, Droit international public (Nguyen Quoc Dinh). 7e ed., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 83.

(٣) محمود شريف بسيوني: المعاهدات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٣٤.

(٤) Frédéric Sudre: Droit international et européen des droits de l'homme, PUF, Paris, 4 th ed, 1999, P 308.

الأساسية تجري تمييزاً بين الوطني والأجنبي، بحيث لا يجوز طرد أي شخص من إقليم الدولة التي يتمتع بجنسيتها سواء بإجراء فردي أو جماعي^(١).

وعلى أي حال ورغم أن الحقوق والحريات المنصوص عليها معترف بها لكل شخص دون تمييز إلا أن الدول المتعاقدة تحتفظ بهامش تقديم، ويقصد به هامش الحركة الذي تعترف به أجهزة الاتفاقية للسلطات الوطنية المكلفة باحترام أحكام الاتفاقية الأوروبية، فهذه الأخيرة يسمح لها بالتدخل من تلك الضمانات بصفة مؤقتة بسبب ظروف استثنائية إذ تنص المادة ١٥ من الاتفاقية على أنه: "يسوغ للدول الأطراف مخالفة الحقوق والحريات المحمية في حالة الحرب أو أي خطر عام داهم ماعدا الحقوق ذات الطابع المطلق"، فبالنسبة للاستثناءات نجدها معرفة بدقة وبالتالي فإنها تخضع لرقابة المطابقة، وفي هذا السياق لا تتضمن الاتفاقية سوى حكيمين متعلقين بالطرد ونقصد بهما المادة ٤ من البرتوكول التي تحظر الطرد الجماعي للأجانب، والمادة ١ من نفس البرتوكول رقم ٧ التي تمنح ضمانات إجرائية دنيا في حالات الطرد، ومن الملاحظ أن أجهزة الاتفاقية الأوروبية قد برهنت عن جرأة اجتهدانية، فقد منحت للدول الأطراف هامشاً في تقدير الحالات التي يجوز فيها الطرد والتي لم تنص عليها الاتفاقية دون أن يؤدي ذلك إلى تخلي الدول من التزاماتها تجاه الاتفاقيات^(٢). ومن الجدير بالذكر أن اللجنة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان قد أشارت إلى أنه على الدول المتعاقدة أن تقلص من حرية ممارستها لسلطتها التي منحها القانون الدولي العام^(٣).

الخاتمة:

إذا كان حق الأجانب في الدخول إلى إقليم الدولة والإقامة فيه هو تعبير عن حرية الأفراد في التنقل والإقامة؛ فإن هذا الحق ليس مطلقاً إذ يقابله حق الدولة المضيفة في حماية أمنها واستقرارها، وهو حق يقتضي تخويل هذه الدولة السلطة في إبعاد الأجانب استناداً إلى المصلحة العامة أو الآداب العامة.

(١) Andrew DRZEMCZEWSKI: La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Dossier sur les droits de l'homme n° 8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, réimpression de l'édition de 1984, pp. 5-6.

(٢) Frédéric Sudre: Droit international et européen des droits de l'homme, op.cit., p317.

(٣) Andrew DRZEMCZEWSKI: La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme, op.cit., P 12.

فلم يعد ينظر للإبعاد على أنه عمل من أعمال السيادة فحسب، وإنما يعد إجراء تلجأ إليه الدولة من منطلق حقها في البقاء وصيانة لمصالحها ولكيانها شعباً ومجتمعاً. وقد حرصت دولة الكويت على تقرير حقها في إبعاد الأجانب بشكل صريح، من ذلك المرسوم الأميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ الخاص بقانون إقامة الأجانب الكويتي، حيث نص صراحة على حق الدولة في إبعاد الأجانب.

ويتم الإبعاد الإداري بناء على تدابير أمنية مدروسة تؤكد الخطورة الأمنية التي تتطلب من قادة الشرطة إجراء فعالاً لا يحتمل التأخير، تحقيقاً لمصلحة مجتمع بأكمله.

وصفوة القول:

إن الإبعاد إجراء يؤدي إلى إخراج الأجنبي من إقليم الدولة المضيفة، وذلك استناداً إلى حقها السيادي في إبعاد العناصر المناوئة للأمن والنسيج الاجتماعي للدولة من إقليمها - باستثناء مواطنيها - وعليها أن تراعي عند اتخاذها وتنفيذها مبادئ القانون الدولي العام وحقوق الإنسان.

النتائج:

- ١ - الإبعاد الإداري تدبير تقتضيه المصلحة الأمنية حفاظاً على المصلحة العليا للبلاد واستقراراً للنظام العام.
- ٢ - الإبعاد يكون عادة للشخص الأجنبي غير المواطن، ولا يقوم الإبعاد في حق المواطن لأن الدولة هي المسؤولة عن إصلاحه وتأهيله.
- ٣ - يتطلب إبعاد الأجانب في ظل الظروف والمعطيات الدولية المعاصرة ضوابط إجرائية وموضوعية يجب على الدول التقيد بها عند ممارسة سلطاتها في إبعاد الأجانب.
- ٤ - يجب أن تترك فرصة كافية للمبعد لتقاضي حقوقه وتصفية إقامته هو ومن يعولهم من أفراد أسرته.
- ٥ - الإبعاد هو إقصاء للأجنبي عن البلاد، وإنهاء إقامته وهو ما يتطلب إخراجه فور إعلانه بقرار الإبعاد أو بعد إعطائه المهلة المقررة قانوناً لتصفية مصالحه، في ضوء الضوابط والقواعد المقررة في هذا الشأن.
- ٦ - يجوز أن يشمل الأمر إبعاد أسرة الأجنبي معه، بشرط أن يكون هؤلاء أجنبان مثله، وأن يكون مكلفاً بإعالتهم، فيجوز إذاً أن يشمل أمر الإبعاد زوجة الأجنبي وأولاده القصر إذا كانوا هم الأشخاص الذين يعولهم، أما غيرهم من الراشدين الذين لهم

مال وعمل مستقل عن مال أبيهم فلا يبعدون إلا إذا بدر منهم شخصياً ما يوجب إبعادهم.

٧ - الغاية من إبعاد الأجنبي هو عدم رغبة الدولة في تواجده على أراضيها وبالتالي يمتنع عليه دخوله الدولة التي أبعدته، هذا الأثر يحمل بين طياته معاقبة الأجنبي عند عودته متى كانت عودته إرادية ودون توافر الإذن الخاص الذي يتطلبه القانون^(١).

التوصيات:

- ١ - على الدولة أن تقرر مزيداً من الضمانات القانونية والإنسانية في حالات الإبعاد الإداري، بما لا يخل بموجبات الأمن ومقتضياته.
- ٢ - منح القضاء المستعجل حق رقابة مشروعية قرارات الإبعاد الإداري.
- ٣ - وضع حد لمشكلة البدون (عديمي الجنسية)، بمنحهم الجنسية الكويتية (المكتسبة) وفق تشريع يحدد مدة الإقامة والشروط القانونية والأمنية اللازمة.
- ٤ - الاهتمام بالأسلوب الأمني الوقائي خاصة منع دخول الأجانب غير المرغوب فيهم إلى أراضي الدولة، فالوقاية خير من العلاج.
- ٥ - تفعيل الرقابة الأمنية - على الأجانب المقيمين - دون المساس بحقوق الإنسان الأساسية.

(١) د. هشام علي صادق: الجنسية والمواطن ومراكز الأجانب، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٧٧، ص ١٨٧.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

(١) الكتب:

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥/١٩٩٦.
- د. أحمد قسمت الجداوي: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
- أحمد مسلم: المركز القانوني للأجانب، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، الإسكندرية، سنة ١٩٥٣.
- محمود شريف بسيوني: المعاهدات الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: المركز القانوني للأجانب " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- د. رشيد حمد العنزلي: الجنسية الكويتية " دراسة للنظرية العامة للجنسية، المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن الجنسية الكويتية وتعديلاته"، الكويت، ١٩٩٥.
- د. عبد الكريم علوان: الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢ م.
- د. عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.
- د. فؤاد شباط: الحقوق الدولية العامة، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٦.
- قدري الشهاوي: الموسوعة الشرطية القانونية، أعمال الشرطة ومسؤولياتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٦٩.
- د. مجدي المتولي السيد يوسف: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية، القاهرة، ١٩٩٠.

- محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي الخاص "المواطن ومركز الأجانب"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٨.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النقرى للطباعة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٥.
- د. عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، ١٩٨٤.
- عبد الحفيظ بن عبيدة: الجنسية ومراكز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، سنة ٢٠٠٧.
- د. عبد الفتاح ساير داير: نظرية أعمال السيادة "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي"، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
- د. عبد الواحد محمد الفار: طبيعة القاعدة الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
- د. غانم النجار: قضية انعدام الجنسية في الكويت، التطور واحتمالات المستقبل، دار ذات السلاسل للنشر والتوزيع (الكويت)، ١٩٩٦.
- د. هشام علي صادق: الجنسية والمواطن ومراكز الأجانب، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٧٧.

(٢) رسائل علمية:

- د. عمر عبيد محمد الغول: نطاق تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان وفقاً للمعطيات التكنولوجية المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.

(٣) دوريات وأبحاث علمية:

- د. عبد المؤمن بن صغير: إبعاد الأجانب على ضوء القوانين الكويتية وأحكام القانون الدولي: دراسة حالة (البدون) في دولة الكويت، مقال نشر بالعدد الأول من مجلة جيل حقوق الإنسان، فبراير ٢٠١٣.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Andrew DRZEMCZEWSKI ✕ La situation des trangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Dossier sur les droits de l'homme n 8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, rimpression de l'édition de 1984.

- DJ Harris: Cases and Materials on International Law, 7th ed., London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Frdric Sudre: Droit international et européen des droits de l'homme, PUF, Paris, 4 th ed, 1999.
- G. Gaja, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, vol. 3, 1999.
- Grand Cornu: Vocabulaire juridique, puf, Paris, 8 d, 2000.
- John Bassett Moore, History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party, Washington, vol. IV.
- G. Stfani, G. Levasseur et B. Bouloc: Droit pnal gnral, 11e d .., Précis, Dalloz, Paris, 17d, 2000.
- Patrick Daillier et Alain Pellet, Droit international public (Nguyen Quoc Dinh). 7e ed., Paris, L.G.D.J, 2002.
- Affaire Boffolo, Commission mixte des rclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. X. Disponible sur:
[http://context.reverso.net/traduction/francais-anglais/ Commission + mixte + des + r%C3A9clamations](http://context.reverso.net/traduction/francais-anglais/Commission+mixte+des+r%C3A9clamations)
- Affaire Paquet, Commission mixte des rclamations Belgique-Venezuela, 1903, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX.
- AFFAIRE MOUSTAQUIM c. BELGIQUE, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), (Requete no12313/86), 18/2/1991, Disponible sur:
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["12313/86"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).
- Institut de Droit international, Rgles internationales sur l'admission et l'expulsion des trangers, session de Genve, 9 septembre 1892, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XIII1892-1894.

ثالثاً - اتفاقيات دولية وتشريعات وطنية:

(١) اتفاقيات دولية:

- الاتفاقية الدولية الخاصة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية التي تم اعتمادها في ٢٨ أيلول / سبتمبر ١٩٥٤.
- اتفاقية ١٩٦١ بشأن خفض حالات انعدام الجنسية.
- مشروع الإعلان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٧٥ / ٠٤ لعام ١٩٤٩ بشأن حقوق الدول وواجباتها.

(٢) تشريعات وطنية:

- دستور دولة الكويت.
- دستور جمهورية مصر العربية.
- دستور المملكة الأردنية الهاشمية.
- النظام الأساسي لسلطنة عمان.
- دستور دولة قطر.
- دستور دولة الإمارات العربية المتحدة.
- دستور الجمهورية اليمنية.
- دستور الدولة الفلسطينية.
- دستور مملكة البحرين.
- المرسوم الأميري رقم ١٧ لسنة ١٩٥٩ بقانون إقامة الأجانب.
- قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ بشأن إقامة الأجانب في مصر.
- قانون العقوبات الكويتي رقم ١٦ / ١٩٦٠.
- قانون العقوبات اللبناني.
- قانون الجزاء العماني.
- قانون العقوبات الجزائري.

رابعاً - مواقع على الإنترنت:

- <http://jilrc-magazines.com/wp-content/uploads/2014/10jil-dts-homme-first-number.pdf>
- <http://www.unhcr.org/ar/4be7cc27457.html>
- <http://www.un.org/ar/documents/udhr/>

حماية المستهلك في عقود الائتمان - دراسة تحليلية لنصوص التوجيه الأوروبي رقم (٢٠٠٨/٤٨)

الدكتور/ محمود إبراهيم فياض
أستاذ القانون المدني المشارك
كلية القانون - جامعة الشارقة

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان ضوابط حماية المستهلك التي أقرها التوجيه الأوروبي رقم (٢٠٠٨/٤٨) الخاص بحماية المستهلك في عقود الائتمان، إضافة إلى تحليل المبادئ القضائية الصادرة عن محكمة العدل الأوروبية والمحاكم الوطنية لدول الاتحاد ذات العلاقة بهذه الضوابط؛ علماً نستفيد منها في واقعنا القانوني العربي. خلصت الدراسة إلى إدراك المشرع الأوروبي لحالة الضعف المعرفي التي تنتاب المستهلك عند طلب حصوله على ائتمان مالي لأغراض شخصية أو أسرية، مما يبرر تدخله في هذا المجال. يهدف التوجيه إلى الوصول إلى مستوى توازن عقدي مقبول على الصعيد المعرفي بين طرفي الرابطة العقدية في عقود الائتمان الاستهلاكي، من خلال: إلزام مانح الائتمان بالعديد من الالتزامات قبل مرحلة التعاقد، إلزامه بإعداد عقد ائتمان يراعي العديد من الشروط الشكلية لضمان تحقق مبدأ الشفافية، وأخيراً منح المستهلك الحق في العدول والسداد المبكر لقيمة الائتمان عقب دخول اتفاقية الائتمان حيز النفاذ. هذه الالتزامات والحقوق كانت مدار البحث المفصل في هذه الدراسة.

تمهيد:

سعى المشرع الأوروبي منذ بداية ثمانينيات القرن الماضي إلى إعادة النظر في جميع القواعد الصادرة عنه منذ إنشاء السوق الأوروبية بموجب اتفاقية روما في العام (١٩٥٧)^(١)، رغبة منه في تطوير مستوى التعاون الاقتصادي بين الدول الأعضاء وإنشاء اتحاد اقتصادي يمثل مصالح الدول الأعضاء على حد سواء، عن طريق إنشاء ما يسمى بالسوق الموحدة أو السوق المشتركة (the internal market) كنواة أساسية لإنشاء الاتحاد الأوروبي^(٢). يشير مصطلح السوق الموحدة إلى إنشاء سوق

(١) Treaty establishing the European Economic Community (Rome, 25 March 1957).

(٢) انظر: الفقرة الثالثة من قرار محكمة العدل الأوروبية في القضية الشهيرة (CA Consumer Finance v Ingrid Bakkaus and Others)، انظر كذلك: نتائج جلسة نقاش مشروع التوجيه

رقم (٧) التي جاء فيها:

تجارية واحدة لجميع دول الاتحاد، تُزال فيها جميع العقبات والحواجز التجارية التي قد تمنع أو تعيق حرية تنقل الأفراد والسلع والخدمات بما يكفل خدمة اقتصاد السوق وتنافسيتها على مستوى دول الاتحاد^(٣). تعتمد سياسة السوق الموحدة أساساً على ما يسمى بمعايير التحرير الأربعة المتمثلة في ضمان حرية حركة السلع، الخدمات، الأشخاص والأموال بين دول الاتحاد (the negative integration actions)^(٤) إضافة إلى توحيد النظم القانونية النازمة للمعاملات السوقية والتجارية لدول الاتحاد (the positive integration actions). يتطلب التوحيد التشريعي تأمين تدخل المشرع بهدف وضع قواعد عامة يسترشد بها المشرع الوطني لضمان تحقيق وحدة الضوابط الخاصة التي تحكم النشاط الاقتصادي للدول الأعضاء، إضافة إلى ضمان الوصول إلى ثقة المستهلك بكافة معايير العمل السوقي في جميع دول الاتحاد، لضمان تنقله بين هذه الأسواق دون خوف أو تردد. على هذا الأساس، نشط المشرع الأوروبي في مجال حماية المستهلك منذ منتصف ثمانينات القرن الماضي؛ بتشريع العديد من توجيهات حماية المستهلك لضمان تحقيق هذين الهدفين.

استحوذ مفهوم حماية المستهلك عند تعامله مع المؤسسات المالية باهتمام خاص من المشرع الأوروبي من خلال تشريع منظومة قانونية متكاملة، تضمن تمثيل مصالح المستهلك القانونية والاقتصادية عند تعامله مع هذه المؤسسات. تشمل الخدمات المالية كل من جميع الخدمات المصرفية، خدمات التأمين وخدمات أسواق الأوراق المالية^(٥). ظهر هذا الاهتمام جلياً بدايةً في العام (١٩٨٧) بإصدار التوجيه

= In order to facilitate the emergence of a well-functioning internal market in consumer credit, it is necessary to make provision for a harmonised Community framework in a number of core areas.

(٣) For more details see: S Grundmann, Information, party autonomy and Economic agents in European contract law (2002) Common Market Law Review 269; G Howells, A Janssen and R Schulze, Party autonomy for the internal market, the role of information (Grundman: London 2001); T Hervey, Community and national competence in health after tobacco advertising (2001) Common Market Law Review 1421; G Howells and H Micklitz, EC consumer Law: has it come of Age? (2003) European Law Review 370.

(٤) http://ec.europa.eu/internal_market/top_layer/index_1_en.htm. visited on 17-11-2007.

(٥) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم الخدمات المالية انظر: محمود فياض، تحرير تجارة الخدمات المالية في اتفاقيات منظمة التجارة العالمية وواقع قطاع الخدمات المالية في فلسطين (رسالة ماجستير: جامعة بيرزيت ٢٠٠٥).

رقم (٨٧/١٠٢)^(٦) الخاص بحماية المستهلك في عقود الائتمان المالي واستمر حتى يومنا هذا بتسريع منظومة متكاملة في كافة مجالات الخدمات المالية^(٧). يمثل الائتمان المالي أحد أهم الخدمات التي تقدمها المؤسسات المالية، ويعرف على أنه الثقة التي يوليها البنك أو المؤسسة المالية لشخص ما سواء أكان طبيعياً أم معنوياً، بأن يمنحه مبلغاً من المال أو اعتماداً مالياً لاستخدامه في غرض محدد، خلال فترة زمنية متفق عليها وبشروط معينة مقابل عائد مادي متفق عليه أو فائدة متفق عليها^(٨). يشمل الائتمان كل من معاملات القرض والاعتماد، وعادة ما يكون القرض المصرفي أبرز مظاهر الائتمان التي تُمنح للمستهلكين، ما جعل البعض يطلق عليها "عقود القرض الاستهلاكي"^(٩). تكمن مخاطر عقود الائتمان الاستهلاكي في اعتبارها عقود إذعان بسبب تولي مانح الائتمان صياغة بنود العقد بشكل مسبق ومنفرد على نحو يمثل مصالحه فقط على حساب مصلحة المستهلك، ويُطلب من المستهلك التوقيع عليها دون إبداء أي اعتراض بمجرد اتفاق الطرفين على الالتزامات العامة فيها، ناهيك عما تخلفه تسهيلات منح القروض من رغبة جامحة لدى المستهلك للقيام بعمليات شراء غير ضرورية ودون رؤية مالية واضحة، تنتهي غالباً بالعجز عن الوفاء، وما يصاحب ذلك من آثار اقتصادية اجتماعية مدمرة خاصة بالنسبة لأصحاب الدخل الضعيفة.

تنبه المشرع الأوروبي إلى هذه المخاطر وقرر في العام (١٩٨٧) حماية المستهلك من تعسف المؤسسات المالية لتنفيذها الاقتصادي والقانوني، وأصدر التوجيه رقم (٨٧/١٠٢)، إلا أنه قرر في بداية العام (٢٠٠٢) تعديل هذا التوجيه بناء على توصية المفوضية العامة للاتحاد كجزء من نشاط تشريعي مكثف في كافة مجالات حماية المستهلك - بسبب عدم نجاحه في توحيد معايير وضوابط تنظيم

(٦) Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit. (OJ L 101, 1.4.1998, p. 17).

(٧) لمزيد من التفاصيل حول قواعد وأطر هذه الحماية يرجى مراجعة الدراسة الشاملة المعدة بواسطة مفوضية الاتحاد الأوروبي المتعلقة بحماية المستهلك في عقود الخدمات المالية للعام (٢٠١٤) على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507463/IPOL-IMCO_ET%282014%29507463_EN.pdf visited on 18/12/2014.

(٨) لمزيد من التفاصيل حول ماهية الائتمان المالي انظر: حابس إيمان، دور التحليل المالي في منح القروض، دراسة حالة البنك الوطني الجزائري (رسالة ماجستير: جامعة قاصدي مرباح- ورقلة ٢٠١١) ص ٣.

(٩) مرجع سابق، ص ٥.

عقود الائتمان الاستهلاكي للدول الأعضاء على مستوى دول الاتحاد، لأسباب تتعلق بعدم كفاية مستوى المعلومات المقدمة للمستهلك عند التعاقد، إضافة إلى الرغبة في اعتماد أسلوب التوحيد الكلي للتشريعات (maximum harmonization technique)^(١٠)، لنصل في النهاية إلى التوجيه رقم (٢٠٠٨/٤٨)^(١١) الخاص بحماية المستهلك في عقود الائتمان (يشار إليه فيما بعد بالتوجيه) الذي تم تبنيه بتاريخ ٢٣/٤/٢٠٠٨ ودخل حيز النفاذ بتاريخ ١٢/٥/٢٠١٠. تقتصر قواعد الحماية التي يقرها التوجيه على عقود الائتمان الاستهلاكي فقط، وتشمل هذه القواعد مرحلتي ما قبل التعاقد وبعدها؛ بهدف ضمان تمثيل مصالح المستهلك (مشار إليه فيما بعد بالمستهلك أو المستفيد) المستفيد أو (المستفيد من الائتمان) القانونية والاقتصادية في مواجهة المؤسسات المالية مانحة الائتمان (مشار إليها فيما بعد بمانح الائتمان). انطلقت سياسة الحماية التي أقرها التوجيه من فرضية وجود المستهلك في مركز معرفي ضعيف مقارنة بمانح الائتمان فيما يتعلق بحقوق والتزامات طرفي العلاقة، إضافة إلى إمكانية تسرع المستهلك في التعاقد من خلال عدم تقدير مركزه القانوني بشكل جيد عند التعاقد. على هذا الأساس، يفرض التوجيه مزيداً من الالتزامات على مانح الائتمان في مرحلة ما قبل التعاقد لضمان - إلى حد ما - تعادل المركز المعرفي لطرفي العلاقة، إضافة إلى منح المستهلك الحق في العدول عن العقد خلال فترة زمنية معينة من تاريخ التعاقد أو حتى السداد المبكر لمبلغ الائتمان.

على الصعيد التشريعي العربي، لم يلق هذا الموضوع اهتماماً كافياً من

(١٠) انظر: تقرير المفوضية العامة. (433 COM (2002) and 117f final COM (1995) See) انظر كذلك: الفقرة (٣) من قرار محكمة العدل الأوروبية في القضية الشهيرة (CA Consumer Finance v Ingrid Bakkaus and Others) ونتائج جلسة النقاش التاسعة لمشروع التوجيه الذي جاء فيهما ما يلي:

Full harmonisation is necessary in order to ensure that all consumers in the Community enjoy a high and equivalent level of protection of their interests and to create a genuine internal market. Member States should therefore not be allowed to maintain or introduce national provisions other than those laid down in this Directive. However, such restriction should only apply where there are provisions harmonised in this Directive. Where no such harmonised provisions exist, Member States should remain free to maintain or introduce national legislation.

(١١) Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC.

تشريعات حماية المستهلك التي أقرتها الدول العربية في العقد الأخير، حيث طغى على هذه التشريعات موضوع ضمان حماية المستهلك من استخدام المنتجات المعيبة، واقتصر أمر تنظيم عقود الائتمان على مجموعة من التعليمات الصادرة عن البنوك المركزية. في ضوء تجاوزات البنوك التجارية لقرارات البنوك المركزية الخاصة بقواعد وأسس منح القروض الاستهلاكية وغيرها من القروض المقسطة^(١٢)، أصدرت بعض الدول العربية قوانين تتضمن نظم تجميع معلومات وبيانات خاصة بالقروض الاستهلاكية والتسهيلات الائتمانية^(١٣)، لا ترقى في مستواها إلى المعايير الدولية (international best practices) ذات العلاقة ومنها التوجيه الأوروبي محل البحث.

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الحالة الأوروبية في مجال حماية المستهلك في عقود الائتمان، من خلال بيان القواعد الخاصة التي أقرها التوجيه الأوروبي في هذا المجال، والتطرق بشكل مفصل إلى قرارات محكمة العدل الأوروبية والمحاكم الوطنية لدول الاتحاد - بالقدر الذي يخدم موضوع الدراسة - ذات العلاقة بموضوع البحث، رغبة من الباحث في إثراء المكتبة العربية القانونية بهذا الموضوع الحديث والهام، علماً نستفيد منه عند تشريعنا لقواعد مماثلة في الوطن العربي. لن يتطرق البحث إلى واقع التشريعات العربية التي تنظم موضوع البحث لعدم اتساع المجال لهذا الأمر.

لتحقيق الأهداف المرجوة من البحث وجدنا أنه من المناسب تقسيمه إلى أربعة مطالب، يتناول المطلب الأول بيان نطاق تطبيق التوجيه، ومن ثم سيستعرض المطلب الثاني ضوابط حماية المستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد (التزامات مانح الائتمان قبل مرحلة التعاقد)، لينتقل للحديث عن مضمون ومحتويات عقد الائتمان الاستهلاكي في المطلب الثالث، وينتهي البحث ببيان ضوابط الحماية في مرحلة ما بعد التعاقد (تنفيذ العقد).

(١٢) خالد الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، دراسة في القانون الفرنسي والكويتي (٢٠١٢) مجلة الشريعة والقانون ٤٩/٢٦، ص ٤٠٨.

(١٣) مثل القانون الكويتي رقم (٢) لسنة (٢٠٠١) الخاص بنظم تجميع معلومات وبيانات خاصة بالقروض الاستهلاكية والتسهيلات الائتمانية، ضوابط عقود التمويل الاستهلاكي الصادرة عن الإدارة العامة لمراقبة البنوك في المملكة العربية السعودية.

المطلب الأول نطاق تطبيق التوجيه

حدد التوجيه في نص المادة (٣/٢) نطاق تطبيقه، حيث نصت هذه المادة على أن عقد الائتمان هو العقد الذي يمنح بموجبه مانح الائتمان (creditor) المستفيد من الائتمان (debtor) ائتماناً مالياً مؤجل الدفع - في شكل قرض أو ما شابه - باستثناء حالات توريد بضائع أو خدمات استهلاكية بشكل دوري يدفع المستهلك مقابلها في شكل أقساط متفق عليها بين الطرفين^(١٤). تضمنت المادة الثالثة من التوجيه بيان العديد من تعريف المصطلحات الواردة فيه بما فيها تعريف المستهلك وتعريف مانح الائتمان (نطاق شخصي للتوجيه). في المقابل، أوردت المادة الثانية من التوجيه العديد من الاستثناءات غير المشمولة بأحكام الحماية الواردة فيها إما لاعتبارات تتعلق بالغرض من الائتمان الممنوح، مقداره أو مدته...الخ، وهو ما يعرف (بالنطاق الوظيفي للتوجيه).

الفرع الأول نطاق التطبيق الشخصي للتوجيه

لا خلاف على اتساع مفهوم المانح ليشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بحق منح ائتمان مالي في إطار ممارسة نشاطه التجاري أو المهني، وهذا ما نص عليه التوجيه صراحة عند تعريفه لمانح الائتمان في نص المادة (b/3)^(١٥). في المقابل، يقتضي تعريف المستهلك تحديد مدى انطباق هذا التعريف على الشخص الطبيعي، أم قد يمتد ليشمل الشخص المعنوي أيضاً (مثل الشركات والأشخاص المعنوية الخاصة والعامة)، إضافة إلى بيان مدى إمكانية قصر هذا التعريف على من يتعاقد بغرض إشباع حاجاته الشخصية والمنزلية الأساسية أم امتداده ليشمل العقود التي قد يبرمها التجار، والتي تتعلق بموضوعات تجارية لا ترتبط بنشاطهم التجاري الفعلي (مثل

(١٤) This article provides that: credit agreement' means an agreement whereby a creditor grants or promises to grant to a consumer credit in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation, except for agreements for the provision on a continuing basis of services or for the supply of goods of the same kind, where the consumer pays for such services or goods for the duration of their provision by means of instalments.

(١٥) This article provides that: creditor' means a natural or legal person who grants or promises to grant credit in the course of his trade, business or profession.

تعاهد مكتب سياحة وسفر مع مزود خدمات إنترنت). هذا ما يُعبر عنه في الفقه القانوني العربي بالتعريف الضيق والتعريف الموسع للمستهلك^(١٦).

تبنى التوجيه الأوروبي صراحة التعريف الضيق للمستهلك، حيث جاء في نص المادة الأولى منه تعريف المستهلك الخاضع لقواعد الحماية التي يقرها هذا التوجيه بأنه: "الشخص الطبيعي الذي يتعامل في مجال لا يتعلق بمجال نشاطه التجاري الرئيسي"^(١٧). على هذا الأساس، فالمستهلك المشمول بقواعد الحماية التي يقرها هذا التوجيه هو فقط الشخص الطبيعي الذي يحصل على ائتمان للتزود باحتياجات شخصية أو أسرية لا تتعلق بمجال نشاطه المهني أو الوظيفي. والسؤال الذي يثور في هذا المجال هو: لماذا تعامل المشرع الأوروبي مع هذا التعريف بهذا التحديد الضيق؟

تشير مقدمة الأعمال التحضيرية المتعلقة بمناقشة وإقرار مواد التوجيه إلى أن الغاية التي سعى إليها المشرع من هذا التوجيه هي التغلب على حالة عدم التوازن العقدي بين كل من المستهلك ومانح الائتمان^(١٨). يرى الفقه القانوني المعاصر أن الضعف التعاقدية ينشأ من انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، حيث يكون أحد

(١٦) لمزيد من التفاصيل انظر: يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد (٢٠١٠) ٤٣ مجلة الشريعة والقانون ٢٥٥، أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي (دار النهضة العربية: القاهرة ١٩٩٤).

(١٧) Consumer' means a natural person who, in transactions covered by this Directive, is acting for purposes which can be regarded as outside his trade or profession.

(١٨) انظر جلسات نقاش التوجيه رقم (١٩) ورقم (٢٤) اللذين جاء فيهما بالتتابع ما يلي:
Recital (19): In order to enable consumers to make their decisions in full knowledge of the facts, they should receive adequate information, which the consumer may take away and consider, prior to the conclusion of the credit agreement, on the conditions and cost of the credit and on their obligations. To ensure the fullest possible transparency and comparability of offers, such information should, in particular, include the annual percentage rate of charge applicable to the credit, determined in the same way throughout the Community.

Recital (24): he consumer needs to be given comprehensive information before he concludes the credit agreement, regardless of whether or not a credit intermediary is involved in the marketing of the credit. Therefore, in general, the pre-contractual information requirements should also apply to credit intermediaries.

الطرفين المتعاقدين في مركز ضعيف مقارنة بالطرف المقابل، على نحو يatal إرادة هذا الطرف الضعيف ويؤثر على حرية وقدرة هذه الإرادة في اتخاذ القرار الصائب^(١٩). تتعدد مظاهر وأسباب الضعف التعاقدى، فقد تكون نابعة من شخص المتعاقد ذاته وقد تكون خارجية عنه بحيث تتصل بالظروف الخارجية المحيطة بالعقد محل البحث. على هذا الأساس؛ قد يكون هذا الضعف ذاتي (Inherent weakness)، ضعف اقتصادي (Economic weakness) وأخيراً ضعف معرفي (Knowledge weakness)^(٢٠).

١ - الضعف الذاتي (Inherent weakness): هي الحالة التي يكون فيها النمو العقلي للشخص أو مستوى إدراكه العقلي غير مؤهل لاتخاذ القرار الصائب متى أراد إبرام اتفاقيات تعاقدية مع الغير. يشمل هذا النوع من الضعف حالتي انعدام التمييز لدى الطرف المتعاقد أو نقصانه، وحالة وجد عيب في إرادة هذا الطرف المتعاقد. تتصل الحالة الأولى بوجود خلل في مستوى تفكير وإدراك الطرف المتعاقد سواء كان السبب من وراء ذلك صغر سن هذا الشخص أم إصابته بعارض من عوارض الأهلية (العتة، الجنون والغفلة). في المقابل، تتعلق الحالة الثانية بوجود خلل في إرادة الطرف المتعاقد بسبب عيب في إرادته على الرغم من اكتمال مستوى التفكير والإدراك لديه (الغلط، التدليس والإكراه)^(٢١).

٢ - الضعف الاقتصادي (Economic weakness): هي الحالة التي تنشأ نتيجة عدم تعادل المركز الاقتصادي لطرفي الرابطة العقدية، على نحو يستطيع من خلالها الطرف القوي فرض شروطه التعاقدية على الطرف الضعيف، رغم علم الطرف الضعيف بهذا الخلل في التوازن العقدي. ينشأ هذا الضعف بسبب تمتع الطرف القوي بنفوذ اقتصادي كبير في السوق نتيجة احتكار السلع والخدمات محل التعاقد، على نحو يجعله واثقاً من قبول الطرف المقابل لأية شروط تعاقدية قد يملئها هذا الطرف القوي. تعتبر عقود الإذعان أحد أهم مظاهر هذه الحالة، وفيها

(١٩) P Cserne, Policy considerations in contract interpretation: the contra proferentem rule from a comparative and economic perspective, paper to be presented at the EALE conference, Copenhagen, 13-15 September 2007.

(٢٠) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم ومظاهر الضعف التعاقدى، انظر: محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دار النهضة العربية: القاهرة ٢٠٠٧) ١٥ وما بعدها.

(٢١) J Dickie, article 7 of the Unfair terms in Consumer contracts Directive (1996) 4-2 Consumer law Journal 112.

يقتصر دور الطرف الضعيف على قبول ما يُقدم إليه من شروط دون أن يناقشها أو يطلع عليها^(٢٢).

٣ - الضعف المعرفي (Knowledge weakness): ينشأ هذا النوع من الضعف بسبب تفاوت خبرة ومعرفة طرفي العقد بشروط ومحل موضوع العقد، حيث يكون الطرف الضعيف جاهلاً - مقارنة مع الطرف الآخر - بمعلومات تتعلق بالعقد يحوزها الطرف المقابل بسبب قلة خبرة الطرف الضعيف وعدم اهتمامه بالعديد من المعلومات التي لا يدرك أهميتها إلا في وقت لاحق. على سبيل المثال، يهتم المستفيد من الائتمان بالحصول على قيمة الائتمان فقط لتلبية احتياجاته الشخصية دون أن يدرك أهمية تحديد قدرته الاقتصادية على السداد، ولا يعير أي اهتمام للشروط التعاقدية التي تُمكن مانح الائتمان من فرض إرادته وهيمنته على المستهلك خلال مرحلة تنفيذ العقد.

هذا يعني أن الضعف المعرفي لا يتعلق بنفوذ المركز الاقتصادي للبائع أو مانح الائتمان ولا بعدم وجود بديل عنه في السوق المحلية، ولا بعدم قدرة المستهلك على قراءة شروط العقد أو حتى مناقشتها وطلب تعديلها، بل ينشأ نتيجة عدم معرفة الطرف الضعيف بالبيانات العقدية نتيجة عدم خبرته وعدم اكتراثه بمثل هذا النوع من المعلومات، ما يُمكن البائع من الإخلال بالتوازن العقدي لمصلحته. نتحدث هنا عن استخدام العقود النموذجية في عقود الاستهلاك التي يعدها التاجر مسبقاً ويطلب من المستهلك التوقيع عليها دون أن يلتفت المستهلك كثيراً إلى مضمونها. كفل المشرع الأوروبي مستوى جيداً من الحماية عند استخدام مثل هذه الشروط بنصوص التوجيه الأوروبي رقم (١٣/١٩٩٣) المتعلق بحماية المستهلك من استخدام الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك^(٢٣)، حيث نص هذا التوجيه صراحة على بطلان جميع الشروط التعسفية التي تسمح لأحد المتعاقدين التحكم في الرابطة العقدية بإرادته المنفردة^(٢٤).

(٢٢) P Nebbia, standard form contracts between unfair terms control and competition law (2006) 31 (1) European law Review Journal 103.

(٢٣) For more details about this Directive, see: T Wilhelmsson The abuse of the confidant Consumer as a justification for EC law (2004) Journal of Consumer policy 325; M J Bonell, The CIGS, European contract law and the development of a world contract law (2008) 56-1 The American journal of comparative law 6.

(٢٤) تضمن الملحق الأول الخاص بهذا التوجيه النص على العديد من الشروط التعسفية التي وردت على سبيل المثال لا الحصر، حيث شملت هذه القائمة الشرط الذي يمكن التاجر من تحديد سعر البيع وقت تسليم السلعة أو الخدمة أو تمكينه من تعديل السعر المتفق عليه في

فيما يتعلق بعقود الخدمات المالية والتي تشمل عقود الائتمان الاستهلاكي، فقد استثنت الفقرة الثانية من هذا ملحق هذا التوجيه بعض الشروط التعسفية التي تستخدم في عقود الخدمات المالية من الحظر^(٢٥)؛ لرغبة المشرع الأوروبي في وضع تنظيم قانوني خاص لهذه العقود^(٢٦). سلك المشرع مثل هذا التوجه إدراكاً منه لخصوصية عقود الخدمات المالية بشكل عام وما تتطلبه من قواعد حماية تمتد لتشمل مرحلتها ما قبل التعاقد وما بعدها كما هو موضح أدناه؛ لذلك انتهج المشرع الأوروبي في هذا التوجيه ذات السياسة التي أقرها في غالبية توجيهات حماية المستهلك التي

= العقد بإرادته المنفردة دون أن يكون للمستهلك الحق في الاعتراض على هذا التحديد أو رفضه، إضافة إلى الشرط الذي يمنح التاجر الحق في إنهاء العقد دون إخطار المستهلك متى وجدت أسباب جوهرية تدعو إلى ذلك، إضافة إلى حقه في تعديل شروط العقد دون التشاور مع الطرف المقابل.

(٢٥) تمثلت هذه الشرط المستثناة من الحظر في:

- احتفاظ التاجر بحقه في إنهاء العقد دون إخطار المستهلك متى وجدت أسباب جوهرية تدعو إلى ذلك.
- إلزام المستهلك بشروط تعاقدية أعدها البائع بشكل مسبق ولم يطلع عليها المستهلك قبل التوقيع على العقد.
- تمكين التاجر من تحديد سعر البيع وقت تسليم السلعة أو الخدمة أو تمكينه من تعديل السعر المتفق عليه في العقد بإرادته المنفردة دون أن يكون للمستهلك الحق في الاعتراض على هذا التحديد أو رفضه.

Scope of subparagraphs (g), (j) and (l)

(٢٦)

(a) Subparagraph (g) is without hindrance to terms by which a supplier of financial services reserves the right to terminate unilaterally a contract of indeterminate duration without notice where there is a valid reason, provided that the supplier is required to inform the other contracting party or parties thereof immediately.

(b) Subparagraph (j) is without hindrance to terms under which a supplier of financial services reserves the right to alter the rate of interest payable by the consumer or due to the latter, or the amount of other charges for financial services without notice where there is a valid reason, provided that the supplier is required to inform the other contracting party or parties thereof at the earliest opportunity and that the latter are free to dissolve the contract immediately.

Subparagraph (j) is also without hindrance to terms under which a seller or supplier reserves the right to alter unilaterally the conditions of a contract of indeterminate duration, provided that he is required to inform the consumer with reasonable notice and that the consumer is free to dissolve the contract.

قصرت مستوى الحماية على الشخص الطبيعي الذي يتعامل في إطار لا يتعلق بمجال مهنته أو حرفته الأساسية^(٢٧).

أخيراً، قد يثور التساؤل حول إمكانية مخالفة الدول الأعضاء لهذا التوجه والتوسع في نطاق الحماية بحيث يشمل عقود الائتمان الممنوحة للتجار؟ أجابت محكمة العدل الأوروبية عن هذا التساؤل في القضية الشهيرة (di pinto)^(٢٨) حينما استشارتها محكمة النقض الفرنسية بخصوص إمكانية مد نطاق الحماية ليشمل معاملات التجار الائتمانية، فرفضت محكمة العدل الأوروبية هذا التوجه حتى لو تعلق الأمر (بالنشاط غير الاعتيادي للتاجر) (not his usual business)، وهو يعني عدم تمتع التاجر بهذه الحماية طالما كان لعقد الائتمان علاقة بنشاطه التجاري حتى وإن لم يكن هذا النشاط من ضمن نشاطاته الرئيسية (مثل حالة تعاقد مكتب هندسي مع مؤسسة مالية على أساس منح المكتب ائتمان بغرض تركيب أجهزة تكييف فيه). إضافة إلى ذلك، كان واضحاً في نص الفقرة (١٥) من الوثيقة الخضراء (green paper)^(٢٩) التي أعدتها المفوضية الأوروبية بشأن مراجعة تشريعات حماية المستهلك (consumer acquis) على مستوى الاتحاد^(٣٠)، تشدد السياسة التشريعية في التعامل مع تعريف المستهلك

(٢٧) See: M Fayyad. A glance of unfair terms in consumer transactions in Arab legal systems and Islamic law: what Arab lawyers can learn from the European experience (2012) 5/2 international journal of private law 200.

(٢٨) Judgment of the Court (First Chamber) of 14 March 1991. - Criminal proceedings against Patrice Di Pinto. - Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Paris - France. - Consumer protection - Doorstep canvassing. - Case C-361/89.

(٢٩) يشير مصطلح الورقة البيضاء في النظام القانوني للاتحاد الأوروبي إلى مشاريع القوانين والدراسات التي يتم تداولها من قبل المشرع الأوروبي والتي تتضمن مجموعة من المقترحات والدراسات والإحصاءات التي تساعد المشرع الأوروبي في اتخاذ قراره. هذه الورقة يتم نشرها وتوزيعها على ذوي الاختصاص في دول الاتحاد الأوروبي (خبراء، مؤسسات مجتمع مدني، جمعيات ومؤسسات نقابية... الخ)، حيث يتم الاسترشاد بمقترحاتهم وملاحظاتهم المتعلقة بالموضوع محل البحث والدراسة. عادة ما يتم نشر وتداول الورقة البيضاء عقب ما يسمى بالورقة الخضراء (The green Paper). يتناول موضوع الورقة الخضراء المشكلة محل البحث والدراسة، ولا تتناول مقترحات محددة، وإنما تتناول أهمية معالجة موضوع ما وتفتح المجال أمام الجميع والعامّة لنقاش تداعيات هذه المشكلة ووسائل التغلب عليها. يتولى مجلس الاتحاد الأوروبي إعداد هذه الأوراق وتنظيم مناقشة محتواها ونشر وتوزيع الاستنتاجات والتوصيات التي تم التوصل إليها من جميع الأطراف ومن ثم تعرض هذه الدراسات على صانعي القرار ويتاح للجميع الاطلاع عليها ونقضها عبر الموقع الإلكتروني للاتحاد الأوروبي.

(٣٠) Green Paper on the Review of the Consumer Acquis /* COM/2006/0744 final.

على نحو يخالف توجه العديد من الدول الأعضاء في مد نطاق الحماية ليشمل المعاملات التجارية على حد سواء؛ بهدف ضمان توحيد الأنظمة القانونية للدول الأعضاء عند إعمال هذه المعايير.

الفرع الثاني نطاق التطبيق الوظيفي للتوجيه

حدد المشرع الأوروبي هذا النطاق في نص المادة (3/c) التي توسعت في مفهوم الائتمان محل الحماية، لتعرف عقد الائتمان على أنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه مانح الائتمان (creditor) بمنح المتلقي للائتمان (debtor) ائتماناً (credit) على شكل أجل للوفاء، كالقرض والعمليات المكشوفة وتسهيلات الوفاء المشابهة. قد يُفهم من هذا أن عقود الائتمان الخاضعة لأحكام هذا التوجيه تتطلب وجود عقد بين مانح الائتمان والمستهلك، دون أن يتقيد نطاق هذا العقد بمفهوم قانوني محدد، على نحو يشمل في نطاقه كافة العقود المالية ذات الطابع الائتماني مثل: القروض المصرفية، البيع الإيجاري، الإيجار المنتهي إلى التملك، الإيجار مع خيار الشراء... إلخ^(٣١). لهذا السبب، استثنى التوجيه في فقراته من (٢ إلى ٦) من مادته الثانية صراحة العديد من عقود الائتمان من نطاق تطبيق هذا التوجيه إما استثناءً كلياً، جزئياً أو اختيارياً. اتجهت نية المفوضية بداية إلى التوسع في نطاق تطبيق التوجيه إلا أنها اصطدمت باعتراض العديد من الدول الأعضاء التي سعت إلى ضمان انسجام التوجيه مع ما هو قائم في أنظمتها القانونية الوطنية. ستكون هذه الاستثناءات مدار البحث المفصل في هذا الجزء من الدراسة بعد الحديث عن ماهية عقد الائتمان بشكل موجز^(٣٢).

يقصد بالائتمان في علم الاقتصاد تسليف المال لاستثماره في الإنتاج والاستهلاك. وهو يقوم على عنصرين أساسيين هما الثقة والمدة. ويعرف قانوناً على أنه "مبادلة مال حاضر كنفود أو سلعة بوعد بالسداد في المستقبل". تختلف صور الائتمان تبعاً لاختلاف طبيعته القانونية إضافة إلى اختلاف الغرض منه^(٣٣). وفقاً

(٣١) خالد الضفيري، مرجع سابق ص ٤١٤.

(٣٢) H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Understanding EC consumer law (Hart Publishing Ltd: U.S.A. 2009) 187.

(٣٣) محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مجموعة قانون التجارة والأعمال (مطبعة النجاح الجديدة: الدار البيضاء ١٩٩٨) ٣٩٨، عائشة الشرقاوي، الوجيز في القانون البنكي (٢ دار أبي رقرق للطباعة والنشر: الرباط ٢٠٠٨) ٧١.

للطبيعة القانونية للائتمان، يمكن التمييز بين نوعين من أنواع الائتمان وهما: القرض والاعتماد. وإذا كان القرض عبارة عن عقد يلتزم فيه المقرض بأن يؤدي إلى المقرض مبلغاً من المال مقابل التزام الأخير برد هذا المبلغ على دفعات مالية متفق عليها وعادة ما يضاف إليها مبلغ فائدة مالية^(٣٤)، فإن الاعتماد هو عقد يتعهد بموجبه المانح بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل يسحب منه متى شاء مرة أو مرات خلال مدة معينة، وإذا أوفى بالدين أمكن له أن يعيد السحب وهكذا^(٣٥). هذا يعني أن عقد القرض ليس التصرف القانوني الوحيد لعملية الائتمان؛ فعقد البيع على سبيل المثال قد يحقق النتيجة ذاتها عندما يتم الاتفاق على انتفاع المشتري بأجل محدد للوفاء بالثمن، أو عندما يكون الثمن مدفوعاً على شكل أقساط، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الإيجار الذي يمنح المستأجر الانتفاع بمحل العقد، مقابل دفع الأجرة مقسطة خلال مدة الإيجار^(٣٦).

وفقاً للغرض من الائتمان، قد يكون الائتمان إنتاجياً^(٣٧)، استثمارياً^(٣٨)، استغلالياً^(٣٩) أو استهلاكياً. اقتصر نطاق تطبيق التوجيه الأوروبي صراحة على عقود الائتمان الاستهلاكي، حيث يعرف على أنه قرض ائتماني يمنح للأفراد على شكل قرض أو اعتماد مالي بغرض الحصول على سلع للاستهلاك الشخصي أو العائلي، في

(٣٤) خالد الضيفري، مرجع سابق ص ٤١٤.

(٣٥) حابس إيمان، مرجع سابق، ص ١٧.

(٣٦) خالد الضيفري، مرجع سابق ص ٤١٤.

(٣٧) يعرف الائتمان الإنتاجي على أنه: مبالغ مالية توجه نحو القطاعات الاقتصادية المختلفة والتي تتمثل في قطاع الصناعة الذي يحتاج إلى مواد أولية وآلات وغيرها من الوسائل الضرورية، وكذلك القطاع الزراعي الذي يهدف إلى إشباع رغبات الأفراد عن طريق زيادة الإنتاج، إذ تلجأ المؤسسة إلى طلب المساعدة من البنك بطلب قرض لتمويل محصولها الزراعي وزيادة عوائده، أو لتمويل قطاع التجارة الذي يقتصر مجال تعاملاته على التصدير والاستيراد.

(٣٨) يقصد به القرض الممنوح لتحويل المشاريع الاستثمارية بقصد تكوين رأس مال ثابت، والذي يبقى في المؤسسة لفترة زمنية طويلة مثل العقارات، الأراضي، المباني... الخ، وتمنح القروض الاستثمارية لبنوك الاستثمار وشركات الاستثمار لتمويل اكتتابها في سندات وأسهم جديدة، تمنح القروض الاستثمارية في شكل قروض مستحقة عند الطلب أو لأجل سمسرة الأوراق المالية، وتمنح أيضاً للأفراد لتمويل جزء من مشترياتهم للأوراق المالية.

(٣٩) هي عبارة عن قروض قصيرة الأجل، تسمح بمواجهة ظرف مؤقت، تتراوح مدة هذا النوع من القروض من بضعة أيام إلى بضعة شهور ولا تتجاوز السنة الواحدة، تلجأ المؤسسة لهذا النوع إذ أرادت التغطية النسبية لاحتياجات خزنتها، وإذا أرادت مواجهة عملية تجارية من زمن محدود.

مقابل التزامهم بسداده في المستقبل^(٤٠). عادة ما يستعمل القرض الاستهلاكي كنوع من أنواع الائتمان في تمويل شراء السلع والخدمات الاستهلاكية، أي أنه يُعقد بغرض تلبية حاجات المستهلك الشخصية أو الأسرية كشراء سيارة أو أثاث منزلي، وأهم ما يميزه أنه يسمح للمستهلكين بتمويل عمليات شراء المنتجات والخدمات دون انتظار ادخار النقود اللازمة لذلك. في المقابل، سيحصل مانح الائتمان على عائد مالي نتيجة تقديم هذه الخدمة يتمثل في نسبة الفائدة التي تضاف إلى أصل القرض، ولا يشترط في هذا الأخير أن يكون الوفاء دفعة واحدة فقد يكون على دفعات محددة في الزمن^(٤١).

أولاً - الاستثناء العام أو الكلي من نطاق التطبيق الوظيفي:

وردت هذه الاستثناءات صراحة في نصوص المادة (٢/٢) من التوجيه، واشتملت على أحد عشر استثناء يجوز للدول الأعضاء - وفقاً لما أقر في جلسة المداولات العاشرة للتوجيه - استبعاد أي منها عند تضمينها ضمن التشريعات الوطنية المنفذة للتوجيه. بمعنى احتفاظ الدول الأعضاء بحقها في توسيع نطاق تطبيق التوجيه من خلال عدم مراعاة أي من هذه الاستثناءات في تشريعاتها الوطنية. على سبيل المثال، لم تلتزم غالبية الدول الأعضاء بالاستثناء الخاص بقيمة الائتمان الوارد في هذه القائمة المشار إليه أدناه. تمثلت هذه الاستثناءات في:^(٤٢)

- عقود الائتمان غير المترتبة بمبلغ فائدة أو أية رسوم إضافية يدفعها المستفيد إلى مانح الائتمان^(٤٣).
- عقود الائتمان قصيرة الأجل التي يلتزم فيها المستفيد بسداد قيمة الائتمان خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ حصوله عليه في حال كانت نسبة الفائدة المستحقة عن هذا الائتمان قليلة (insignificant) مقارنة بفوائد نسب الاستحقاق (term of maturity) طويلة الأجل^(٤٤).

(٤٠) لمزيد من التفاصيل حول هذه التعريفات انظر: عائشة الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١١٨.

(٤١) المرجع السابق.

(٤٢) الترجمة من اجتهاد الباحث.

(٤٣) Para. (2/f) provides that: credit agreements where the credit is granted free of interest and without any other charges.....

In addition, Para. (2/j) provides that: credit agreements which relate to the deferred payment, free of charge, of an existing debt.

(٤٤) Para (2/f) provides that:..... And credit agreements under the terms of which the credit has to be repaid within three months and only insignificant charges are payable.

- عقود الائتمان التي يهدف من ورائها المستفيد إلى اكتساب حقوق الملكية العقارية أو المحافظة على حق ملكية عقارية كان قد اكتسبه في الماضي^(٤٥). في المقابل يخضع لنطاق تطبيق التوجيه عقود الائتمان التي تهدف إلى إعادة إعمار أو ترميم - أو تحسين - عقارات قائمة يملكها المستفيد^(٤٦).
- عقود التأجير التمويلي بكافة أشكالها إضافة إلى عقود الإيجار في حال عدم وجود اتفاق بين المانح والمستفيد - ضمن العقد أو ضمن اتفاق مستقل - يقضي بتملك المستأجر لمحل العقد إذا استوفى سداد أقساط مالية متفق عليها بين الطرفين^(٤٧).
- عقود الائتمان التفضيلية للمستفيد التي يمنحها أرباب العمل للعاملين لديهم فقط - دون العامة - الخالية من نسب فائدة أو المتضمنة نسب فائدة سنوية تقل بكثير عما هو معمول به في السوق^(٤٨).
- عقود الائتمان التفضيلية للمستفيد المنظمة بقانون خاص والممنوحة لفئة معينة في المجتمع، إن خلت من أسعار الفائدة أو كانت مرتبطة بأسعار فائدة تقل بشكل ملحوظ عما هو معمول به في السوق^(٤٩).
- عقود الائتمان التي يقل فيها مبلغ التمويل الإجمالي (the total amount of credit)

Para. (2/b) provides that: credit agreements the purpose of which is to acquire (٤٥) or retain property rights in land or in an existing or projected building.

كانت هذه العقود مستثناة كذلك من نطاق تطبيق التوجيه (٨٧/١٠٢) المعدل بأحكام التوجيه (٤٦) موضوع الدراسة.

Para. (2/d) provides that: hiring or leasing agreements where an obligation to (٤٧) purchase the object of the agreement is not laid down either by the agreement itself or by any separate agreement; such an obligation shall be deemed to exist if it is so decided unilaterally by the creditor.

Para. (2/g) provides that: credit agreements where the credit is granted by an (٤٨) employer to his employees as a secondary activity free of interest or at annual percentage rates of charge lower than those prevailing on the market and which are not offered to the public generally.

Para (2/l) provides that: credit agreements which relate to loans granted to a (٤٩) restricted public under a statutory provision with a general interest purpose, and at lower interest rates than those prevailing on the market or free of interest or on other terms which are more favorable to the consumer than those prevailing on the market and at interest rates not higher than those prevailing on the market.

- عن (٢٠٠) يورو أو يزيد عن (٧٥) ألف يورو^(٥٠). وفي هذا الخصوص، عرفت المادة الثالثة مبلغ التمويل على أنه: إجمالي المبالغ المتاحة للمستفيد بموجب عقد التمويل^(٥١).
- عقود الائتمان المرتبطة بالرهن العقاري للأموال المنقولة وغير المنقولة، بسبب وجود تشريعات خاصة لكافة الدول الأعضاء تنظم أحكام هذه المعاملات^(٥٢).
- عقود الائتمان التي تتطلب تقديم المستفيد لضمان عيني يحوزه المانح على سبيل الضمان (رهن حيازي) إلى حين قيام المستفيد بسداد التزاماته المالية^(٥٣)، على أساس وجود قواعد خاصة تنظم هذا النوع من العقود (قواعد الرهن الحيازي).
- عقود الائتمان الناتجة بموجب قرارات قضائية أو تسويات ودية أمام هيئات قضائية أو تحكيمية مختصة.
- عقود الائتمان الاستثماري الخاضعة لأحكام التوجيه (EC/39/2004) والتوجيه (EC/48/2006) الخاصة بضمانات الاستثمار في مجال الخدمات المالية^(٥٤).

Para (2/c) provides that: credit agreements involving a total amount of credit less than EUR 200 or more than EUR 75 000. (٥٠)

Para (3/l) defines the total amount of credit as: the ceiling or the total sums made available under a credit agreement. (٥١)

Para. (1/a) provides that: credit agreements which are secured either by a mortgage or by another comparable security commonly used in a Member State on immovable property or secured by a right related to immovable property. (٥٢)

Para. (2/k) provides that: credit agreements upon the conclusion of which the consumer is requested to deposit an item as security in the creditor's safe-keeping and where the liability of the consumer is strictly limited to that pledged item. (٥٣)

Para. (2/h) provides that: credit agreements which are concluded with investment firms as defined in Article 4(1) of Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments (9) or with credit institutions as defined in Article 4 of Directive 2006/48/EC for the purposes of allowing an investor to carry out a transaction relating to one or more of the instruments listed in Section C of Annex I to Directive 2004/39/EC, where the investment firm or credit institution granting the credit is involved in such transaction. (٥٤)

ثانياً - الاستثناء الجزئي من نطاق التطبيق الوظيفي:

ورد هذا الاستثناء في نص المادة (٣/٢) من التوجيه التي تضمنت التزام مانح الائتمان ببعض - وليس كل - الالتزامات المنصوص عليها في التوجيه، في حال عقود تسهيلات "السحب على المكشوف" أو ما يسمى بالحساب الجاري المدين (overdraft facility)^(٥٥) وهو ضمان محدود على الحساب الجاري يسمح للمستفيد بسحب دفعات مالية تفوق رصيده المالي المتوافر لدى المصرف. يشترط لتطبيق هذا الاستثناء التزام المستفيد برد قيمة الائتمان عند الطلب أو خلال فترة زمنية لا تتعدى ثلاثة أشهر ولا تقل عن شهر من تاريخ حصوله على الائتمان. وفقاً لهذا الاستثناء، سيلتزم المانح بالإفصاح عن بعض المعلومات المنصوص عليها في التوجيه إلى المستفيد إضافة إلى فقدان المستفيد لحقه في العدول عن التعاقد كما هو موضح أدناه بالتفصيل.

ثالثاً - الاستثناء الاختياري من نطاق التطبيق الوظيفي:

يتعلق هذا الاستثناء بعمل بنوك الادخار التعاوني المنتشرة في المملكة المتحدة على وجه الخصوص (Mutual saving banks)، والتي تعتبر أهم المؤسسات التي تضطلع بعمليات الادخار والتمويل، لأنها مملوكة للمودعين فيها، وهي بالتالي لا تدفع فوائد على الودائع الموضوعة لديها بل تقدم أرباحاً للمودعين الذين هم في نفس الوقت أصحاب المؤسسة، وتقوم في المقابل بتقديم ائتمانيات مالية للمودعين لديها. أدرك المشرع الأوروبي خصوصية عمل هذه المؤسسات المالية، فمنح الدول الأعضاء الحق في منحها معاملة استثنائية عند تنظيم تعاملاتها مع المستفيدين، من خلال تطبيق الاستثناء الوارد في الاستثناء الجزئي الموضح أعلاه على تعاملاتها (قصر التزاماتها بالإفصاح عن معلومات محددة، إضافة إلى عدم تمتع المستفيد بالحق في العدول) متى توافرت الشروط التالية:^(٥٦)

Para. (3/c) defines it as: an agreement whereby a creditor grants or promises to grant to a consumer credit in the form of a deferred payment, loan or other similar financial accommodation, except for agreements for the provision on a continuing basis of services or for the supply of goods of the same kind, where the consumer pays for such services or goods for the duration of their provision by means of instalments. (٥٥)

These conditions are stipulated in article (2/5) which provides that: (٥٦)
Member States may determine that only Articles 1 to 4, 6, 7 and 9, Article 10(1), points (a) to (h) and (l) of Article 10(2), Article 10(4) and Articles 11, 13 and 16 to = 32 shall apply to credit agreements which are concluded by an organisation which:

- أن تنشأ بغرض تحقيق المنفعة المتبادلة لأعضائها فقط.
- أن لا يستفيد من نشاطها أحد من غير أعضائها.
- أن تحقق أهداف اجتماعية يتم تنظيمها بتشريعات وطنية.
- أن يقتصر نشاط الادخار والتمويل على أعضائها فقط.
- أن تقدم ائتمانيات مالية لأعضائها بمعدل فائدة سنوية تقل عما هو معمول به في السوق أو طبقاً لما أقر في التشريعات الوطنية.

= (a) s established for the mutual benefit of its members.

(b) does not make profits for any other person than its members.

(C) fulfils a social purpose required by domestic legislation.

(d) receives and manages the savings of, and provides sources of credit to, its members only.

(e) provides credit on the basis of an annual percentage rate of charge which is lower than that prevailing on the market or subject to a ceiling laid down by national law.

المطلب الثاني

التزامات مانح الائتمان قبل مرحلة التعاقد

يهدف هذا الالتزام إلى ضمان مساعدة المستهلك في الحصول على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بعقد الائتمان، وتقديم المساعدة القانونية والتجارية له على نحو يُمكنه من اتخاذ القرار الصائب في إتمام عقد الائتمان من عدمه. بمعنى آخر، وضع المستهلك في مركز معرفي متوازن - إلى حد ما - مع المركز المعرفي لمانح الائتمان بما يضمن توازن العلاقة العقدية بين طرفيها. لضمان الوصول إلى هذه النتيجة، يتسع هذا الالتزام ليشمل التزام مانح الائتمان: بمراعاة العديد من الضوابط عند الإعلان عن الخدمات التي يقدمها، إطلاع المستهلك على كافة المعلومات والبيانات الخاصة بعقد الائتمان، دراسة القدرة المالية (الأهلية الائتمانية) لمقدم الطلب على سداد قيمة الائتمان إن هو حصل عليه، وإطلاع المستهلك عليها في حال رفض طلبه، وأخيراً واجب النصح والإرشاد خلال مرحلة التفاوض على العقد^(٥٧). تهدف هذه الالتزامات في مجموعها إلى تزويد المستفيد بكافة المعلومات التفصيلية الخاصة بعقد الائتمان؛ لكي يتمكن من المفاضلة والاختيار بين العرض المقدم وباقي العروض الموجودة في السوق. ستكون هذه الالتزامات مدار البحث المفصل في هذا الجزء من الدراسة.

الفرع الأول

الالتزام بمعايير الإعلان التجاري غير المضلل

يعتبر الإعلان أو الإشهار بمثابة شكل من أشكال الإيجاب في عقود الإذعان الموجه للعموم، وقد عرفه الفقه القانوني الغربي بأنه جهد غير مباشر عن طريق إحدى وسائل الاتصال العامة لعرض وترويج الأفكار أو السلع أو الخدمات بمقابل مادي^(٥٨). فهو إبداع فكري، يعتمد على أسس علمية للتأثير على المستهلك من أجل تحقيق غاية اقتصادية وهي تصريف المنتجات وزيادة الأرباح، وذلك من خلال استعمال مختلف الوسائل الإعلامية، والذي إذا ما استخدم استخداماً حسناً سيحقق فوائد وآثاراً إيجابية، أما إذا استخدم بشكل سيئ فإنه يؤدي إلى نتائج غير مرضية

(٥٧) انظر: جلسات نقاش التوجيه رقم (١٩) ورقم (٢٤) المشار إليهما أعلاه.

(٥٨) مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة وجدة (محمد الأول)، المغرب ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٢٣٩.

تتمثل في تضليل المستهلك، وهو ما يعرف بالإعلان الكاذب أو المضلل^(٥٩). يكون الإعلان كاذباً إذا كان من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك، من خلال تضليله وإيقاعه في غلط قد يدفعه إلى التعاقد عن طريق إدراج بيانات أو معلومة مضللة لا تتفق مع واقع الحال، وهو ما يعرف عنه في الفقه القانوني الغربي بالإعلان المضلل بالقيام بعمل (positive actions). كما يكون الإعلان مضللاً من خلال امتناع المعلن عن الإفصاح عن معلومات أو حقائق قد تتصل بذات المادة التي يعلن عنها أو ترتبط بعناصر خارجية ضرورية يجب أن يعلن عنها (مثل الحاجة إلى شراء برنامج إلكتروني معين لتحميل البرنامج المعلن عنه)، وهو ما يعرف في الفقه القانوني الغربي بالتضليل من خلال الامتناع عن عمل (negative actions)^(٦٠) لكن هناك من يميز بينهما انطلاقاً من كون الإعلان المضلل لا يذكّر ببيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع المستهلك، وعلى هذا النحو يقع الإعلان المضلل في نقطة تقع بين الإعلان الصادق والإعلان الكاذب^(٦١).

أدرك المشرع الأوروبي أهمية التعامل مع الإعلانات التجارية التي تطرحها المؤسسات الائتمانية، وأثرها على رضا المستهلك؛ ولذلك تقرر تضمين التوجيه ببعض الالتزامات التي يجب أن تراعيها هذه المؤسسات عند الإعلان عن خدماتها للجمهور وذلك لضمان حمايتهم خلال مرحلة ما قبل التعاقد. يميز التوجيه بين الإعلانات التجارية التي تحتوي رسومات رقمية دالة وأشكالاً توضيحية (figures) وبين الإعلانات التي لا تحتوي مثل هذه الرسومات^(٦٢). حيث أحال تنظيم النوع الثاني إلى

(٥٩) مباد العربي، عقود الإذعان - دراسة مقارنة (مطبعة دار الأمان: الرباط ٢٠٠٥) ٢٣١، أحمد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة (دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠٠٧) ١٨، خالد ممدوح إبراهيم حماية المستهلك في العقد الإلكتروني (١ دار الفكرة الجامعي: الإسكندرية ٢٠٠٨) ٤٢.

(٦٠) M Fayyad, Misleading Advertising Practices in Consumer Transactions, can Arab Lawmakers Gain an Advantage from European Insight(2012) 26 Arab law Quarterly 287.

(٦١) Hans W. Micklitz, 'full harmonization of unfair commercial practices under Directive 2005/29, Case comment' International Review of Intellectual Property and Competition Law 40-4 (2009) 372; S Norelid, 'the unfair commerce.al practice Directive' European Lawyer Journal 76 (2008) 42.

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 192. (٦٢)

قواعد حماية المستهلك من الإعلانات المضللة بموجب التوجيه رقم (٢٩/٢٠٠٥)^(٦٣) باعتباره صاحب الولاية العامة في حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير العادلة والتي تشمل استخدام الإعلان المضلل عند ترويج السلعة أو الخدمة^(٦٤). في المقابل، إذا تضمن الإعلان رسومات بيانية ورسومات بيانية توضيحية تحدد قيمة الائتمان، معدل الفائدة السنوي... الخ، فيجب أن تلتزم هذه المؤسسات ببعض المعايير (standard information) التي نص عليها التوجيه في مادته (٢/٤)؛ وذلك لضمان حق المستهلك في الإعلام بصورة دقيقة، وتجنب تدليسه باستخدام هذه الأرقام والرسومات، حيث نصت هذه المادة على وجوب أن يتضمن الإعلان التجاري قائمة من المعلومات الحصرية (exclusive information) التي يجب أن تلتزم بها الدول الأعضاء عند تطبيق أحكام التوجيه في تشريعاتها الوطنية، تتمثل في:^(٦٥)

- إجمالي كلفة التمويل، وهي جميع التكاليف التي يلتزم المستفيد بسدادها، بخلاف مبلغ التمويل الأساسي وفق أحكام عقد التمويل، وتشمل: كلفة الأجل، الرسوم، العمولات، التكاليف الإدارية... إلخ.
- قيمة الائتمان الكلية التي يلتزم المستفيد بردها للمانح.
- معدل النسبة السنوي للخصم، على أنه يجوز للدول الأعضاء المستفيدة من الاستثناءات الاختيارية الممنوحة لبنوك الادخار التعاوني إعفاء المؤسسات الائتمانية من هذا البند.
- مدة عقد الائتمان، وهي المدة التي يلتزم خلالها المستفيد بسداد قيمة الائتمان الممنوح له.
- في حالة الائتمان المتعلق بتقديم سلعة أو خدمة بدفع مؤجل، يلتزم المعلن بالإعلان عن السعر النقدي وأية دفعات مقدمة يدفعها المستفيد.

(٦٣) Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Directives 84/450/EEC, 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC and Regulation (EC) No 2006/2004.

(٦٤) Article (4/1) provides that: Any advertising concerning credit agreements which indicates an interest rate or any figures relating to the cost of the credit to the consumer shall include standard information in accordance with this Article.

This obligation shall not apply where national legislation requires the indication of the annual percentage rate of charge in advertising concerning credit agreements which does not indicate an interest rate or any figures relating to any cost of credit to the consumer within the meaning of the first subparagraph.

(٦٥) الترجمة من اجتهاد الباحث.

- المبلغ الإجمالي الذي سيدفعه المستفيد إضافة إلى قيمة الأقساط التي سيلتزم بها. إضافة إلى ذلك، ينص التوجيه على وجوب أن تُصاغ هذه الإعلانات بلغة واضحة ومفهومة للمستهلك، وأن تتجنب استخدام المصطلحات الفنية التي لا يتداولها العامة، وفي حال ما استخدمت هذه المصطلحات يجب أن توضح في الإعلان عن طريق استخدام أمثلة توضيحية رقمية يستطيع أن يفهمها المستهلك^(٦٦). كما ألزمت المادة (٣/٤) من التوجيه المعلن بوجوب أن يشتمل الإعلان على بيان أية متطلبات تأمينية أخرى يتطلبها عقد الائتمان (مثل التأمين الشامل على السيارة في حالة قروض شراء السيارات)، إضافة إلى قيمتها إن كانت مقدرة القيمة وقت التعاقد أو طبيعتها، إن كانت غير مقدرة القيمة في مكان بارز في الإعلان بجانب معدل الفائدة السنوية المستحق على قيمة الائتمان^(٦٧).

الفرع الثاني

التزامات مانح الائتمان خلال مرحلة التفاوض على العقد

يهدف هذا الالتزام إلى ضمان التغلب على حالة الضعف المعرفي للمستهلك في مرحلة مناقشة بنود العقد مع المانح، من خلال إلزام مانح الائتمان خلال مرحلة التفاوض على العقد بواجب الإعلام والتبصير، إضافة إلى واجب النصح والإرشاد، بهدف تبصير إرادة المستهلك (insight) لتقدير موقفه التعاقدية واختيار القرار المناسب إما بالتعاقد أو العدول عنه في ضوء ما تحصل عليه من معلومات^(٦٨).

نشير بداية إلى أن المشرع الأوروبي قد امتنع عن تشريع جزاءات محددة على المؤسسات الائتمانية في حال لم تراعي هذه الالتزامات، إضافة إلى عدم النص على من يلتزم بعبء إثبات وفاء مانح الائتمان بهذه الالتزامات من عدمه، تاركاً المجال

M Fayyad, Ibid 287.

(٦٦)

This article provides that: Where the conclusion of a contract regarding an ancillary service relating to the credit agreement, in particular insurance, is compulsory in order to obtain the credit or to obtain it on the terms and conditions marketed, and the cost of that service cannot be determined in advance, the obligation to enter into that contract shall also be stated in a clear, concise and prominent way, together with the annual percentage rate of charge.

(٦٨)

لمزيد من التفاصيل حول التزام التاجر بواجب النصح والإرشاد، انظر: سهير منتصر، الالتزام بالتبصير (دار النهضة العربية: القاهرة بدون سنة نشر) ١٤، جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي (١٩٨٩) ٢/١٣ مجلة الحقوق - جامعة الكويت ص ٤٧.

للمشرع الوطني لكل دولة عضو في تقرير هذه الجزاءات وتحديد عبء الإثبات، بما يتناسب مع ضمان تحقيق الأهداف العامة التي أقرها التوجيه، وبما يضمن تحقيق عناصر (الفاعلية والتناسبية والردع) (effective, proportionate and dissuasive) وفقاً لما أقرته المادة (٢٣) من التوجيه^(٦٩). أثير هذا النقاش في جلسة المداولات رقم (٢٦) لمشروع التوجيه، حيث تم التأكيد على أهمية أن تأخذ الدول الأعضاء عند تقريرها لهذه الجزاءات بالاعتبارين التاليين: أثر هذا الإخلال في القرار النهائي للمستهلك إضافة إلى مدى المعرفة القانونية التي وصل إليها المستهلك جراء المعلومات التي يتحصل عليها من منح الائتمان، فكلما ازدادت هذه المعرفة القانونية ضاق نطاق منح الائتمان بهذا الالتزام والعكس صحيح إلى الحد الذي قد يبطل فيه عقد الائتمان بمجمله في حالة كانت هذه المعرفة شبه منعدمة^(٧٠).

فيما يتعلق بمضمون الجزاء، أقرت محكمة العدل الأوروبية في قضية (Schulte v Deutsche Bausparkasse Badenia AG)^(٧١) وقضية (Crailsheimer Volksbank eG v Klaus Conrads and Others)^(٧٢) بوجوب الاحتكام إلى العقوبات المنصوص عليها في القواعد الخاصة أو المبادئ العامة لقواعد القانون الوطني للدول الأعضاء. على سبيل المثال قضت محكمة العدل الأوروبية في القضية الشهيرة (CA Consumer Finance v Ingrid Bakkaus and Others)^(٧٣) بما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة (L. 311-48) من القانون الفرنسي رقم ٧٣٧/٢٠١٠ الخاص بحماية المستهلك في عقود الائتمان والذي طبق أحكام التوجيه الأوروبي في فرنسا. تتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ ٥/٥/٢٠١١ تعاقد السيد (Bonato) مع مصرف (CA AF) على أساس قيام المصرف بمنحه قرضاً مالياً قيمته (٢٠) ألف

(٦٩) This article provides that: Member States shall lay down the rules on penalties applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented. The penalties provided for must be effective, proportionate and dissuasive.

(٧٠) H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 193-194.

(٧١) ECJ Case C-350/03, 25 October 2005, Elisabeth Schulte and Wolfgang Schulte v Deutsche Bausparkasse Badenia AG.

(٧٢) Judgment of the Court (Second Chamber) of 25 October 2005. Crailsheimer Volksbank eG v Klaus Conrads and Others. Case C-229/04.

(٧٣) Available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0449&langl=en&type=TEXT&ancre=> visited on 16/12/2014.

يورو لغرض شراء سيارة للاستعمال الشخصي بمعدل فائدة سنوي قيمته (٧٪). تعثر المستهلك في سداد الأقساط المالية بسبب صعوبة أوضاعه المالية وعدم قدرته على سداد الديون المستحقة عليه، مما دفع المصرف إلى مقاضاته. أنكر محامي المستهلك مطالب المصرف مدعياً بعدم وفاء المصرف بالتزاماته المتعلقة بواجب الإعلام والتبصير إضافة إلى تقصير المصرف في دراسة الأهلية الائتمانية للمستهلك. دفع المصرف هذا الادعاء مدعياً توقيع المستهلك على شرط نموذجي (standard term) يفيد بإقرار المستهلك باستلام كافة المعلومات اللازمة وفقاً لما نص عليه القانون الفرنسي. استفسرت المحكمة الوطنية التي تنظر النزاع من محكمة النقض الفرنسية عن الطرف الذي يقع عليه عبء إثبات تزويد المستهلك بهذه المعلومات من عدمه (المانح أم المستهلك)، الأثر القانوني المترتب على توقيع شرط نموذجي في العقد يفيد باستلام المستهلك لكافة المعلومات والبيانات المشار إليها في القانون، إضافة إلى الأثر القانوني المترتب على مخالفة مانح الائتمان للالتزامات المنصوص عليها قانوناً قبل مرحلة التعاقد؟

رفعت محكمة النقض هذا التساؤل إلى محكمة العدل الأوروبية التي قضت بوجوب إحالة الحكم إلى ما ورد في القانون الفرنسي المتعلق بتطبيق هذا التوجيه، والذي نصت الفقرة الثالثة من المادة (L. 311-48) فيه على أنه في حال لم يلتزم مانح الائتمان بتقديم المعلومات والنصح والإرشاد، سيعفى المستهلك من التزامه بدفع فوائد الائتمان - بشكل كلي أو جزئي وفقاً لتقدير المحكمة - وسيلتزم فقط برد قيمة الائتمان المالي الذي تحصل عليه إضافة إلى دفع فوائد قانونية تحدد بموجب نص المادة (١١٥٣)^(٧٤) من القانون المدني الفرنسي بمجرد صدور الحكم القضائي، على أن تحتسب هذه الفائدة على أساس المدة الزمنية بين حصول المستهلك على قيمة الائتمان والتاريخ الذي سدد فيه قيمة الائتمان وليس المعدل المتفق عليه في عقد الائتمان، ويراعى زيادة هذه الفائدة القانونية بمعدل (٥,٠٪) إن لم يلتزم المستهلك برد كامل مبلغ الائتمان خلال فترة شهرين من تاريخ صدور الحكم القضائي^(٧٥).

(٧٤) هي مقدار الفائدة القانونية التي نص عليها القانون الفرنسي في المسائل المدنية والتجارية.

(٧٥) The second and third paragraphs of Article L. 311-48 of the Consumer Code provide: 'Where the creditor has not complied with the obligations laid down in Articles L. 311-8 and L. 311-9, he shall forfeit entitlement to interest, in whole or in such proportion as the court may direct....The borrower shall be required only to repay the principal in accordance with the schedule provided for and also, where appropriate, to pay the interest not forfeited by the creditor. Sums received by way of interest, which produce interest at the statutory rate from the date of their payment, shall be reimbursed by the creditor or set off against the principal remaining due.'

فيما يتعلق بعبء إثبات تحقق التزام مانح الائتمان ببيان هذه المعلومات من عدمه، لم يتضمن التوجيه الأوروبي تحديد الطرف الذي يقع عليه هذا العبء، لذا يجب أن يتم اللجوء إلى قواعد القانون الوطني لتحديد هذه الإشكالية، ولكن مع ضرورة الأخذ في عين الاعتبار بمبدأي المساواة (equivalence) والفاعلية (effectiveness) في الإثبات اللذين تم إقرارهما في العديد من قرارات محكمة العدل الأوروبية (Specht and others^(٧٦)). يشير المبدأ الأول إلى أهمية تطبيق قواعد الإثبات على الادعاء محل البحث بشكل مماثل لما يتم اتباعه في قضايا أو إشكالات قانونية مماثلة، بينما يشير المبدأ الثاني إلى أهمية الأخذ في عين الاعتبار بعدم اعتماد قواعد إثبات يستحيل على الطرف الملزم بها إعمالها في ضوء معطيات النزاع محل البحث. على هذا الأساس، سيستحيل على المستهلك إثبات التزام مانح الائتمان بواجب الإعلام من عدمه كونه في مركز تعاقدى لا يسمح له بهذا، ما ينقل عبء الإثبات في تلك الحالة على مانح الائتمان في جميع الأحوال^(٧٧).

أولاً - الالتزام بالإعلام والإفصاح:

تأثر مضمون التوجيه في هذا الجزء بما ورد في التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في بيوع الخدمات المالية عن بعد رقم (٢٠٠٢/٦٥)^(٧٨)، حيث أكد كلاهما على التزام المزود ومانح الائتمان بإعلام المستهلك بالعديد من البيانات قبل إبرام العقد بوقت مناسب، كي يتمكن من المفاضلة بين العروض المختلفة في السوق،

See: C-501/12 to C-506/12, C-540/12 and C-541/12, EU:C:2014:2005, paragraph 112. (٧٦)

Para. 25 and 25 from the case (Schulte v Deutsche Bausparkasse Badenia AG) mentioned above provides that: (٧٧)

24: As regards the principle of equivalence, it must be observed that the Court does not have before it any evidence which might raise doubts as to the compliance of the rules at issue in the main proceedings with that principle.

25: As regards the principle of effectiveness, it should be noted that every case in which the question arises as to whether a national procedural provision makes the application of EU law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national bodies (judgment in Kuřionov?, C-34/13, EU:C:2014:2189, paragraph 52).

Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directives 90/619/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC. (٧٨)

ومنحه الوقت الكافي للتروي والتفكير قبل الإقدام على التعاقد^(٧٩). إضافة إلى ذلك، سيضمن هذا التوجه تحقيق تنافسية السوق بين المشاريع التجارية العاملة في هذا المجال من خلال ضمان مفاضلة المستهلك بين ما يُقدم من عروض وامتيازات مختلفة. نصت هذه المادة على التزام مانح الائتمان بتزويد المستهلك بالعديد من المعلومات المتعلقة بعقد الائتمان والتي أدرجت ضمن قائمة التزامات حصرية (Exclusive list)، تلتزم الدول الأعضاء بتضمينها في تشريعاتها الوطنية وفقاً لما ورد في مداولة نقاش مشروع التوجيه رقم (٣٢)^(٨٠). أثارت كثرة هذه الالتزامات الواردة في القائمة اعتراض الكثير من خبراء القانون عند دراسة مشروع التوجيه نظراً لصعوبة تعامل المستهلك مع هذه المعلومات وعدم قدرته في كثير من الأحيان على تمييز مضمونها وآثارها القانونية. لذا قرر المشرع الأوروبي تضمين التوجيه بالملحق رقم (٢) والمسمى "نموذج معلومات عقود الائتمان الموحدة الأوروبية" "standard European consumer credit information" الذي يحتوي على جدول معلومات حصرية - تطابق في مضمونها ما هو مدرج في هذه المادة، ولكنها مصاغة بشكل مباشر وأكثر سهولة على الفهم - يلتزم مانح الائتمان بتقديمها للمستهلك وتوضيح مضمونها وآثارها له ومناقشته في محتواها عند الضرورة^(٨١). ورغبة من المشرع الأوروبي في تسهيل وتوحيد العمل بعقود الخدمات المالية بشكل عام - والتي من ضمنها عقود الائتمان - أقر المشرع بأن هذه المعلومات هي ذات المعلومات التي يجب أن يلتزم المزود بالإفصاح عنها في عقود الخدمات المالية عن بعد والتي

Article (5/1) provides that: In good time before the consumer is bound by any credit agreement or offer, the creditor and, where applicable, the credit intermediary shall, on the basis of the credit terms and conditions offered by the creditor and, if applicable, the preferences expressed and information supplied by the consumer, provide the consumer with the information needed to compare different offers in order to take an informed decision on whether to conclude a credit agreement. Such information, on paper or on another durable medium, shall be provided by means of the Standard European Consumer Credit Information form set out in Annex II. The creditor shall be deemed to have fulfilled the information requirements in this paragraph and in Article 3, paragraphs (1) and (2) of Directive 2002/65/EC if he has supplied the Standard European Consumer Credit Information..

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 196.

(٨٠)

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid.

(٨١)

- نُظمت بالتوجيه رقم (٢٠٠٢/٦٥). تمثلت هذه المعلومات الواردة في نص المادة (٥/٢) من التوجيه (٢٠٠٨/٤٨) في:^(٨٢)
- ١ - نوع الائتمان الممنوح للمستهلك.
 - ٢ - هوية مانح الائتمان وعنوانه الجغرافي إضافة إلى هوية وعنوان الوسيط إن وجد.
 - ٣ - المبلغ الإجمالي للائتمان وشروط عدول المستهلك عنه.
 - ٤ - إن تعلق الائتمان بمنح ائتمان لسلعة أو خدمة مقدمة مؤجلة الدفع، يلتزم هنا المانح بتزويد المستهلك بسعرها الأصلي ومدة الائتمان الممنوحة إضافة إلى سعرها الإجمالي بعد منح الائتمان.
 - ٥ - معدل الإقراض والشروط القانونية النازمة لعملية الإقراض.
 - ٦ - نسبة الفائدة السنوية المترتبة بالائتمان إضافة إلى قيمة الفائدة الكلية التي سيدفعها المستهلك، على أن ترتبط هذه المعلومات بأمثلة توضيحية للمستهلك، توضح اختلاف هذه النسب واختلافها بالزيادة والنقصان بعامل الزمن.
 - ٧ - قيمة الأقساط المستحقة على المستهلك، وعددها وكيفية سدادها، إضافة إلى بيان طريقة خصم مبلغ الائتمان منها عن طريق تحديد البدء بخصم مصاريف الائتمان ثم قيمة الفوائد المستحقة وأخيراً أصل الائتمان.
 - ٨ - إن تطلب الائتمان فتح المستهلك حساباً مصرفياً جارياً لدى مانح الائتمان، يلتزم هنا مانح الائتمان ببيان قيمة العمولة المستحقة نتيجة فتح هذا الحساب في حالات السحب والإيداع المرتبطة بتنفيذ عقد الائتمان.
 - ٩ - تكاليف عقد الائتمان - إن وجدت - التي يجب أن يدفعها المستفيد من الائتمان إلى

This article begins with: In good time before the consumer is bound by any credit agreement or offer, the creditor and, where applicable, the credit intermediary shall, on the basis of the credit terms and conditions offered by the creditor and, if applicable, the preferences expressed and information supplied by the consumer, provide the consumer with the information needed to compare different offers in order to take an informed decision on whether to conclude a credit agreement. Such information, on paper or on another durable medium, shall be provided by means of the Standard European Consumer Credit Information form set out in Annex II. The creditor shall be deemed to have fulfilled the information requirements in this paragraph and in Article 3, paragraphs (1) and (2) of Directive 2002/65/EC if he has supplied the Standard European Consumer Credit Information. ^(٨٢)

- كتاب العدل أو الجهات الرسمية المحددة بالقانون في حال تطلب الأمر تسجيل عقد الائتمان لدى كتاب العدل حسب الأصول.
- ١٠ - إعلام المستهلك بأية التزامات إجبارية أخرى لإبرام عقد الائتمان (مثل وجوب التأمين الشامل على المركبات في حال منح ائتمان مالي لشرائها) وتكلفتها إن كان مانح الائتمان هو الجهة التي ستقدم هذه الخدمة.
- ١١ - معدل الفوائد المستحقة على التأخير في السداد ومعايير تطبيقها على المستهلك.
- ١٢ - مضمون التزام مانح الائتمان بإشعار المستهلك في حال لم يلتزم الأخير بالدفعات المستحقة عليه حسب الاتفاق.
- ١٣ - طبيعة الكفالات المطلوبة إن وجدت.
- ١٤ - بيان إمكانية حق المستهلك في العدول وشروطه إن كان ممكناً.
- ١٥ - حق المستهلك في السداد المبكر لمبلغ الائتمان، وكيفية احتساب معدلات الفائدة المطلوبة منه في هذه الحالة بما لا يتعارض مع ما ورد في نص المادة (١٦).
- ١٦ - التزام مانح الائتمان بإبلاغ مقدم طلب الائتمان بشكل مباشر ومجاني في حال تم رفض طلب حصوله على الائتمان وأسباب الرفض وفقاً لما هو مقر في المادة (٢/٩) من التوجيه.
- ١٧ - حق المستهلك في الحصول بشكل فوري ومجاني على نسخة عقد الائتمان في حال تمت الموافقة على طلبه.
- ١٨ - تزويد المستهلك بالفترة الزمنية التي يجب على مانح الائتمان فيها إكمال التزامه بإعلام المستهلك بكافة المعلومات التي يتطلبها التوجيه.
- وفقاً لقرارات محكمة العدل الأوروبية، تعتبر هذه القائمة استرشادية وغير حصرية، ويجوز للدول الأعضاء التوسع فيها بما يحقق الهدف العام المتعلق بقدرة المستهلك على تقدير موقفه المالي والقانوني الناتج عن العقد، إضافة إلى حق المستهلك في طلب معلومات إضافية من مانح الائتمان من خلال الاستفسار المباشر أو غير المباشر عنها إن كانت هذه المعلومات هامة بالنسبة له لتقرير موقفه من العرض المقدم إليه^(٨٣).

Para. 41 from the case (Schulte v Deutsche Bausparkasse Badenia AG) (٨٣) mentioned above provides that: As regards the first part of that question, it is apparent from Article 5(6) of, and recital 27 in the preamble to, Directive 2008/48 that, notwithstanding the pre-contractual information which must be =

أخيراً، تعامل التوجيه بنوع من المرونة مع العروض التي تقدمها مؤسسات الائتمان إلى المستهلكين عن طريق وسائل التواصل المسموعة (الهاتف)، والتي يصعب فيها تزويد المستهلك بكافة هذه المعلومات عند التعاقد، وذلك من خلال إلزام مانح الائتمان بتزويد المستهلك ببعض المعلومات الواردة أعلاه وليس جميعها. تمثلت هذه المعلومات - وفقاً لما نصت عليه المادة (٢/٥) في التوجيه - في المعلومات المشار إليها في الفقرات (٣، ٤، ٥، ٦، ٨) أعلاه^(٨٤). إن تم التعاقد بهذه الطريقة، على أن يلتزم مانح الائتمان - في أقرب فرصة ممكنة بعد التعاقد - بتزويد المستهلك بقائمة الالتزامات المنصوص عليها في الفقرة (١/٥) في شكل جدول معلومات عقود الائتمان الموحدة الأوروبية، وسيستفيد المستهلك في هذه الحالة بحقه في العدول عن التعاقد - إن هو قرر ذلك - خلال فترة (١٤) يوماً من تاريخ استلامه قائمة المعلومات كما هو مشار أدناه في حق المستهلك في العدول^(٨٥). بمفهوم المخالفة، لن يستفيد من هذا الاستثناء مانح الائتمان الذي يتواصل مع المستهلك عن طريق خدمات الرسائل متعددة الوسائط (الصور والأصوات والنصوص) (MMS) (Multimedia Messaging Service).

=provided under Article 5(1) of that directive, the consumer may, before entering into the credit agreement, still need additional assistance in order to decide which credit agreement is the most appropriate for his needs and his financial situation. The creditor must therefore provide the consumer with adequate, personalised explanations in order to place the consumer in a position that enables him to assess whether the proposed credit agreement is adapted to his needs and to his financial situation, where appropriate by providing explanations of the pre-contractual information, the essential characteristics of the products proposed and the specific effects they may have on his situation, including the consequences of default in payment by the consumer.

Article (5/2) provides that: However, in the case of voice telephony communications, as referred to in Article 3(3) of Directive 2002/65/EC, the description of the main characteristics of the financial service to be provided pursuant to the second indent of Article 3(3)(b) of that Directive shall include at least the items referred to in points (c), (d), (e), (f) and (h) of paragraph (1) of this Article, together with the annual percentage rate of charge illustrated by means of a representative example and the total amount payable by the consumer. (٨٤)

Article (5/3) provides that: if the agreement has been concluded at the consumer's request using a means of distance communication which does not enable the information to be provided in accordance with paragraph 1, in particular in the case referred to in paragraph 2, the creditor shall provide the consumer with the full pre-contractual information using the Standard European Consumer Credit Information form immediately after the conclusion of the credit agreement. (٨٥)

ثانياً - الالتزام بواجب النصح والإرشاد:

ينتقل التوجيه إلى الالتزام الثاني على منح الائتمان خلال مرحلة التفاوض على العقد، والمتمثل في واجب النصح والإرشاد، وذلك بهدف ضمان حق المستهلك في تقدير موقفه التعاقدية، ومن ثم اتخاذ القرار المناسب إما بالتعاقد أو عدمه. حتى تاريخ إقرار التوجيه لم تكن العديد من الدول الأعضاء تنظم هذا الالتزام^(٨٦)، لذا أثر المشرع الأوروبي النص عليه صراحة في المادة (٦/٥) من التوجيه، ملزماً منح الائتمان بتزويد طالب الائتمان بما يلي: (١) معلومات مناسبة (adequate information) لضمان تمكين المستهلك من اتخاذ القرار المناسب في ضوء مدى ملاءمة الائتمان لاحتياجاته، (٢) قدرته المستقبلية على السداد، (٣) نصح مقدم طلب الائتمان بأية سلع بديلة يقدمها منح الائتمان إن كانت هذه السلع تناسب احتياجات مقدم الطلب بشكل أفضل (هذا فقط في حال الطلبات الائتمانية المتعلقة بالحصول على السلع أو الخدمات بطريقة الدفع المؤجل). وردت هذه الالتزامات صراحة في الفقرة (٢٧) من مقدمة التوجيه، إضافة إلى العديد من قرارات محكمة العدل الأوروبية^(٨٧).

يهدف هذا الالتزام إلى ضمان وصول المستهلك إلى حالة من الإدراك القانوني لمدى ملاءمة عقد الائتمان لمصالحه المالية، لذا قد يثور الخلاف حول نطاق هذا الالتزام تبعاً لاختلاف مستوى تعليم وإدراك المستهلك (سيكون من السهل التعامل مع

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 197..

(٨٦)

Para. 27 of the preamble of the directive provides that: Despite the pre-contractual information to be provided, the consumer may still need additional assistance in order to decide which credit agreement, within the range of products proposed, is the most appropriate for his needs and financial situation. Therefore, Member States should ensure that creditors provide such assistance in relation to the credit products which they offer to the consumer. Where appropriate, the relevant pre-contractual information, as well as the essential characteristics of the products proposed, should be explained to the consumer in a personalised manner so that the consumer can understand the effects which they may have on his economic situation. Where applicable, this duty to assist the consumer should also apply to credit intermediaries. Member States could determine when and to what extent such explanations are to be given to the consumer, taking into account the particular circumstances in which the credit is offered, the consumer's need for assistance and the nature of individual credit products.

(٨٧)

See also Para. (3) of the case: (CA Consumer Finance v Ingrid Bakkaus and Others) that is mentioned above.

المستهلك المدرك المتعلم أكثر من المستهلك الذي لا تتوافر فيه هذه الصفات)، وهذا بدوره قد يخلق حالة من الارتباك التطبيقي عند إعمال هذا الالتزام، تتعلق بتحديد مدى كفاية النصيحة المقدمة لتتوافق مع هذه المادة^(٨٨). لهذا السبب، ترك المشرع الأوروبي للدول الأعضاء الحق في اتخاذ الوسائل المناسبة في تشريعاتهم الوطنية لضمان تحقيق هذا الهدف، مع مراعاة وجوب تحقيق الهدف من هذا الالتزام كما هو مقر بواسطة التوجيه بما يتوافق مع وسيلة (الحد الأعلى للتوحيد) (maximum harmonization technique) التي تبنته كافة توجيهاً حماية المستهلك منذ العام (٢٠٠٢)^(٨٩). إضافة إلى ذلك، أقر المشرع الأوروبي مبدأ المستهلك المتوسط (average consumer)^(٩٠) كمبدأ عام يحكم تعريف المستهلك وذلك لغايات تطبيق التزامات التاجر المتعلقة بواجب النصح والإرشاد^(٩١). أخيراً، نصت المادة (٦/٥) على تحديد نطاق هذه النصيحة من حيث المعلومات التالية: أولاً، ما ورد من التزامات في نص المادة (١/٥) المتعلقة بالمعلومات التي يجب الإفصاح عنها في مرحلة ما قبل التعاقد. ثانياً، الخصائص العامة للمنتج الذي يرغب المستهلك في الحصول عليه ومدى توافقه مع حاجات المستهلك الشخصية أو الأسرية. ثالثاً، المدى الذي يمكن أن تسمح أوضاع المستهلك المالية به في التعامل مع مستلزمات سداد أقساط قيمة هذا الائتمان. اختلفت تشريعات الدول الأعضاء في التعامل مع هذا الالتزام، حيث أثر المشرع الإنجليزي النص عليه بشكل عام - على غرار التوجيه - في جميع عقود الائتمان عندما نص صراحة على وجوب التزام مانح الائتمان به في عقود الائتمان المقترحة جميعاً (the proposed credit agreements)^(٩٢)، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي أيضاً حتى قبل تبني التوجيه في فرنسا، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في

(٨٨) O Bray, 'EU Sweep interim results: misleading advertising and unfair practices on airline Ticket websites' Computer and Telecommunications Law Review 14-7 (2008) 179.

(٨٩) تعني التزام الدول الأعضاء بما ورد في نصوص التوجيه بشكل كامل دون إن يكون لها الحق في الحد أو الزيادة من نطاق الحماية التي نص عليها أو التوجيه، بهدف ضمان التوحيد الكامل والمثالي للأنظمة القانونية لدول الأعضاء، مع مراعاة منحها جانباً من المرونة في تحديد وسائل تحقيق الأهداف العامة المرجوة من التوجيه بما يتناسب ونظامها القانوني الوطني.

(٩٠) يشير هذا المبدأ إلى المستهلك متوسط المعرفة العلمية والدراسة السوقية في السوق المحلية.

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 197.

Ibid.

(٩١)

(٩٢)

العام (١٩٩٤) بهذه المسؤولية حينما اعتبرت أن البنك قد قصر في التزامه بنصح وإرشاد المستهلك بعدم جدوى عقد القرض لغايات شراء جرار زراعي. تمثلت وقائع هذه القضية في قيام مزارع بالاقتراض من بنك تجاري لغرض شراء جرار زراعي؛ كي يتوسع في نشاطه الزراعي، في وقت كان يملك فيه جراراً زراعياً آخر. اكتشف المزارع فيما بعد أن العائد المالي الناتج عن هذا التوسع الزراعي لا يتناسب مع حجم الأعباء المالية الإضافية الناتجة عن دفع قسط التمويل للبنك، إضافة إلى المصروف الدوري لعمل الجرار، الأمر الذي أدى إلى تضرره مالياً من هذا القرض وتعرّفه في سداد الأقساط المالية المستحقة عليه. أيدت محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال قرار محكمة الاستئناف التي اعتبرت أن البنك قد تصرف بشكل طائش وغير مهني يستحق اللوم عليه، إضافة إلى إلزامه بأحكام المسؤولية العقدية تجاه هذا المزارع^(٩٣). في قضية أخرى، أيدت محكمة النقض الفرنسية القرار الصادر عن محكمة الاستئناف القاضي بإلزام البنك بتعويض المقترض نتيجة إخلال البنك بواجب النصح والإرشاد. تمثلت هذه القضية في قيام مهندس بطلب قرض مصرفي لأغراض استهلاكية في وقت كان يعلم فيه البنك بتعثر المركز المالي للشركة التي يعمل فيها المهندس، بينما كان هذا المهندس جاهلاً بهذا التعثر المالي، ودون أن يقوم المصرف بإعلام المهندس بهذا الأمر، ما نتج عنه عدم قدرة^(٩٤) المقترض على وفاء أقساط القرض المستحقة عليه^(٩٥). في المقابل، تعامل المشرع الألماني مع هذا الالتزام بنوع من المعقولة (reasonableness) حينما قصر نطاق تطبيقه على عقود توريد البضائع والخدمات المؤجلة الدفع، على أساس تصور إمكانية علم مانح الائتمان بمدى ملائمة محل العقد

(٩٣) خالد الضيفري، مرجع سابق ص ٤٢٦.

(٩٤) يعتبر عامل القدرة أحد أهم العوامل التي تحكم معايير منح الائتمان، وهي تعني قدرة العميل على تحقيق الدخل وبالتالي قدرته على سداد القرض والالتزام بدفع الفوائد والمصروفات والعمولات.... ومعيار القدرة أحد أهم المعايير التي تؤثر في مقدار المخاطر التي يتعرض لها المصرف عند منح الائتمان. وعليه لا بد للمصرف عند دراسة هذا المعيار من التعرف على الخبرة الماضية للعميل المقترض وتفاصيل مركزه المالي، وتعاملاته المصرفية السابقة سواء مع نفس المصرف أو أية مصارف أخرى. ويمكن الوقوف على الكثير من التفاصيل التي تساعد متخذ القرار الائتماني من خلال استقراء العديد من المؤشرات التي تعكسها القوائم المالية الخاصة بالمقترض. فكلما كانت نتائج دراسة هذا الجانب إيجابية زاد اطمئنان متخذ القرار إلى قدرة المقترض محل الدراسة على سداد القرض المطلوب وفق الشروط المقترحة للقرض وفي مواعيد السداد التي سيتم الاتفاق عليها.

(٩٥) خالد الضيفري، مرجع سابق ص ٤٢٧.

لحاجات المستهلك الشخصية. يتوافق التوجه الألماني مع ما ورد من تطورات عامة لإقرار التوجيه إضافة إلى مداولات جلسة النقاش رقم (٢٧) والتي يفهم منها جميعاً التزام مانح الائتمان بالنصح والإرشاد إن كان ممكناً (if applicable)^(٩٦)

ثالثاً – الالتزام بالتحقق من الأهلية الائتمانية للمستفيد من الائتمان (Responsible lending):

يتطلب هذا الالتزام تحقق مانح الائتمان من قدرة مقدم طلب الائتمان على التعامل مع مستلزمات سداد قيمته، وعدم إخلاله بالالتزامات المالية الناشئة عن عقد الائتمان ((creditworthiness)). هذا ما أقره التوجيه صراحة في نص المادة (٨/١) التي ألزمت المؤسسات الائتمانية بدراسة القدرة الائتمانية لمقدم طلب الائتمان وتقييم مركزه المالي، إضافة إلى عرض هذه الدراسة وتقديمها لمقدم الطلب لمناقشته فيها عند الضرورة^(٩٧)، كما أكدت عليه صراحة الفقرة (٢٦) من مقدمة التوجيه^(٩٨). كما أكدت الفقرة الثانية من نفس المادة على التزام مؤسسات الائتمان المالية بذات الأمر في حال طلب المستفيد من منح الائتمان زيادة مبلغ الائتمان بعد التعاقد^(٩٩). أثار هذا

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 198.

(٩٦)

This article provides that: Member States shall ensure that, before the conclusion of the credit agreement, the creditor assesses the consumer's creditworthiness on the basis of sufficient information, where appropriate obtained from the consumer and, where necessary, on the basis of a consultation of the relevant database. Member States whose legislation requires creditors to assess the creditworthiness of consumers on the basis of a consultation of the relevant database may retain this requirement.

(٩٧)

Para. 26 of the preamble of the directive provides that: Without prejudice to the credit risk provisions of Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, creditors should bear the responsibility of checking individually the creditworthiness of the consumer. To that end, they should be allowed to use information provided by the consumer not only during the preparation of the credit agreement in question, but also during a long-standing commercial relationship. The Member States' authorities could also give appropriate instructions and guidelines to creditors. Consumers should also act with prudence and respect their contractual obligations.

(٩٨)

This article provides that: Member States shall ensure that, if the parties agree to change the total amount of credit after the conclusion of the credit agreement, the creditor updates the financial information at his disposal concerning the consumer and assesses the consumer's creditworthiness before any significant increase in the total amount of credit.

(٩٩)

الالتزام حفيظة العديد من الدول الأعضاء أثناء مناقشة مشروع التوجيه، حيث إنه كان منصوصاً عليه بشكل صريح في النظام القانوني السويسري والبلجيكي فقط، إضافة إلى بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الإنجليزية والفرنسية. لهذا السبب، لم يضع التوجيه شكلاً محدداً لهذا التقرير، كما لم ينص على جزاءات محددة تلتزم بها الدول الأعضاء متى أخل مانح الائتمان بهذا الالتزام^(١٠٠).

لضمان تنفيذ مانح الائتمان لهذا الالتزام، يُلزم التوجيه مانح الائتمان بمطالبة مقدم الطلب بتقديم بيانات مالية كافية عن مركزه المالي تُمكنه من تقييم مدى قوة مركزه الائتماني في حال تحصل على الائتمان، وتقييم إمكانية استفادته من الائتمان الممنوح. تعرف هذه البيانات بقائمة البيانات الإيجابية، وعادة ما تتمثل في مصدر دخله ومقداره وحجم التزاماته المالية الشخصية والأسرية، إضافة إلى مدى حاجته إلى مبلغ الائتمان المطلوب وإثبات قدرته على السداد، مع التزام مانح الائتمان بالتأكد من صحة المعلومات المقدمة. يعني هذا التزام مانح الائتمان بالاستعلام عن هذه المعلومات وعدم الاكتفاء بما يقدمه المستهلك من مستندات، بغرض استكمال جميع المعلومات اللازمة لتقييم مدى حاجة هذا المستهلك للائتمان الممنوح، إضافة إلى قدرته على السداد وعدم التعثر. إضافة إلى ذلك، وفي حال تعذر قدرة مانح الائتمان على تقدير الأهلية الائتمانية لمقدم الطلب بناء على المعلومات المقدمة، طالبت المفوضية العامة للاتحاد الأوروبي بضرورة التزام الدول الأعضاء بإنشاء قواعد بيانات ذات صلة (relevant database) لكافة عقود الائتمان الممنوحة للأشخاص داخل دول الاتحاد، ولا تقتصر فقط على من أخلوا بالتزامات مالية في عقود ائتمان سابقة، بحيث تتمكن كافة المؤسسات المالية من الاطلاع عليها - على أساس غير تمييزي - ومن ثم تقدير المركز المالي لمقدم الطلب^(١٠١). هذا يعني - وفقاً لقرارات محكمة العدل الأوروبية - التزام مانح الائتمان بتقدير هذه الأهلية في ضوء المعلومات التي تحصل عليها مانح الائتمان، وبذلك يمكن أن تكون المعلومات المقدمة من المستهلك كافية في حد ذاتها لتقدير هذه الأهلية دون حاجة إلى لجوء مانح الائتمان إلى قواعد البيانات المعلوماتية. في المقابل، إن كانت المعلومات المقدمة من المستهلك غير كافية أو كانت مثيرة لريبة مانح الائتمان، فهنا يلتزم مانح الائتمان بالاستعلام عن مصداقية هذه المعلومات، إضافة إلى التزامه بالاطلاع على جدول البيانات الأوروبي^(١٠٢). ورد هذا التوجه في قرار محكمة العدل

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 198.

(١٠٠)

H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, Ibid 198- 199.

(١٠١)

See: case (Schulte v Deutsche Bausparkasse Badenia AG) mentioned above.

(١٠٢)

الأوروبية في قضية (LCL Le Crédit Lyonnais SA v Fesih Kalhan)^(١٠٣) وتتلخص وقائعها في تعاقد السيد (Kalhan) مع مؤسسة (LCL) المالية بتاريخ ٢٠١١/٥/٥ على أساس حصوله على مبلغ قرض قيمته (٣٨) ألف يورو والتزامه بسداد قيمة القرض على (٦٠) شهراً بمعدل فائدة سنوية قيمتها (٥,٥٪) تقريباً. تعثر المقرض في سداد قيمة المستحقات في شهر يناير (٢٠١٢)، ما دفع المؤسسة المالية إلى مقاضاته. توصلت المحكمة إلى نتيجة إخلال مانح الائتمان بالتزامه المتعلق بتقدير الأهلية الائتمانية للمستهلك، وقضت تبعاً لذلك - على ضوء قرارات عديدة لمحكمة النقض الفرنسية - بإسقاط الفائدة المتفق عليها وتطبيق معدل الفائدة القانوني الذي يقره القانون الفرنسي في تاريخ صدور الحكم القضائي وفقاً لنص المادة (L. 311-9) من قانون حماية المستهلك الفرنسي^(١٠٤).

Available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0565lan-g=en&type=TEXT&ancre=bisited on 22/12/2014>. (١٠٣)

Para. 18 provides of this decision that: To be able to use that site, internet users must fill in a registration form. When they place an order, they must declare that they accept the general terms and conditions and that they waive their right of withdrawal, by ticking a specific box on the form. The information required by Articles 4 and 5 of Directive 97/7, in particular that concerning the right of withdrawal, is not shown directly to internet users, who may however view it by clicking on a link on the contract sign-up page. The conclusion of a subscription contract with Content Services is impossible if the box has not been ticked. (١٠٤)

المطلب الثالث

مضمون عقد الائتمان الاستهلاكي

ألزمت المادة (٢/١٠) من التوجيه المؤسسات المالية مانحة الائتمان أن تقدم للمستهلك عقداً مكتوباً يحتوي على العديد من المعلومات التي توضح مركزه القانوني في العقد على نحو يمكنه من اتخاذ القرار المناسب قبل التوقيع على عقد الائتمان، إضافة إلى تمكينه من المفاضلة بين العقد المقدم إليه وباقي العقود المتوفرة في السوق. نتحدث هنا عن حق المستهلك في المفاضلة والاختيار من خلال بيان حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقد وإمكانية مقارنته بما هو متوفر في السوق المحلية. تنص المادة بداية على شكلية عقد الائتمان المصرفي، من خلال إلزام مانح الائتمان بتقديم عقد مكتوب للمستهلك^(١٠٥)، إضافة إلى وجوب احتفاظ كل من طرفيه بنسخة ورقة- أو أي نص مكتوب مناسب عن العقد^(١٠٦). علاوة على ذلك، يجب أن يحدد عقد الائتمان بطريقة واضحة وموجزة (in a clear and concise manner) حقوق والتزامات طرفيه من خلال وجوب اشتماله على شروط تعاقدية محددة بموجب المادة (١٠) من التوجيه. هذا يعني وجوب مراعاة عقد الائتمان الاستهلاكي لمبدأ الشفافية من خلال وجوب صياغته بلغة واضحة ومفهومة للمستهلك، إضافة إلى وجوب احتوائه على العديد من البيانات الإلزامية. ستكون هذه الضوابط مدار البحث في هذا الجزء من الدراسة.

Para. 21 of this decision provides that: The internet user then receives an (١٠٥) invoice from Content Services for access to the content of the website for 12 months, for EUR 96. The invoice reiterates that the internet user concerned has waived his right of withdrawal and that, therefore, he no longer has the option to cancel the subscription contract.

Para. 22 of this decision provides that: The action in the main proceedings was (١٠٦) brought by the Bundesarbeitskammer, a body which is responsible for the protection of consumers with its registered office in Vienna (Austria), which challenges Content Services' business practice on the ground that it infringes several provisions of European Union and domestic law in regard to consumer protection.

Para. 24 of this decision provides that: he Oberlandesgericht Wien states that, in the present case, information on the right of withdrawal is not contained in the confirmation email itself and can be obtained only via a link sent in the email. A website can be modified at any time and, consequently, is not available to the consumer on a lasting basis.

قبل بيان هذين العنصرين، يتوجب علينا بداية الحديث عن شرط الشكلية في عقد الائتمان الاستهلاكي - المتمثل في وجوب كتابة عقد الاستهلاك الائتماني وفقاً لما ورد أعلاه - حيث نصت المادة (١٠/١) من التوجيه على وجوب إعداد عقد الائتمان الاستهلاكي بشكل ورقي (on paper) أو بوسيلة أخرى مناسبة (durable medium). عُرِفَت "الوسيلة المناسبة" في نص المادة (٣/٣) على أنها أية وسيلة تُمكن المستهلك من الاحتفاظ بالمعلومات الواردة في العقد، والاطلاع عليها في المستقبل مع مراعاة عدم إمكانية تحريف محتواها أو التعديل فيها^(١٠٧). ورد هذا النص كمحاولة للتوفيق بين ما أخذ به القانون والإنجليزي والقانون الألماني الناظم لعقود الائتمان قبل إقرار التوجيه، حيث يشترط القانون الألماني أن يكون العقد مكتوباً وورقياً وموقعاً عليه من طرفيه كشرط شكلي للانعقاد، وذلك لضمان اطلاع المستهلك على محتواه وضمان عدم التعديل فيه من جانب واحد^(١٠٨). في المقابل، يراعي القانون الإنجليزي التعاقد عن بعد بين الطرفين عبر وسائل الاتصال الحديثة، بالتالي يجيز أن يكون العقد مرسلاً إلى المستهلك عبر البريد الإلكتروني في شكل صورة مطابقة للأصل (Scanned file) لضمان عدم تعديله بشكل منفرد^(١٠٩). في المقابل،

Article 5(1) of Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts must be interpreted as meaning that a business practice consisting of making the information referred to in that provision accessible to the consumer only via a hyperlink on a website of the undertaking concerned does not meet the requirements of that provision, since that information is neither 'given' by that undertaking nor 'received' by the consumer, within the meaning of that provision, and a website such as that at issue in the main proceedings cannot be regarded as a 'durable medium' within the meaning of Article 5(1). (١٠٧)

Y Farah, allocation of jurisdiction and the internet in EU law (2008) 33-2 (١٠٨) European Law Review Journal 257; M Schillig, Inequality of bargaining power versus market for lemons: legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms (2008) 33-3 European Law Review Journal 336.

N Reich and G Woodroffe, European consumer policy after "Maastricht" (١٠٩) (Kluwer Academic Publisher: Netherlands 1999) 293; P Nebbia, unfair contract terms in EC Law (Hart publications: London 2007) 136; M Dean, unfair contract terms: the European approach (1993) 56-4 Modern law Review 587; the extent of the transparency obligation imposed on a contracting authority awarding a contract whose value falls below the relevant value threshold: Case C-195/04, Commission v Finland, April 26, 2007 (2007) 5 Public Procurement Law Review NA 119.

لا يجيز القانون الإنجليزي مثل هذه الوسيلة في التواصل عند ممارسة مانح الائتمان لحقه في إنهاء عقد الائتمان غير محدد المدة من طرف واحد، حيث ينص القانون صراحة على وجوب أن يكون الإنهاء في شكل إخطار ورقي مسجل بعلم الوصول، لضمان اطلاع المستهلك عليه ومن ثم توقفه عن سداد أقساط مالية لاحقة، وذلك لخشية المشرع الإنجليزي من عدم متابعة المستهلك لبريده الإلكتروني بشكل مستمر، وبالتالي استمراره في دفع قيمة هذه الأقساط في وقت قد يكون من الصعب عليه استردادها نظراً لصعوبة وتعقيد إجراءات عمل المؤسسات المالية^(١١٠).

تدخلت محكمة العدل الأوروبية عبر العديد من قراراتها لتحديد مضمون الوسيلة المناسبة المشار إليها في المادة (١٠) من التوجيه، لتحديد أنها الوسيلة التي يمكن من خلالها التأكد من أمرين: استلام المستهلك لهذه المعلومات إضافة إلى التأكد من الاطلاع عليها وقراءتها في نفس الوقت. هذا ما قضت به محكمة العدل الأوروبية في قضية (Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer)^(١١١) والتي فيها أعلن فرع شركة (Content Services,) - وهي شركة إنجليزية ذات مسؤولية محدودة - لها فرع في مدينة (Mannheim) الألمانية عبر شبكة الإنترنت عن تقديم خدمات مالية في كل من ألمانيا والنمسا تتعلق بتحميل العديد من برامج الكمبيوتر المجانية إضافة إلى إصدارات تجريبية (trial versions) لبعض البرامج الأخرى بمقابل مالي، عن طريق الطلب من المتعاملين التسجيل في موقع الشركة والموافقة على كافة شروط العرض التي تعرضها الشركة، إضافة إلى التأكيد على حرمان المستهلك من حقه في إنهاء التعاقد بإرادته المنفردة^(١١٢). عقب الانتهاء من عملية التسجيل، تقوم الشركة بإرسال بريد إلكتروني إلى مقدم طلب التسجيل لتأكيد تسجيله، حيث تحتوي هذه الرسالة الإلكترونية على اسم المستخدم ورمز المرور السري، دون أن تشير

W Posch, The implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms (١١٠) into Austrian Law (1997) 5 European Review of Private Law 135.

P Nebbia, unfair contract terms in EC Law (Hart publications: London 2007) (١١١) 139.

M Herington and S Brothers, Unfair terms in Consumer contract regulations (١١٢) (1995) international insurance law Review 263; M Schillig, Inequality of bargaining power versus market for lemons: legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms (2008) 33-3 European Law Review Journal 336; N Parr, The relevance of consumer brands and advertising in competition inquiries (1993) 14-4 European Commercial law Review 157.

الرسالة إلى إلغاء حق المستخدم في إنهاء العقد بإرادته المنفردة بعد انعقاده، ويمكن فقط للمستخدم معرفة هذا الحظر من خلال شروط الاستخدام العامة، والتي يمكن الوصول إليها من خلال الرابط المرسل مع الرسالة الإلكترونية. في نهاية العام، تقوم هذه الشركة بإرسال فاتورة دفع للمستهلك تتضمن التزامه بدفع مبلغ مالي قدره (٩٦) يورو بسبب الاستخدام السنوي لهذا الموقع، ومشار في هذه الفاتورة بالتجديد الضمني للعقد على أساس تنازل المستهلك عن حقه في إنهاء العقد^(١١٣).

توجه بعض المستهلكين إلى جمعيات حماية المستهلك في النمسا، والتي بدورها خاضعت شركة الخدمات مطالبة بإلغاء هذا الشرط التعاقدي لعدم اطلاع المستهلك عليه بشكل مباشر في الرسالة الإلكترونية المرسلة له. قضت المحكمة المختصة في مدينة فيينا بقبول طلب جمعيات المستهلك على أساس عدم إعلام المستهلك بشكل مباشر بحقه في إنهاء العقد في الرسالة المرسلة إليه، إضافة إلى عدم جواز الاحتجاج بما ورد في الموقع الإلكتروني للشركة - الذي يتم الوصول إليه من خلال الرابط المرسل - بسبب إمكانية تعديله في أي وقت بواسطة الشركة المعلن^(١١٤). طعنَت الشركة في قرار المحكمة بالاستئناف، فقررت محكمة الاستئناف تأييد قرار محكمة أول درجة، وهذا ما قضت به أيضاً محكمة النقض النمساوية. طعنَت الشركة المعلن في قرار محكمة النقض أمام محكمة العدل الأوروبية التي بدورها أيدت الحكم المطعون فيه على أساس أن وسيلة الإعلام المناسبة يجب أن تكون من خلال التواصل المباشر بين مقدمة الخدمة والمستهلك، على نحو يضمن وصول المستهلك إلى هذه المعلومة بشكل مباشر وتؤكد مقدم الخدمة من هذا الوصول، وهذا لا يمكن ضمانه من خلال إرسال روابط تشعبية عبر الرسائل الإلكترونية^(١١٥).

The (OFT) Analysis of terms breaching the (UTCCR), plain English and (١١٣) intelligible language (2001) Para 197/10 P 53.

Tribunal d'instance Vienne (FR) 15. Dec. 2000 Cofidis / Fredout available in (١١٤) English at: http://www.eu-Consumer-law.org/caseabstracts_en.cfm?Judgmen-tID=212 Visited on 25-2-2008 Visited on 25-2-2008.

See G Alpa, the implementation of the EC directive on unfair contract terms in (١١٥) Italy(1997) 5 European Review of Private Law 192; G Alpa, A Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience (2004) 15- 5 European Business Law Review 1127.

الفرع الأول

مراعاة مبدأ الشفافية في عقود الائتمان الاستهلاكي

نصت مقدمة التوجيه على أهمية هذا المبدأ في ضمان تمكين المستهلك من القدرة على الوصول إلى الشروط التعاقدية وقراءتها وفهم محتواها، بالتالي يتخذ القرار المناسب متى علم بتلك الشروط. يرد غموض الشرط التعاقدي في الطريقة التي يُصاغ فيها هذا الشرط وكذلك بكيفية تقديمه إلى المستهلك. على هذا الأساس تضمنت كافة التوجيهات والتشريعات النازمة لقواعد حماية المستهلك على مستوى الاتحاد الأوروبي النص على أهمية هذا المبدأ عند تعامل التجار مع المستهلكين^(١١٦). وفقاً للفقهاء القانونيين الغربيين، يتطلب هذا المبدأ مراعاة تمكين المستهلك من الاطلاع على شروط العقد، وتقديمها له بلغة واضحة وصيغة مفهومة، مع صياغتها بخط كبير واضح تمكنه من قراءتها، وإعلام المستهلك بالآثار القانونية المترتبة على الشروط العقدية التي تتضمن الإشارة إلى جوانب قانونية، وأخيراً منح المستهلك الوقت الكافي لقراءتها والتفكير فيها^(١١٧). وفقاً لاجتهاد محاكم دول الاتحاد والفقهاء القانونيين الأوروبيين يكون الشرط التعاقدي غير مراعى لمبدأ الشفافية في إحدى الحالات التالية:

١ - عدم منح المستهلك الوقت الكافي لتفحص محتوى الشروط التعاقدية التي يوقع

B Dubow, Understanding consumers: the value of stated preferences in (١١٦) antitrust proceedings (2003) 24-3 European Commercial Law Review Journal 141; C Doyle and R Inderst, some economics on the treatment of buyer power in antitrust (2007) 28-3 European Intellectual Property Review Journal 210; Y Farah, allocation of jurisdiction and the internet in EU law (2008) 33-2 European Law Review Journal 257.

Article (L-121/68) of the French consumer code stipulates that, where the (١١٧) consumer resides in France or when the property or one of the properties is located on French territory, the offer is written in French. The offer is, in addition, written, at the consumer's choice, in the language, or one of the languages, of the (MS) in which he resides or of which he is a national, from the official languages of the (EC). When, in application of the paragraphs that precede the offer, the offer is written in two languages, the consumer signs, at his own choice, one or other of the versions. Where the property or one of the properties is located in a (MS) of the (EC) other than France and the contract has not been written in the language of this State in application of this article, a true translation in this language is sent to the consumer.

عليها، بسبب استلامه وثيقة تحوي العديد من الشروط التعاقدية ووجوده في موقف لن يمكنه من قراءة هذه الشروط^(١١٨).

٢ - صياغة الشرط بخط صغير وغير واضح على العقد الذي يوقع عليه المستهلك^(١١٩).

٣ - إلزام المستهلك بالأنظمة والتعليمات الداخلية التي تنظم موضوع نشاط التاجر دون أن يعلم بماهية ومضمون هذه الأنظمة^(١٢٠).

٤ - صياغة الشروط التعاقدية بشكل قانوني معقد يستحيل على المستهلك الطبيعي فهم محتواها ومضمونها، ما يجعل هذه الشروط غامضة بالنسبة للمستهلك حتى لو اطلع عليها أو أخذ الوقت الكافي لقراءتها^(١٢١).

تعاملت تشريعات الدول الأعضاء مع هذه الحالات بشكل مختلف، إلا أنها توصلت في مجملها إلى هدف ضمان تحقق مبدأ الشفافية في صياغة عقود الاستهلاك. في النظام القانوني الفرنسي: جاء النص على هذا المبدأ صراحة في نص المادة (L-133/2/a) من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة (٢٠٠٥)، كما توسع النظام القانوني الفرنسي في تعامله مع هذا المبدأ على النحو التالي: (١) قضت المحاكم الفرنسية ببطالان الشرط الذي لا يراعي هذا المبدأ إن كان في غير صالح المستهلك دون أن يمتد هذا الأثر لباقي نصوص العقد إن أمكن^(١٢٢)، وهذا أيضاً ما اتبعته

The (OFT) consultation paper No.311 Unfair contract terms guidance, (١١٨) Consultation on revised guidance for the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, April 2007, P5.

In the Guidance, the (OFT) confirmed that, it is our view that technical jargon (١١٩) such as references to 'indemnity' can have onerous implications of which Consumers are not likely to be aware without such legal advice. See the office of fair trading publication No. 672 (2005) P 68 Available at: <http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/F0F8ED8F-CEF0-4C06-A500-F7C915DEEBD7/0/oft672.pdf> Visited on 22-11-2006.

P Nebbia, unfair contract terms in EC Law (Hart publications: London (١٢٠) 2007) 140-141.

See: G Sepe, National Models of European contract Law: A comparative (١٢١) approach to the concept of unfairness in Directive 93/13 (1997) 5- 4 Consumer Law Journal 112-113.

ECJ 144/99 (2001) ECR I-03541 this case deals the commissions claim against (١٢٢) the Netherlands because the former failed in implementing its obligation in adopting the transparency principle expressly in its legal system. See H S N?lke, the New German Law of Obligations: an Introduction (2002) Bibliographies of literature on German law in English language, available at: <http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm> visited on 17-2-2008.

المحاكم الإيطالية^(١٢٣)، (٢) يجب الأخذ في عين الاعتبار بضرورة قراءة جميع شروط العقد عند تقدير مدى شفافية الشرط التعاقدية محل البحث، ليتمكن القاضي الوطني من الإلمام بمضمون العقد والغرض الذي سعى إليه التاجر عند صياغته لهذا الشرط التعاقدية، (٣) يفرض هذا المبدأ على التاجر وجوب التزامه بمبدأ الإعلام والتبصير لكي يتمكن المستهلك من اتخاذ القرار المناسب عن إرادة واعية ومستنيرة، إضافة إلى ضمان أن يكون كلا الطرفين في مركز معلوماتي متكافئ في مرحلة التفاوض على العقد^(١٢٤)، (٤) متى كان المستهلك مقيماً في فرنسا أو يحمل الجنسية الفرنسية، يجب تقديم شروط العقد له باللغة الفرنسية. في المقابل، إن كان المستهلك أحد رعايا دول الاتحاد الأوروبي، يلتزم التاجر بتقديم شروط تعاقدية مُصاغة بإحدى اللغات المعترف فيها في دول الاتحاد إضافة إلى اللغة الفرنسية، ويحق للمستهلك في هذه الحالة اختيار لغة العقد التي يرغب في الالتزام بها (المادة L133/2/b من قانون الاستهلاك الفرنسي)^(١٢٥).

تتعامل المحاكم الإنجليزية مع هذا المبدأ على أساس إلزام التاجر بصياغة شروط العقد بشكل يضمن تحقيق تماثل المركز القانوني والمعرفي لطرفي الرابطة

Standard business terms only become a part of a contract if the user, when (١٢٣) entering into the contract,

1- refers the other party to the contract to them explicitly or, where explicit reference, due to the way in which the contract is entered into, is possible only with disproportionate difficulty, by posting a clearly visible notice at the place where the contract is entered into, and.

2- gives the other party to the contract, in an acceptable manner, which also takes into reasonable account any physical handicap of the other party to the contract that is discernible to the user, the opportunity to take notice of their contents.

BGH (DE) 09. May. 2001 IV ZR 138/99; in this case, the court underlined this (١٢٤) possibility as: "According to the principle of transparency, the user of SFC terms is bound by the principle of good faith, to state the rights and obligations of his contractual partner as clearly as possible. It does not thereby depend on whether the clause, in its formulation, is comprehensible for the average policy holder. Moreover, good faith also requires that the clause makes the economic disadvantages and burdens as recognizable as possible in the circumstances".

N Reich, The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in (١٢٥) Consumer contracts in Germany (1997) 5 European Review of Private Law 165; S B Markesins, H Unberath and A Johnston, the German law of contract A comparative Treatise (2nd Hart publishing: London 2006) 172.

العقدية في مرحلة التفاوض على العقد^(١٢٦). على هذا الأساس تتشدد المحاكم الإنجليزية لتلزم التاجر بوجوب سؤال المستهلك عن مدى قراءته وفهمه لكل شرط تعاقدى (the duty of briefing) والتزامه بإعلام المستهلك بالآثار القانونية المترتبة على أية شروط تعاقدية تثير مواضيع قانونية قد لا يعلم بها المستهلك^(١٢٧). أخيراً تتعامل المحاكم الإنجليزية مع المستهلك على أنه الشخص الذي يفتقر لكل خبرة معرفية وقانونية بموضوع العقد (المستهلك الضعيف)، لذا تُشدد قواعد الإعلام والتبصير المفروضة على التاجر في هذا المجال^(١٢٨).

في النظام القانوني الألماني، تتعامل القواعد القانونية العامة الناطقة للاتفاقيات التعاقدية بشكل حازم مع واجب الطرف المتعاقد في الإعلام والتبصير على نحو جعل الفقه القانوني الغربي ينادي بأن لا حاجة لتضمنين قواعد قانونية خاصة لهذا المبدأ في عقود الاستهلاك^(١٢٩). على هذا الأساس لم ينص المشرع الألماني في قانون حماية المستهلك للعام (١٩٧٦) على هذا المبدأ مكتفياً بما ورد في المبادئ القانونية العامة. في العام (١٩٩٩)، طالبت محكمة العدل الأوروبية من المشرع الألماني صراحة وجوب تضمين هذا المبدأ في قانون حماية المستهلك الألماني^(١٣٠) ما جعل المشرع الألماني ينص عليه صراحة في نص المادة (٣٠٥) من قانون الالتزامات الألماني^(١٣١). تضمنت هذه المادة

Article (305/c) BGB. (١٢٦)

Article (10/2/p) provides that: the existence or absence of a right of withdrawal, the period during which that right may be exercised and other conditions governing the exercise thereof, including information concerning the obligation of the consumer to pay the capital drawn down and the interest in accordance with Article 14 (3) (b) and the amount of interest payable per day. (١٢٧)

Article (10/2/r) provides that: the right of early repayment, the procedure for early repayment, as well as, where applicable, information concerning the creditor's right to compensation and the way in which that compensation will be determined. (١٢٨)

Article (10/2/s) provides that: the right of early repayment, the procedure for early repayment, as well as, where applicable, information concerning the creditor's right to compensation and the way in which that compensation will be determined. (١٢٩)

Article (10/2/t) provides that: whether or not there is an out-of-court complaint and redress mechanism for the consumer and, if so, the methods for having access to it. (١٣٠)

Article (24) provides that: 1. Member States shall ensure that adequate and effective out-of-court dispute resolution procedures for the settlement of consumer disputes concerning credit agreements are put in place, using existing bodies where appropriate. 2. Member States shall encourage those bodies to cooperate in order to also resolve cross-border disputes concerning credit agreements. (١٣١)

إلزام البائع أو مانح الائتمان بتضمين كافة الشروط العقدية في الوثيقة التي تُقدم إلى المستهلك وعدم إلزام المستهلك بأي شرط تعاقدى لم يُعرض عليه في العقد المقدم إليه^(١٣٢)، التزام البائع بلفت انتباه المستهلك إلى أية شروط تعاقدية مُعدة مسبقاً بواسطة التاجر أو الإشارة إليها بشكل واضح (مثل تظليلها) في العقد موضوع البحث^(١٣٣)، إلزام البائع ببذل عناية الرجل المعتاد في القيام بواجب الإعلام والتبصير لتمكين المستهلك من فهم مضمون وآثار الشروط التعاقدية التي يتفاوض عليها مع التاجر^(١٣٤).

الفرع الثاني

محتويات عقد الائتمان الاستهلاكي

- نصت المادة (٢/١٠) من التوجيه على التزام مانح الائتمان بإعداد عقد ائتمان يحوي الشروط التعاقدية التالية:
- جميع ما سبق الإشارة إليه من معلومات يلتزم بها مانح الائتمان خلال مرحلة التفاوض على العقد والمنصوص عليها في المادة (٢/٥) من التوجيه.

(١٣٢) هي القروض التي يتم إعادة احتساب سعر الفائدة فيها كل مرة عقب سداد المقترض لدفعة من المبالغ المستحقة عليه، على أساس نقصان قيمة رأس مال الدين بعد إعادة جدولة الدين.

(١٣٣) Article (10/3) provides that: where capital amortisation of a credit agreement with a fixed duration is involved, the right of the consumer to receive, on request and free of charge, at any time throughout the duration of the credit agreement, a statement of account in the form of an amortisation table.

The amortisation table shall indicate the payments owing and the periods and conditions relating to the payment of such amounts; the table shall contain a breakdown of each repayment showing capital amortisation, the interest calculated on the basis of the borrowing rate and, where applicable, any additional costs; where the interest rate is not fixed or the additional costs may be changed under the credit agreement, the amortisation table shall indicate, clearly and concisely, that the data contained in the table will remain valid only until such time as the borrowing rate or the additional costs are changed in accordance with the credit agreement.

Para. 32 of this decision provides that: they preclude a court from having (١٣٤) to find that, as a result of a standard term, a consumer has acknowledged that the creditor's pre-contractual obligations have been fully and correctly performed, with that term thereby resulting in a reversal of the burden of proving the performance of those obligations such as to undermine the effectiveness of the rights conferred by Directive 2008/48.

- حق المستهلك في العدول وجميع ضوابط تنظيم مثل هذا الحق^(١٣٥).
- حق المستهلك في السداد المبكر وكيفية إعادة احتساب مبلغ الائتمان الواجب سداده نهائياً حينها^(١٣٦).
- حق المستهلك في إنهاء العقد بإرادته المنفردة^(١٣٧).
- إعلام المستهلك بوجود آلية معينة لتسوية أية نزاعات مستقبلية خارج إطار المحاكم النظامية (شروط تحكيمية موجودة في العقد) وكلفة إجراءات هذه الوسيلة وطبيعتها^(١٣٨). لهذا السبب، تطالب المادة (٢٤) من التوجيه الدول

Available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0618&lan-gl=en&type=TXT&ancre=> visited on 16/12/2014.

Para. 29 provides that: On 21 January 2010, the Juzgado de Primera Instancia No 2 de Sabadell issued an order in which it held, first, that the disputed agreement was a pre-formulated standard contract, concluded without any real opportunities for negotiation and including imposed general conditions and, secondly, that the 29% rate of interest for late payment was fixed in a typed term which could not be distinguished from the rest of the text as regards the font, the size of the letters used or any specific acceptance by the consumer.

Para. 30 provides that: In those conditions and, having regard to, inter alia, the Euribor ('Euro interbank offered rate') and European Central Bank (ECB) rates of interest, and to the fact that the rate of interest for late payment in the agreement was more than 20 points greater than that of the nominal interest rate, the Juzgado de Primera Instancia No 2 de Sabadell held of its own motion that the term relating to interest for late payment was automatically void, on the ground that it was unfair, referring to the settled case-law of the Court of Justice on this matter. It also fixed that rate at 19%, referring to the statutory rate of interest and to the rates of interest for late payment included in national budget laws from 1990 to 2008, and ordered Banesto to recalculate the amount of interest for the period at issue in the dispute before it.

Para. (89/2) provides that: Article 6(1) of Directive 93/13 must be interpreted as precluding legislation of a Member State, such as Article 83 of Royal Legislative Decree 1/2007 approving the consolidated version of the General Law for the protection of consumers and users and other supplementary laws (Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) of 16 November 2007, which allows a national court, in the case where it finds that an unfair term in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer is void, to modify that contract by revising the content of that term.

الأعضاء باتخاذ إجراءات عملية لتنظيم آليات تسوية خاصة لمنازعات عقود الائتمان الاستهلاكي تتسم بالسرعة والكفاءة وقلّة التكلفة^(١٣٩).

- في حالة القروض المتناقصة (capital amortization)^(١٤٠)، يلتزم مانح الائتمان- بناء على طلب المستهلك في أي وقت خلال مرحلة العقد- بتزويد المستهلك بكشف حساب مجاني لكامل العلاقة المالية بينهما، وقيمة المديونية الحالية بعد خصم الدفعات التي تم سدادها منها والمتبقي من أصل الدين وجدول سداده الواجب الدفع^(١٤١).

وفقاً لقرارات محكمة العدل الأوروبية، تمثل هذه المحتويات الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن تراعيها الدول الأعضاء في تشريعاتها الوطنية، لذلك تحتفظ هذه الدول بحقها الكامل في إضافة محتويات أخرى في نطاق الهدف العام لتحقيق مبدأ الشفافية الذي سعى إليه التوجيه. يشير الواقع العملي إلى تعمد المؤسسات المالية الطلب من المستهلك التأشير والتوقيع على إقراره بقراءة كافة محتويات العقد وعدم وجود استفسارات لديه عليها في حين لا يمثل هذا الأمر الواقع العملي، ما يثير التساؤل حول القيمة القانونية لمثل هذا الإقرار؟

أجابت محكمة العدل الأوروبية على هذا التساؤل في قضية (CA Consumer Finance v Ingrid Bakkaus and Others) المشار إليها أعلاه، حينما قررت أن الشرط النموذجي المشار إليه في عقد الائتمان لا يعد دليلاً كافياً يمكن الاعتماد عليه لإثبات التزام مانح الائتمان بواجب تزويد المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بعقد الائتمان كونه شرطاً نموذجياً متداولاً في كافة عقود الائتمان. إضافة إلى ذلك لا

Para. (13/1) provides that: The consumer may effect standard termination of an open-end credit agreement free of charge at any time unless the parties have agreed on a period of notice. Such a period may not exceed one month.

If agreed in the credit agreement, the creditor may effect standard termination of an open-end credit agreement by giving the consumer at least two months' notice drawn up on paper or on another durable medium.

Para. (13/2) provides that: If agreed in the credit agreement, the creditor may, for objectively justified reasons, terminate the consumer's right to draw down on an open-end credit agreement. The creditor shall inform the consumer of the termination and the reasons for it on paper or on another durable medium, where possible before the termination and at the latest immediately thereafter, unless the provision of such information is prohibited by other Community legislation or is contrary to objectives of public policy or public security.

يقتصر التزام مانح الائتمان في هذه الحالة على مجرد تمرير هذه المعلومات إلى المستهلك، بل يمتد ليشمل واجب النصح والإرشاد من خلال تقدير المركز المالي للمستهلك وهذا غير وارد في الشرط النموذجي المشار إليه في العقد^(١٤٢). في قضية أخرى (anco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino)^(١٤٣) تعاقّد السيد (Calderón Camino) مع مؤسسة (Banesto) المالية الإسبانية بتاريخ ٢٨/٥/٢٠٠٧ بغرض الحصول على مبلغ قرض قيمته (٣٠) ألف يورو لشراء مركبة للاستخدام المنزلي بمعدل فائدة سنوي قيمته (٨٪) ومعدل فائدة إجمالي للقرض قيمته (٢٩٪). التزام المستهلك بسداد سبع دفعات مالية ثم تعثر في السداد فيما بعد، ما دفع الشركة إلى اللجوء للقضاء لمطالبته بمبلغ قدره (٢٩) ألف يورو تقريباً هي قيمة ما تبقى عليه من مال بعد خصم ما دفعه من قيمة القرض الكلي والفوائد الإجمالية المستحقة عليه والمصاريف القضائية. اعتبرت محكمة أول درجة أن شرط معدل الفائدة الإجمالي هو شرط ورد في عقد نموذجي صاغته المؤسسة المالية بشكل مسبق ووقع عليه المقترض دون مناقشة أو تفاوض، وتمت صياغته بخط صغير جداً^(١٤٤). إضافة إلى أن قيمة الفائدة الكلية تخالف بشكل صريح تعليمات البنك المركزي الأوروبي التي حددت هذه النسبة بما لا يزيد عن (٢٠٪) من قيمة القرض الكلية، ما يؤدي إلى بطلان هذه النسبة واعتماد نسبة الفائدة القانونية التي

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 13 December 2001. Georg Heininger (١٤٢) and Helga Heininger v Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG. Reference for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof - Germany. Case C-481/99.

Para. (14/3/b) provides that: If the consumer exercises his right of withdrawal, (١٤٣) he shall: pay to the creditor the capital and the interest accrued thereon from the date the credit was drawn down until the date the capital is repaid, without any undue delay and no later than 30 calendar days after the despatch by him to the creditor of notification of the withdrawal. The interest shall be calculated on the basis of the agreed borrowing rate. The creditor shall not be entitled to any other compensation from the consumer in the event of withdrawal, except compensation for any non-returnable charges paid by the creditor to any public administrative body.

Para. (14/4) provides that: If an ancillary service relating to the credit (١٤٤) agreement is provided by the creditor or by a third party on the basis of an agreement between the third party and the creditor, the consumer shall no longer be bound by the ancillary service contract if the consumer exercises his right of withdrawal from the credit agreement in accordance with this Article.

حددها البنك المركزي الإسباني (١٩/٠٠) (١٤٥). طعنت الشركة المالية في هذا الحكم أمام محكمة استئناف برشلونة التي بدورها أحالت القضية إلى محكمة النقض مرفقة بالتساؤل التالي: إلى أي مدى تملك المحاكم الوطنية سلطة التدخل لتعديل بنود العقد إن احتوى على شروط تعسفية مصاغة بشكل مسبق من البائع ولم يطلع عليها المستهلك بشكل كامل. أجابت محكمة العدل الأوروبية على هذا التساؤل بأنه في حال ثبت تعسف المركز القانوني للبائع في تعامله مع المستهلك بما يخالف قواعد التوجيه رقم (١٩٩٣/٧/١٣)، فللمحكمة الوطنية كامل الحق في التدخل لتعديل نسب الفائدة المقررة قانوناً (١٤٦).

Para. (16/2) provides that: In the event of early repayment of credit the creditor (١٤٥) shall be entitled to fair and objectively justified compensation for possible costs directly linked to early repayment of credit provided that the early repayment falls within a period for which the borrowing rate is fixed. Such compensation may not exceed 1 % of the amount of credit repaid early, if the period of time between the early repayment and the agreed termination of the credit agreement exceeds one year. If the period does not exceed one year, the compensation may not exceed 0,5 % of the amount of credit repaid early.

Para. (16/5) provides that: Any compensation shall not exceed the amount of (١٤٦) interest the consumer would have paid during the period between the early repayment and the agreed date of termination of the credit agreement.

المطلب الرابع

حقوق المستهلك خلال مرحلة تنفيذ العقد

افترض المشرع الأوروبي احتمال تسرع المستهلك في إبرام عقد الائتمان أو تمكنه فيما بعد من تدبير قيمة الائتمان الذي تحصل عليه قبل حلول أجل المتفق عليه، بالتالي قد يستفيد من إعادة جدولة نسبة الفائدة الممنوحة له بما يتناسب مع قدرته على السداد المبكر. منح التوجيه امتيازات للمستهلك خلال مرحلة ما بعد التعاقد بمنحه الحق في إنهاء العقد أو العدول عنه، إضافة إلى حقه في السداد المبكر لمبلغ الائتمان والاستفادة من ذلك بإعادة جدولة قيمة الفوائد المستحقة في ضوء تعجيله في السداد.

الفرع الأول

حق المستهلك في إنهاء العقد أو العدول عنه

تمنح المادة (١٣) من التوجيه للمستهلك الحق في إنهاء عقد الائتمان دون مسؤولية مع وجوب مراعاة الإخطار المسبق إن كان متفقاً عليه في العقد صراحة، بشرط أن لا تزيد مدة الإخطار المتفق عليها عن شهر من تاريخ إنهاء العقد^(١٤٧). في المقابل، لا يملك مانح الائتمان الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة إلا إن وُجد شرط في العقد يمنحه هذا الحق، على أن يلتزم في جميع الأحوال بإرسال إخطار للمستهلك لا يقل عن شهرين من تاريخ الإنهاء^(١٤٨). كما يمنح التوجيه الحق لمانح الائتمان الحق في إلغاء منح الائتمان لأسباب موضوعية مبررة (or objectively justified reasons) - إن كان هذا الحق متفقاً عليه في العقد - على أن يلتزم مانح الائتمان في هذه الحالة بإعلام المستهلك بإخطار ورقي مكتوب أو بأية طريقة أخرى مناسبة بهذا الإلغاء في أقرب وقت مناسب متاح له، ما لم تحظر التشريعات الوطنية هذا الإخطار في حالات

Para. (16/3) provides that: Compensation for early repayment shall not be (١٤٧) claimed: (a) if the repayment has been made under an insurance contract intended to provide a credit repayment guarantee; (b) in the case of overdraft facilities; or (c) if the repayment falls within a period for which the borrowing rate is not fixed.

If agreed in the credit agreement, the creditor may effect standard termination (١٤٨) of an open-end credit agreement by giving the consumer at least two months' notice drawn up on paper or on another durable medium.

تشمل حالة سبب الإلغاء المستند إليها في هذا الحق^(١٤٩). تشير قرارات محكمة العدل الأوروبية إلى أن هذا الحق لا يجوز التوسع فيه ويجب أن يقتصر في مضمونه على حالة تيقن أو اشتباه (suspicion) مانح الائتمان من استخدام المستهلك لهذا الائتمان بشكل مخالف للقانون أو حالة استخدام المستهلك لهذا الائتمان بشكل غير متزن على نحو قد يعرضه لمخاطر عدم السداد عند استحقاقه.

إضافة إلى ذلك، أقر المشرع الأوروبي بحق المستهلك في العدول بصريح المادة (١٤) من التوجيه. لم يكن هذا الحق منصوباً عليه في التوجيه القديم (Directive 102/87) إلا أن جميع الدول الأعضاء قد نصت عليه صراحة في تشريعاتها الوطنية على أساس قاعدة (Minimum harmonization technique) التي تجيز للدول الأعضاء زيادة مستوى الحماية الممنوح للمستهلك عما ورد في نصوص هذا التوجيه. يشير هذا الحق إلى حق الطرف المتعاقد في فسخ العقد والتحلل منه بإراداته المنفردة ودون حاجة إلى موافقة الطرف المقابل. والعدول عن العقد حق من الحقوق التي تقررت للمستهلك في العديد من التشريعات القانونية لتحقيق مصالحه، وهو استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد وخاصة في عقود الاستهلاك دون غيرها، ويرجع السبب في تقرير هذا الحق إلى أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد الذي يفتقر للخبرة والمعرفة مقارنة بخبرة الطرف الآخر في العقد، إضافة إلى عدم وجود ما يحمي مصالح المستهلك في النظرية العامة للعقد، لذا لجأت القوانين إلى حماية المستهلك بتقرير هذا الحق. هذا ما دفع المشرع الأوروبي إلى تضمين هذا الحق صراحة في التوجيه (٢٠٠٨/٤٨) في مادة مستقلة بذاتها (المادة ١٤).

منحت هذه المادة للمستهلك الحق في العدول عن العقد - دون أن يكون ملزماً بتقديم أي سبب لذلك - خلال فترة (١٤) يوماً من تاريخ توقيع المستهلك على العقد أو من تاريخ استلامه شروط وبنود العقد التفصيلية المشار إليها في المادة (١٠١) منه أيهما أبعد. هذا يعني - وفقاً لقرار محكمة العدل الأوروبية - سريان هذه المدة واستمرارها طالما لم يتسلم المستهلك شروط وبنود العقد التفصيلية المشار إليها في

Para. (13/2) provides that: If agreed in the credit agreement, the creditor may, (١٤٩) for objectively justified reasons, terminate the consumer's right to draw down on an open-end credit agreement. The creditor shall inform the consumer of the termination and the reasons for it on paper or on another durable medium, where possible before the termination and at the latest immediately thereafter, unless the provision of such information is prohibited by other Community legislation or is contrary to objectives of public policy or public security.

المادة (١٠) من التوجيه (Georg Heininger and Helga Heininger v Bayerische Hypo^(١٥٠)) في حال رغب المستهلك في ممارسة هذا الحق، يلتزم بسداد ما تحصل عليه - أو قيمته - مضافاً إليه قيمة الفوائد المستحقة وفقاً للأصول عن الفترة الزمنية الممتدة من تاريخ حصوله على الائتمان إلى تاريخ سداؤه لمانح الائتمان، بشرط أن يقوم بهذا السداد في أقرب وقت مناسب على أن لا يزيد عن (٣٠) يوماً من تاريخ إرسال إخطار العدول إلى مانح الائتمان. طالما التزم المستهلك بهذا التعويض، فلا يجوز لمانح الائتمان مطالبته المستهلك بأية تعويضات مالية أخرى باستثناء مطالبته بتعويض أية رسوم أو مصاريف غير مستردة (non-returnable charges paid) دفعها المانح للهيئات الحكومية بغرض الحصول على موافقتها - إن كانت موجودة - في منح الائتمان للمستهلك^(١٥١). تحتسب الفائدة على أساس النسبة التي اتفق عليها المستهلك ومانح الائتمان في عقد الائتمان محل البحث. أقرت محكمة العدل الأوروبية بعدم حق مانح الائتمان في الحصول على هذه الرسوم والفوائد المشار إليها أعلاه إن لم يقر بداية بإعلام المستهلك بهذه العواقب وفقاً لالتزامه الوارد في المادة (٢/١٠) المشار إليها أعلاه. إضافة إلى ذلك، لا يجوز لمانح الائتمان مطالبة المستهلك بأية تعويضات مالية ناتجة عن أية خسائر مالية تعرض إليها في حال تقديمه لأية خدمات مساعدة إضافية أو استشارية للمستهلك (ancillary service) عند التواصل معه لتوقيع عقد الائتمان^(١٥٢).

Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 13 December 2001. Georg Heininger (١٥٠) and Helga Heininger v Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG. Reference for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof - Germany. Case C-481/99.

Para. (14/3/b) provides that: If the consumer exercises his right of withdrawal, (١٥١) he shall: pay to the creditor the capital and the interest accrued thereon from the date the credit was drawn down until the date the capital is repaid, without any undue delay and no later than 30 calendar days after the despatch by him to the creditor of notification of the withdrawal. The interest shall be calculated on the basis of the agreed borrowing rate. The creditor shall not be entitled to any other compensation from the consumer in the event of withdrawal, except compensation for any non-returnable charges paid by the creditor to any public administrative body.

Para. (14/4) provides that: If an ancillary service relating to the credit (١٥٢) agreement is provided by the creditor or by a third party on the basis of an agreement between the third party and the creditor, the consumer shall no longer be bound by the ancillary service contract if the consumer exercises his right of withdrawal from the credit agreement in accordance with this Article.

الفرع الثاني

حق المستهلك في السداد المبكر لقيمة الائتمان

يعتبر موضوع السداد المبكر لعقد الائتمان أحد أهم المكاسب التي تحصل عليها المستهلك الأوروبي في التوجيه رقم (٨٧/١٠٢)، إلا أن الدول الأعضاء قد عالجت في تشريعاتها الوطنية - من حيث الشروط والأحكام - بشكل مختلف ما أثر على أحد أهم غايات التوجيه المتمثل في تحقيق الانسجام التشريعي بين دول الاتحاد، بهدف ضمان تنافسية السوق وتوحيد ضوابط حماية المستهلك بين جميع الدول الأعضاء. دفع هذا الأمر المشرع الأوروبي إلى إعادة تنظيم هذا الحق بشكل مفصل في نص المادة (١٦) من التوجيه (٢٠٠٨/٨٤) التي منحت المستهلك الحق - في أي وقت شاء وبدون التزام بالتعويض - في التسديد المبكر (بشكل كلي أو جزئي) لقيمة الائتمان الذي تحصل عليه في عقد الائتمان. في هذه الحالة، ستنتم إعادة جدولة مبلغ الفائدة المرتبط بالائتمان بشكل يراعي قيمة ومدة السداد المبكر التي أداها المستهلك. هذا يعني أنه لا يجوز أن يتمسك مانح الائتمان بمطالبة المستهلك بكامل مبلغ الفائدة المتفق عليه في عقد الائتمان إن مارس المستهلك هذا الحق.

رغبة من المشرع الأوروبي في مراعاة مصالح مانح الائتمان التجارية، أجازت المادة (٢/١٦) من التوجيه لمانح الائتمان الحق في مطالبة المستهلك بمبلغ تعويض ناتج عن السداد المبكر إن أثبت مانح الائتمان تضرره الفعلي (fair and objectively justified compensation) من ممارسة المستهلك لهذا الحق، مع مراعاة عدم زيادة هذا المبلغ في جميع الأحوال عن نسبة (١٪) من قيمة الائتمان المبكر الذي سدهه المستهلك. ولكن، إن زادت مدة التبكير في السداد عن سنة، فستحسب الفائدة من تاريخ السداد المبكر إلى التاريخ الذي التزم فيه المستهلك بسداد كامل مبلغ الائتمان المتفق عليه في العقد. أما إذا كانت مدة التبكير في السداد أقل من سنة، فلا يجوز أن تزيد هذه النسبة عن (٠,٥٪)^(١٥٣). إضافة إلى ذلك، لا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض

Para. (16/2) provides that: In the event of early repayment of credit the creditor (١٥٣) shall be entitled to fair and objectively justified compensation for possible costs directly linked to early repayment of credit provided that the early repayment falls within a period for which the borrowing rate is fixed. Such compensation may not exceed 1 % of the amount of credit repaid early, if the period of time between the early repayment and the agreed termination of the credit agreement exceeds one year. If the period does not exceed one year, the compensation may not exceed 0,5 % of the amount of credit repaid early.

المقرر وفقاً لهذه القاعدة عن قيمة الفائدة التي وفرها المستهلك نتيجة هذا السداد المبكر^(١٥٤).

في المقابل، لن يستحق مانح الائتمان قيمة التعويض المتعلق بالسداد المبكر مهما بلغت قيمة خسائره إن تم السداد المبكر بموجب عقد ائتمان مرتبط بعقد تأمين يهدف إلى ضمان سداد قيمة الائتمان المتفق عليه (عقد ائتمان مؤمن عليه لضمان سداد المستفيد من الائتمان)، في حالات الحساب الجار المدين، وإن تم السداد المبكر خلال الفترة الزمنية التي لم يتم تحديد سعر فائدة الإقراض خلالها^(١٥٥).

الخاتمة

أظهرت لنا هذه الدراسة ماهية السياسة التشريعية التي اعتمد عليها المشرع الأوروبي عند وضعه لضوابط حماية المستهلك في عقود الائتمان الاستهلاكي. انطلقت هذه السياسة من فرضية وجود المستهلك في مركز معرفي ضعيف عند تعاقد مع مانح الائتمان فيما يتعلق بحقوق والتزامات طرفي العلاقة التعاقدية، عدم تقدير مركزه المالي المتوقع بعد حصوله على الائتمان (أهليته الائتمانية)، وإلى أي مدى يمكن أن يساهم هذا الائتمان في تمثيل مصالحه الاقتصادية التي كان يتطلع إليها من خلال التعاقد، وأخيراً إمكانية تسرع المستهلك في اتخاذ قرار التعاقد واكتشافه فيما بعد بوجود عروض أفضل في السوق، أو قدرته على سداد مبلغ الائتمان في وقت أقصر وبالتالي خفض مبلغ الفائدة المستحق عليه. أدرك المشرع الأوروبي هذا الواقع لذلك قصر نطاق حماية هذا التوجيه على الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية أو الأسرية البعيدة كل البعد عن نشاطه التجاري. في المقابل، توسع المشرع الأوروبي في نطاق هذه الحماية لتشمل عقود الائتمان التي يبرمها المستهلك سواء أكانت في صورة قرض مالي أم اعتماد مالي، مع مراعاة استثناء تطبيق التوجيه على بعض عقود الائتمان لما تتمتع به من خصوصية، أو وجود تنظيم قانوني خاص بها (مثل عقود الائتمان المرتبطة برهون عقارية أو حيازية، عقود الائتمان غير

Para. (16/5) provides that: Any compensation shall not exceed the amount of (١٥٤) interest the consumer would have paid during the period between the early repayment and the agreed date of termination of the credit agreement.

Para. (16/3) provides that: Compensation for early repayment shall not be (١٥٥) claimed: (a) if the repayment has been made under an insurance contract intended to provide a credit repayment guarantee; (b) in the case of overdraft facilities; or (c) if the repayment falls within a period for which the borrowing rate is not fixed.

المرتبطة بمعدلات فائدة، عقود الائتمان ذات العلاقة بروابط العمل الخاصة أو العامة...الخ) وفقاً لما ورد من استثناءات في نص المادة الثانية منه.

انطلاقاً من هذه السياسة، أقر هذا التوجيه بالعديد من التزامات مانح الائتمان في مرحلة ما قبل التعاقد، وأوجب مراعاة عقد الائتمان لشرط الشفافية وضمن فهم المستهلك لمضمونه وآثاره القانونية، إضافة إلى منح المستهلك العديد من الحقوق والامتيازات خلال مرحلة ما بعد التعاقد. فيما يتعلق بمرحلة ما قبل التعاقد، يفرض التوجيه على مانح الائتمان التزامات تهدف إلى التغلب على ظاهرة الضعف المعرفي لدى المستهلك لضمان تحقيق حالة من التوازن العقدي - إلى حد ما - بين طرفي الرابطة العقدية. تمثلت هذه الالتزامات في وجوب أن يشتمل الإعلان التجاري للمؤسسات الائتمانية على العديد من المعلومات التي تساعد المستهلك في تقدير مدى استفادته من هذا العرض المقدم ومقارنته بالعروض الأخرى المنتشرة في السوق، من خلال تقدير حجم الامتيازات القانونية والاقتصادية التي يحصل عليها نتيجة التعاقد، وماهية التزاماته المقابلة إن هو أقدم على التعاقد، إضافة إلى ذلك يفرض التوجيه على مانح الائتمان التزامات خلال مرحلة التفاوض على العقد تتمثل في واجب الإعلام والتبصير والنصح والإرشاد، إضافة إلى تقدير القدرة الائتمانية للمستهلك ومكاشفته بها عند الضرورة. تهدف هذه الالتزامات في مجملها إلى مساعدة المستهلك في تقدير مركزه المالي في حال قرر التعاقد، إضافة إلى مساعدته في تقدير قدرته الائتمانية على سداد مستحقات عقد الائتمان. ترك التوجيه أمر الجزاء المترتبة على إخلال مانح الائتمان بهذا الالتزام للتشريعات الوطنية للدول الأعضاء، التي أقرت في مجملها بإسقاط مبلغ الفائدة المتفق عليه في عقد الائتمان وإعادة جدولة هذا المبلغ بما يعادل مقدار الفائدة المقر قانوناً.

فيما يتعلق بمشتملات عقد الائتمان، أقر التوجيه بمراعاة مبدأ الشفافية بشكل كامل في هذا العقد بما يضمن حق المستهلك في الاطلاع على كافة بنوده، وتقدير مركزه المالي بشكل جيد قبل اتخاذ قرار التعاقد من عدمه. يتطلب هذا الأمر وجوب اشتغال عقد الائتمان على كافة حقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية بشكل مفصل وواضح، عدم إلزام المستهلك بأية شروط تعاقدية لم يقدمها له مانح الائتمان، صياغة جميع شروط العقد بلغة واضحة ومفهومة وبخط كبير، وأخيراً، إلزام مانح الائتمان ببيان أية آثار قانونية قد تنشأ عن بنود العقد لا يستطيع المستهلك المتوسط تقديرها.

أخيراً، أقر التوجيه العديد من الحقوق للمستهلك عقب التوقيع على عقد الائتمان تتمثل في حقه في العدول عن التعاقد خلال فترة (١٤) يوماً من تاريخ توقيع

المستهلك على العقد أو من تاريخ استلامه شروط وبنود العقد التفصيلية أيهما أبعد. إضافة إلى ذلك، أقر التوجيه بحق المستهلك في تسديد قيمة الائتمان الكلي بشكل مبكر في أي وقت خلال فترة السداد المتفق عليها، وفي هذه الحالة سيستفيد من إعادة جدولة قيمة الفائدة المستحقة عليه على أساس احتسابها تبعاً لتاريخ السداد المبكر.

المراجع

المراجع العربية:

- أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي (دار النهضة العربية: القاهرة ١٩٩٤).
- أحمد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة (دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية ٢٠٠٧).
- جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي (١٩٨٩) ٢/١٣ مجلة الحقوق - جامعة الكويت.
- حابس إيمان، دور التحليل المالي في منح القروض، دراسة حالة البنك الوطني الجزائري (رسالة ماجستير: جامعة قاصدي مرباح - ورقلة ٢٠١١).
- خالد الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض، دراسة في القانون الفرنسي والكويتي (٢٠١٢) مجلة الشريعة والقانون ٤٩/٢٦.
- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني (١ دار الفكرة الجامعي: الإسكندرية ٢٠٠٨).
- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير (دار النهضة العربية: القاهرة بدون سنة نشر).
- عائشة الشرقاوي، الوجيز في القانون البنكي (٢ دار أبي رقرق للطباعة والنشر: الرباط ٢٠٠٨).
- محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مجموعة قانون التجارة والأعمال (مطبعة النجاح الجديدة: الدار البيضاء ١٩٩٨).
- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دار النهضة العربية: القاهرة ٢٠٠٧).
- محمود فياض، تحرير تجارة الخدمات المالية في اتفاقيات منظمة التجارة العالمية وواقع قطاع الخدمات المالية في فلسطين (رسالة ماجستير: جامعة بيرزيت ٢٠٠٥).
- مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة وجدة (محمد الأول)، المغرب ٢٠٠٤-٢٠٠٥.
- مياد العربي، عقود الإذعان - دراسة مقارنة (مطبعة دار الأمان: الرباط ٢٠٠٥).

- يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد (٢٠١٠) ٤٣ مجلة الشريعة والقانون.

المراجع الأجنبية:

- B Dubow, **Understanding consumers: the value of stated preferences in antitrust proceedings** (2003) 24-3 European Commercial Law Review Journal.
- C Doyle and R Inderst, **some economics on the treatment of buyer power in antitrust** (2007) 28-3 European Intellectual Property Review Journal.
- G Alpa, **a Glance at Unfair Terms in Italy and the United Kingdom: What an Italian Lawyer can Learn from the English Experience** (2004) 15- 5 European Business Law Review.
- G Alpa, **the implementation of the EC directive on unfair contract terms in Italy**(1997) 5 European Review of Private Law.
- G Howells and H Micklitz, **EC consumer Law: has it come of Age?** (2003) European Law Review.
- G Howells, A Janssen and R Schulze, **Party autonomy for the internal market, the role of information** (Grundman: London 2001).
- G Sepe, **National Models of European contract Law: A comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93** (1997) 5- 4 Consumer Law Journal.
- H. Micklitz, N. Reich and P. Rott, **Understanding EC consumer law** (Hart Publishing Ltd: U.S.A. 2009).
- Hans W. Micklitz, **'full harmonization of unfair commercial practices under Directive 2005/29, Case comment'** International Review of Intellectual Property and Competition Law 40-4 (2009).
- J Dickie, **article 7 of the Unfair terms in Consumer contracts Directive** (1996) 4-2 Consumer law Journal.

- M Fayyad, **Misleading Advertising Practices in Consumer Transactions, can Arab Lawmakers Gain an Advantage from European Insight**(2012) 26 Arab law Quarterly.
- M Fayyad. **A glance of unfair terms in consumer transactions in Arab legal systems and Islamic law: what Arab lawyers can learn from the European experience** (2012) 5/2 international journal of private law 200.
- M Herington and S Brothers, **Unfair terms in Consumer contract regulations** (1995) international insurance law Review 263.
- M J Bonell, **The CIGS, European contract law and the development of a world contract law** (2008) 56-1 The American journal of comparative law.
- M Schillig, **Inequality of bargaining power versus market for lemons: legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms** (2008) 33-3 European Law Review Journal.
- N Parr, **The relevance of consumer brands and advertising in competition inquiries**(1993) 14-4 European Commercial law Review.
- N Reich, **the implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in Consumer contracts in Germany** (1997) 5 European Review of Private Law.
- Bray, **'EU Sweep interim results: misleading advertising and unfair practices on airline Ticket websites'** Computer and Telecommunications Law Review 14-7 (2008).
- P Cserne, **Policy considerations in contract interpretation: the contra proferentem rule from a comparative and economic perspective**, paper to be presented at the EALE conference, Copenhagen, 13-15 September 2007.
- P Nebbia, **standard form contracts between unfair terms con-**

- trol and competition law** (2006) 31 (1) European law Review Journal.
- P Nebbia, **unfair contract terms in EC Law** (Hart publications: London 2007).
 - S B Markesins, H Unberath and A Johnston, **the German law of contract A comparative Treatise** (2nd Hart publishing: London 2006).
 - S Grundmann, **Information, party autonomy and Economic agents in European contract law** (2002) Common Market Law Review.
 - S Norelid, **'the unfair commerce.al practice Directive'** European Lawyer Journal 76 (2008).
 - T Hervey, **Community and national competence in health after tobacco advertising** (2001) Common Market Law Review.
 - T Wilhelmsson **The abuse of the confidant Consumer as a justification for EC law** (2004) Journal of Consumer policy.
 - W Posch, **the implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms into Austrian Law** (1997) 5 European Review of Private Law.
 - Y Farah, **allocation of jurisdiction and the internet in EU law** (2008) 33-2 European Law Review Journal.

الجزاءات الضاغطة والآثار المترتبة عليها في نظام عقود الإدارة الإماراتي (دراسة مقارنة بقانون المناقصات والمزايدات المصري)

الدكتور/ زياد محمد جفال
قسم القانون العام - كلية القانون
جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا
دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص:

حفاظاً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد منحت التشريعات المنظمة للعقود الإدارية في مختلف الدول الإدارة الحق في فرض جزاءات متنوعة على المتعاقد المقصر معها، ومن بينها ما يسمى بالجزاءات الضاغطة أو إجراءات الضغط المؤقتة والتي تختلف باختلاف نوع العقد الإداري، تقوم بها الإدارة دون الحاجة إلى النص عليها في العقد واللجوء إلى القضاء استناداً إلى سلطاتها وامتيازها في التنفيذ المباشر.

في هذا البحث عالجنا النظام القانوني للجزاءات الضاغطة في دولة الإمارات العربية المتحدة استناداً إلى ما جاء في نظام عقود الإدارة الاتحادي مع مقارنته بما جاء به قانون المناقصات والمزايدات المصري، من خلال التركيز على عقدي الأشغال العامة والتوريد. وتبين لنا أن هذه الجزاءات تتميز بأنها إجراءات مؤقتة ليس الهدف منها إنهاء العقد بل للضغط على المتعاقد للوفاء بالتزاماته، تقوم بها الإدارة ضمن شروط وضوابط معينة، ورغم أنها كذلك إلا أنه يترتب عنها مجموعة من الآثار التي ترهق المتعاقد مادياً ومعنوياً، وتتمثل صور هذه الجزاءات في سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة والشراء على حساب المورد في عقود التوريد.

تمهيد:

نص القرار الوزاري رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٠، بشأن نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة المعدل بموجب المادة الأولى من القرار الوزاري رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٨، في المادة الأولى منه على أن (قواعد وإجراءات شراء المواد ومقاولات الأعمال والأشغال وعقود الإدارة الأخرى تنظم وفقاً لما هو وارد في النظام المرفق). وهو ما أكدت عليه المادة (١٢٤) من النظام من أن (الإجراءات والقواعد المتعلقة بالتوريدات أو المقاولات أو المواد الواردة في هذا النظام تسري على جميع أنواع

عقود الإدارة الأخرى كلما وردت). وسريان هذه الأحكام على تلك العقود الأخرى منوط بعدم التعارض مع طبيعة هذه العقود الأخرى^(١).

ويفهم مما سبق أن هذا النظام قد اختص أساساً بكل من عقدي الأشغال العامة وعقد التوريد باعتبارهما أبرز وأهم العقود الإدارية وأكثرها شيوعاً.

وكغيره من الأنظمة القانونية الضابطة للعقود الإدارية، فرض نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة المشار إليه مسبقاً، مجموعة من الجزاءات المتنوعة على المتعاقدين مع الإدارة في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية، توقعها الإدارة بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء، وأهم هذه الجزاءات هي الجزاءات الضاغطة أو ما يسمى بإجراءات الضغط المؤقتة، وهي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقدين معها إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجبار المتعاقدين على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو الصحيح، وتختلف صورها حسب نوع العقد الإداري مما يترتب عليه آثار قد تكون موجعة مادياً ومعنوياً للمتعاقد مع الإدارة.

وهو ما سنقوم بدراسته في هذا البحث مع مقارنته بما جاء به قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المعدل بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩ ولائحته التنفيذية.

أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من أهمية الدور الذي أصبحت تضطلع به العقود الإدارية في إنشاء وتسيير المرافق العامة، وضرورة إلزام المتعاقدين مع الإدارة بالوفاء بالتزاماته التعاقدية على أكمل وجه ضماناً للمصلحة العامة، وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال تمكين الإدارة بحزمة من السلطات والامتيازات في مواجهة المتعاقدين معها والتي من أهمها ما يسمى بالجزاءات الضاغطة.

كما تبرز أهمية هذه الدراسة في عدم إعطاء الفقه الإداري، خاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الأهمية الكافية لدراسة هذا النوع من الجزاءات الإدارية العقديّة.

(١) تسري أحكام هذا النظام - كأصل عام - على جميع الوزارات الاتحادية بالدولة، وكذلك الإدارات والمصالح التابعة لها. واستثنى النظام في المادة (١٢٣) منه وزارة الدفاع وجهاز أمن الدولة. وأضافت نفس المادة أنه بالنسبة للوزارات والإدارات الصادر بشأن تنظيم سلطات مشترياتها وأعمالها قانون أو قرار من مجلس الوزراء، فتقوم هذه الوزارات والإدارات بإجراء الشراء ومقاولات الأعمال في حدود اختصاصها على أن تلتزم في هذه الإجراءات بأحكام هذا النظام.

إشكالية البحث:

ستركز هذه الدراسة على بيان ما المقصود بالجزاءات الضاغطة وشروطها استناداً إلى ما أورده القضاء والفقه الإداريين في هذا المجال، ودراسة صورها والآثار المترتبة عنها كما وردت في نظام عقود الإدارة الإماراتي وقانون المناقصات والمزايدات المصري خاصة من جهة المتعاقد مع الإدارة.

منهج البحث:

سنستعين في هذه الدراسة بالمنهج الوصفي التحليلي المقارن للنصوص التشريعية والآراء الفقهية والأحكام القضائية المرتبطة بموضوع الدراسة، لذلك سنقسم دراستنا إلى مبحثين:

المبحث الأول: مضمون فكرة الجزاءات الضاغطة.

المطلب الأول: تعريف الجزاءات الضاغطة.

المطلب الثاني: خصائص الجزاءات الضاغطة.

المطلب الثالث: شروط توقيع الجزاءات الضاغطة.

المبحث الثاني: أنواع الجزاءات الضاغطة في نظام عقود الإدارة الإماراتي وقانون المناقصات والمزايدات المصري.

المطلب الأول: سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة.

المطلب الثاني: الشراء على حساب المورد في عقود التوريد.

المبحث الأول

مضمون فكرة الجزاءات الضاغطة

اتجه الفقه والقضاء الإداريان في فرنسا إلى صياغة نظرية مستقلة بنظام جزاءات العقد الإداري، يتميز هذا النظام بذاتية ومقومات خاصة فرضتها ذات الأسس التي نبعت منها نظرية العقد الإداري كلياً، وهي ارتباط العقد الإداري بالمرق العام واستهدافه الصالح العام الذي يتطلب سير هذه المرافق في تأدية خدماتها بانتظام واطراد، وهو ما ينطبق على الجزاءات الضاغطة.

للتعرف على مضمون فكرة الجزاءات الضاغطة سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: الأول خاص بتعريف مفهوم الجزاءات الضاغطة، والثاني بتبيان أبرز خصائصها، والثالث بتوضيح شروط فرضها.

المطلب الأول

تعريف الجزاءات الضاغطة

للإدارة حق توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته التعاقدية، سواء تمثل هذه الإخلال بامتناع المتعاقد عن تنفيذ العقد، أو التأخير في المواعيد المحددة لمراحل التنفيذ أو التنفيذ السيئ، أو استعمال الغش أو التلاعب في تنفيذ العقد أو مخالفة الشروط التي يتضمنها العقد أو مخالفة تعليمات وتوجيهات الإدارة المكتوبة والشفوية أو التنازل عن التنفيذ لمقاول آخر من الباطن دون الحصول على موافقة الإدارة^(٢). ففي مثل هذا النوع من المخالفات لم يترك القانون الإدارة حبيسة القواعد المطبقة في القانون الخاص، والتي لا تسمح إلا بمجرد اللجوء إلى القضاء أو مجرد الدفع بعدم التنفيذ، بل أعطاها الحق في توقيع جزاءات مباشرة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته بإرادتها المنفردة ودون اللجوء للقضاء^(٣).

وتتنوع الجزاءات التي يمكن أن تفرضها الإدارة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية بين جزاءات مالية (غرامة التأخير ومصادرة التأمين)

(٢) د. موسى مصطفى شحادة: حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الثاني لسنة ٢٠٠٦، ص ٢٧٧ وما بعدها.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب: النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة (القاهرة) طبعة سنة ٢٠٠٩ - ص ٥٩٢.

وجزاءات غير مالية أو ما يسمى بالجزاءات الضاغطة، بالإضافة إلى جزائي فسخ العقد أو إنهائه.

فيما يتعلق بالجزاءات الضاغطة، موضوع دراستنا، فإن الإدارة أمامها خياران، الأول: أن تحل بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التي قصر عن الوفاء بها، والثاني: أن تحل غيره محله في هذا التنفيذ^(٤).

بالنسبة للخيار الأول فإن الإدارة تقوم بتنفيذ العقد بنفسها مباشرة وعن طريق موظفيها وعمالها، فإذا تمثل العقد في عقد أشغال عامة قامت هي بتنفيذ الأعمال المطلوبة للمرفق بأموالها وعمالها، أما إذا تمثل العقد في عقد توريد قامت هي نفسها بالتوريدات المطلوبة للمرفق الذي يتبعها. وتلجأ الإدارة للتنفيذ مباشرة بنفسها وبأموالها في أحوال الضرورة أو الاستعجال التي لا تحتتمل البحث عن متعاقد آخر جديد. أما الخيار الثاني والذي يكون فيه التنفيذ عن طريق متعاقد آخر، فقد يتم ذلك بإجراء مناقصة جديدة مثلاً لاختيار متعاقد آخر يقوم بالتنفيذ محل المتعاقد المتخلف أو الممتنع، أو أن تقوم الإدارة باختيار المتعاقد الجديد عن طريق أسلوب الممارسة أو أسلوب الأمر المباشر^(٥).

وفي كلتا الحالتين فإن لجوء الإدارة إلى تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر لا ينهي الرابطة العقدية، أي لا يؤدي إلى إنهاء العقد أو فسخه، ذلك أن كلاً من تنفيذ العقد على حساب المتعاقد وإنهاء العقد يعتبران جزاءين منفصلين ومستقلين، لا يجوز للإدارة الجمع بينهما. فإن هي اختارت الجزاء الأول، أي تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر المتخلف، امتنع عليها إنهاء العقد أو فسخه في نفس الوقت، فتبقى العلاقة التعاقدية قائمة مع ذلك بينها وبين المتعاقد المقصر، مع تحمل هذا الأخير لجميع الآثار المالية الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه^(٦).

وغالباً ما تنص الإدارة في دفاतर الشروط العامة أو الخاصة على حقها في رفع يد المتعاقد مؤقتاً عن الاستمرار في تنفيذ العقد، وفي أن تحل هي محله أو أن تحل غيره محله حسبما تراه، وذلك في حالة تقصيره أو عجزه عن الوفاء بالتزاماته. ومع ذلك فإن الجزاءات الضاغطة بجميع أنواعها - سواء في الوضع تحت الحراسة أو

(٤) د. محمد عبد العال السناري: طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية (القاهرة) بدون سنة طباعة ص ٢٧٠.

(٥) د. محمد رفعت عبدالوهاب (النظرية العامة في العقود الإدارية) - مرجع سابق - ص ٥٩٦.

(٦) نفس المرجع - ص ٥٩٦-٥٩٧.

الحلول محل المتعاقد أو الشراء على حسابه - تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقررة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد ودفا تر الشروط^(٧).

المطلب الثاني خصائص الجزاءات الضاغطة

قبل الدخول في تبيان الخصائص المميزة للجزاءات الضاغطة، فإن الجزاءات في مجال العقود الإدارية تخضع لخصائص مشتركة يمكن إجمالها فيما يلي:

١ - حق الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة دون اللجوء للقضاء:

إن عدم احترام المتعاقد لالتزاماته سواء بعدم تنفيذه هذه الالتزامات أو التأخير فيها أو عدم اتباع مبادئ حسن النية في التنفيذ أو التنازل عن العقد للغير، ينشئ للإدارة حقاً في توقيع جزاءات على المتعاقد معها، إلا أن هذه الجزاءات تختلف في هدفها عن الجزاءات التي تطبق على العقد المدني، ففي العقد المدني يستهدف الجزاء إصلاح الأخطاء التعاقدية وتعويض المتعاقد، بحيث يعيد التوازن إلى الالتزامات المتبادلة التي تنشأ بين طرفي العقد، ومن ثم لا يوجد في الجزاء المدني معنى العقوبة، ولكن بالنسبة للعقد الإداري فهو يستهدف - فضلاً عن ذلك - ضمان تسيير المرافق العامة التي يخدمها العقد الإداري، ولذلك تتميز الجزاءات بكونها وسائل تعمل على تحقيق موضوع العقد، وهو ما يكفل للإدارة أن تستعمل بمناسبتها امتيازها في التنفيذ المباشر، بما يمكنها من توقيع أي جزاء بوسيلة القرار الفردي دون حاجة للجوء إلى القضاء ابتداء^(٨).

وفي هذا السياق اعترف القضاء الإداري في مصر بمبدأ سلطة الإدارة في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة، وذلك دون حاجة إلى نص عقدي أو اللجوء للقضاء بالقول إن: (الجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتيازاً للجهة الإدارية لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام، مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض، وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة العقدية)^(٩).

(٧) د. محمد عبد العال السناري - مرجع سابق - ص ٢٧١.

(٨) د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية (القاهرة) سنة ١٩٨١، ص ١٥١.

(٩) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (٦٤٣١) لسنة ١٩٤٢ جلسة ٢١١١/، أورده د. منصور النابلسي: العقود الإدارية (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية (حلب) دون تاريخ نشر ص ١٤٩-١٥٠.

٢ - حق الإدارة في اختيار موعد توقيع الجزاء:

إذا قررت الإدارة توقيع الجزاء بنفسها وبإرادتها المنفردة، فإنها تترخص في اختيار وقت توقيعه وذلك إذا لم يحدد العقد ميعاداً لذلك.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية تلك القاعدة إذ قررت (أنه باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحاً لضمان سير المرافق العامة. ومن ثم فإنه لا تترتب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تترتب في إيقاع الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون الترتيب تحقيقاً لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفي لحمل المتعاقد على المبادرة إلى التنفيذ، كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين. ولا يملك المتعاقد المحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه وأن تراخيها أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره^(١٠).

وهو نفس ما ذهبت إليه فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري والتي قررت أن (جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، واقتضاء الغرامة منوط بتقديرها باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى^(١١)).

٣ - حق الإدارة في توقيع الجزاء وإن لم ينص عليه العقد:

تتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى النص عليها في العقد، وإذا تضمن العقد النص على بعض الجزاءات فهذا لا يعني حرمانها من ممارسة أنواع الجزاءات الأخرى، ومن باب أولى فإن سكوت العقد عن النص على جزاءات معينة لا يعني عدم وجود جزاء، فالإدارة تملك أن تتخذ هذه الإجراءات بإرادتها المنفردة تحقيقاً لمصلحة المرفق العام، فالمسلم به في قضاء مجلس الدولة

(١٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧، أورده د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية (القاهرة) سنة ٢٠٠٣ ص ٧١-٧٢.

(١١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ١١٩٦ في ٢٨ ديسمبر ١٩٩١، جلسة ١ ديسمبر ١٩٩٦.

الفرنسي أن هذه السلطة مستقلة تماماً عن العقد، فهي سلطة تنبع من مبادئ القانون العام الذي يخضع له العقد الإداري، والنص عليها في العقد لا ينشئ هذا الحق للإدارة وإنما هو كاشف ومنظم له بصدد العلاقة التعاقدية القائمة^(١٢).

كذلك لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما وقع إخلال منه في تنفيذ شروط العقد مقدماً، وهو ما قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بقولها: (تحقيقاً لغايات هذه السلطة وأهدافها تتمتع الدولة بامتياز وسلطان ينتفي معهما كل طابع تعاقدى ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد (...)) وهي حقوق لا تملك الإدارة التنازل عنها، كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتج بأنها تمس الحق الأصلي أو تخل بشروط عقدية، لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نظاماً قانونياً خاصاً، لأنه متعلق بمرفق عام فهي تملك تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إدارته، بل إن لها أن تنهي العقد نفسه قبل الأوان متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضاً^(١٣).

ولا يمنعها أيضاً من إعفاء المتعاقد من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها وفقاً لتقديرها لظروف التنفيذ وظروف التعاقد^(١٤). لكن إذا كان العقد يحدد جزاء معيناً يتعين توقيعه في حالة ارتكاب المتعاقد لخطأ معين، فإن الإدارة تنقيد بتوقيع هذا الجزاء دون غيره، ولو كان ذلك مخالفاً لما هو منصوص عليه في القوانين واللوائح، لأن الأصل في العقد الإداري أنه يتم بتوافق إرادتين وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة وموضوعية إلى أشخاص بنواتهم^(١٥).

(١٢) د. عزيزة الشريف - مرجع سابق - ص ١٥٢ و ١٥٣ ود. محمود سامي جمال الدين: المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة) دار القلم (دبي) الطبعة الثانية ١٩٨٩-١٩٩٠، ص ٢١١-٢١٢.

(١٣) حكمها بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣، د. عزيزة الشريف - مرجع سابق - ص ١٥٣.

(١٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ق رقم (٢٦٠) و (٢٦٧) لسنة ١٢ ق، تاريخ ٢١ مارس ١٩٧٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية في خمسة عشر عاماً ٦٥-٨٠ جزء ٢ ص ١٨٨٤.

(١٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٥٠١) لسنة ١٤ ق جلسة ١٣ نوفمبر ١٩٧١، ورد في د. حمدي أبو النور: الوجيز في العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والعُماني) إصدارات كلية الحقوق بجامعة السلطان قابوس بسلطنة عمان، دون سنة نشر، ص ١٣١.

٣ - حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجتها إلى إثبات حدوث ضرر من قبل المتعاقد معها:

تملك الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين، إذ أن هذا الضرر يفترض وقوعه كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، على أساس أن الهدف من فرض هذه الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه، وإنما إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد تحقيقاً للمصلحة العامة^(١٦).

وفي هذا الإطار نص نظام عقود الإدارة الإماراتي لسنة ٢٠٠٠ في المادة (٩١) على أن غرامة التأخير، كأحد الجزاءات المالية التي تفرض على المتعاقد المقصر، توقع بمجرد حدوث التأخير وبدون الحاجة إلى إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية، وبدون حاجة إلى إثبات الضرر الواقع على جهة الإدارة، والذي يعتبر في جميع الأحوال متحققاً.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن (من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، لذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر)^(١٧).

وحرى القول أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها ليست مطلقة، فهي من ناحية مقيدة بضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء ما لم ينص العقد على إعفاء الإدارة من شرط الإنذار أو ورد حكم في دفتر الشروط، أو إذا اقتضت الضرورة ذلك إذا قامت ظروف استثنائية وغير طبيعية، كما أن هذه السلطة - من ناحية أخرى - تخضع مثل سائر سلطات الإدارة لرقابة القضاء، لضمان عدم تعسف الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أو مخالفة قواعد القانون، وهي رقابة لا تقف

(١٦) د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية (القاهرة) سنة ٢٠٠٣، ص ٧١-٧٢.

(١٧) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ٢١ مارس ١٩٧٠ مجموعة أحكام المحكمة للسنة ١٥ ص ٢٢٢، ورد في د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي (القاهرة) دون طبعة، سنة ٢٠٠٥ - ص ٤٧٧.

عند هذا الحد وإنما تتعداها إلى فحص مدى التناسب بين الجزاء الموقع على المتعاقد والتقصير أو الإخلال المنسوب إليه^(١٨).

وبالإضافة إلى الخصائص العامة للجزاءات الإدارية في مجال العقود الإدارية تنفرد الجزاءات الضاغطة بمجموعة من الخصائص أبرزها ما يلي:

- ١ - أن الجزاءات الضاغطة لا تنهي العقد وإنما تؤدي إلى حلول الإدارة أو الغير مؤقتاً محل المتعاقد المقصر أو العاجز عن التنفيذ، ولذلك لا يمكن توقيعها إلا مع قيام الرابطة التعاقدية، وتكون جهة الإدارة أو من حل محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد بمثابة الوكيل عنه في هذا التنفيذ، ومن ثم فيجب عليها أن تبذل في تنفيذ الالتزام - بهذه الصفة - العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة^(١٩).
- وفي هذا السياق تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها: (....والعقود يجب أن تنفذ بدقة، لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك، ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هي بنفسها محله، أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام، وقد استقر قضاء هذه المحكمة " على أن هذا الإجراء لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة، وإنما تتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته)^(٢٠).
- ٢ - جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزامه التعاقدية على نحو ما ينبغي^(٢١).
- ٣ - سلطة الإدارة في توقيعها هي سلطة تقديرية، لا يقيدتها إلا القاعدة العامة التي تلزم الإدارة أن يكون تصرفها بقصد تحقيق الصالح العام^(٢٢).
- ٤ - هي جزاءات متنوعة حسب نوع العقد الإداري، ففي العقود الرئيسية الثلاث تتمثل في وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام، وفي حلول الإدارة محل المفاوض في عقد الأشغال العامة، وفي الشراء على حساب المتعهد في عقد التوريد.

(١٨) د. محمود سامي جمال الدين - مرجع سابق - ص ٢١٢.

(١٩) د. محمد عبد العال السناري - مرجع سابق - ص ٢٧٠.

(٢٠) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٧ مارس ١٩٥٧، د. سليمان محمد الطماوي (الأسس العامة في العقود الإدارية) - مرجع سابق - ص ٥٠٣.

(٢١) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة: الأسس العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٨، ص ٢٩٧.

(٢٢) د. محمد عبدالعال السناري - مرجع سابق - ص ٢٦٣.

المطلب الثالث

شروط اللجوء لاستخدام الجزاءات الضاغطة

لكي تمارس الإدارة سلطتها في اتخاذ الجزاءات الضاغطة حيال المتعاقد معها، فإنه يتعين توفر شرطين: الأول أن يكون المتعاقد قد ارتكب أخطاء جسيمة في تنفيذ التزاماته التعاقدية (الفرع الأول) والثاني إضرار المتعاقد قبل توقيع الجزاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية

ويختلف الخطأ الجسيم الذي يمكن أن يرتكبه المتعاقد مع الإدارة باختلاف نوع العقد الإداري، ففيما يخص عقد الأشغال العامة فإن الفقه والقضاء يتطلبان تقصيراً على درجة من الجسامة في أداء المقاول على درجة من الأهمية، فالأخطاء ذات الأهمية المحدودة لا تكفي لفرض حلول الإدارة محل المقاول في عقود الأشغال العامة، ولكن الحلول لا تتطلب خطأ بنفس درجة الجسامة التي يتطلبها فرض الحراسة في عقد الالتزام، إذ يجيز القضاء فرض الحلول في مخالفات كثيرة مختلفة مثل ترك الموقع أو وقف الأشغال أو عدم ملاحظة مواعيد التنفيذ أو الإهمال الجسيم في التنفيذ. أما في عقود التوريد فإن الأخطاء الجسيمة التي تبرر الشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية لها أشكال مختلفة: فيجوز التنفيذ على حساب المتعهد بسبب التأخير في التسليم، أو بسبب الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد، أو بسبب تنفيذ العقد على وجه غير مرض، أو إحلال المتعهد لغيره محله دون موافقة الجهة الإدارية، أو بسبب الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه العقد على وجه يعرض المرافق للخطر^(٢٣).

وقد يتمثل الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المتعاقد في عدم احترامه للأوامر المصلحية، فإذا ما خالف المتعاقد مع الإدارة الأوامر المصلحية المتعلقة بالتعاقد والتي توجهها إليه، فإن الإدارة المتعاقدة يكون بوسعها إما إلغاء التعاقد وإما تنفيذه على حساب المتعاقد المخالف للأوامر المصلحية وتحت مسؤوليته، ومن مظاهر مخالفة المتعاقد مع الإدارة لتلك الأوامر عدم قيام المقاول الذي رسى عليه العطاء بأداء التأمين النهائي الواجب أدائه في المهلة المحددة، رغم إخطاره بخطاب موصى إليه بعلم الوصول^(٢٤).

(٢٣) د. محمد عبد العال السناري - مرجع سابق - ص ٢٧٤-٢٧٦.

(٢٤) د. عبد العزيز عبد المنعم حليفة - مرجع سابق - ص ٣٠٥.

والأصل أن المفاوض غير ملزم إلا بتنفيذ الأوامر المكتوبة، ومع ذلك يمكن التحرر من هذه الشكالية بنص صريح في العقد أو كانت الظروف الحاصلة تبرر الأمر الشفهي^(٢٥).

ولا يقتصر التزام المفاوض بالخضوع للأوامر المصلحية على تلك التي تدخل في نطاق التنفيذ الدقيق للعقد، ولكن يمتد أيضاً ليشمل التعديلات التي قد تفرضها الإدارة طالما أنها يمكن أن تدخل في تقدير المتعاقدين أو في نطاق التسامح المقبول، مثال ذلك الأعمال الضرورية التي تقتضيها قوة القاهرة أو أعمال ذات أهمية بسيطة، فإذا رفض المفاوض تنفيذها عُدَّ ذلك عدم احترام لأمر مصلحي يجيز للإدارة وضع تنفيذ العقد تحت إدارتها المباشرة^(٢٦).

أما إذا تضمن الأمر المصلحي أعمالاً لا يشملها العقد، وتنطوي على مساس بتوازنه المالي، وليس مجرد تعديلات ثانوية أو جزئية، فإن رفض المفاوض لها لا يبرر وضع المفاوضة تحت الإدارة المباشرة، فالقاعدة أن المفاوض لا ينفذ الشروط الخارجة عن عقده أو تلك التي تعدل بشكل ملحوظ في الشروط الأساسية لهذا العقد^(٢٧).

ومن المسلم به أن قاضي العقد لا يستطيع إلغاء هذه الأوامر أو وقف تنفيذها وإنما تقتصر ولايته على بحث الحق في التعويض عنها^(٢٨).

الفرع الثاني

إعذار المتعاقدين قبل توقيع الجزاء

هو شرط مطلوب في أغلب الجزاءات الإدارية العقديّة، ويقصد به إنذار المتعاقدين بورقة رسمية تطلب فيها الإدارة منه تنفيذ التزامه، فيجب كمبدأ عام أن يسبق فرض الجزاءات الإدارية قيام الإدارة بإعذار المتعاقدين معها، وتنبيهه إلى خطئه قبل فرض الجزاء عليه، وبذلك يكون تاريخ الإعذار هو التاريخ المستحق للتعويض، وتغفى الإدارة من هذا الإجراء في حالة تضمن العقد أو دفاتر الشروط نصاً صريحاً بذلك^(٢٩).

(٢٥) د. عبدالمجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة) دار الفكر العربي (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ١٩٧٥ ص ٢١٦.

(٢٦) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - مرجع سابق - ص ٣٠٥.

(٢٧) د. هارون عبدالعزيز الجميل: النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دكتوراه جامعة عين شمس (القاهرة) سنة ١٩٧٩ ص ١٠٢.

(٢٨) د. عبد المجيد فياض - مرجع سابق - ص ٢١٧.

(٢٩) د. عبد المجيد فياض - مرجع سابق - ص ٩٣ ود. محمد عبدالعال السناري - مرجع سابق - ص ٢٧٦.

وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٦١ في قضية (Garrean) بأنه (يتعين على الإدارة، إن هي رأت توقيع الجزاء المنصوص عليه في العقد على المتعاقد معها الذي يقصر في التزاماته، أن تقوم بإعذاره بضرورة تنفيذ هذه الالتزامات، وذلك ما لم يتضمن العقد نصاً صريحاً بإعفائها من هذا الإعذار...)^(٣٠).

وبما أن الهدف من الإعذار تنبيه المتعاقد إلى مخالفة شروط العقد، وأن ذلك سوف يؤدي إلى تقصير في التنفيذ مما يؤدي إلى الإضرار بالمرفق العام، لذا فيجب أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي ارتكبتها المتعاقد مع الإدارة، وكيفية تفادي هذه المخالفات، وأن يتضمن كذلك تحديد المدة الواجب تصحيح هذه المخالفات خلالها^(٣١).

ولا تكون ثمة حاجة إلى الإعذار إذا كان المتعاقد قد صرح كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، أو إذا قرر أنه عاجز عن تنفيذ التزامه (المادة (٣٨٨) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة) وذلك لأن المقصود من الإعذار إحاطة المتعاقد علماً وتنبيهه إلى ما تزمع جهة الإدارة اتخاذه ضده، حتى ينفذ ما هو مطلوب منه، فيتفادى بذلك توقيع الجزاء عليه، فإذا ما صرح المتعاقد بأنه لا يريد القيام بالتزامه أو بأنه عاجز عن تنفيذه فلا يوجد أي معنى بعد ذلك لوجوب إعذاره^(٣٢).

(٣٠) نشر هذا الحكم في مجلة قضايا الحكومة المصرية السنة (٩) العدد الأول سنة ١٩٦٥ ص ١٠٣، وأورده رياض عبد عيسى الزهيري: مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ عقود الأشغال العامة، مطبعة الغري الحديثة (النجف - العراق) الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦، ص ٢٤٦.

(٣١) د. عبد المجيد فياض - المرجع السابق - ص ٩٥.

(٣٢) عليوة مصطفى فتح الباب: نظام عقود الإدارة (قرار وزير المالية والصناعة رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠) دراسة عملية في ضوء الأحكام والفتاوى، موسوعة الإمارات القانونية الإدارية (الكتاب الأول) مكتبة كوميث (القاهرة) سنة ٢٠٠٣، ص ٥٧٠.

المبحث الثاني أنواع الجزاءات الضاغطة في نظام عقود الإدارة الإماراتي وقانون المناقصات والمزايدات المصري

تضمن نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة وقانون المناقصات والمزايدات المصري صوراً محددة للجزاءات الضاغطة (إجراءات الضغط المؤقتة) التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وتتمثل هذه الصور في سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة (المطلب الأول) والشراء على حساب المورد في عقود التوريد (المطلب الثاني)، وهو ما سنبينه تباعاً.

المطلب الأول سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة هو عقد المقاوله المعروف في القانون المدني عندما يتصل موضوعه بمرفق عام، ولهذا يعرف الفقه الإداري عقد الأشغال العامة بأنه عقد مقاوله بين شخص معنوي عام وبين فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الطرف الثاني القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، تحقيقاً لمنفعة عامة مقابل ثمن يتفق عليه في العقد ووفقاً للشروط الواردة بالعقد^(٣٣). وعرفته محكمة القضاء الإداري المصري بأنه (عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد)^(٣٤).

ومما سبق يتبين، أنه لكي يكون ثمة عقد أشغال عامة يجب أن تتوفر الشروط التالية^(٣٥):

- ١ - تعلق الأعمال التي يقوم بها المقاول في نطاق عقد الأشغال العامة بعقار، فإن تعلقت بمنقول، ولو كان من الأموال العامة، لم يكن ثمة عقد أشغال. وليس من الضروري أن تكون تلك الأشغال بناء أو إنشاءات جديدة أو متضمنة تعديلاً في العقار، بل تكفي الصيانة كالتنظيف والكنس والرش في الطرقات العامة وغيرها.

(٣٣) د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري - مرجع سابق -، ص ١١٦.

(٣٤) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦، قضية رقم (٢٨٤) لسنة ٨ قضائية

س ١١ ص ١٠٤، نقلاً عن د. عزيزة الشريف - مرجع سابق - ص ١١٧.

(٣٥) د. محمد رفعت عبد الوهاب: النظرية العامة للقانون الإداري - مرجع سابق - ص ٥٦٨-٥٦٩.

- ٢ - يجب أن تتم هذه الأشغال العامة لحساب شخص عام، ليس من الضروري أن تكون الإدارة مالكة للعقار الذي تتعلق به الأشغال العامة، وإنما المهم أن يتم العمل لحسابها ولو كان العقار مملوكاً لفرد من الأفراد.
 - ٣ - يجب أن تكون الغاية من الأشغال العامة تحقيق نفع عام، ليس من الضروري أن تتم هذه الأشغال على عقار يدخل في نطاق الدومين العام، ولا أن يكون ذلك العقار مخصصاً لمرفق عام، بل يكفي أن يكون مقصوداً به النفع العام، وهذا متصور في حالة أشغال تتم لحساب شخص عام وتتعلق بعقار؛ لأن الأعمال ستعود في النهاية للإدارة، وفي حالة المشروعات الخاصة ذات النفع العام، إذا ما تحققت شروط الأشغال العامة، لا سيما أن يتم العمل لحساب شخص عام. ولكن الأعمال التي تتم لفائدة إحدى الجهات الإدارية تعتبر من الأشغال العمومية، ومثالها: الأشغال التي تجريها الدولة (أو الأشخاص العامة الأخرى) مستهدفة من ورائها تحقيق غرض مالي.
- سنحاول في هذا المطلب تبين الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المَقول (الفرع الأول) والآثار المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لجزاء سحب العمل من المَقول

استناداً إلى سلطتها في التنفيذ المباشر يجوز للإدارة سحب العمل من المَقول المقصر في عقود الأشغال العامة وإكماله على نفقته ومسؤوليته الخاصة، بمقتضى قرار إداري صادر عنها ودون اللجوء للقضاء، وحتى لو لم ينص العقد على ذلك، وذلك للضغط عليه لإجباره على تنفيذ التزامه التعاقدي بما يضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك في العديد من الحالات منها "إذا تأخر في البدء في العمل رغم استلامه الموقع خال من الموانع أو البطء في سير التنفيذ، بدرجة يظهر معها بغير شك أنه بهذا المسلك لن يستطيع إتمام التنفيذ خلال المدة المحددة لانتهائه، أو إيقافه العمل مدة متواصلة تزيد على خمسة عشر يوماً بدون مبرر، أو انسحاب المَقول من مقر العمل بمعداته وأدواته أو ترك العمل كلية بالموقع، وفي إحدى الحالات السالف ذكرها فإن للجهة الإدارية إصدار قرار بسحب العمل من المَقول شريطة إخطاره بهذا القرار بإخطار مكتوب يرسل إليه بالبريد الموصى عليه" (٣٦).

(٣٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٤٣٩٣) لسنة ٣٧ قضائية جلسة ٨ فبراير ١٩٩٤ ورد في د. عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق- ص ٨٣٧-٨٣٨.

وقد يكون سحب العمل من المقاول إما بشكل كلي أو جزئي، وما يحدد ذلك هو احتياجات المرفق العام، وفي هذا قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن "سحب العمل من المقاول هو أحد الإجراءات الضاغطة المقررة للإدارة، وبالتالي فإن احتياجات المرفق وحدها التي تحدد مدى هذا الحق وعما إذا كان السحب الجزئي كافياً لتحقيق تلك الاحتياجات من عدمه، وعما إذا كانت طبيعة الأعمال تتعارض مع السحب الجزئي من عدمه^(٣٧).

ويرى كثير من الفقهاء أن هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام، باعتبار أنه ضروري للحصول على تنفيذ العقد لضمان سير المرفق العام، وبذلك فإنه يتواجد بقوة القانون دون اشتراط أن ينص عليه في العقد، وعليه لا يجوز أن يتضمن العقد نصاً يحرم الإدارة من مباشرة هذا الحق، إذ يعتبر مثل هذا النص باطلاً ولا أثر له^(٣٨).

وباعتباره من الجزاءات الشديدة الأثر على المقاول، فلا يجوز للإدارة أن تقوم به إلا إذا كان إخلال هذا المقاول بتنفيذ العقد على درجة كبيرة من الخطورة والجسامة، بحيث يحتمل أن يؤدي ذلك الخطأ إلى الإضرار الكبير بالصالح العام، وعلى ذلك تكون الأخطاء البسيطة وذات الأهمية المحدودة غير كافية لسحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه الخاص^(٣٩). كما لا يحق لها أن تمارس هذا الجزاء إذا كان الخطأ في التنفيذ قد وقع بسبب أجنبي، كما لو حصل خلل في البناء بسبب الخطأ في الخرائط المقدمة للمقاول، أو تأخر المقاول في تنفيذ الأعمال بسبب إيقاف العمل من الإدارة لمدة طويلة^(٤٠).

وهو كغيره من الجزاءات الضاغطة إجراء مؤقت لا ينهي الرابطة العقدية بين الإدارة والمقاول، لذا فهو يختلف عن جزاء إلغاء العقد أو فسخه حيث تنتهي في هذه الحالة الرابطة العقدية وبالتالي انعدام وجود العقد، فلا يمكن بعد ذلك تنفيذ العقد على نفقة المقاول المقصر المتعاقد مع الإدارة، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الجمع بين إلغاء أو فسخ العقد وبين تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر، لأن الجمع بينهما

(٣٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٨٥) لسنة ١٧ قضائية جلسة ٨ أبريل ١٩٩٧، مجموعة الأحكام السنة (١٩) العدد الأول ص ٣٣٥ قاعدة (٥١).

(٣٨) د. عبد المجيد فياض - مرجع سابق - ص ٢١٤.

(٣٩) د. سليمان الطماوي (الأسس العامة للعقود الإدارية) - مرجع سابق - ص ٢٥٠.

(٤٠) رياض عيسى الزهيري - مرجع سابق - ص ٣٤٣.

يعني إنعدام العقد واعتباره كأن لم يكن ثم استمراره في نفس الوقت منتجاً لآثار معينة، وهو ما لا يمكن التسليم به إلا إذا كانت الرابطة العقدية قائمة^(٤١).

وإذا كان الجمع بين إلغاء العقد أو فسخه وبين سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه غير جائز، فإن الجمع بين سحب العمل وبين الجزاءات الأخرى يكون ممكناً، فالإدارة تستطيع أن تستمر في فرض الغرامة التأخيرية إذا تأخر المقاول حتى بعد سحب العمل منه^(٤٢).

وقد أجاز نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة حق الإدارة في سحب العمل من المقاول في حالة تأخره في البدء في العمل، اعتباراً من تاريخ تسليم الموقع للمقاول، وإذا لم يحضر المقاول لتسلم الموقع في التاريخ المحدد له يحرر محضر بذلك ويخطر بصورة منه، ويكون هذا التاريخ موعداً لبدء التنفيذ، حيث نصت المادة (٨٦) منه أنه (إذا تأخر المقاول في البدء بالعمل، أو أبطأ فيه بشكل ملحوظ يتحقق معه للوزارة عدم إمكان إتمامه في الوقت المحدد، أو توقف عن العمل كلية لفترة تزيد عن خمسة عشر يوماً متصلة، أو انسحب من العمل أو أخل بشروط العقد، فيحق للوزارة سحب العمل منه واتخاذ أحد الإجراءات التالية:

١ - أن تنفذ بالأمر المباشر وبمعرفة جميع الأعمال التي لم تتم دون أحقية المقاول في المطالبة بأي وفر يتحقق.

٢ - أن تطرح العملية في مناقصة جديدة.

٣ - أن تمارس أحد المقاولين لإتمام العمل).

يتبين من نص المادة أعلاه، أنه إذا أخل المقاول بتنفيذ التزامه بأن تأخر في البدء في العمل أو أبطأ فيه بشكل ملحوظ، بحيث أضحي معه من المحقق لجهة الإدارة أنه لم يتمكن من إتمام العمل المطلوب في الوقت المحدد، أو توقف عن العمل بشكل كامل لفترة تزيد على خمسة عشر يوماً متصلة أو انسحب من العمل كلية، كان لجهة الإدارة أن تقوم بسحب العمل منه وتنفيذه بمعرفة، أو أن تطرح العملية في مناقصة جديدة أو تمارس أحد المقاولين لتنفيذ العقد على حساب المتعاقد الأصلي^(٤٣). كما يظهر من

(٤١) د. عاطف محمد عبد اللطيف: امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي) دار النهضة العربية (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٩ ص ٤٢٩.

(٤٢) رياض عبد عيسى الزهيري - مرجع سابق - ص ٣٥١ نقلاً عن حسين درويش ص ٦٣.

(٤٣) د. عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٨٣٥.

نص نفس المادة أن المشرع الإماراتي لم يشترط ضرورة قيام الإدارة بإعذار المقاول قبل قيامها بسحب العمل منه.

بخلاف المشرع المصري الذي نص في المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المعدل بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩^(٤٤)، على أنه يمكن للإدارة سحب العمل من المقاول، إذا أخل بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بالتزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة قانوناً.

(٤٤) يشار إلى أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة قد استبدلت بموجب قرار وزير المالية رقم (٢١٩) لسنة ٢٠٠٦، وأصبح نص المادة كالآتي: إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءات التالية وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة:

(أ) فسخ العقد.

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها، وذلك بإحدى طرق التعاقد المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.

ويكون للجهة الإدارية في هذه الحالة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت مؤقتة ومبان والآلات وأدوات ومواد وخلافه، دون أن تكون مسؤولة قبل المقاول أو غيره عنها، وعما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أي أجر عنها، كما يكون لها الحق أيضاً في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضماناً لحقوقها، ولها في سبيل ذلك أن تبيعها دون أدنى مسؤولية من جراء البيع.

على أنه في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المقاول يصبح التامين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية ومقابل التأخير على أرصدة الدفعات المقدمة وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي في تاريخ استحقاق هذه الدفعات - وذلك من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقدين لديها. وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أيّاً كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري". (يراجع بشأن ذلك صلاح الشريف: شرح قانون المناقصات والمزايدات وفقاً لأحدث التعديلات والأحكام القضائية، المكتبة العالمية (القاهرة) سنة ٢٠١٠ ص ٢٥١).

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة على سحب العمل من المقاول

أ - استبعاد المقاول وتنفيذ العقد على حسابه بالطريقة التي تختارها الإدارة:

استبعاد المقاول والتنفيذ على حسابه هو الوجه الآخر لسحب الأعمال منه، إذ أن الإدارة في محاولة منها للضغط على المقاول المتعاقد معها كي ينفذ التزاماته التعاقدية، فإنها تهدده بسحب الأعمال منه، إلا أنها متى قامت بذلك فإنها تكون قد أنزلت به الجزاء، والأمر لن يتوقف عند هذا الحد، فسحب الأعمال ينتج عنه توقف سير المرفق العام بصفة كاملة، إذ لن يكون هناك مقاول ليسيير هذا المرفق، لذا كان لا بد من إيجاد وسيلة لتسييره بعد أن يتم سحب الأعمال من المتعاقد، وذلك عن طريق قيام الإدارة بتنفيذ الالتزامات التي لم ينفذها المتعاقد معها على حسابه، سواء أكان تنفيذها لتلك الالتزامات بنفسها أم بواسطة صاحب العطاء التالي أو عن طريق طرح مناقصة جديدة^(٤٥).

فالإدارة بعد أن تصدر قراراً بسحب العمل تقوم بالاجراء اللاحق، ألا وهو إكمال الأعمال المسحوبة إما مباشرة من قبلها أو إحالتها إلى مقاول آخر، تتفق معه مباشرة على إكمال تلك الأعمال، أو إعلان مناقصة جديدة بشأن إتمام العمل المسحوب، وكل ذلك يحصل على مسؤولية المقاول الذي سحبت منه الأعمال، حيث تبقى التزاماته قائمة بعد سحب الأعمال منه، فيظل مسؤولاً تجاه الإدارة ويتحمل مخاطر إكمال العمل^(٤٦).

وإذا كان سحب الأعمال من المقاول هو أحد الجزئات الإدارية الضاغطة التي توقعها الإدارة على متعاقدها المقصر، إلا أن التنفيذ على حساب المقاول، لا يعد جزءاً إدارياً ولكنه تطبيق لقاعدة التنفيذ العيني للالتزامات لاستمرار سير المرفق العام، فالتنفيذ على الحساب على هذا النحو هو وسيلة الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً، إعمالاً لسلطاتها والامتيازات التي تتمتع بها^(٤٧).

(٤٥) د. عاطف محمد عبد اللطيف - مرجع سابق - ص ٤٣١.

(٤٦) د. محمود حلمي: العقد الإداري، دار الفكر العربي (القاهرة) الطبعة الثانية سنة ١٩٧٧ ص ٩٧.

(٤٧) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٩٢٢) لسنة ٢٦ جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٨٢، وفي نفس المعنى فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم ٦٢٦ في ١٧ يونيو ١٩٨٧، أورده د. عاطف محمد عبد اللطيف - مرجع سابق - ص ٤٣٢.

ويوضح نص المادة (٨٦) من نظام عقود الإدارة الإماراتي المشار إليها مسبقاً، أنه إذا قررت الإدارة سحب العمل من المقاول بعد ثبوت وجوبه، فإنه لا يكون مقصوداً بذاته وإنما هو مقدمة لتنفيذ العمل على حساب هذا المقاول المتأخر الذي سحب العمل منه، وتترخص الإدارة في اختيار أسلوب من سيتولى التنفيذ على حساب المقاول المتأخر من الأساليب الثلاثة التي أوردتها المادة المذكورة، بما يحقق المصلحة العامة وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وقرار الإدارة المتعاقدة بسحب الأعمال من المقاول وتنفيذها على حسابه وتحت مسؤوليته خاضع لرقابة القضاء، حيث يكون بوسع المتعاقد في هذه الحالة اللجوء للقضاء ليطعن على هذا القرار مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جرائه، إذا ما شابه خطأً وسوء تقدير وخلل في وزن الأمور، ويخضع تقدير القاضي للتعويض في هذا الشأن للقواعد القانونية العامة^(٤٨). ولا يملك القاضي هنا حق إلغاء القرار وإن كان بوسعه تعويض المتعاقد عن آثاره الضارة إن كان لذلك موجباً، مع حق الإدارة المتعاقدة في اقتضاء ما قد يكون لها من حقوق لدى المتعاقد، خلفها التنفيذ المباشر على حسابه، من ممتلكاته بالموقع أو من مستحققاته لدى أية جهة حكومية أخرى^(٤٩).

وهو ما يوضح أن سلطة القضاء (كما يقرها مجلس الدولة الفرنسي) فيما يتعلق بالجزاءات الضاغطة بشكل عام هي سلطة مقيدة وليست مطلقة، فالقاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها، وهذا يظهر جلياً في عقود الأشغال العامة حيث جرى مجلس الدولة الفرنسي على الاكتفاء بالحكم بالتعويض إذا وقعت الإدارة عقوبة غير سليمة على المقاول في مجال وسائل الضغط، بمعنى أنه إذا لجأت الإدارة إلى هذا الإجراء فإن المجلس يعتبره نهائياً، ولكنه يعوض عنه، وقضاؤه في هذا الصدد مستقر. لكن هذا الاتجاه لم يطبقه القضاء الإداري في مصر حيث ألغى قرارات تتعلق بمصادرة أموال التأمين المقدمة من المقاول، كما حكم بإلغاء القرار الصادر من الإدارة بالاستيلاء على أدوات المقاول ومهمات الموجودة بمحل العمل وهو وسيلة من وسائل الضغط^(٥٠).

(٤٨) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٢٤١ لسنة ١٧ ق، ٤٤٣ لسنة ١٧ ق، جلسة ٥ ديسمبر

١٩٨١ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ص ٣٠١.

(٤٩) د. عبد العزيز خليفة - مرجع سابق - ص ٣٠٢.

(٥٠) د. عزيزة الشريف - مرجع سابق - ص ١٥٨ و١٥٩.

وبالمناسبة فإن القضاء المصري كان يعتبر أن قرار الجهة الإدارية بسحب العمل من المَقاول هو من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد إداري واستناداً إلى نص من نصوصه، لذا فإن محكمة القضاء الإداري تختص بالنظر فيه ليس على أساس اختصاصها بإلغاء القرارات الإدارية، وإنما على أساس أنها المحكمة ذات الولاية الكاملة في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وعلى هذا فإن الدعوى التي يقيمها المَقاول لإلغاء قرار السحب تعتبر من دعاوى القضاء الكامل التي لا تنقيد بمواعيد وإجراءات دعوى الإلغاء^(٥١). لكن الاتجاهات الحديثة في أحكام مجلس الدولة المصري ذهبت خلاف ذلك، حيث إنه يجوز إلغاء قرار سحب العمل من المَقاول، باعتباره من قبيل القرارات المنفصلة التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء^(٥٢).

ب - احتجاز الآلات والأدوات والمواد الخاصة بالمَقاول واستعمالها في تنفيذ الأعمال التي يتضمنها سحب العمل:

ضماناً للحصول على حقوقها أعطى نص الفقرة (ب) من المادة (٨٦) والمادة (٨٧) من نظام عقود الإدارة الإماراتي، الإدارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد في محل العمل من منشآت مؤقتة ومباني والآلات وأدوات ومواد وخلافه، بل ولها حق الاحتفاظ بتلك الأشياء حتى بعد انتهاء العمل، وأن تبيعها دون أدنى مسؤولية من جراء البيع، وعدم مسؤوليتها عما يصيب تلك الأشياء من تلف أو نقص لأي سبب كان، إضافة إلى عدم التزامها بدفع أجر عنها^(٥٣).

(٥١) د. عاطف محمد عبداللطيف - مرجع سابق - ص ٤٣٤.

يذكر أنه قد جرى الوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة على جعل الاختصاص القضائي بنظر المنازعات العقدية الإدارية احتياطياً، إذ وفقاً للتعميم المالي الصادر بتاريخ ٢٦ سبتمبر ١٩٨٥ عن اللجنة الدائمة للمشروعات بشأن تعديل بند حسم المنازعات بالشروط العامة للعقد المعتمد من الجهات الحكومية والمقاولين، فإنه يتم تسوية كافة المنازعات الناشئة عن تطبيق العقد أو تفسير بنوده عن طريق لجنة التعويضات والتحكيم المتفرعة عن اللجنة الدائمة للمشروعات، وفي حالة تعذر التوصل إلى حل مرضي لطرفي العقد تتولى المحكمة المختصة بدولة الإمارات العربية المتحدة حسم النزاع وتلتزم لجنة التعويضات والتحكيم بأحكام هذا العقد بالقوانين والأعراف المعمول بها في دولة الإمارات العربية المتحدة. (راجع د. مصطفى محمود عفيفي: الوسيط في مبادئ القانون الإداري دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة (الكتاب الثاني) منشورات كلية شرطة دبي الطبعة الثانية ١٩٨٩-١٩٩٠ ص ٢٧٩).

(٥٢) يراجع حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٧٥٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٢ مارس ٢٠٠٠، ورد في د. عاطف محمد عبداللطيف - مرجع سابق - ص ٤٣٤.

(٥٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - مرجع سابق - ص ٣٠٠-٣٠١.

وقد حددت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة - وهي بصدد تفسير الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمستودعات رقم (٤) لسنة ١٩٧٧ بإمارة أبوظبي - نطاق هذا الحق، واشترطت لمباشرته أن ينصب على أموال مملوكة للمقاول، وانتهت المحكمة إلى أن (حق الاحتجاز أو الحبس المقرر للدائرة الحكومية، إنما ينصرف إلى المنشآت الوقتية أو المواد أو الآلات والأدوات التي تعد من المال المنقول، وتستعمل بطبيعتها في إنجاز أعمال المقاول، وتكون بموقع العمل عند سحب الدائرة العمل من المقاول)^(٥٤).

وفي مصر نصت المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري - المشار إليها مسبقاً - على (حق الجهة الإدارية في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت مؤقتة ومبان والآت وأدوات ومواد وخلافه، دون أن تكون مسؤولة عنها وعمّا يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان، أو دفع أي أجر عنها، كما يكون لها الحق أيضاً في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمناً لحقوقها، ولها في سبيل ذلك أن تبيعها دون أدنى مسؤولية من جراء البيع).

وفي هذا السياق قضت المحكمة الإدارية العليا بأن سلطة التنفيذ المباشر المقررة لجهة الإدارة فيما يتعلق بإجراءات الضغط المؤقتة (الجزاءات الضاغطة) تخولها حق احتجاز ما يوجد بمحل العمل من المنشآت والآلات والأدوات، وما هو مستحق للمقاول لدى أية جهة حكومية حتى تستطيع اقتضاء حقها كاملاً من ثمن بيع هذه الأموال، ومن المبالغ المستحقة لدى الجهات الحكومية الأخرى، يكفل لها ذلك تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها^(٥٥).

ج - تحميل المقاول كل التكاليف والتعويضات والمصاريف:

ألزمت الفقرة (ب) من المادة (٨٦) من نظام عقود الإدارة الإماراتي، المقاول نتيجة لسحب العمل منه (تحمل جميع التعويضات المستحقة للدولة عن أي خسائر تكبدتها، بالإضافة إلى تحمله (١٠٪) من قيمة الأعمال التي لم يتم بتنفيذها تغطية للمصاريف الإدارية التي تنفقها الوزارة في سبيل تنفيذ تلك الأعمال).

(٥٤) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٨٤ لسنة ٧ قضائية بجلسة ١١ ديسمبر ١٩٨٥، ورد في د. نواف كنعان: مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة (الشارقة) وإثراء للنشر والتوزيع (الأردن) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٨، ص ٢٨٧.

(٥٥) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٤ مارس ١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني، س ١٨ ص ٦١٢ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ص ٣٠١.

ويلاحظ أن نص الفقرة المشار إليها أعلاه، لم يعط للإدارة الحق في مصادرة التأمين النهائي، الذي يودعه المتعاقد في حال رسو العطاء عليه، وتبلغ قيمته (١٠٪) من قيمة العطاء - حسب نص المادة (٥٠) من نظام عقود الإدارة الإماراتي - لكنها حملته (١٠٪) من قيمة الأعمال التي لم يتم بتنفيذها، وذلك تغطية للمصاريف الإدارية التي تنفقها الوزارة في سبيل تنفيذ تلك الأعمال.

والمصاريف الإدارية هي بمثابة تعويض قانوني للإدارة مقابل إعادة المناقصة أو الممارسة من جديد، وبهذا قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية (... بأن المستقر عليه في أحكام المحكمة الإدارية العليا بأن الأصل في المصروفات الإدارية أنها لا تستحق في حالة التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر، إلا إذا أثبتت الجهة الإدارية أنها قد تحملت خسائر أو لحقتها أضرار، كما لو كانت قد أعادت طرح المناقصة من جديد، وما يقتضيه ذلك من نشر جديد ولجان لفض المظاريف وأخرى للبت، وما يستتبع ذلك من جهد ونفقات ما كانت تتحملها لو أن المتعاقد معها قد قام بتنفيذ التزامه على النحو المتفق عليه...^(٥٦).

في مصر، وبخلاف ما أقره نظام عقود الإدارة الإماراتي، نصت المادة (٢٦) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ٢٠٠٨ والفقرة الثالثة من المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه (في تنفيذ العقد على حساب المقاول يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، ويحق لها خصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية ومقابل التأخير على أرصدة الدفعات المقدمة، وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي في تاريخ استحقاق هذه الدفعات - وذلك من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها).

وفي هذا الإطار قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها (بأنه يكون للوزارة أو المصلحة الحق في (... استرداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة سحب العمل، من التأمين المودع لديها من المقاول أو أية

(٥٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٥٧٩٠) لسنة (٤٩) قضائية جلسة ٢٣ يناير ٢٠٠٧، ورد في د. خالد عبد الفتاح محمد: الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ٢٠٠٨، المركز القومي للإصدارات (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٩ ص ١٠٦.

مبالغ مستحقة قبلها أو أية مصلحة حكومية أخرى، وذلك دون الإخلال بحق المصلحة في المطالبة بالتعويض عما قد يلحق بها من أضرار^(٥٧).

وهو نفس ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في فتوى لها بأن (الجهة الإدارية الحق عند إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد أن تفسخه أو أن تقوم بالتنفيذ على حسابه، ولها في الحالتين الحق في مصادرة التأمين النهائي والحصول على مستحقاتها، ومصادرة التأمين هي رخصة لجهة الإدارة تترخص في أعمالها أصلاً، ويكون للإدارة سلطة تقديرية في تحديد مدى المصادرة وتحديد توقيتها)^(٥٨).

د - حق الحجز على كل أو بعض مستحقات المقاول لدى جميع الوزارات الأخرى:

خولت المادة (٨٧) من نظام عقود الإدارة الإماراتي الوزارة المعنية الحق في الحجز على كل أو بعض مستحقات المقاول لدى جميع الوزارات الأخرى، وذلك لتمكينها من استيفاء ما يكون لها من مبالغ لدى المقاول المقصر.

ويمثل هذا الحجز إحدى صور سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر وفي اقتضاء حقها بنفسها، وبذلك تتمكن من مطالبة الجهات الإدارية من حجز ما لديها من مستحقات تخص المتعاقد المدين دونما حاجة لاتباع طريق حجز ما للمدين لدى الغير المقررة في قانون الإجراءات المدنية^(٥٩).

وفي مصر نصت المادة (٢٦) من قانون المناقصات والمزايدات والفقرة الثالثة من المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية للقانون، على أنه في تنفيذ العقد على حساب المقاول وفي حالة عدم كفاية ما قامت به من إجراءات لسداد حقوقها المالية المترتبة على المقاول فإنها تلجأ إلى (خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أياً كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري).

(٥٧) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٣٦٨٣) لسنة ٣٦ قضائية جلسة ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤، ورد في د. عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٨٤٣.

(٥٨) فتوى رقم (٣٣٩) بتاريخ ٢ أبريل ١٩٩٤ جلسة ٢٣ مارس ١٩٩٤ أوردها د. عاطف محمد عبداللطيف - مرجع سابق - ملحق لأهم فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في خصوص العقود الإدارية خلال خمسين عام، ص ٧٢٩.

(٥٩) د. عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٨٥٣.

وقد بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها، طبيعة حق الإدارة في الحجز على مستحقات المقابل لدى الجهات الإدارية بأنه (يرتبط بأحكام العقد الإداري، ولا شأن له بوسائل التنفيذ والضمان المقررة في القانون المدني، ولا بطرق التنفيذ المقررة في قانون المرافعات أو قانون الحجز الإداري، وأن الأمر الذي تصدره جهة الإدارة في هذا الشأن ليس في حقيقته أمراً بتوقيع الحجز الإداري يخضع في إجراءاته لأحكام قانون الحجز الإداري، وإنما هو من وسائل تنفيذ العقد الإداري الذي يخرج عن ولاية القضاء العادي سلطة الفصل فيه)^(٦٠).

وفي خاتمة إجراء سحب العمل من المقابل فإنه قد ينتهي إما بطلب من المقابل لإنهاء هذا الإجراء وإعادة الأعمال إليه لإتمام تنفيذها، إذا ثبت أنه أصبح يملك من الوسائل الكافية ما يمكنه من استئناف الأعمال والوصول بها إلى نهاية مرضية، أو بفسخ العقد، وهذا الفسخ إما أن يكون مجرداً أو مصحوباً بإعادة طرح المقولة في مناقصة جديدة على حساب وتحت مسؤولية المقابل المستبعد^(٦١).

المطلب الثاني

الشراء على حساب المورد في عقد التوريد

عرف القضاء الإداري المصري عقد التوريد بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"^(٦٢).

الفقه الإداري من جانبه عرفه بأنه "عقد إداري يتم بين الإدارة وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بأن تورد للإدارة منقولات أو مواد معينة تلزمها مقابل ثمن معين محدد في العقد"^(٦٣). أو هو اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام بما له من سلطة وبين شخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير

(٦٠) د. محمد عبد العال السناري - مرجع سابق - ص ٢٧٢.

(٦١) د. عبدالمجيد فياض - مرجع سابق - ص ٢٣٦-٢٣٧.

(٦٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ٢ ديسمبر ١٩٥٢، مجموعة المكتب الفني، السنة الرابعة ص ٧٦ نقلاً عن عاطف سعدي محمد: عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية (القاهرة) سنة ٢٠٠٥ ص ١١٣.

(٦٣) د. حمدي القبيلات: القانون الإداري (الجزء الثاني) دار وائل للنشر والتوزيع (عمان) الطبعة الأولى سنة ٢٠١٠، ص ١١١.

بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين على أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(٦٤).

من خلال ما سبق يمكن استخلاص الخصائص التي يتميز بها عقد التوريد، وهي على النحو الآتي:

١ - إن محل عقد التوريد ينصب دائماً على أشياء منقولة، وهي كثيرة لا يمكن أن ترد على سبيل الحصر كالمنتجات أو معدات كالبضائع أو مواد التموين أو المواد الحربية أو السيارات وغيرها، فهو لا يرد على العقارات أياً كانت عقارات بطبيعتها أم عقارات بالتخصيص، وهذا ما يميزه عن عقد الأشغال العامة حيث ينصب موضوع العقد على العقارات بطبيعتها أو بالتخصيص^(٦٥).

٢ - إنه عقد رضائي، بمعنى أنه ينعقد بالإيجاب والقبول بين الإدارة والمورد على توريد الأشكال المحددة في العقد، وهو بذلك يختلف عن الاستيلاء المؤقت على المنقول بالطريق الجبري بمقتضى قرار إداري، حيث يقوم المورد بتسليم المنقولات تنفيذاً له بالطريق الجبري مقابل تعويض عادل^(٦٦).

٣ - يكون المقابل المالي في عقود التوريد والمتمثل في الثمن دائماً على شكل مبالغ مالية نقدية، فالذي يتقاضاه المتعاقد مع الإدارة يتمثل دائماً في سعر أو قيمة المواد أو الأشياء موضوع العقد، والتي تتحدد عادة بمقابل مالي نقدي يتفق عليه عادة أو بصورة إجمالية أو على أساس الوحدة أو الكمية أو الوزن، ويدفع عادة دفعة واحدة إذا كان التوريد لمرة واحدة، وعلى دفعات إذا كان الاتفاق يتم بتوريد المواد أو السلع بصورة دورية أو على دفعات. لذلك فإن تحديد الثمن في عقد التوريد أمر ضروري، أما إذا كان المقابل عمولة كذا أمام عقد نقل وليس عقد توريد، لأن من شروط عقد التوريد أن تدفع الإدارة ثمن السلعة وليس أجور نقلها^(٦٧).

وتأخذ الجزاءات الضاغطة في عقود التوريد شكل الشراء على حساب المورد،

(٦٤) د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة (الإسكندرية) دون طبعة وسنة نشر، ص ٥٨٦.

(٦٥) د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، دار الفكر العربي (القاهرة) الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٧، ص ٩٠.

(٦٦) د. محمد رفعت عبدالوهاب - مرجع سابق - ص ٥٦٩.

(٦٧) د. نواف كنعان: القانون الإداري (الكتاب الثاني) دار الثقافة للنشر والتوزيع (عمان) الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦، ص ٣٢٢.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول خاص بالطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد، والثاني الآثار المترتبة عنه.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد

المسلم به أن هذا الجزاء يرتبط بطبيعة عقد التوريد ذاته، وبذلك فإن للإدارة أن تقرره بنفسها دون وساطة القاضي ودون حاجة للنص عليه في العقد، كباقي أنواع الجزاءات الإدارية العقدية الأخرى.

ويرى أغلب الفقه الإداري في فرنسا بضرورة أن يكون خطأ المورد جسيماً لدرجة تبرر الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، وهو نفس المنحى الذي سلكه قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر أن تقاعس المورد عن التسليم أو التأخير الممتد فيه أو رداءة الأشياء الموردة تعتبر أخطاء جوهريّة تبرر اتخاذ هذا الإجراء. وهذا الإجراء هو إجراء مؤقت لا ينتهي به العقد لكنه يظل مستمراً، وإنما تحل الإدارة بمقتضاه محل موردها في تنفيذ التزاماته التي تخلف عن أدائها على مسؤوليته، ولها طبقاً لتقديرها أن تقوم بهذا التنفيذ بنفسها أو أن تعهد به إلى مورد آخر^(٦٨).

والشراء على حساب المورد المقصر هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً تقوم به الإدارة عند امتناع المتعاقد عن تنفيذ الالتزام وإخلاله به "ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الإبقاء على العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، بحيث تحل الإدارة محل المتعاقد معها فيما لم ينفذ من العقد على حسابه وتحت مسؤوليته، وإلزامه بما قد يطرأ على تنفيذ العملية عن فروق الأسعار أو المصروفات التي يتكبدها نتيجة التنفيذ على الحساب. ويترتب على ذلك أن يكون المتعهد المقصر مسؤولاً عن نتائج العملية التي تنفذ على حسابه فيما عدا النتائج التي تعود إلى خطأ الإدارة"^(٦٩).

وتكون الإدارة المتعاقدة في حالة قيامها بالشراء على حساب المورد المقصر بمثابة الوكيل عنه، تلتزم بالتزامات الوكيل على النحو الوارد بالقانون المدني، ومن ثم فإذا تسببت بتصرفها في زيادة الأعباء عليه، فإن المورد لا يتحمل من الفروق في الأسعار إلا تلك التي ترجع لخطئه^(٧٠).

(٦٨) د. عبدالمجيد فياض - مرجع سابق - ص ٢٤٠-٢٤٢.

(٦٩) د. سليمان محمد الطماوي (الأسس العامة في العقود الإدارية) - مرجع سابق - ص ٥١٩-٥٢٠.

(٧٠) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٦٢٤ لسنة ٢١ ق، جلسة ١٧ يناير ١٩٨٩، نقلاً عن

د. عبد العزيز خليفة - مرجع سابق - ص ٣٠٣.

ويرى البعض أن الشراء على حساب المورد المقصر ليس من النظام العام - بعكس سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة - ويمكن للأطراف استبعاده بمقتضى نص صريح في العقد، باعتبار أن عجز المورد ليست له نتائج خطيرة، إذ يمكن للإدارة أن تتدخل فوراً بأن تفسخ العقد وتبرم عقداً جديداً مع مورد آخر، وبذلك لن يكون المرفق مهدداً بالتوقف^(٧١).

في دولة الإمارات العربية المتحدة أجازت المادة (٧٧) من نظام عقود الإدارة لسنة ٢٠٠٠^(٧٢) للإدارة في حالة تأخر المورد في توريد الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد في العقد، من بين جزاءات أخرى، بشراء المواد على حساب المورد مع تحميله بفروق زيادة الأثمان والمصاريف الإدارية بواقع (١٠٪) من قيمة المواد المشتراة على حسابه. مع العلم أن المدة المقررة للتوريد تبدأ، حسب نص المادة (٧٤) من النظام، اعتباراً من اليوم التالي لتوقيع العقد.

ويتبين من نص المادة أعلاه أن المشرع الإماراتي قد أجاز للإدارة، من بين خيارات أخرى، في حال إخلال المورد بالتزاماته التعاقدية وتأخره في تسليم المواد المطلوب منه توريدها بالشراء على حسابه، وتحميله فروق الأسعار والمصاريف الإدارية، وعلى الرغم من أنه لم يطلب بشكل صريح ضرورة إعذار المورد المتعاقد مع الإدارة قبل القيام بشراء المواد على حسابه - كما فعل المشرع المصري - إلا أنه أعطاه مهلة إضافية للتوريد إذا رأت الإدارة في ذلك مصلحة للدولة، ويشترط حينئذ أخذ موافقة الوزارة الطالبة مسبقاً، وأن لا تزيد المهلة الإضافية عن خمسة عشر يوماً. في مصر نصت المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات

(٧١) د. عبدالمجيد فياض - مرجع سابق - ص ٢٣٨-٢٣٩.

(٧٢) تنص المادة (٧٧) من نظام عقود الإدارة الإماراتي لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي: إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد في العقد ويشمل ذلك المواد المرفوضة فيحق للوزارة المعنية اتخاذ أحد الإجراءات التالية:

أ - إعطاء المورد مهلة إضافية للتوريد إذا رأت في ذلك مصلحة للدولة، ويشترط حينئذ أخذ موافقة الوزارة الطالبة مسبقاً، وأن لا تزيد المهلة الإضافية عن خمسة عشر يوماً، وأن توقع على المورد غرامة قدرها (١٪) من قيمة المواد التي تأخر في توريدها، وذلك عن الأسبوع الأول أو عما دونه ثم تزداد الغرامة إلى (٢٪) بعد ذلك عن كل أسبوع أو جزء منه وبحد أقصى (١٠٪) من قيمة المواد التي يكون المورد قد تأخر في توريدها.

ب - شراء المواد على حساب المورد مع تحميله بفروق زيادة الأثمان والمصاريف الإدارية بواقع (١٠٪) من قيمة المواد المشتراة على حسابه.

ج - فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي ومطلبته بالتعويض اللازم.

رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المعدل بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩^(٧٣)، أنه إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تقوم، بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد، من بين جزاءات أخرى، بشراء الأصناف التي لم يقدّم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات.

الفرع الثاني

الآثار القانونية للشراء على حساب المورد

يترتب على الشراء على حساب المورد، حسب ما جاءت به المادة (٧٧) من نظام عقود الإدارة الإماراتي، والمادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، أثاران هامان هما:

أ - استبعاد المورد وحلول الإدارة محله في تنفيذ العقد:

حين يكون الشراء على حساب المورد المتأخر، حسب ما ورد في المادة (٧٧) من نظام عقود الإدارة الإماراتي، ناتجاً عن تأخره في التوريد عن المدد المحددة في

(٧٣) تنص المادة (٩٤) على ما يلي: "إذا تأخر المورد في توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد - ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية للتوريد، على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع (١٪) عن كل أسبوع تأخير، أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها وبحد أقصى (٣٪) من قيمة الأصناف المذكورة. وفي حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الإضافية فعلى الجهة الإدارية أن تتخذ أحد الإجراءات التالية طبقاً لما تقرره السلطة المختصة وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل، وذلك بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد:

أ - شراء الأصناف التي لم يقدّم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بإحدى الطرق المقررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة.

ب - إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف.

وفي هاتين الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، ويكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها - بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية - من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقدين لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري".

العقد، فللإدارة أن تلجأ إلى استبعاده والشرء على حسابه إذا رأت أن مصلحة المرفق تقتضي القيام بهذا الإجراء.

وفي مصر أعطت المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في المدة المحددة بالعقد، أو خلال المهلة الإضافية الممنوحة له، الحق للإدارة في أن تقوم بشرء الأصناف التي لم يقم المتعاقد بتوريدها من غيره على حسابه، بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليه بإحدى الطرق المقررة بقانون المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بلائحته التنفيذية.

والتنفيذ على حساب المورد المتخلف عن التزاماته (يقتضي في الأصل أن تشتري الإدارة أصناف مطابقة للمواصفات المبينة في العقد وبنفس الجودة، ولكن هذا الأصل في المطابقة مقرر لمصلحة الإدارة بالذات ولمصلحة المرفق العام. ومن ثم فيحق للإدارة التنازل عن شرط الأصناف المطابقة وقبول أو شراء أصناف أقل جودة أو أكثر جودة، إن لم يتحقق وجود ذات الأصناف المطابقة للعقد في السوق، وفي هذه الحالة يلتزم المتعاقد الذي تم تنفيذ العقد على حسابه بأدائه فرق الثمن والجودة حتى لا يستفيد المقصر من تقصيره)^(٧٤).

وهو نفس ما أوضحته المحكمة في حكم آخر لها (أنه وأن لم يكن لجهة الإدارة، وهي تبشر على حساب المتعهد المقصر شراء الأصناف المتعهد في توريدها، أن تشتري أصنافاً غير الأصناف المتعاقد عليها، إلا أن الاختلاف في جودة الصنف زيادة أو نقصاً لا تعد كذلك، ومن ثم فإنه إذا ما تعذر الحصول على ذات الصنف المتعاقد عليه أو اقتضت المصلحة العامة قبول صنف يختلف في جودة الصنف زيادة أو نقصاً، فليس ثمة ما يمنع جهة الإدارة من أن تشتري على حساب المتعهد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه، وإن اختلف عنه جودة زيادة أو نقصاً، وتحاسبه على فرق الجودة إن كان باعتبار أن هذا العنصر يمثل ضرراً لحق على سبيل اليقين بالمصلحة العامة، وذلك بالإضافة إلى عناصر التعويض الأخرى وغرامة التأخير التي ينص عليها العقد)^(٧٥).

(٧٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٦١ وحكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٢ أورده د. محمد رفعت عبد الوهاب: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت) دون طبعة سنة ٢٠٠٥، ص ٥٢٩.

(٧٥) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ٢ مارس ١٩٧٤ في الطعن رقم ٧١٠ لسنة ١٦ ق، السنة التاسعة عشرة ص ١٩٩ أورده د. عليوه مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٦٣٥.

ب - تحميل المورد كافة النتائج المالية المترتبة على الشراء على حسابه:

تستحق الإدارة، حسب نص المادة (٧٧) نظام عقود الإدارة الإماراتي، عند قيامها بشراء المواد على حساب المورد، فروق الأسعار عما كانت تعاقدت به مع المتعاقد المقصر، والمصاريف الإدارية بواقع (١٠٪) من قيمة المواد التي قامت بشرائها، وغرامة التأخير عن المهلة الإضافية التي تكون قد أعطتها للمورد قدرها (١٪) من قيمة المواد التي تأخر في توريدها، وذلك عن الأسبوع الأول أو عما دونه، ثم ترداد الغرامة إلى (٢٪) بعد ذلك عن كل أسبوع أو جزء منه وبحد أقصى (١٠٪) من قيمة المواد التي يكون المورد قد تأخر في توريدها.

ومن استقراء ما ورد في المادة (٧٧) أعلاه فإن المشرع الإماراتي حمل المورد في حالة الشراء على حسابه النتائج المالية الآتية:

أ - فروق الأسعار عما تعاقدت به الجهة الإدارية مع المورد المقصر:

وفي هذا السياق أقرت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في أحد أحكامها بإلزام الشركة المتعاقدة بفروق الأسعار التي تطالبها بها الجهة الإدارية بسبب الشراء على حسابها، واستندت المحكمة في تلك القضية إلى أن (الطرفين - بحسب الثابت في عقد التوريد ومن الخطاب المرسل من الطاعة إلى المطعون ضدها - قد اتفقا على أنه في حالة امتناع الطاعة عن تسليم الأقمشة التي التزمت بتوريدها إلى المطعون ضدها، يكون من حق الإدارة طرح توريد الأقمشة في مناقصة ثانية، على أن تتحمل الطاعة أية زيادة في الأسعار عن السعر الذي رسي عليها، ولأن الطاعة امتنعت عن توريد الأقمشة بإقرار كتابي صادر من ممثلها، قامت الإدارة بالتوريد في مناقصة ثانية بشروط المناقصة الأولى، ورسى العطاء على شركتين قامتا بالتوريد بأسعار أعلى، فحق إلزام الطاعة بالفرق بين السعرين المتناقصين)^(٧٦).

لكن ماذا لو قلَّ سعر الشراء عن السعر المتعاقد عليه، فهل يستحق المتعاقد هذا الفرق في الأسعار، أجابت على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها بأن (قصد المشرع الإداري أن يعطي جهة الإدارة الحق في اقتضاء قيمة الزيادة التي تنتج في الثمن عند الشراء على حساب المتعهد، كما قصد جلياً أن يحرم المتعاقد

(٧٦) الحكم الصادر في الطعن رقم ١٠ لسنة ٨ ق مدني بجلسة ٧ مايو ١٩٨٦، ورد في علوية مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٦٣٨ - ٦٣٩.

معها حق المطالبة بالفرق إذا كان سعر الشراء يقل عن سعر المتعهد، وهو الذي تسبب في أن تلجأ جهة الإدارة إلى هذا السبيل حرصاً منها على سلامة المرفق العام، وذلك حتى لا يفيد المخطئ من تقصيره ولا يثري من إخلاله بتنفيذ التزاماته^(٧٧).

ب - المصاريف الإدارية بواقع (١٠٪) من قيمة المواد التي قامت بشرائها:

وهذه المصاريف هي بمثابة تعويض قانوني للإدارة مقابل إعادة المناقصة أو الممارسة من جديد، وبهذا قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر (.... بأن المصروفات هي تعويض قانوني للإدارة يستحق مقابل إعادة الإدارة إجراءات المناقصة والممارسة من جديد، وما يستلزمه ذلك من تشكيل اللجان وفحص العطاءات والبت فيها، ومن وقت وجهد ونفقات ما كانت لتتحملها الإدارة لولا تقصير المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية)^(٧٨).

لكن على الجهة الإدارية أن تثبت ذلك، وفي هذا السياق تقول محكمة القضاء الإداري بالقاهرة أن: (مناط استحقاق المصروفات الإدارية في حالة التنفيذ على الحساب، هو أن تقوم جهة الإدارة بإجراءات وتتحمّل مصروفات بهدف تنفيذ التعاقد على حساب المتعاقد معها، وإذا لم تقدم جهة الإدارة ما يفيد ذلك فإن المطالبة بالمصروفات تكون على غير سند خليقة بالرفض)^(٧٩).

ج - غرامة التأخير عن المهلة الإضافية التي تكون قد أعطتها للمورد قدرها (١٪) من قيمة المواد التي تأخر في توريدها، وذلك عن الأسبوع الأول أو عما دونه، ثم تزداد الغرامة إلى (٢٪) بعد ذلك عن كل أسبوع أو جزء منه وبحد أقصى (١٠٪) من قيمة المواد التي يكون المورد قد تأخر في توريدها. وفي مصر فإن هذه الغرامة تكون بواقع (١٪) عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريدها وبحد أقصى (٣٪) من قيمة الأصناف المذكورة.

ويلاحظ في هذا السياق أن المشرع الإماراتي لم يعطِ الإدارة الحق في مصادرة

(٧٧) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسته ١ فبراير ١٩٦٤ في الطعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٨ ق السنة التاسعة ص ٥٧١، أورده د.عليوة مصطفى فتح الباب - مرجع سابق - ص ٦٣٥-٦٣٦.

(٧٨) الطعن رقم ٨٤٣ و ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق، جلسته ٢٠ نوفمبر ١٩٨٢، السنة ٢٨ ص ٨٦ مبدأ ١٨، ورد في عليوة مصطفى فتح الباب- المرجع السابق - ص ٦٤٣.

(٧٩) الحكم الصادر بجلسته ٢٧ مايو ١٩٨٦ الدعوى رقم ٥٢١ لسنة ٣٥ ق، ورد في عليوة مصطفى فتح الباب - المرجع السابق، ص ٦٤٥.

التأمين النهائي الذي يدفعه المتعاقد مع الإدارة عند رسو العطاء عليه والمقدرة قيمته بـ (١٠٪) من قيمة العطاء لتعويض ما أصابها وأصاب المرفق العام من خسائر وأضرار، لكنه فقط أعطاها هذا الحق عند قيامها بفسخ العقد.

أما المشرع المصري فقد أعطى في الفقرة الثانية من المادة (٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، المشار إليها أعلاه، الحق للإدارة في مصادرة التأمين النهائي، مع حقها في خصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها، بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقدين، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه بالطريق الإداري، ومؤدى ذلك أن يكون المتعهد المقصر مسؤولاً عن نتائج العملية التي تنفذ على حسابه فيما عدا تلك التي تعود إلى خطأ جهة الإدارة المتعاقد معه^(٨٠).

وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها من (أن الشركة وإن كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها، إلا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها، ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم إنهاء الرابطة التعاقدية، واستمرار العقد منتجاً لآثاره واعتبار الشركة هي المسؤولة أمام الوزارة عن عملية الشراء، فالشركة من الناحية القانونية تعتبر قد واصلت التنفيذ فيقع على عاتقها غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء)^(٨١).

الخاتمة:

في ختام الحديث عن النظام القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة ومصر، يمكن لنا إيراد مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولاً - النتائج:

١ - الجزاءات الضاغطة هي إحدى السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية بمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر، ودون حاجة إلى

(٨٠) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٤٠٧ لسنة ٢٨ ق، جلسة ١٧ مايو ١٩٨٦، نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - مرجع سابق - ص ٣٠٣.

(٨١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٩ يونيو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) ورد في د. سليمان الطماوي (الأسس العامة في العقود الإدارية) - مرجع سابق - ص ٥٠٣.

اللجوء للقضاء، بهدف الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام وإطراد ضمن السلطة التقديرية التي تتمتع بها بما يحقق المصلحة العامة.

٢ - هذه الجزاءات هي ذات طبيعة مؤقتة، ليس الهدف منها إنهاء العقد بل الضغط على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، لذا لا يمكن أن يقتصر فرض هذا النوع من الجزاءات بجزء فسخ العقد الذي يلغي تماماً الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها.

٣ - تتنوع صور هذه الجزاءات حسب نوع العقد الإداري، ففي مجال عقود الأشغال العامة تكون على شكل سحب العمل من المفاوض وتنفيذ العقد على حسابه مع تحميله كامل المصاريف والنفقات، وفي عقد التوريد تكون على شكل الشراء على حساب المورد مع تحميله كافة النفقات والمصاريف وفروق الأسعار المترتبة على ذلك.

٤ - رغم أن القاعدة العامة هي عدم جواز تعدد الجزاءات الإدارية، إلا أنه يمكن أن تقتصر هذه الجزاءات بتوقيع جزاءات أخرى مثل فرض غرامة التأخير أو مصادرة التأمين.

٥ - إن الآثار المادية والمعنوية المترتبة عن فرض هذه الجزاءات على المتعاقد قد تكون أشد من الجزاءات المالية أو جزاء فسخ العقد وإنهائه.

٦ - لم ينص نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة صراحة على ضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاءات الضاغطة على المتعاقد المقصر في عقود الأشغال العامة والتوريد، بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري. رغم أنه يمكن اللجوء إلى تطبيق القاعدة العامة التي نص عليها قانون المعاملات المدنية الاتحادي بضرورة إعذار (إنذار) المتعاقد قبل توقيع أية جزاءات عليه.

٧ - لم يقر المشرع الإماراتي في نظام عقود الإدارة السالف ذكره على حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي الذي دفعه المتعاقد لجهة الإدارة ضماناً لاسترداد حقوقها وتعويض خسائرها الناتجة عن تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات.

وفي ختام هذا البحث فقد لاحظنا أن النظام القانوني للعقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة ينتابه عدم الوضوح والتناثر بسبب تعدد أنواع العقود الإدارية في عصرنا الراهن من مسماة وغير مسماة، وتجدها في ظل التطور الملموس والمتسارع الذي تشهده الدولة في كافة الصعد، وبسبب الشكل الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة في ظل وجود نظامين قانونيين يحكمان العقود الإدارية

أحدهما اتحادي والآخر محلي، لذا نتمنى على المشرع الإماراتي العمل على وضع نظام قانوني موحد للعقود الإدارية الاتحادية، قدر الإمكان، وتطوير النظام القضائي الاتحادي بإنشاء محاكم إدارية مستقلة توكل إليها مهمة النظر في النزاعات الإدارية ومن بينها النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، خاصة وأئنا لمسنا قلة الأحكام القضائية في هذه المجال في ظل التجاء المتعاقدين والإدارة إلى طرق بديلة لفض النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية مثل الصلح والتحكيم.

قائمة المراجع

القوانين واللوائح والقرارات:

- ١ - القرار الوزاري رقم (٢٠) بشأن نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في ٢٢ فبراير ٢٠٠٠م المعدل بموجب القرار الوزاري رقم (٩٠) لسنة ٢٠٠٨.
 - ٢ - قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المعدل بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩ ولائحته التنفيذية.
 - ٣ - أحكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة.
 - ٤ - أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية.
 - ٥ - فتاوى دائرة الفتوى والتشريع بوزارة العدل الإماراتية.
 - ٦ - فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري.
- الكتب والدوريات (حسب التسلسل الأبجدي):**

- ١ - د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٩ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية (القاهرة) سنة ٢٠٠٣.
- ٢ - د. حمدي أبو النور: الوجيز في العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والعماني) إصدارات كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس بسلطنة عمان، دون سنة نشر.
- ٣ - د. حمدي القبيلات: القانون الإداري (الجزء الثاني) دار وائل للنشر والتوزيع (عمان) الطبعة الأولى سنة ٢٠١٠.
- ٤ - د. خالد عبد الفتاح محمد: الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ٢٠٠٨، المركز القومي للإصدارات (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٩.
- ٥ - رياض عبد عيسى الزهيري: مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ عقود الأشغال العامة، مطبعة الغري الحديثة (النجف - العراق) الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦.
- ٦ - د. سليمان الطماوي: الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي (القاهرة) دون طبعة، سنة ٢٠٠٥.

- ٧ - صلاح الشريف: شرح قانون المناقصات والمزايدات وفقاً لأحدث التعديلات والأحكام القضائية، المكتبة العالمية (القاهرة) سنة ٢٠١٠.
- ٨ - عاطف سعدي محمد: عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية (القاهرة) سنة ٢٠٠٥.
- ٩ - د. عاطف محمد عبداللطيف: امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي) دار النهضة العربية (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٩.
- ١٠ - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٨.
- ١١ - د. عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري (دراسة مقارنة) دار الفكر العربي (القاهرة) الطبعة الأولى سنة ١٩٧٥.
- ١٢ - د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية (القاهرة) سنة ١٩٨١.
- ١٣ - عليوة مصطفى فتح الباب: نظام عقود الإدارة (قرار وزير المالية والصناعة رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠) دراسة عملية في ضوء الأحكام والفتاوى، موسوعة الإمارات القانونية الإدارية (الكتاب الأول) مكتبة كوميث (القاهرة) سنة ٢٠٠٣.
- ١٤ - د. ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة (الإسكندرية) دون طبعة وسنة نشر.
- ١٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠) الهيئة العامة المصرية للكتاب (القاهرة) سنة ١٩٨٣.
- ١٦ - د. محمد رفعت عبدالوهاب: النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة (القاهرة) طبعة سنة ٢٠٠٩.
- ١٧ - د. محمد رفعت عبدالوهاب: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت) دون طبعة سنة ٢٠٠٥.
- ١٨ - د. محمد عبد العال السناري: طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية (القاهرة) بدون سنة طباعة.
- ١٩ - د. محمود حلمي: العقد الإداري، دار الفكر العربي (القاهرة) الطبعة الثانية سنة ١٩٧٧.

- ٢٠- د. محمود سامي جمال الدين: المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة) دار القلم (دبي) الطبعة الثانية ١٩٨٩-١٩٩٠.
- ٢١- د. محمود عاطف البنا: العقود الإدارية، دار الفكر العربي (القاهرة) الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٧.
- ٢٢- د. مصطفى محمود عفيفي: الوسيط في مبادئ القانون الإداري، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة (الكتاب الثاني) منشورات كلية شرطة دبي الطبعة الثانية ١٩٨٩-١٩٩٠.
- ٢٣- د. منصور النابلسي: العقود الإدارية (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية (حلب) دون تاريخ نشر.
- ٢٤- د. موسى مصطفى شحادة: حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، العدد الثاني لسنة ٢٠٠٦.
- ٢٥- د. نواف كنعان: القانون الإداري (الكتاب الثاني) دار الثقافة للنشر والتوزيع (عمان) الطبعة الأولى ١٩٩٦.
- ٢٦- د. نواف كنعان: مبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة (الشارقة) وإثراء للنشر والتوزيع (الأردن) الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٨.
- ٢٧- د. هارون عبدالعزيز الجميل: النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دكتوراه جامعة عين شمس (القاهرة) سنة ١٩٩٧.

مواقع إلكترونية:

- بوابة التشريعات الإلكترونية، قسم مبادئ وأحكام المحكمة الاتحادية العليا الموجودة على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الإماراتية < <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx> > .

من قانون التجارة الدولية إلى القانون التجاري عبر الوسائط الإلكترونية

الأستاذ الدكتور/ طالب حسن موسى

الدكتور/ عمر محمود أعمر

عميد كلية الحقوق - جامعة العلوم التطبيقية الخاصة

المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على أهم السمات المتعلقة بقانون التجارة الدولية والقانون الإلكتروني. وبيان مدى التلازم القانوني بينهما. فالقانون الإلكتروني "إليكس إلكترونيكا" هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تسري على مختلف الأنشطة التي تجري في الفضاء الافتراضي من خلال شبكة الإنترنت والذي يتجاهل الحدود الإقليمية كما هو حال قانون التجارة الدولية "إليكس ماريكوتاريا"، فظهرت بموجب القانون الأول وسيلة تقنية في إبرام التصرفات بأنواعها والتي لم تكن معروفة في قانون التجارة الدولية التقليدية. كما يهدف هذا البحث إلى التعرف على المعايير الضابطة للأنشطة على شبكة الإنترنت والتي تحكم تصرفات مستخدمي هذه الشبكة، وكذلك مقارنة القانون الإلكتروني مع قانون التجارة الدولية من حيث التعرف على الطبيعة القانونية لكل منهما، والذي سنتناوله في المبحثين التاليين: الأول يتضمن الجوانب الخاصة بقانون التجارة الدولية، والثاني يتضمن الجوانب الخاصة بالقانون الإلكتروني.

الفكرة العامة للبحث :

تسليط الضوء على المصطلحات الجديدة في عالم قانون التجارة الدولية، وهل أصبح قانون التجارة الدولية قانوناً لا تحتاجه هذه التجارة.

أسباب اختيار الموضوع :

أهميته الدولية والإقليمية وندرة البحوث في هذا العنوان.

إشكالية البحث :

إن قانون التجارة الدولية قبل ظهور الإنترنت يعاني من عدم إمكانية إيجاد قانون موحد للتجارة الدولية، وتعاطم الأمر بظهور الإنترنت والتجارة الإلكترونية مع التعابير التي لم تكن معروفة، مما يستوجب البحث للوصول إلى نتيجة مفادها أن قانون التجارة الدولية الذي نسميه أحياناً بالتقليدي هو القانون الأساس والمرن، وما ظهر من تعبير قانون التجارة الإلكترونية ماهو إلا وسائط في خدمة هذا القانون.

منهج البحث :

الدراسة التحليلية للنصوص القانونية وما ظهر من مصطلحات جديدة في التعامل الدولي، ومن خلال المقارنة ما بين هذا التعامل قبل وبعد استعمال الإنترنت في إبرام الصفقات التجارية الدولية والمحلية

المقدمة:

عنوان البحث صار موضوعاً مهماً ومتداولاً في الفقه القانوني الإلكتروني وظاهرة من ظواهر العولمة، فهل يدل اختلاف تسمية القانونين بشطب تسمية الدولية من قانون التجارة الإلكترونية على حدوث اختلاف بينهما؟ مما يستوجب بيان التداخل الواقع بين قانون التجارة الدولية وهو القانون الخاص بالتجار والتجارة الدولية الجارية، وبين القانون الإلكتروني ومدى تلازم القانونيين، وماهية كل منهما، وهل يمكن الاقتصار على أحدهما والعمل بموجبه فقط ومن دون إعمال القانون الآخر. وهل أن قانون التجارة الدولية باعتباره القانون الموضوعي تغيرت قواعده بظهور القانون الإلكتروني باعتباره القانون الفني؟، وهل يكون إعمال الأخير يقتصر في مجال التجارة فقط أم يمتد أثره إلى كل من يستخدم شبكة الإنترنت وبصرف النظر فيما إذا كان تاجراً أم لا؟، وهل هذا القانون أثر من آثار قانون التجارة الدولية أم مجرد تطور حادث بفعل هذا القانون أم مجرد أثر من آثار العولمة؟. غير أن مثل هذا النقاش في المسألة الأخيرة والتعمق فيه يمكن أن يكون من مواضيع فلسفة القانون.

عهدنا ابتداءً إلى تقسيم التجارة بحسب الزاوية التي ينظر إليها، فمن حيث الوسيلة أو المجال التي تجري فيه، قسمت إلى تجارة برية وبحرية وجوية ونهرية. ومن حيث القائمين بها قسمت إلى تجارة تجار طبيعيين وإلى تجار معنويين من خلال الشركات التجارية، ومن حيث نطاقها قسمت إلى تجارة إقليمية وتجارة دولية.

وإن التكنولوجيا أصبحت من المفردات شائعة الاستعمال في التجارة، وتمخضت عنها عقود نقل التكنولوجيا وتفرعاتها، وأن محل هذه العقود هو التطبيق العملي للأبحاث العلمية لما يتم التوصل إليه من أسرار، وهذه هي التي تكون محلاً لهذه العقود والتي تتميز عن غيرها من العقود بطابع السرية، وبعبارة أخرى عدم الكشف عنها للغير، وبذلك لا تكون التكنولوجيا بهذا المعنى علماً بحثاً كبقية العلوم لأن العلم لا يمكن حجبته عن الغير^(١). ويشار إلى قول الأستاذ الفرنسي Le- my duong سنة

(١) د. وليد عودة المشري - عقود نقل التكنولوجيا - رسالة دكتوراه - جامعة عمان العربية للدراسات العليا - الأردن - عمان - دار الثقافة للنشر والتوزيع - سنة ٢٠٠٩ - ص ٢٢ وما يليها.

٢٠١٠ بأن الوقت قد تغير حيث كان الاعتقاد بداية عند ظهور الإنترنت هو الإعلان عن موت القانون، بينما اليوم صار الاعتقاد معاكساً بأنه إشارة إلى إحداث تطور نحو التجديد فيه^(٢).

فصار القانون الإلكتروني (اليكس إلكترونيك) من متطلبات التجارة الإلكترونية كما يعد من متطلبات سائر التصرفات الأخرى وعلى رأسها متطلبات الحكومة الإلكترونية، فبفضله يتم تحويل المعاملات من معاملات ورقية إلى معاملات إلكترونية في ضوء أحكام القانون الإلكتروني، ومن دون الحاجة إلى استعمال الورق، فبفضل استخدام تقنية الاتصالات بين مستخدمي الإنترنت وأجهزة الدولة فيما بين مؤسساتها من خلال ما يسمى بالحكومة الإلكترونية فإن التعامل يكون آلياً، فيستطيع المواطن الحصول مثلاً على هوية الأحوال المدنية أو جواز السفر أو أي خدمة تقدمها الحكومة ومن دون عناء الذهاب إلى تلك المؤسسات والدوائر^(٣).

إن التطور الحادث لقانون التجارة الدولية ينسجم مع التطور العلمي والتقني الحاصل في مختلف نواحي الحياة، لأن القانون يعد علماً بحد ذاته *en véritable science* غير أنه بطبيعة الحال لا يمكن أن يكون كعلم الفيزياء أو الكيمياء، ولكن المشترك بينهما أن القانون صار متسماً بالطابع العلمي *l'air scientifique* وبمبادئ عقلانية تتناول افتراضات هي ليست مجرد خيالات.

وقد ظهرت فكرة القانون الإلكتروني (*lex electronica*) في سياق النقاش حول الأنشطة التي تدور في بيئة الفضاء الإلكتروني، وذلك بهدف وضع معايير تحكم تصرفات مستخدمي الشبكة العنكبوتية، وعدم كفاية النصوص المتعلقة بضبط هذه التصرفات المتسمة بتعددتها وتشعبها واتساعها.

وبما أنه يجري الحديث اليوم عن قانون تجارة دولية تقليدية وحديثة فسيكون مدار بحثنا هذا حول الجوانب المميزة لكل من القانونين، ومدى تداخل القانون الإلكتروني في هذا المجال، والذي سنتناوله في المبحثين التاليين وبموجب الخطة التالية:

المبحث الأول: قانون التجارة الدولية (اليكس ماريكوتوريا).

(٢) L.-M. Duong, " Les sources de droit de l'Internet: du modèle pyramidal au modèle en réseau", Recueil Dalloze, 2010, p. 783

(٣) د. عباس العبودي، عرض وتقويم لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد، مجلد ٢٩ ع لسنة ٢٠١٤، ص ٢٤.

- المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقانون التجارة الدولية.
- الفرع الأول: تجاوز سريان القانون للحدود الإقليمية.
- الفرع الثاني: المحتوى القانوني.
- المطلب الثاني: معيار المسؤولية.
- الفرع الأول: الطابع الرضائي لعقود التجارة الدولية.
- الفرع الثاني: تقرير مسؤولية المتعامل السيئ.
- المبحث الثاني: القانون الإلكتروني (الليكس إلكترونيكا).
- المطلب الأول: سمات القانون الإلكتروني.
- الفرع الأول: الطابع الدولي للقانون الإلكتروني.
- الفرع الثاني: تقنية القانون الإلكتروني.
- المطلب الثاني: النظام القانوني للأعمال الإلكترونية.
- الفرع الأول: نوعية القواعد الإلكترونية تجاه قواعد قانون التجارة الدولية.
- الفرع الثاني: معايير الجودة.

المبحث الأول

قانون التجارة الدولية (Lex Mercatoria)

في سنة ١٩٦٥ جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن قانون التجارة الدولية بأنه مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر. ويختص هذا القانون بالبيع الدولي للمنقولات و الاعتمادات المصرفية والنقل والتأمين وحقوق الملكية الصناعية والفكرية والتحكيم التجاري وعقود الاستثمارات ونقل التكنولوجيا^(٤). وهذا ما سوف نتناوله من خلال مطلبين، الأول: في الطبيعة القانونية لقانون التجارة الدولية، والثاني: في معيار المسؤولية بموجبه.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لقانون التجارة الدولية

إن قانون التجارة الدولية هو الأصل أو المرجع لقانون التجارة الإلكترونية^(٥). فهل هذا القانون هو المقصود من تعبير قانون التجارة الدولية الافتراضي أو الإلكتروني Lex electronica أو الحديث؟ وهذا لا يعني أننا أمام قانونين منفصلين فموضوعهما هو واحد، ففي قانون التجارة الدولية كان التعامل يتم عبر مفاوضات شخصية ومادية، أما الآن فيتم في العديد من حالاته عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت والفيديو كونفرانس إلخ ... فالأداء وما يسمى بالفرنسية instrument هو فقط الذي اختلف، ولذا نقول مع هذه الاداة أنه متمثل في القانون الإلكتروني والذي هو مجرد وسيلة وأداة تقنية لإبرام صفقات عقود التجارة الداخلية والدولية، فهذا القانون هو في خدمة قانون التجارة الدولية وأداة لا غير. وهذا يتطلب تناول الموضوع في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تجاوز سريان القانون للحدود الإقليمية

إن تكييف العقد فيما إذا كان دولياً أم لا هو أمر لا يتوقف على إرادة المتعاملين.

(٤) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية - مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني - كلية الحقوق - الجيزة - ١٩٨٤ ص ٧ بند ٥.

(٥) Minata sarr, droit souple et commerce électronique, Jurisdoctoria n, 8, 2012, p 65.

وإنما يستمدده القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية، وهي مسألة قانون تخضع لرقابة القضاء، بمعنى أن اختيار القانون الأجنبي لحكم الرابطة العقدية، لا يعني بالضرورة صيرورته عقداً دولياً، وهذا أدى إلى القول بالاكْتفاء بالمعيار الاقتصادي، وصرف النظر عن المعايير الأخرى غير الاقتصادية، فبموجب هذا المعيار الاقتصادي صار العقد دولياً بمجرد تخطيه الحدود الجغرافية للدولة، وهو ما كان يريده أطرافه. فعقد النقل الجوي مثلاً من عمان إلى العقبة يبقى وطنياً، ولو اضطرت الطائرة إلى الهبوط في سوريا مثلاً، فالمعيار الاقتصادي للدولة بموجب قانون التجارة الدولية التقليدية، هو ما يسمى بالمعيار الضيق للدولة، وبموجبه تصبح التفرقة بين العناصر الفاعلة وغير الفاعلة غير ذات اعتبار، ما دام المعيار الجغرافي العابر للحدود متحققاً، فلا يعقل أن يعد العقد دولياً لمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية مثلاً. ويشير الفقهاء في هذا الصدد إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في إكساب الدولة للعقد. وعلى ذلك فعقد الشراء الذي يبرمه أجنبي مقيم في دولة أجنبية لاستخدامه الشخصي من السوق المحلية لا يعد عقداً دولياً. وكذلك عقد النقل يبقى دولياً بغض النظر عن جنسية أطرافه، ما دام أن النقل يكون من دولة عبر دولة أخرى. فمعيار التجارة الدولية بموجب قانون التجارة الدولية التقليدية يقوم في الأساس على ثلاثة مبادئ رئيسة هي تخطيه الحدود الجغرافية ومساسه بالتجارة الدولية وتضمنه عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الوطني^(٦).

أما الدولية بموجب قانون التجارة الدولية الحديث (الافتراضي أو الإلكتروني)، فقد يقال إنها متحققة بمجرد إبرام العقد الموضوعي سواء أكان عقد تجارة أم لا، فهو عقد تجاري لتعلقه بالتجارة، ودولي لأنه تم إبرامه بوسيلة إلكترونية، وعلى شبكة الإنترنت. ولكن لا صحة لمثل هذا القول فالعقد يكون دولياً إما وفقاً لمعيار قانوني وإما وفقاً لمعيار اقتصادي وهو اتصاله بمصالح التجارة الدولية، ولا يمكن أن تكون وسيلة انعقاده معياراً لدوليته. فما زالت الحاجة قائمة للبحث عن معايير للثبوت من دولية العقد كما كان عليه الحال في قانون التجارة الدولية التقليدية، لا سيما أن شبكة الإنترنت لا تعرف التمييز بين عقود دولية وأخرى غير دولية، ومع ذلك يشير البعض إلى وجود تجارة إلكترونية إقليمية أو وطنية حسب المصطلح الفرنسي un commerce électronique de proximité، والتي لا تتضمن أي معيار يعطيها صفة

(٦) د. هشام علي صادق - القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٩٥ - ص ٤٧ - ٩٤.

الدولية. وكذلك وجود تجارة إلكترونية غير إقليمية أي دولية عندما تتضمن عقودهم طابع الدولية. وهذا يعني أن المعيار التقليدي مازال مطلوباً ولكنه نظرياً.

فإن قانون التجارة الدولية التقليدية يستمد الدولية من معايير الإقليمية، فالعقد الدولي له تعريفاته، وهو ينسجم مع الجغرافيا، ولا يتقاطع معها، بخلاف قانون التجارة الدولية الحديث، والذي يتقاطع مع الجغرافيا. ومع ذلك قيل بأن عقود التجارة الإلكترونية ليست كلها دولية، لعدم تضمينها أي معيار من المعايير الدولية التي يتضمنها قانون التجارة الدولية غير الإلكتروني، فالقانون الذي يطبق على التجارة الإلكترونية لا يعتبر قانوناً مستحدثاً جديداً، وإنما يدخل وسائل جديدة لم تكن معروفة في إبرام الصفقات التجارية^(٧).

الفرع الثاني

المحتوى القانوني

لا يشترط بموجب كل من القانونين التقليدي والحديث للتجارة الدولية، أن يخضع المتعاملون لقاعدة تشريعية وطنية بحد ذاتها، كما أن أغلب القواعد في القانونين هي قواعد عرفية، وبالتالي لا يمكن تحديد المحتوى لكل منهما، فقد كشفت الدراسات الحديثة ذات الصبغة الواقعية على وجود جماعات من المتعاملين على النطاق الدولي تمتهن التجارة الدولية، بل وتحتكرها في كثير من الأحيان، على أساس قواعد من صنعها، حتى صارت مستقرة وملزمة لأعضاء الجماعة في معاملاتهم الدولية، ومن دون تدخل من جانب السلطات من مختلف الدول. فلا تتدخل الدول في سن هذه القواعد، ولا في فرضها أو ضمان تنفيذها. وهذا ما يلاحظ من خلال انتشار استعمال العقود النموذجية والشروط العامة التي تضعها مختلف الهيئات التي تتكون من جمهور المتعاملين على الصعيد العالمي. وتتضمن هذه العقود اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل أي نزاع ينشأ^(٨) وتكاثرت هذه العقود في الوقت الحاضر نتيجة تعدد تلك الجماعات المهنية إقليمياً ودولياً، وقيام منشآت ضخمة على تخصص نوعي معين من البضائع والمنتجات. وأن كثرتها وتنوعها يواجه المتعامل أحياناً وفرة محيرة من هذه العقود، أو الشروط العامة، مما يتعين عليه أن يختار منها ما يناسبه، وقد يكون هذا

Minata sarr, Op. Cité., p. 65.

(٧)

(٨) د. أحمد عبد الحميد عشوش - التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار - مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية - ١٩٩٠ - ص ٣٠٤-٣٠٥.

الاختيار متعارضاً مع اختيار الطرف الآخر، مما يؤدي إلى تصادم في الرأي، لاسيما أن بعض الصيغ روعي فيها بالدرجة الأولى مصلحة المصدر، والأخرى مصلحة المستورد، في حين توجد منتجات في حقول أخرى تكاد تخلو من أي صيغ أو شروط نموذجية. وتلافياً لهذا التعارض دأب مجتمع البائعين والمشتريين على التمسك باتجاه لإيجاد صيغ وشروط نموذجية تأخذ بمصلحة متوازنة للطرفين. وأن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية أخذت بهذا الاتجاه. وكذلك غرفة التجارة الدولية في قواعد الأنكوتيرمز. وأن آخر تعديل لهذه القواعد تم في سنة ٢٠٠٠. فهذه المصطلحات وما تتضمنه من قواعد، هي عبارة عن قواعد عرفية. ولاحظت الغرفة أن تمويل البئوع الدولية، يقتضي وضع قواعد موحدة للاعتمادات المستندية، وقد أصدرتها بعدة نشرات، أهمها في الوقت الحاضر نشرة ٥٠٠ التي دخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٩٤، ونشرة ٦٠٠ والتي دخلت حيز التنفيذ من ٢٠٠٧/٧/١ ويرمز إليها بالإنجليزية uniform custom and practice for documentary credits = UCP600

مدى مزاحمة البطاقات الذكية والاعتمادات المستندية :

والسؤال الذي يقوم هو، هل التطور الحاصل في إيجاد بطاقات الصرف الذكية، يشير إلى مزاحمة هذه البطاقات للاعتمادات المستندية وللأوراق التجارية الورقية والمعمول بها في ظل قانون التجارة الدولية التقليدية ؟

الجواب كلا. إذ يكمن الأصل في الغاية من استخدام البطاقة، والمتمثلة في تشجيع المستهلكين على عدم استعمال النقود التقليدية عند شراء الاحتياجات اليومية، أو عند قطع تذكرة سفر أو دفع أجرة الفندق أو ما شابه ذلك. فهي مخصصة لمبالغ ليست بالكبيرة والتي تحتاجها التجارة لاسيما الدولية. وبديل أن الحاجة للأوراق المصرفية لا زالت قائمة، ولم نسمع أن التاجر المستورد للبضائع في العقود الكبيرة، يسدد أثمانها عن طريق هذه البطاقات، أو يفضلها على فتح الاعتمادات المستندية، وما يستعمل معها من كمبيالات أو سفاتج. غير أن استخدام البطاقة قد يكون أسهل من استخدام شيكات المسافرين.

السداد عن طريق البريد الإلكتروني :

ولكن قانون التجارة الدولية الحديث وبفضل القانون الإلكتروني جعل السداد من خلال شبكة المعلومات ممكناً، ومنها السداد عن طريق البريد الإلكتروني، والذي يتم من خلال فتح حساب في موقع من نوع يقبل الدفع الإلكتروني للنقود، ويتضمن بيانات محددة، هي اسمه وعنوانه وهاتفه ورقم بطاقة الائتمان الزرقاء أو رقم حسابه الاعتيادي المفتوح لدى البنك، ثم يكتب البريد الإلكتروني للشخص المراد إرسال

المبلغ إليه، والمحدد من قبله. و يفترض في المتلقي أن يكون لديه حساب على نفس النوع من الموقع الإلكتروني، ويتضمن ذات البيانات، لكي يتم تسلم المبلغ من خلال إدخاله إلى حسابه. ولوحظ أن هذه الوسيلة تتميز بالسرعة الفائقة، ومتانة النظام بحيث أصبح لا ينافس الأوراق التجارية التقليدية، وإنما البطاقات البنكية ذاتها^(٩) ومع ذلك يمكن القول بأن الاعتماد المستندي مازال محتفظاً بأهميته، ولم يتعارض مع القانون الإلكتروني الذي أضفى عليه الطابع الإلكتروني في سرعة الإبرام والتنفيذ.

البنوك التقليدية واستعمالها الوسائل الإلكترونية :

وكذلك القول أن البنوك وغيرها يمكنها استعمال الوسائل الإلكترونية في تعاملاتها التي كانت تجريها تقليدياً من دون إجراء أي تغيير في القوانين الموضوعية المتخصصة التي تسري عليها، لأنها متوائمة مع القانون الإلكتروني. فهذا كما سنرى لا يمس الموضوع ولكنه يمس الوسيلة والمظهر. فمثلاً التحويل المصرفي الذي يعد من الطرق التقليدية المعمول بها بين المتعاملين مع البنوك، صار بالإمكان تنفيذه إلكترونياً من دون تغيير في أركانه وشروطه. و تتطلب هذه الطريقة في السداد وجود حسابين أحدهما المدين المنقول منه المبلغ المراد تحويله منه، والآخر الدائن وهو الحساب المراد التحويل إليه، وبنك واحد في الأقل حيث يطلب المدين من البنك تحويل المبلغ بالعملة التي يريد بها إلى دائنه. ويعرف بأنه عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالنقل بناء على أمر يصدر منه، وفي الجانب الدائن من حساب آخر. ويعتبر وسيلة مميزة لتحريك الحساب المصرفي لسهولة إنجازها، ولأن عملية النقل هي أقل كلفة ومن دون الحاجة إلى استعمال النقود التقليدية أو غيرها ومن دون الحاجة إلى القبض والإقباض التقليديين. ولا يشترط تنفيذ الأمر من خلال شيك أو غيره من السندات والأوراق التجارية، فيمكن تنفيذه من خلال النماذج التي يعدها البنك سلفاً، وما على الأمر بالنقل إلا ملء البيانات وتسليمها

(٩) د. حمودي محمد ناصر العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠١٢، ٤٢٣ _ ٤٢٨ وأيضا د. نبيل محمد أحمد صبيح - بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - سنة ٢٠٠٣ عدد ١ ص ٢١٥ وما يليها. د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل أنور بندق- الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية سنة ٢٠٠٧ - ص ٣٤٩.

د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ١٢١ وما يليها.

البنك. وتتمثل هذه البيانات بكتابة اسم الأمر بالنقل ورقم حسابه المطلوب النقل منه ورقم الحساب المطلوب النقل إليه والمبلغ المراد نقله مع توقيع الأمر بالنقل، وهذه الوسيلة لا تتعارض مع الطرق الإلكترونية. وبالفعل يوجد الآن أمر النقل الإلكتروني ويسمى بالفرنسية *Televirement*. وكل ما هناك يستوجب إيجاد اتصال خاص مع البنك الموجه إليه الأمر^(١٠) فقانون التجارة الدولية الحديث هو قانون تلقائي النشأة يقوم على أساس حرية التعاقد. ولا يوجد تباين جوهري بين قانون التجارة الدولية التقليدية، وبين قواعد قانون التجارة الإلكترونية، بدليل يقول المختصون أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع تبقى مكتسبة أهمية بالغة، وقد تعد مفتاحاً لنجاح التجارة الإلكترونية وعقودها^(١١).

قانون التجارة الدولية الموضوعي الإلكتروني :

كما يمكن القول بوجود قانون تجارة دولية موضوعي إلكتروني، ويعتبره البعض نظيراً للقانون الموضوعي للتجارة الدولية التقليدية، ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات. وهناك من يقول ظهور قانون يتضمن قواعد موضوعية تكون نواة لقانون جديد اسمه القانون الموضوعي الإلكتروني للإنترنت *Substantive internet law-electronica* ليكون نظيراً للقانون الموضوعي للتجارة الدولية أو ما يسمى *La lex mercatoria* وهو قانون يتميز بخصوصيته الفنية ومصطلحاته لملاحقة الثقافة العلمية السريعة والتطور للإنترنت^(١٢).

ولتبيان العلاقة بين قانون التجارة الدولية الحديث وبين قانون إلكترونيكا يمكن تقديم هذا المثال بأن الأول يشمل الصفقات التجارية وأسواقها من المولات وغيرها. فالتاجر يتصل بالمصنع لتزويده بالبضاعة، ويحتاج إلى التجول في هذه الأسواق لمركبة يقودها، وهذا ما هو واقع في العالم المادي حيث توجد القوانين اللازمة لتأمين هذه الأنشطة من أنظمة مرور وحماية طرق برية أو بحرية أو جوية وغيرها. غير أن

(١٠) Lamy droit de l'informatique et des réseaux. Guide. Edition 2004- Paris- p 858 n 4441.

(١١) د. حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص ٥٠٦.

(١٢) وللإفصاح في مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني من حيث مصادره وخصائصه، يراجع الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة - حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون لدولي الخاص - المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية - أكاديمية شرطة دبي - الإمارات العربية المتحدة - ٢٦-٢٨ - إبريل ٢٠٠٣ ص ٣٨ وما يليها.

هذه الصورة غير موجودة بالكامل في العالم الافتراضي حيث يحتاج التاجر إلى عربة يقودها في العالم الافتراضي، وهذه تحتاج إلى طرق واتصالات مؤمنة، فالمركبة والطرق والاتصالات وحمايتها هي الوسائل، ولذا جاءت تسمية القانون الإلكتروني للقيام بهذه المهمة، فهو قانون فني يقدم الوسائل، ولا يدخل في الجانب الموضوعي للتجارة الدولية كانت أم غير دولية، وهذا ما سنراه لاحقاً في المبحث الثاني.

المطلب الثاني طبيعة عقد التجارة الدولية

يعتبر العقد الوسيلة المناسبة لتنظيم العلاقة سواء بموجب قانون التجارة التقليدية أم الإلكترونية، حيث يعد العقد من المصادر الرئيسية فيهما، ووجوب الالتزام بعدم المنافسة غير المشروعة من خلال مراعاة آداب السوق وأعرافه. وهذا ما سوف نتناوله في الفرعين التاليين.

الفرع الأول الطابع الرضائي لعقود التجارة الدولية

للعقد أهمية بالغة في تنظيم الروابط القانونية، وتعود هذه الأهمية إلى الطابع الرضائي للوصول إلى إبرامه من قبل المتعاملين. ومن خلال الإقبال على إبرام عقود من صيغة صارت شائعة الاستعمال، فإن هذا يولد ممارسات تعاقدية تكتسب طابع العمومية، وبالتالي ينتج منها قواعد قانونية عرفية لها طابع الإلزام إلا إذا نص العقد على استبعادها. وبذلك احتلت العقود التي تبرم عن بعد أو ما يسمى بعقود المسافة، المساحة الأكبر في هذه التجارة الإلكترونية. والجدير ذكره أن هذه العقود يعرفها قانون التجارة الدولية التقليدية أيضاً، ولكن التفاعل بين الطرفين المتعاملين بالتجارة الإلكترونية بواسطة شبكة الاتصالات، هو أكثر وضوحاً من غيرها، فما يميز هذا الأسلوب هو وجود درجة عالية من التفاعلية من غير أن يكون الطرفان في نفس الوقت متواجدين مادياً، ويحقق الشفافية فيها مما يسهل اتخاذ القرار^(١٣)، ومن الخطأ أن يظن البعض بأن مهمة العقد كوسيلة يقتصر على اثنين من المتعاقدين يخضعان إلى ما تفرضه الجغرافيا عليهما، فصار الآن ممكناً أن يتم العقد بين أشخاص متعددين

(١٣) د. نضال إسماعيل برهم، إشراف د. غازي أبو عرابي، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة ٢٠٠٥، ص ١٨.

وبصرف النظر عن مكان تواجدهم، لاسيما أن كلفة التحدث لا تحتسب على مدى المسافة التي تفصل بينهم، وبفضل التقنية الهندسية يتمتعون بقدر كافٍ من الحماية لما يتبادلون من بيانات، فصار العقد الوسيلة لكل صفقة تتم، ويلحق به ما هو موجود من أعراف أو حتى عادات، بحيث صار يطلق على العقد أنه وسيلة قانونية متاحة للمتعاملين في التجارة الدولية، وأنه الوسيلة المعيارية المناسبة لما يسمى بثقافة الإنترنت، فالمولات الافتراضية وما تسمى بالفرنسية e-malls أحد المراكز التجارية الافتراضية، وأحد مظاهر التجارة الإلكترونية الموجودة على الشبكة، والتي تقابل المولات المادية. غير أن الفرق بينهما، أن الأولى موجودة في العالم الافتراضي، بينما الثانية موجودة في العالم المادي، كما أن قانون التجارة الدولية بنوعيه يعرف هذه المولات منذ زمن، وقبل البدء بالحديث عن قانون التجارة الدولية الحديث، فقد كان التاجر يؤسس له موقعاً على الشبكة إضافة إلى ما لديه من مولات في الواقع المادي، فصار بالإمكان التعامل معه عن قرب. وأن أغلب العقود التي تجري فيها هي عقود بيع، فيتصفح المستخدم للشبكة ما هو موجود في المول، ثم يؤشر على البضاعة التي يريدها من خلال كتابة البيانات المطبوعة على القسيمة (الكوبون) الذي يعرض عليه في الموقع، وما عليه إلا إرساله إلكترونياً^(١٤). وصار هذا التعامل موضوعاً للنقاش في ماهيته، فهل هو وعد بالتعاقد مع أي مستخدم يأتيه، أم هو بمثابة قاعدة قانونية أساسها هذا التعامل، أم هو لم يصل بعد إلى هذه المرتبة، وإنما هو فقط يتمتع بطابع العقد. ويقول البعض بأن هذا التعامل يصير بمرتبة القاعدة إذا كان مستجيباً لمقتضيات التجارة الإلكترونية الدولية، وبصرف النظر عن هذا النقاش، فالتعاقد عبر هذه المولات يمر بنفس المراحل التي يعرفها قانون التجارة الدولية بنوعيه التقليدي والحديث. وهي وجود دعوة للتعاقد يتبعها إيجاب سواء من المشتري أم صاحب المول، ثم القبول، ولكن المتغير قد يكون عندما يضع المول شروطاً خاصة يتعين على الطرف الآخر اتباعها.

(١٤) Pierre Trudel, La Lex Electronica, dans Charles-Albert MORAND (DIR.), le droit saisi par la mondialisation, Bruxelles, Editions Bruylant, collection droit international, 2001, p. 221-268.

الفرع الثاني

تقرير مسؤولية المتعامل السيئ

المنافسة غير المشروعة تتطلب العمل على إيجاد سوق تجاري يقوم على أربعة محاور هي الأمان *sécurité* وأعراف وعادات يتم تداولها بين المتعاملين *mutabilité* والالتزام بالتعاون *Obligation de coopérer* ومراعاة النظام العام الدولي. وتوجد الآن مؤسسات مثل *USENET*^(١٥) تجمع المبادئ التي تسري على سلوك المستخدم. ويتم تبادلها عبر ما يسمى *newsgroups* (المجموعات الإخبارية) أو *news* وأن هذه المبادئ تنضوي تحت مسمى خاص يعنيها.

ومن هذه المبادئ الممنوعة لدى هذه المؤسسة هي لصق إعلانات تعارض النظام الاجتماعي المادي أو يثير العنصرية أو استعمال التواقيع الطويلة أو الكتابة بالحروف بدلاً من كتابة الكلمات بكامل حروفها، أو ما يسمى بالكتابة المختصرة وبالإنجليزية *shourting* - وهناك جزاء للمخالف يتمثل باستبعاده^(١٦). فمثلاً يعتبر سلوكاً خاطئاً لصق الإعلانات غير المشروعة أو استعمال لغة تعسفية في المحادثات عامة كانت أم خاصة أو إرسال رسائل تؤدي إلى ضياع البيانات لدى المرسل إليه. إن ما تقدم يكشف عن الطابع الأخلاقي الذي يأخذ به القانونان، وهذا ما كان قد أكد عليه التحكيم التجاري الدولي عند استخدامه المبادئ العامة لاستلهم بعض القواعد الأخلاقية الهادفة إلى محاربة الفساد واحترام القواعد الآمرة، وأن ثمة أحكام تحكيمية كثيرة قضت ببطلان الاتفاق على العمولة والتي تعطى عادة إلى كبار المسؤولين في الدولة المضيفة للاستثمار الدولي. وترتب هذا البطلان للمخالفة مع المبادئ الأخلاقية التي تتعارض تعارضاً تاماً مع تقرير مثل هذه العمولات لأنها وجه من وجوه الفساد^(١٧)، كما أن

(١٥) وتعني المجموعات الإخبارية *Usenet*:

وهي مجموعات متخصصة في تبادل الأخبار والمعلومات والنقاشات عبر الشبكة، ويستطيع أي مستخدم أن ينضم إلى إحدى هذه المجموعات حسب ميوله ويشارك معهم في الحوارات والنقاشات وتبادل المقالات والأخبار والمعلومات عبر الشبكة.

<http://www.google.jo/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=54&ved=0CDEQFjADODI&url=http%3A%2F%2F>

فهذه الحروف تعني بوجود نظام تقني يسمح بإرسال واستقبال رسائل وملفات وحفظها لمدة من الزمن في روابط ومصنفة حسب التخصص وتشبه بالمننديات

(forums) <http://www.usenet.org/what-is-usenet/>

Pierre Trudel, *La Lex Electronica*, Op. Cité. p.226.

(١٦)

(١٧) د. غسان رباح - العقد التجاري الدولي والعقود النفطية - سنة ١٩٩٨ - ص ١٧٥-١٧٧.

الوسيلة الشائعة في القانونين لحل النزاعات الناشئة هي الوسائل البديلة للمحاكم الوطنية، تلافياً لمسألة تنازع القوانين، وبالتالي انحسار دور القانون الدولي الخاص، فصار اللجوء إلى التوفيق والتحكيم، غير أن التحكيم التقليدي ظهر إلى جانبه في ضوء قانون التجارة الدولية الحديث التحكيم والتوفيق الإلكترونيان، مما دفع البعض إلى القول بضرورة إنشاء محاكم افتراضية إلى جانب وسائل حل النزاع آنفة الذكر^(١٨) وبما أنه من الصعب على الدول النظر في هذه الخلافات المبرمة إلكترونياً أو التي تجري على الشبكة، فإن الأشخاص يحاولون تحقيق ما يرونه عدلاً على أيديهم واختيار الوسائل الإلكترونية المتاحة بين أيديهم. فعلم القوانين أخذ شكل أو صورة العلوم الطبيعية بالرغم من اختلاف المحتوى والهدف، فهو يشبه العلوم الأخرى من حيث خطابه العملي والمجرد والعمومي، وهذا ما ينسجم والعولمة أيضاً^(١٩). وأن هذا التطور حتم ظهور قانون الإلكترونيكا والذي يمثل الوجه الحديث لقانون التجارة الدولية الحديث^(٢٠).

(١٨) معتمصم سويلم نصير - مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني - المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية - أكاديمية شرطة دبي - مصدر سابق - ص ٣٧١. و د. سامي عبد الباقي أبو صالح - التحكيم التجاري الإلكتروني - مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية - الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية - عدد ٢٤ - سنة ٢٠٠٦ - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ص ٥٥ - وما يليها.

(١٩) Nicholas leger-riopel, Agnes viaud "La structure conceptuelle des contreverse juridiques: petite anatomie des cas dits difficiles" Lex Electronica, vol.18.2 (Automne/Fall2013). P. 12-13.

(٢٠) Voir, Emile Lambert OWENGA ODINGA, Vers l'émergence d'une justice onÜLin, Lex Electronica, vol. 7, n 2, Printemps, 2002.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لقواعد أليكس إلكترونيكا Lex electronica

يعرف البعض القانون الإلكتروني "أليكس إلكترونيكا" بأنه مجموع القواعد القانونية غير الرسمية التي تطبق في نطاق التجارة الإلكترونية الدولية^(٢١)، ويظهر من هذا التعريف أن أصل هذه القواعد هو الأصل التعاقدية من خلال العقود المبرمة أو القانون الذي يسري على قطاع ما، بينما يعرفه البعض الآخر بأنه مجموعة قواعد قانونية تغطي الأنشطة التي تحدث في الفضاء الافتراضي من جراء الروابط بين الحواسيب بموجب بروتوكولات الإنترنت^(٢٢). كما يلاحظ أن ميزة هذا القانون في التركيب الذاتية للإنترنت وقنوات الاتصال، فهذا القانون هو المصدر الفعال على النطاق الدولي. بالإضافة إلى أن الفضاء الإلكتروني قد يكون مجازاً بخصائص تستوجب إخضاعه إلى إطار قانوني خاص به، وهذا ما سوف نتناوله في مطلبين، المطلب الأول خصص لسمات القانون الإلكتروني، والمطلب الثاني خصص للنظام القانوني للأعمال الإلكترونية عموماً.

المطلب الأول

سمات القانون الإلكتروني

إن الطابع الدولي للتصرفات التي تجري في الفضاء الإلكتروني هي خارج نطاق تطبيق قانون دولة معينة، فالفضاء الإلكتروني يجسد بيئة تتسم بالربط اللامركزي وبخصوصية خاصة، وفي الوقت نفسه يتميز بتداخل العالم بعضه بعضاً، ويستند الفضاء الإلكتروني على الربط والذي يعتبر مكاناً لتبادل المعلومات، وأن تنظيم الفضاء الإلكتروني يستند إلى حد كبير على العقد والممارسات التعاقدية ويتأثر بشدة بالشروط التي تفرضها التكنولوجيا، وهذا ما سيتم بحثه في الفرعين التاليين:

(٢١) K. Benykhlef, V. Gautrais et G. lefevre, " Droit du commerce électronique norme applicable a l'émergence de lex electronica, Revue des affaires internationales, n 5 1997, p. 548.

(٢٢) Pierre Trudel, Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace, Sociologie et sociétés, vol. 32, no 2, automne 2000, p. 192-193.

الفرع الأول

ضوابط حماية حق المؤلف والحياة الخاصة للأفراد عبر الإنترنت

العديد من التصرفات التي تجري في الفضاء الإلكتروني لا يمكن حلها بشكل كامل بمجرد الاتفاق بين طرفين أو وفقاً لقانون دولة واحدة، وهذا ما يدعو إلى ضرورة توحيد وتنسيق القواعد التي تحكم التعاملات الدولية وبشكل أدق تنظيم وضبط تدفق المعلومات.

وتواصل الدول تنظيم ذلك على أساس وطني أثبت عدم نجاحه نظراً لأن الفضاء الإلكتروني يتجاهل الحدود والقوانين الوطنية المحددة بممارساتها وتطبيقاتها، وما يعد قانوناً في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى^(٢٣). وهو من هذ الناحية يشبه قانون البيئة لأن مستقبل القوانين البيئية في كل الدول يتعدى الحدود الإقليمية ليتناول المشاكل العالمية^(٢٤).

وإن تنظيم النشاطات على الشبكات الرقمية أساسه الإنترنت، والذي شكل مصدر قلق للدول على الصعيد الوطني والدولي؛ حيث كان واحداً من أهم أهداف التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٠/٣١ لضمان مستوى عال من التكامل القانوني داخل الجماعة الأوروبية من أجل إقامة منطقة حقيقة داخلية بلا حدود لخدمة مجتمع المعلومات^(٢٥). ومع ذلك فإن خصوصية الشبكات الرقمية تجعل من الصعب إن لم يكن من المستحيل أن تكون هناك سيطرة كاملة على المعاملات الإلكترونية من قبل السلطات العامة، وذلك

(٢٣) يقصد بالفضاء الإلكتروني المكان الذي أوجدته تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وفي مقدمتها الإنترنت. ويرتبط الفضاء الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً بالعالم المادي عبر البنى التحتية المختلفة للاتصالات والأنظمة المعلوماتية وعبر العديد من الخدمات التي لم يكن بالإمكان الحصول عليها من دونه. ويعرف أيضاً: "الفضاء الإلكتروني" "بأنه العلاقة بين الإنترنت والجغرافيا والديمقراطية والاقتصاد والسياسة للدولة وسياساتها الخارجية". ويعرف "الامن الإلكتروني" بأنه قدرة جميع البلدان على الاستفادة من الإنترنت لتحقيق فوائد اقتصادية وسياسية وديمقراطية مع الامتناع عن أنشطة يمكن أن تسبب معاناة ودماراً لا لزوم لهما". وعرض هذا للمرة الأولى في مؤتمر معهد الأمن الداخلي التابع لشركة الخدمات التحليلية (ANSER)، المعنون: "homeland Security 2005: Charting the path Ahead"، جامعة ميريلاند، محاضرة قدمتها جودي ويستني "A Shift in GeoCyber Stability and Security", 6-7 Ihd, 2002.

(٢٤) د. د. عمر محمود أعمار، قانون البيئة (حماية البيئة محلياً ودولياً)، دار العيون، عمان- الأردن، ٢٠٠٨، ص ٣٢.

(٢٥) Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, JOCE n L. 178 du juillet 2000, p.1.

لكون الشبكات الرقمية تتطور بسرعة كبيرة، والذي يطال فاعلية القواعد الدولية من منبعها إلى مصبها. بالإضافة إلى أن قواعد الدولة عادة ما تصطدم بقواعد التجارة الإلكترونية الدولية لدول أخرى والتي قد تسبب تنازعا للقوانين في الفضاء، وفي القانون الدولي توجد صعوبة في إيجاد نوع من التوافق في الآراء تجاه هذه القوانين الوطنية لوضع قواعد قانونية يمكن أن تطبق على التجارة الإلكترونية^(٢٦).

وفي هذا السياق لوحظ بأن المصالح الفئوية آخذة بالتوسع بحماية حق المؤلف وحماية الأسرار للحياة الخاصة للشخص الطبيعي، وما يقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي يستدعي إعادة النظر بهذه القوانين بحيث لا يحد المستخدم عندما يستنسخ من الإنترنت مخالفاً لتلك القوانين^(٢٧). وقد استجاب الاتحاد الأوروبي لهذه الحاجة من خلال إعادة النظر في العقوبات المفروضة على مثل هذه الحالات فأصدر التوجيه الأوروبي لعام ٢٠١٢^(٢٨) بشأن حماية الحياة الشخصية للأشخاص الطبيعيين وما يتعلق ببياناتهم الشخصية، حيث تم إعادة النظر بالتوجيه الصادر سنة ١٩٩٥^(٢٩) ليكون مواكباً ومتناسقاً بشكل أكثر مع الوضع الراهن المصاحب لتطور الإنترنت والذي يقتضي وضع دليل من أجل توفير الحماية الشخصية المشار إليها من حيث إمكانية تداول البيانات الشخصية الإلكترونية وإطلاع الغير عليها، وأن يتضمن هذا الدليل المبادئ التالية^(٣٠):

(٢٦) Voir, Aubin fred N'ZAOU, Les Sources classiques du droit du cyberspace, Université Catholique de Louvain, Revue juridique dématérialisée, 2012.

(٢٧) karim Benyekhlef, L'internet: un reflet de la concurrence des souverainetés, Lex Electronica, vol. 8, n 1, Automne/ fall 2002, p. 3 et suivants.

(٢٨) La protection de règlement du Parlement européen et du Conseil du janvier. 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM (2012) 11 final.

(٢٩) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., L 281, 23/11/1995.

(٣٠) milie Mouchard, La protection de la vie privée dès la conception ou l'intégration de la Privacy by Design comme mécanisme du régime général sur la protection des données en droit Européen, Lex Electronica, Volume 18, numéro 2, 2013, p. 15-17.

- ١ - الوقاية خير من العلاج بعد الإصابة بالمرض، وهذان التعبيران أصلهما في المثل الفرنسي القائل mieux vaut prévenir que guérir.
 - ٢ - الخصوصية مفيدة كإعداد مفترض ويقابلها بالإنجليزية privacy as the default setting، وهذه تقوم على أساس تأمين حماية للخصوصية الشخصية، وهذه الخصوصية يتم مراعاتها عند تصميم برنامج الحاسوب وتعد جزءاً منه، وتسمى بالإنجليزية^(٣١) privacy embedded into design.
 - ٣ - شيء خير من لا شيء، وهي الترجمة بتصرف للمصطلح الإنجليزي: positive-sum, not zero-sum.
- ويتمثل في الجمع بين جهد القانونيين والمهندسين وبعبارة أخرى ضم الجانب القانوني إلى الجانب التقني من أجل الوصول إلى نظام يوفر الحماية لهما مهما كان مستواها، فالمهم هو وجود حماية، وهذا ما يسمى بنظام الحماية بموجب الخصوصية حسب التصميم، وقيل بأنه صعب التطبيق بسبب صعوبة تحقيق التعاون والتفاهم بين القانونيين والمهندسين، وفي أوروبا تم تصميم المشاريع من حيث خضوعها للرقابة إلى مشاريع كبيرة، وتعد كذلك عندما يبلغ عدد المستخدمين فيها أكثر من (٢٥٠) شخصاً، ومشاريع بصرف النظر عن هذا العدد، عندما تتناول بيانات بشكل مستمر ومنتظم. وأن نظام المراقبة المعروف باسم privacy by design ويعني الخصوصية من خلال التصميم، والذي يهدف إلى تحقيق رقابة على مستوى عالمي، لا يمكن أن يحقق الرقابة الفعالة، لأنه ليس بإمكانه وحده مجابهة الأخطار التي تحيق الحياة الشخصية للأشخاص، فيعتبر هذا النظام مجرد وسيلة، وبعبارة أخرى يشكل مبدأً من مبادئ تكون منها، ويعلق البعض بأن نظام الحماية هذا، والمسمى حسب الترجمة الحرفية "الخصوصية"، وبصرف النظر عن التصميم.
- ٤ - الأمن من البداية للنهاية وحسب الترجمة الحرفية للعبارة الإنجليزية - end to end security - ويقابلها بالفرنسية bout en bout وبموجبه يتم تقرير الحماية للبيانات ما دامت موجودة ولو كانت في دور الحفظ.
 - ٥ - إمكان الشخص المعني بالتصرف بالبيانات في أي وقت شاء وكيفما شاء keep it

(٣١) Isabelle de Lamberterie, Ethique et régulation sur Internet, Lex Electronica, CNRS, n 12 juin 1996 p.2.

open وإمكان الغير من الدخول إليها وهذا يقابل المثل الفرنسي القائل si vous n'avez rien à cacher; pourquoi vous y opposer.

٦ - يجب أن يكون التفكير في هذه الحماية كقضية مركزية وبالإنجليزية Keep it user - centric سواء بالنسبة إلى المستخدم وكل من له علاقة بها عندما لا يكون لدينا شيء نخشى عليه فلماذا نمنع الآخرين من الوصول إليه.

أصبحت الشبكة الرقمية تحتل مكاناً بارزاً في حياتنا اليومية مع الانفتاح على الجمهور العام، وينظر إلى الشبكات باعتبارها مساحة من الحرية والاستقلال، وباعتبارها القاعدة الذهبية للأخلاق règle d'or de l'éthique، والتي تكون كافية لحكم سلوكيات مستخدمي الشبكة والمستثمرين الذين يبحثون عن إيجاد فرص تجارية حقيقية من خلال الوسائل الإلكترونية^(٣٢)، والتي يمكن تعريفها بأنها "النشاط الاقتصادي من خلال الشخص الذي يقدم أو يوفر توريد السلع أو تقديم الخدمات بواسطة الوسائل الإلكترونية"^(٣٣). هذا النوع من التجارة له أهمية من النواحي الاقتصادية والسياسية، وهو مستوحى من قانون التجارة الدولية، ولكنه أوسع نطاقاً منه، وي طرح تحديات حقيقية للقانون^(٣٤).

إن التعريفات المختلفة لمكونات السلوك، تعرف بأنها قواعد أخلاقية خاصة وضعت من قبل الجهات المعنية في قطاع معين، وأن قواعد الانضباط الذاتي تقوم على أساس الالتزامات الطوعية، وفي الوقت ذاته يمكن تعريف قواعد السلوك بأنها مجموعة من التوصيات التي تم تطويرها تدريجياً ويمكن مراجعتها عندما تقتضي الظروف. وقد تم وضع فكرة "اليكس إلكترونيكا" من أجل وضع معايير متعلقة بالأنشطة على شبكة الإنترنت، ويهدف هذا المفهوم إلى وضع قواعد تحكم المشاركين في الاتصالات الإلكترونية^(٣٥).

ففي الفضاء الإلكتروني، قواعد السلوك تم اقتراحها وتطويرها وتنفيذها من قبل هيئات مختلفة تتمتع باعتراف كل أو جزء من مستخدمي الشبكة وأصحاب المصلحة.

(٣٢) J.P. Barlow, Déclaration de l'indépendance du cyberspace, lue à Dovos, le 8 février, 1996.

(٣٣) Article 14 de la loi n 575-2004 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique (dite LGEN), JORF n 143 du 22 juin 2004, p. 1168.

(٣٤) Minata Sarr, Op. Cité, p. 63-64

(٣٥) Ph. A MBLARD. Régulation de l'internet: l'élaboration des règles de conduite par le dialogue inter normatif, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.11.

وهذا ما يسمى بالمصادر التأسيسية التي تساهم في تطوير القواعد القانونية. هذه المبادئ نشأت من البيئة أو من السلوكيات المتكررة، مثل السلوكيات الجارية والمتوقعة من الجهات الفاعلة في الفضاء الإلكتروني^(٣٦).

ويعرف القانون الإلكتروني "أليكس إلكترونيكا" بأنه عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم الأنشطة التي تدار في الفضاء الافتراضي والناجمة عن اتصال من أجهزة الكمبيوتر تبعاً لبروتوكولات الإنترنت. وأن الفضاء الإلكتروني هو منطقة بلا حدود مما يجعل من الصعب تطبيق النماذج المألوفة من الانضباط القانوني. والتدخلات الدولية التي تجري في الفضاء الإلكتروني غالباً ما تكون من خارج قانون الدولة، فالفضاء الإلكتروني يتحدى المعيار القانوني للحدود الدولية، والدول لا يمكن وحدها أن تحكم الأنشطة التي تجري في الفضاء الإلكتروني بالشكل الذي يمكنها أن تنظم وتضبط الأنشطة التي تجري في الحيز المادي^(٣٧).

الفرع الثاني تقنية القانون الإلكتروني

منذ فترة طويلة استخدم مصطلح القانون اللين (le droit souple) ويبدو أن هذا الفرع الجديد من القانون غير الملزم قد شكل نوعاً جديداً من أشكال التنظيم الاجتماعي جنباً إلى جنب مع المعايير التقليدية لمؤسسات الدولة ومكماً له. ويتكون هذا القانون اللين من قواعد غير متجانسة ولكن لينة لا تخضع لشكلية رسمية دقيقة. وفي القانون الدولي العام، يمثل القانون اللين وسيلة للسيطرة تستخدمها الدول من أجل التوصل إلى حل وسط بشأن وضع معين أو مسألة معينة وتشبه إلى حد كبير عمل الوساطة الدولية أو عمل لجان التوفيق^(٣٨).

إن هذه الطبيعة الطوعية لهذه القواعد والمرونة في محتواها يمكن تكييفها مع التطورات التكنولوجية ذات الصلة لجميع هذه المعايير، كما أن هذه المعايير تشير إلى مجموعة متعددة من القواعد وفقاً لهذه المعايير، وبما أن هذه المعايير يضعها

Isabelle de Lamberterie, Op. Cité. p. 3 et suivants.

(٣٦)

Pierre Trudel, Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace, Op. Cité., p.192.

(٣٧)

I.DUPLESSIS, "Le vertige et la soft law. Réactions doctrinales en droit international", Revue québécoise de droit international, 2007 (Hors-série), p.246.

(٣٨)

أشخاص من مختلف التخصصات مما يؤدي إلى وجود ظاهرة لا يمكن نكرانها وهي ظاهرة عدم التجانس بين هؤلاء الأشخاص المبادرين في وضع هذه المعايير.

وأن القانون النموذجي (CNUDCI)^(٣٩) بشأن التجارة الإلكترونية والذي وضعته لجنة الانيستال في عام ١٩٩٤ للإرشاد على القواعد المطبقة على التجارة الإلكترونية، ولمجابهة كثرة النظم القانونية لمختلف الدول، تم التوجه إلى وضع معايير مرنة تهدف إلى تعزيز العلاقات التجارية بين الدول الأعضاء من خلال الجمع ما بين النظم القانونية والقواعد المرنة للقانون الدولي العام، ضمت كل من الدول والجهات الفاعلة في القطاع الخاص للاقترب إلى التنظيم الذاتي^(٤٠).

وبجانب القانون الدولي المرن تطور قانون مرن آخر بين الجهات الخاصة، والذي وضع معايير خاصة لتنظيم العلاقات فيما بينهم، هذه المعايير الخاصة بالإضافة إلى طبيعتها غير الملزمة تختلف أيضاً في أصلها؛ لأنها تكونت من خارج الدول، وأن الوصول إليها يتم من خلال التفاوض بين القطاعات الخاصة، وأن عدة أنواع من النصوص تدرج تحت هذا المسمى مثل قوانين ومدونات السلوك ولكن مضمونها لا يختلف عن بعضه بعضاً^(٤١).

إن اللجوء إلى القانون المرن من قبل الجهات الخاصة أو القطاعات الخاصة هو بسبب الحاجة إلى قواعد مرنة ومفهومة من قبل المستفيدين منها، كما أن استخدام هذه القواعد يجنب المضي في إجراءات طويلة إذا ما تم الاكتفاء بعمل الدولة.

وعلاوة على ذلك، وما وراء حجة التسويق القائمة على أساس التنظيم الذاتي، ومعايير خاصة تعكس فشل القانون الوطني في إدارة الأنشطة البشرية في ضوء العولمة، فالقانون غير الملزم سيكون أداة من أدوات تنظيم التجارة الإلكترونية.

ففي النظم القانونية التقليدية، الدولة تمتلك امتياز وضع القواعد القانونية، ومع ذلك فإن التعاملات الإلكترونية تنحرف عن هذا الامتياز الممنوح للدولة. إن عدم كفاية تشريعات الدولة يتطلب إشراك أصحاب المصلحة من أجل تطوير القواعد القائمة.

وبالنسبة للمختصين في مجال المعلوماتية ينصب اتجاههم دوماً إلى إيجاد لغة مشتركة مفهومة لتفعيل هذا القانون إزاء لغات العالم المختلفة، ويلاحظ البعض أن القاضي في البلاد التي تأخذ بنظام القانون العام Common-law الأنجلوسكسوني

(٣٩) Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international.

(٤٠) د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، عمان، دار الثقافة للنشر، ٢٠١٠، ص، ١٥.

(٤١) Minata sarr, Op. cité. p 53.

يقوم بدور نشط في وضع القواعد القانونية الخاصة بالفضاء الإلكتروني أكثر من البلاد التي تأخذ بالنظام اللاتيني.

فمصادر القانون الإلكتروني تنقسم إلى مصادر جوهرية substantielles ومصادر تأسيسية institutionnelles ويبحث تحت الأولى التشييد التقني l'architecture technique. ويعرف المصطلح الأخير بأنه مجموع يتألف من مختلف العناصر مادية كانت أم معنوية والتي تحدد الدخول إلى الشبكة المادية مثل أجهزة الحواسيب والمعنوية مثل البرمجيات كالجدار الناري والمسمى بالإنجليزية firewall وبالفرنسية coupe-feu وغيرها كثير، وهذه المصادر تستخدم من قبل عدة دول للسيطرة على المعلومات أو البيانات التي تتدفق من الخارج إلى داخل شبكة الإنترنت الوطنية^(٤٢).

والهندسة المعمارية التقنية، هي إحدى مكونات الإطار القانوني للأنشطة التي تجري في الفضاء الإلكتروني، وعبارة الهندسة المعمارية التقنية تعني في هذا المجال، مجموعة العناصر أو التحف الفنية، مثل الأجهزة والبرمجيات والكابلات... الخ، والتي لها تأثير في الدخول على الشبكة، وكذلك يمكن أن يدخل ضمن هذا المفهوم برامج جدار الحماية (الجدران النارية) أو الوكلاء لخدمات الشبكة، وهذه المصادر تستخدم من قبل بعض الدول للسيطرة على تدفق المعلومات من خارج الشبكة الوطنية^(٤٣).

فالهندسة المعمارية التقنية لها دور في تنظيم قانون الفضاء الإلكتروني من خلال فرض قيود تقنية تؤثر على سلوك الأفراد، والذي يؤدي بدوره إلى تقليل قدرتهم على التحايل على المعايير المعمول بها أو خرقها عن عمد. وفيما يتعلق بتنظيم العمارة، فإنه يمكن ملاحظة أن عناصر هندسة العمارة التقنية يمكن أن تحدث بعدة أشكال مختلفة سواء بواسطة الجدران النارية، أو بواسطة وكلاء الخدمات، ولأن عناصر هذه الهندسة تستخدم من قبل بعض الدول للسيطرة على تدفق المعلومات من خارج شبكة الإنترنت الوطنية، وأهم ما يميز هذه الهندسة التقنية أنها مادية^(٤٤).

(٤٢) Pierre Trudel, Lex Electronica, Op. Cité, p. 233.

(٤٣) Jean- Jacques Lavenue, Cyberspace et Droit International: pour un nouveau Jus Communications: Revue de la Recherche Juridique - droit prospectif, 1996 -p. 830-832.

(٤٤) Abdoulaye DIOP, Sources du droit du Cyberspace, Master droit du Cyberspace, 10/3/2011, <http://196.1.99.9/moodle/mod/book/print.php?id=62> et voir aussi Jean- Jacques Lavenue, Cyberspace et Droit International: pour un nouveau Jus Communicationis: Revue de la Recherche Juridique-droit prospectif, 1996.

وبالنسبة لآخرين فإن هذه التقنية تعني القانون الافتراضي ويقابله بالفرنسية le code informatique بمعنى مجموع بروتوكولات الاتصالات والبرمجيات التي تشغل بكل ما يتعلق بالشبكة وقنوات اتصالاتها، ومثال على ذلك هو d'Aol وهذه عبارة عن نوع من النوادي الإلكترونية المغلقة، وليس من الغريب ألا يجد الأشخاص مكاناً لأن يتجمعوا كمئات لتبادل الحديث بينهم في نفس الوقت، في حين بفضل التقنية الهندسية يمكن أن تكون غرف محادثة وبعد أقصى من ٢٣ شخصاً بإمكانهم تبادل الحديث والنقاش معاً، إضافة إلى إمكانية مراقبة ما يحدث ومعرفة ما يرغب به المتحدثون ومن دون أن يدركوا ذلك.

فالتقنية المعمارية تفرض تقنيات على المستخدمين من الصعوبة عليهم تجنبها وهذه من مواضع قانون السلوك، وتستخدمها الدول أيضاً لبسط رقابتها على ما يجري في الشبكة أو ما يرد إليها عبر إقليمها، ويمكن تشبيه العلاقة بين قانون التجارة الإلكترونية وبين قانون الإلكترونيكا بأنه عندما تبرم عقد تجارة إلكترونية وتشتري بضاعة فإنك تقوم بوضعها داخل سيارة لضمان حمايتها، ومن أجل وصولها إليك فإن هذه السيارة تمثل إلى حد ما يتضمنه قانون الإلكترونيكا وبعبارة أخرى فإن هذا القانون يأتي لخدمة التجارة الإلكترونية وتسهيل مجرياتها^(٤٥).

"ويمكن القول بأن مرجع القواعد التقنية وتنظيماتها غير مستقر وغير ثابت ولا يمكن أن يكون كذلك بسبب طبيعتها حيث تعتمد على ما يسمى بالذكاء الاصطناعي وبحسب التعبير الإنجليزي artificial intelligence law وبالتالي لا يمكن أن يكون القانون الإلكتروني مشرعاً من هذه الجهة؛ لأن هذا الذكاء بطبيعته يتقدم نحو الأفضل والأحسن فيما يتوصل إليه من برمجيات ذكية" ^(٤٦).

المطلب الثاني

النظام القانوني للأعمال الإلكترونية

توجد مسميات عديدة للقانون الإلكتروني مثل القانون الافتراضي والقانون المرن Soft law ويقابله في الفرنسية droit souple، المسمى الإنجليزي يطابق المسمى العربي وهو القانون الافتراضي، بينما المسمى الفرنسي يقابله حسب الترجمة الحرفية القانون المرن، وأن هذه التسمية لا يمكن أن تعبر عن اسم القانون وإنما عن

Pierre Trudel, Lex electronica, Op. Cité. p. 234.

(٤٥)

Nicholas leger-riopel, Agnes viaud, Op. Cité., p. 16.

(٤٦)

خصائصه المميزة له، ويسميه البعض الآخر بقانون الأعمال الإلكترونية *droit des affaires électroniques* كما يسمى أيضاً بالقانون الموضوعي والقانون التقني والقانون العرفي والقانون العلمي، ولكن قواعد هذا القانون قواعد محددة وفنية، وهذا ما سوف نتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

نوعية القواعد الإلكترونية تجاه قواعد قانون التجارة الدولية

القانون الإلكتروني قانون غير مادي ومتغير *change* ومتحرك *mouvant* بحيث يصعب وضع قواعد ثابتة له، وهو دولي وفي متناول الناس فلا يمكن تحديد مجالاته فهو يدخل في التجارة وفي غيرها من المجالات بحكم طبيعته الإلكترونية والعابرة للحدود.

وإن الشبكات الرقمية لها أهمية في مجال ممارسة نشاطات التجارة الإلكترونية والتي تمثل أداة مفتوحة تتطور بسرعة كبيرة أمام الفاعلين. وأن زيادة المستخدمين لهذا النوع من النشاط كشف عن مخاوف تتعلق بسلامة الأشخاص العاديين وأيضاً الدول التي حاولت تقديم الحلول القانونية. ففي فرنسا، فإن تنظيم الشبكات الرقمية خضع لتأثير مزدوج في الجهود الرامية إلى مواءمة التشريعات، وإنشاء إطار قانوني ملائم للتبادل الرقمي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فقد وضع التوجيه رقم ١٩٩٩/٩٣ الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩ بشأن التوقيعات الإلكترونية^(٤٧) والتوجيه رقم ٢٠٠٠/٣١ الصادر في ٩/٦/٢٠٠٠ والمتعلق بالتجارة الإلكترونية^(٤٨).

وكذلك التنظيم الفرنسي للشبكات الرقمية خضع للنفوذ القضائي، ففي الواقع تعاملت المحاكم الفرنسية في هذه النزاعات التي أظهرت الحاجة الملحة لتنظيم هذه الشبكات الرقمية من خلال التبني التدريجي للقوانين القائمة على مبدأ الحياد التكنولوجي، والذي بدوره مكّن فرنسا من تطوير الشبكات الرقمية المعمول بها لضمان الثقة والأمن في المعاملات الإلكترونية.

ومع ذلك، توجد عقبات تمنع من تحقيق الأهداف التشريعية، فمثلاً القوانين التي تصدر من قبل الدولة، لا تستوعب بسهولة الشبكات الرقمية، فالتجارة الإلكترونية التي

(٤٧) Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur la signature électronique, JOCEL 13 du 19 janvier 2000, p.12.

Directive 2000/31/CE, Op. Cité.

(٤٨)

تجري في السوق لا تعبر عن أي حدود ملموسة، وتمارس من قبل الجهات الفاعلة ذات التقاليد القانونية المختلفة، وأن قواعد القانون الداخلي والدولي غير كافية لضبط العلاقات التي تتطور على الشبكات الرقمية.

فالأستاذ Philippe Amblard أكد على أن تنظيم الدولة يشير إلى نموذج إقليمية القوانين، في حين تتميز شبكة الإنترنت بطريقة هندستها الفنية إلى الدولية واللامركزية. وأن طبيعة الإنترنت تتناقض مع منطق الدولة^(٤٩). وفي نفس الاتجاه الأستاذ Olivier Cachard بين أن الكتاب في أمريكا الشمالية يعتمدون على التبادلات الإلكترونية، وتغيير النظرة إلى الفضاء لكي تتكيف مع القواعد المرتبطة بها^(٥٠). فعلى الرغم من وجود تجارة إلكترونية داخلية إلا أن التجارة الإلكترونية الدولية تلعب دوراً هاماً في المعاملات الإلكترونية، والتي تنطوي بشكل عام على العلاقات بين المهنيين الذين يعتقدون عقوداً دولية إلكترونية. مع الوجود المطلق للشبكة، من الممكن أن يحدث تعاقد دولي دون إدراك المستهلك أنه قد تعاقد مع عناصر أجنبية. وهناك من يدعم فكرة وجود منطقة حصريه للتجارة الإلكترونية، وحجتهم بذلك أن قواعد الدولة كافية لحماية الضعيف في العلاقة التعاقدية من خلال قانون التجارة التقليدية، فهذا القانون ينظم العلاقة بين المهنيين professionals، بينما القانون الإلكتروني فيجمع المهنيين والمستهلكين الذين لا يتمتعون بأي حماية مما يتطلب وجود قواعد دولية لحمايتهم^(٥١).

فالقاعدة الإلكترونية هي قاعدة عامة وبذلك تشبه القاعدة في قانون التجارة الدولية، ويصادف أحياناً وجود قواعد يمكن وضعها تحت خانة القواعد التي لم تكتمل بعد والتي يمكن درجها في خانة القواعد آنفة الذكر، ولذا هناك من يقسم قواعد القانون الإلكتروني إلى قواعد اكتملت قوتها وأخرى لم تكتمل بعد، وبالعبرة التي يستخدمها هؤلاء الكتاب بأنها لا زالت رخوة DROIT MOU أو SOFT LAW^(٥٢).

فالتعامل الذي يتم في البيئة الافتراضية يشمل الجميع سواء بين الدول أو الأشخاص العاديين، وأن هذا التعامل الإلكتروني يؤدي بالنتيجة إلى إيجاد قواعد إلكترونية تشكل القانون الإلكتروني، فيكون لدينا نوعان من القواعد يمكن أن يعبر عنها بوسائل إلكترونية وصلت إلى صفة النموذجية STANDARD أو بوسائل

PH. A MBLARD, Op.cit., p.16.

(٤٩)

O.CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, Paris, LGDJ, 2002, p.5.

(٥٠)

O. Gaghard, Op. Cité, p. 19.

(٥١)

Minata sarr, Op. Cité, p. 67.

(٥٢)

إلكترونية لا زالت رخوة لم تصل إلى صفة النموذجية بعد، وأن الحرية متاحة للمتعاملين في اختيار هذه الوسائل^(٥٣).

ويمكن القول أن وجود القانون الإلكتروني ينسجم وطبيعة الواقع المادي ومبرراته هي مشابهة لمبررات قوانين موجودة في هذا العالم المادي مثل قانون البيئة Droit de L'environnement. والقانون البحري Droit maritime وقانون الفضاء الخارجي Droit de l'espace extra atmosphérique وقانون التجارة الدولية La lex Mercatoria.

ويشير البعض إلى أن الهدف من وضع قواعد قانونية لتشكيل القانون الإلكتروني ليس هو الغاية بحد ذاتها، وإنما الغاية هي لإيجاد المناخ القانوني للبيئة الإلكترونية ولشرعنتها. كما يشير البعض إلى أن قنوات الاتصال تشمل مختلف المستخدمين من عدة طوائف مختلفة تبعاً لنوع مداخلاتهم، وهذا مؤشر إلى تطور القانون الإلكتروني مما يطلقون عليه اسماً جديداً هو Lex Networkia وترجمته هو قانون الشبكة الإلكترونية، كما أن هذا القانون الإلكتروني هو نتيجة ما يتولد من الصراع الحاصل بين كل من أربعة عوامل هي السوق marche والقانون la loi والقواعد الاجتماعية norms sociales والطبيعة la nature، ويؤكد الكتاب على أن التقنية المسماة بالمعمارية ويمكن ترجمتها بالهندسية التقنية architecture technique لا تعد مصدراً للقاعدة أو مصدراً للتنظيم، وإنما تمثل الوجه لهذه القواعد أو وجه هذا التنظيم، وتأخذ قواعد هذا القانون شكل القواعد النموذجية والتي تنبع من القطاع الخاص ومثالها ما يسمى بالفرنسية بـ Les cookies، وتتمثل في كونها نموذجاً مهماً لتبادل البيانات والمعلومات أثناء الدخول على المواقع عبر شبكة الإنترنت، ويعود منشؤها إلى أن المؤسسات كانت قد توصلت إليها ليحصل لديها العلم على من يدخل على الموقع وأثناء تصفحه، ومن أجل التسويق، ومن ثم امتد استعمالها كوسيلة لتركيز البيانات التي تزود بها مختلف الروابط، وتعد اليوم الكوكز من الوسائل المهمة في تبادل البيانات الشخصية عبر الموقع في الشبكة^(٥٤).

وقاعدة تقنية أخرى والمسماة p3p وهي مختصر العبارة الإنجليزية plat form for privacy preferences وهي تقابل الكوكز وتضمن للمستخدمين الاستخدام الأمثل عند تبادل بياناتهم الشخصية.

pierre Trudel, La Lex Electronica, Op. Cité., p. 228-229.

(٥٣)

Pierre Trudel, La lex Electronica, Op. Cité., p.230.

(٥٤)

والهندسية التقنية تأخذ شكلاً مادياً، ومثالها شركة انتل intel التي ابتكرت جيلاً ثالثاً من نظام Pentium مزود برمز تعريف الجهاز الدائم على الموقع لتسهيل الدخول إليه، ومن خلال هذا الرمز يمكن تحديد عنوان المستخدم للجهاز، ليتم لاحقاً تعميم هذا العنوان على كل المواقع المشتركة على هذا النظام، فيصبح العنوان المقدم إلى موقع واحد معممًا على مواقع أخرى ويصبح معروفاً لديها ولو لم يرسلها هو شخصياً^(٥٥). هذا يتيح إمكانية تعاون الدول فيما بينها من أجل بسط ما تريد من تنظيم ورقابة بذات الطريقة.

الفرع الثاني

مميزات قواعد القانون الإلكتروني

يتميز القانون الإلكتروني كما تمت الإشارة إليه بأنه^(٥٦):

أولاً: جديد بجوهره، بحيث يمكن أن يسمى بقانون الفضاء مقابل القانون التقليدي.
ثانياً: صعوبة وضعه في قالب قانوني.

في البداية يجب الاعتراف بأن القانون والقضايا الإلكترونية لا ينسجمان في بعض الأحيان؛ كون القانون بجوهره متحفظاً مقابل رد الفعل الناتج من التقنيات العلمية الحاصلة. فمثلاً عندما يلاحظ القانوني في الواقع علامة T ويريد أن يؤثرها بإطار قانوني فإن الحرف يكون قد بدأ بالتطور والتغير وأخذ بالتحول من هذا الإطار القانوني الذي وضع لها، فهذه القضايا التقنية متغيرة ومتحركة بحيث تترك المجال محدوداً لوضعها في إطار قانوني، لكن هذا لا يعني نكران وجود قانون دولي أو نكران وجود أعراف وعادات يمكن الوصول إليها عن طريق جمعها. وهذه الظاهرة كانت معروفة بالقانون التقليدي ولا زالت ومثال عليها العمليات المصرفية، حيث لم يضع المشرعون تنظيمًا قانونيًا حصرياً بسبب التطور المستمر في هذه العمليات^(٥٧).

ومع ذلك يمكن القول أن الممارسات التعاقدية تعتبر أداة تنظيم هامة للفضاء الإلكتروني من خلال قبول أو رفض المستخدم للالتزامات الناشئة عن مبدأ تنظيمي أساسي للفضاء الإلكتروني. كما أن العقد يمثل وسيلة معيارية مناسبة لما يسمى بثقافة الفضاء الإلكتروني، والفضاء الإلكتروني هو أولاً وقبل أي شيء البيئة التي

Pierre Trudel, La lex Electronica, Op. Cité., p.230.

(٥٥)

د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، ٢٠١٤، ص ٦٠ وما يليها.

(٥٦)

Emile Lambert OWENGA ODINGA, Op. Cité, p. 12.

(٥٧)

تجري فيها الأنشطة المختلفة، الأمر الذي يتطلب التداخل مع الآخرين والذي يعبر عادة عن حالة توافقية، وأن الحالات التي يتم التعاقد عليها خارج نطاق التوافق هي قليلة، مثل الرسائل الإلكترونية غير المرغوب بها. وهذا يدل على أهمية اختيار البيئة الإلكترونية المناسبة للتعاقد، ومسألة تحديد البيئة الإلكترونية المناسبة يحددها العقد، ويمكن أن يعتبر أداة لضبط هذا السلوك، فالأدوات المتمثلة بالبرمجيات تسمح بتأمين تبادل المعلومات بين المستخدمين والذي يعبر بدون شك عن عقد نموذجي ثنائي أو جماعي توافقي، وأن تكاليف المعاملات في البيئة الإلكترونية عادة ما تكون منخفضة نسبياً، وهي وسيلة متاحة لكل مستخدم للوصول لعلاقات مباشرة مع موقع محدد بغض النظر عن المكان الذي يوجد فيه الطرف الآخر، وغالباً تحسب تكاليف الاتصالات دون الأخذ بالاعتبار المسافة ما بين المرسل والمستقبل.

وأن مسألة الطبيعة القانونية لهذه الاستخدامات غير مجمع عليها، مما يدعم فكرة أن هذا النوع من الاستخدام يشكل قاعدة قانونية من نوع خاص أو مستقلة، وفي المقابل ينكر البعض الآخر الصفة التعاقدية لمثل هذه الاستخدامات، والبعض الآخر يعتبر أن هذا الاستخدام هو عبارة عن قاعدة معروفة من أجل تلبية احتياجات التجارة الدولية والتي يتم تنظيمها وفقاً لأربعة محاور رئيسية هي: الأمن، والإجماع في التعامل، والالتزام بالتعاون، والنظام العام الدولي.

وكما تلعب العادات دوراً مهماً في قانون التجارة الدولية فإنها تحتفظ بذات الدور في القانون الإلكتروني والتي يصل في بعضها إلى مرتبة الأعراف من خلال الممارسات التي تقع على الشبكة لتسري على المستخدم في المجتمع الافتراضي، أو يكون بموجبها أهلاً للتصرف من خلال الشبكة، التي تعد بمثابة الفضاء الإلكتروني، ولتكون بمثابة قواعد سلوك لمن يريد ارتياده والولوج فيه لتنتهي إلى قواعد سلوك، ويشير البعض إلى أن هذه القواعد هي مجموعة من المبادئ موجهة لتأمين عدة أنظمة في الإنترنت وتصرفات تبعاً للعادات، مثل عدم عرض معلومات غير قانونية واستخدام اللغة المسيئة.... إلخ في وقتنا الحالي^(٥٨). وفعلاً توجد الآن مجموعة من العادات تطورت حتى أخذت شكل الأعراف، ومن هذه الوسائل التي ساهمت في تطوير وتقنين ما ينشأ من أعراف وعادات وممارسات تقنية على سبيل المثال موقع: <http://www.faqs.org/faqs/usenet/posting-rules/> والذي يفرض عقوبات على

Isabelle de Lamberterie, Ethique et régulation sur Internet, Lex Electronica, (٥٨) CNRS, n 12 juin 1996.

مخالف هذه القواعد، وغالباً ما يعتمد على إمكانية استبعاد الشخص الذي يتسبب بهذه المخالفة، والتهديد بالاتصال مع السلطات الخارجية لدولته، كل ذلك يدل عن وجود معايير أو قواعد خاصة بالفضاء الإلكتروني ذات طبيعة قانونية تختلف عن قوانين الدولة الداخلية، وأن مثل هذا الاستبعاد قد يأخذ طابعاً جماعياً بسبب طبيعة البيئة الإلكترونية^(٥٩).

وبدأ الإنترنت يتلقى اعترافاً من بعض القوانين الوطنية ليكون جزءاً من مواضيعها، فمثلاً عدم مقبولية البريد المزعج، فقد أقرت هذه القوانين الوطنية بأنه تصرف غير صحيح وغير مشروع في نطاق الإنترنت، وهذا ما قضت به المحاكم الكندية، وخلصت المحكمة إلى أن هذه العادات والممارسات تعتبر جزءاً من قواعد أليكس إلكترونيكا^(٦٠).

وقد تعبر أحياناً عن أعراف دولية إلكترونية وأحياناً عن عادات إلكترونية، وهذا دليل على أن مصادر قانون التجارة الدولية التقليدية هي نفس مصادر قانون التجارة الدولية الحديث، وكل ما هنالك إضافة كلمة إلكتروني إزاء كل من الأعراف التجارية الدولية والعادات وهما من المصادر الهامة والفعالة في هذا القانون.

والظاهرة المميزة لقانون الأعمال الإلكترونية أنها مفتوحة على كل الأنشطة سواء أكانت تجارية أم غير تجارية، وبذلك تتناول مجموع القوانين، كما أن نظامها هو نطاق عالمي في جوهره ومن الصعوبة أن نجد مجالاً لم تتناوله تقنية الاتصالات Touch a tout، وبذلك يبدو التناقض واضحاً بين القانون كتنظيم متميز بالاستقرار وبين القضايا التقنية المتغيرة بحركتها الدائمة والسريعة التي تتناقض وصفة الاستقرار التي يتميز بها القانون، ومن هنا نستطيع أن نلاحظ أن قانون التجارة الإلكترونية الحديث لازال قاصراً.

فبيئة الفضاء الإلكتروني هي بالأساس بيئة فنية أو نفسية، وأن مجموعة من المنظمات الدولية تساهم في تحديد المعايير التي تسمح بالدخول للإنترنت، بعض هذه

(٥٩) karim Benyekhlef, les normes internationales de protection des données personnelles et l'autoroute de l'information, dans le respect de la vie privée dans l'entreprise, Actes des Journées Maximilien Caron, Montréal, Editions Thémis. 1996, p. 21.

pierre Trudel, Lex electronica, Op. Cité., p. 238.

Thoumyre, Lionel, 1999, Beaverhome 09/07/99, Cour supérieure de l'Ontario, (٦٠) aff. 1267632, Ontario. Inc. c. Nexx Online Inc., net, <http://www.Juriscom.net/jurisca/spamca.htm>.

المعايير تفرضها هيئات الدول والبعض الآخر منظمات دولية أنشأتها الدول، ولكن معظم هذه الهيئات هي من صنع القطاع الخاص.

إن إجراءات التطبيق المتعلقة بالإنترنت تتكون من مجموعتين:

الأولى تتكون من المنظمات التي لها تاريخ طويل في توحيد المعايير المتعلقة بالتقنيات الفنية والكهربائية والمنظمات الدولية للجودة والرابطة الدولية للمهندسين والاتحاد الدولي للاتصالات.

والثانية تتكون من مجموعة من المنظمات المتخصصة في معايير الإنترنت مثل هيئة هندسة الإنترنت وجمعية الإنترنت واتحاد شبكة ويب العالمية، وهي منظمات غير حكومية ومسؤولة عن تنظيم التعاون والتنسيق الدولي، ومزودة بتكنولوجيا وبرامج الإنترنت. في عام ١٩٩١ وفي مؤتمر عقد في كوباهين أعلن عن وجود جمعية الإنترنت (Isoc) والتي بدأت عملياتها في يناير كانون الثاني عام ١٩٩٢^(٦١).

إن الأفراد والشركات داخل مجتمع ما لديهم مصلحة مشتركة في الحفاظ على سلامة البعد الدولي للإنترنت، وهذه الجمعية تتألف من الشركات والمنظمات والمؤسسات التي أوجدت شبكة الإنترنت والتكنولوجيا التي ترتبط بها، وتدار الشركة من قبل مجلس إدارة (مجلس الأمناء) الذي يتم انتخابهم من ١٨ عضواً منتخبين من مختلف دول العالم، هذه الجمعية مقرها في ويستون فرجينيا. وظيفة الجمعية ليس تنظيم الإنترنت، ولكن مهمتها نشر مبادئ توجيهية بشأن السلوك على شبكة الإنترنت واستخدامه، والتقنية المعمارية للإنترنت، ووضع المعايير اللازمة لها. وهناك مجموعة من المنظمات لها اهتمامات متعددة في مجال تنظيم الإنترنت على سبيل المثال فريق عمل هندسة الإنترنت (IETF) وهو اتحاد مجموعات غير رسمية تعمل على تطوير التقنيات التي تستخدم في الإنترنت، وهناك بعض المنظمات التي تعمل على توحيد قواعد استخدام الإنترنت والتي تهدف إلى وضع معايير تضمن الامتثال للمعايير والسلوك على أساس أخلاقي^(٦٢).

وعلى الرغم من أن هذه الصكوك الدولية قد تختلف من حيث بنيتها وتفسيرها إلا أنها تتفق حول مجموعة من القواعد المشتركة، فكلما الصكين وضعا أهم المبادئ الأساسية لإدارة المعلومات الشخصية، وهذان الطالبان ترجما الشواغل المتعلقة بحماية المعلومات الخاصة. ينشأ نوع من الهندسة المعمارية التقنية للخصوصية بين مختلف

Pierre trudel, La Lex electronica, Op. Cité, p.245.

(٦١)

Pierre trudel, La Lex electronica, Op. Cité, p. 246.

(٦٢)

القوانين الوطنية على الرغم من اختلافها في بعض الأحيان إلى حد كبير في المصطلحات، غير أن عدداً من المبادئ الأساسية لإدارة المعلومات الشخصية والذي يتعلق بمبدأ البشر الاجتماعي مبدأ التقادم للجميع - مبدأ صورة البيانات، مبدأ مواصفات الغرض ومبدأ الحد من استخدام الأمن يضمها الشفافية ومبدأ المسؤولية ومبدأ المشاركة.

الخاتمة والتوصيات

وصف القانون الإلكتروني بأنه قانون رخو أو مرن وبالفرنسية *droit souple* وبالإنجليزية *soft law* ولو أن هذه الصفة لا تنطبق على هذا القانون فقط. فإن انطباقها يلاحظ أيضاً على قانون التجارة الدولية، إلا أن القانون الإلكتروني هو أكثر رخاوة من الأول، وأن الجانب المشترك بينهما أنه وصف أيضاً بأنه مجموعة قواعد سلوك، ولكنها غير ثابتة؛ لأنها تعتمد على المتغيرات بحكم التقنية العلمية المتسارعة بحيث صار لدينا تعبير التقنية الهندسية الافتراضية، ومع ذلك فقواعد الأخلاق في القانون الأول تهدف إلى منع المنافسة التجارية غير المشروعة بين المتعاملين فيها وتحقيق الحماية لهم جميعاً، وهي تمثل أدنى الالتزامات المفروضة عليهم، وكل ذلك يتحقق في السوق المادي حيث يزاول التجار فيه تجارتهم، بينما قواعد السلوك في القانون الثاني تهدف إلى حماية جميع المتعاملين في التجارة من تجار وغير تجار من خلال سوق يسمى بالافتراضي. ويشكل الإبداع الهندسي فيه المصدر الأساس. فالمصدر والأساس الأول في التجارة التقليدية الدولية أو غير الدولية هو السوق المادي وأعرافه وعاداته وآدابه، ومن دون ورود مصطلح الإبداع الهندسي الإلكتروني فيه.

ويمكن القول أن العلاقة بين قانون التجارة الإلكترونية أو ما يسمى أحياناً بقانون التجارة الدولية الحديث وبين القانون الإلكتروني هي جد وثيقة، فصارت تستلزم توفير مجموعة من المتطلبات والاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتقنية، وهذا الأمر يتطلب أيضاً وضع برامج وطنية تهدف إلى محو الأمية الإلكترونية بحيث تصل إلى جميع طبقات المجتمع في إطار ما يسمى بـ عملية الاحتواء المجتمعي.

ويمكن اعتبار الأدوات التي تستخدم في الهندسة المعمارية التقنية وسيلة غير رسمية لضبط تصرفات مستخدمي شبكة الإنترنت، ولتسهيل جريان عمليات وعقود التجارة الإلكترونية.

وأن اللجوء إلى القانون المرن التقني خاصة في مجال التجارة الإلكترونية لا

يعتبر متعارضاً مع طبيعة قانون التجارة الدولية تقليدية كانت أم إلكترونية، وإنما مكملاً له؛ وذلك لقدرته على استيعاب كافة التطورات الحاصلة في هذا المجال.

فالتجارة الإلكترونية لها ميزة خاصة في مجال الاقتصاد، ومع ذلك فإن عيوبها تتمثل في عدم توفر وسائل الأمان وثقة المستهلك في القانون اللين أو المرن، ليكون أداة لتنظيم التجارة الإلكترونية، وليسائر التطور الهائل على شبكة الإنترنت وهو القانون الإلكتروني. لذلك يستحسن تأييد الاتجاه القاضي بوضع مدونة سلوك ملزمة على المستويين الداخلي والدولي لمستخدمي هذا النوع من التجارة تتبنى المبادئ العامة الواجب توافرها لمستخدمي الشبكة العنكبوتية.

المراجع

أولاً - باللغة العربية:

- د. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون لدولي الخاص، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٨ أبريل، ٢٠٠٣.
- د. حمودي محمد ناصر العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠١٢.
- د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، عدد ٢٤، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.
- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الأردن - عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية، الأردن - عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٤.
- د. عباس العبودي، عرض وتقويم لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد، مجلد ٢٩ ع ١ لسنة ٢٠١٤.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. عمر محمود أعمر، قانون البيئة (حماية البيئة محلياً ودولياً)، دار العيون، عمان - الأردن، ٢٠٠٨.
- د. غسان رباح - العقد التجاري الدولي والعقود النفطية - سنة ١٩٩٨.
- د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني، كلية الحقوق، الجيزة، ١٩٨٤.

- د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. معتمد سويلم نصير، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، عدد ٢٤، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٦
- د. نبيل محمد أحمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد ١، ٢٠٠٣.
- د. نضال إسماعيل برهم، إشراف د. غازي أبو عرابي، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة ٢٠٠٥.
- د. هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٥.
- د. وليد عودة المشري، عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن - عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:

- Abdoulaye DIOP, Sources du droit du Cyberspace, Master droit du Cyberspace, 10/3/2011, <http://196.1.99.9/moodle/mod/book/print.php?id=62>.
- Aubin fred N'ZAOU, Les Sources classiques du droit du cyberspace, Université Catholique de Louvain, Revue juridique dématérialisée, 2012.
- Emile Lambert OWENGA ODINGA, Vers l'émergence d'une justice on-Lin, Lex Electronica, vol. 7, n 2, Printemps, 2002.
- milie Mouchard, La protection de la vie privée dès la conception ou l'intégration de la Privacy by Design comme mécanisme du régime général sur la protection des données en droit Européen, Lex Electronica, Volume 18, numéro 2, 2013.

- I.DUPLESSIS, "Le vertige et la soft law. Réactions doctrinales en droit international", Revue québécoise de droit international, (Hors-série), 2007.
- Jean- Jacques Lavenue, Cyberspace et Droit International: pour un nouveau Jus Communicationis: Revue de la Recherche Juridique-droit prospectif, 1996.
- Isabelle de Lamberterie, Ethique et régulation sur Internet, Lex Electronica, CNRS, n 12 juin 1996.
- J.P. Barlow, Déclaration de l'indépendance du cyberspace, lue a Dovos, le 8 février, 1996.
- Jean- Jacques Lavenue, Cyberspace et Droit International: pour un nouveau Jus Communications: Revue de la Recherche Juridique - droit prospectif, 1996.
- karim Benyekhle, les normes internationales de protection des donnée personnelles et l'autoroute de l'information, dans le respect de la vie privée dans l'entreprise, Actes des Journées Maximilien Caron, Montréal, Editions Thémis. 1996.
- karim Benyekhle, Lnternet: un reflet de la concurrence des souverainetés, Lex Electronica, vol. 8, n 1, Automne/ fall 2002.
- Karim Benykhlef, V. Gautrais et G. lefebvre, " Droit du commerce électronique norme applicable a l'émergence de Lex Electronica, Revue des affaires internationales, n 5 1997.
- La protection de règlement du Parlement européen et du Conseil du janvier. 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données a caractère personnel et à libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM (2012) 11 final.
- L.-M. Duong, " Les sources de droit de l'Internet: du modèle pyramidal au modèle en réseau", Recueil Dalloze, 2010.
- Minata sarr, droit souple et commerce électronique, Jurisdoctoria n, 8, 2012.

- Nicholas leger-riopel, Agnes viaud “La structure conceptuelle des contreverse juridiques: petite anatomie des cas dits difficiles” Lex Electronica, vol.18.2 (Automne/Fall2013).
- O.CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, Paris, LGDJ, 2002.
- OCDE, Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique, Paris, OCDE 2000.
- Pierre Trudel, Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace, Sociologie et sociétés, vol. 32, no 2, automne 2000.
- Pierre Trudel, La Lex Electronica, dans Charles-Albert MORAND (DIR.), le droit saisi par la mondialisation, Bruxelles, Editions Bruylant, collection droit international, 2001.
- Ph. A MBLARD. Régulation de l'internet: l'élaboration des règles de conduite par le dialogue inter normatif, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- Thoumyre, Lionel, 1999, Beaverhome 09/07/99, Cour supérieure de l'Ontario, aff. 1267632, Ontario. Inc. c. Nexx Online Inc.,net, < <http://www.Juriscom.net/jurisca/spamca.htm> > .
- Lamy droit de l'informatique et des réseaux. Guide. Edition 2004- Paris- p 858 n 4441.
- <http://www.google.jo/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=54&ved=0CDEQFjADODI&url=http%3A%2F%2Fforums.usenet.org/what-is-usenet> > .
- Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, JOCE n L. 178 du juillet 2000.
- Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur la signature électronique, JOCEL 13 du 19 janvier 2000.
- Article 14 de la loi n 575-2004 du 21 juin 2004 sur la confi-

ance dans l'économie numérique (dite LGEN), JORF n 143 du 22 juin 2004, p. 1168.

- Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., L 281, 23/11/1995.

الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية في القانون الدولي

د. مايا عبد الرؤوف الدباس
قسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة دمشق

ملخص:

يلاحظ أن الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية على المستوى الدولي يتزايد باستمرار في كل أنحاء العالم، وقد يضطلع المجرمون، بحسب الوسائل المتاحة لديهم، بعمليات معقدة لسرقة القطع الأثرية، ثم تصديرها بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى بلدان مختارة يحصلون فيها على مبالغ طائلة من مشترين راغبين في اقتناء هذه القطع.

فمشكلة الاتجار بالممتلكات الثقافية هي مشكلة ذات طابع يتجاوز الحدود الوطنية.

يهدف البحث إلى دراسة الالتزامات التي تقع على عاتق الدول من أجل حماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار غير المشروع بها في السلم والحرب، بموجب القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية المعنية.

وتوضيح التدابير التي اتخذتها الدول والمنظمات المعنية مثل اليونسكو من أجل تنفيذ قواعد القانون الدولي المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع.

مقدمة:

يشكل الاتجار بالممتلكات الثقافية نشاطاً تجارياً دولياً هاماً ومتنامياً، فهناك تجارة نشيطة مشروعة وقانونية في هذا المجال، مما يدل على وجود إقرار واعتراف إيجابي بضروب الثقافة والفنون. ولكن للأسف يلاحظ إلى جانب هذه التجارة المشروعة أن الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية على المستوى الدولي يتزايد باستمرار في كل أنحاء العالم.

وباتت ممارسة السرقة والنهب والسلب و/أو الاستيراد والتصدير غير المشروع للممتلكات الثقافية معروفة، ويؤثر ذلك على المتاحف ومجموعات المصنفات العامة والخاصة، والمالكين أو الحائزين الشرعيين للقطع الثقافية، والمباني الدينية والمؤسسات الثقافية والمواقع الأثرية في جميع أنحاء العالم. وقد يضطلع المجرمون، بحسب الوسائل المتاحة لديهم والطموحات التي تدفعهم، بعمليات معقدة لسرقة القطع،

ثم لتصديرها بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى بلدان مختارة يحصلون فيها على مبالغ طائلة من مشتريين راغبين في اقتناء هذه القطع^(١).

فمشكلة الاتجار بالممتلكات الثقافية هي مشكلة ذات طابع يتجاوز الحدود الوطنية^(٢).

لا بد لنا ونحن بصدد دراسة حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع من تعريف الممتلكات الثقافية محل الحماية، كثيراً ما تستخدم مصطلحات الممتلكات الثقافية والتراث الثقافي والسلع والقطع الثقافية كترادفات. فلا يوجد تعريف واحد عالمي لأي منها. وعلى الرغم من أنها تشير عموماً في الحديث العادي إلى نفس الأشياء إلا أنه ينبغي السعي إلى إيجاد تعريف دقيق لها وللنظام القانوني الذي ينطبق عليها (مثل قابلية التصرف فيها أو نقلها إلى الغير، ومدى صلاحيتها للتصدير)، في الاتفاقيات الدولية أو في التشريعات الوطنية (في حالة تطبيقها على الموضوع وعلى الدولة الطرف). ولذلك تختلف هذه التعاريف والنظم القانونية من معاهدة إلى أخرى أو من دولة إلى أخرى. وتقترن كلمة الممتلكات عموماً بخلفية قانونية مرتبطة بمفهوم الملكية، بينما تشدد كلمة التراث على صون القطع الثقافية ونقلها من جيل لآخر. ولا توجد أي مفاهيم ذات وجهة ثقافية لتمييز السلع والقطع^(٣).

عرفت الاتفاقية المتعلقة بالتدابير التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠^(٤)، الممتلكات الثقافية

(١) التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو

- منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - 06/22 - CLT/CH/INS - ص ٣.

(٢) دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة

منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ -

شباط - ٢٠١٠ - E/CN. 15/2010/6 - ص ١٥.

(٣) التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو

- منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - 06/22 - CLT/CH/INS -

ص ٤-٥.

(٤) اعتمدت منظمة التربية والثقافة والعلوم الاتفاقية بشأن التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع

استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة في تشرين الثاني

١٩٧٠، ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في عام ١٩٧٢. ويبلغ عدد الدول الأطراف فيها

١٢٠ دولة طرف، منها دول تسويق.

دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة

منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ -

شباط - ٢٠١٠ - E/CN. 15/2010/6 - ص ١١.

في المادة (١) بأنها الممتلكات التي تقرر كل دولة، لاعتبارات دينية أو علمانية، أهميتها لعلم الآثار، أو ما قبل التاريخ، أو التاريخ، أو الأدب، أو الفن، أو العلم.

وعليه سوف نحاول توضيح الالتزامات التي تقع على عاتق الدول من أجل حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع بها في السلم والحرب، بموجب القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية المعنية كاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام ١٩٥٤ وبروتوكولها^(٥)، والاتفاقية المتعلقة بالتدابير التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير

(٥) التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو

- منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - 06/22 - CLT/CH/INS - ص٣.

دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة

منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ -

شباط - ٢٠١٠. E/CN. 15/2010/6 - ص١٥.

القرار ١٨٦/٦٨ المعنون ب تعزيز التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية

لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها - الجمعية العامة - الأمم المتحدة

- A/RES/68/186.

يبلغ عدد الدول الأطراف في الاتفاقية ١٢٣ دولة، والبروتوكول الأول ١٩٥٤ (١٠٠ دولة)

والبروتوكول الثاني ١٩٩٩ (٥٦ دولة)

وتمثل هذه الاتفاقية الصك الدولي الوحيد الذي يهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية في زمن الحرب.

دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة

منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ -

شباط - ٢٠١٠. E/CN. 15/2010/6.

تجدر الإشارة إلى أن الجمهورية العربية السورية صادقت على اتفاقية عام ١٩٥٤

وبروتوكولها الأول في ٦ - ٦ - ١٩٥٨،

http://portal.unesco.org/en/ev.php?URL_ID=13649&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=-471.html

لم تصادق كل من الولايات المتحدة والمملكة المتحدة على اتفاقية عام ١٩٥٤.

Antonius Johannes Gerhardus Tighuis - transnational crime and the interface between legal and illegal actors - the case of illicit art and antiquities trade - NSCR - p124.

قبلت الجمهورية العربية السورية باتفاقية عام ١٩٧٠ منذ ٢١ - ٢ - ١٩٧٥، وقبلت باتفاقية

حماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي لعام ١٩٧٢ منذ ١٣ - ٨ - ١٩٧٥، وصادقت على

اتفاقية حماية التراث الثقافي اللامادي لعام ٢٠٠٣ منذ ١١ - ٣ - ٢٠٠٥، وانضمت إلى

اتفاقية حماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي لعام ٢٠٠٥ منذ ٥ - ٢ - ٢٠٠٨.

http://portal.unesco.org/en/ev.php?URL_ID=13649&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=-471.html

مشروعة لعام ١٩٧٠، والاتفاقية المتعلقة بالممتلكات الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT لعام ١٩٩٥، والتدابير التي اتخذتها الدول والمنظمات المعنية مثل اليونسكو من أجل تنفيذ قواعد القانون الدولي المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع، كإصدار تشريعات لحماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها، واتخاذ تدابير لتيسير التعرف على الممتلكات الثقافية، وتدابير لمنع نقل ملكية الممتلكات الثقافية المقتناة بطرائق غير مشروعة أو المتحصل عليها بطرائق غير قانونية، والتعاون الدولي.

وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور الدول في حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع.

أولاً: واجبات الدول في حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع زمن السلم.

ثانياً: واجبات الدول في حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع أثناء النزاعات المسلحة.

الفرع الثاني: التدابير المتخذة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية.

أولاً: تشريعات وإجراءات حماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها

ثانياً: تدابير لتيسير التعرف على الممتلكات الثقافية:

ثالثاً: تدابير منع نقل ملكية الممتلكات الثقافية المقتناة بطرائق غير مشروعة أو المتحصل عليها بطرائق غير قانونية.

رابعاً: التنسيق الوطني

خامساً: التعاون الدولي والصكوك الدولية.

خاتمة.

الفرع الأول واجبات الدول في حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع

تتجلى أهمية الممتلكات الثقافية لكونها جزءاً من التراث المشترك للبشرية وشاهداً فريداً ومهماً على ثقافة الشعوب وهويتها، من هنا تبرز ضرورة حمايتها، وترتب قواعد القانون الدولي التزامات على الدول لحماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع بها في زمن السلم وفي أثناء النزاعات المسلحة^(٦).

أولاً - واجبات الدول في حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع زمن السلم:

تعد اتفاقية الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠، الاتفاقية الأولى التي تتعلق بالاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية ينبغي على الدول وفقاً للاتفاقية أن تقوم بما يلي:

١ - تعترف الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بأن استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة هي من الأسباب الرئيسية لافتنار التراث الثقافي في المواطن الأصلية لهذه الممتلكات، وبأن التعاون الدولي هو من أجدى

(٦) ويوجد عدد من الصكوك الإقليمية، ففي أوروبا مثلاً، توجد الاتفاقية الثقافية الأوروبية ١٩٥٤؛ والاتفاقية الأوروبية لحماية التراث الأثري، ١٩٦٩، والنسخة المنقحة منها، ١٩٩٢؛ والاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجرائم المتصلة بالممتلكات الثقافية؛ واللائحة التنظيمية لمجلس الجماعات الأوروبية رقم ٩٢/٢٩١١ بشأن تصدير القطع الثقافية والتوجيه ٩٣/EECV الصادر عن مجلس الجماعات الأوروبية بشأن إعادة القطع الثقافية التي أخذت بصورة غير قانونية من إقليم إحدى الدول الأعضاء. وتتضمن هذه الصكوك أحكاماً تتعلق بحظر التنقيب بدون إذن، وحماية المواقع والإشراف عليها، ووضع قوائم الجرد، والإبلاغ عن القطع المكتشفة، وتثقيف الجمهور وتوفير عقوبات ملائمة. وتنفذ اللائحة التنظيمية لعام ١٩٩٢ ضوابط التصدير لبلد المصدر في الحدود الخارجية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ويخول التوجيه EEC/7/93 الصادر عن مجلس الجماعات الأوروبية الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي حق إقامة دعوى لاسترجاع الممتلكات الثقافية المنقولة بطرق غير قانونية.

- دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ شباط - ٢٠١٠. E/CN. 15/2010/6. ص ١٢.

وسائل حماية الممتلكات الثقافية في كل بلد من تلك البلاد من جميع الأخطار الناجمة عن ذلك.

ولهذه الغاية تتعهد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بمناهضة تلك الأساليب بكافة الوسائل الممكنة، وخاصة باستئصال أسبابها، ووضع حد لها، والمعاونة في تصحيح ما اختل من أوضاع بسببها. (المادة ٢)(٧).

(٧) عرفت الاتفاقية المتعلقة بالتدابير التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠، الممتلكات الثقافية في المادة (١): تعني العبارة الممتلكات الثقافية لأغراض هذه الاتفاقية، الممتلكات التي تقرر كل دولة، لاعتبارات دينية أو علمانية، أهميتها لعلم الآثار، أو ما قبل التاريخ، أو التاريخ، أو الأدب، أو الفن، أو العلم، التي تدخل في إحدى الفئات التالية:

أ - المجموعات والنماذج النادرة من مملكتي الحيوان والنبات، ومن المعادن أو علم التشريح، والقطع الهامة لعمليتها بعلم الحفريات؛

ب - الممتلكات المتعلقة بالتاريخ، بما فيه تاريخ العلوم والتكنولوجيا، والتاريخ الحربي والتاريخ الاجتماعي، وحياة الزعماء الوطنيين والمفكرين والعلماء والفنانين، والأحداث الهامة التي مرت بها البلاد؛

ج - نتائج عمليات التنقيب من الآثار (القانونية وغير القانونية) والاكتشافات الأثرية؛

د - القطع التي كانت تشكل جزءاً من آثار فنية أو تاريخية مبتورة أو مواقع أثرية؛

هـ - الآثار التي مضى عليها أكثر من مائة عام، كالنقوش والعملات والأختام المحفورة؛

و - الأشياء ذات الأهمية الأثنولوجية؛

ز - الممتلكات ذات الأهمية الفنية، ومنها:

١- الصور واللوحات والرسوم المصنوعة كلياً باليد، أيا كانت المواد التي رسمت عليها أو

استخدمت في رسمها (باستثناء الرسوم الصناعية والمصنوعات المزخرفة باليد)؛

٢- التماثيل والمنحوتات الأصلية، أيا كانت المواد التي استخدمت في صنعها؛

٣- الصور الأصلية المنقوشة أو المطبوعة على الحجر؛

٤ - المجمعات أو المركبات الأصلية، أيا كانت المواد التي صنعت منها؛

ج - المخطوطات النادرة والكتب المطبوعة قبل سنة ١٥٠١ ميلادية، والكتب والوثائق والمطبوعات القديمة ذات الأهمية الخاصة (من الناحية التاريخية أو الفنية أو العلمية أو الأدبية..) سواء كانت منفردة أو في مجموعات؛

ط - طوابع البريد والطوابع الأميرية وما يماثلها، منفردة أو في مجموعات؛

ي - المحفوظات، بما فيها المحفوظات الصوتية والفوتوغرافية والسينمائية؛

ك - قطع الآثار التي يزيد عمرها على مائة عام، والآلات الموسيقية القيمة.

نجد أن الاتفاقية تركت مسألة تحديد الممتلكات الثقافية لكل دولة من الدول الأطراف، الأمر الذي يستوجب من الدول الأطراف أن تعد قوائم بما تعده من ممتلكاتها الثقافية.

ويتمثل الالتزام الرئيس للدول الأطراف بمقتضى هذه الاتفاقية في منع استيراد الممتلكات الثقافية المسروقة بطرق غير مشروعة وتشجيع التجار على الاحتفاظ بقوائم جرد بالقطع قصد تحديد مصدرها. كما تتيح الدول الأعضاء المعنية الاستعانة بالدول الأطراف الأخرى =

وبموجب الاتفاقية المتعلقة بحماية التراث الثقافي المغمور بالمياه لعام ٢٠٠١، على الدول الأطراف أن تتعاون من أجل حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه، وتشجع الدول الأطراف على إبرام اتفاقات ثنائية أو إقليمية أو غيرها من الاتفاقات المتعددة الأطراف، أو تحسين الاتفاقات القائمة، بغية كفالة المحافظة على التراث الثقافي المغمور بالمياه. ويجب أن تكون جميع هذه الاتفاقات متفقة تمام الاتفاق مع أحكام هذه الاتفاقية وألا تنال من طابعها العالمي. ويجوز للدول أن تعتمد في مثل هذه الاتفاقات، قواعد ونظماً من شأنها أن تكفل للتراث الثقافي المغمور بالمياه حماية أفضل من الحماية التي توفرها له هذه الاتفاقية^(٨).

ولقد أكد المجلس الاقتصادي والاجتماعي في القرار ٢٣/٢٠٠٨ المعنون بـ الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية على ضرورة التعاون الدولي لمنع ومكافحة الاتجار بالممتلكات الثقافية بجميع جوانبه. وعلى أهمية تعزيز التعاون الدولي في مجال إنفاذ القانون من أجل مكافحة الاتجار بالممتلكات الثقافية والحاجة بوجه خاص إلى التوسع في تبادل المعلومات والخبرات لكي يتسنى للسلطات المختصة أن تعمل بمزيد من الفعالية^(٩).

= على حماية الفئات المتأثرة من المواد من خلال تدابير قد تشمل قيوداً على الواردات والصادرات. ونفذت الدول الأطراف هذه الاتفاقية بطرق مختلفة وبدرجات متفاوتة من الصرامة. فقد ركز بعض منها على إنشاء آليات تتيح صوغ اتفاقات ثنائية بشأن الاتجار بالممتلكات الثقافية، بطلب من دول المصدر، بينما وضعت دول أخرى نظماً للرقابة على أسواقها الخاصة بالممتلكات الثقافية، يمكنها توفير حماية كبيرة ضد الواردات غير المشروعة، بهدف تفادي البيروقراطية الشديدة والتخطيط الطويل المدى الذي ينطوي عليه النهج الثنائي. اتفاقية بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠ - الدورة السادسة عشرة - سجلات المؤتمر العام - باريس ١٢ - أكتوبر - ١٤ - نوفمبر - ١٩٧٠. اعتمدت منظمة التربية والثقافة والعلوم الاتفاقية بشأن التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة في تشرين الثاني ١٩٧٠، وبخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في عام ١٩٧٢، ويبلغ عدد الدول الأطراف فيها ١٢٠ دولة طرف، منها دول تسويق.

دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ - شباط ٢٠١٠ - E/CN.15/2010/6 ص ١١.

(٨) سجلات المؤتمر العام - الدورة الحادية والثلاثون - المجلد الأول. القرارات - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - باريس - ٢٠٠١ - ص ٥٧ - ٥٨.

(٩) قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي - القرار ٢٣/٢٠٠٨ المعنون بـ الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية E/2008/99 - ص ٦٩.

٢ - يعتبر عملاً غير مشروع استيراد أو تصدير أو نقل ملكية الممتلكات الثقافية خلافاً للأحكام التي اعتمدها الدول الأطراف بموجب اتفاقية ١٩٧٠. (المادة ٣).

وأكدت اتفاقية حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه لعام ٢٠٠١ على واجب الدول بعدم استغلال التراث الثقافي المغمور بالمياه استغلالاً تجارياً.

٣ - تعترف الدول الأطراف في اتفاقية ١٩٧٠ بأن الممتلكات الداخلة في الفئات التالية تشكل لأغراض هذه الاتفاقية جزءاً من التراث الثقافي لكل دولة:

أ - الممتلكات الثقافية التي يبتدعها فرد أو مجموعة أفراد من أبناء الدولة المعنية، والممتلكات الثقافية التي تهم الدولة المعنية والتي يبتدعها داخل أراض تلك الدولة رعايا أجنب أو أشخاص بلا جنسية مقيمون في تلك الأرض؛

ب - الممتلكات الثقافية التي يعثر عليها داخل أراضي الدولة؛

ج - الممتلكات الثقافية التي تقتنيها البعثات الأثرية أو الأثنولوجية أو بعثات العلوم الطبيعية، بموافقة السلطات المختصة في البلد الأصلي لهذه الممتلكات؛

د - الممتلكات الثقافية التي تم تبادلها طوعاً؛

هـ - الممتلكات الثقافية المهداة أو المشتراة بطريقة قانونية بموافقة السلطات المختصة في البلد الأصلي لهذه الممتلكات. (المادة ٤)

٤ - ضماناً لحماية الممتلكات الثقافية من عمليات الاستيراد والتصدير ونقل الملكية بطرق غير مشروعة، تتعهد الدول الأطراف في اتفاقية ١٩٧٠، كل بحسب ظروفها، بأن تنشئ في أراضيها دائرة وطنية أو أكثر لحماية التراث الثقافي، وتزود الدائرة بعدد كاف من الموظفين الأكفاء للقيام بالمهام التالية بصورة فعالة:

أ - المساهمة في إعداد مشروعات القوانين واللوائح اللازمة لتأمين حماية التراث الثقافي، وخاصة منع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية الهامة بطرق غير مشروعة؛

ب - وضع قائمة بالممتلكات الثقافية الهامة، العامة والخاصة والتي يشكل تصديرها إققراراً ملموساً للتراث الثقافي الوطني، وذلك على أساس جرد وطني للممتلكات المحمية، وتنقيح هذه القائمة أولاً بأول؛

ج - تعزيز تنمية أو إنشاء المؤسسات العلمية والتقنية (المتاحف، المكتبات، المحفوظات، المختبرات، الورش، إلخ..) اللازمة لتأمين صون الممتلكات الثقافية وإحيائها؛

د - تنظيم الإشراف على أعمال التنقيب عن الآثار، وتأمين صون بعض الممتلكات الثقافية في مواقعها الأصلية، وحماية بعض المناطق المخصصة للبحوث الأثرية في المستقبل؛

هـ - وضع قواعد تتفق مع المبادئ الأخلاقية المبينة في هذه الاتفاقية، يسترشد بها الأشخاص المعنيون (أمناء المتاحف وجامعو القطع الأثرية وتجار الأثرية، وغيرهم)، واتخاذ الخطوات اللازمة لضمان التقيد بتلك القواعد؛

و - اتخاذ التدابير التربوية اللازمة لغرس وتنمية احترام التراث الثقافي في جميع الدول، ونشر أحكام هذه الاتفاقية على نطاق واسع؛

ز - الإعلان بالطرق المناسبة عن اختفاء أي ملك ثقافي. (المادة ٥)^(١٠).

يجب على الدول الأطراف وفقاً لاتفاقية حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه لعام ٢٠٠١ أن تحافظ على التراث الثقافي المغمور بالمياه من أجل مصلحة الإنسانية وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، وأن تقوم، منفردة أو مجتمعة وفقاً لمقتضى الحال، باتخاذ جميع التدابير الملائمة طبقاً لهذه الاتفاقية ولأحكام القانون الدولي، والضرورية لحماية التراث الثقافي المغمور بالمياه، مستخدمة لتحقيق هذا الغرض أفضل الوسائل العملية المتاحة تحت تصرفها، على النحو الذي يتفق مع إمكانياتها. ويعتبر الحفاظ على التراث الثقافي المغمور بالمياه في موقعه الأصلي هو الخيار الأول قبل السماح بأي أنشطة تستهدف هذا التراث وقبل الشروع في القيام بهذه الأنشطة. ويجب أن يتم إيداع وصون وتدبير شؤون القطع المنتشلة من التراث الثقافي المغمور بالمياه، على نحو يكفل الحفاظ عليها لزمن طويل.

ويجب تشجيع الوصول، بشكل مسؤول وغير ضار، إلى التراث الثقافي المغمور بالمياه في موقعه الأصلي لأغراض المشاهدة والتوثيق، من أجل تعزيز توعية الجمهور

(١٠) اتفاقية بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠ - الدورة السادسة عشرة - سجلات المؤتمر العام - باريس ١٢ أكتوبر - ١٤ نوفمبر ١٩٧٠. ولقد أطلقت حملة وطنية في الجمهورية العربية السورية لتوعية المواطنين السوريين بأهمية حماية تراثهم الثقافي الغني لصالح الأجيال القادمة، وحماية المتاحف السورية من عمليات النهب عن طريق مساعدة موظفي المتاحف على نقل التحف الأثرية إلى أماكن آمنة، وتوفير تدابير أمنية إضافية بالتعاون مع الدولة لحماية المواقع الأثرية التي قد تتعرض لأعمال تنقيب غير مشروعة.

<http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding-syrian-cultural-heritage/national-initiatives/national-campaign/>

بأهمية هذا التراث وتقديره له ورغبته في حمايته، إلا في الحالات التي يتعارض فيها ذلك مع حماية هذا التراث وإدارته^(١١).

يشجع المجلس الاقتصادي والاجتماعي في القرار ٢٣/٢٠٠٨ والقرار ١٩/٢٠١٠، الدول الأعضاء التي تؤكد ملكيتها لممتلكات ثقافية على النظر في سبل إصدار بيانات عن تلك الملكية بغية تيسير إنفاذ المطالبات المتعلقة بالملكية في دول أخرى.

ويحث الدول الأعضاء والمؤسسات ذات الصلة على القيام، حسب الاقتضاء، بتعزيز الآليات وتطبيقها بالكامل لتوثيق التعاون الدولي، بما يشمل تبادل المساعدة القانونية، من أجل مكافحة الاتجار بالممتلكات الثقافية، بما في ذلك الاتجار الذي يتم باستخدام الإنترنت، ولتيسير استرجاع الممتلكات الثقافية أو إعادتها أو ردها.

ويحث الدول الأعضاء على حماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بهذه الممتلكات من خلال استحداث تشريعات ملائمة تشمل - بوجه خاص - إجراءات لضبط الممتلكات الثقافية أو إعادتها أو ردها، وتعزيز التثقيف والاضطلاع بحملات التوعية، ورسم خرائط بأماكن الممتلكات الثقافية، وإجراء حصر لهذه الممتلكات وتوفير التدابير الأمنية الكافية وتنمية القدرات والموارد البشرية لمؤسسات الرصد، مثل الشرطة والدوائر الجمركية والقطاع السياحي وإشراك وسائل الإعلام ونشر المعلومات عن سرقة الممتلكات ونهبها^(١٢).

٥ - تتعهد الدول الأطراف في اتفاقية ١٩٧٠ بما يلي:

أ - وضع شهادة مناسبة تبين الدولة المصدرة بموجبها أن تصدير الملك الثقافي المعنى مرخص به، ويجب أن تصاحب هذه الشهادة كل ملك ثقافي يصدر بطريقة قانونية؛

ب - حظر تصدير الممتلكات الثقافية من أراضيها ما لم تكن مصحوبة بشهادة التصدير السالفة الذكر؛

(١١) سجلات المؤتمر العام - الدورة الحادية والثلاثون - المجلد الأول - القرارات - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - باريس - ٢٠٠١ - ص ٥٧ - ٥٨.

(١٢) قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي - القرار ٢٣/٢٠٠٨ المعنون بـ الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية E/2008/99 - - ص ٧١.

قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي - القرار ١٩/٢٠١٠ المعنون بـ التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها - E/2010/99 - ص ١٣٢-١٣٧.

ج - الإعلان عن هذا الحظر بالطرق المناسبة، ولا سيما بين الأشخاص الذين يحتمل أن يقوموا بتصدير أو استيراد ممتلكات ثقافية. (المادة ٦)

تعد شهادة التصدير النموذجية للقطع الثقافية، التي أعدتها أمانة اليونسكو بالتشارك مع أمانة المنظمة العالمية للجمارك، بمثابة أداة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية وتوصي المنظمتان دولهما الأعضاء بالنظر في اعتماد الشهادة باعتبارها معياراً دولياً^(١٣).

ويترتب على السلطات الأثرية بموجب قانون الآثار السوري أن تعطي إجازة تصدير للأشياء التالية: أ - الآثار التي تقرر تبادلها مع المتاحف والهيئات العلمية خارج الجمهورية العربية السورية، ب - الآثار التي تخصص لهيئة أو جمعية أو بعثة علمية إثر تنقيبات رسمية قامت بها. وتعفى الآثار المبينة في الفقرتين السابقتين من رسوم التصدير^(١٤).

(١٣) في نهاية عام ٢٠٠٧، طلبت أمانتنا المنظمة العالمية للجمارك واليونسكو من دولهما الأعضاء ملء استبيان لتقييم جدوى وفعالية هذه الشهادة بغية تحسين المساعدة التي تقدمها المنظمتان للسلطات الوطنية من خلال اعتماد هذه الأداة ووضعها موضع التنفيذ وتطويرها بقدر أكبر، عند الاقتضاء لاحتياجات الدول. ومع بداية ٢٠٠٨ كانت اليونسكو والمنظمة العالمية للجمارك قد تلقتا ردوداً من ٤٢ دولة وكذلك من الاتحاد الأوروبي. وقد تم إعداد خلاصة لهذه الإسهامات في تقرير قدم إلى الدول وإلى شركاء اليونسكو والمنظمة العالمية للجمارك مصحوباً برسالة من المدير العام لليونسكو والأمين العام للمنظمة العالمية للجمارك. اللجنة الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلادها الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع - الدورة الخامسة عشرة - باريس - مقر اليونسكو - ١١ - ١٣ - أيار - ٢٠٠٩ - ص٧.

ويمكن الحصول على نموذج شهادة التصدير من موقع اليونسكو: <http://www.unesco.org/culture/laws/illicit>

(١٤) المادة ٦٩ - قانون الآثار الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٢ تاريخ ٢٦ - ١٠ - ١٩٦٣

مع جميع تعديلاته. <http://www.dgam.gov.sy/index.php?m=278>

عرف قانون الآثار السوري الآثار في المادة ١. اتعد آثاراً الممتلكات الثابتة والمنقولة التي بناها أو صنعها أو أنتجها أو كتبها أو رسمها الإنسان قبل مئتي سنة ميلادية أو قبل مئتين وست سنوات هجرية. ويجوز للسلطات الأثرية أن تعد الآثار أيضاً الممتلكات الثابتة أو المنقولة التي ترجع إلى عهد أحدث إذا رأت أن لها خصائص تاريخية أو فنية أو قومية. ويصدر بذلك قرار وزاري.

ويراد بتعبير (السلطات الأثرية) الوارد في القانون، المديرية العامة للآثار والمتاحف.

قانون الآثار الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٢ تاريخ ٢٦ - ١٠ - ١٩٦٣ مع جميع

تعديلاته. <http://www.dgam.gov.sy/index.php?m=278>

٦ - تتعهد الدول الأطراف في اتفاقية ١٩٧٠ بمايلي:

أ - أن تتخذ التدابير اللازمة، بما يتفق وقوانين البلاد، لمنع المتاحف والمؤسسات المماثلة القائمة في أراضيها من اقتناء ممتلكات ثقافية واردة من دولة أخرى طرف في الاتفاقية ومصدرة بطرق غير مشروعة بعد العمل بهذه الاتفاقية في الدولتين المعنيتين، وأن تخطر دولة المنشأ، كلما كان ذلك ممكناً، بما يعرض عليها من ممتلكات ثقافية نقلت من تلك الدولة بطرق غير مشروعة بعد العمل بهذه الاتفاقية في كلتا الدولتين.

فلا تطبق الاتفاقية بأثر رجعي، وأشارت إلى ضرورة الإخطار.

ب - ١ - أن تحظر استيراد الممتلكات الثقافية المسروقة من متحف أو من أثر عام، ديني أو علماني، أو من مؤسسة مشابهة في دولة أخرى طرف في هذه الاتفاقية بعد العمل بها في الدولتين المعنيتين، بشرط أن تكون تلك الممتلكات مدرجة في قائمة جرد المؤسسة المذكورة؛

نلاحظ أنه يشترط لحظر الاستيراد أن تكون الممتلكات مسجلة في قائمة الجهة المعنية.

٢ - أن تتخذ بناء على طلب دولة المنشأ التي تكون طرف في الاتفاقية، التدابير المناسبة لاسترداد وإعادة الممتلكات الثقافية المستوردة بعد العمل بهذه الاتفاقية في كلتا الدولتين المعنيتين، بشرط أن تدفع الدولة الطالبة تعويضاً عادلاً للمشتري بحسن نية أو للمالك بسند صحيح، وتقدم طلبات الاسترداد والإعادة بالطرق الدبلوماسية، وعلى الدولة الطالبة أن تقدم على نفقتها الخاصة الوثائق وغيرها من الأدلة اللازمة التي تثبت شرعية طلبها في الاسترداد أو في الإعادة. وعلى الدول الأطراف ألا تفرض أية رسوم جمركية أو غيرها من الرسوم على الممتلكات الثقافية المعادة بموجب هذه المادة، ويتحمل الطرف الطالب جميع المصروفات المترتبة على إعادة الممتلكات الثقافية وتسليمها. (المادة ٧)^(١٥).

= ويوجد مشروع لتعديل قانون الآثار وتطوير المتاحف ومواقع التراث الأثري في سورية. للمزيد يمكن الاطلاع على التقرير التنفيذي - خطة عمل عام ٢٠١١ - ٢٠١٢ ضمن موقع المديرية العامة للآثار والمتاحف - وزارة الثقافة - الجمهورية العربية السورية.

<http://www.dgam.gov.sy/index.php?m=307>

(١٥) اتفاقية بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠ - الدورة السادسة عشرة - سجلات المؤتمر العام - باريس ١٢ - أكتوبر - ١٤ - نوفمبر - ١٩٧٠.

- نجد أن التعويض العادل يدفع للمشتري حسن النية وليس للسارق.
- نصت اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، حول سرقة أو التصدير غير المشروع للممتلكات الثقافية في المادة الثالثة منها على أنه:
- ١ - يجب على حائز الممتلكات الثقافية المسروقة، إعادتها.
- ٢ - لأهداف هذه الاتفاقية، الممتلكات الثقافية التي تم التنقيب عنها بشكل غير مشروع و بطريقة مشروعة ولكن احتفظ بها بطريقة غير قانونية تعتبر مسروقة، بما يتسق مع قانون الدولة مكان التنقيب.
- ٣ - يجب تقديم أي دعوى للاسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت معرفة المدعي بمكان الممتلكات الثقافية وهوية حائزها، وفي أي قضية خلال مدة ٥٠ عام من تاريخ السرقة.
- ٥ - على الرغم من بنود الفقرة السابقة، يمكن لأي دولة طرف أن تصرح بأن الادعاء يخضع لمدة ٧٥ سنة أو فترة أطول كما هو منصوص عليه في قانونها.
- يخضع الادعاء المقدم لدى دولة طرف أخرى، لإعادة الممتلكات الثقافية المأخوذة من نصب تذكاري أو موقع أثري أو مجموعة عامة في الدولة الطرف المصدرة للتصريح لتلك القيود الزمنية.
- وأشارت المادة ٥ إلى أنه يجوز للدولة المتعاقدة أن تطلب من المحكمة أو من أية سلطة مختصة أخرى في دولة متعاقدة أن تأمر بإعادة ممتلك ثقافي صدر من أراضي الدولة الطالبة بطريقة غير مشروعة.
- نلاحظ أن دعوى الاسترداد تقدم أمام المحاكم الوطنية أو أي سلطات مختصة أخرى في الدولة المتعاقدة التي يوجد فيها الممتلك الثقافي وضمن مدد محددة.

= وأكدت منظمة اليونسكو على تعزيز مكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية وإعادة أو رد هذه الممتلكات إلى بلدانها الأصلية وفقاً لما تنص عليه الاتفاقية المتعلقة بالتدابير التي يتعين اتخاذها لمنع وحظر استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة (١٩٧٠)، واتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص لعام ١٩٩٥، وتعزيز حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه وبخاصة في إطار اتفاقية عام ٢٠٠١. مشروع قرار بشأن البرنامج الرئيسي الرابع - الثقافة - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٣٤ م/٥ - المجلد الأول - النسخة الثانية - ص٣٧.

ويجوز للطرفين الاتفاق على عرض النزاع على أية محكمة أخرى أو أية سلطة مختصة أخرى أو على هيئة تحكيم^(١٦).

UNIDROIT CONVENTION ON STOLEN OR ILLEGALLY EXPORTED CULTURAL OBJECTS (١٦)

(Rome, 24 June 1995) <http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>

Claudia Fox - the UNIDROIT convention on stolen or illegally exported cultural object: an answer to the world problem of illicit trade in cultural property - American university international law review - article 11 - volume 9 - issue 1 - p257.

نصت الاتفاقية المتعلقة بالممتلكات الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT في ٢٤ حزيران/يونيه ١٩٩٥، في المادة الثانية منها على أنه: لأهداف هذه الاتفاقية، الأشياء الثقافية هي تلك التي لأسباب دينية أو عالمية، تتمتع بأهمية لعلم الآثار، قبل التاريخ، التاريخ، الأدب، الفن أو العلم، وتعود لواحد من التصنيفات المذكورة في القائمة المرفقة بالاتفاقية.

وتتضمن مجموعة من الأحكام المنطبقة على المطالبات برد الممتلكات الثقافية المسروقة، وإعادة القطع الثقافية المنقولة من إقليم دولة متعاقدة خلافاً لقانونه المنظم لتصدير القطع الثقافية لغرض حماية تراثه الثقافي. وتنشئ هذه الاتفاقية آلية محددة تعطي لكل مالك انتزعت منه الملكية الحق في الوصول إلى محكمة أجنبية في دولة أخرى طرف في الاتفاقية بهدف رفع دعوى من أجل إعادة القطعة الثقافية الضائعة. وتنطبق اتفاقية اليونيدروا على المطالبات ذات الطابع الدولي، وتحدد المعايير الدنيا للحماية، وتمكن الدول الأطراف من تعزيز حماية الممتلكات الثقافية.

دخلت حيز التنفيذ في ١ - ٧ - ١٩٩٨، بلغ عدد الدول الأطراف ٣٦ دولة <http://www.unidroit.org/status-cp>

وتعد مكملة لاتفاقية اليونسكو لعام ١٩٧٠، فقد كلفت اليونسكو المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بدراسة قضايا القانون الخاص التي لم تنظمها اليونسكو بصورة مباشرة والتي قد تعرقل التطبيق الملائم لهذه الاتفاقية.

التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - 06/22 - CLT/CH/INS - ص ١١.

عدد الدول المصادقة على الاتفاقية قليل.

Antonius Johannes Gerhardus Tighuis - transnational crime and the interface between legal and illegal actors - the case of illicit art and antiquities trade - NSCR - p124.

- دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ - شباط - ٢٠١٠. E/CN. 15/2010/6. ص ١٢.

وذكرت الاتفاقية المتعلقة بحماية التراث الثقافي المغمور بالمياه لعام ٢٠٠١ في المادة ١٤ المعنونة بمراقبة دخول التراث في الإقليم، أو الاتجار به أو حيازته، على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير اللازمة لمنع دخول قطع التراث الثقافي المغمور بالمياه المصدرة و/أو المنتشرة بشكل غير مشروع، إلى إقليمها أو الاتجار بها أو حيازتها، إذا كانت عملية انتشارها قد تمت بالمخالفة لأحكام هذه الاتفاقية^(١٧).

ورحب المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره ٢٣/٢٠٠٨ بالمبادرات الوطنية والإقليمية والدولية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة أعمال منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم ولجنتها الحكومية الدولية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلدانها الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع عليها^(١٨).

ونصت المادة ١ من مدونة السلوك التي اعتمدها لجنة اليونسكو الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية، وأقرها المؤتمر العام لليونسكو في دورته الثلاثين عام ١٩٩٩، على أنه: (لا يجوز لتجار الممتلكات الثقافية استيراد أو تصدير أو نقل ملكية هذه الممتلكات عندما يتوافر لديهم سبب معقول للاعتقاد بأنها مسروقة

(١٧) نصت المادة ١٤: مراقبة دخول التراث في الإقليم، أو الاتجار به أو حيازته. تتخذ الدول الأطراف التدابير اللازمة لمنع دخول قطع التراث الثقافي المغمور بالمياه المصدرة و/أو المنتشرة بشكل غير مشروع، إلى إقليمها أو الاتجار بها أو حيازتها، إذا كانت عملية انتشارها قد تمت بالمخالفة لأحكام هذه الاتفاقية.

المادة ١٥ عدم استخدام المناطق الخاضعة لولاية الدول الأطراف تتخذ الدول الأطراف التدابير اللازمة لمنع استخدام أراضيها، بما في ذلك موانئها البحرية، وكذلك الجزر المصطنعة، والمنشآت والهياكل الواقعة تحت ولايتها أو سلطتها الخاصة، لمساندة أي نشاط يستهدف التراث الثقافي المغمور بالمياه ولا يتفق مع أحكام هذه الاتفاقية. المادة ١٦ التدابير المتعلقة بالمواطنين والسفن.

تتخذ الدول الأطراف كافة التدابير العملية لضمان امتناع مواطنيها والسفن التي تحمل علمها من الاضطلاع بأي نشاط يستهدف التراث الثقافي المغمور بالمياه بشكل يتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية. سجلات المؤتمر العام - الدورة الحادية والثلاثون - المجلد الأول - القرارات - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - باريس - ٢٠٠١ - ص ٥٧ - ٥٨.

(١٨) طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره ٢٣/٢٠٠٨ إلى مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة أن يطور علاقاته بالشبكة التعاونية المنشأة بين منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم ومجلس المتاحف الدولي والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ومنظمة الجمارك العالمية في مجالات الاتجار بالممتلكات الثقافية وإعادتها وردها.

قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي - القرار ٢٣/٢٠٠٨ المعنون بـ الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية - E/2008/99 - ص ٧١.

أو أنه تم التصرف بها بطرق غير مشروعة، أو التنقيب عنها سراً، أو تصديرها بطرق غير مشروعة) وتشجع اليونسكو الدول على الترويج لمدونة السلوك الأخلاقي لكي يطلع عليها تجار القطع الثقافية ويقبلوها^(١٩).

٨ - تتعهد الدول بموجب اتفاقية ١٩٧٠ بفرض عقوبات أو جزاءات إدارية على كل من يتسبب في خرق أحكام الحظر المنصوص عليها في المادتين ٦ (ب) و ٧ (ب). المادة ٨^(٢٠).

رأى المجلس الاقتصادي والاجتماعي في القرار ١٩/٢٠١٠ أنه ينبغي الاستعانة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على نحو تام لتعزيز مكافحة الاتجار بالممتلكات الثقافية، ودعا الدول الأعضاء إلى اعتبار الاتجار بالممتلكات الثقافية جريمة خطيرة^(٢١).

ولقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها ١٨٦/٦٨ المعنون بـ تعزيز التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها، على دعوة الدول الأطراف إلى اعتبار الاتجار بالممتلكات الثقافية، بما في ذلك سرقتها ونهبها من المواقع الأثرية وغيرها من المواقع الثقافية، جريمة خطيرة وفقاً للتعريف الوارد في المادة ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بحيث يستفاد تماماً من تلك الاتفاقية في توثيق التعاون على الصعيد الدولي لمكافحة الاتجار بالممتلكات الثقافية بجميع أشكاله ومظاهره والجرائم المتصلة بذلك^(٢٢).

(١٩) التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - 06/22 - CLT/CH/INS - ص ١٥.

(٢٠) اتفاقية بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠ - الدورة السادسة عشرة - سجلات المؤتمر العام - باريس ١٢ - أكتوبر - ١٤ - نوفمبر - ١٩٧٠.

<http://www.unesco.org/new/ar/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/>

(٢١) قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي - القرار ٢٠١٠/١٩ المعنون بـ التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها - E/2010/99 - ص ١٣٦ - ١٣٧.

(٢٢) القرار ١٨٦/٦٨ المعنون بـ تعزيز التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها - الجمعية العامة - الأمم المتحدة - A/RES/68/186.

ووفقاً لقانون الآثار السوري يعاقب بالاعتقال من خمس عشرة إلى خمس وعشرين سنة وبالغرامة من خمسمئة ألف ليرة إلى مليون ليرة كل من هرب الآثار أو شرع في تهريبها^(٢٣).

= ولا تتناول اتفاقية الجريمة المنظمة، الاتجار بالممتلكات الثقافية على وجه التحديد، لكنها تصنف ضمن فئة الجرائم الخطيرة الفعل حيثما يكون الجرم ذا طابع عبر وطني وتكون ضالعة فيه جماعة إجرامية منظمة، واعتمدت الاتفاقية في تشرين الثاني ٢٠٠٠ وعدد الدول الأطراف فيها ١٥٤ دولة. وقد تكون أحكام الاتفاقية المتعلقة بتجريم غسيل الأموال على وجه التحديد مفيدة عند تطبيقها على الاتجار بالممتلكات الثقافية باعتباره جرماً أصلياً وكذلك التدابير الأخرى كالتعاون في مجال المصادرة. وتنص الاتفاقية على أن الدول ينبغي أن تقدم أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية. وهي تشكل صكاً فعالاً من حيث إنها توفر أساساً لإنفاذ القانون والتعاون القضائي، لاسيما في غياب معاهدة ثنائية أو متعددة الأطراف ملائمة.

دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ - شباط ٢٠١٠ - E/CN. 15/2010/6.

بالإضافة إلى تجريم جرائم محددة وهي المشاركة في جماعة إجرامية منظمة (المادة ٥) وغسل عائدات الجرائم (المادة ٦) والفساد (المادة ٨) وعرقلة سير العدالة (المادة ٢٣)، تشمل الاتفاقية جميع الجرائم الخطيرة التي عرفت في الاتفاقية بأنها "سلوك يمثل جرماً يعاقب عليه بالحرمان التام من الحرية لمدة لا تقل عن أربع سنوات أو بعقوبة أشد" إذا كان الجرم ذا طابع عبر وطني وكانت جماعة إجرامية منظمة ضالعة فيه. وعملاً بالمادة ٣ من الاتفاقية يكون الجرم ذا طابع عبر وطني إذا: أ - ارتكب في أكثر من دولة واحدة؛ ب - ارتكب في دولة واحدة ولكن جرى جانب كبير من الإعداد أو التخطيط له أو توجيهه أو الإشراف عليه في دولة أخرى؛ ج - ارتكب في دولة واحدة، ولكن ضلعت في ارتكابه جماعة إجرامية منظمة تمارس أنشطة إجرامية في أكثر من دولة واحدة؛ د - ارتكب في دولة واحدة، ولكن له آثاراً شديدة في دولة أخرى. وعرفت الجماعة الإجرامية المنظمة في المادة ٢ من الاتفاقية بأنها جماعة ذات هيكل تنظيمي مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمن وتعمل بصورة متضافرة بهدف ارتكاب جريمة واحدة أو أكثر من الجرائم الخطيرة أو الأفعال المجرمة وفقاً للاتفاقية من أجل الحصول على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى.

مذكورة من الأمانة العامة - أنشطة مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة في مجال التصدي للأشكال المستجدة من الجريمة - مشاورات الخبراء بشأن استخدام الاتفاقية من أجل التصدي للأشكال المستجدة من الجريمة - الدورة الخامسة - مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة - CTOC/COP/2010/3 - ص ٢ - ٣. Blithe A. Bowman - transnational crimes against culture: looting at archaeological sites and the grey market in antiquities - journal of contemporary criminal justice - published by SAGE - 2008 - p225.

www. sagepublications. com.

(٢٣) المادة ٥٦ - قانون الآثار الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٢ تاريخ ٢٦/١٠/١٩٦٣ مع جميع تعديلاته.

http://www. dgam. gov. sy/index. php?m=278

ولقد منع قانون الآثار الكويتي تصدير أي أثر من الآثار إلى خارج الحدود، إلا إذا أجازت ذلك إدارة المعارف بترخيص خاص، وبعد تأكدها من أن الآثار المنوي تصديرها لن تؤدي إلى إفقار التراث الكويتي الثقافي، وأنه يوجد ما يماثلها في المتاحف ويمكن الاستغناء عنها.

وعاقب كل من اقتنى أثراً غير مسجلة، وكل من أهدى أو باع أثراً مسجلاً كان في حوزته، وكل من استرد أثراً من الخارج ولم يخبر بذلك إدارة المعارف خلال ثلاثة أيام بالسجن مدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد عن شهر وبغرامة نقدية لا تقل عن (١٠٠ روبية) ولا تزيد عن (٥٠٠ روبية)^(٢٤).

ونصت المادة ٤٢ من مشروع قانون حماية الآثار المصري على أن يعاقب بالسجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه كل من قام بتهريب أثر إلى خارج مصر أو اشترك في ذلك، ويحكم في هذا الحالة بمصادرة الأثر محل الجريمة والأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة فيها لصالح المجلس^(٢٥).

ثانياً: واجبات الدول بحماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع أثناء النزاعات المسلحة

نصت القاعدة العرفية ٤٠ من قواعد القانون الدولي الإنساني المعنونة بـ (يحمي كل طرف في النزاع الممتلكات الثقافية) على أن:

أ - يحظر الاستيلاء على المؤسسات المخصصة لأغراض دينية أو خيرية أو تربوية أو فنية أو علمية، أو على الآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية، أو تدميرها أو الإضرار بها بصورة متعمدة.

ب - يحظر أي شكل من أشكال السرقة أو النهب أو التبيد وأي أعمال تخريب متعمد يطل الممتلكات ذات الأهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب.

تكرس ممارسة الدول هذه القاعدة كإحدى قواعد القانون الدولي العرفي المنطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

(٢٤) المادة ٤٤ - قانون الآثار - دولة الكويت - مرسوم أميري رقم ١١ لعام ١٩٦٠.

<http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?opt&country=1&LawID=3232>

(٢٥) المادة ٤٢ - مشروع قانون حماية الآثار الجديد - مصر.

<http://www.youm7.com/story/2010/1/19/>

١ - حظر الاستيلاء على الممتلكات الثقافية أو تدميرها أو الإضرار المتعمد بها:

تحظر المادة ٥٦ من لائحة لاهاي كل حجز أو تدمير أو إتلاف عمدي للمؤسسات المخصصة لأغراض دينية، أو خيرية أو تربوية أو فنية أو علمية والآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية^(٢٦). ويعتبر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة انتهاك هذا الحكم من بين انتهاكات قوانين الحرب وأعرافها التي تدخل في اختصاص المحكمة. وبمقتضى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فإن تدمير المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية والآثار التاريخية أو الاستيلاء عليها، يشكلان جرائم حرب في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات النزاع.

ويتضمن الكثير من كتيبات الدليل العسكري هذا النص، ووفقاً لتشريعات الكثير من الدول، فإن الاستيلاء على الممتلكات الثقافية أو تدميرها أو الإضرار المتعمد بها يعد جرمًا.

٢ - حظر السرقة والنهب والتبديد وأعمال التخريب:

تحظر المادة ٤ من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، أحد الأحكام المنطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، السرقة والنهب والتبديد وأعمال التخريب. وتعتبر المبادئ الأساسية لحماية الممتلكات الثقافية والحفاظ عليها في اتفاقية لاهاي وبشكل واسع، انعكاساً للقانون الدولي العرفي، كما ذكر المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم، وكما ذكرت أيضاً دول ليست أطرافاً في الاتفاقية^(٢٧).

(٢٦) المادة ٥٦: يجب معاملة ممتلكات البلديات وممتلكات المؤسسات المخصصة للعبادة والأعمال الخيرية والتربوية، والمؤسسات الفنية والعلمية، كممتلكات خاصة، حتى عندما تكون ملكاً للدولة.

يحظر كل حجز أو تدمير أو إتلاف عمدي لمثل هذه المؤسسات، والآثار التاريخية والفنية والعلمية، وتتخذ الإجراءات القضائية ضد مرتكبي هذه الأعمال.

الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية - لاهاي - تشرين الأول - ١٩٠٧.
<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tc8a.htm>

(٢٧) يقصد بالممتلكات الثقافية، وفقاً لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لعام ١٩٥٤، مهما كان أصلها أو مالكيها ما يأتي:

أ - الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو المدني، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب =

وقد أقرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، في قضية تاديتش في العام ١٩٩٥، تطبيقها في النزاعات المسلحة غير الدولية بمقتضى القانون الدولي العرفي. وعلاوة على ذلك، ترد هذه القاعدة في صكوك قانونية أخرى تتعلق أيضاً بالنزاعات المسلحة غير الدولية.

ويرد واجب احترام الممتلكات الثقافية في العديد من كتيبات الدليل العسكري، وبمقتضى تشريعات العديد من الدول، فإن التخلف عن احترام الممتلكات الثقافية يشكل جرمًا. كما تدعم بيانات رسمية من دول ليست أو لم تكن حينه أطرافاً في اتفاقية لاهاي هذه القاعدة، ويعتبر حظر نهب الممتلكات الثقافية تطبيقاً خاصاً لحظر النهب عامة. (القاعدة العرفية ٥٢).

ولم يعثر على أية ممارسة رسمية مناقضة. وقد شجبت الدول الانتهاكات لهذه القاعدة بشكل عام، كما أدانت الأمم المتحدة ومنظمات دولية أخرى هذه الانتهاكات، وفي العام ١٩٩٨ - على سبيل المثال - عبرت لجنة حقوق الإنسان عن قلقها العميق بشأن تقارير عن تدمير ونهب التراث الثقافي والتاريخي لأفغانستان وهي دولة ليست طرفاً في اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، وحثت جميع الأطراف الأفغان على حماية ووقاية هذا التراث. وفي العام ٢٠٠١ جرت إدانة واسعة، وعلى الأخص من

= والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية أو الأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات و منسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

ب - المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة أ، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة أ في حالة نزاع مسلح.

ج - المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين أ وب والتي يطلق عليها اسم مراكز الأبنية التذكارية.

يتضح لنا أن الاتفاقية اشترطت تمتع الممتلكات المنقولة أو الثابتة بأهمية كبيرة لتراث الشعوب الثقافي كي تعد ممتلكات ثقافية وتتمتع بالحماية بغض النظر عن أصل الممتلكات أو مالكيها.

يبلغ عدد الدول الأطراف في الاتفاقية ١٢٣ دولة، والبروتوكول الأول ١٩٥٤ (١٠٠ دولة) والبروتوكول الثاني ١٩٩٩ (٥٦ دولة).

وتمثل هذه الاتفاقية الصك الدولي الوحيد الذي يهدف إلى حماية الممتلكات الثقافية في زمن الحرب.

دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ شباط ٢٠١٠. E/CN. 15/2010/6.

منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم لقرار نظام الطالبان تدمير اثني عشر من التماثيل القديمة التي تؤلف جزءاً من المتحف الوطني الأفغاني^(٢٨).

وحت المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره ٢٠١٠/١٩ جميع الدول الأعضاء التي لم تصدق على اتفاقية حماية الملكية الثقافية في حالة نشوب نزاع مسلح أو تنضم إليها بعد، على النظر في القيام بذلك، وحت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية على تنفيذ أحكامها على نحو تام، وخصوصاً المادتين ٤ و ٥ اللتين تتعهد الدول الأطراف بموجبهما باحترام الممتلكات الثقافية الواقعة في أراضيها أو في أراضي أطراف أخرى، بما في ذلك الأراضي التي تحتلها كلياً أو جزئياً^(٢٩).

٣ - حماية الممتلكات الثقافية تحت الاحتلال.

نصت القاعدة العرفية ٤١ على أن تمنع دولة الاحتلال التصدير غير المشروع للممتلكات الثقافية من الأراضي المحتلة، وتعيد هذه الممتلكات إلى السلطات المختصة في الأراضي المحتلة.

تكرس ممارسة الدول هذه القاعدة كإحدى قواعد القانون الدولي العرفي المنطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.

١: منع تصدير الممتلكات الثقافية من أراض محتلة:

يرد واجب منع تصدير الممتلكات الثقافية من أرض محتلة في الفقرة الأولى من البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، والذي يبلغ عدد الدول الأطراف فيه ٩٢ دولة، بما فيها دول متأثرة بشكل خاص من الاحتلال.

كما ترد هذه القاعدة أيضاً في المادة ٢ (٢) من اتفاقية الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام

(٢٨) جون - ماري هنكرتس - لويذوزوالد-بك - القانون الدولي الإنساني العرفي - المجلد الأول: القواعد - اللجنة الدولية للصليب الأحمر - ص ٢٢٠ - ٢٢١.

- أ. د. أحمد أبو الوفا - القانون الدولي والعلاقات الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ - ص ٤٧٢ - ٤٧٨.

- أ. د. أحمد أبو الوفا - النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني (في القانون الدولي والشرعية الإسلامية) - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٩ - ص ١٠٠ - ١٠٧.

(٢٩) قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي - القرار ٢٠١٠٩/١٩ المعنون بـ التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها - E/2010/99 - ص ١٣٦.

١٩٧٠، والتي تعهدت الدول بموجبها بمناهضة الاستيراد والتصدير والنقل غير المشروع لملكية الممتلكات الثقافية، والتي تعهدت الدول بموجبها بمناهضة الاستيراد والتصدير والنقل غير المشروع لملكية الممتلكات الثقافية بما يتوفر لها من وسائل، وعلى الأخص بإزالة مسبباتها وبوضع حد للممارسات القائمة وبالمساعدة في القيام بالترميم اللازم. وتنص المادة ١١ من الاتفاقية على أنه يعتبر عملاً غير مشروع تصدير الممتلكات الثقافية ونقل ملكيتها عنوة، كنتيجة مباشرة أو غير مباشرة لاحتلال دولة أجنبية لبلد ما.

وبينما تطلب المادة ٩ (١) من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي من قوة الاحتلال أن تحظر وتمنع أي تصدير غير مشروع، أو إزالة أو نقل ملكية لممتلكات ثقافية، تطلب المادة ٢١ من الدول أن تقمع هذه الانتهاكات. ولم يثر إدراج هاتين القاعدتين في البروتوكول الثاني خلال المداولات التي أدت إلى تبنيه أي جدال. وفي إعلان لندن في العام ١٩٤٣، حذرت الحكومات المتحالفة من أنها ستعتبر أي نقل لحق الملكية، بما فيها الممتلكات الثقافية، غير مشروع.

وتشمل الممارسة الأخرى التي تدعم هذه القاعدة كتيبات الدليل العسكري وتشريعات وطنية، وبيانات رسمية. ومع أن هذه الممارسة تتعلق بدول أطراف في البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، يمكن الاستنتاج أن حظر تصدير الممتلكات الثقافية هو عرفي لأن هذا الواجب، إضافة إلى الدعم الذي وجد في الممارسة المشار إليها أعلاه لهذه القاعدة، يتضمنه الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية، وعلى الأخص في حظر الاستيلاء على الممتلكات الثقافية (القاعدة ٤٠). وإذا كان الاستيلاء على الممتلكات الثقافية غير جائز فمن الأولى ألا يجوز تصديرها. ولم يعثر على أية ممارسة رسمية مناقضة.

٢: إعادة الممتلكات الثقافية المصدرة من أرض محتلة.

لقد تطرقت عدة معاهدات أبرمت بعد الحرب العالمية الثانية إلى استعادة الممتلكات الثقافية المصدرة خلال الاحتلال. وعملاً بمعاهدة السلام بين قوى الحلفاء وإيطاليا في العام ١٩٤٧، أجبرت إيطاليا على إعادة الممتلكات الثقافية إلى يوغسلافيا وإثيوبيا. وبمقتضى الاتفاقية بشأن تسوية القضايا الناتجة عن الحرب والاحتلال، والمبرمة في العام ١٩٥٢، كان على ألمانيا إنشاء وكالة للبحث عن الممتلكات الثقافية التي أخذت من أرض محتلة خلال الحرب العالمية الثانية واسترجاعها وإعادةتها. ويرد واجب إعادة الممتلكات الثقافية التي صدرت بطريقة غير مشروعة من أرض محتلة في

الفقرة ٣ من البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، والذي صدقت عليه ٩٢ دولة.

وتجدر الإشارة إلى أن صياغة الفقرة ٣ من البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية جاءت عامة بحيث تنطبق على جميع الأطراف في البروتوكول وليس على القوة المحتلة فحسب. مع ذلك لم يعثر على أية ممارسة بشأن واجب أطراف أخرى بإعادة الممتلكات الثقافية المصدرة بطريقة غير مشروعة، والموجودة على أراضيها. وقد صيغت هذه القاعدة بشكل أضيق من ذلك لتتنطبق - على الأقل - على القوة المحتلة ذاتها، التي قصرت بواجبها بمنع التصدير، لإصلاح هذا التقصير وإعادة الممتلكات. وبحسب الفقرة ٤ من البروتوكول، يجب تعويض كل من يحوز ممتلكات ثقافية بحسن نية.

وفي القضية المتعلقة بمعبد برياه فيهيبار أقيمت الدعوى بين كمبوديا وتايلند في ٦ تشرين الأول ١٩٥٩ بطلب من حكومة كمبوديا، وقد أثارت حكومة تايلند اعتراضين أوليين، رفضتهما المحكمة في حكمها الصادر في ٢٦ أيار ١٩٦١ بعد أن خلصت إلى أن لها اختصاصاً في نظر المسألة.

ووصلت المحكمة في حكمها بشأن الجوهر، بأغلبية ٩ أصوات مقابل ٣، إلى أن معبد برياه فيهيبار يقع في أراضي تخضع لسيادة كمبوديا، وعليه فإن تايلند ملزمة بسحب أية قواعد عسكرية أو قوات شرطة أو أي من الحراس أو الخفر الآخرين المعينين من قبلها في المعبد أو بجواره على الحدود الكمبودية.

وبأغلبية ٧ أصوات مقابل ٥ وصلت المحكمة إلى أن تايلند ملزمة بأن تعيد إلى كمبوديا أية منحوتات أو تماثيل أو أجزاء من نصب تذكارية أو نماذج مصنوعة من الحجر الرملي والفخاريات الأثرية التي قد تكون السلطات التايلندية نقلتها من المعبد أو منطقة المعبد منذ تاريخ احتلال تايلند للمعبد في عام ١٩٥٤^(٣٠).

ويقر الكثير من البيانات الرسمية أيضاً واجب إعادة الممتلكات الثقافية المصدرة، بما في ذلك بيانات من ألمانيا تتعلق باحتلالها لأراض خلال الحرب العالمية الثانية، ومن العراق في ما يتعلق باحتلاله للكويت. وفي سياق حرب الخليج، حث مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة العراق في عدة مناسبات على إعادة كل الممتلكات التي استولى

(٣٠) محكمة العدل الدولية - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية -

١٩٤٨ - ١٩٩١ - ص ٧٦.

عليها إلى الكويت. وفي العام ٢٠٠٠ ذكر الأمين العام للأمم المتحدة أن كمية ضخمة من الممتلكات قد أعيدت منذ نهاية حرب الخليج، ولكن مازال هناك الكثير من الأشياء التي يجب إعادتها، وشدد على أن الأولوية يجب أن تعطى لإعادة العراق لمحفوزات الكويت والقطع التابعة للمتحف. وعقب احتلال الولايات المتحدة الأمريكية للعراق أصدر مجلس الأمن القرار رقم ١٤٨٣ الذي ألزم الدول الأعضاء على اتخاذ الخطوات المناسبة لتسهيل عودة الممتلكات الثقافية العراقية المأخوذة من المؤسسات العراقية والأشياء الأخرى ذات الأهمية الأثرية والتاريخية والثقافية وذات الأهمية العلمية النادرة، وذات الأهمية الدينية التي أخذت بصورة غير قانونية من المتحف الوطني العراقي والمكتبة الوطنية ومن مواقع أخرى في العراق منذ اتخاذ القرار ٦٦١ (١٩٩٠)، بما في ذلك عن طريق فرض حظر على الاتجار بهذه الأشياء أو نقلها، وكذلك الأشياء التي من المعقول الاشتباه في أنها أخذت بصورة غير قانونية^(٣١). ومع أن هذه الممارسة تتعلق بدول أطراف في البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية، يمكن الاستنتاج أن واجب إعادة الممتلكات الثقافية المصدرة بطريقة غير مشروعة هو عرفي لأن هذا الواجب، إضافة إلى الدعم الذي وجد في الممارسة المشار إليها أعلاه لهذه القاعدة، يتضمنه الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية، وعلى الأخص في حظر الاستيلاء على الممتلكات الثقافية ونهبها (القاعدة العرفية ٤٠). وإذا كان الاستيلاء على الممتلكات الثقافية أو نهبها غير جائز، فمن الأولى ألا يجوز الاحتفاظ بها إن كانت قد صدرت بطريقة غير مشروعة. وتشكل إعادة الممتلكات المصدرة بطريقة غير مشروعة إلى مالكيها الشرعي شكلاً مناسباً من أشكال التعويض (القاعدة العرفية ١٥٠)، ولم يعثر على أية ممارسة رسمية مناقضة.

كما أنه لايجوز الاحتفاظ بالممتلكات الثقافية كتعويضات حرب، وهذا ما أكده البروتوكول الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية^(٣٢).

(٣١) القرار ١٤٨٣ (٢٠٠٣) - مجلس الأمن - الأمم المتحدة - ٢٢ - أيار - ٢٠٠٣. S/RES/1483 (2003).

(٣٢) جون - ماري هنكرتس - لويزدوزالد - بك - مرجع سابق - ص ١٢٢ - ١٢٣.

الفرع الثاني

التدابير المتخذة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية

يؤثر الاتجار بالممتلكات الثقافية على غالبية الدول، ولهذا فبالإضافة إلى الصكوك الدولية هناك العديد من الآليات المتاحة على المستوى الوطني والدولي. ومن أجل تيسير تنفيذ وإنفاذ الصكوك القانونية، يجب اتخاذ التدابير اللازمة^(٣٣).

من ذلك مثلاً إصدار القوانين المحلية الكفيلة بحماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها واتخاذ تدابير لتيسير التعرف على الممتلكات الثقافية، تدابير منع نقل ملكية الممتلكات الثقافية المقتناة بطرائق غير مشروعة أو المتحصل عليها بطرائق غير قانونية، والتنسيق الوطني والتعاون الدولي والصكوك الدولية.

أولاً - تشريعات وإجراءات حماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها:

حث المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الفقرة ٦ من قراره ٢٣/٢٠٠٨ الدول الأعضاء على حماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها، وذلك من خلال استحداث تشريعات ملائمة، تشمل بالأخص إجراءات للضبط أو الإعادة أو الرد إلى البلدان الأصلية، ونشر التعليم، والاضطلاع بحملات التوعية، ورسم خرائط بأماكن الممتلكات الثقافية وإجراء حصر لهذه الممتلكات، وتوفير التدابير الأمنية الكافية، وتنمية القدرات والموارد البشرية لمؤسسات الرصد، مثل الشرطة والجمارك وقطاع السياحة، وإشراك وسائط الإعلام، ونشر المعلومات عن سرقة الممتلكات الثقافية ونهبها.

وأقر فريق خبراء الإنتربول المعني بالممتلكات الثقافية المسروقة في اجتماعه التاسع في ليون - فرنسا - ٢٠١٢ على ضرورة اعتماد تشريعات وطنية راسخة لحماية التراث الوطني وبمزايا الصكوك القانونية الدولية الفعالة وتطبيقها، ويوصي البلدان الأعضاء في الإنتربول بمراجعة تشريعاتها الوطنية وتكييفها عند الاقتضاء مع احتياجات الحماية الفعالة للتراث الثقافي^(٣٤).

ولقد أوصت اللجنة الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلادها

(٣٣) دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ - شباط - ٢٠١٠. E/CN. 15/2010/6. ص ١٦.

(٣٤) استنتاجات الاجتماع التاسع لفريق خبراء الإنتربول المعني بالممتلكات الثقافية المسروقة - ليون (فرنسا) ٢٨ - ٢٩ - شباط ٢٠١٢.

الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع، الدول على مواصلة تزويد الأمانة بنسخة إلكترونية لتشريعاتها الوطنية المتعلقة بالتراث الثقافي وترجماتها الرسمية^(٣٥).

وأكدت على ذلك الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها ١٨٦/٦٨ المعنون بـ تعزيز التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها^(٣٦).

وأرسل الأمين العام في ٢٨/٨/٢٠٠٨ مذكرة شفوية إلى الحكومات يدعوها فيها إلى تقديم معلومات إلى مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة عن جهودها الرامية لتنفيذ قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٣/٢٠٠٨. أفادت الدول التي ردت على استفسارات الدراسة الاستقصائية بأن لديها تشريعات محددة قائمة لحماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها. وذكرت الإمارات العربية المتحدة في ردها أن سلطاتها المختصة تتخذ جميع ما يلزم من تدابير لتنفيذ قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٣/٢٠٠٨. وأفادت الجزائر بأنها صدقت على اتفاقية اليونسكو بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠، واتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المتعلقة بالممتلكات الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة لعام ١٩٩٥، واتفاقية عام ١٩٧٣ المتعلقة بحماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي، وأنها اعتمدت تشريعات وطنية تمثل لهذه الصكوك^(٣٧).

وأفادت عدة دول بأنها اتخذت تدابير محددة بشأن ضبط الممتلكات وإعادتها وردها إلى بلدانها الأصلية (أستراليا وألمانيا وأوروغواي وسويسرا وكرواتيا والمكسيك والمملكة العربية السعودية والمملكة المتحدة واليابان)، فيما أشار بعض الدول إلى المساعدة القانونية المتبادلة على وجه التحديد (ألمانيا والمملكة المتحدة). وذكرت

(٣٥) اللجنة الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلادها الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع - التقرير الختامي للدورة السادسة عشرة - ٢١ - ٢٣/٩/٢٠١٠ - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم 16/6 COM. 203/CONF. 2010/CLT.

(٣٦) القرار ١٨٦/٦٨ المعنون بـ تعزيز التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها - الجمعية العامة - الأمم المتحدة A/RES/68/186 -.

(٣٧) تقرير الأمانة العامة -تطبيق الدول الأطراف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على الجرام المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية -مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة - ٢٠١٢ - ص٣.

سويسرا أن إعادة الممتلكات لن تتم إذا ما كان الرد قد يعرضها للخطر، وستزود المتاحف السويسرية أو المؤسسات المماثلة بما يلزم من دعم مالي للحفاظ على هذه المصنفات وحمايتها.

وأبلغ العديد من الدول عن حالات محددة لضبط الممتلكات وإعادتها. فقد أعيدت مثلاً في عام ٢٠٠٥ أكثر من ١٠٠٠٠ حفرة تزيد قيمتها على ٥ ملايين دولار من أستراليا إلى الصين. وذكرت النمسا أنها تمكنت من إعادة مصنفات سرقت من كنائس في الجمهورية التشيكية وسلوفاكيا في إطار التوجيه 93/7/EEC الصادر عن مجلس الجماعات الأوروبية، ولكنها أشارت إلى أن إجراءات الإعادة تميل إلى البطء والتعقيد.

وأفادت المملكة المتحدة بأن الجزء ٦ من قانون المحاكم وإنفاذ الأحكام لعام ٢٠٠٧ يوفر الحصانة من الضبط للمواد الثقافية المعارة من الخارج للعرض بصفة مؤقتة في إقليمها. وهناك عدد من الشروط لا بد من استيفائها لكي تسري الحماية على الممتلكات، فيجب مثلاً أن يقر وزير الخارجية المتحف، وينبغي أن يمثل المتحف للقانون المتعلق بنشر المعلومات عن الممتلكات المحمية.

وذكرت بعض الدول (بيلاروس وسويسرا وكرواتيا) أنها اضطلعت بأنشطة تدريبية شارك فيها موظفون من الجمارك والشرطة والمختصون بالمحافظة على الممتلكات الثقافية، وممتلكو القطع الأثرية وأصحاب المجموعات التذكارية، وموظفو المتاحف والمعارض.

وأفاد بعض الدول بوجود تدابير أمنية لحماية الممتلكات الثقافية. وشجعت بيلاروس على تنظيم أنشطة يضطلع بها حراس في المواقع المعرضة للخطر وتفتيش تلك المواقع. وأيدت كرواتيا إنشاء نظم أمنية حديثة وتركيب أجهزة إنذار بالحرائق في المواقع التي تحوي ممتلكات ثقافية. وذكرت أورغواي أن شرطتها تشرك المجتمع ككل في التصدي للمشاكل المتعلقة بالأمن، وقد استهل هذا النشاط مع إنشاء لجنة حفظ الأمن في الجوار. وتتولى مصر حماية مواقعها الأثرية بوسائل منها استخدام قوات شرطة خاصة حاصلة على تدريب خاص في هذا المجال.

وذكرت بعض الدول وجود تدابير محددة للتصدي للحفريات (أعمال التنقيب) غير المشروعة (كرواتيا والمملكة المتحدة) أو أفادت بأنها عاكفة على وضع هذه التدابير (أرمينيا). وأفادت كرواتيا بأن نطاق تلك التدابير يمتد ليشمل رصد المواقع المغمورة بالمياه والحفريات وعمليات استكشاف المواقع الأثرية.

وذكرت أرمينيا أنها وزعت على المنظمات المعنية بالحفاظ على الممتلكات الثقافية واقتنائها وبيعها، كتيبات عن أنشطة الوقاية في هذا الشأن تتضمن معلومات عن

المعايير الأخلاقية والمتطلبات العالمية المتصلة باقتناء الممتلكات الثقافية التي يكون منشؤها في إقليم بلدان أخرى. وذكرت كرواتيا أيضاً أنها تنشر معلومات متاحة للاطلاع العام عن الأعمال الفنية المسروقة والمفقودة، عن طريق موقع وزارة الداخلية على الإنترنت ومن خلال الصحافة والمحلات المهنية والتلفزيون وما إلى ذلك. وأفادت دولة بوليفيا المتعددة القوميات بأنها تعد حملة توعية وتدريب بشأن الحفاظ على التراث الثقافي والفني وحمايته.

وأفادت كرواتيا بأنها تعد قاعدة بيانات مكرسة للأعمال الفنية المسروقة والممتلكات الثقافية المفقودة، وهي قاعدة ذات أهمية خاصة للمنظمات والرابطات المهنية وممثلي شركات التأمين وهواة جمع التحف وتجار الأعمال الفنية والخبراء المطلوبين للشهادة، واستحدثت المملكة المتحدة ضرباً من خدمات الاتصال الحاسوبي المباشر الاستشارية لإسداء المشورة بشأن الممتلكات الثقافية، وقد بدأ عمله في شباط ٢٠٠٧. وهذه الخدمة هي مصدر عملي للمعلومات والإرشادات اللازمة لمساعدة مستخدميها على جمع المقتنيات الفنية والتحف والقطع الأثرية وشرائها وبيعها بشكل مشروع. ويتضمن الموقع الشبكي مجالات منفصلة لمن يعملون في تجارة المقتنيات الفنية والتحف والقطع الأثرية، بمن فيهم التجار ومنظمو المزادات، والأفراد الذين يعملون لحسابهم الخاص، والمجموعات العامة.

وذكرت عدة دول أنها اضطلعت بجهود لجمع البيانات وتبادلها في مجال الممتلكات الثقافية. وقامت بلغاريا وبيلاروس وجمهورية مولدوفا وكرواتيا بجمع البيانات أساساً من أجهزة الشرطة الوطنية لديها لاستنباط الاتجاهات السائدة. وأفادت بعض الدول (بلغاريا وجمهورية مولدوفا وكرواتيا واليابان) بأن هذه البيانات يتم تبادلها مع مؤسسات ذات صلة تابعة لحكومات أخرى أو من خلال مؤسسات دولية مثل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) ومكتب الشرطة الأوروبي (اليوروبول). وذكرت دولة بوليفيا المتعددة القوميات أن الإنتربول ومجلس المتاحف الدولي يخطران فوراً بأي سرقة للممتلكات الثقافية^(٣٨).

أفادت اليونان أنه منذ توقيع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكولاتها الثلاثة في عام ٢٠٠٠، أرست إطاراً قانونياً دولياً لمكافحة الجريمة المنظمة ووضعت تعريفاً للجريمة المنظمة كما تتطلبه الاتفاقية.

(٣٨) تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 - ص ٤ - ٥.

وأوضحت أن أثر الاتفاقية فيما يتعلق بالجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية شديد الأهمية، وأن الأدوات القانونية الممنوحة لسلطات النيابة العامة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية (أساليب التحري الخاصة وإزالة السرية والأحكام المجرمة للجريمة المنظمة) كان لها دور حاسم في التصدي لتلك القضايا.

وقدمت اليونان مثلاً على قضية شملت تفكيك منظمة إجرامية ضالعة في الاتجار بالقطع الأثرية لبيان أن اللجوء إلى أساليب التحري الخاصة المتوخى في المادة ٢٥٣ ألف من قانون الإجراءات الجنائية يمكن أن يكون فعالاً.

في ١٤ آذار ٢٠١٢، قامت مديرية الشرطة في هالديكي بتفكيك منظمة إجرامية مكونة من عدة أعضاء كانوا ضالعين في تهريب عدد كبير من الممتلكات الثقافية في ١٣ منطقة باليونان. وأثناء العملية التي قامت بها الشرطة، تم اعتقال ٤٤ مواطناً يونانياً وبالأخص زعيم المنظمة الإجرامية إلى جانب ٤٣ من أعضائها الرئيسيين والفرعيين. وكان زعيم المنظمة الإجرامية قد كون الجماعة المنظمة للاضطلاع بأنشطة تتعلق بالتجارة غير المشروعة في الممتلكات الثقافية، وخصوصاً في الخارج. وكان أعضاء المنظمة الإجرامية يحصلون على المسروقات في العادة من الحفريات غير المشروعة في أماكن مختلفة من اليونان، وخصوصاً مقدونيا وThessaly وستيريا غلادا.

وكان زعيم المنظمة الإجرامية يرسل القطع الأثرية المكتشفة إلى الخارج لبيعها عن طريق شبكة كان قد قام بتأسيسها. وجرت العادة على أن يسافر الزعيم إلى الخارج لحمل المسروقات أو يرسلها عن طريق سعاة يحملونها في مظاريب خاصة وبكميات قليلة حتى لا يكتشف أمرها. وكشفت التحريات عن قيام الزعيم برحلات متكررة إلى كل من ألمانيا وبلغاريا وسويسرا والمملكة المتحدة إلى جانب ورود العديد من التحويلات المالية من الخارج إليه. وقد أسفر العديد من عمليات التفتيش التي قامت بها سلطات إنفاذ القانون اليونانية في بيوت المعتقلين وفي مبان أخرى في مناطق مختلفة من البلاد عن العثور على آلاف العملات (أكثر من ٨٠٠٠ قطعة) تعود إلى القرن السادس قبل الميلاد وسنوات الدولة البيزنطية. كما عثر على كثير من القطع الأخرى من الممتلكات الثقافية و أجهزة كشف المعادن والأسلحة والكتب ومواد للتعرف على العملات والنقود القديمة وتمت مصادرتها^(٣٩).

(٣٩) وأشارت البرتغال إلى أنه تم إرساء إطار تشريعي للتصدي للاتجار بالممتلكات الثقافية، ولكن دون أن تحدد ما إذا كان الإطار يشمل أيضاً متطلبات اتفاقية الجريمة المنظمة أو إذا كانت قد طبقت بالفعل الاتفاقية على الدعاوى القضائية أو طلبات التعاون الدولي المتعلقة بالاتجار بالممتلكات الثقافية.

ثانياً - تدابير لتيسير التعرف على الممتلكات الثقافية:

أفادت معظم الدول بأنها اتخذت بالفعل تدابير لتيسير التعرف على الممتلكات الثقافية، أو بأن من المقرر أن تتخذها. وتشمل التدابير تعريف مفهوم الممتلكات الثقافية وإجراء حصر لها، أو وضع قوائم بأسمائها، تقترن في أغلب الأحيان بإنشاء قواعد للبيانات.

وذكرت أرمينيا أن من المقرر إجراء حصر وطني للممتلكات الثقافية المحمية يستند إلى قاعدة بيانات خاصة بالتراث التاريخي والثقافي المنقول أنشئت بمبادرة من وكالة حفظ الممتلكات الثقافية. وتحفظ أستراليا بقائمة رقابية لممتلكاتها المحمية. ووضعت بيلاروس في عام ٢٠٠٨ قائمة بأسماء الممتلكات الثقافية المقيّد نقلها عبر حدودها الجمركية في سياق أنشطة التصدير ذات الأغراض غير التجارية. أما بلغاريا فقد عرفت مفهوم المقتنيات الثقافية القيمة، لتتمكن من تحديد الممتلكات التي من شأنها أن تستفيد من حماية خاصة.

ووضعت بيلاروس قائمة تضم ممتلكات ملموسة ومظاهر للإبداع الإنساني غير ملموسة مسجلة بقرار من مجلس الوزراء على أنها من ممتلكات تاريخية وثقافية. ولكل قطعة من الممتلكات التاريخية والثقافية بطاقة مرجعية وجواز سفر صادر بشأنها. وتحفظ بيلاروس أيضاً بقاعدة بيانات خاصة بتراثها التاريخي والثقافي لحفظ وتنظيم السجلات والمعلومات فيما يخص المنتجات المميزة ودلائل تطور شعب بيلاروس تاريخياً وثقافياً وروحياً، وفيما يخص الممتلكات المادية المفقودة ومظاهر الإبداع الإنساني غير الملموسة.

وذكرت دولة بوليفيا المتعددة القوميات أنها تصوغ قانوناً بشأن إشهار التراث الثقافي، يرسى إجراءات ومعايير لإشهار التراث الثقافي غير المادي. وأفادت مصر بأنها، في إطار سعيها لمنع الاتجار، تبدأ إجراءات تسجيل الآثار التي يعثر عليها في المواقع الأثرية، فور العثور عليها، بما يشمل التقاط صور رقمية لكل قطعة وتحديد مواصفاتها بدقة. وتنقل مباشرة من مكان العثور عليها إلى متحف أو مخزن لحفظها، حسب الاقتضاء.

وتوفر كرواتيا الحماية القانونية للممتلكات الثقافية بقاءً لمجموعاتها أو قطعها في

= تقرير الأمانة العامة - تطبيق الدول الأطراف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية - مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة ٢٠١٢ - ص ٥ - ٦.

سجل الممتلكات الثقافية المحمية. وبالإضافة إلى ذلك، وثقت أقيم المجموعات، ولاسيما المجموعات ذات الطابع الديني وأدرجت في قواعد البيانات. ويجري التعاون مع السلطات الكنسية من أجل وضع قوائم جرد مفصلة للمجموعات الكنسية. ويتواصل العمل على تحسين نوعية ونطاق الأدلة المستندية الخاصة بمقتنيات المتاحف والمعارض.

وأبلغت اليابان عن تدابير مختلفة تمكنها من التحقق من منشأ الممتلكات الثقافية وهويتها عن طريق فرض شروط قانونية على التجار، من قبيل حفظ القيود بدفاتر الحسابات والإبلاغ عن القطع المزيفة التي يشتبه فيها. وتسهلاً للتعرف على الممتلكات واستردادها، أفادت المكسيك بأنها تعمل على وضع قائمة مفهولة بالممتلكات الثقافية المسروقة والأعمال الفنية المحفوظة في الكنائس والمتاحف في مختلف أرجائها التي لم تخضع - مع هذا بعد - لحماية المعهد الوطني للأنثروبولوجيا والتاريخ، ويجري العمل على تنظيم قواعد بيانات تتضمن معلومات عن الاتجار بالممتلكات الثقافية في استرداد القطع المسروقة.

وذكرت سويسرا أن تشريعها يشترط إجراء حصر على المستوى الاتحادي لتسجيل جميع الممتلكات الثقافية في قاعدة بيانات مركزية.

وأكدت المكسيك ضرورة استصدار شهادات معتمدة للممتلكات الثقافية، لأن ذلك من الشروط الأساسية لتقديم التماسات التفويض القضائي بغية تأمين إعادة الممتلكات الثقافية المسروقة الموجودة في إقليم بلد آخر. وأفادت المكسيك بأن عدم حيازة السلطات الوطنية على شهادات مناسبة للممتلكات الثقافية هو أحد العقبات الرئيسية في تأمين إعادة الممتلكات الأثرية التي أخذت إلى الخارج، ويجعل من الصعب رفع دعوى على حكومات البلدان التي توجد فيها هذه الممتلكات^(٤٠).

ولقد أوصت اللجنة الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلادها الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع بتشجيع الدول على تعزيز سياساتها الوطنية المتعلقة بإعداد قوائم حصر بالتراث المادي، وذلك فيما يخص المتاحف والمؤسسات الثقافية والمواقع الثقافية، ولاسيما المواقع الأثرية وأماكن العبادة، وتطلب إلى الدول الأعضاء إرسال المزيد من المعلومات بشأن التراث الثقافي المسروق أو الذي تم العثور عليه من جديد إلى الأمانة العامة للإنتربول، مع القيام

(٤٠) تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية . لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 - ص ٦.

أيضاً بحث مرافق الشرطة المحلية على نقل هذه المعلومات إلى مكتب الإنتربول في البلدان التي تتواجد فيها^(٤١).

ثالثاً - تدابير منع نقل ملكية الممتلكات الثقافية المقتناة بطرائق غير مشروعة أو المتحصل عليها بطرائق غير قانونية:

حث المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الفقرة ٧ من قراره ٢٣/٢٠٠٨ الدول الأعضاء على اتخاذ تدابير فعالة لمنع نقل ملكية الممتلكات الثقافية المقتناة بطرائق غير مشروعة أو المتحصل عليها بطرائق غير قانونية، لاسيما من خلال المزادات، بما فيها مزادات الإنترنت، وإعادتها أو ردها إلى بلدانها الأصلية.

وأفاد بعض الدول بوضع لوائح بشأن التصدير والاستيراد وتدابير محددة للتصدير المؤقت، مثل تصاريح أو تراخيص التصدير. وذكرت أرمينيا وأستراليا وبيلاروس وكرواتيا ومصر والمكسيك والمملكة المتحدة والنمسا أنها ترصد صادرات الممتلكات الثقافية التي يحظر تصديرها دون تصريح من السلطة المختصة. وأفادت النمسا بأن هذا الشرط سار على جميع الأعمال الفنية المصدرة، بغض النظر عن منشئها، كما أفادت بأن كبار منظمي المزادات يتصلون بالسلطات في حالة عدم وجود هذه التراخيص.

وترصد أرمينيا الواردات وتضبط ما هو غير مشروع منها، وخلال فترة الأعوام ٢٠٠٣ - ٢٠٠٦، سجلت ١٢ حالة تصدير غير مشروع شملت ١١٤ قطعة من الممتلكات الثقافية. أما في بيلاروس، فقد كشفت هيئة الجمارك ١٦ حالة نقل غير مشروع لممتلكات ثقافية عبر الحدود الجمركية في عام ٢٠٠٩ (مقارنة بعام ٢٠٠٨، الذي كشف فيه ٤٠ حالة) وتخضع الواردات للرصد في كرواتيا أيضاً.

وتطبق هيئة الحدود في المملكة المتحدة إجراءات للقيام، كلما أمكن، بالتحقيق في الحالات التي تظن فيها إلى سلع مشبوهة في إطار سير عملها العادي، وملاحقة هذه الحالات. ومجموعات السمات المدرجة في نظام معالجة بيانات القيود الخاص بالهيئة مصممة للتحقق من أصالة المواد الثقافية التي يعلن أن منشأها بلد معين دون إثبات رسمي. ونشرت أيضاً المملكة المتحدة مبادئ توجيهية لمساعدة المتاحف والمكتبات ودور المحفوظات على اتخاذ ما يلزم من احتياطات تكفل حصولها أو استعادتها للقطع

(٤١) اللجنة الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلادها الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع - التقرير الختامي للدورة السادسة عشرة - ٢١ - ٢٣/٩/٢٠١٠ - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم 16/6 COM/CONF. 203/CLT - 2010.

المقبولة من الناحية الأخلاقية حصراً، ورفضها للقطع التي قد تكون منهوبة أو مصدرة بطريقة غير مشروعة.

وتلزم سويسرا والمملكة المتحدة المشتري بأن يتحقق من شرعية منشأ ما يشتريه. وفي عام ٢٠٠٣، اعتبرت المملكة المتحدة أن كل من يتعامل بطريقة غير أمنية في ممتلكات ثقافية مشبوهة، مع علمه أو اعتقاده بأنها كانت كذلك، إنما يرتكب جريمة. أما في سويسرا، فإن المشتري مسؤول عن تأمين المعلومات، وعليه أن يثبت أنه أبدى قدراً من اليقظة^(٤٢).

وفيما يتعلق باتخاذ تدابير محددة لمنع نقل ملكية الممتلكات الثقافية المقتناة بطرائق غير مشروعة أو المتحصل عليها بطرائق غير قانونية بواسطة الإنترنت، أفادت المملكة المتحدة بأن المتحف البريطاني ومجلس المتاحف والمكتبات ودور المحفوظات أعلنوا في تشرين الأول ٢٠٠٦ عن توقيع مذكرة تفاهم مع شركة كبرى للمزادات عبر الإنترنت، يتولى بموجبها المتحف البريطاني رصد موقع الشركة على الإنترنت فيما يخص الأشياء التي يحتمل أن تكون كنوزاً، ويستفسر من الجهات التي تبيعها عنها، ويخطر الوحدة المعنية بالقطع الفنية والتحف والتابعة لشرطة العاصمة بأي شيء لا يبلغ عنه. وفي عام ٢٠٠٧ زودت الشرطة بمعلومات عن ١٤٤ حالة.

وفي ٢٠ تشرين الأول ٢٠٠٩، وقع المكتب الاتحادي للشؤون الثقافية في سويسرا، بالتعاون مع الشرطة الاتحادية والرابطة السويسرية لعلماء الآثار في المقاطعات الاتحادية، إعلاناً للنوايا مع شركة كبرى للمزادات المنظمة عبر الإنترنت، وذلك بهدف الحد من عرض الممتلكات الثقافية على الإنترنت. وذكرت كرواتيا أن وزارة الثقافة لديها ترصد بيع الآثار في المزادات المنظمة على الإنترنت.

رابعاً - التنسيق الوطني:

فيما يتعلق بمؤسسات الرصد، واستناداً لقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٣/٢٠٠٨، أفادت بعض الدول سلطاتها الوطنية المسؤولة عن الوقاية من الاتجار بالممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها. فذكرت أرمينيا أن المؤسسات المسؤولة عن حماية التراث الثقافي هي إدارة شؤون التراث الثقافي والممتلكات الثقافية في وزارة الثقافة والهيئات المعنية بحفظ الآثار التاريخية والثقافية والممتلكات الثقافية.

وفي أستراليا، تتولى وزارة البيئة والمياه والتراث والفنون، بمشاركة نشطة من

(٤٢) تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 - ص ٧.

دائرة الجمارك وحماية الحدود الأسترالية والشرطة الاتحادية الأسترالية، إدارة التشريعات المتعلقة بحماية مقتنيات التراث الثقافي المنقولة. وفي بيلاروس، تصدر وزارة الثقافة أذن تصدير الممتلكات الثقافية مع تقييد نقلها عبر الحدود، وتتعاون مع الوزارات في دول أخرى على توقيع اتفاقيات تعاون مشتركة بين الحكومات، واضطلعت وزارة الداخلية، مع لجنة الجمارك وجهاز الأمن ولجنة الحدود، وكلها جهات تابعة للدولة، بأنشطة منسقة مشتركة فيما بينها للكشف عن عمليات تهريب الممتلكات الثقافية وسرقتها ومنع هذه العمليات.

أما في بلغاريا، فإن وزارة الداخلية هي السلطة المختصة بمنع وكشف الأنشطة الإجرامية المتعلقة بالممتلكات الثقافية والتاريخية، فضلاً عن تبادل المعلومات مع الشرطة بشأن العمليات الدولية، بينما تندرج إجراءات المصادرة والاسترداد والرد وسندات الملكية ضمن نطاق اختصاص وزارة الثقافة. وتندرج أنشطة المساعدة القانونية المتبادلة والتعاون ضمن نطاق اختصاص نيابة دائرة النقض العليا ووزارة العدل، فيما تختص وزارة التربية والتعليم والشباب والعلوم بتعزيز أنشطة التدريب والتوعية في ميدان التعليم.

وتنهض وزارة الثقافة في كرواتيا بمهمة منع الاتجار بالممتلكات الثقافية، بتعاون وثيق مع وزارة الشؤون الدولية وسائر الدوائر والمؤسسات المعنية. وذكرت عمان أنها أنشأت وزارة مستقلة تركز على التراث والثقافة للحفاظ على تراثها الحضاري. وفي قطر، يتولى المكتب المعني بحماية حقوق التأليف والنشر وما يتصل بها من حقوق، الذي يخضع لسلطة وزارة التجارة والصناعة، الإشراف على تنفيذ القانون الشامل لجميع أنواع الممتلكات الثقافية في الدولة. وفي سويسرا، أنيطت بالمكتب الاتحادي لشؤون الثقافة وفرعه المتخصص المعني بنقل ملكية الممتلكات الثقافية والوقاية من الاتجار بها. ويتعاون المكتب أيضاً مع الشرطة الاتحادية وغيرها من المؤسسات، حسب الاقتضاء.

وأنشئت في مصر مديرية لرد القطع الأثرية من أجل تقديم دراسة استقصائية شاملة عن جميع الآثار التي صدرت منها بشكل غير مشروع. وتواظب المديرية على إجراء اتصالات مع القنصليات والسفارات التي تبلغ عن آثار مشبوهة.

وتتولى السلطات الأثرية في الجمهورية العربية السورية المحافظة على الآثار، وتقرير أثرية الأشياء والمباني التاريخية والمواقع الأثرية وما يجب تسجيله من آثار، ويعني تسجيل أثر ما إقرار الدولة بما يمثله من أهمية تاريخية أو فنية أو قومية،

وعملها على صيانتها وحمايتها ودراسته والانتفاع به، ويراد بتعبير السلطات الأثرية، المديرية العامة للآثار والمتاحف^(٤٣).

خامساً - التعاون الدولي والصكوك الدولية:

حث المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره ٢٢/٢٠٠٨ الدول الأعضاء والمؤسسات ذات الصلة، حسب الاقتضاء، على تعزيز آليات التعاون الدولي وتطبيقها تطبيقاً كاملاً لتوثيق ضروب هذا التعاون، بما يشمل تبادل المساعدة القانونية، من أجل مكافحة الاتجار بالمتعلقات الثقافية، بما في ذلك الاتجار الممارس باستخدام الإنترنت ولتيسير استرجاع الممتلكات الثقافية أو إعادتها أو ردها إلى بلدانها الأصلية؛ وحث المجلس أيضاً الدول الأعضاء على مواصلة تعزيز التعاون الدولي وتبادل المساعدة من أجل منع الجرائم المرتكبة في حق الممتلكات الثقافية التي تشكل جزءاً من التراث الثقافي للشعوب وملاحقة مرتكبيها قضائياً، وعلى التصديق على اتفاقية عام ١٩٧٠ المتعلقة بالتدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة، وسائر الصكوك الدولية ذات الصلة وتنفيذها^(٤٤).

وجاء في إعلان السلفادور بشأن الإستراتيجيات الشاملة لمواجهة التحديات العالمية: نظم منع الجريمة والعدالة الجنائية وتطورها في عالم متغير.

نحن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة وقد اجتمعنا في مؤتمر الأمم المتحدة

(٤٣) المادة ٢ - قانون الآثار الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٢ تاريخ ٢٦ - ١٠ - ١٩٦٣

مع جميع تعديلاته. <http://www.dgam.gov.sy/index.php?m=278>

(٤٤) تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالمتعلقات الثقافية . لجنة منع الجريمة والعدالة

الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 - ص ١١.

نجد أن فكرة تعزيز التعاون بين الدول الأطراف تتخلل اتفاقية ١٩٧٠ بأكملها، وخاصة في حال تعرض التراث الثقافي لخطر النهب، فتنص المادة ٩ على إمكانية الاضطلاع بأعمال محددة أخرى كالمطالبة بمراقبة الواردات والصادرات، وقد استندت الولايات المتحدة الأمريكية إلى هذه المادة في بعض المعاهدات الثنائية.

التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمتعلقات الثقافية - دليل اليونيسكو

- منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - 06/22 - CLT/CH/INS -

ص ١١.

Lyndel V. Prott - international control of illicit movement of the cultural heritage: the 1970 UNESCO convention and some possible alternatives - syracuse journal of ynternational law commerce. vol. 10 - 1983 - - p333.

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sjilc10&div=20&id=&page=>

الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية في سلفادور، البرازيل في الفترة من ١٢ إلى ١٩ نيسان ٢٠١٠، من أجل اتخاذ تدابير منسقة أكثر فعالية نسعى من خلالها، بروح من التعاون إلى منع الجريمة ومقاضاة مرتكبيها ومعاقتهم والتماس العدالة.

نرحب بقرار لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية بإجراء مناقشة مواضيعية بشأن الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية وبالتوصيات الصادرة عن فريق الخبراء الحكومي الدولي مفتوح باب العضوية المعني من الاتجار بالممتلكات الثقافية في الاجتماع الذي عقده في فيينا في الفترة ٢٤ - ٢٦ تشرين الثاني ٢٠٠٩، وندعو اللجنة إلى إجراء متابعة ملائمة تشمل بحث ضرورة وضع مبادئ توجيهية لمنع الجريمة فيما يخص الاتجار بالممتلكات الثقافية، وعلاوة على ذلك نحث الدول التي لم تضع بعد تشريعات فعالة من أجل منع هذه الجريمة بكل أشكالها ومقاضاة مرتكبيها ومعاقتهم ومن أجل تعزيز التعاون الدولي والمساعدة التقنية في هذا المجال، بما في ذلك استرداد الممتلكات الثقافية وإعادة تمثيلها على أن تقوم بذلك، ووضعة في الاعتبار، حسب الاقتضاء الصكوك الدولية القائمة ذات الصلة بالموضوع، ومن بينها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

نسلم بأن التعاون الدولي في المسائل الجنائية وفقاً للالتزامات الدولية والقوانين الوطنية هو حجر الزاوية في الجهود التي تبذلها الدول من أجل منع الجريمة، وبخاصة في أشكالها العابرة للحدود الوطنية، ومقاضاة مرتكبيها ومعاقتهم، ونشجع على مواصلة هذه الأنشطة وتعزيزها على جميع المستويات^(٤٥).

وأشارت عدة دول إلى الاتفاقيات الدولية المتصلة بمنع الاتجار بالممتلكات الثقافية، وإنشاء آليات تعاون دولي لهذا الغرض. وأفادت كل من أستراليا وبيلاروس وسويسرا وعمان وقطر وكرواتيا ومصر والمملكة العربية السعودية والمملكة المتحدة واليابان وأرمينيا والمانيا وأوروغواي وبلغاريا وبوليفيا (دولة متعددة القوميات) وجمهورية مولدوفا والمكسيك والمملكة المتحدة، بأنها أطراف في اتفاقية عام ١٩٧٠. وأفادت أرمينيا بأن اتفاقية عام ١٩٧٠ ترجمت ونشرت ووزعت رسمياً على

(٤٥) إعلان السلفادور بشأن الإستراتيجيات الشاملة لمواجهة التحديات العالمية: نظم منع الجريمة والعدالة الجنائية وتطورها في عالم متغير - مرفق بقرار اتخذته الجمعية العامة في ٢١ - كانون الأول - ٢٠١٠ - الدورة الخامسة والستون - البند ١٠٥ من جدول الأعمال - الجمعية العامة - الأمم المتحدة A/RES/65/230 .

المتاحف والمكتبات وغيرها من المنظمات، مع شروح لأحكامها الرئيسية، بينما أفادت مصر بأن لجنة وطنية أنشئت لغرض تنفيذ أحكام الاتفاقية بشأن الرد.

ونذكرت دول أخرى اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حال قيام نزاع مسلح (عمان وقطر وكرواتيا والمملكة العربية السعودية). وأشارت كرواتيا إلى اتفاقية حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه، التي دخلت حيز النفاذ في كانون الثاني ٢٠٠٩. كما أشارت كرواتيا إلى الاتفاقية المتعلقة بالممتلكات الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) بروما في ٢٤ - حزيران - ١٩٩٥، فضلاً عن لوائح الاتحاد الأوروبي الخاصة في هذا المجال.

وأشارت المملكة المتحدة والنمسا إلى توجيه مجلس الجماعات الأوروبية EEC\7\93 بشأن إعادة المواد الثقافية التي نقلت بطرائق غير قانونية من إقليم دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، و هو توجيه يمنح جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي الحق في اتخاذ ما يلزم من إجراءات لاسترداد المواد الثقافية.

ونذكرت عمان والمملكة العربية السعودية اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي. وبالإضافة إلى ذلك، أشارت قطر إلى الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف بصيغتها المنقحة في باريس ٢٤ - تموز ١٩٧١.

وقدمت دولتان تقارير عن التعاون الإقليمي، حيث أبلغت أرمينيا وبيلاروس عن إبرام اتفاقات للتعاون الإقليمي مع كومنولث الدول المستقلة. وأفادت بيلاروس كذلك بأن العمل جارٍ، في إطار إنشاء نظام للوائح غير التعريفية داخل الاتحاد الجمركي لدول الكومنولث، على توحيد القوانين المنظمة لنقل الممتلكات الثقافية التي تخضع لقيود في نقلها عبر حدود الاتحاد الجمركي. ويتواصل إعداد مشروع قائمة بأسماء الممتلكات الثقافية التي تخضع لقيود في تصديرها من إقليم الاتحاد الجمركي، مع مشروع لوائح تنظم إدارة هذه الصادرات. وسوف ترسي القائمة واللوائح إجراءات موحدة لنقل الممتلكات الثقافية عبر حدود الاتحاد الجمركي.

وعلاوة على ذلك، أفادت بيلاروس بأنه يجري في إطار عمل المكتب الإقليمي للاتصالات الاستخبارية الكائن في موسكو والتابع للمنظمة العالمية للجمارك، جمع معلومات عن الممتلكات الثقافية التي تحتجزها الهيئات الجمركية لمشاركة وتبادل هذه المعلومات على أساس دائم.

وأفادت بعض الدول بأنها تفاوضت على إبرام اتفاقات ثنائية محددة لحماية

الممتلكات الثقافية وتسهيل إعادتها. ووقعت بيلاروس مع ليتوانيا في عام ٢٠٠٩ اتفاقاً للتعاون بشأن حماية التراث التاريخي والثقافي. كما أفادت بأنها تواصل تنفيذ الإجراءات اللازمة مع أوكرانيا لتوقيع اتفاق تعاون حكومي دولي للتصدي لاستيراد الممتلكات الثقافية وتصديرها على نحو غير مشروع. وذكرت مصر أنها تستعين أيضاً بقنوات دبلوماسية للتفاوض على إعادة الأشياء المسروقة.

وذكرت سويسرا أنها تفاوضت، على أساس اتفاقية ١٩٧٠، على إبرام اتفاقات بشأن استيراد الممتلكات الثقافية وإعادتها. وقد أبرمت هذه الاتفاقات مع كل من إيطاليا وبيرو واليونان. وتواصل سويسرا التفاوض حالياً على إبرام اتفاقات مماثلة مع دول أطراف أخرى في الاتفاقية^(٤٦).

وأقرت أوروغواي بموجب قانون صادر في هذا الشأن اتفاقاً مع بيرو بشأن حماية وحفظ واسترداد وإعادة الممتلكات الثقافية والأثرية والتاريخية أو الأعمال الفنية المسروقة أو المصدرة على نحو غير مشروع أو المتاجر بها. وينظر البرلمان حالياً في اتفاق مماثل مع دولة بوليفيا المتعددة القوميات وفي مشروعين اتفاقيين اثنين مع شيلي وكولومبيا يتناولان المسألة نفسها.

وأفادت أستراليا بأنها اتخذت إجراءات بناء على طلبات عدد من الحكومات بشأن ضبط وإعادة ممتلكات تخص التراث الثقافي لبلدانها كانت قد صدرت على نحو غير مشروع مخالف لقوانينها المتعلقة بالتراث الثقافي. وأشارت المملكة العربية السعودية إلى أنها أعادت مؤخراً عدداً من الممتلكات الثقافية التي ضببتها سلطاتها الجمركية إلى بلدان منشؤها (العراق ومصر واليمن).

(٤٦) تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 - ص ١١-١٢.

أفادت سويسرا بأنها أقامت تعاوناً دولياً بشأن الاتجار بالممتلكات الثقافية دون التطبيق الفعلي لاتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة، ومن ثم، فإن سويسرا ليس لديها أية أمثلة على تطبيق الاتفاقية على قضايا الاتجار بالممتلكات الثقافية. وأفادت تركمانستان بأنه لا يوجد لديها أي أمثلة على استخدام اتفاقية الجريمة المنظمة في حالات الاتجار بالممتلكات الثقافية.

تقرير الأمانة العامة - تطبيق الدول الأطراف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على الجرائم المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية - مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة - ٢٠١٢ - ص ٥ - ٦.

وكلف مكتب النائب العام في المكسيك المركز الوطني للتخطيط والتحليل والمعلومات في مجال الجريمة ووحدة التحقيق الخاصة المعنية بمكافحة الجرائم البيئية والجرائم المستهدفة بقوانين محددة، بمهمة إنشاء آليات لتبادل المعلومات مع دول أخرى عن المسائل المتعلقة بالاتجار بالممتلكات الثقافية دعماً لاسترداد الممتلكات الأثرية أو الفنية. وضبطت في فرنسا ممتلكات أثرية مكسيكية بموجب اتفاق ثنائي بشأن المساعدة القانونية في المسائل الجنائية. وأشارت المكسيك إلى مشكلة التماسات التفويض القضائي التي تقرن بشرط يفرضه عدد من الدول يقضي بضرورة تضمين هذه الالتماسات تفاصيل من بينها ملابس الجريمة المرتكبة ومكان ارتكابها وزمان وقوعها، وطريقة سرقة الممتلكات الثقافية. وأشارت المكسيك كذلك إلى أن الممتلكات الأثرية غير الموثقة وغير المسجلة تسرق حتماً بطريقة سرية، ولذا لا تتوفر هذه المعلومات في أغلب الأحيان، مما يجعل أمر اتخاذ الإجراءات صعباً على الحكومة^(٤٧).

وأشارت الجزائر إلى أن القانون رقم ٠٥ - ٠٦ لعام ٢٠٠٥ بشأن تهريب البضائع، يتضمن أحكاماً بشأن المساعدة القانونية المتبادلة في حالات تهريب الممتلكات الثقافية من أجل منع تلك الجرائم والتحقيق فيها ومكافحتها بمزيد من الفعالية.

وحددت أن المساعدة القانونية المتبادلة تمنح على أساس معاهدة أو مبدأ المعاملة بالمثل، أو تشريع وطني، وإذا طلبت عن طريق البريد أو بالطرق الإلكترونية وكانت مصحوبة بكل المعلومات ذات الصلة^(٤٨).

وأبلغت الولايات المتحدة عن عدة أمثلة تصدت فيها وزارة العدل لديها، بصفتها السلطة المركزية في الولايات المتحدة الأمريكية المعنية بأمور المساعدة القانونية المتبادلة، لطلبات المساعدة القانونية المتبادلة فيما يخص الآثار والممتلكات الثقافية.

ففي عام ٢٠١٠، طلبت رومانيا المساعدة بشأن التحقيق مع مجموعة كبيرة من المتهمين المشتبه في قيامهم بسرقة عدد من العملات الذهبية والأساور الحلزونية الشكل من الموقع الأثري سارمزيغتوسا ريجيا. وكان من بين القطع المسروقة عملات

(٤٧) تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية . لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 - ص ١١.

(٤٨) تقرير الأمانة العامة - تطبيق الدول الأطراف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على الجرام المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية - مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة - ٢٠١٢ - ص ٨ - ٩.

فضية من نوع الكوزون، التي كانت مستخدمة في منطقة داقية وتعود إلى النصف الثاني من القرن الأول قبل الميلاد. كان الطلب يتعلق بمقابلات مع أفراد ذوي معرفة بالقطع الأثرية المسروقة ووثائق تتعلق بتهريب تلك القطع إلى داخل الولايات المتحدة. كما تضمن الطلب التماس المساعدة في تحديد أماكن القطع والتعرف عليها وضبطها وإعادتها إلى الحكومة الرومانية. وإلى الآن حددت السلطات الأمريكية ٤٥ عملة ووعاء إغريقياً واحداً من الفضة في الولايات المتحدة. وقد قدم الطلب عملاً بمعاهدة ثنائية لتبادل المساعدة القانونية واتفاقية اليونسكو بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠^(٤٩).

الخاتمة:

كثيراً ما تستخدم مصطلحات الممتلكات الثقافية والتراث الثقافي والسلع والقطع الثقافية كمتراذفات. فلا يوجد تعريف واحد عالمي لأي منها. وعلى الرغم من أنها تشير عموماً في الحديث العادي إلى نفس الأشياء إلا أنه ينبغي السعي إلى إيجاد تعريف دقيق لها وللنظام القانوني الذي ينطبق عليها (مثل قابلية التصرف فيها أو نقلها إلى الغير، ومدى صلاحيتها للتصدير)، في الاتفاقيات الدولية أو في التشريعات الوطنية (في حالة تطبيقها على الموضوع وعلى الدولة الطرف). ولذلك تختلف هذه التعاريف والنظم القانونية من معاهدة إلى أخرى أو من دولة إلى أخرى. وتقترب كلمة الممتلكات عموماً بخلفية قانونية مرتبطة بمفهوم الملكية، بينما تشدد كلمة التراث على صون القطع الثقافية ونقلها من جيل لآخر. ولا توجد أي مفاهيم ذات وجهة ثقافية لتمييز السلع والقطع^(٥٠).

ولأغراض مكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية درسنا واجبات الدول في حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع وفقاً للقانون الدولي سواء زمن السلم أم أثناء النزاعات المسلحة، ووضحنا التدابير المتخذة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية. من تشريعات وإجراءات حماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها، وتدابير لتيسير التعرف على الممتلكات الثقافية، وتدابير

(٤٩) تقرير الأمانة العامة - تطبيق الدول الأطراف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على الجرام المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية - مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة - ٢٠١٢ - ص ١٢.

(٥٠) التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - 06/22 - CLT/CH/INS - ص ٤ - ٥.

لمنع نقل ملكية الممتلكات الثقافية المقتناة بطرائق غير مشروعة أو المتحصل عليها بطرائق غير قانونية، وأهمية التنسيق الوطني والتعاون الدولي والصكوك الدولية من أجل حماية الممتلكات الثقافية من الاتجار غير المشروع.

وعليه يتضح لنا أنه ومن أجل تعزيز حماية الممتلكات الثقافية ومنع الاتجار بها، نؤكد على أهمية اتخاذ التدابير التالية:

- وضع قوائم جرد و/أو قوائم بأسماء الممتلكات الثقافية و/أو قواعد بيانات و/أو جوازات سفر بشأنها لإرساء أساس سليم للتعرف على الممتلكات الثقافية وتقديم مطالبات بردها وإعادتها إلى بلدانها الأصلية؛
- فرض شروط بشأن منح تراخيص الممتلكات الثقافية المعدة للتصدير؛
- عقد حلقات دراسية تدريبية مشتركة تشمل ضباط الشرطة وحرس الحدود وموظفي المتاحف والإعلاميين والجهات الأخرى ذات الصلة لتعزيز التفاهم وتوثيق التعاون بشكل أكبر؛
- تشديد الأمن في المواقع المعرضة للخطر ورصدها؛
- تعزيز التعاون بين الدول على الصعيد الثنائي والإقليمي والدولي؛
- تعزيز الآليات الدولية المتعلقة بإعادة الممتلكات الثقافية وردها إلى بلدانها الأصلية، وإبرام اتفاقات ثنائية وإقليمية لتبادل المعلومات وإعادة الممتلكات الثقافية وردها إلى بلدانها الأصلية؛
- تشجيع تبادل البيانات والمعلومات لزيادة المعلومات المتوفرة بشأن الاتجار بالممتلكات الثقافية على الصعيد العالمي^(٥١).
- تشجيع جميع الدول على النظر في التصديق على الاتفاقيات ذات الصلة بالحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية، لاسيما الاتفاقية المتعلقة بالوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة، والاتفاقية المتعلقة بالممتلكات الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.
- ينبغي على المكتب المعني بالمخدرات والجريمة واليونسكو والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، في إطار الصلاحيات الممنوحة لكل منها، المشاركة في

(٥١) تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية . لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 - ص ١٣ - ١٤ - ١٥.

استكشاف الروابط وأوجه التآزر بين تلك الاتفاقيات الثلاث، وكذلك مع سائر الصكوك الدولية ذات الصلة.

واستكشاف سبل وضع مبادئ توجيهية محددة لمنع الجريمة فيما يتعلق بالاتجار بالممتلكات الثقافية، بما في ذلك معايير الحرص الواجب عند اقتناء أحد الممتلكات الثقافية.

- ينبغي على الدول والمنظمات الدولية المختصة، كاليونسكو ومجلس المتاحف الدولي، أن تقوم ضمن حدود ولايتها الحالية، بتعزيز التنقيف وشن حملات لإنقاذ الوعي تشمل جملة جهات منها وسائل الاعلام، من أجل نشر المعلومات التي تتعلق بسرقة الممتلكات الثقافية ونهبها، وتستهدف - على سبيل المثال وعند الاقتضاء - السياح الذين يزورون المواقع الأثرية.
- كما ينبغي لها أن تتنني المشتريين عن جمع الآثار التي لا يمكن التأكد من مصدرها وذلك بجعل عملية الجمع هذه غير مقبولة اجتماعياً. وإضافة إلى ذلك، ينبغي على الدول أن تشجع مواطنيها على التبليغ عن القطع التي يعثر عليها وإحباط أعمال النهب لغرض المضاربة.
- ينبغي على اليونسكو والمكتب المعني بالمخدرات والجريمة ومجلس المتاحف الدولي والإنتربول واليونيديرو والمنظمة العالمية للجمارك وسائر المنظمات المختصة، ضمن حدود ولاية كل منها، مواصلة وكذلك تدعيم جهودها للمشاركة في تشجيع وتنظيم حلقات دراسية وحلقات عمل ومناسبات مماثلة للأغراض التالية:
- بناء القدرات وإنقاذ الوعي بشأن صوغ التشريعات الجنائية المتعلقة بالاتجار بالممتلكات الثقافية.
- إنقاذ الوعي على صعيدي المجتمعات المحلية وتقرير السياسات بأهمية حماية الممتلكات الثقافية ومنع ومكافحة الاتجار بتلك الممتلكات ومكافحته.
- بناء القدرات على وضع قوائم حصر وطنية ملائمة للممتلكات الثقافية والتوعية بها.
- بناء القدرات وإنقاذ الوعي بشأن استخدامات اتفاقية الجريمة المنظمة واتفاقية مكافحة الفساد لغرض الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية.
- ينبغي على الدول أن توفر - بمساعدة الإنتربول ومجلس المتاحف الدولي -

تدريباً متخصصاً لفائدة موظفي الشرطة والجمارك ودوائر مراقبة الحدود والمتاحف.

– ينبغي على المكتب المعني بالمخدرات والجريمة أن يقوم بتعاون وثيق مع اليونسكو واليونيدروا وسائر المنظمات المختصة، بتحديد الاحتياجات المتعلقة بالمساعدة التقنية لتنفيذ أحكام منع الجريمة المنطبقة على الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية^(٥٢).

(٥٢) مذكورة من الأمانة توصيات فريق الخبراء المعني بالحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - الدورة التاسعة عشرة - فيينا ١٧ - ٢١ - أيار - ٢٠١٠ - E/CN. 15/2010/5 - ص٧.

أطلق الاتحاد الأوروبي واليونسكو مشروع الصون العاجل للتراث السوري في ١ - آذار ٢٠١٤ لمدة ثلاث سنوات - للمزيد انظر:

<http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding-syrian-cultural-heritage-international-initiatives/emergency-safeguarding-of-syria-heritage/>

المراجع

الكتب:

- أ. د. أحمد أبو الوفا - القانون الدولي والعلاقات الدولية - دار النهضة العربية . القاهرة - ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩.
- أ. د. أحمد أبو الوفا - النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني (في القانون الدولي والشريعة الإسلامية) - دار النهضة العربية . القاهرة - ٢٠٠٩.
- جون ماري - هنكرتس - لويز دوزوالد - بك - القانون الدولي الإنساني العرفي - المجلد الأول: القواعد - اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
- الاتفاقيات والوثائق الدولية:
- الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية . لاهاي - تشرين الأول - ١٩٠٧.
- اتفاقية بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام ١٩٧٠ - الدورة السادسة عشرة - سجلات المؤتمر العام - باريس ١٢ - أكتوبر - ١٤ - نوفمبر - ١٩٧٠.
- اتفاقية بشأن حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه في تشرين الثاني ٢٠٠١ ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في كانون الثاني ٢٠٠٩. سجلات المؤتمر العام - الدورة الحادية والثلاثون - المجلد الأول بالقرارات - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - باريس - ٢٠٠١.
- قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي . القرار ٢٣/٢٠٠٨ المعنون بـ الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية - E/2008/99.
- قرارات ومقررات المجلس الاقتصادي والاجتماعي - القرار ١٩/٢٠١٠ المعنون بـ التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها . E/2010/99 -
- القرار ٦٨/١٨٦ المعنون بـ تعزيز التدابير المتخذة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية لحماية الممتلكات الثقافية، وبخاصة فيما يتعلق بالاتجار بها - الجمعية العامة - الأمم المتحدة - A/RES/68/186.
- القرار ١٤٨٣ (٢٠٠٣) - مجلس الأمن - الأمم المتحدة - ٢٢ أيار - ٢٠٠٣ . S/RES/1483 (2003)

- سجلات المؤتمر العام - الدورة الحادية والثلاثون - المجلد الأول . القرارات - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم . باريس - ٢٠٠١.
- التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - CLT/CH/INS - 06/22.
- دليل المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - ٢٣ - شباط - ٢٠١٠ - E/CN. 15/2010/6.
- مذكرة من الأمانة العامة - أنشطة مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة في مجال التصدي للأشكال المستجدة من الجريمة - مشاورات الخبراء بشأن استخدام الاتفاقية من أجل التصدي للأشكال المستجدة من الجريمة - الدورة الخامسة - مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة 3/CTOC/COP/2010.
- اللجنة الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلادها الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع - الدورة الخامسة عشرة - باريس - مقر اليونسكو - ١١ - ١٣ - أيار - ٢٠٠٩.
- مشروع قرار بشأن البرنامج الرئيسي الرابع - الثقافة - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٣٤ م/٥ - المجلد الأول - النسخة الثانية.
- استنتاجات الاجتماع التاسع لفريق خبراء الإنتربول المعني بالممتلكات الثقافية المسروقة . ليون (فرنسا) ٢٨ - ٢٩ - شباط ٢٠١٢.
- اللجنة الدولية الحكومية لتعزيز إعادة الممتلكات الثقافية إلى بلادها الأصلية أو ردها في حالة الاستيلاء غير المشروع - التقرير الختامي للدورة السادسة عشرة - ٢١ - ٢٣/٩/٢٠١٠ - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - CLT - 2010/CONF. 203/COM. 16/6 -
- تقرير الأمانة العامة - تطبيق الدول الأطراف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على الجرام المرتكبة ضد الممتلكات الثقافية - مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة عبر الوطنية - الأمم المتحدة - ٢٠١٢.
- تقرير الأمين العام - الحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية - لجنة منع

- الجريمة والعدالة الجنائية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - الأمم المتحدة - E/CN. 15/2010/4 ص ٤ - ٥.
- التدابير القانونية والعملية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - دليل اليونسكو - منظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم - ٢٠٠٦ - CLT/CH/INS - 06/22 ص ١١.
- إعلان السلفادور بشأن الإستراتيجيات الشاملة لمواجهة التحديات العالمية: نظم منع الجريمة والعدالة الجنائية وتطورها في عالم متغير - مرفق بقرار اتخذته الجمعية العامة في ٢١ - كانون الأول - ٢٠١٠ - الدورة الخامسة والستون - البند ١٠٥ من جدول الأعمال - الجمعية العامة - الأمم المتحدة A/RES/65/230
- مذكرة من الأمانة . توصيات فريق الخبراء المعني بالحماية من الاتجار بالممتلكات الثقافية . المناقشة المواضيعية حول الحماية من الاتجار غير المشروع بالممتلكات الثقافية - المجلس الاقتصادي والاجتماعي - لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية - الدورة التاسعة عشرة - فيينا ١٧ - ٢١ - أيار - ٢٠١٠ - E/CN. 15/2010/5 - ص ٧.
- محكمة العدل الدولية - موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية - ١٩٤٨ - ١٩٩١.

القوانين الوطنية:

- قانون الآثار السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٢ تاريخ ٢٦ - ١٠ - ١٩٦٣ مع جميع تعديلاته.
- قانون الآثار - دولة الكويت - مرسوم أميري رقم ١١ لعام ١٩٦٠.
- <http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?opt&country=1&LawID=3232>
- مشروع قانون حماية الآثار الجديد - مصر.
- <http://www.youm7.com/story/2010/1/19/>

باللغة الإنكليزية:

- UNIDROIT convention on stolen or illegally exported cultural objects - Rome - 24 - june 1995. international institution for the unification of private law.
- Lyndel V. Prott - international control of illicit movement of the cultural heritage: the 1970 unesco convention and some

- possible alternatives - Syracuse journal of international law commerce. vol. 10 - 1983.
- <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sjilc10&div=20&id=&page=>
 - claudia Fox - the UNIDROIT convention on stolen or illegally exported cultural object: an answer to the world problem of illicit trade in cultural property - American university international law review - article 11 - volume 9 - issue 1.
 - Blithe A. Bowman - transnational crimes against culture: looting at archaeological sites and the grey market in antiquities - journal of contemporary criminal justice - published by SAGE - 2008.
 - www.sagepublications.com .
 - Antonius Johannes Gerhardus Tighuis - transnational crime and the interface between legal and illegal actors - the case of illicit art and antiquities trade - NSCR.

مواقع شبكة الإنترنت:

- http://portal.unesco.org/en/ev.php?URL_ID=13649&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION= - 471. html
- [http://www.unesco.org/new/ar/culture/themes/illicit - trafficking - of - cultural - property/](http://www.unesco.org/new/ar/culture/themes/illicit-traffic-of-cultural-property/)
- [http://www.unidroit.org/status - cp](http://www.unidroit.org/status-cp)
- <http://www.dgam.gov.sy/index.php?m=278>
- <http://www.dgam.gov.sy/index.php?m=307>
- [http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding - syrian - cultural - heritage/national - initiatives/national - campaign/](http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding-syrian-cultural-heritage/national-initiatives/national-campaign/)

- يمكن الحصول على نموذج شهادة التصدير من موقع اليونسكو:
<http://www.unesco.org/culture/laws/illicit>

- <http://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>
- <http://www.unesco.org/new/ar/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/>
- <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/62tc8a.htm>
- <http://www.interpol.int/ar>
- <http://www.unesco.org/new/ar/safeguarding-syrian-cultural-heritage/international-initiatives/emergency-safeguarding-of-syria-heritage/>
- Protection against illicit trafficking in cultural property
- In International Law

القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة (دراسة مقارنة)

الدكتور/ علي عادل محمد
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية
جامعة صلاح الدين - أربيل - جمهورية العراق

ملخص:

الإرادة المنفردة سبب في إنشاء الالتزام، وحيث يتصف التصرف الانفرادي بالصفة الدولية فإن ذلك يستوجب تعيين القانون الواجب التطبيق بصدد الالتزام الناشئ عنه في أحوال تنازع القوانين، ولكن هذا الأمر لم يتجسد في القوانين بصورة عامة والقوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على وجه الخصوص.

وقد توصلت هذه الدراسة إلى وجوب إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع في القانون المدني لكل من العراق ومصر والأردن، ولكن ذلك لا ينطبق على موقف قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، حيث يتوجب الرجوع فيه إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع. كما توصلت الدراسة إلى أنه في إطار القانون المدني العراقي وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني يتوجب إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود على شكل التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداءً، في حين أن ذلك لا ينطبق على موقف القانون المدني المصري. وأوصت الدراسة بضرورة التدخل من قبل المشرعين بتنظيم موضوع القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداءً، من حيث الموضوع والشكل، وذلك بمراعاة الطبيعة الخاصة للإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام. وقد اقترحت الدراسة نصاً في ذلك الشأن.

مقدمة:

الإرادة المنفردة وبغض النظر عما إذا عدت مصدراً عاماً للالتزام أو مصدراً ثانوياً بحيث لا تلزم صاحبها إلا في أحوال استثنائية منصوصة عليها في القانون، فإنها تكون بلا ريب سبباً في إنشاء الالتزام في أحوال عديدة وبصور عدة. وحيث يتصف التصرف الانفرادي بالصفة الدولية فعندئذٍ يستدعي الأمر تعيين القانون الواجب التطبيق بصدد الالتزام الناشئ عنه.

١ - سبب اختيار موضوع الدراسة

دأب المشرعون في مختلف الدول على تنظيم العلاقات القانونية المتضمنة لعناصر منتمة إلى النظام القانوني لأكثر من دولة واحدة، وذلك بتعيين القانون الواجب التطبيق

عليها منذ ابتدائها ولغاية انتهائها. ولكن لا يسلم الأمر أحياناً من تجاوز المشرعين أو إغفالهم تنظيم بعض مجالات تلك العلاقات القانونية، مما يجعل من دراسة تلك المجالات مسألة غاية في الأهمية سواء لتبصير القضاء بما قد يُستساغ من حلول بشأن تلك الحالات إذا ما عرضت عليه منازعات متعلقة بها أو حتى لتنبيه المشرع إلى ما أغفل عن تنظيمه ودعمه بحلول قد تسعفه عند تصديه لتلك الحالات بالتنظيم. ومما ينطبق عليه القول أعلاه، الالتزام الناشئ ابتداء عن التصرف الانفرادي حين يكون متصفاً بالصفة الدولية، ولهذا جاء اختيارنا لهذا الموضوع للدراسة.

٢ - مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في حالة الإرباك المترتبة عن عدم تعيين المشرع للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة ابتداء عن التصرفات الانفرادية المتصفة بالدولية في أحوال تنازع القوانين، بحيث نقف أمام التساؤل عما إذا كان الحل يكمن في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود والمنصوص عليها في القوانين عموماً، وذلك على الرغم مما يثيره تطبيق تلك القاعدة في حد ذاتها من إشكالات، أم أن الحل يكمن في قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية والمنصوص عليها في الأخرى في القوانين بصورة عامة وذلك على الرغم من الإشكالات التي قد تثور إن قيل بإعمال قاعدة الإسناد تلك.

٣ - نطاق الدراسة

يتحدد نطاق هذه الدراسة في تعيين القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء والمتصفة بالدولية، وبذلك تخرج عن نطاقها المسائل التي لا تنضوي تحت المفهوم السالف الذكر، وتلك التي تنضوي تحته ولكن المشرع أفرد قواعد إسناد خاصة في شأنها. ومثال الأولى ما يتم بالإرادة المنفردة في إطار العقد والذي تنطبق عليه قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد كالإيجاب الملزم وإجازة العقد الموقوف وإنهاء العقد غير اللازم، وفضلاً عن ما يتم في إطار العقد فإنها تشمل كذلك التنازل عن الحق العيني والإبراء من الحق الشخصي، ومثال الثانية الوصية.

وتخرج عن نطاق هذه الدراسة التصرفات المتعلقة بالعقار، وذلك لأن المستقر عليه في إطار القانون الدولي الخاص أن قانون موقع العقار هو الذي يسري بشأنها. كما يخرج عن نطاق هذه الدراسة ما يتعلق بأهلية من يلتزم ابتداء بإرادته المنفردة، حيث إن مسألة الأهلية قد تم إيراد قاعدة إسناد خاصة بها في القوانين بصورة عامة، ولذلك تنعدم الحاجة إلى دراستها. وتخرج كذلك عن نطاق هذه الدراسة مسألة معايير اتصاف التصرف الانفرادي بالصفة الدولية، إذ أنها تشكل بحد ذاتها موضوع بحث

آخر، فضلاً عن أن الفقه قد أفاض في بحث موضوع معايير اتصاف التصرفات القانونية بالصفة الدولية، لذلك فإننا في هذه الدراسة ننطلق من فرضية دولية التصرف الانفرادي وبقطع النظر عن كيفية اتصافه بها.

وفي سياق تعيين القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة فإننا نحاول قدر الإمكان التجرد في بحث الموضوع عن الدخول في التطبيقات القانونية الواردة بصدد الإرادة المنفردة، والاكتفاء بالمبدأ العام في إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة.

وكذلك ستتجاوز هذه الدراسة بحث تفاصيل قواعد الإسناد المرتبطة بموضوعاتها والتي سبق وأن أفاض الفقه في بحثها، إلا بالقدر الذي تقتضيه ضرورة توظيف تفاصيل معينة في الموضوعات الداخلة في جوهر هذه الدراسة.

٤ - منهجية الدراسة

في تعيين القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء والمتصفة بالدولية تتبنى هذه الدراسة المنهجين التحليلي والمقارن. وفي أعمال المنهج التحليلي تبتغي الدراسة تحليل النصوص القانونية المتضمنة لقواعد الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع والشكل وتلك الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، وذلك للوصول إلى ما يمكن عده واجب الأعمال في صدد التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء. وفي أعمال المنهج المقارن تبتغي الدراسة بيان أساليب المعالجة القانونية المتبعة للموضوع في أكثر من دولة، تشابهاً واختلافاً، لكي تكون النتائج التي يتم التوصل إليها مقبولة على نحو واسع وذات مصداقية وغير قاصرة على قانون دولة بعينها. وتكون المقارنة معقودة في هذه الدراسة بين كل من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) والقانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) والقانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠) فضلاً عن قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة (١٩٦١).

٥ - خطة الدراسة

في بحث موضوع تعيين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة ابتداء عن التصرفات الانفرادية المتصفة بالدولية يتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، نبحث في أولهما إمكان تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع والشكل على الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة من عدمه، في حين ندرس في ثانيهما إمكان تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام ذاته من عدمه.

المبحث الأول

تطبيق قاعدة إسناد العقود على الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة

إن الأساس القانوني الذي يتم الاستناد إليه في تبرير تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة^(١)، في ظل عدم وجود

(١) اختلفت القوانين بصورة عامة بصدد اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ما بين قوانين تجعل منها مصدراً عاماً للالتزام وأخرى تجعل منها مصدراً ثانوياً للالتزام بحيث لا تلزم صاحبها إلا في أحوال استثنائية ينص عليها القانون. ومن الاتجاه الأول، ضمن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) الذي ينص في المادة (٢٥٠) منه على أنه (يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقاً لما يقضي به القانون). وفي شأن تلك المادة هناك من يرى أن القانون المدني الأردني يعتد بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام. ينظر: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، بلا اسم الناشر ومكان النشر، ١٩٩١، ص ٢٨٩. وهناك من يضيف على ذلك بأنه لا ينال من كون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام مضمون العبارة التي جاءت في نهاية المادة المذكورة (وذلك طبقاً لما يقضي به القانون) وذلك على اعتبار أن الالتزام القانوني مفروض على الكافة سواء أكان ناشئاً بإرادتين أو بإرادة واحدة. ينظر: د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٢٩. وهناك من يرى أن القانون المدني الأردني على الرغم من توسعه في مجالات الإرادة المنفردة إلا أنه لم يجعل منها مصدراً عاماً لإنشاء الالتزام دون توسط القانون، وذلك بدلالة وجود عبارة (وذلك طبقاً لما يقضي به القانون) في نهاية المادة (٢٥٠) من ذلك القانون. ينظر: د. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ١٧٨.

ومن الاتجاه الثاني، ضمن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، كل من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) والقانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠)، إذ تنص الفقرة (١) من المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي على أنه (لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك)، وتنص الفقرة (١) من المادة (٢٢٠) من القانون المدني الكويتي على أنه (التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة لا ينشئ التزاماً ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهي، إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون). في حين لم يعالج القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) في الفصل المخصص للإرادة المنفردة إلا موضوع الوعد بجائزة، وذلك في المادة (١٦٢) منه.

قاعدة إسناد خاصة بشأن هذا الأخير، يتمثل في الأمر الذي ثبتت عليه قوانين مدنية عديدة بصورة عامة من سريان الأحكام الخاصة بالعقد على الإرادة المنفردة عما ما يتعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، حيث تنص الفقرة (٢) من المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) على أنه (ويسري عليها)^(٢) ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام)، كما تنص الفقرة (١) من المادة (٢٥١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) على أنه (تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك)، في حين تنص الفقرة (٢) من المادة (٢٢٠) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠) على أنه (فإن قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة، سري على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد). بينما يلاحظ خلو القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) من نص مقابل لهذه النصوص مما يمكن القول معه بعدم وجود أساس قانوني للاستناد إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد في التطبيق على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة في إطار ذلك القانون بقطع النظر عما إذا كان هذا التطبيق ملائماً من عدمه.

= وبصدد موقف القانون المدني المصري، هناك من يرى أن الإرادة المنفردة في ذلك القانون لا تنشئ الالتزام إلا إذا كان ذلك الالتزام وارداً في نص قانوني، ويكون ذلك النص هو مصدره المباشر الذي يعين أركانه ويبين أحكامه. ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩، ص ١٤٥٥.

وفيما يتعلق بموقف القانون المدني العراقي، هناك من يرى بحق أنه يؤخذ على ذلك القانون من حيث التبويب تخصيصه فصلاً خاصاً للإرادة المنفردة كالعقد سواء بسواء، وذلك على الرغم من عدم اعتباره الإرادة المنفردة مصدراً مستقلاً للالتزام. ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٣٩١. والأمر ذاته ينطبق على القانون المدني المصري، كما أن القانون المدني الكويتي في تبويبه مصادر الالتزام قد خص الإرادة المنفردة بتقسيم خاص على غرار المصادر الأخرى.

(٢) أي على الإرادة المنفردة.

ويثور التساؤل في هذا المقام عما إذا كان شمول قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد كفيلاً من عدمه بحل تنازع القوانين في صدد الالتزام الناشئ ابتداءً عن التصرف الانفرادي المتصرف بالصفة الدولية^(٣)، في ظل عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بشأن هذا الأخير. وجدير بالتنويه أننا نبحت في مدى ملائمة تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة من دون البت في مسألة قانونية ذلك التطبيق من عدمها، والتي سنبحثها بالتفصيل في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

وبالرجوع إلى القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، يلاحظ أن النصوص الواردة فيها والمتضمنة لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع قد استندت وبإجماعها في إسناد حكم تلك الالتزامات لقانون معين إلى ثلاثة ضوابط إسناد، أولها ضابط الإرادة، وثانيها عند عدم الأول، ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين عند اتحاد موطنهما، وثالثها ضابط مكان إبرام العقد عند عدم تحقق ضابط الإرادة واختلاف موطن المتعاقدين. وفي هذا السياق تنص الفقرة (١) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه)، وتنص الفقرة (١) من المادة (١٩) من القانون المدني المصري على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)، كما تنص الفقرة (١) من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك)، بينما تنص المادة (٥٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة (١٩٦١) على أنه (يسري على العقد،

(٣) إن مسألة كون التصرف الانفرادي متصرفاً بالدولية من عدمه والمعايير المتبعة في ذلك الأمر، وكما سبق وبيننا في المقدمة، تخرج عن نطاق هذه الدراسة، إذ أنها تشكل بحد ذاتها مادة بحث مستقل، فضلاً عن أن الفقه قد أفاض في بحث موضوع معايير اتصاف التصرفات القانونية بالصفة الدولية، لذلك فإننا في هذه الدراسة ننطلق من فرضية دولية التصرف الانفرادي وبقطع النظر عن كيفية اتصافه بها، وذلك التزاماً بالنطاق الذي سبق وأن رُسم لهذه الدراسة.

من حيث الشروط الموضوعية لإنعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه....).

وفيما يتعلق بقاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الشكل، فإن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة لم تجتمع على ضابط إسناد معين أو ضوابط إسناد بعينها، فالقانون المدني العراقي قد استند، في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الشكل، إلى ضابط مكان إبرام العقد، حيث تنص المادة (٢٦) من ذلك القانون على أنه (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها). في حين يلاحظ أن القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي متفقة على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الشكل بالاستناد إلى أربعة ضوابط إسناد على سبيل التخيير، وهي ضابط مكان إبرام العقد وضابط سريان القانون الذي يسري على العقد في أحكامه الموضوعية وضابط الموطن المشترك للمتعاقدين وضابط القانون الوطني المشترك للمتعاقدين. وفي هذا السياق تنص المادة (٢٠) من القانون المدني المصري على أنه (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)، وتنص المادة (٢١) من القانون المدني الأردني على أنه (تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)، في حين تنص المادة (٦٣) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي على أنه (يسري على العقد، من حيث الشكل، قانون البلد الذي تم فيه، ويجوز أيضاً سريان القانون الذي يخضع له العقد في أحكامه الموضوعية، كما يجوز سريان قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

وبناءً على ما تقدم، فإننا سنتولى فيما يلي بيان مدى إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الواردة في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد، من حيث الموضوع والشكل، والمذكورة أعلاه، على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة.

أولاً: مدى إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة

يقتضي بحث هذا الموضوع تقسيمه استناداً لضوابط الإسناد المأخوذة بها في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة والتي سبقت الإشارة إليها. وهذه الضوابط تتمثل، وعلى التوالي، فيما يلي:

١ - ضابط الإرادة

مقتضى ضابط الإرادة هو ترك تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد المتصف بالصفة الدولية^(٤) لإرادة أطراف التعاقد.

والقانون الواجب التطبيق استناداً لضابط الإرادة يستمد قوته ونفاذه أصلاً من قاعدة الإسناد الوطنية التي تعترف لأطراف التعاقد بالاتفاق على قانون معين لحكم عقدهم الدولي^(٥).

ويثور التساؤل عما إذا كان لأطراف التعاقد مطلق الحرية في تعيين القانون الذي يحكم عقدهم وبغض النظر عن كونه متصلاً بذلك العقد من عدمه، أم أن حريتهم في تعيين ذلك القانون مقيدة بوجوب أن تكون له صلة بعقدهم.

وفي هذا الصدد يذهب رأي^(٦) إلى ضرورة أن يكون القانون الذي يتم تعيينه على صلة بالعقد، وذلك على اعتبار أن إرادة أطراف التعاقد في هذا الشأن ليست طليقة وإنما تستمد مشروعيتها من إرادة المشرع المتمثلة في قاعدة الإسناد التي خولت لهم تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد من بين القوانين التي تتزاحم

(٤) وجدير بالتأكيد في هذا المقام، أننا سنتجاوز في دراستنا هذه كيفية إتصاف العقود بالصفة الدولية كونها بحد ذاتها مجال بحث آخر، وبالنظر لكونها موضوعاً قد تطرق إليه الفقه على نحو مفصل. كما أننا سنتجاوز وللسبب ذاته، فيما يتعلق بضابط الإرادة، أساسه التاريخي ومزاياه ومثالبه، لنركز على بيان مفهومه على عجالة ومن ثم بيان إمكانية تطبيقه في شأن الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة. وكذلك فإننا سنتبع المنهج ذاته فيما يتعلق بضوابط الإسناد الأخرى.

(٥) د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ١٦٦.

(٦) د. هشام صابق، د. عاكشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، بلا اسم الناشر ومكان النشر، ٢٠٠٥، ص ٣٤٥.

لحكم العقد والمتصلة به على نحو أو آخر، سواء أكان ذلك من خلال موضوعه أو مكان إبرامه أو تنفيذه أو جنسية أطرافه أو غير ذلك.

وفي السياق ذاته هناك^(٧) من يستهدف في تبرير عدم إطلاق حرية أطراف التعاقد في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم سد الطريق أمامهم من الإفلات من الأحكام الأمرة في القوانين المرتبطة بالعقد ارتباطاً فعلياً، في ظل عدم إمكان رد قصدهم بإعمال نظرية الغش نحو القانون (التحايل على القانون) بالنظر للصعوبات العملية التي تعترض أعمال تلك النظرية في مجال العقود.

وبالمقابل يذهب رأي^(٨) إلى أنه بإمكان أطراف التعاقد الاتفاق على تعيين قانون عديم الصلة بالعقد أو بأطرافه، وأنه لا مانع يمنعهم من ذلك، بل أن ذلك في بعض الأحيان مما تقتضيه طبيعة التعاقدات على المستوى الدولي وحاجات التجارة الدولية، ولا يمكن عده بذاته غشاً نحو القانون.

ويبدو لنا أن إطلاق حرية أطراف التعاقد في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم ودون تقييدها بكونه ذات صلة بذلك العقد هو الاتجاه المتسق مع نصوص القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على الأقل، لا مراعاةً لاعتبارات خارجة عن النصوص القانونية كطبيعة التعاقدات على الصعيد الدولي وحاجات التجارة الدولية وإنما لأن تلك النصوص حينما تترك لأطراف التعاقد الحرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد فإنها لا تقيد إرادتهم بوجوب كون ذلك القانون ذات صلة بذلك العقد بنحو أو بآخر، ولا يجوز تحميل تلك النصوص بأكثر مما تحتمل. ولو أراد المشرعون وجوب وجود تلك الصلة فما كان أسهل عليهم من النص على وجوب وجودها، وهو أمر لم يفعلوه قطعاً. وبالتالي فإن حرية أطراف التعاقد المطلقة في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم لا يقيدها سوى ما يتصل بموانع تطبيق القانون الأجنبي والمتمثلة بحالات الغش نحو القانون ومخالفة النظام العام ومراعاة المصلحة الوطنية.

(٧) د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٤١٨.

(٨) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٨٣. ومن ذات الاتجاه، ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مصدر سابق، ص ١٦٧.

وتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد قد لا يتم بإرادة صريحة وإنما بإرادة ضمنية والتي تعد إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة، ويتم استخلاصها من قبل القاضي من ظروف الحال، كإعطاء الاختصاص في نظر المنازعات المتعلقة بالعقد لمحاكم دولة معينة أو إخضاعها للتحكيم لدى محكمي دولة معينة^(٩). وبذلك فإن القاضي يعتمد في استخلاص الإرادة الضمنية على مؤشرات من داخل العقد المعني^(١٠).

وفيما يتعلق بموقف القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، يلاحظ أنه إذا كانت عبارة (أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يرد تطبيقه) الواردة في الفقرة (١) من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وعبارة (أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يرد تطبيقه) الواردة في كل من الفقرة (١) من المادة (١٩) من القانون المدني المصري والمادة (٥٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، تفسران دوماً بكونهما تعبيراً عن الإرادة الضمنية لأطراف التعاقد في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني قد خلت من ما يمكن اعتباره مقابلاً لهاتين العبارتين، واكتفت بإيراد عبارة (ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك)، مما يثير معه التساؤل عن إمكان أعمال ضابط الإرادة الضمنية لأطراف التعاقد في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في ظل ذلك القانون.

ويبدو لنا أنه بالإمكان أعمال ضابط الإرادة الضمنية في إطار القانون المدني الأردني على الرغم من خلوه من عبارة مقابلة لما ورد في القوانين الأخرى الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، وذلك لأن عبارة (ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك) الواردة في الفقرة (١) من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني قد جاءت مطلقة بما يمكن تفسيرها بالاتفاق الصريح أو الضمني، بالنظر إلى أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد، ولا دليل على التقييد في ذلك الشأن.

إن إرادة أطراف التعاقد في الاتفاق على تعيين القانون الواجب التطبيق على

(٩) د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بلا مكان النشر، ١٩٨٦، ص ٤٣١.

(١٠) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية (الإصدار الثالث)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ١٥٢.

عقدهم لا تتقيد بوجوب كون مثل ذلك الاتفاق قد تم عند إبرام العقد وإنما من الممكن أن يتم اتفاق المتعاقدين في مرحلة لاحقة على إبرام العقد ولو تضمن ذلك الاتفاق تعديلاً لاتفاق سابق طالما تتحقق فيه مراعاة حقوق الغير والتي تظل محكومة بالقانون الواجب التطبيق على العقد منذ البداية^(١١). وهذا الأمر يمكن استنتاجه من قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد والواردة في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة والتي سبق ذكرها، إذ جاءت مطلقة عن أي تقييد لإرادة أطراف التعاقد بوجوب كون اتفاقهم على تعيين القانون الواجب التطبيق قد تم عند إبرام العقد، مما يفهم منه جواز الاتفاق على ذلك ولو بعد إبرامه حتى لو تضمن ذلك الاتفاق تعديلاً لاتفاق سابق، مع وجوب عدم الإضرار بحقوق الغير.

سنكتفي بهذا القدر فيما يتعلق بضابط الإرادة في مجال العقود ونحيل فيما سواه إلى المراجع المتخصصة بهذا الشأن والتي تمت الإشارة إلى العديد منها في هذه الدراسة، وما تم ذكره كان من الضروري التنويه به بالنظر إلى أنه سيتم توظيفه في بيان مدى إمكان تطبيق ضابط الإرادة في مجال العقد على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة.

وفي الواقع فإن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، وبغض النظر عما إذا كان هذا التطبيق جائزاً من عدمه من الوجهة القانونية، يقتضي التسليم، فيما يتعلق بضابط الإرادة، بإيلاء الاعتبار لإرادة من صدر عنه التصرف الانفرادي وحدها عندما يتطلب القانون اتفاق المتعاقدين لتعيين القانون الواجب التطبيق. وبناءً على ذلك، فإنه يصح القول بأن من التزم ابتداء بإرادته المنفردة بإمكانه تعيين القانون الواجب التطبيق على ذلك الالتزام ودون وجوب وجود صلة لذلك القانون بالتصرف الصادر عنه، وأن هذا التعيين يمكن أن يكون صريحاً في صيغة التصرف الانفرادي أو ضمناً يستشف من الظروف، كما يمكن أن يتم التعيين بصورة عامة ابتداء عند نشوء الالتزام أو في مرحلة لاحقة على ذلك ولو تضمن تغييراً لتعيين سابق للقانون الواجب التطبيق بشرط عدم الإضرار بالحقوق الثابتة للطرف المقابل أو للغير في ظل القانون السابق، والتي تظل محكومة بالقانون الذي كان واجب التطبيق ابتداء عند نشوء الالتزام.

(١١) د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص ٣٤٦. وفي السياق ذاته ينظر: د. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٤١.

وفي هذا السياق، هناك^(١٢) من يرى أن ضابط الإرادة وإن كان ممكن التطبيق على التصرف الانفرادي إلا أنه ليس ملائماً له على خلاف الأمر فيما يتعلق بالعقد، وذلك بالنظر إلى أن من صدر عنه التصرف الانفرادي سيحرص على تعيين قانون يصب في مصلحته في ظل عدم وجوب وجود صلة بين القانون الواجب التطبيق والتصرف الانفرادي، ولأنه يكون بإمكانه بإرادته المنفردة كذلك أن يعين القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على نشوء التصرف الانفرادي أو حتى استبداله بقانون آخر على الرغم مما قد يكون في ذلك من المساس بالحقوق المكتسبة لمن ترتبت له بمقتضى التصرف الانفرادي في ظل القانون السابق.

وبمنأى عن إمكان تطبيق ضابط الإرادة على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من عدمه، يبدو لنا أن ما ذهب إليه الرأي أعلاه لا يمكن التسليم به من جهة إمكان قيام من صدر عنه التصرف الانفرادي بتعيين القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على نشوء الالتزام أو تغييره بما يتضمن مساساً بالحقوق المكتسبة لمن ترتبت له بمقتضى التصرف الانفرادي في ظل القانون السابق، ومرجع ذلك ما ذكرناه سابقاً من كون تغيير القانون الواجب التطبيق الذي تعين بمقتضى ضابط الإرادة مقيداً بعدم الإضرار بالحقوق المكتسبة في ظل القانون السابق. وإذا كانت الحقوق المكتسبة التي لا يجوز المساس بها عند تغيير القانون الواجب التطبيق في مجال العقد تنحصر في حقوق الغير ولا تشمل حقوق الطرفين بالنظر إلى أن تغيير ذلك القانون يتم باتفاقهما، فإن نطاق عدم المساس بالحقوق المكتسبة يتسع في مجال التصرف الانفرادي ليشمل الطرف الذي ترتب له الحق بمقتضى التصرف الانفرادي فضلاً عن الغير، وذلك بالنظر إلى أن تغيير القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يتم بإرادة من صدر عنه التصرف الانفرادي وحدها، وليس لمن يترتب له الحق بمقتضى التصرف الانفرادي أي دور في ذلك. ويضاف إلى ما سبق، أن قيام من يصدر عنه التصرف الانفرادي بتعيين قانون يصب في مصلحته لا يمكن أن يعد بذاته مأخذاً على أعمال ضابط الإرادة في إطار التصرفات الانفرادية المنشئة ابتداء للالتزام، وذلك لأن من يصدر عنه التصرف الانفرادي إذا كان له من حيث المبدأ تحديد نطاق التزامه فإنه

(١٢) د. فراس يوسف الكساسة، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة (الشرعة والقانون) التي تصدر عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والخمسون، السنة السابعة والعشرون، يناير ٢٠١٣، ص ٣٠٠-٣٠٤.

من المستساغ أن يكون له تعيين القانون الواجب التطبيق على التزامه بغض النظر عما إذا كان هذا القانون مراعيًا لمصلحته بدرجة أو بأخرى.

وبغض النظر عما إذا كان تطبيق ضابط الإرادة الخاص بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة ملائمًا من عدمه من الناحية العملية فإنه يبدو لنا أن النصوص القانونية المستند إليها في تسويق ذلك التطبيق، والمتمثلة في إطار دراستنا هذه، بالفقرة (٢) من المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي والفقرة (١) من المادة (٢٥١) من القانون المدني الأردني والفقرة (٢) من المادة (٢٢٠) من القانون المدني الكويتي، والتي سبق ذكرها، هي التي تقف بذاتها عائقًا أمام إمكان تطبيقها على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة، ومرجع ذلك أن النصوص المشار إليها وإن كانت تقرر سريان أحكام العقد على التصرف الانفرادي إلا أنها استتنت من هذا السريان الأحكام المتعلقة بوجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، وحيث إن جوهر ضابط الإرادة المقصود في نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع هو اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني على تعيين القانون الواجب التطبيق لكي ينشأ الالتزام بخضوع العقد لذلك القانون، بمعنى تطلب وجود إرادتين متطابقتين متجهتين لتعيين القانون الواجب التطبيق على عقد معين، والذي هو بذاته من الأمور المستثناة في النصوص المشار إليها، وعليه فإنه لا يمكن الاستناد إلى إرادة من يصدر عنه التصرف الانفرادي وحدها في تعيين القانون الواجب التطبيق عليه واعتبار ذلك مما يقتضيه العمل بموجب أحكام النصوص القانونية المشار إليها، بل أن ما نصت تلك النصوص على استثنائه ينطبق في شأن أعمال ضابط الإرادة على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة. ولذلك فإنه يبدو لنا عدم إمكان تطبيق ضابط الإرادة الوارد في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة.

٢ - ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

إن مقتضى ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين هو تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين على العقد إذا اتحدا موطنًا، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني من قبل المتعاقدين على تعيين القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد.

وقد وردت قواعد الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع في القوانين

الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، فيما يتعلق بمفهوم الموطن^(١٣)، مطلقاً عن تقييده بكونه الموطن في مفهومه العام^(١٤) أو موطن الأعمال^(١٥) أو الموطن المختار^(١٦) أو الموطن القانوني^(١٧) أو موطن الشخص الطبيعي أو المعنوي^(١٨). وحيث إن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد الدليل على تقييده، فإن الموطن المشترك لطرفي العقد يكون معتبراً لغرض إعمال قواعد الإسناد تلك وبغض النظر عن كونه أي نمط من أنماط الموطن المذكورة.

- (١٣) على غرار ما انتهجناه بصدد ضابط الإرادة، فإننا سنتجاوز بحث مزايا ومثالب ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين ومبررات إعماله بالنظر إلى أن تلك المواضيع قد تم تفصيل بحثها في العديد من المراجع، ولذلك سنركز على بيان إمكانية تطبيق هذا الضابط في شأن الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة.
- (١٤) تنص المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي على أنه (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً بصفة دائمة أو مؤقتة. ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد)، وتقابلها المادة (٤٠) من القانون المدني المصري والمادة (٣٩) من القانون المدني الأردني والمادة (١١) من القانون المدني الكويتي.
- (١٥) تنص المادة (٤٤) من القانون المدني العراقي على أنه (يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارةً أو حرفاً موطناً له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة)، وتقابلها المادة (٤١) من القانون المدني المصري والمادة (٤٠) من القانون المدني الأردني والمادة (١٢) من القانون المدني الكويتي.
- (١٦) تنص المادة (٤٥) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. ٢- والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ إلا إذا نص صراحة على قصر الموطن هذا على أعمال دون أخرى....)، وتقابلها المادة (٤٣) من القانون المدني المصري والمادة (٤٢) من القانون المدني الأردني والمادة (١٤) من القانون المدني الكويتي.
- (١٧) تنص المادة (٤٣) من القانون المدني العراقي على أنه (١- موطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجورين هو موطن من ينوب عنهم قانوناً. ٢- ومع ذلك يجوز أن يكون للقاصر المأنون له بالتجارة موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها)، وتقابلها المادة (٤٢) من القانون المدني المصري والمادة (٤١) من القانون المدني الأردني والمادة (١٣) من القانون المدني الكويتي.
- (١٨) تنص المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي على أنه (١- يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن إرادته.... ٦- وله موطن. ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه إدارة أعمالها في العراق)، وتقابلها المادة (٥٣) من القانون المدني المصري والمادة (٥١) من القانون المدني الأردني والمادتان (٢٠) و (٢١) من القانون المدني الكويتي.

وتطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، وبغض النظر عن كونه جائزاً من عدمه من الوجهة القانونية، يقتضي إعمال قانون موطن من التزم ابتداء بإرادته المنفردة باعتباره القانون الواجب التطبيق على ذلك الالتزام، وذلك بالرغم من أن ما دعا المشرع بالأساس إلى إقرار هذا الضابط في شأن العقد من حيث الموضوع هو اشتراك المتعاقدين في الموطن عند غياب الاتفاق الصريح أو الضمني على تعيين القانون الواجب التطبيق.

وفي هذا السياق يذهب رأي^(١٩) إلى أن ضابط الموطن المشترك يلائم حكم التصرفات الانفرادية ولكن لا يمكن تطبيقه إلا بعد إدخال بعض التحوير عليه بالنظر إلى عدم وجود طرف آخر غير من صدر عنه التصرف الانفرادي، حيث لا يعد من ترتب له الحق بمقتضى هذا التصرف طرفاً، بخلاف الحال في العقد والذي يصدر فيه التصرف عن طرفين. وبذلك تكون العبرة بموطن الملتزم ابتداء بإرادته المنفردة دون سواء، ولا خشية من ضياع حقوق من وجه إليه التصرف الانفرادي في هذه الحالة نتيجة قيام الملتزم بتغيير موطنه بحسن نية قبل أو بعد صدور التصرف الانفرادي، وذلك لأن العبرة بموطنه عند صدور التصرف عنه بالنظر إلى أن التصرف الانفرادي لا يحتاج لقيامه وجود إرادة مقابلة. أما إذا قام من صدر عنه التصرف الانفرادي بسوء نية بتغيير موطنه قبل صدور ذلك التصرف عنه للتهرب من قانون موطنه الأول فإن ذلك يندرج تحت الغش نحو القانون (التحايل على القانون) إذا تحققت شروطه، ويتوجب تطبيق قانون الموطن الأول وليس قانون الموطن الجديد الذي تم التوصل إليه عن طريق الغش.

ويبدو لنا أنه بتجاوز مسألة الإقرار بجواز انطباق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع، من الأساس، على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، فإنه يمكن القول بما ذهب إليه الرأي المذكور أعلاه، وذلك لأن النصوص المقررة لقاعدة الإسناد تلك في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة والمنوه عنها سابقاً وإن كانت تتطلب صراحة اشتراك المتعاقدين في الموطن لكي يسري قانون هذا الموطن المشترك على عقدهما فإنه في تطبيق ذلك الضابط على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة يتوجب الاستناد إلى موطن من يلتزم ابتداء بإرادته المنفردة وحده في تعيين القانون الواجب التطبيق على ذلك الالتزام؛ وذلك لأن التصرف يصدر عنه وحده ولا يعد من ترتب له الحق بمقتضى هذا التصرف طرفاً فيه، بخلاف الحال في العقد

(١٩) د. فراس يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص ٣٠٧-٣٠٨.

والذي يصدر فيه التصرف عن طرفين. وحيث إن الأمر، في هذا المقام، لا يتعلق بوجود وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، فإنه لا مانع، من هذه الناحية، من تطبيق هذا الضابط على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة.

٣ - ضابط مكان إبرام العقد

استناداً لضابط مكان إبرام العقد فإنه، في حالة عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني من قبل المتعاقدين على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد المعني واختلاف موطنهما، يسري قانون مكان إبرام العقد على الالتزامات الناشئة عنه. فإذا كان التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، فإن مكان إبرام العقد هو ذاته مكان تواجدهما عند إبرام العقد، إما إذا كان التعاقد بين غائبين، فإن القوانين تأخذ بحلول قد تتفاوت من قانون إلى آخر^(٢٠).

وفي صدد ضابطي مكان إبرام العقد والموطن المشترك للمتعاقدين، هناك^(٢١) من يرى بحق أن قيام المشرع بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في حالة عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني من قبل المتعاقدين على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد يكفل للمتعاقدين العلم المسبق بذلك القانون. ولكن ما يؤخذ على ذلك هو الافتراض المسبق لمركز ثقل العلاقة التعاقدية بالموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد، في حين أن مركز الثقل للعلاقة التعاقدية يختلف بحسب طبيعة العقد، وإن مكان الإبرام كثيراً ما يتحدد بناءً على اعتبارات قائمة على محض الصدفة.

وبمنأى عن مزايا ضابط مكان إبرام العقد ومثالبه، وحيث إن الالتزام ابتداء بالإرادة المنفردة ينشأ من حيث الأصل بإرادة طرف واحد ودون التوقف على قبول طرف آخر، فإن مكان تمام التصرف الانفرادي يرتبط بالضرورة بمكان تحقق أركان التصرف الانفرادي في التعبير عن الإرادة المتضمن التزاماً بالإرادة المنفردة.

وفي هذا الصدد، يذهب رأي^(٢٢) إلى أنه بالإمكان تطبيق ضابط مكان الإبرام في شأن التصرفات الانفرادية، وأن ذلك التطبيق ملائم وإن اعترضت هذه الملاءمة عقبتان،

(٢٠) تنظر على سبيل المثال، المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٩٧) من القانون المدني المصري، والمادة (١٠١) من القانون المدني الأردني، والمادة (٤٩) من القانون المدني الكويتي.

(٢١) د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص ٣٤٩-٣٥٠.

(٢٢) د. فراس يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص ٣١٢-٣١٣.

أولاهما هي تغيير الملتزم بإرادته المنفردة لمكانه قبل نشوء التصرف الانفرادي رغبةً منه في التهرب من أحكام قانون ذلك المكان. وحيث إن هذا الأمر يندرج تحت الغش نحو القانون (التحايل على القانون) إذا تحققت شروطه، فإنه يتوجب تطبيق قانون المكان الأول الذي يُراد التهرب من أحكامه. وثانيتهما هي عقبة حجب ضابط الموطن لضابط مكان الإبرام، عند إعماله في شأن التصرفات الانفرادية، وذلك لأن الأول سابق على هذا الأخير من حيث تسلسل الانطباق، وحيث إن ضابط الموطن متحقق في شأن التصرفات الانفرادية وذلك لعدم الاعتداد إلا بموطن طرف واحد وعدم وجود طرفين لكي يكون هناك احتمال عدم اتحاد موطنهما وبالتالي الحكم بعدم انطباق الضابط، وما دام للملتزم ابتداء بإرادته المنفردة موطن فإن قانون ذلك الموطن هو الواجب التطبيق في شأن ذلك الالتزام، ولا محل للقول بسريان قانون مكان نشوء ذلك الالتزام.

ويبدو لنا أنه بتجاوز مسألة الإقرار بجواز انطباق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع من الأساس على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة فإنه يمكن القول بما ذهب إليه الرأي السابق، وذلك لأن ضابط مكان الإبرام وإن كان في شأن العقود يتطلب تلاقي إرادتي طرفي العقد والمتمثلتين بالإيجاب والقبول، فإنه في نشوء الالتزام ابتداء بالإرادة المنفردة لا يتطلب الأمر إلا إرادة واحدة، ولذلك فإنه من هذه الناحية يمكن القول بانطباق الأحكام الخاصة بالعقد على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، ومن بينها ضابط مكان الإبرام في تعيين القانون الواجب التطبيق، بالنظر لعدم تعلق الأمر بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام. ولكن مع ذلك فإن الإقرار بإمكان انطباق ضابط الموطن (موطن الملتزم ابتداء بإرادته المنفردة) في شأن التصرف الانفرادي وأسبقية ذلك الضابط على ضابط مكان الإبرام من حيث تسلسل الانطباق، في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، يجعل إمكان تطبيق ضابط مكان الإبرام أمراً غير ممكن من الناحية العملية.

ثانياً: مدى إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الشكل على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام

لم تجتمع القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على اتجاه واحد في شأن ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد من حيث الشكل. فالنصوص الخاصة بهذا الشأن، والتي سبقت الإشارة إليها، توزعت بصورة عامة على اتجاهين، أولهما هو الذي تبناه القانون المدني العراقي والمتمثل في الاقتصار على إخضاع العقد في شكله لقانون مكان إبرامه فحسب، وعدم إتاحة خيارات أخرى في ذلك الشأن. وثاني الاتجاهين هو الذي تم تبنيه في كل من القانون المدني المصري وقانون تنظيم العلاقات القانونية

ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني، والمتمثل في الاعتراف بأكثر من ضابط إسناد وعلى سبيل التخيير، وهذه الضوابط هي مكان الإبرام وخضوع الشكل للقانون الذي يخضع له العقد من حيث الموضوع والموطن المشترك للمتعاقدین وجنسيتهما المشتركة.

وبصد هذا الأسلوب الأخير في الاعتراف بأكثر من ضابط إسناد وعلى سبيل التخيير في شأن شكل العقد، هناك^(٢٣) من يرى بحق أن ذلك يحدث إرباكاً عند التطبيق بالنظر إلى أن كل من له مصلحة في تطبيق قانون معين يتمسك بتطبيق ذلك القانون، وذلك في ظل عدم وضوح ما إذا كانت هذه الخيارات قد وردت لمصلحة أطراف العلاقة أم أنها متاحة للقاضي ليطبق ما يراه ملائماً منها. في حين يذهب رأي^(٢٤) إلى أن التعدد في الخيارات قد يحقق مصلحة أساسية تتمثل في وحدة القانون المطبق على العقد، وذلك على اعتبار أنه طالما لأطراف العقود الحرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم من حيث الموضوع فإنه لا بد أن يكون لهم تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الشكل. وإن إجراء العقد من حيث الشكل وفقاً لأي من هذه القوانين يكون صحيحاً حتى لو لم يذكر المتعاقدون في عقدهم صراحة تعيين قانون آخر غير قانون مكان الإبرام، إذ لا تراتبية بين تلك القوانين، فهي مرشحة للتطبيق بنفس الدرجة والمستوى.

(٢٣) د. سهيل حسين الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٢٤٢. أما قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد في القانون المدني العراقي فإنه يُبرر بكونه ييسر ويسهل للأفراد إجراء التصرفات أينما كانوا، حيث إن إلزامهم باستيفاء شكلية مقررة في قانون آخر كقانون جنسيتهم على سبيل المثال، يجعل من المتعذر عليهم إجراء التصرف صحيحاً إذا منع قانون محل الإبرام تلك الشكلية. وكذلك فإن في إخضاع شكل التصرف لقانون دولة الإبرام منحاً للثقة والاطمئنان للأفراد في قدرتهم على الارتباط بعلاقات قانونية خارج دولهم لسهولة إحاطتهم بالشكل المطلوب في قانون محل الإبرام. ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ١٣٣. وستجاوز في دراستنا هذه، التفصيل في بحث مبررات خضوع شكل العقد لقانون مكان إبرامه أو لغيره من القوانين، كما سنتجاوز الوقوف على نطاق الشكل الداخل في حكم قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد، وذلك بالنظر لكون تلك المواضيع مفصلة في مراجع متخصصة وكونها غير داخلية في إطار ما تستهدف هذه الدراسة بحتة.

(٢٤) د. سامي بديع منصور، د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٦٨ والمصادر المشار إليها من قبله، د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٣٢٨ والمصادر المشار إليها من قبله.

وبتجاوز مسألة إمكان الإقرار من عدمه بجواز انطباق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد من الأساس على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء، والذي نفصل القول بشأنه في المبحث الثاني من هذه الدراسة، فإنه فيما يتعلق بإمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بشكل العقد على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء، يختلف الأمر بحسب ضوابط الإسناد المعتمدة في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة. ففيما يتعلق بضابط مكان الإبرام، والذي اقتصر عليه القانون المدني العراقي وأخذ به، مع ضوابط أخرى، كل من القانون المدني المصري وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني، فإنه يصدق بشأنه ما تم ذكره بشأن الضابط ذاته ضمن بحث مدى إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة. وإذا قيل حينها أن أسبقية ضابط الموطن يقف حائلاً دون أعمال ضابط مكان الإبرام، فإنه لا مجال لذلك في شأن شكل العقد بالنظر إلى أن ضابط مكان الإبرام هو ضابط الإسناد الوحيد في القانون المدني العراقي، ولعدم وجود تراتبية في أعمال ضوابط الإسناد في كل من القانون المدني المصري وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني. وليست هناك حاجة لتكرار ما سبق وأن تم ذكره من إمكان تطبيق ضابط مكان الإبرام فيما يتعلق بالالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة بالنظر لعدم تعلق الأمر بوجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام. وفيما يتعلق بضابط خضوع الشكل للقانون الذي يخضع له العقد من حيث الموضوع فإننا سبق وأن بينّا ما يتعلق بضوابط الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع، وتطرقنا لمدى إمكانية تطبيق كل ضابط من تلك الضوابط. كما أنه فيما يتعلق بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، تبين أنفاً عدم وجود مانع من إعماله في شأن الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة عند بحث مدى إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على ذلك الالتزام بالنظر لعدم تعلق الأمر بوجود وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، وأنه يُكتفى بشأنه بموطن الملتزم ابتداء بإرادته المنفردة فحسب. أما فيما يتعلق بضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين فلأن الأمر كذلك لا يتعلق بوجود وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام فلا مانع من هذه الناحية في إعماله على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء مع تغيير معين وهو الاستناد إلى جنسية من يلتزم ابتداء بإرادته المنفردة فحسب؛ لأن التصرف يصدر عنه وحده ولا يعد من يترتب له الحق بمقتضى هذا التصرف طرفاً، بخلاف الحال في العقد والذي يصدر فيه التصرف من طرفين.

وفي ختام هذا المبحث ننوه مجدداً إلى أننا في بيان إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الواردة في قواعد الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع والشكل على التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء، لم نتطرق لمسألة جواز أو عدم جواز انطباق قواعد الإسناد تلك من الأساس على التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من حيث الموضوع والشكل، حيث إنه تم ترحيل ذلك للمبحث الثاني والذي نبحث فيه تطبيق قاعدة إسناد الالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، والذي من خلاله يتضح جواز انطباق قواعد الإسناد الخاصة بالعقد من عدمه على التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء.

المبحث الثاني تطبيق قاعدة إسناد الالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة

إن بحث جواز تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة وإمكانية تطبيق ضابط الإسناد الوارد فيها، تسوغه مقدمات عدة يتوجب الوقوف عندها لتبيين مدى رجاحتها، وبذلك فإن التطرق لهذا الموضوع لا يأتي من فراغ على الرغم من الذي يبدو من الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع والتي، على ندرتها، يظهر منها بصورة مباشرة أو غير مباشرة حسم الأمر بخضوع الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود ومن ثم البحث في كيفية إعمالها وذلك ربما استناداً إلى أمرين، أولهما يتمثل في ما يرد في القوانين بصورة عامة والقوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على وجه الخصوص عدا القانون المدني المصري، من نصوص تقرر سريان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي إلا ما يتعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، وثانيهما هو عدم إفراد الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة بقاعدة إسناد خاصة.

وبالرجوع إلى القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، يلاحظ أن النصوص الواردة فيها والمتضمنة لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية قد انعقد إجماعها في إسناد حكم تلك الالتزامات إلى قانون معين على ضابط مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام، حيث تنص الفقرة (١) من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي على أنه (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)، وتنص الفقرة (١) من المادة (٢١) من القانون المدني المصري على أنه (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام)، في حين تنص الفقرة (١) من المادة (٢٢) من القانون المدني الأردني على أنه (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام). وفي شأن الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع تنص المادة (٦٦) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي على أنه (يسري على الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام...)، وكذلك تنص المادة (٦٧) من القانون ذاته في شأن الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة على أنه (يسري على الالتزامات

الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

وجدير بالذكر أن القوانين المذكورة إعلاه استثنت من خضوع الالتزام غير التعاقدي لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام حالة الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع (الفعل الضار) الذي يحدث في الخارج ويكون مشروعاً في الداخل^(٢٥)، إذ أنه لأجل تطبيق قاعدة الإسناد تلك في شأن الالتزام الناشئ عن العمل غير المشروع في هذه القوانين يجب أن يكون الفعل غير مشروع في كل من قانون مكان وقوع الفعل وقانون القاضي.

وبما أن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة مجمعة على كون القانون الواجب التطبيق على الالتزام غير التعاقدي هو قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام، فإننا نتبين مدى إمكانية تطبيق ضابط مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة قبل أن نفصل القول في مدى إمكان أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، من الأساس، على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة.

ويمكن القول بهذا الصدد أنه بالإمكان أعمال ضابط مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام في إطار الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، وذلك بتجاوز كون أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على هذا الالتزام الأخير جائزاً من عدمه من الأساس، وذلك لأن مفهوم مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام في إطار التصرف الانفرادي يتمثل في مكان نشوء الالتزام بالإرادة المنفردة (مكان تحقق أركان التصرف الانفرادي) والذي يتوقف من حيث المبدأ على إرادة طرف واحد وهو الملتزم، وبدون الحاجة إلى قبول طرف آخر. وإن أخذ على أعمال هذا الضابط في إطار الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة أن الملتزم قد يلجأ لتغيير مكانه قبل نشوء التصرف الانفرادي للتهرب من أحكام قانون ذلك المكان، فإن ذلك لا ينتقص من إمكان أعمال هذا الضابط، بل أن التغيير يندرج تحت الغش نحو القانون (التحايل على القانون) إذا تحققت شروطه، ويتوجب تطبيق قانون المكان الذي يُراد التهرب من أحكامه.

(٢٥) تنظر كل من الفقرة (٢) من المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي والفقرة (٢) من المادة (٢١) من القانون المدني المصري والشق الثاني من المادة (٦٦) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والفقرة (٢) من المادة (٢٢) من القانون المدني الأردني.

ويبدو لنا أنه على الرغم من إمكان إعمال ضابط مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من الناحية العملية، فإن المسألة الأساسية التي ينبغي البت فيها هي جواز إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من عدمه، إذ أن البت في هذا الأمر وثبت جوازه سيكون الفيصل في عدم جواز إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، ويبقى بعد ذلك تحديد قاعدة الإسناد المنطبقة على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء.

أولاً: مدى جواز إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع

قبل الدخول في بيان مدى جواز إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع، يتوجب أن نعرض على ما درج الفقه على بحثه ضمن موضوع قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، حيث يذهب رأي^(٢٦) إلى أن المقصود بالالتزامات غير التعاقدية هو الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار وتلك المترتبة على الفعل النافع، وأن الالتزامات الناشئة عن العقد تخضع لقاعدة إسناد خاصة بها، في حين تخرج الالتزامات المترتبة عن نص القانون مباشرة كالنفقة والضريبة عن مضمون فكرة الالتزامات غير التعاقدية، حيث يتم فرضها وتعيين القانون الواجب التطبيق عليها بنص القانون. وهناك من يرى^(٢٧) أن المراد بالالتزامات غير التعاقدية هو كل التزام سببه غير العقد. ولكن هذا الرأي بالرغم من ذلك يقصر بحثه على الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والفعل النافع. بينما يكتفي رأي آخر^(٢٨) بهذا الشأن بالقول أن الالتزامات غير التعاقدية يقصد بها الالتزامات المترتبة عن عمل مادي ضار أو نافع.

(٢٦) د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٨، ص ١٥٧؛ د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

(٢٧) د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢٨) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢٢٤؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مصدر سابق، ص ١٢٣.

يتضح مما سبق أن الفقه فيما يبدو لنا قد حسم مذهبه في اشتغال مفهوم الالتزامات غير التعاقدية على الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والفعل النافع، وفي اقتصار حكم قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على تلك الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والفعل النافع، وذلك دون الإشارة لا من قريب أو من بعيد إلى الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، ودون بيان وجه عدم الإشارة إلى هذا الأخير. هذا الموقف ربما يكون مردّه التسليم بكون الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة خاضعاً لحكم قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع بالنظر لعدم ورود قاعدة إسناد خاصة به تحديداً، وبالاستناد إلى النصوص الواردة في القوانين عموماً، والقوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على وجه الخصوص (عدا القانون المدني المصري)، والتي يتمثل مضمونها بسريان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي إلا ما تعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام.

ولأجل بيان دقة الموقف المذكور أعلاه من عدمها، وبالتالي تبين جواز أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع، فإننا نعرض وجهة نظرنا على الوجه الآتي:

١ - إنه من الثابت على نحو مؤكد عدم ورود قاعدة إسناد خاصة تحديداً بالالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع في القوانين عموماً وفي القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على وجه الخصوص. وبالنظر إلى أن هناك التزامات تنشأ ابتداء عن الإرادة المنفردة في إطار علاقات القانون الدولي الخاص، فإنه لا بد من تعيين القانون الواجب التطبيق على تلك الالتزامات من حيث الموضوع في أحوال تنازع القوانين. وفي هذا السياق فإن نطاق البحث في تعيين ذلك القانون لا يتعدى أحد خيارين، وهما قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع وقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية. ولذلك يتوجب البحث فيما إذا كانت هذه القاعدة أو تلك يصح تطبيقها في شأن الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع. مع الأخذ بنظر الاعتبار أننا في هذه الدراسة سنقتصر على بحث ذلك الأمر في ضوء نصوص القوانين الخاضعة للمقارنة فيها.

٢ - إن التفكير في أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة بتجاوز مدى قانونيته من عدمه، في ظل عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بهذا الأخير، مردّه وجود نصوص في القوانين المعنية تقضي بسريان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي عدا ما

تعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام. وهذا الأمر ينطبق على موقف كل من القانون المدني العراقي (المادة ١٨٤/٢) والقانون المدني الأردني (المادة ٢٥١/١) والقانون المدني الكويتي (المادة ٢٢٠/٢). ويبدو لنا في هذا الشأن أنه لأجل إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة فإنه لا بد من تحقق ثلاثة أمور، وهي:

أ - عدم وجود قاعدة إسناد معينة خاصة تحديداً بالالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع، أو - بصورة عامة - عدم وجود قاعدة إسناد في شأن غير العقود تشمل بحكمها الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع.

ب - وجود نص يقضي بسريان الأحكام الخاصة بالعقود على الإرادة المنفردة. ج - عدم تعلق الأحكام الخاصة بالعقد والمُراد سريانها في شأن الإرادة المنفردة بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام.

وبتجاوز الأمر الأول، والذي نبت فيه تالياً فإنه إذا وجد مساغ للقول بإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي، وبغض النظر عن دقة هذا القول من عدمها، وذلك بالنظر لورود نص في هذه القوانين الثلاثة يقضي بسريان الأحكام الخاصة بالعقد على الإرادة المنفردة عدا ما تعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، فإن الأمر مغاير فيما يتعلق بالقانون المدني المصري بالنظر لخلوه حتى من مثل هذا النص، وبالتالي فلا يمكن إطلاقاً ومن حيث المبدأ القول، في ظل هذا القانون، بإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة.

٣ - إن من مقتضيات إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة في قوانين كل من العراق والأردن والكويت، كما اتضح أعلاه، عدم وجود قاعدة إسناد معينة خاصة تحديداً بالالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع، أو - بصورة عامة - عدم وجود قاعدة إسناد في شأن غير العقود تشمل بحكمها الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع. ومن الثابت، في تلك القوانين، عدم وجود قاعدة إسناد معينة خاصة تحديداً بالالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من

حيث الموضوع، لذلك يبقى أن يتم التحري عن وجود قاعدة إسناد في شأن غير العقود تشمل حكمها هذا الالتزام الأخير. وبالرجوع إلى كل من القانون المدني العراقي (المادة ٢٧/١) والقانون المدني المصري (المادة ٢١/١) والقانون المدني الأردني (المادة ٢٢/١)، يتبين أن مضمون تلك النصوص يتمثل في قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات (غير التعاقدية). وهنا يتوجب بيان مفهوم الالتزام غير التعاقدية. والحقيقة أن حصر مفهوم الالتزام غير التعاقدية بالالتزام الناشئ عن الفعل الضار أو الفعل النافع أمر بعيد عن الدقة، لأن هناك التزامات تنشأ ابتداء عن الإرادة المنفردة وأخرى تنشأ مباشرة عن نص القانون، ولا يمكن بحال من الأحوال القول بأن هذه الالتزامات تدخل في إطار الالتزامات التعاقدية. وإذا كانت قوانين معينة تقضي بسرمان الأحكام الخاصة بالعقد على الإرادة المنفردة عدا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، فذلك لا يعني أن الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة إنما هو التزام تعاقدية، بل أن غاية ما في الأمر هي رغبة المشرعين في عدم الإطالة والتكرار في الأحكام القانونية المتمثلة لضرورات الصياغة القانونية وذلك في الحالات المشمولة بنطاق الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة والتي لم يتم تنظيمها بنص خاص أو على الأقل لم تستوعب نصوص أخرى تنظيمها. فمن المؤكد أن اصطلاح (الالتزام غير التعاقدية) يشمل كل التزام سببه المباشر غير ما يدخل في إطار العقد، وهذا الأمر يتجسد في كل التزام ناشئ مباشرة عن الفعل الضار أو الفعل النافع أو الإرادة المنفردة أو نص القانون.

ولكن بالنظر إلى أن الالتزام المترتب مباشرة عن نص القانون يتم فرضه وتعيين القانون الواجب التطبيق في شأنه بنصوص القانون، فإنه لا مورد للقول بشموله بحكم قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية.

وبناءً على ذلك، فإنه إذا وردت في قانون معين قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية ولم ترد فيه قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة، يمكن القول، من حيث المبدأ، بشمول هذه الالتزامات الأخيرة، بالإضافة إلى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والفعل النافع، بقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية. وهذا الأمر ينطبق على موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني.

٤ - إن التحليل المذكور أعلاه لا ينطبق على موقف قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، وذلك لأن هذا القانون وعلى الرغم من عدم إيراد لقاعدة

إسناد خاصة بالالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة فإنه لم يورد كذلك قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية بصورة عامة، وإنما وردت فيه قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار وأخرى خاصة بالالتزامات الناشئة عن الفعل النافع، فبشأن الأولى تنص المادة (٦٦) من ذلك القانون على أنه (يسري على الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام...)، وبصدد الثانية تنص المادة (٦٧) من القانون ذاته على أنه (يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام). وبذلك فإن موقف القانون الكويتي من هذه الجهة مغاير لموقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، ولا يمكن في ظل هذا الموقف إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة. وبالتالي يتوجب في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع في ظل أحكام القانون الكويتي (القانون المدني وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي) الرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، وذلك على خلاف ما تم التوصل إليه في إطار القانون المدني لكل من العراق ومصر والأردن.

٥ - بالنظر إلى ما تم التوصل إليه من وجوب إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة في القانون المدني لكل من العراق ومصر والأردن، فإن القانون الواجب التطبيق بهذا الاعتبار يكون هو قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام (قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

وجدير بالذكر أن اصطلاح (الواقعة المنشئة للالتزام) و (الفعل المنشئ للالتزام) المشار إليهما أعلاه لا يمكن قصر معناهما على العمل المادي دون العمل القانوني بل يشملانهما معاً، وذلك لأن لفظي (الواقعة) و (الفعل) المستعملان على إطلاقهما يفيدان كل أمر يُجَد ويترتب عليه أثر قانوني، وهذا الأثر فيما يتعلق بمجال دراستنا هذه هو إنشاء الالتزام، ولا مورد لتحميل النص بأكثر مما يحتمل. ولا يمكن بلا سند حمل المعنى على الواقعة القانونية (التي تشمل الفعل الضار والفعل النافع) والتي درج الفقه على استعمالها في مقابل التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، لذلك فإن معنى لفظي (الواقعة) و (الفعل) في هذا المقام شامل لكل أمر يترتب عليه نشوء التزام، سواء أكان عملاً مادياً (الفعل الضار والفعل النافع) أم

عملاً قانونياً (العقد والإرادة المنفردة) أم التزاماً مقررّاً مباشرةً بنص القانون. ولكن بالنظر إلى أن الالتزامات التعاقدية من الناحية الواقعية قد تم تخصيص قاعدة إسناد خاصة بها وتخرج في ذاتها عن نطاق مفهوم الالتزامات غير التعاقدية، وأن الالتزامات المقررة مباشرةً بنص القانون يتم كذلك تعيين القانون الواجب التطبيق عليها بنصوص القانون، فإنه تتبقى بعد ذلك من الناحية الواقعية الالتزامات الناشئة عن كل من الفعل الضار والفعل النافع والإرادة المنفردة لتدخل في مفهوم الواقعة المنشئة للالتزام أو الفعل المنشئ للالتزام.

ولربما أن ما يعزز هذا التحليل المذكور أعلاه هو استخدام القانون المدني لكل من العراق ومصر والأردن لاصطلاح (الالتزامات غير التعاقدية) وعدم استخدام اصطلاح (الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار) و (الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع) أو ما يقابلهما، على غرار ما هو وارد في قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، وذلك على الرغم من سابق علم المشرع بأن الالتزامات تنشأ، بالإضافة إلى العقد، من كل من الفعل الضار والفعل النافع ونص القانون مباشرةً والإرادة المنفردة.

٦ - وبصدد ما يتم النص عليه في القوانين عموماً من وجوب اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص من أحوال تنازع القوانين، كما هو الحال في المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) والنصوص المقابلة لها في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة^(٢٩)، فإنه من الواضح أن مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على الالتزام الناشئ ابتداءً عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع تعد من أحوال تنازع القوانين التي لم يرد في شأنها نص عموماً، أو على الأقل في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، ولكن مع ذلك بالإمكان القول أنه لم يُعرَف

(٢٩) إذ تنص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري على أنه (تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص)، وتنص المادة (٦٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي على أنه (تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد الواردة في هذا الباب من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص)، كما تنص المادة (٢٥) من القانون المدني الأردني على أنه (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين).

بصد تلك الحالة أي مبدأ معين مستقر وشائع في إطار القانون الدولي الخاص يحتم انطباق قاعدة إسناد معينة بشأن الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع أو يعين بذاته القانون الواجب التطبيق عليه. ولذلك فإنه يبدو لنا أن التحليل الذي أجريناه أعلاه، لأجل بيان قاعدة الإسناد التي يجب إعمالها في صد الالتزامات الناشئة ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع وتعيين القانون الواجب التطبيق عليها، يتوجب الاستناد إليه في إطار القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة والقوانين الأخرى المشابهة لها في تنظيمها لذات الموضوع.

وهكذا فإن الموقف، وعلى الرغم من تعقيدته، يتوضح فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع في إطار القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، وذلك استناداً لتحليل النصوص المتعلقة بالموضوع في تلك القوانين، وبغض النظر عما إذا كان ما توصلنا إليه في هذا الصدد مقصوداً بذاته أم لا عند تشريع هذه القوانين.

ويتبقى بعد ذلك أن نتبين قاعدة الإسناد المنطبقة على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الشكل، وهذا ما سنتولاه تالياً.

ثانياً: قاعدة الإسناد المنطبقة على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام

جرباً على ما انتهجناه في الموضوعات الأخرى من هذه الدراسة فلن يتم الخوض في بحث موضوع الأشكال الداخلة في نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد والأشكال الخارجة عنه، إذ أن الفقه قد أفاض في بحثه ولا يضيف التطرق إليه جديداً^(٣٠)، وبذلك سيتم التركيز على بيان قاعدة الإسناد المنطبقة على الأشكال المحسوم أمرها بكونها أشكالاً خاضعة لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد.

وقد ذكرنا سابقاً أن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة لم تجتمع على قاعدة إسناد معينة فيما يتعلق بشكل العقد، وإنما توزعت على اتجاهين، كما درسنا مدى إمكانية تطبيق ضوابط الإسناد الواردة في قواعد الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الشكل على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء، ولا حاجة لتكرار

(٣٠) للتفصيل في مفهوم الشكل والأشكال الداخلة في نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد والأشكال الخارجة عنه، ينظر: د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص ٢٢٠-٢٢٣؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مصدر سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

بحث كل ذلك، إذ أن ما يهم في هذا المقام هو الوقوف على قاعدة الإسناد المنطبقة على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداءً.

وفي هذا السياق، يذهب رأي^(٣١) إلى أن قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الشكل التي تتضمنها المادة (٢١) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه (تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)^(٣٢)، لا يقتصر حكمها على العقود فحسب وإنما تشمل التصرفات الانفرادية كذلك، بالنظر إلى أن الحكم الوارد فيها محصور بالعقود بين الأحياء وذلك بهدف استثناء الوصية من نطاقها، إذ لو كان نص تلك المادة لا يسري إلا على العقود لما كان هناك مبرر للنص على استثناء الوصية التي هي من التصرفات الانفرادية.

ويبدو لنا أنه حتى وإن سلمنا بخضوع التصرفات الانفرادية من حيث الشكل لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود في إطار القانون المدني الأردني فإن المبررات التي استند إليها الرأي المذكور أعلاه لا يمكن الركون إليها في إقرار ذلك الأمر، وذلك لأن قاعدة الإسناد تلك تقتصر في ظاهرها على شمول (العقود ما بين الأحياء) بحكمها، ولا تصرح بشمول (التصرفات ما بين الأحياء) بحكمها حتى يمكن القول باشتغال كل من العقد والتصرف الانفرادي بظاهر حكمها. فضلاً عن ذلك، فإن القانون المدني الأردني قد أفرد للوصية قاعدة إسناد خاصة بها من حيث الموضوع وأخرى من حيث الشكل، وذلك في المادة (١٨) منه والتي تنص على أنه (١. يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. ٢. ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت)^(٣٣). ولذلك فالقول بأن عبارة (العقود ما بين الأحياء) الواردة في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الشكل في القانون المدني الأردني قد أُريد بها استثناء الوصية من نطاق تلك القاعدة كونها شاملة للتصرفات الانفرادية من حيث الشكل، إنما هو قول مردود لاعتبارين، أولهما أن وجود

(٣١) د. فراس يوسف الكساسبة، مصدر سابق، ص ٣٢٢ والمصادر المشار إليها من قبله.

(٣٢) وتقابلها وتشابهها في المضمون المادة (٢٠) من القانون المدني المصري.

(٣٣) وتقابلها وتشابهها في المضمون المادة (١٧) من القانون المدني المصري.

قاعدة إسناد خاصة بشكل الوصية يجعل من الوصية مستثناةً من نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود، إذا افترضنا جدلاً بشمول نطاق هذه الأخيرة لشكل التصرف الانفرادي بصورة عامة، حتى في غياب عبارة (ما بين الأحياء) في النص المتضمن لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد، وبالتالي ليست هناك ضرورة لإيراد تلك العبارة لاستثناء الوصية من نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود. وثانيهما أن اتباع الأسلوب ذاته في التحليل يفضي إلى استنتاج عدم شمول التصرفات الانفرادية من حيث الموضوع بقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع في إطار القانون المدني الأردني لمجرد عدم ورود عبارة (ما بين الأحياء) في النص المتضمن لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود من حيث الموضوع في ذلك القانون. ولذلك فإن تحليل مثل هذه المسائل يجب أن يكون مرتكزاً على منطلقات قانونية ثابتة، وانطلاقاً من ذلك فإننا فيما يتعلق بخضوع التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من حيث الشكل لقاعدة إسناد معينة، نقوم بعرض الأمر على النحو الآتي:

١ - إن الثابت على نحو مؤكد هو عدم ورود قاعدة إسناد خاصة بشكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء في القوانين عموماً وفي القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على وجه الخصوص. وطالما أن هناك تصرفات انفرادية منشئة للالتزام ابتداء في إطار علاقات القانون الدولي الخاص، فإنه لا بد من تعيين القانون الواجب التطبيق على تلك التصرفات من حيث الشكل، على غرار ما تم بصدها من حيث الموضوع.

٢ - بالنظر إلى عدم ورود قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية من حيث الشكل أو بصورة عامة عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالشكل في شأن غير العقود تشمل بحكمها شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء في القوانين عموماً وفي القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على وجه الخصوص، فإن البحث يقتصر على دراسة جواز إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من عدمه استناداً إلى تحقق ضوابط إعمالها من عدمه.

٣ - إن الحكم بإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقد على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء، في ظل ما ذكرناه أعلاه، يتوقف على وجود نص في القانون المعني يقضي بسرمان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي، عدا ما يتعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، وهذا الأمر ينطبق على موقف كل من القانون المدني العراقي (المادة

١٨٤/٢) والقانون المدني الأردني (المادة ٢٥١/١) والقانون المدني الكويتي (المادة ٢٢٠/٢).

وبناءً على ما سبق فإنه في إطار القانون المدني العراقي وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني يتوجب إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود على شكل التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء. وقد سبق وأن رأينا مدى إمكان تطبيق ضوابط الإسناد الواردة في قاعدة الإسناد تلك على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء.

٤ - إن الموقف في القانون المدني المصري فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء يعد فريداً بين القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، وذلك بالنظر لعدم ورود نص فيه يقضي بسريان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي عدا ما يتعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام. وإذا أمكن فيما يتعلق بالتصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من حيث الموضوع تجاوز عدم وجود مثل ذلك النص وتعيين القانون الواجب التطبيق من خلال إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية الواردة في القانون المدني المصري (المادة ٢١/١)، فإنه فيما يتعلق بشكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء لا يمكن القول في إطار ذلك القانون بإعمال قاعدة إسناد معينة بالنظر لعدم ورود قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية من حيث الشكل في ذلك القانون، وعدم وجود سند قانوني فيه لإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود على شكل التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء. وهذا الموقف يستوجب تدخلاً من المشرع المصري لمعالجته وبغض النظر عن الأسلوب الذي سيتم انتهاجه في ذلك الشأن.

٥ - بالنظر إلى أن مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء تعد من أحوال تنازع القوانين التي لم يرد في شأنها نص في القوانين عموماً أو على الأقل في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، فإنه يبدو لنا أن ما تم بيانه في النقاط السابقة يتأكد وجوب العمل به على الأقل في القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة، وذلك في ظل أنه لم يُعرف وجود مبدأ معين وشائع في إطار القانون الدولي الخاص يحتم انطباق قاعدة إسناد معينة بشأن التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من حيث الشكل أو يعين بذاته القانون الواجب التطبيق عليه، وبالتالي فإن ما جاء في المادة (٣٠) من القانون

المدني العراقي والمادة (٢٤) من القانون المدني المصري والمادة (٦٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والمادة (٢٥) من القانون المدني الأردني، والتي سبق ذكرها، من اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص من أحوال تنازع القوانين، لا يجد مجالاً للتطبيق.

الخاتمة

نختم بحثنا هذا بخاتمة نعرض فيها أبرز ما تم التوصل إليه من استنتاجات في ثناياه، وما يمكن تقديمه من توصيات متصلة بموضوعاته.

أولاً: الاستنتاجات

١ - الإرادة المنفردة سبب في إنشاء الالتزام، وحيث يتصف التصرف الانفرادي بالصفة الدولية فإن ذلك يستوجب تعيين القانون الواجب التطبيق بصدد الالتزام الناشئ عنه في أحوال تنازع القوانين، ولكن هذا الأمر لم يتجسد في القوانين بصورة عامة والقوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة على وجه الخصوص. لذلك فإنه بصدد ذلك الأمر لا بد من الفصل في وجوب الرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود والمنصوص عليها في القوانين عموماً أو الرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية والمنصوص عليها في الأخرى في القوانين بصورة عامة.

٢ - إن مضمون كل من المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١/٢١) من القانون المدني المصري والمادة (١/٢٢) من القانون المدني الأردني يتمثل في قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات (غير التعاقدية)، وإن حصر مفهوم الالتزام غير التعاقدية بالالتزام الناشئ عن الفعل الضار أو الفعل النافع أمر بعيد عن الدقة، لأن هناك التزامات تنشأ ابتداء عن الإرادة المنفردة وأخرى تنشأ مباشرة عن نص القانون، ولا يمكن أن تعد هذه الالتزامات داخلة في إطار الالتزامات التعاقدية. وإذا كانت هناك قوانين تقضي بسرمان الأحكام الخاصة بالعقد على الإرادة المنفردة عدا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، فذلك لا يعني أن الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة إنما هو التزام تعاقدية، بل أن الغاية من ذلك تتمثل في عدم الإطالة والتكرار في الأحكام القانونية المتماثلة لضرورات الصياغة القانونية في الحالات المشمولة بنطاق الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة والتي لم يتم تنظيمها بنص خاص أو على الأقل لم تستوعب نصوص أخرى تنظيمها. وإن اصطلاح (الالتزام غير التعاقدية) يشمل كل التزام سببه المباشر غير ما يدخل في إطار العقد، وهذا الأمر يتجسد في كل التزام ناشئ

مباشرةً عن الفعل الضار أو الفعل النافع أو الإرادة المنفردة أو نص القانون. وحيث إن الالتزام المترتب مباشرة عن نص القانون يتم فرضه وتعيين القانون الواجب التطبيق في شأنه بنصوص القانون، فإنه لا مورد للقول بشموله بحكم قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية. لذلك فإنه إذا وردت في قانون معين قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية ولم ترد فيه قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة، يمكن القول، من حيث المبدأ، بشمول هذه الالتزامات الأخيرة، بالإضافة إلى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والفعل النافع، بقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية. وهذا الأمر ينطبق على موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني.

٣ - إن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزامات الناشئة ابتداء عن الإرادة المنفردة من حيث الموضوع في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني يقتضي بيان مدى إمكان تطبيق ضابط الإسناد الوارد في تلك القاعدة والمتمثل بضابط مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام. ويمكن القول بهذا الشأن أنه بالإمكان إعمال ذلك الضابط في إطار الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، وذلك لأن مفهوم مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام في إطار التصرف الانفرادي يتمثل في مكان نشوء الالتزام بالإرادة المنفردة (مكان تحقق أركان التصرف الانفرادي) والذي يتحقق من حيث المبدأ بإرادة طرف واحد وهو الملتزم، ودون التوقف على قبول طرف آخر. وإن أخذ على إعمال هذا الضابط في إطار الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة أن الملتزم قد يلجأ لتغيير مكانه قبل نشوء التصرف الانفرادي للتهرب من أحكام قانون ذلك المكان، فإن ذلك لا ينتقص من إمكان إعمال هذا الضابط، بل أن التغيير يندرج تحت الغش نحو القانون (التحايل على القانون) إذا تحققت شروطه، ويتوجب تطبيق قانون المكان الذي يُراد التهرب من أحكامه.

٤ - إن قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي وعلى الرغم من عدم إيراده لقاعدة إسناد خاصة بالالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة فإنه لم يورد كذلك قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية بصورة عامة، وإنما وردت فيه قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار وأخرى خاصة بالالتزامات الناشئة عن الفعل النافع، وبذلك فإن موقف القانون الكويتي من هذه الجهة مغاير لموقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري

والقانون المدني الأردني، بحيث لا يمكن إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة. وبالتالي يتوجب في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة ابتداء عن الإرادة المنفردة في القانون الكويتي (القانون المدني وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي) الرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية بالنظر إلى ما جاء في المادة (٢٢٠/٢) من القانون المدني الكويتي من سريان أحكام القانون الخاصة بالعقد على الإرادة المنفردة إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد.

٥ - إن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة استناداً إلى أحكام القانون الكويتي (القانون المدني وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي) يقتضي بيان مدى إمكان تطبيق ضوابط الإسناد الواردة فيها على ذلك الالتزام، ويمكن بهذا الشأن أن نذكر ما يلي:

أ - إن تطبيق ضابط الإرادة يقتضي التسليم بإيلاء الاعتبار لإرادة من صدر عنه التصرف الانفرادي وحدها عندما يتطلب القانون اتفاق المتعاقدين لتعيين القانون الواجب التطبيق، لذلك فإن الملتزم ابتداء بإرادته المنفردة بإمكانه تعيين القانون الواجب التطبيق على ذلك الالتزام ودون وجوب وجود صلة لذلك القانون بالتصرف الصادر عنه، وأن هذا التعيين يمكن أن يكون صريحاً في صيغة التصرف الانفرادي أو ضمناً يستشف من الظروف، كما يمكن أن يتم بصورة عامة ابتداء عند نشوء الالتزام أو في مرحلة لاحقة على ذلك ولو تضمن التعيين على ذلك النحو تغييراً لتعيين سابق للقانون الواجب التطبيق شرط عدم الإضرار بالحقوق الثابتة للطرف المقابل أو للغير في ظل القانون السابق، والتي تظل محكومة بالقانون الذي كان واجب التطبيق ابتداء عند نشوء الالتزام.

ولكن مع ذلك فإنه لا يمكن تطبيق ضابط الإرادة الوارد في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الموضوع على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة؛ لأن نص المادة (٢٢٠/٢) من القانون المدني الكويتي الذي يقر سريان أحكام العقد على التصرف الانفرادي إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام هو بذاته يقف عائقاً أمام ذلك التطبيق، حيث إن جوهر ضابط الإرادة المقصود في نطاق قاعدة الإسناد

الخاصة بالعقد من حيث الموضوع هو اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني على تعيين القانون الواجب التطبيق لكي ينشأ الالتزام بخضوع العقد لذلك القانون، بمعنى تَطَلُّب وجود إرادتين متطابقتين متجهتين لتعيين القانون الواجب التطبيق على عقد معين، والذي هو بذاته من الأمور المستثناة في ذلك النص، وعليه فإنه لا يمكن الاستناد إلى إرادة من يصدر عنه التصرف الانفرادي وحدها في تعيين القانون الواجب التطبيق عليه واعتبار ذلك مما يقتضيه العمل بموجب ذلك النص، بل أن ما نص هذا الأخير على استثنائه ينطبق في شأن أعمال ضابط الإرادة على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة.

ب - إن تطبيق ضابط الموطن يقتضي الاستناد إلى موطن من يلتزم ابتداء بإرادته المنفردة وحده في تعيين القانون الواجب التطبيق على ذلك الالتزام؛ وذلك لأن التصرف يصدر عنه وحده، ولا يعد من ترتب له الحق بمقتضى هذا التصرف طرفاً. وحيث إن الأمر، في هذا المقام، لا يتعلق بوجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، فإنه لا مانع، من هذه الناحية، من تطبيق هذا الضابط على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة. ولا خشية من ضياع حقوق من وجّه إليه التصرف الانفرادي في هذه الحالة نتيجة قيام الملتزم بتغيير موطنه بحسن نية قبل أو بعد صدور التصرف الانفرادي، وذلك لأن العبرة بموطنه عند صدور التصرف عنه بالنظر إلى أن التصرف الانفرادي لا يحتاج لقيامه وجود إرادة مقابلة. أما إذا قام من صدر عنه التصرف الانفرادي بسوء نية بتغيير موطنه قبل صدور ذلك التصرف عنه للتهرب من قانون موطنه الأول، فإن ذلك يندرج تحت الغش نحو القانون (التحايل على القانون) إذا تحققت شروطه، ويتوجب تطبيق قانون الموطن الأول وليس قانون الموطن الجديد الذي تم التوصل إليه عن طريق الغش.

ت - إن تطبيق ضابط مكان الإبرام وإن كان في شأن العقود يتطلب تلاقي إرادتي طرفي العقد والمتمثلتين بالإيجاب والقبول فإنه في نشوء الالتزام ابتداء بالإرادة المنفردة لا يتطلب الأمر إلا إرادة واحدة، ولذلك فإنه من هذه الناحية يمكن القول بانطباق الأحكام الخاصة بالعقود على الالتزام الناشئ ابتداء عن الإرادة المنفردة، ومن بينها ضابط مكان الإبرام في تعيين القانون الواجب التطبيق، بالنظر لعدم تعلق الأمر بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام. ولكن مع ذلك فإن الإقرار بإمكان انطباق ضابط

الموطن (مواطن الملتزم ابتداء بإرادته المنفردة) في شأن التصرف الانفرادي وأسبقية ذلك الضابط على ضابط مكان الإبرام من حيث تسلسل الانطباق، في المادة (٥٩) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، يجعل إمكان تطبيق ضابط مكان الإبرام أمراً غير ممكن من الناحية العملية، وذلك بالنظر للاعتداد بموطن الملتزم بإرادته المنفردة وحده وعدم أخذ موطن طرف آخر بالاعتبار لكي يكون هناك احتمال عدم اتحاد موطنهما.

٦ - في إطار القانون المدني العراقي وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني يتوجب إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل العقود على شكل التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء، وذلك في ظل عدم ورود قاعدة إسناد خاصة بشكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء في تلك القوانين، وخلوها من قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية من حيث الشكل، ووجود نص فيها يقضي بسريان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي عدا ما يتعلق من تلك الأحكام بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام. ولا ينطبق ذلك الأمر على موقف القانون المدني المصري، وذلك بالنظر إلى خلوه من قاعدة إسناد خاصة بشكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء، وعدم ورود نص في هذا القانون يقضي بسريان الأحكام الخاصة بالعقد على التصرف الانفرادي، وكذلك خلوه من قاعدة إسناد خاصة بالالتزامات غير التعاقدية من حيث الشكل. وبذلك فإن هذا الأمر يبقى دون تنظيم، وهذا يستوجب تدخلاً من المشرع المصري لمعالجته وبغض النظر عن الأسلوب الذي يتم اتباعه في ذلك الصدد.

٧ - إن تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد من حيث الشكل على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء في كل من القانون المدني العراقي وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني يقتضي بيان مدى إمكان تطبيق ضوابط الإسناد الواردة فيها على ذلك الالتزام، ويمكن بهذا الشأن أن نذكر ما يلي:

أ - فيما يتعلق بضابط مكان الإبرام، فإنه يصدق بشأنه ما تم ذكره في النقطة (٥/ت) أعلاه. وإذا قبل حينها أن أسبقية ضابط الموطن يقف حائلاً دون إعمال ضابط مكان الإبرام، فإنه لا مجال لذلك في شأن الشكل بالنظر إلى أن ضابط مكان الإبرام هو ضابط الإسناد الوحيد في القانون المدني

العراقي ولعدم وجود تراتبية في أعمال ضوابط الإسناد في كل من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي والقانون المدني الأردني. كما أن الأمر لا يتعلق هنا بوجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام لذلك فإنه لا مانع من هذه الجهة من تطبيقه.

ب - فيما يتعلق بضابط خضوع الشكل للقانون الذي يخضع له العقد من حيث الموضوع فإن الأمر ينحصر في ضابط الإرادة أو ضابط الموطن أو ضابط مكان الإبرام، وقد تم في أعلاه بيان الموقف فيما يتعلق بكل من الضوابط الثلاثة.

ت - فيما يتعلق بضابط الموطن المشترك للمتعاقدین، فإنه لا مانع من إعماله بالنظر لعدم تعلق الأمر بوجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، وأنه يُكتفى بشأنه بموطن الملتزم ابتداء بإرادته المنفردة فحسب.

ث - فيما يتعلق بضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدین، فإن الأمر لا يتعلق بوجود إرادتين متطابقتين لنشوء الالتزام، لذلك فلا مانع من هذه الناحية في إعماله على شكل التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء مع تغيير معين وهو الاستناد إلى جنسية من يلتزم ابتداء بإرادته المنفردة فحسب؛ لأن التصرف يصدر عنه وحده، ولا يعد من يترتب له الحق بمقتضى هذا التصرف طرفاً، بخلاف الحال في العقد والذي يصدر فيه التصرف من طرفين.

ثانياً: التوصيات

١ - ضرورة التدخل من قبل المشرعين بتعديل القوانين المنظمة لأحوال تنازع القوانين وبيان قاعدة الإسناد المنطبقة في شأن التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء من حيث الموضوع والشكل من بين قواعد الإسناد المنصوص عليها في تلك القوانين، أو، ما يبدو لنا أنه الاتجاه الأصوب، تضمين القوانين بنصوص تتمثل مضامينها في قواعد إسناد خاصة بالتصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من حيث الموضوع، وقواعد إسناد خاصة بذلك التصرف من حيث الشكل؛ وذلك تلافياً للحلول والمعالجات المعقدة التي تم بحثها في هذه الدراسة استناداً للنصوص الموجودة بصيغتها الحالية، وتسهيلاً لعمل القضاء في تعيين القانون الواجب التطبيق على التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من حيث الموضوع والشكل.

٢ - إن الطبيعة الخاصة للإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام تستدعي إقرار قواعد إسناد خاصة بها من حيث الموضوع والشكل بحيث قد تكون مغايرة لقواعد الإسناد الخاصة بالعقود وتلك الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية. ومع ذلك فإنه يمكن تبني ضوابط إسناد معينة واردة في قواعد الإسناد تلك إذا كانت ملائمة لطبيعة التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء.

٣ - استناداً لما تم في هذه الدراسة من تحليل لضوابط الإسناد الخاصة بالعقود وتلك الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية، وما اتضح من مدى إمكانية تطبيق كل منها بصدد التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام ابتداء من حيث الموضوع والشكل، وأفضلية بعضها على البعض الآخر، وبغرض استبعاد ضوابط الإسناد التي بالرغم من كونها قابلة للتطبيق إلا أن تطبيقها يثير إشكاليات من حيث تحقيق مصالح طرف معين على حساب غيره ومنها ضابط الإرادة (إرادة الملتزم) وضابط موطن الملتزم أو جنسيته، وتحقيقاً لوحدة القانون الواجب التطبيق على التصرفات الانفرادية المنشئة للالتزام ابتداء من حيث الموضوع والشكل، فإننا نقترح أن تتضمن القوانين الخاضعة للمقارنة في هذه الدراسة ما يأتي:

المادة (*)

يسري على التصرف الانفرادي المنشئ للالتزام في أحكامه الموضوعية وفي شكله قانون الدولة التي تم فيها.

المراجع

أولاً - الكتب:

- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية (الإصدار الثالث)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٨.
- د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
- د. سامي بديع منصور، د. أسامة العجزو، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩.
- د. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٩.
- د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.
- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.
- د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.
- د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين

وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بلا مكان النشر، ١٩٨٦.

د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

د. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى (الإصدار الأول)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، بلا اسم الناشر ومكان النشر، ١٩٩١.

د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، بلا اسم الناشر ومكان النشر، ٢٠٠٥.

ثانياً - البحوث:

د. فراس يوسف الكساسبة، صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الانفرادية عند تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة (الشرعية والقانون) التي تصدر عن كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والخمسون، السنة السابعة والعشرون، يناير ٢٠١٣.

ثالثاً - القوانين:

د. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦).

د. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

د. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠).

- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).
- قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة (١٩٦١).

الطعن بالنقض في الأحكام النهائية سداً للمادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: القواعد القانونية وإشكاليات التطبيق

الدكتور/ خالد إبراهيم التلاحمة*

كلية الحقوق والإدارة العامة

جامعة بيرزيت - فلسطين

ملخص:

يتناول هذا البحث الطعن في الأحكام النهائية سداً لأحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، ويلقي الضوء على الاختلاف الحاصل بين قضاة محكمة النقض الفلسطينية، في حكم النقض رقم ٣٣٨ / ٢٠٠٩ حول أسباب الطعن، إذ رأى أغلبية قضاة هيئة محكمة النقض أن أسباب الطعن في الأحكام النهائية الواردة في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ تنصرف إلى مطلق وعموم الأحكام النهائية القابلة للطعن بالنقض، سواء أكانت صادرة عن محاكم الاستئناف أم عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وبناءً على ذلك خلصت الأغلبية إلى الأخذ بانعقاد الاختصاص لمحكمة النقض، في الحكم الصادر عن محكمة بداية قلبية بصفتها الاستئنافية نظراً لتوافر أحد أسباب الطعن الواردة في المادة ٢٢٥.

بينما ذهبت الأقلية إلى خلاف ذلك، معللة توجهها بوجود اختلاف بين أسباب الطعن الواردة في المادة ٢٢٥ وأسباب الطعن الواردة في المادة ٢٢٦؛ فالأولى خاصة بالأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف بعينها، أما الثانية فهي خاصة بالأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية. وبناءً على ذلك خلصت الأقلية إلى عدم انعقاد الاختصاص لمحكمة النقض الفلسطينية في الحكم الصادر عن محكمة بداية قلبية بصفتها الاستئنافية؛ لخروج أسباب الطعن عن حدود ما نصت عليه المادة ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

يأتي هذا البحث للإجابة عن ثلثة من الأسئلة أبرزها: هل أسباب الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية والواردة في المادة ٢٢٦ تمتد لتشمل الأسباب المنصوص عليها في المادة ٢٢٥؟ أم هل جرى بيانها حصراً لتقتصر فقط على حدود الأسباب الواردة في المادة ٢٢٦؟ وهل يصق تعبير محاكم الاستئناف الوارد في المادة ٢٢٥ على محاكم الاستئناف بعينها فقط؟ أم هل يتضمن أيضاً محاكم البداية بصفتها الاستئنافية؟ وهل تعبير الحكم النهائي الوارد في المادة ٢٢٦ يشمل أيضاً الأحكام النهائية الصادرة عن

(*) أستاذ زائر، كلية القانون الكويتية العالمية.

محاكم الاستئناف بعينها؟ أم هل يقتصر فقط على الأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية؟ وهل يجوز الطعن في الحكم الصادر انتهازياً من محكمة الصلح على خلاف حكم سابق أياً كانت المحكمة التي أصدرته؟

للإجابة عن ذلك سنحاول الوقوف على مسار القضاء، وآراء القضاة وتوجهاتهم في هذه القضية؛ بهدف تقديم حل أو تخريج يتفق أو يختلف مع الترخيص الذي اعتمدته أغلبية القضاة أو أقليتهم أساساً للحكم.

المقدمة:

الطعن بالنقض في الأحكام - كالدعوى - حق إجرائي كفله قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، وهو حق من صميم النظام العام، لا يمنعه إلا نص صريح من القانون^(١). وتعود الأساسيات الأولى لنظام الطعن بالنقض في مفهومه الحديث، إلى القانون الفرنسي القديم، وتحديداً إلى القرن الثاني عشر الميلادي، أي قبل إنشاء محكمة النقض الفرنسية التي تأسست بتاريخ ٢٧ تشرين الثاني من سنة ١٧٩٠ بواسطة جمعية تأسيسية، حيث كانت الطعون بالنقض توجه قبل ذلك مباشرة إلى القصر الملكي الفرنسي لكي ينظر فيها بواسطة مستشاري الملك^(٢). وقد ترجم هذا الطعن في قوانين الدول العربية بثلاثة مصطلحات متباينة، هي^(٣):

- ١ - الطعن بالنقض، وقد استعمل هذا المصطلح في القانونين المصري والسوري، وكذلك في القوانين المغربية والجزائرية والليبية.
- ٢ - الطعن بالتعقيب، وقد استعمل هذا المصطلح القانون التونسي وحده، دون غيره من القوانين العربية الأخرى.
- ٣ - الطعن بالتمييز، وقد أخذ بهذا المصطلح أغلب قوانين دول الخليج العربي، والقانونان الأردني واللبناني.

أما القانون الفلسطيني، فقد استعمل على غرار المصري والسوري مصطلح الطعن بالنقض، وتبعاً لذلك، سميت المحكمة المختصة بالنظر في هذا الطعن في فلسطين بمحكمة النقض، وهي كما هو معروف محكمة قانون لا محكمة موضوع؛ إذ لا تتصدى

(١) تنص المادة (١/٣٠) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا".

(٢) انظر: محمد الكشور، التمييز الجزئي للأحكام القضائية المدنية - دراسة مقارنة، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، العدد الأول، ٢٠١٤، ص ١٥، ١٦.

(٣) المرجع السابق، ص ١٦، ١٧.

في عملها لتدقيق ما تم تدقيقه سلفاً والبت فيه من محكمة الموضوع في وقائع الدعوى وبنود العقود، علاوةً على أنها لا تحتضن في هيكلية عملها ما يدخل في إطار السلطة التقديرية لتلك المحكمة في اتخاذ بعض الإجراءات المتعلقة بموضوع الدعوى.

ومع ذلك فإن محكمة النقض تحتفظ لذاتها بالحق في الرقابة على حسن تطبيق القانون على الوقائع التي تبت فيها محكمة الموضوع، وما يكتنف ذلك من تقدير مدى صحة ذلك التطبيق، وتُعرب محكمة النقض الفلسطينية عن هذه السلطة التقديرية وعن رقابتها المتكرسة في ممارساتها، وتتذرع بالقول إن لها سلطة النظر في كون الاستنتاج الذي انتهت إليه محكمة الموضوع، بالاستناد إلى ما لديها من وقائع، استنتاجاً سائغاً أم غير سائغ. وبالرغم من أن محكمة النقض لا تتصدى بدون طلب إلا للمسائل المتعلقة بالنظام العام وحسن سير العدالة للمصلحة العليا للمجتمع وليس للمسائل الشكلية، إلا أن بعض الفقه يرى مدعماً رأيه بقرار قضائي أن محكمة النقض تبسط رقابتها، من الناحية الشكلية أيضاً، فتدقق كل ما يتعلق بحسن تطبيق محاكم الموضوع للقانون من الناحية الشكلية، وتفعل ذلك من تلقاء ذاتها، ولو بدون طلب من الخصوم^(٤). كما أننا نستنتج من الواقع العملي أن محكمة النقض تُخضع كل حكم مطعون فيه لنوعين من الرقابة الشكلية^(٥):

(٤) ومن الأمثلة القضائية على هذه الرقابة على الناحية الشكلية ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في حكم صادر عنها في سنة ١٩٧٣ من "أن المادة (٢٢٠) من قانون أصول المحاكمات توجب على المحكمة قبل النظر في موضوع الاستئناف إعطاء القرار بقبول الاستئناف شكلاً، وحيث إن هذه المخالفة تتعلق بواجبات المحكمة، فإن من حق محكمة التمييز البحث فيه، ولو لم ترد في لوائح الخصمين، عملاً بالمادة (٢٤٩) من قانون الأصول الحقوقية". تمييز حقوق رقم ٧٣/٨٥ منشور في المبادئ القانونية، الجزء الثالث، ص ٤٦٤ سنة ١٩٧٣. وفي ذات المعنى نقض مدني فلسطيني ٢٠٠٤/٥/١٨ تاريخ ٢٠٠٤/٥/١٨ مجموعة المبادئ القانونية، ج ٢، ص ٦٣٩. انظر: صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضى والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٦، ص ١٧٩. وفي إطار رقابة محكمة النقض على حسن تطبيق القانون على الوقائع انظر: أحمد صاوي، الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٥. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني: قانون المرافعات، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٧٨٩-٧٩٠. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٩٦. وكذلك نقض مدني فلسطيني ٢٠٠٤/٥/١٨ تاريخ ٢٠٠٤/٥/١٨ مجموعة المبادئ القانونية، ج ٢، ص ٦٣٩.

(٥) انظر: مبروك بنموسى، أسباب الحكم القضائي وتسببيه في المواد المدنية والتجارية، المغاربة لطباعة وإشهار الكتاب، تونس، ٢٠١١، ص ٤٤١، ٤٤٢.

يتمحور نوع الرقابة الأول حول درجة الحكم، إذ تضطلع به محكمة النقض من تلقاء ذاتها وبدونما حاجة لإثارته من الخصوم لأنه يتعلق باختصاصها الحكمي، حيث لم تهبط المادتان ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ إلاّ النظر في الأحكام نهائية الدرجة.

غير أنّ اتصاف الحكم بالنهائي نتيجة لفوات ميعاد الطعن بالاستئناف لا يخوّل المحكوم عليه الطعن فيه بالنقض^(٦)، لأن العبرة بالطبيعة الأصلية للحكم، وبالوصف الذي صدر به وليس بما آل إليه نتيجة إهمال الطاعن، لأنّ الأحكام التي تكون قابلة للطعن بالاستئناف لا يمكن نقضها إلا بعد أن تنطق محكمة الدرجة الثانية كلمتها فيها.

في حين يتمحور نوع الرقابة الثاني حول وثيقة الحكم، من حيث ضرورة أن يكون الحكم مكتوباً في وثيقة مادية، ومستوفياً لجميع الشروط المنصوص عليها في المواد ١٧٩-١٧٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، فإذا كان الحكم خالياً منها فإنّ محكمة النقض لا تعتبره مقبولا.

ولما كان النقض طريق طعن غير عادي، يهدف إلى عرض الحكم المطعون فيه على محكمة النقض، قصد تقرير مدى قانونيته من عدمه، أي مدى موافقته وانسجامه مع إرادة المشرع^(٧)؛ فإنه لا يجوز سلوكه إلا لأسباب معينة، هي تلك الصادرة عن محاكم الاستئناف، وعن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وفي ذلك نصت المادة ٣٠ من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ على أنه: "تختص محكمة النقض بالنظر في:

- ١ - الطعون المرفوعة إليها من محاكم الاستئناف في القضايا الجزائية والمدنية، ومسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين.
 - ٢ - الطعون المرفوعة إليها من محاكم البداية بصفتها الاستئنافية.
 - ٣ - الطعون المتعلقة بتغيير المرجع.
 - ٤ - أية طلبات ترفع إليها بموجب أي قانون آخر".
- ولما كانت الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها

(٦) انظر: نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨، ص ٥٦.

(٧) انظر: عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، رقم (٢) لسنة ٢٠٠١، الطبعة الثانية، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ٧٢٠. أحمد هندي، أحكام محكمة النقض، آثارها وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، هامش ص ٧.

الاستثنائية منها ما هو نهائي ومنها دون ذلك؛ فقد حصر المشرع الطعن بالنقض في الأحكام النهائية^(٨) المتوافر فيها أحد أسباب الطعن الواردة في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، فقد نصت المادة ٢٢٥ على أنه: "للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف، إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله". فيما نصت المادة ٢٢٦ على أنه: "يجوز للخصوم أن يطعنوا بطريق النقض في أي حكم نهائي في الأحوال الآتية: ١- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم. ٢- إذا تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي فيه، وصدر بين الخصوم أنفسهم وبذات النزاع."

يتضح من مجمل النصوص السابقة انعقاد الاختصاص لمحكمة النقض الفلسطينية، وبصفة أصلية، بنظر كافة الطعون المرفوعة إليها من محاكم الاستئناف، ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية. كما أوضح قانون أصول المحاكمات في المادة ٢٢٦ الحالتين اللتين يكفي توافر إحدهما لقبول الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وانعقاد ولاية محكمة النقض واختصاصها بنظرها والفصل فيها. وكلتاها تلخصان في لزوم وقوع البطلان في الحكم ذاته، أو في الإجراءات القانونية أثناء تداول الدعوى؛ أثر في الحكم أو مناقضة الحكم مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي به.

لقد جاء هذا البحث ليُسَلِّط الضوء على مسألة تشاكَست بشأنها آراء قضاة محكمة النقض الفلسطينية واختلفت اختلافاً بيّناً، وانصبَّ اختلافهم بشكل أساسي على تعيين أسباب الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وعلى فهمهم لمضمون أحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، من حيث بيان المقصود بالحكم النهائي الوارد في المادة ٢٢٦، أهو الحكم الصادر من محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، أم أن تعبير "الحكم النهائي" الوارد في هذه المادة يشمل أيضاً الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف؟ وهل الطعن في الأحكام النهائية بناءً على الأسباب

(٨) انظر: حكم محكمة النقض - هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١٠/٦/١. المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>

المنصوص عليها في المادة ٢٢٦ يمتد ليشمل الأسباب المنصوص عليها في المادة ٢٢٥، أم هل يقتصر على حدود الأسباب الواردة في المادة ٢٢٦؟ وهل يصدق تعبير "محاكم الاستئناف" الوارد في المادة ٢٢٥ على محاكم الاستئناف بعينها فقط، أم هل يتضمن أيضاً محاكم البداية بصفتها الاستئنافية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا أن نعرض أحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وتشريعهما لاستخلاص الإجابات؛ لكونهما السند القانوني الذي اعتمده القضاء في إصدارهم لحكم النقض رقم ٣٣٨ / ٢٠٠٩.

وقبل أن نشرع في الإجابة نقول: إن جوابنا مهما كان مستفيضاً وشاملاً لا يعدو كونه رأي واحد من رجال القانون، والذي قد يكون انتقادات أو مطالبات متوافقة مع نصوص القانون، لغاية تصحيح مسار القضاء، وتأكيد ودعمه وتنويره في حالات أخرى، حال تناغمت أحكام القضاء مع نصوص التشريعات والقوانين، وربما نخلص إلى وجهة نظر مختلفة عن تلك التي تبناها القضاء، وإيفاء هذا الموضوع حقه أثراً أن نعرضه في بحثين، على أن يدرس الأول تحديد الأسباب التي يبنى عليها الطعن بالنقض سندا للمادتين ٢٢٥ و ٢٢٦، في حين يتعرض الثاني إلى شروط تطبيق أحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول حصر الأسباب التي يُبنى عليها الطعن بالنقض سنداً للمادتين ٢٢٥ و ٢٢٦

خَصَّ المشرّع الفلسطيني بشكل أساسي أسباب الطعن في الأحكام النهائية القابلة للطعن بطريق النقض بمادتين هما: المادة ٢٢٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، التي انصرف منطوقها إلى تنظيم أسباب الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، والمادة ٢٢٦ التي عُيِّنَتْ بتنظيم أسباب الطعن بالأحكام النهائية المشوبة بالبطلان الإجرائي، أو بمنطوق الحكم، أو بمناقضة حكم انتهائي سابق حائز على قوة الأمر المقضي به، ممّا يعني صراحة عناية المشرّع وانصرافه إلى الأخذ بانعقاد اختصاص محكمة النقض بالتصدي لأي حكم نهائي يتوافر فيه أحد هذه الأسباب، ومنها بالطبع تلك الأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية.

فالطعن بالنقض لا يكفي بشأئه توافر الخسارة لدى الطاعن، بل يجب أن يُوجد في الحكم - إلى جانب الخسارة - أحد العيوب المحددة التي نص عليها القانون. ولا تكفي الإشارة إلى هذه العيوب بصيغة عامة، بل من الضرورة أن يُرسم العيب في الحكم، بحيث يكون متفقاً مع تحديد المشرّع لهذا العيب. كما وللخاسر أن يطعن في الحكم لعيب واحد أو أكثر، وجدير بالذكر أنّه لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام النهائية إلا في الأحوال التي نصّ عليها القانون والتي جاءت على سبيل الحصر^(٩).

ولتمحيص هذه الأسباب سنتناولها في هذا المبحث على مطلبين، نخصّص الأول لعرض مضمون أسباب الطعن بالنقض في الأحكام النهائية، وفقاً لما نصت عليه المادتان ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، في حين نعرض في الثاني لإشكالية قبول الطعن بالنقض في الأحكام النهائية سنداً للأسباب الواردة في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦.

(٩) انظر: مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤، ص ٣٧٥.

المطلب الأول

مضمون أسباب الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية

يلاحظ من المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ الأنفتي الذكر أنهما تضمّنتا أوجه الطعن بطريق النقض، وذلك بتحديدتهما الصريح للأسباب التي يجوز في حال توافر أحدها سلوك هذا الطريق من طرق الطعن.

وبناءً على ما أفصحت عنه أحكام المادة ٢٢٥ من قانون الأصول، فإنّ الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف لا يخرج عن حدود أن يكون الحكم فيه إخلال بالقانون^(١٠)، ولهذا فإن مجال الرقابة التي لمحكمة النقض على أقضية محاكم الموضوع هي القواعد القانونية بالأساس، والتأكد من سلامة تطبيقها. ومن مظاهر الإخلال بالقانون التي نصت عليها المادة ٢٢٥ مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، ويكاد يجمع الفقه على أن جميع أسباب الطعن بالنقض بما فيها هذه الأسباب ليست إلا صوراً مختلفة لسبب واحد للطعن في الحكم هو (الخطأ في القانون) أو (مخالفة القانون)^(١١). وقد جاء ذكر المشرّع لها قصداً لقطع أي شكوك قد تعترى فهم قارئها، وتأكيداً لهيمنة محكمة النقض على كل ما يتعلق بالقانون من وجوده وتطبيقه وتفسيره، تخطيطاً لمحصلة مؤداها اندراج وجهات نظر المحاكم على اختلافها ودرجاتها وأنواعها في الإطار العام للقانون نصّاً وروحاً.

ولتطبيق ذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنّه: "ولما كان الحكم الطعين قد قضى بإعادة الأوراق لمحكمة الدرجة الأولى من أجل دعوة الطاعن وإعلامه بصيغة اليمين ومن ثم إصدار الحكم المتفق وصحيح القانون، وحيث إنّ هذا الذي توصلت إليه المحكمة مصدرة الحكم ليس حكماً نهائياً وفق مؤدى حكم المادة ٢٢٥ من قانون

(١٠) يقصد بالقانون، الذي تؤدي مخالفته أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله إلى نقض الحكم، القانون بمعناه الواسع، بحيث يشمل كل قاعدة لها قوة القانون، أيّاً كان مصدرها. فيشمل هذا المعنى العام النصوص التشريعية، واللوائح التنفيذية المنفذة لها، والعرف، والاتفاقيات الدولية، وما يحيل إليه القانون الوطني من قواعد أجنبية، وكذلك قواعد العدالة، وسواء أكانت القاعدة التي تمت مخالفتها قاعدة موضوعية أم إجرائية. انظر: القضاة، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

(١١) انظر: التكروري، مرجع سابق، ص ٧٢٨. عوض الزعبي: أصول المحاكمات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٣، ص ٨٧٧. عبد العزيز خليل بديوي، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٣٨. رزق الله الأنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة السادسة، مطبعة المفيد، دمشق، ١٩٦٥، ص ٧٧٠. بنموسى، مرجع سابق، ص ٥٠٦.

أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وأنّ خطأ محكمة الاستئناف بإعادة الأوراق لمحكمة الدرجة الأولى لا ينهض مبرراً لتجاريها محكمة النقض في هذا الخطأ. وعليه، ولمّا كان الحكم الطعين ليس حكماً نهائياً وفقاً لما بيناه، فإنّ الطعن يغدو مستوجباً عدم القبول^(١٢).

لذلك، فمحكمة النقض تراقب محكمة الموضوع لما ثبت لديها من وقائع، لأنّ التكييف مسألة قانونية، وهي التي تربط الواقع الثابت بهذه القاعدة أو تلك من قواعد القانون، ولمحكمة النقض الرقابة على قاضي الموضوع فيما أضفاه من وصف قانوني على الوقائع، رغم أنها تسلم بهذه الوقائع كما وردت في حكمه؛ وحيث إن معظم حالات الإخلال في القانون تأتي من الخطأ في التكييف القانوني، فإن هذا يستوجب منّا التطرق إلى حالات الإخلال بالقانون التي نصت عليها المادة ٢٢٥ من قانون الأصول على النحو الآتي^(١٣):

أولاً: مخالفة القانون

حاول بعض الفقه إعطاء مخالفة القانون، كسبب من أسباب الطعن بالنقض، مفاهيم خاصة تميزه عن الخطأ في تطبيقه أو تأويله نذكر منها^(١٤):

- ١ - إغفال تطبيق نص قانوني مهما كان شكله أصلياً أو إجرائياً.
- ٢ - ترك العمل بنص قانوني واضح لا يحتمل التأويل أو الخلاف في وجوب الأخذ به في الدعوى، كتجزئة الإقرار القضائي على خلاف أحكام القانون، أو عدم قبول الإثبات ببيّنة الشهود.

(١٢) حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٤ لسنة ٢٠١١ تاريخ ٢٠١١/١١/١. وللمزيد من أحكام النقض في هذا الخصوص انظر: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١٠/٩/١٦. وحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٥١ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١٠/٣/١٤. جميعها موجودة في المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>

(١٣) انظر في هذا الإطار: الناهي، مرجع سابق، ص ١٨٢. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٧٧٩. بنموسى، مرجع سابق، ص ٥٠٢-٥٢٠.

(١٤) انظر حول هذا الموضوع: الناهي، مرجع سابق، ص ١٨٢. بنموسى، مرجع سابق، ص ٥٠٦-٥١٠. عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، هامش ص ١٦٩. هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢، بند ٣٣٢.

٣ - إنكار محكمة الموضوع لقاعدة قانونية موجودة، أو تأكيدها لقاعدة لا وجود لها، سواء أكان عدم وجودها يرجع إلى إلغائها، أم إلى عدم وجودها أصلاً في أي مصدر من مصادر القانون الذي يطبقه.

٤ - إذا كانت المحكمة لم تستند في حكمها إلى نص قانوني معين ينطبق على القضية التي صدر فيها الحكم.

ثانياً: الخطأ في تطبيق القانون

يرى بعض الفقه أن الخطأ في تطبيق القانون هو تطبيق قاعدة قانونية موجودة على واقعة لا تندرج ضمن نطاق تلك القاعدة، أو تطبيقها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية لا تتفق مع تلك التي يريدها القانون، أو رفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها^(١٥)، أو أساءت فهم معناها وتحديد الدقيق وحملتها على غير محلها القانوني السليم. فمثلاً إن وصف محكمة الموضوع عقداً يربط عضو هيئة تدريسية بجامعة حكومية، بكونه عقد عمل، وتطبيق أحكام قانون العمل بدلاً من أحكام القانون العام يُعد من قبيل الخطأ في تطبيق القانون. وعلى ذلك فكلما أخطأت محكمة الموضوع في تكييف الواقع أخطأت في تعيين القاعدة القانونية المنطبقة على ذلك الواقع، وذلك هو جوهر الخطأ في تطبيق القانون^(١٦).

ثالثاً: الخطأ في تأويل القانون

يمكن القول إن التحديد الشامل لمعنى الخطأ في تأويل القانون أورده الأستاذ جاك بوري ويتمثل في "إعطاء القاعدة القانونية واجبة التطبيق على النزاع معنى مناقضاً لمفهومها الحقيقي، أو ... الحد من مجال تطبيقها، أو سحبها على حالات لا تدخل في مجال تطبيقها"^(١٧).

ويستخلص من هذا التعريف النماذج الآتية للخطأ في تأويل القانون^(١٨):

١ - الخطأ في تأويل القانون يكون في إعطاء القاعدة القانونية واجبة التطبيق على النزاع معنى مناقضاً لمفهومها الحقيقي.

٢ - الخطأ في تأويل القانون يكون في الحد من مجال تطبيق القاعدة القانونية.

(١٥) انظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٦٣٥.

(١٦) انظر: بنموسى، مرجع سابق، ص ٥١٤.

(١٧) مشار له في المرجع السابق، ص ٥١٥.

(١٨) المرجع السابق، ص ٥١٦، ٥١٧.

٣ - الخطأ في تأويل القانون يكون في سحب حكم القاعدة القانونية على حالات لا تدخل في نطاقها.

بعد أن أشارت المادة ٢٢٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية إلى ما تقدّم من صور لمخالفة أحكام القانون في إطار المعايير المذكورة واصلت المادة ٢٢٦ الحديث عن أسباب أخرى لا تخرج عن الحدود الآتية:

أولاً - بطلان الحكم أو الإجراءات المؤثرة فيه:

الواقع أنَّ سبب الطعن في هاتين الصورتين واحد وهو (بطلان الحكم)، ولكن الصورة الأولى إنَّما تنصرف إلى بطلانه لعيب في إجراء الحكم ذاته، كأنَّ يأتي الحكم خالياً من التسبب^(١٩)، أو أنَّ يكون مشوباً بالقصور في التعليل^(٢٠)، أو أنَّ تكون أسبابه مناقضة لمنطوقه^(٢١)، أو أنَّ يكون صادراً عن قاضٍ غير صالح لنظر الدعوى^(٢٢). في حين تنصرف الثانية إلى بطلان الحكم عن طريق تسلسل البطلان من الإجراءات المؤدية إليه، ومن أمثلتها أنَّ تتابع المحكمة إجراءات نظر الدعوى رغم وفاة أحد الأطراف ودون تبليغ ورثته، أو أنَّ تكون الوكالة التي قام بموجبها المحامي الوكيل بتقديم الاستئناف عن الطاعن لا تخوِّله مثل هذا الحق لعدم مصادقته على هذه الوكالة. وفي الصورتين يلحق العيب بنشاط المحكمة الإجرائي، لا بقضائها في طلبات الخصوم كما هو الشأن في الأسباب التي نصت عليها المادة ٢٢٥^(٢٣).

(١٩) انظر: عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٣٠٥-٣٠٨.

(٢٠) انظر: مجموعة محمد خالد، المبادئ القانونية لمحاكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية، ١٩٩٨، الجزء الرابع، ص ٤١٢. وممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الأزهر، بغداد، العراق ١٩٧٢، ١٩٧١، ص ٤٢٥. وآدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، مديرية الكتب، جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٨، ص ٢٨٩.

(٢١) انظر لمزيد من التفصيل: أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.

(٢٢) المرجع السابق، ص ٤١٣. لمزيد من التفصيل حول بطلان الحكم أو الإجراءات المؤثرة فيه انظر: أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٠٦٠، ١٠٦١.

(٢٣) انظر: التطبيقات القضائية حول بطلان الحكم أو الإجراءات المؤثرة فيه: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٤٢ لسنة ٢٠٠٥ تاريخ ١٠/٦/٢٠٠٦. حكم محكمة النقض-هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ١/٦/٢٠١١. حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٣٢٣ لسنة ٢٠٠٩ تاريخ ١٦/٢/٢٠١٠. حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في =

ثانياً - تناقض الحكم مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي به:

ويشترط لجواز الطعن بناءً على هذا السبب أن يكون الأول قد حاز قوة الأمر المقضي^(٢٤)، وأن يكون الحكم الثاني قد صدر نهائياً أيّاً كانت المحكمة التي أصدرته، وأن يتضمن الحكمان قضاءً في مسألة واحدة على نحو مختلف؛ بحيث يستحيل تنفيذهما تنفيذاً متزامناً، وأن يكون ثمة اتحاد في عناصر الدعوتين اللتين صدر فيهما الحكمان المتعارضان^(٢٥).

في الواقع، إنّ قابلية الحكم للطعن لا ترتبط بالتكليف الذي تعطيه محكمة أول درجة لحكمها، ولكنها ترتبط بقواعد الأصول التي تحدد الحالات التي يعتبر فيها الحكم صادراً نهائياً أم غير نهائي^(٢٦) وعليه يرجع في تحديد نصاب المحكمة النهائية إلى نصوص القانون المعمول به في هذا الصدد. حيث نجد أنّ المادة ١/٣٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية الفلسطينية نصّت على أن: "حكم محكمة

= الدعوى الحقوقية رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠٠٨ تاريخ ٢٢/١/٢٠٠٩. جميعها موجودة في المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي:
<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>.

(٢٤) يوجد اختلاف بين مصطلحي حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي في المادة المدنية، حيث يقصد بحجية الأمر المقضي أن الحكم القضائي الصادر بين طرفيه نهائياً كان أم غير نهائي، يعد حجةً بينهما، ويجوز لأي منهما أن يحتج به تجاه الطرف الآخر، ومن أبرز آثار هذه الحجة أنها تمنع أحدهما من إقامة دعوى جديدة بخصوص ما فصل فيه بحكم سابق متى كانت أطراف الدعوى الجديدة هم ذات أطراف الدعوى السابقة وذات محلها وسببها. أما قوة الأمر المقضي فهي عبارة تطلق على الحكم القضائي الذي أصبح نهائياً لا يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، حيث تضاف القوة إلى الحجية وتحول الحكم القضائي إلى قرينة قاطعة بخصوص مضمونه وهي قرينة من صميم النظام العام. انظر: الكشور، مرجع سابق، هامش، ص ٢١.

(٢٥) التكروري، مرجع سابق، ص ٧٣٢. صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٢٣. وجدي راغب وسيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الأولى؛ دار الكتب، الكويت، ١٩٩٤، ص ٥٢٦. محمد عبد الله الظاهر، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، ١٩٩٧، ص ٤٨١. محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦، ص ٣٩٠.

(٢٦) انظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٣٥٩. نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية: طبقاً لنصوص قانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ١٠٠.

الصلح يكون نهائياً في الدعاوى المتعلقة بمبلغ نقدي إذا كانت قيمة المدعى به لا تتجاوز ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً^(٢٧). بينما لا نجد نصاً مماثلاً بالنسبة لمحكمة البداية.

وبناءً على هذا النص، فإن قابلية الحكم للاستئناف منوطة بقيمة الدعوى التي صدر فيها؛ فالمشرع يحدد مبلغاً معيناً (١٠٠٠ دينار) إذا وصلت إليه هذه القيمة أو نقصت عنه امتنع استئناف الحكم، أما إذا تجاوزته فيكون من الجائز استئنافه. ويُعبر عن الأول بالنصاب الانتهائي، وعن الثاني بالنصاب الابتدائي أو نصاب الاستئناف^(٢٨). أما الأحكام الصادرة عن محاكم البداية فإنها جميعاً تقبل الطعن بالاستئناف في القانون الفلسطيني، وهذا بخلاف قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة ١٩٦٨، حيث يُستفاد من نص المادة ٤٧ منه أنَّ حكم المحكمة الابتدائية يكون انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز عشرة آلاف جنيه.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفلسطينية، في حكمها رقم ٢٠٠٨/١٦٠ المؤرخ في ٢٠٠٨/١٢/٣٠، أنَّ "المعيار المعول عليه في اعتبار الحكم الصلحي نهائياً يلحق بالقيمة المطالب بها التي تقل عن ألف دينار، ضمن إطار الاختصاص القيمي، ولا ينسحب ذلك للاختصاص النوعي مثل دعاوى تخلية المأجور، الأمر الذي ينهض معه القول إنَّ الحكم الصادر في دعاوى التخلية - بغض النظر عن قيمة بدل الإيجار السنوي - يغدو خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف، والقول بغير ذلك فيه تحميل للنصوص بأكثر مما تحتمل"^(٢٩).

(٢٧) انظر: التطبيقات القضائية حول النصاب النهائي لمحكمة الصلح: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الطلب رقم ٧ لسنة ٢٠١٢ تاريخ ٢٠١٢/٢/٢٣. وحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الطلب رقم ١٥ لسنة ٢٠١٢ تاريخ ٢٠١٢/٢/٩. وحكم محكمة النقض - هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الطلب رقم ١٣٩ لسنة ٢٠١١ تاريخ ٢٠١٢/١٢/١٦. جميعها موجودة في المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>

(٢٨) انظر: أمينة النمر، النصاب النهائي للمحاكم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٩، ص ١٥. صاوي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٥٤.

(٢٩) انظر كذلك: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الطلب رقم ١٦ لسنة ٢٠١٢ تاريخ ٢٠١٢/٣/٥. حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ١٩٥ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١٠/٦/١٢. المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>

وعلى ذلك يُشترط لكي يكون الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف أن يكون وصف الحكم بالانتهائي هو أحد مقوماته وملازماً له منذ صدوره، فإذا صدر الحكم بصفة ابتدائية، كالحكم الصادر عن محكمة الصلح في حدود نصابها الابتدائي (أكثر من ١٠٠٠ دينار)، أو كانت الدعوى تتعلق بعقار مهما كانت قيمته، فيكون من الجائز استئنافه.

وما تقدم من توضيح لأسباب الطعن بالنقض يفيد أن هذا الطعن يحقق في جوهره وظيفتين^(٣٠): إحداهما قانونية والثانية سياسية، أما الوظيفة القانونية فهي تتضح جلياً من أحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللتين يتبين منهما أن محكمة النقض تراقب، من خلال الطعون في الأحكام التي ترفع إليها، كيفية تطبيق وتأويل النصوص القانونية الموضوعية، كما تراقب إجراءات الدعوى والتي يترتب على خرقها بطلان الحكم القضائي أو بطلان الإجراءات بكيفية تؤثر في الحكم، كما أنها تتصدى لتعارض الأحكام حفاظاً على مصدقيتها باعتبارها عنوان الحقيقة. أما الوظيفة السياسية فهي تتضح من خلال سعي محكمة النقض، وهي تراقب محاكم الموضوع بمناسبة تطبيقها لنصوص القانون المعمول به داخل فلسطين، إلى الوصول إلى وحدة قضائية، تطبيقاً وتأويلاً، بكيفية تُترجم على أرض الواقع المبدأ المنصوص عليه في المادة (٩) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته، والتي جاء في مضمونها: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة". وعلى ذلك فمحكمة النقض إذاً هي الحارس الأمين داخل فلسطين على حسن تطبيق القانون في معناه العام والشامل، وكيفما كانت طبيعته، إجرائية أم موضوعية.

المطلب الثاني

إشكالية قبول الطعن بالنقض في الأحكام النهائية سنداً للأسباب الواردة في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦

يتبين من نص المادتين (٢٢٥ و ٢٢٦) أنه لا يقبل الطعن بالنقض إلا الأحكام النهائية الصادرة من غير محاكم الدرجة الأولى، ولو صدرت نهائية^(٣١)، وأن جميع

(٣٠) انظر: الكشور، مرجع سابق، ص ٢٦-٣١.

(٣١) انظر: أحكام محكمة النقض الآتية: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٦٩ لسنة ٢٠١١ تاريخ ٢٠١١/١٢/٦. وحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١٠/٣/٣١. وحكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٩ تاريخ ٢٠٠٩/٣/٢١ =

الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الدرجة الثانية تقبل - بحسب الأصل - الطعن بالنقض إذا توافر سبب من أسباب الطعن المحددة في القانون، سواء أكان حكم الاستئناف صادراً في الموضوع بتأييده أم إلغائه أم إبطاله. وفي هذا السياق يلاحظ - كما هو ظاهر من حكم محكمة النقض رقم ٣٢٨ / ٢٠٠٩ - أنَّ ثمة اختلاف واضح بين قضاة هيئة محكمة النقض، حول فهمهم لمضمون النصين (٢٢٥ و ٢٢٦) وأحكامهما، فقد تمسك أغلبية أعضاء هيئة النقض بالقول إنَّ نص هاتين المادتين جاء على الإطلاق دون تخصيص أو تمييز بين أسباب الطعن بالنقض، سواء أكان القرار المطعون فيه صادراً عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، أم عن محاكم الاستئناف؛ لأنَّ محكمة النقض هي محكمة قانون تراقب تفسير القانون وتطبيقه، بصرف النظر عن الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه، أما الأقلية^(٣٢) فقد ذهبت للقول إنَّ المشرع حصر الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم البداية، بصفتها الاستئنافية، في الأسباب الواردة حصراً في المادة (٢٢٦)، وهي أن يقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، أو إذا تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي فيه وصدر بين الخصوم أنفسهم وبذات النزاع، وأنه لا يجوز ولوج الطعن بالنقض سنداً للمادة (٢٢٥)، إلا بالنسبة للأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، وأنه لا يمتد للأحكام النهائية الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية؛ ذلك أنَّ المشرع لو أراد ذلك لنص عليه صراحةً.

لعلَّ مردَّ هذا الاختلاف بين قضاة النقض يعود إلى إشكالية الصياغة الواردة في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦، وبالتالي صعوبة فهم المقصود بالكلمات والعبارات المعبرة عن الحكم القانوني بشكل دقيق لا يحتمل أي تأويل أو تفسير، فعموم عبارات الكثير من نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية واتساعها لتحمل أكثر

= جميعها موجودة في المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي:
http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329.

وكذلك التكروري، مرجع سابق، ص ٦٦٩.

(٣٢) انظر كذلك في حكم آخر في ذات الخصوص: الرأي المخالف المعطى من القضاة عبد الله غزلان وإيمان ناصر الدين ومحمد سامح الدويك، مدون في حكم محكمة النقض - هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١١/٦/١. المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي:

http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329

من معنى يصرفها إلى غير المقصود منها، ويؤدي إلى الإيهام والغموض، خاصةً في ظلّ عدم الثبات في استعمال الاصطلاحات الدالة على معنى معين، والنسخ العشوائي من أنظمة قانونية مختلفة (قص ولصق). فعملية النسخ سبّبت غموضاً والتباساً كبيرين؛ نظراً لاختلاف الاصطلاحات والمفاهيم بين التشريعات المقارنة، واختلاف البيئة الوطنية والقانونية التي يسري فيها كل تشريع أيضاً^(٣٣).

والحقيقة أنّ الصياغة التشريعية الجيدة للنصوص هي الصياغة التي توصل التشريع إلى مستعمليه بنجاح، والنجاح في توصيل التشريع يتحقّق عندما يتمكن مستعملو التشريع من فهم المقصود من الحكم القانوني بشكل كامل وبسهولة. بالتالي يقع على عاتقنا مناقشة الجوانب المختلفة لنص المادتين (٢٢٥، ٢٢٦)، وتحليلهما ونقدتهما، بشكل واضح لإزالة أي لبس أو غموض ورد فيهما، وهذا يتطلب منا في البداية الوقوف على التساؤلات التي يطرحها كلا النصين، وأهمها ما يأتي:

أولاً: ورد في المادة ٢٢٥ بأنّ للخصوم أن يطعنوا في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، فما المقصود بالأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف؟ وهل تشمل عبارة محاكم الاستئناف محاكم البداية بصفتها الاستئنافية؟ أم هل تقتصر فقط على محاكم الاستئناف بعينها؟ بمعنى آخر: ما هي شروط تطبيق أحكام هذه المادة؟

ثانياً: أشارت المادة ٢٢٦ إلى أنّ للخصوم أن يطعنوا بطريق النقض في أي حكم نهائي، بينما أشارت في المادة ٢٢٥ إلى جواز الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، فكيف يمكن التوفيق بين النصين؟ وهل عبارة الحكم النهائي تقتصر فقط على الأحكام النهائية الصادرة من محاكم البداية بصفتها

(٣٣) انظر ما ترتب على إشكالية الصياغة من اختلاف في أحكام محكمة النقض حول تحديد السند القانوني في الأوجه التي يبني عليها الطعن بالنقض، فهي تارةً تستند في حكمها لنص المادة ٢٢٥ وتارةً أخرى لنص المادة ٢٢٦ وثالثة لنص المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦، علماً بأنّ في كثير منها أوجه الطعن متشابهة، من هذه الأحكام: نقض مدني رقم: ٢٠١٢/٣٣١ تاريخ ٢٠١٢/٥/٢١، ونقض مدني رقم: ٢٠١٢/١٣١ تاريخ ٢٠١٢/٥/٢١، ونقض مدني رقم: ٢٠١٢/٣٠٠ تاريخ ٢٠١٢/٥/٣٠، ونقض مدني رقم: ٢٠١١/٢١٥ تاريخ ٢٠١١/٤/٣٠، ونقض مدني رقم: ٢٠١١/٢٩٤ تاريخ ٢٠١١/١١/١، ونقض مدني رقم: ٢٠١١/٢٦٩ تاريخ ٢٠١١/١٢/٦. جميعها منشورة على الموقع الإلكتروني، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>

الاستثنائية، أم هل تشمل أيضاً الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف على الرغم من تخصيص المادة ٢٢٥ لها؟ وما شروط تطبيق أحكام المادة ٢٢٦؟

ثالثاً: حصر المشرع أسباب الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية في المادة ٢٢٦، بينما أورد في المادة ٢٢٥ أسباباً أخرى للطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، فهل هذا التخصيص الوارد في المادة ٢٢٥ يعني أننا أمام نصين مختلفين؟ وهل يعني التتابع بين النصين أن المشرع أراد بذلك جعل أسباب الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف هي ذاتها أسباب الطعن في الأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، بحيث تدخل أسباب الطعن الواردة في المادة ٢٢٥ في ذات أحكام أسباب الطعن الواردة في المادة ٢٢٦؟ بمعنى آخر: ما هي أسباب الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن غير محاكم الاستئناف، وعلى وجه التحديد: محاكم البداية بصفتها الاستئنافية؟

هذه التساؤلات سنقوم بالإجابة عنها في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

شروط تطبيق أحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦

لما كان موضوع البحث يركز على دراسة إشكالية الفهم والتطبيق لأحكام المادتين ٢٢٥، ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية؛ فقد خصّصت هذا المبحث للوقوف، في مطلبين، على شروط تطبيق أحكام هاتين المادتين وتحليلهما، بقصد الوصول لإجابة واضحة عن التساؤلات المطروحة، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

شروط تطبيق أحكام المادة ٢٢٥

يستفاد من نص المادة ٢٢٥ أنّه يشترط للطعن في الأحكام القضائية أمام محكمة النقض ما يأتي:

أولاً: أن تكون الأحكام نهائية؛ لأنّ مناط الطعن بالنقض أن يكون الحكم صادراً من المحكمة المختصة بصفة نهائية. وعليه فإنّ القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف قبل الفصل في موضوع النزاع، كالقرار الذي يصدر في مسألة عارضة أو متصلة بالإثبات، فإنّ مثل هذه القرارات لا يُطعن فيها، إلا بعد صدور الحكم المُنهى للخصومة كلّها، أمام محكمة الاستئناف^(٣٤).

وكذلك من الأحكام التي لا تقبل الطعن بالنقض، أحكام محاكم الدرجة الأولى الصادرة في حدود نصابها النهائي، كالأحكام الصادرة عن محاكم الصلح في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار أردني، استناداً لأحكام المادة ٣٩/١ من قانون أصول المحاكمات المدنية التجارية، علماً بأنّ هذه الأحكام يجوز الطعن فيها بالاستئناف - حتى لو كانت قيمة الدعاوى فيها لا تتجاوز ١٠٠٠ دينار أردني - بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، أو كان الحكم النهائي الصادر على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي فيه. وهذا يعني أنّ المشرع أجاز في هذه الحالات فقط الطعن في الحكم النهائي الصادر من محكمة الصلح بالاستئناف وليس بالنقض^(٣٥).

(٣٤) انظر: نقض مدني رقم ٥٤/ ٢٠٠٣ تاريخ ٢٨/١٢/٢٠٠٣، مجموعة المبادئ القانونية، ج ٢، ص ٥٨٨. نقض مدني رقم ٢٧/٢/٢٠٠٧، تاريخ ٦/٢/٢٠٠٧، ج ٢، ص ٣٧٧.

(٣٥) انظر بخصوص الأسباب المحددة التي تجيز الطعن في حكم محكمة الصلح بالاستئناف بالرغم من صدوره بصفة نهائية، ما نصت عليه المادتان (٢٠٣، ٢٠٤) من قانون أصول =

ثانياً: أن تكون صادرة عن محاكم الاستئناف، فإذا كانت الأحكام النهائية صادرة عن محاكم أخرى غير محاكم الاستئناف، فهذا يعني أنها غير قابلة للطعن بالنقض، استناداً للأسباب الواردة حصراً فيها (أي في المادة ٢٢٥)، وهو ما نؤيده؛ لأن التعبير عن الطعن في الأحكام النهائية جاء حيناً مُحدداً بشكل صريح للجهة التي يجوز الطعن في أحكامها، وهي على حد تعبير المادة ٢٢٥ محاكم الاستئناف بعينها وليست محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، ثم جاء حيناً آخر في المادة ٢٢٦ بذكر عبارة حكم نهائي فقط، دون تحديد لجهة إصدار هذا الحكم كما فعلت المادة ٢٢٥، وهذه العبارة أثارت اللبس عند بعضهم، وعلى وجه الخصوص السادة قضاة محكمة النقض حول شمولها لجميع الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية، أم أن الحكم اكتفى فقط بمحاكم البداية بصفتها الاستئنافية؟

الواقع وبالرغم أنه من غير الحكمة أن توجد أحد الأسباب الواردة في المادة ٢٢٥، ولا يمكن الطعن بالنقض استناداً لها، لأن الحكم صادر من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، ولا يندرج ضمن أحد الأسباب الواردة في المادة ٢٢٦، إلا أنه في ضوء العبارات الواردة في نص المادتين، هناك قرائن ترجّح ما ذهبنا إليه من أن المقصود في المادة ٢٢٥ هو فقط محاكم الاستئناف بعينها دون محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وأن المقصود في المادة ٢٢٦ هو فقط محاكم البداية بصفتها الاستئنافية^(٣٦).

القرينة الأولى: إن التعبير عن الأحكام النهائية جاء محدداً في المادة ٢٢٥ بتلك

= المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، فقد نصت المادة ٢٠٣ على أنه: "يجوز استئناف الأحكام والقرارات الصادرة بصفة نهائية من محاكم الصلح بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام أو وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم". ونصت المادة (٢٠٤) على أنه: "يجوز استئناف جميع الأحكام والقرارات الصادرة في حدود النصاب النهائي إذا كان الحكم صادراً على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضي فيه إذا اتحد في الخصوم والسبب والموضوع، وفي هذه الحالة يعتبر الحكم السابق مستأنفاً بقوة القانون ما لم يكن قد صار نهائياً عند رفع الاستئناف".

(٣٦) انظر الرأي المخالف المعطى من القضاة عبد الله غزلان وإيمان ناصر الدين ومحمد سامح الديك، مدون في حكم محكمة النقض-هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ١/٦/٢٠٠١. المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي: <http://muqtafi.bizeit.edu/courtjudgments/viewCJCard.aspx?CJIF=45329> كذلك انظر محاضرة القاضي عبدالله غزلان حول تطبيق محكمة النقض لنص المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، والتي أقيمت على طلبة ماجستير القانون بجامعة بيرزيت ضمن مساق أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بتاريخ ١٥/١٢/٢٠١٤.

الصادرة عن محاكم الاستئناف، ولم يأت المشرع بهذا التحديد في المادة ٢٢٦، مما يدل دلالة جلية على أنَّ جهة صدور الحكم في المادة ٢٢٦ هي غير ذات الجهة المحددة بالمادة ٢٢٥، ولو أنَّ المشرع يقصد أنَّ الجهة التي تصدر الأحكام النهائية في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ واحدة لسمي الأمور بأسمائها، ونص على ذلك صراحة، أو استخدم عبارة تستوعب الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية، كأن تكون العبارة مثلاً: الأحكام الصادرة عن المحكمة الاستئنافية أو الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الثانية، أو الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية، ولكنه لم يفعل ذلك؛ مما يفيد أنَّ ما يقصده المشرع في المادة ٢٢٥ يختلف عما يقصده في المادة ٢٢٦، لجهة تحديد المحكمة المصدرة الحكم المراد الطعن فيه. وهنا لا نوافق من يقول إنَّ الأحكام النهائية في المادتين تشمل الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية؛ لأننا حتى لو افترضنا ذلك، لم يكن هذا الاحتمال مقبولاً في تسويغ دخول الأسباب المنصوص عليها في المادة ٢٢٥ في حكم الأسباب المنصوص عليها في المادة ٢٢٦.

القرينة الثانية: إنَّ المشرع حدّد على سبيل الحصر أسباب الطعن في الأحكام النهائية بطريق النقض في المادة ٢٢٥، كما حدّد الجهة التي يجوز الطعن في أحكامها، وهي محكمة الاستئناف بعينها، ومن ثمّ فلا يُقبل الطعن في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف إلا بواحد أو أكثر من الأسباب الواردة في المادة ٢٢٥، بينما جعل الأسباب الواردة في المادة ٢٢٦ أسباباً للطعن في الأحكام الصادرة عن غير محاكم الاستئناف، وتحديدًا وعلى حدّ فهمنا: الأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية. إلى جانب ذلك، فإنّ التسليم بالتفسير الذي تبناه بعضهم، بخصوص اعتبار مصطلح الأحكام النهائية مطلقاً (يشمل أحكام محاكم الاستئناف وأحكام البداية بصفتها الاستئنافية) يجعل إشارة المشرع الصريحة لعبارة محاكم الاستئناف في المادة ٢٢٥ غير ذات معنى ويتعين إهمالها، وهو ما لا تملكه المحكمة، التي ينحصر دورها في تطبيق النص، لا تشريعه وتحميله ما لا يحتمل، خاصة أنَّ عبارة نص المادة ٢٢٥ جاءت صريحة ومحددة، ولا تحتل سوى معنى واحد للأحكام، وهي الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف بعينها.

وبما أنّه يقع على مسؤولية المحكمة الوقوف على معنى النص وما أراده المشرع منه، وقد يمتد ذلك إلى تحديد نطاقه، وسبيل المحكمة إلى ذلك أن تستعين بقواعد التفسير، والسوابق القضائية، ورأي الفقه، فإن انحرفت عن المعنى الصحيح

كان قضاؤها مشوباً بالخطأ، ويجزها هذا الخطأ حتماً إلى نتيجة خاطئة، ومن ثم إلى خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الواضح أنَّ المشرع حصر طرق الطعن بالنقض في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦، فإنَّ هذا يوجب على المحكمة تدقيق سبب الطعن وفحصه، والتحقق من اندراجه ضمن أحد تلك الأسباب الواردة فيهما، فإن تبين خلاف ذلك تعيَّن على المحكمة عدم قبول الطعن، سواء أكان الطعن يقوم على أسباب أخرى غير واردة في المادتين السابقتين، أم كان يقوم على أسباب متوافرة في المادة ٢٢٥، ولكن الطعن يتعلق بحكم نهائي صادر من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، ومحكوم بالأسباب الواردة في المادة ٢٢٦.

وفي ضوء ذلك، ولما كانت أسباب الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، جرى بيانها حصراً في المادة ٢٢٦؛ فإنَّ أي طعن يُقدَّم بهذا الخصوص مشتملاً على أسباب أخرى إضافية واردة في المادة ٢٢٥، يوجب على محكمة النقض - وهي في سبيل معالجة الطعن المقدم - أن تقف عند حدود الأسباب الواردة في المادة ٢٢٦، وأن لا تقحم ذاتها في معالجة الأسباب الأخرى التي تقع في نطاق المادة ٢٢٥؛ ذلك أنَّ تلك الأسباب تدور وجوداً وعدماً مع الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف بعينها دون سواها، والقول بغير ذلك توسيع لضيق، وإحكام لمحاكمة النقض في معالجة أسباب أخرى تقع في نطاق المادة ٢٢٥ ولا تقوى على فتح باب الطعن بالنقض؛ لتعلقها حصراً في نطاق أسباب الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، وفي ذلك تقويض لحكم القانون، وفتح الباب على مصراعيه لقبول الطعن في أحكام نهائية صادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، قد عيَّن المشرع أسباباً حصرية للطعن فيها بطريق النقض.

ولا يستقيم في المنطق القانوني القول إنَّ التقيّد بأحكام المادة ٢٢٦ يجعل من محكمة النقض تعاین العيب ولا تملك إصلاحه؛ ذلك أنَّ اتصال المحكمة في خصومة تعرض عليها يستوجب أن تمر عبر قنوات إجرائية رسمها المشرع، وفق قواعد ناظمة ومدد محددة، فكثيراً ما نجد أنَّ الحكم الطعين يُثقل بالأخطاء القانونية التي تصلح سبباً للطعن، وأنَّ الطاعن حمل طعنه عليها، إلا أنَّ تقديم الطعن بعد الميعاد يحول دون التعرُّض لتلك الأسباب، فتقرر المحكمة رد الطعن شكلاً، كما قد نصادف حكماً صدر عن محكمة الصلح في دعوى مالية قيمتها أقل من ألف دينار، حصَّنه المشرع من الطعن وجعل منه حكماً نهائياً، وفق أحكام المادة ٣٩/١ من قانون الأصول الفلسطيني - وهو الأصل - إلا أنَّه استثناءً أجاز الطعن فيه بحالات وردت حصراً في المادة ٢٠٣ من القانون المذكور، لكنه، هو الآخر، حكَّم مشبع بالأخطاء القانونية التي

تصلح للطعن بنطاقه العام، إلا أنَّ المحكمة صاحبة الاختصاص بنظر الطعن تقرر عدم قبوله؛ لأنَّ الأسباب التي حمل عليها غير تلك الأسباب الواردة حصراً في المادة ٢٠٣ الآنفه الذكر.

القرينة الثالثة: ما ذهبت إليه أحكام المادة (٣٠) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ التي نصت على أنه: "تختص محكمة النقض بالنظر في...:

٥ - الطعون المرفوعة إليها من محاكم الاستئناف في القضايا الجزائية والمدنية، ومسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

٦ - الطعون المرفوعة إليها من محاكم البداية بصفتها الاستئنافية".

ويُستخلص من هذا النص أنَّ المشرع الفلسطيني اختص بالطعن بالأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف بالفقرة الأولى، واختص بالطعن بالأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية بفقرة ثانية، وهذا يعني أنَّ استخدام عبارة محاكم الاستئناف الواردة في المادة ٢٢٥ يذهب حصراً إلى محاكم الاستئناف بعينها، ولا يمتد ليشمل محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، كما أنَّ استخدام عبارة محاكم البداية بصفتها الاستئنافية لا يمتد ليشمل محاكم الاستئناف، فلو أراد المشرع المفهوم ذاته لاستخدم تعبيراً واحداً يشمل المحكمتين، أو لوضعهما في فقرة واحدة.

لقد حاول أغلب القضاة رفع التفرقة بين الأسباب التي تصلح أساساً للطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف، وتلك الصادرة من محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، انطلاقاً ممَّا ورد في نص المادة (٢٢٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، باعتبار أنَّ المشرع أورد في الفقرتين الثانية والثالثة منها عبارة (لمحكمة الاستئناف) و(على محكمة الاستئناف)، فقد رأوا أنَّ ورود هذه العبارة حجة على أنَّ المشرع حيثما قال محكمة الاستئناف، قصد بها محكمة الاستئناف ومحكمة البداية بصفتها الاستئنافية.

ولتوضيح هذه المسألة، يلاحظ أنَّ ورود هاتين العبارتين (لمحكمة الاستئناف)، و(على محكمة الاستئناف) جاء في باب الاستئناف وبيان الإجراءات التي تملك المحكمة المستأنف إليها الحكم اتخاذها؛ ذلك أنَّ المشرع لم يفرد أحكاماً خاصة، تتعلق بإجراءات الاستئناف أمام محاكم الاستئناف، وأخرى لإجراءات الاستئناف أمام محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، بل عمل على توحيد إجراءات الطعن بالاستئناف أمام المحكمتين كليهما، وبذلك فإنَّ مقتضيات فهم النص أن لا يُعزل عن السياق الذي ورد به. وعلى هذا فإنَّ عبارتي (لمحكمة الاستئناف) و(على محكمة الاستئناف) الواردتين في المادة (٢٢٣) بفقرتيها يقصد منهما: المحكمة صاحبة الاختصاص بنظر

الاستئناف، سواء أكانت محكمة استئناف أم محكمة بداية بصفتها الاستئنافية، في حين أنَّ عبارة (محاكم الاستئناف) الواردة في المادة (٢٢٥) في باب النقض تنصرف صراحة ودلالة، وبالإمعان في ما سبقها وتلاها وإلى السياق الذي وردت فيه، إلى محاكم الاستئناف بعينها دون غيرها^(٣٧).

القرينة الرابعة: إنَّ تقديم الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف بعينها في المادة ٢٢٥، على الأحكام النهائية الواردة في المادة ٢٢٦، يتفق مع غاية المشرع وتوجهه نحو التخصيص الذي يُمكن استخلاصه من مجمل نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ومن نص المادة ٣٠ من قانون تشكيل المحاكم النظامية، كما أنَّ قصر عبارة (الأحكام النهائية) في المادة ٢٢٦ على الأحكام الصادرة من محاكم البداية بصفتها الاستئنافية له ما يبرره، فالعبارة جاءت بعد المادة ٢٢٥ التي تُعتبر دليل تخصيص للأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف بعينها، مما يعني بمفهوم المخالفة أنَّ هناك أحكام نهائية صادرة عن غير محاكم الاستئناف بعينها، وهو ما ورد النص عليه في المادة ٢٢٦، حيث لم يبق مجال سوى للحديث عن الأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية. وأمام هذا الوضع، لا يمكن القول إنَّ المشرع رفع التفرقة بين أسباب الطعن في الأحكام النهائية، سواء أكانت صادرة عن محاكم الاستئناف، أم عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، ذلك أنَّ لكل منهما أحكاماً مختلفة، تدلُّ عليها العبارات والأسباب الواردة فيها، وتختلف في كلا المادتين - ٢٢٥ و ٢٢٦ - اختلافاً بيناً.

كما أنَّ التسلسل أو التوالي لا يعني أن تحمل أسباب الطعن الواردة في كلٍّ منهما على الأخرى ما دامت الأسباب الواردة في كل واحدة منهما ترتبط برباط لا ينفصل عن المحكمة المصدرة الحكم الطعين، فضلاً عن أنَّ الاختلاف واضح بين المحاكم على اختلافها لغةً واصطلاحاً واختصاصاً، فالمشرع نص على أن تتكون المحاكم النظامية من محاكم الصلح، ومحاكم البداية، ومحاكم الاستئناف، والمحكمة العليا، وأقام حدود اختصاص كل منها، وكيفية تشكيلها وانعقادها. فمحاكم البداية تنشأ في مراكز المحافظات، حسب مقتضى الحال، وتنعقد هيئتها من ثلاثة قضاة، وتنعقد من قاض فرد في الأحوال التي رسم حدودها القانون، وتنعقد من ثلاثة قضاة

(٣٧) انظر: حكم محكمة النقض - هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١١/٦/١. المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على

الرابط الإلكتروني الآتي:

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>

بصفتها الاستئنافية، وتختص بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن محاكم الصلح التي تنعقد من قاضٍ فرد، أما محاكم الاستئناف فهي ثلاثة: محكمة استئناف القدس، ومحكمة استئناف رام الله، ومحكمة استئناف غزة، وتختص بالنظر في الاستئنافات المرفوعة إليها بشأن الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم البداية، ومعلوم أيضاً أنَّ أحكام محكمة البداية تخضع جميعها، دون استثناء، للطعن استئنافاً، في حين أنَّ بعض أحكام محاكم الصلح لا تخضع للطعن استئنافاً إلا استثناءً، في حالات وردت حصراً.

ومِمَّا تقدّم نعتقد أنَّ تفسيرنا لعبارة (الأحكام النهائية) الواردة في المادة ٢٢٦ يمتاز بأنه:

- ١ - ينسجم مع نص المادة (٣٠) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، ومع سائر نصوص قانون أصول المحاكمات، وكذلك مع نصوص القوانين التي استقى منها المشرع الفلسطيني نصوصه، وخاصة المصري.
- ٢ - يؤدي إلى إزالة اللبس والغموض في فهم أحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦؛ لأنه إذا فسّرنا عبارة الأحكام النهائية الواردة في المادة ٢٢٥، بمعزل عن عبارة الحكم النهائي الواردة في المادة ٢٢٦، فسنجد أنفسنا - بحكم الضرورة - أمام فهمين مختلفين على الأقل: الأول لعبارة (محاكم الاستئناف) في المادة ٢٢٥، والثاني لعبارة (الحكم النهائي) الواردة في المادة ٢٢٦. وفي الفهم الأول يثور الخلاف حول المقصود بمحاكم الاستئناف، وأمّا في الفهم الثاني فيثور الخلاف حول ماذا يشمل الحكم النهائي، فهل يشمل الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية، أم هل يقتصر على محاكم البداية بصفتها الاستئنافية؟
- ٣ - إنَّ تفسير المادة ٢٢٦ بما يتفق مع النصوص الأخرى - لاسيّما المادة ٢٢٥ - يؤدي إلى توحيد الفهم لمضمون المادتين وأحكامهما، وهو أفضل بكثير من تفسيرهما بشكل منفرد؛ لأنه سيؤدي إلى اختلاف في الفهم، وبالضرورة اختلاف في التطبيق، هذا إلى جانب أنَّ التفسير الأمثل للنصوص هو الذي يُعمل جميع النصوص ذات الصلة، متى كان ذلك ممكناً وملائماً.
- ٤ - وبالإضافة إلى ما تقدّم، فإنَّ هذا المفهوم لعبارة (الأحكام النهائية) الواردة في المادة ٢٢٥ أساسه المفهوم الذي ورد في قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وهو الذي استقى منه المشرع الفلسطيني معظم أحكامه، حيث جاء في المادة (٢٤٨) المقابلة للمادة ٢٢٥ فلسطيني: "للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية:

١ - إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله.

٢ - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم."

وجاء في المادة ٢٤٩ المقابلة للمادة ٢٢٦: "للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم نهائي - أي كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي".

يلاحظ على هذين النصين أنه على الرغم من توافقهما، من حيث أسلوب الصياغة والنقاط المعالجة مع ما ورد في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني؛ إلا أنهما في المقابل يُظهران اختلافاً بين موقفَي المشرعين، حيث ضيق المشرع المصري من اختصاص قضاء النقض، أو ولايته بشأن الأحكام الصادرة عن محاكم الصلح، والبدائية بصفتها الاستئنافية، وقصرها على حالة واحدة فقط، هي حالة صدور حكم من هذه المحاكم، أو أي محكمة أخرى في النظام القانوني المصري، فصل في منازعة، خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم، في ذات النزاع، وحاز قوة الأمر المقضي به. وفيما عدا هذه الحالة، فلا يجوز الطعن بالنقض إلا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف بعينها، وقد أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "لا يجوز وفقاً للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- الطعن بالنقض في الحكم الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية إلا إذا كان قد فصل في النزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي" (٣٨).

أما بالنسبة للمشرع الفلسطيني، فقد وسّع من نطاق اختصاص محكمة النقض الفلسطينية، ببسط ولايتها على الأحكام الصادرة عن غير محاكم الاستئناف، كلما برزت إحدى الحالتين المذكورتين في المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات.

كما يلاحظ أن المشرع المصري توسّع في المادة ٢٤٩، بحيث لم يقصر الطعن على الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البدائية بصفتها

(٣٨) نقض مدني/ طعن رقم ١٢٧٤ - لسنة ٥٠ قضائية- تاريخ الجلسة ٩/٥/١٩٨٤- المكتب الفني ٣٥- رقم الجزء ١، ص ١٢٤١.

الاستثنائية، كما فعل المشرع الفلسطيني في المادة ٣٠ من قانون تشكيل المحاكم النظامية، وإنما وسّع في العبارة، لتشمل الأحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الأخرى في النظام القانوني، بغض النظر عن نوع المحكمة. وفي ضوء النصوص المشار إليها، قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مناط الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية - بهيئة استئنافية - أن يكون الحكم الطعين قد فصل في نزاع خلافاً لحكم سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي" (٣٩) كما قضت أيضاً بأن: "الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية، الطعن فيها بطريق النقض، شرطه المادة (٢٤٩) مرافعات، وأن قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حق الطاعة في الاستئناف لرفعه بعد الميعاد عدم جواز الطعن فيه بطريق النقض" (٤٠).

وعلى الرغم من الاختلاف في بعض الأمور بين القانونين المصري والفلسطيني، إلا أن هذا الاختلاف - مهما امتد أو اتسع - يبقى بعيداً عن المسألة محل البحث، فتوسّع المشرع المصري في أسباب الطعن بالأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف، والتضييق في أسباب الطعن في الأحكام النهائية - أيّاً كانت المحكمة التي أصدرتها - لا يصح أن يكون مسوّغاً لخلاف ما توجهنا إليه، أو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية.

كما أن اختلاف النصاب القيمي للأحكام التي تستأنف أمام المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية في القانون المصري، عن تلك التي تستأنف أمام محاكم البداية بصفتها الاستئنافية في القانون الفلسطيني؛ لا يصلح مسوّغاً يمكن معه القول بأن المادتين (٢٢٥، ٢٢٦) تصلحان أساساً للطعن بعموم الأحكام النهائية التي تقبل الطعن بالنقض، بصرف النظر عن المحكمة المصدرة الحكم، سواء أكانت محكمة الاستئناف، أم محكمة البداية بصفتها الاستئنافية. إلى جانب ذلك فالمادة (٤٧) من قانون المرافعات المصري نصت على أن حكم المحكمة الابتدائية يكون انتهاءً - أي غير قابل للطعن - إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز عشرة آلاف جنيه، ولا يوجد نص مماثل لهذه المادة بخصوص محاكم البداية، في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

(٣٩) انظر: نقض ١٩٩٤/١/٢٧ طعن رقم ٨٨٠ سنة ٥٦ قضائية، نقض ١٩٨٣/٥/١٦ طعن

رقم ٢٤٧٥ لسنة ٥٢ قضائية، نقض ١٩٩١/٢/١٣ طعن رقم ٢٩٩٠ لسنة ٥٧ قضائية،

نقض ١٩٩٦/٢/١٨ طعن رقم ٣٩٢٥ لسنة ٣٠ قضائية.

(٤٠) طعن رقم ١٠١٩ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٩٩٥/٤/١٠.

ثالثاً: ومِمَّا يُستفاد من نص المادة ٢٢٥ أنه يشترط للطعن في الأحكام الصادرة أمام محكمة النقض أن يكون الطعن مبنياً على مخالفة للقانون، أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، ويكون الحكم كذلك إذا اتكأت المحكمة في حكمها على مادة قانونية أساءت فهم معناها، فحملتها على غير محلها القانوني، أو طبقت قانوناً لم يكن معمولاً به عند وقوع القضية المحكوم بها، أو أن تكون المحكمة أخطأت في تأويل مفاد سند، أو أخطأت في تأويل معنى القانون أو النظام الذي يتعلق بذلك السند وشروطه، أو إذا لم تستند المحكمة في حكمها إلى مادة قانونية معينة، تنطبق على القضية التي صدر فيها الحكم.

المطلب الثاني

شروط تطبيق أحكام المادة ٢٢٦

يستفاد من نص المادة ٢٢٦ أنه يشترط لانعقاد ولاية محكمة النقض واختصاصها بنظر الأحكام القضائية ما يأتي^(٤١):

أولاً: أن تكون نهائية.

ثانياً: أن تكون صادرة عن غير محاكم الاستئناف التي قصدها المشرع، فسمّاها بشكل محدد، في المادتين: ٢٢٥ من قانون أصول المحاكمات، و(٣٠) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، وما نقصده هنا محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، فقد فرّق المشرع الفلسطيني بين الاختصاص الأصيل لمحكمة البداية كمحكمة درجة أولى للتقاضي بين الخصوم، واستئناف قراراتها لمحكمة الاستئناف كمحكمة درجة ثانية، والاختصاص الذي أسنده لها كمحكمة درجة ثانية كاختصاص استثنائي، فأسند لها صلاحية النظر في استئناف أحكام محكمة الصلح، وفرض عليها الانعقاد بصفتها الاستئنافية من ثلاثة قضاة، أسوة بمحكمة الاستئناف التي لا تنعقد إلا من ثلاثة

(٤١) انظر: الرأي المخالف المعطى من القضاة عبد الله غزلان وإيمان ناصر الدين ومحمد سامح الدويك، مدون في حكم محكمة النقض-هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ٢٠١٠/٦/١. المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>. كذلك انظر: محاضرة القاضي عبد الله غزلان حول تطبيق محكمة النقض لنص المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، والتي أقيمت على طلبة ماجستير القانون بجامعة بيرزيت ضمن مساق أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بتاريخ ٢٠١٤/١٢/١٥.

قضاة، ليكون لها قدر من الجدّة والموضوعية في نظر تلك الطعون، كما ورد في المادة (١٥) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٥ لسنة ٢٠٠١ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ والقرار بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٤م. وقد أشار قانون تشكيل المحاكم في المادة (١٤) منه لصلاحيّة انعقاد محكمة البداية، بصفتها محكمة درجة أولى، يكون إما من ثلاثة قضاة، أو من قاضٍ فرد، وفقاً لما نصّ عليه القانون، وذلك سنداً لقيمة الدعوى، حسب الأحوال التي يجيزها القانون، وما أورده المشرع الفلسطيني في المادة (٣٠) من ذات القانون، من حيث إنّ محكمة البداية - بصفتها الاستئنافية - جاءت في المرتبة الثانية بعد محاكم الاستئناف، يفيد - كما أسلفنا - أنّ الطعون قاصرة على قرارات محاكم الاستئناف فقط، حسب المادة (٢٢٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وقاصرة على قرارات محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، حسب المادة (٢٢٦)، فالترتيب جاء في هذه المادة تنازلياً، من المحكمة ذات المنزل الأعلى وهي الأصلية، ثم المحكمة صاحبة الاختصاص الاستثنائي. وهذا الترتيب يعني أنّ لمحكمة البداية بصفتها الاستئنافية كامل الصلاحيات المخصصة للمحكمة الأصلية للنظر في الطعون، ضدّ القرارات الصادرة عن محاكم الصلح طبقاً للقانون.

إنّ نص المادة (٣٠) من قانون تشكيل المحاكم منح الصلاحيّة لمحكمة النقض بأن يشمل اختصاصها النظر في الطعون المرفوعة إليها من محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وفقاً لأسباب معينة، ولو أراد المشرع غير ذلك لحصر الطعون بالأسباب الواردة في المادة (٢٢٥) بمحاكم الاستئناف، خاصة وأنّ قانون تشكيل المحاكم جاء لاحقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، وقانون أصول الإجراءات الجزائية رقم ٣ لسنة ٢٠٠١. وما يعزز هذا الرأي ما جاء في المادة (٢٠٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، عندما أجاز الطعن في الأحكام والقرارات النهائية الصادرة عن محاكم الصلح، بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، أو وقوع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، استثناء على ما جاء في المادة (١/٣٩) من ذات القانون.

وفي ذات الصدد لا يرد القول إنّ المشرّع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية، رقم ٣ لسنة ٢٠٠١، أخضع في المادة (٣٤٦) منه الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية للطعن بالنقض دون أن يميز في أسباب الطعن، بل جعل الأسباب فيهما واحدة؛ الأمر الذي يعني أنّ المشرع قصد بعبارة (محاكم الاستئناف) الواردة في المادة (٢٢٥) من قانون أصول المحاكمات

المدنية والتجارية محاكم الاستئناف، ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية على حد سواء، ذلك أنَّ المشرَّع، في قانون الإجراءات الجزائية، جاء على ذكر محاكم الاستئناف ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية، ومعلوم أنَّ أيَّ زيادة في المبنى هي زيادة في المعنى، كما أنَّه جمع بينهما في نصٍّ واحد، ثُمَّ أتى على أسباب الطعن دون تمييز للجهة التي أصدرت الحكم الطعين، وفي هذا ما يدعم التوجه الذي تبنيه.

كما أنَّ القول بأنَّ على محكمة النقض أن تُطوِّع نص المادة ٢٢٥، بحيث تُزيل التفرقة بين أسباب الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف، وتلك الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية فيه لي لعنق النص القانوني وتحصيل له بما لا يحتمل وإنطاقاً له بما لم ينطق به، إضافة إلى مخالفة قصد الشارع، إذ فرَّق بين محاكم الاستئناف العادية، ومحاكم البداية بصفتها الاستئنافية، ولو كان المشرع يقصد ما ذهب إليه رأي الأغلبية، لما قام بتبنييد المادة (٣٠) من قانون الأصول، فاصلاً محاكم الاستئناف عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، فالتبنييد يُقصد به تفصيل الأحكام لمسألة معينة على نواحٍ متعددة.

لقد جاء رأينا منسجماً مع الآتي:

١ - ما قضت به محكمة النقض، المنعقدة في غزة في قرارات عديدة، منذ صدور قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، إذ حصرت أسباب الطعن في الأحكام الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، بواحدٍ أو أكثر من الأسباب الواردة حصراً بالمادة (٢٢٦)، من قانون أصول المحاكمات^(٤٢)، في حين أنَّ أغلبية أعضاء هيئة النقض المنعقدة في رام الله رأَتْ خلاف ذلك، وللتدليل على صحة ذلك نشير إلى المذكرة المقدمة من رئيس هيئة محكمة النقض المنعقدة في غزة، إلى رئيس المحكمة العليا في رام الله، المؤرخة بـ ١٠/٩/٢٠٠٦ وجاء فيها "أما من حيث قول الأستاذ (مقدّم الشكوى) من أنه يوجد فارق كبير بين المبادئ القانونية وفي التفسير لنص المادتين (٢٢٥، ٢٢٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ ما بين محكمة النقض المنعقدة في رام الله وهيئة محكمة النقض المنعقدة في غزة، وأنَّ الهيئة المنعقدة في رام الله لم تعتمد التفسير

(٤٢) انظر: حكم محكمة النقض المنعقدة في غزة في الدعوى الحقوقية رقم ٢٣١ لسنة ٢٠٠٥، وكذلك حكم محكمة النقض المنعقدة في غزة في الدعوى الحقوقية رقم ٣٠١ لسنة ٢٠٠٥، وللمزيد من القرارات راجع المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الآتي: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>

الخاطيء لنص المادة المذكور، كما اعتمدته هيئة محكمة النقض المنعقدة في غزة - فإننا مع عدم قبولنا لهذا ورفضنا له - إلا أننا نأمل أن تنعقد المحكمة وفقاً لنص المادة (٢٥) من قانون تشكيل المحاكم للعدول عن مبدأ قانوني سبق أن قررته، أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة، لاختلاف في الرأي من أي جانب، ولتوحيد أحكامهما بما يتفق والقانون لتحقيق العدالة وإعلاء كلمة الحق".

٢ - ما توصلت إليه محكمة النقض الفلسطينية في حكمها رقم: ٢٠١٠/١١١ الصادر عن الهيئة العامة للدائرة الجزائية في محكمة النقض المنعقدة في رام الله بتاريخ ٢٠١١/٥/١٦، التي ذهبت إلى القول بأن القرار الصادر عن محكمة البداية طبقاً للمادة ١٠٤ من قانون الإجراءات الجزائية يعد حكماً نهائياً لا يقبل الطعن بطريق النقض لعدم وجود نص قانوني يجيز ذلك، إذ لا طعن بدون نص، ولعدم توافر الصفة الاستئنافية على محكمة البداية طبقاً للمادة ١٠٤، خلافاً للنصوص القانونية الأخرى من القانون ذاته التي أضفت عليها الصفة الاستئنافية وعمدت إلى ربطها بالأحكام الصادرة عن محاكم الصلح، وما يؤيد ذلك أن المشرع أعطى الرخصة للمدعي بالحق المدني أن يتظلم من قرار النائب العام بحفظ الأوراق، ويكون القرار الصادر من النيابة برد التظلم قابلاً للطعن أمام المحكمة المختصة بموجب قرار نهائي، سواء تم قبول التظلم أو رفضه حسب مقتضى طبقاً للمادة ١٥٣ من قانون الإجراءات الجزائية^(٤٣).

ثالثاً: أن يكون الطعن مبنياً على وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، أو إذا تناقض الحكم المطعون فيه مع حكم سابق حاز قوة الأمر المقضي فيه، وصدر بين الخصوم أنفسهم وفي النزاع ذاته، ويكون الحكم باطلاً إذا فقد شروط صحته، كأن يصدر من قاضٍ قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية، أو بعد التقرير برده. كما تعد الإجراءات اللازمة لإقامة الدعوى والسير فيها مؤثرة في

(٤٣) نصت المادة رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ على أنه: "إذا دفع المتهم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو بانقضاء الدعوى وجب عرض الدفع على النائب العام أو أحد مساعديه للفصل فيه خلال أربع وعشرين ساعة بموجب قرار قابل للاستئناف أمام محكمة البداية". كما نصت المادة ١٥٣ من ذات القانون على أنه: "١- يجوز للمدعي بالحق المدني التظلم من القرار الصادر بحفظ الدعوى بطلب يقدم منه إلى النائب العام.

٢- يفصل النائب العام في طلب التظلم خلال شهر من تاريخ تقديمه بموجب قرار نهائي منه.
٣- يجوز للمدعي بالحق المدني استئناف قرار النائب العام أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى ويكون قرارها نهائياً، فإذا ألغت المحكمة القرار تعين نظر موضوع الدعوى أمام هيئة أخرى".

الحكم، بحيث إذا شاب أحدها البطلان امتدّ إلى الحكم، لأنّه بدون هذه الإجراءات لا يقوم الحكم. كذلك ينقض الحكم إذا صدر في دعوى واحدة حُكمان، يناقض أحدهما الآخر، مع أنّ موضوع النزاع وصفة الطرفين لم يتغيرا في الحكمين، في هذه الحالة ينقض الحكم الثاني منهما (الحكم المطعون فيه)؛ لوروده على حكم حائز قوة الأمر المقضي فيه.

الخاتمة

لقد ذهبت الأغلبية مذهباً في الرأي حول هذه المسألة قائماً على أسس وحجج صلت في نظرها فتبنتها، كما أقامت الأقلية أسساً وحججاً لرأيها وانتصرت لها، وكان رأي الباحث - بعد الفحص والنظر والتثبت - موافقاً لرأي الأقلية وموضّحاً ومفصّلاً له، ومستدلاً على سلامته ووجاهته بمزيد من التحليل والاستدلال القانوني والمنطقي حتى انتهت إلى ما انتهت إليه من نتائج في سياق حجاج قانوني / منطقي واضح مسوّغ.

وقد وافقت الأقلية في مخالفتها للأغلبية؛ كونها بنت رأيها على أسس من التيقن والفهم السليم لأحكام المواد ذات الصلة بالحكم موضوع التعليق، فلم تقف الأقلية عند لفظ النصوص، ولكنها توخت اللفظ والمعنى معاً، ودققت في عبارات النصوص وألفاظها، وحاکمتها محاكمة دقيقة ساعدت في تحديد مدى النصوص وأبعادها، ومقاصد المشرع فيها، وقد ساعدها في ذلك قيامها بتقريب نص المادتين ٢٢٥ و٢٢٦، من نصوص القوانين الأخرى ذات الصلة، هذا إلى جانب رجوعها إلى القوانين التي استوحى منها المشرع الفلسطيني معظم نصوصه، مما أهلها للوصول إلى رأيها الذي نرى أنّه يتوافق مع حكم القانون.

ونرجّح ما رجّحته الأقلية من أنّ أسباب الطعن في الأحكام النهائية الواردة في المادة ٢٢٦ جرى بيانها حصراً، وتخص الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وأن أسباب الطعن الواردة في المادة ٢٢٥ جرى بيانها حصراً، وتخص فقط الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف بعينها. وعليه، فإنّ أيّ طعن يقدم بهذا الخصوص، يشتمل على أسباب أخرى غير واردة في المادتين، أو يرد في مادة دون الأخرى - كما هو الحال في الحكم محل البحث - حيث صدر الحكم من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، وسبب الطعن يرد ضمن الأسباب الواردة في المادة ٢٢٥ التي تخص محاكم الاستئناف، وليس ضمن الأسباب التي تخص محاكم البداية بصفتها الاستئنافية الواردة في المادة ٢٢٦؛ فإنّه في هذه الحالة يتعيّن على محكمة النقض أن تقرر عدم قبول الطعن.

وبناءً على ما تقدم كله، وحيث إنّ الحكم الطعين صدر من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، وحيث إنّ أسباب الطعن في الحكم تخرج عن حدود الأسباب الواردة حصراً في المادة ٢٢٦، فإنّنا نرى رأي الأقلية، أنّه كان يتوجب على محكمة النقض أن تقرر عدم قبول الطعن موضوعاً؛ لخروجه عن حدود نص المادة ٢٢٦.

وبالإضافة إلى ما تقدم، ومن أجل إزالة أية إشكاليات في اتجاه القضاء، حول الفهم والتطبيق لأحكام المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وإعمالاً لفكرنا نقترح الاستعاضة عن مصطلح "محاكم الاستئناف" في المادة ٢٢٥ من قانون أصول المحاكمات بمصطلح "المحكمة الاستئنافية"، أو "محاكم الدرجة الثانية"؛ وذلك تفادياً لأي اختلاط في الفهم كالذي ثار عند بعض القضاة في معرض تحديدهم للأسباب التي تدخل في حكم المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦، وتحقيقاً للتناغم مع قواعد العدالة التي تقتضي إجراء هذا التعديل، لأنّه بالرغم من ترجيحنا لرأي الأقلية على ضوء العبارات الواردة في نص المادتين أعلاه، نرى أنّه من غير الحكمة أن يتوافر أحد الأسباب الواردة في المادة ٢٢٥، ولا يمكن الطعن بالنقض استناداً له؛ لأنّ الحكم صادر من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، ولا يندرج ضمن أحد الأسباب الواردة في المادة ٢٢٦، والعائق الوحيد في ذلك هو عبارات النص التي لا تسمح بقبول الطعن استناداً لهذا السبب. هذا إلى جانب أنّه إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون، أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله، فهذا يترتب عليه بطلان الحكم، والأصل أن يتاح المجال للطعن فيه، وفق أحد الأسباب الواردة في المادة ٢٢٥، حتى لو كان الحكم صادراً من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، وهذا يعني عدم وجود مسوّغ للفرقة بين الطعن في الحكم النهائي الصادر عن محاكم الاستئناف، والصادر عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية.

المراجع

- أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- أحمد السيد صاوي: الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض بالنسبة للطعن المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- أحمد هندي: أحكام محكمة النقض، آثارها وقواتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- أحمد هندي: أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- أحمد مسلم: أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.
- أمينة النمر: النصاب النهائي للمحاكم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٩.
- آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، مديرية الكتب، جامعة الموصل، العراق، ١٩٨٨.
- رزق الله الأنطاكي: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة السادسة، مطبعة المفيد، دمشق، ١٩٦٥.
- صلاح الدين الناهي: مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ١٩٩٦.
- عثمان التكروري: الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، رقم (٢) لسنة ٢٠٠١، الطبعة الثانية، فلسطين ٢٠٠٩.
- عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.
- عوض الزعبي: أصول المحاكمات المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٣.

- عبد العزيز خليل بديوي: الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠.
- عبد الله غزلان: محاضرة حول تطبيق محكمة النقض لنص المادتين ٢٢٥ و ٢٢٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، أقيمت على طلبه ماجستير القانون بجامعة بيرزيت ضمن مساق أصول المحاكمات المدنية والتجارية، بتاريخ ١٥/١٢/٢٠١٤.
- عبد الله غزلان وإيمان ناصر الدين ومحمد سامح الدويك: رأي مخالف معطى على حكم محكمة النقض - هيئة عامة المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠١٠ تاريخ ١/٦/٢٠٠١. المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني الآتي:
<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>
- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠.
- مجموعة محمد خلاد: المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية، ١٩٩٨، الجزء الرابع.
- مجموعة أحكام محكمة النقض الفلسطينية: المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني:
<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45932>
- حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ٣٣٨ لسنة ٢٠٠٩، تاريخ الفصل ٣/٢/٢٠١٠: المقتفي، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، على الرابط الإلكتروني: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=45329>
- مفلح القضاة: أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤.
- ممدوح عبد الكريم حافظ: شرح قانون المرافعات المدنية العراقية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الأزهر، بغداد، العراق، ١٩٧١، ١٩٧٢.
- مبروك بنموسى، أسباب الحكم القضائي وتسببيه في المواد المدنية والتجارية، المغاربة لطباعة وإشهار الكتاب، تونس، ٢٠١١.
- محمد الكشبور: التمييز الجزئي للأحكام القضائية المدنية - دراسة مقارنة،

- المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، العدد الأول، ٢٠١٤.
- محمد عبد الله الظاهر: شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، ١٩٩٧.
- محمود الكيلاني: شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦.
- نبيل إسماعيل عمر: النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية: طبقاً لنصوص قانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- وجدي راغب وسيد أحمد محمود: قانون المرافعات الكويتي، الطبعة الأولى؛ دار الكتب، الكويت، ١٩٩٤.
- وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية

أ. محمد رفيق مؤمن الشوبكي

ماجستير قانون عام

غزة - فلسطين

ملخص:

تعتبر الدول العربية الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع، وتختلف قوتها من حيث كونها مصدراً للتشريع تبعاً لصياغة المادة الخاصة بذلك في دستور كل دولة، واختلاف الصياغات أثر على نصوص الدستور التي يجب أن تكون متناغمة ومنسجمة مع بعضها البعض، وكذلك أثر على كافة التشريعات العادية والثانوية، بالإضافة لما لها من تأثير على عمل السلطات في الدولة، ومن هذا المنطلق تناول الباحث هذا الموضوع تحت عنوان: "مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية".

واتبع الباحث في بحثه المنهج الوصفي التحليلي، وتحدث في بدايته عن ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع، ثم تناول الحديث عن الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية، كما بين أثر النص المتعلق بالتشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل كل من: المشرع والقاضي، وختم الباحث بحثه بخاتمة لخص فيها النتائج والتوصيات.

المقدمة:

الحمد لله الملك العلي الكبير، سبحانه على كل شيء قدير، ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير، تعالى عن نظير وتقدس عن وزير، وتنزه عن مخبر ومشير، أعطى من فضله الكثير وقبل من خلقه اليسير، وعفا عن الخطأ والتقصير، ليس كمثله شيء وهو السميع البصير، والصلاة والسلام على البشير النذير، السراج المنير، محمد ﷺ وعلى آله وأصحابه أولى الجد والتشهير، ومن على نهجهم إلى الله يسير، ثم أما بعد؛

الشريعة الإسلامية هي ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبها المختلفة لتنظيم علاقة الناس بربهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض وتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة.

وتعد الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع، وتختلف قوتها من حيث كونها مصدراً للتشريع تبعاً لصياغة المادة الخاصة بذلك في الدستور، ودستور كل دولة غالباً إن لم يكن دائماً ما يحدد دين الدولة، وكذلك يحدد دور الدين كمصدر للتشريع.

وفي الفترة الأخيرة، وبعد الثورات العربية، كان للإسلاميين نصيب الأسد من اعتلاء سدة الحكم في الدول التي شهدت هذه الثورات، وباتت الحاجة ملحة لسن دساتير جديدة تتلاءم مع مطالب الثوار، وإبان إعداد دساتير جديدة كان يثور النزاع حول صياغة المادة المتعلقة بتحديد دور الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، أ تكون الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أم المصدر الرئيسي للتشريع أم مصدر رئيسي للتشريع أم مصدر من مصادر التشريع، وكذلك أ تكون مبادئ الشريعة الإسلامية أم أحكام الشريعة الإسلامية هي المصدر.

ولاختلاف الصياغات سألنا الذكر أثر على نصوص الدستور التي يجب أن تكون متناغمة ومنسجمة مع بعضها البعض، وكذلك أثر على كافة التشريعات العادية والثانونية بالإضافة لما لها من تأثير على تنظيم السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية).

ولما مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية من دور كبير في بيان مدى إمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية في الدول العربية، ومن انعكاسات كبيرة على عمل مؤسسات الدولة كان لابد من تناول هذا البحث، والذي أسميناه: "مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية".

أولاً - طبيعة الموضوع:

دراسة موضوع التشريع الإسلامي في الدساتير العربية من حيث بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، والحديث عن معنى التشريع الإسلامي، وبيان الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية، وأثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع والقاضي.

ثانياً - أهمية البحث وسبب اختياره:

تأتي أهمية إعداد هذا البحث وسبب اختياره لعدة أسباب، أهمها:

- ١ - التأثير الكبير لهذا الموضوع؛ حيث إن تأثيره ينعكس على كافة مؤسسات الدولة وعلى المنظومة القانونية للمجتمع بأسره.
- ٢ - توقيت إعداد هذا البحث، حيث إنه كثيراً ما تثار النقاشات حول تطبيق الشريعة الإسلامية، وحول كيفية صياغة المادة المتعلقة بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع وأثرها ومكانتها، خاصة عند وضع الدساتير في الدول العربية في الآونة الأخيرة.

- ٣ - موضوع الدراسة من المواضيع الحديثة التي لم يتناولها القضاء والفقه بالبحث الكافي والوافي، فتكاد لا تجد دراسة شرعية قانونية تتناول هذا الموضوع.
- ٤ - الرغبة في ترك بصمة ذاتية تسجل في هذا الموضوع، من خلال شرحه بالتفصيل، وبيان أحكامه.

ثالثاً - أهداف البحث:

- ١ - تقديم رؤية واضحة حول موضوع مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع والصياغات المتعددة لها، ودلالاتها وأثرها.
- ٢ - بيان موقف الدول العربية من التشريع الإسلامي، ومدى التزامها بأحكامه.
- ٣ - بيان دور القضاة في الدول العربية عند إصدار أحكام قضائية مستندة للقانون إلا أنها مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

رابعاً - مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث في استيضاح مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية، حيث إن النص على الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور له أثر كبير على بقية نصوص الدستور وعلى عمل السلطات الثلاث في الدولة، وبالتالي يمكن صياغة مشكلة البحث بالسؤال التالي: "هل أعطت الدساتير العربية للتشريع الإسلامي دوراً فعالاً يسهم في تطبيق الشريعة الإسلامية؟ وما أثر النص على التشريع الإسلامي كمصدر للتشريع في الدساتير العربية على عمل المشرع والقاضي؟"

خامساً - أسئلة البحث:

- ١ - ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها؟
- ٢ - ما هو الفرق بين الصياغات المتعددة لمادة الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور؟
- ٣ - هل لجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في الدساتير العربية أثر على نصوص الدستور والتشريعات الأخرى؟
- ٤ - هل يجوز للقاضي أن يصدر حكماً في نزاع معروض أمامه، وهذا الحكم يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية؟

سادساً - منهجية البحث:

في هذا البحث سيتم استخدام المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال بيان وتحليل قاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بصياغتها المتعددة، ومكانتها بالنسبة لنصوص الدستور ذاته ونصوص التشريعات العادية والثانونية، وأثرها على عمل القضاء.

سابعاً - هيكلية البحث:

المبحث الأول: ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع.

المبحث الثاني: الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية.

المبحث الثالث: أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع.

المبحث الرابع: أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل القضاء.

المبحث الأول ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع

المطلب الأول مفهوم الشريعة الإسلامية

أولاً - الشريعة الإسلامية لغة:

الشريعة هي مصدر من الشرع، يقال: شرع يشرع شرعاً وشرعياً، والشرع: الدين والسنة، والملة، والسبيل، والظاهر المستقيم من المذاهب، ويأتي لمعان غير ذلك^(١). والشريعة تطلق على الطريقة المستقيمة، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾^(٢)، وتطلق على مورد الماء الذي يورد للشرب^(٣).

والإسلامية في اللغة: من الإسلام، وهو بمعنى الإذعان والانقياد والدخول في السلم أو الدخول في دين الإسلام^(٤).

ثانياً - الشريعة الإسلامية اصطلاحاً:

إن بيان مفهوم الشريعة الإسلامية يقتضي توضيح المقصود بأحكام الشريعة ومبادئ الشريعة، وسنتولى ذلك على النحو التالي:

١ - مفهوم أحكام الشريعة الإسلامية:

يقصد بأحكام الشريعة قواعدها وشرائعها، وتشمل الشريعة أحكام الله في جميع الأعمال من حل، وحرمة، وكراهة، وندب، وإباحة^(٥).

يطلق لفظ الشريعة في لسان الفقهاء على الأحكام التي سنّها الله تعالى لعباده ليكونوا مؤمنين عاملين بها على ما يسعدهم في الدنيا والآخرة^(٦).

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (سوريا: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٦م)، ج ١، ص ٧٢٣.

(٢) سورة الجاثية، آية رقم (١٨).

(٣) جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، (بيروت: دار صادر، ١٩٩٧م)، ج ٨، ص ١٧٥.

(٤) المرجع السابق نفسه، (٢٩٣/١٢).

(٥) ماهر حامد الحولي، أصول الفقه الإسلامي، (غزة: مكتبة الطالب الجامعي، ٢٠١٢م)، ص ٦٥.

(٦) شوكت محمد عليان، التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، (الرياض: دار الشواف للنشر والتوزيع، ١٩٥٦م)، ص ١١.

ويقصد بالشرعية في اصطلاح الفقهاء: مجموعة الأحكام والقواعد الشرعية التي سنّها الله لعباده، والتي بلغت عن طريق الرسل، وتحتوي على ما ينظم علاقة الإنسان بنفسه ثم بربه ثم بأخيه الإنسان، وبالجماعة التي يعيش فيها. أو هي: النظم التي شرعها الله أو شرع أصولها ليأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه، وعلاقته بأخيه المسلم، وعلاقته بأخيه الإنسان، وعلاقته بالكون، وعلاقته بالحياة^(٧).

وتعرف بأنها: هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد ﷺ، وتشمل الأحكام العقائدية والأخلاقية والعملية (العبادات والمعاملات)^(٨).

وبالنظر إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها تنقسم إلى قسمين، قسم الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، وهي التي لا شك فيها ولا اجتهاد معها؛ لأنها ثبتت بالنصوص الواضحة التي لا خلاف فيها كوجوب الصلاة والزكاة وحرمة الخمر والميسر هذا من جهة كونها قطعية الثبوت، أما من جهة كونها قطعية الدلالة أي أنها دلت على معنى واحد لا يحتمل غيره ولا سبيل إلى فهم غيره بوجه من الوجود. وقسم الأحكام غير قطعية الثبوت أو الدلالة أو كليهما، وهي التي قد يكون هناك شك في ثبوتها كأحاديث الآحاد، أو أنها تحتمل أكثر من معنى وفيها مجال لترجيح بعض المعاني على بعض أو كلا الأمرين معاً، مثال ظنية الدلالة: لفظ قرء فتحتمل الحيض والطهارة، وهذه تحتمل أكثر من تفسير وتحتاج إلى اجتهاد حسب الأصول وما يقتضيه السياق^(٩).

٢ - مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية:

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية مفهوم حوله اختلاف اجتهادي، فهناك من يرى أن مبادئ الشريعة الإسلامية: هي مجرد المبادئ العامة فقط؛ مثل: مبدأ العدالة، ومبدأ لا ضرر ولا ضرار، ومبدأ حفظ النفس والمال، ومبدأ عدم الإكراه في الدين، وليس المقصود (أحكام) الشريعة نفسها^(١٠).

(٧) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠١م)، ص ١٠.

(٨) أنور العمروسي، التشريع والقضاء في الإسلام، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠م)، ص ١٨، ١٩.

(٩) ماهر حامد الحولي، مرجع سابق، ص ٢٠٨، ٢٠٩ آدم يونس، تغيير الأحكام في الفقه الإسلامي، موقع الإسلام، رابط الموقع: <http://www.al-islam.com/content.aspx?pageid=1210&ContentID=753> تاريخ زيارة الموقع: ١٥/١١/٢٠١٤م.

(١٠) تهاني الجبالي، مقال بعنوان: "قصة المادة الثانية من الدستور"، نشر في جريدة التحرير بتاريخ ١١/١١/٢٠١١م، موقع مصرس، رابط الموقع: <http://www.masress.com/tahrirnews/69154> تاريخ زيارة الموقع: ١٦/١١/٢٠١٤م.

وهناك من يرى بأن الاسم العلمي لمبادئ الشريعة وظيفتها وأهدافها هو مقاصد الشريعة، ومقاصد الشريعة تقسم إلى الضرورات (حفظ الدين - النفس - النسل - العقل - المال)، والحاجيات، والتحسينيات^(١١).

والمعنى الدقيق لمبادئ الشريعة الإسلامية: هي الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها الواردة في القرآن والسنة دون غيرها من مصادر الفقه الإسلامي كالإجماع والقياس والاستحسان، فهي مصادر تقوم على الاجتهاد البشري خلافاً للقرآن والسنة، فمصدرها الله سبحانه وتعالى، فالسنة باعتبارها وحياً من الله سبحانه وتعالى تلحق بالقرآن الكريم فيما أتت به من أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة^(١٢). فقد ورد في نص حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية ما يأتي: "... فلا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها، باعتبار أن هذه الأحكام ومبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها"^(١٣).

والمصادر الأخرى غير القرآن والسنة، هي مصدر خصب للاجتهاد في المسائل الاختلافية والمستجدة، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: "الآراء الاجتهادية في المسائل المختلف عليها ليس لها في ذاتها قوة متعديّة لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالي اعتبارها شرعاً ثابتاً متقدراً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد"^(١٤).

(١١) جاسر العودة، الفرق بين مبادئ الشريعة وأحكام الشريعة، موقع المختصر، رابط الموقع: <http://www.almokhtsar.com/node/31971>، تاريخ دخول الموقع: ١٦/١١/٢٠١٤م.

(١٢) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١م)، ص ٨٤، ٨٥.

(١٣) راجع، حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (٧) لسنة (٨) قضائية، جلسة ١٥/٥/١٩٩٣م، وحكمها في الدعوى رقم (٢٨) لسنة (١٥) قضائية، جلسة ٥/١٢/١٩٩٨م، وحكمها في الدعوى رقم (٨) لسنة (١٧) قضائية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦م. وحكمها في الدعوى رقم (١١٩) لسنة (٢١) قضائية، جلسة بتاريخ ١٩/١٢/٢٠٠٤م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1، تاريخ دخول الموقع: ١٠/٥/٢٠١٥م.

(١٤) راجع، حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (٥) لسنة (٨) قضائية، جلسة ٦/١/١٩٩٦م، وحكمها في الدعوى رقم (٨) لسنة (١٧) قضائية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦م، موقع =

وقد جاء في نص المادة (٢١٩) من الدستور المصري لعام ٢٠١٢م (الملغي العمل به) تفسير مبادئ الشريعة بالمعنى سالف الذكر، حيث فسرت المادة (٢١٩) المادة الثانية من الدستور المصري، ونصت على أنه: (مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة)^(١٥).

وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أن المقصود بمبادئ الشريعة كلياتها التي ليست محل خلاف بين الفقهاء، فمبادئ الشريعة هي القواعد الكلية المشتركة بين الفقه الإسلامي^(١٦).

وعليه فإن مبادئ الشريعة هي الأحكام العامة الكلية الأساسية، التي لا تكون محلاً للخلاف بين المذاهب دون التفاصيل المتغيرة بتغير كل مجتمع وشؤونه^(١٧).

وفي إطار التفرقة بين أحكام الشريعة ومبادئها، فإن الدكتور عبد الرزاق السنهوري لا يفرق بين مصطلحي الأحكام والمبادئ وهو يستخدمهما كمرادفات لبعضهما البعض، ولكنه يفرق بين المبادئ أو الأحكام الشرعية الكلية القطعية التي مصدرها الأصول، القرآن الكريم والسنة النبوية، ويسميها المبادئ العامة التي لا يجوز مخالفتها، وبين المبادئ والأحكام التي مصدرها مذاهب الفقه الإسلامي، وهنا لا يشترط التقيد بمذهب معين فيمكن الرجوع إلى أي من المذاهب الأربعة، كما يمكن الرجوع إلى مذاهب أخرى كالزيدية والإمامية^(١٨).

في حين أن هناك من يرى - وبحق - أن مصطلح مبادئ الشريعة يختلف عن مصطلح أحكام الشريعة، حيث إن المشرع الدستوري أورد تعبير "مبادئ الشريعة الإسلامية" وليس أحكام الشريعة الإسلامية، ولو قصد النص على أحكام الشريعة لما أعجزه التصريح بذلك في النص، وهو ما يعني الإحالة للمبادئ العليا وحدها. فمبادئ

= جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، الرابط: <https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-18-Y17.html> تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٠٥/٥م.

(١٥) راجع: المادة (٢١٩) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٢م (الملغي العمل به).

(١٦) محمد سعيد العشماوي، الشريعة الإسلامية والقانون المصري، (القاهرة، مكتبة مدبولي الصغير، ١٩٩٦م)، ص ٢٣.

(١٧) محمد عبد الظاهر حسين، الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٩م)، ص ١٧٣.

(١٨) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، ج ١، ص ٤٨-٤٩.

الشريعة الإسلامية تمثل المقاصد العليا الثابتة، في حين أن الأحكام منها ما هو متغير، يخضع للاختلاف الفقهي في استنباطها^(١٩).

وكما أسلفنا فإن الفقه الإسلامي يقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى قسمين:

١ - قسم الأحكام قطعية الثبوت والدلالة: وهي التي لا شك فيها ولا اجتهاد معها؛ لأنها ثبتت بالنصوص الواضحة التي لا خلاف فيها، وهذه تسمى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٢ - قسم الأحكام غير قطعية الثبوت أو الدلالة أو كليهما: وهي التي قد يتطرق إليها الشك في ثبوتها أو تحتل أكثر من تفسير واجتهاد حسب الأصول العامة وما يقتضيه السياق أو كلا الأمرين معاً، وهي تمثل معظم أحكام الشريعة الإسلامية والمساحة الواسعة منها.

ومصطلح أحكام الشريعة الإسلامية يشمل القسمين السابقين.

ويتضح مما سبق أن مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" أوسع بكثير من مدلول مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"، وأن مبادئ الشريعة جزء من أحكام الشريعة وليس العكس.

المطلب الثاني مفهوم التشريع الإسلامي

أولاً - التشريع الإسلامي لغة:

التشريع مصدر للفعل شرع يشرع تشريعاً، والشرع: الدين والسنة والملة والسبيل والظاهر المستقيم من المذاهب ويأتي لمعان غير ذلك^(٢٠). ومن الشريعة اشتق - شرع - بمعنى أنشأ الشريعة، فيقال: شرع الدين يشرعه شرعاً إذا سن القواعد وبين النظم وأظهر الأحكام، وتقبيدها بالإسلامية يخرج غيرها من الشرائع^(٢١).

(١٩) تهناني الجبالي، مرجع سابق.

(٢٠) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (سوريا: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٦م)، ج ١، ص ٧٢٣.

(٢١) محمد علي السائيس، تاريخ الفقه الإسلامي، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ص ٧.

ثانياً - التشريع الإسلامي اصطلاحاً:

التشريع الإسلامي هو سن الشريعة وبيان الأحكام وإنشاء القوانين التي تستمد منها الأحكام لأعمال المكلفين، وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث^(٢٢).

ويقصد بالتشريع الإسلامي أحد معنيين، أحدهما: إيجاد شرع مبتدأ، وثانيهما: بيان حكم تقضيه شريعة قائمة، فالتشريع بالمعنى الأول في الإسلام ليس إلا لله فهو سبحانه ابتداءً شرعاً بما أنزله في قرآنه وما أقر عليه رسوله، وما نصبه من دلائل، وبهذا المعنى لا تشريع إلا لله. وأما التشريع بالمعنى الثاني وهو بيان حكم تقضيه شريعة قائمة، فهذا هو الذي تولاه بعد الرسول الكريم (صحابته الخلفاء الراشدين، ثم خلفاؤهم من فقهاء التابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين، فهؤلاء لم يشرعوا أحكاماً مبتدأة، وإنما استمدوا الأحكام من نصوص القرآن أو السنة النبوية، وما نصبه الشارع من الأدلة وما قدره من القواعد العامة^(٢٣).

ويرتبط تحديد سلطة التشريع في الدولة الإسلامية بوضع السيادة فيها، إذ إن الله سبحانه وتعالى هو المشرع الأعلى في الدولة الإسلامية، وأن ما جاء به القرآن الكريم وما بينته السنة النبوية من مبادئ وقواعد وأحكام تمثل صلب وجوهر الشريعة الإسلامية، هي واجبة الاحترام والتطبيق في الدولة الإسلامية، ولا يملك أحد سلطة تغيير أو تعديل شيء منها. أما وضع القوانين والتشريعات التفصيلية لمبادئ وأحكام الشرع الإسلامي، أو لترجيح الأحكام في المسائل التي تعالجها نصوص شرعية ظنية، أو لوضع الحلول الملائمة للأمور المستحدثة، فكل ذلك تختص به السلطة التي يحددها الشعب الإسلامي والتي يراها أهلاً للتعبير عن إرادته العامة^(٢٤).

فالتشريع في الفقه الإسلامي له دالتان^(٢٥): الأولى: الدلالة القانونية (التقنين): وهي حق إصدار القوانين التي تشتمل على مجموعة من القواعد العامة المجردة

(٢٢) عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، (دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع)، ص ٧.

(٢٣) سمير عاليه، نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٨٨)، ص ٤٢.

(٢٤) سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، (القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٩م)، ص ٣٣٢.

(٢٥) صبري محمد خير، الشريعة الإسلامية ومصادر التشريع، منشور على شبكة روض الرياحين بتاريخ ٢٤/٠٩/٢٠١١، رابط الموقع: <http://cb.rayaheen.net/showthread.php?tid=36459>، تاريخ زيارة الموقع: ١٨/١١/٢٠١٤.

الملزمة التي تضبط سلوك الناس في المجتمع. والمقصود بمصطلح (إصدار) تبني الدولة لقوانين معينة لتصبح ملزمة، بصرف النظر عن مصدر هذه القوانين وطبيعتها. وفي الفقه الإسلامي نجد العديد من القواعد والمفاهيم القانونية الإسلامية التي تعبر عن هذه الدلالة لمصطلح التشريع، من هذه القواعد: "للسلطان أن يحدث من الأحكام بقدر ما يحدث من مشكلات" و "أمر الإمام يرفع الخلاف" و "أمر الإمام نافذ"، فكل هذه القواعد تفيد حق الدولة في تبني قواعد فقهية قانونية معينة لتصبح ملزمة للناس. وكذلك مفهوم التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو العقوبة التي يقرها الحاكم للجرائم التي لا حد فيها ولا كفارة ولا قصاص، فهذا المفهوم يفيد حق الدولة في تبني عقوبات معينة، كجزاء على مخالفات معينة للنظام القانوني، لتصبح ملزمة أي من حق الدولة إيقاعها على من يخالف هذا النظام رغم أنها لم ترد في الشرع. الثانية: الدلالة الدينية (الشرع): والتشريع طبقاً لهذه الدلالة هو حق وضع القواعد - الحدود التي لا يباح تجاوزها، والتي أسماها الفقهاء والأصوليون الأصول، وهو ما ينفرد به الله تعالى. لذا أسند القرآن فعل (شرع) إلى الله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا﴾ (٢٦).

واتساقاً مع ما سبق فإن التشريع الإسلامي منه ما سنه الله تعالى في القرآن الكريم والسنة النبوية، وهذا تشريع إلهي محض، ومنه ما سنه مجتهدو المسلمين من الصحابة وتابعيهم والأئمة المجتهدون استنباطاً من نصوص التشريع الإلهي وروحها ومعقولها، وما أرشدت إليه من مصادر، وهذا يعتبر تشريعاً إلهياً باعتبار مرجعه ومصدره، ويعتبر تشريعاً وضعياً باعتبار جهود المجتهدين في استمداده واستنباطه (٢٧).

(٢٦) سورة الشورى، آية (١٣).

(٢٧) شوكت عليان، مرجع سابق، ص ١٢.

المبحث الثاني

الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية

إن العلاقة بين الشريعة والتشريع في دولة ما، تتحدد بحسب صياغة المادة الواردة في الدستور والمتعلقة بدور الشريعة كمصدر للتشريع. وسنتولى في هذا المبحث الحديث عن ما نصت عليه الدساتير العربية من تحديد الدين ودور الشريعة كمصدر للتشريع، وكذلك بيان دلالة الصياغات المتعددة لقاعدة الشريعة كمصدر للتشريع في الدستور، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

دين الدولة ودور الشريعة كمصدر للتشريع في الدساتير العربية

إن بيان الديانة الرسمية في الدول العربية، وبيان دور الشريعة الإسلامية في الدساتير العربية يتطلب منا الرجوع إلى الدساتير العربية، وبعد النظر والمراجعة فيما نصت عليه هذه الدساتير خلصنا إلى ما يلي:

١ - فلسطين	
اسم الدستور وسنة إصداره	القانون الأساسي المعدل لعام ٢٠٠٣ وتعديلاته
دين الدولة	مادة (١/٤) الإسلام هو الدين الرسمي في فلسطين ولسائر الديانات السماوية احترامها وقديسيته
دور الدين كمصدر للتشريع	مادة (٢/٤) مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع

٢ - الأردن	
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٥٢
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدولة
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك

سوريا	٣ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية العربية السورية لعام ٢٠١٢
دين الدولة	المادة (١/٣) دين رئيس الجمهورية الإسلام
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٢/٣) الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع

لبنان	٤ -
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ وتعديلاته
دين الدولة	لم ينظم الدستور ذلك
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك
ملاحظات أخرى	الميثاق الوطني اللبناني الموقع عام ١٩٤٣م، نص على أن يكون رئيس الجمهورية مسيحياً مارونياً ورئيس الوزراء مسلماً سنياً ورئيس مجلس النواب في البرلمان مسلماً شيعياً.

مصر	٥ -
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور المصري لعام ٢٠١٤
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدولة
دور الدين كمصدر للتشريع	١- ذكر المشرع الدستوري المصري في ديباجة الدستور أن المرجع في تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية هو ما تضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا في ذلك الشأن. ٢- نصت المادة (٢) من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.
ملاحظات أخرى	الدستور المصري لعام ٢٠١٢ (الملغي العمل به) والصادر أثناء ولاية الرئيس محمد مرسي، نص في المادة (٢١٩) منه على أنه: "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة".

الجزائر		٦ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام ١٩٩٦م وتعديلاته.	
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدولة	
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك	
ملاحظات أخرى	١- نصت المادة (٢/٧٣) من الدستور على أنه: "لا يحق أن يُنتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشح الذي يدين بالإسلام". ٢- نصت المادة (٣/١٧٨) من الدستور على أنه: "لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس الإسلام باعتباره دين الدولة".	

تونس		٧ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية التونسية لعام ٢٠١٤م	
دين الدولة	الفصل الأول تونس دولة حرة مستقلة الإسلام دينها والعربية لغتها والجمهورية نظامها.	
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك	
ملاحظات أخرى	ينص الفصل السادس من الدستور على أنه: "الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، ضامنة لحياة المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي..."	

المغرب		٨ -
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور المغربي لعام ٢٠١١م	
دين الدولة	١- جاء في ديباجة الدستور أن: "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة".	

٢- الفصل الثالث من الدستور ينص على أن: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية".	
لم ينظم الدستور ذلك	دور الدين كمصدر للتشريع
١- ينص الفصل الأول من الدستور على أنه: " تستند الأمة في حياتها العامة على ثوابت جامعة، تتمثل في الدين الإسلامي السمح، والوحدة الوطنية متعددة الروافد، والملكية الدستورية، والاختيار الديمقراطي". ٢- ينص الفصل (٤١) من الدستور: "الملك، أمير المؤمنين وحامي حمى الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية. يرأس الملك، أمير المؤمنين، المجلس العلمي الأعلى، الذي يتولى دراسة القضايا التي يعرضها عليه. ويعتبر المجلس الجهة الوحيدة المؤهلة لإصدار الفتاوى التي تعتمد رسمياً، في شأن المسائل المحالة إليه، استناداً إلى مبادئ وأحكام الدين الإسلامي الحنيف، ومقاصده السمحة". ٣- ينص الفصل (١٧٥) من الدستور على أنه: "لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي، وبالنظام الملكي للدولة، وبالاختيار الديمقراطي للأمة، وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور". وينص الفصل السادس من الدستور على أنه: "الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشُعائر الدينيّة، ضامنة لحياة المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي...".	ملاحظات أخرى

ليبيا	٩ -
الإعلان الدستوري الانتقالي الصادر في الثالث من أغسطس ٢٠١١.	اسم الدستور وسنة إصداره

دين الدولة	المادة (١) ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام...وتكفل الدولة لغير المسلمين حرية القيام بشعائهم الدينية.
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (١) الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع
ملاحظات أخرى	من الجدير بالذكر أن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور الدائم للبيبا (لجنة الستين) أعلنت أن المسودة الأولى لمشروع الدستور الدائم ستنتهي في ٢٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤م، المصادف لإعلان استقلال ليبيا، وأن الاستفتاء على الدستور سيبدأ في آذار/مارس العام المقبل ٢٠١٥م.

١٠ -	السودان
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية السودان الانتقالي لعام ٢٠٠٥
دين الدولة	لم يحدد الدستور الانتقالي صراحة دين الدولة، في حين كان الدستور السوداني القديم لعام ١٩٩٨م ينص في المادة (١) على أنه: "الإسلام دين غالب السكان، وللمسيحية والمعتقدات العرفية أتباع معتبرون".
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (١/٥) تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات التي تُسن على المستوى القومي وتُطبق على ولايات شمال السودان.
ملاحظات أخرى	من الجدير بالذكر أن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور الدائم للبيبا (لجنة الستين) أعلنت أن المسودة الأولى لمشروع الدستور الدائم ستنتهي في ٢٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤م، المصادف لإعلان استقلال ليبيا، وأن الاستفتاء على الدستور سيبدأ في آذار/مارس العام المقبل ٢٠١٥م.

جنوب السودان	١١ -
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور الانتقالي لجمهورية جنوب السودان لعام ٢٠١١
دين الدولة	المادة (٨) الدين والدولة يجب أن يكونا منفصلين (يعني فصل الدين عن الدولة) "نظام علماني"، وكل الأديان تعامل على قدر المساواة، ويجب أن لا يستخدم الدين أو المعتقدات الدينية لأغراض التمييز.
دور الدين كمصدر للتشريع	نص دستور جنوب السودان في المادة (٥) منه على أن مصادر التشريع في جنوب السودان على النحو التالي: (أ) الدستور. (ب) العادات والتقاليد للشعب. (ج) إرادة الشعب. (د) أي مصدر آخر ذي صلة. ولم يتطرق لأي شيء له علاقة بالشرعية الإسلامية.

موريتانيا	١٢ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية لعام ١٩٩١م وتعديلاته
دين الدولة	المادة (٥) الإسلام دين الشعب والدولة المادة (٢٣) رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة والإسلام دينه.
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك
ملاحظات أخرى	نص الدستور الموريتاني في المادة (٩٤) منه على أنه: "ينشأ لدى رئيس الجمهورية مجلس إسلامي أعلى يتشكل من خمسة (٥) أعضاء. يعين رئيس الجمهورية رئيس وبقية أعضاء المجلس الإسلامي الأعلى، ويجتمع المجلس بطلب من رئيس الجمهورية. يبدي المجلس رأياً حول القضايا التي يستشيرها رئيس الجمهورية فيها".

العراق		١٣ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ م	
دين الدولة	المادة (٢) أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدرٌ أساس للتشريع: أ. لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام... ثانياً: يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية، كالمسيحيين، والإيزيديين، والصابئة المندائيين.	
دور الدين كمصدر للتشريع	تنص المادة (٢) من الدستور على أن الإسلام مصدر أساس للتشريع، ولا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.	

الإمارات		١٤ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١ وتعديلاته	
دين الدولة	المادة (٧) الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد	
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٧) الشرعية الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع	

البحرين		١٥ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور مملكة البحرين المعدل لعام ٢٠٠٢ وتعديلاته	
دين الدولة	المادة (١) مملكة البحرين عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة تامة المادة (٢) دين الدولة الإسلام	
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٢) الشرعية الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع	

السعودية	١٦ -
النظام الأساسي للحكم الصادر كمرسوم ملكي من قبل الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود عام ١٩٩٢م	اسم الدستور وسنة إصداره
المادة (١) المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة؛ دينها الإسلام	دين الدولة
المادة (١) دستورها كتاب الله وسنة رسوله المادة (٧) يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمتها المادة (٤٨) تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمتها لا تتعارض مع الكتاب والسنة المادة (٥٥) يقوم الملك بسياسة العامة سياسة شرعية طبقاً لأحكام الإسلام ويشرف على تطبيق الشريعة الإسلامية والأنظمة والسياسة العامة للدولة وحماية البلاد والدفاع عنها المادة (٦٧) تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح في ما يحقق المصلحة أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.	دور الدين كمصدر للتشريع
لا تملك المملكة العربية السعودية دستوراً رسمياً مكتوباً، غير أن النظام الأساسي للحكم الصادر كمرسوم ملكي عام ١٩٩٢ يعتبر بمثابة الدستور للبلاد.	ملاحظات أخرى

سلطنة عمان	١٧ -
النظام الأساسي لدولة سلطنة عمان لعام ١٩٩٦ وتعديلاته	اسم الدستور وسنة إصداره
مادة (١) سلطنة عمان دولة عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة تامة مادة (٢) دين الدولة الإسلام	دين الدولة
المادة (٢) الشريعة الإسلامية هي أساس التشريع	دور الدين كمصدر للتشريع

قطر	١٨ -
الدستور الدائم لدولة قطر لعام ٢٠٠٤	اسم الدستور وسنة إصداره
المادة (١) قطر دولة عربية مستقلة ذات سيادة، دينها الإسلام	دين الدولة
المادة (١) الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها	دور الدين كمصدر للتشريع
علقت المذكرة التفسيرية لدستور قطر على المادة (١) بقولها: "... عبارة دين الدولة هو الإسلام ليست مجرد عبارة نظرية وإنما هي عبارة لها نتيجة عملية أساسية هي أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها وقوانينها ونظمها. وقد ثار نقاش موضوعي جاد عند صياغة هذه الفقرة من المادة الأولى، وكان هناك اتجاهان، اتجاه يرى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريعات واتجاه يرى أن تكون الشريعة مصدراً رئيسياً للتشريعات، إلا أن الكل يجمع على أنه لا يجوز أن يصدر تشريع في قطر يخالف المبادئ القطعية الثبوت، قطعية الدلالة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. وقد قصد الدستور من هذه المادة أن يحمل مجلس الشورى أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تفهم المادة فهماً سلبياً وكأنها دعوة للتخلي عن الأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.	

الكويت		١٩ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢	
دين الدولة	المادة (٢) دين الدولة الإسلام	
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٢) الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع	
ملاحظات أخرى	علقت المذكرة التفسيرية لدستور الكويت على المادة (٢) بقولها: "لم تقف هذه المادة عند حد النص على أن دين الدولة الإسلام، بل نصت كذلك على أن الشريعة الإسلامية - بمعنى الفقه الإسلامي - مصدر رئيسي للتشريع، وفي وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تمثيلاً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، بل إن في النص ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل "والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع"، إذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم، مما قد يوقع المشرع في حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهّل في التزام رأي الفقه الشرعي في بعض الأمور وبخاصة في مثل نظم الشركات، والتأمين، والبنوك، والقروض، والحدود، وما إليها. كما يلاحظ بهذا الخصوص أن النص الوارد بالدستور وقد قرر أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، إنما يحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك، ويدعوه إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ عاجلاً أو آجلاً بالأحكام الشرعية كاملة وفي كل الأمور إذا رأى المشرع ذلك.	

اليمن		٢٠ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية اليمنية لعام ١٩٩١ وتعديلاته	
دين الدولة	مادة (١) الجمهورية اليمنية دولة عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة المادة (٢) الإسلام دين الدولة	
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٣) الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات	

جيبوتي		٢١ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية جيبوتي لعام ١٩٩٢	
دين الدولة	لم يحدد الدستور على ديانة محددة، بل نص في المادة (١) منه على أن تضمن الدولة للكافة المساواة أمام القانون دون تمييز بسبب اللغة أو الأصل أو العنصر أو الجنس أو الدين، وهي تحترم جميع المعتقدات.	
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك	

الصومال		٢٢ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية الصومال لعام ٢٠١٢	
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدولة، ولا دين غير الإسلام يعمل به في البلاد المادة (١٧) لا دين غير الإسلام يمكن نشره في جمهورية الصومال	
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٣/٢) لا يمكن سن أي قانون لا يتوافق مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية	

جزر القمر		٢٣ -
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور اتحاد جزر القمر لعام ٢٠٠١	
دين الدولة	لم ينص الدستور على ديانة محددة	
دور الدين كمصدر للتشريع	جاء في ديباجة الدستور ما يلي: " يؤكد شعب جزر القمر رغبته فيما يلي: أن يستمد من الإسلام مصدر الإلهام الدائم، المبادئ والقواعد التي تحكم الاتحاد".	

المطلب الثاني

دلالة الصياغات المتعددة لقاعدة الشريعة كمصدر للتشريع في الدستور

يختلف تفسير قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع تبعاً لاختلاف صياغتها، وذلك يعتمد بشكل أساسي على طبيعة علاقة الدين بالدولة، فهذه الأخيرة هي التي تحدد كيفية صياغة النص المتعلق بالشريعة كمصدر للتشريع، وسيتم في هذا المطلب بيان الصياغات المتعددة لمادة الشريعة كمصدر للتشريع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً - مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع:

يرى أصحاب هذه النظرة أن مبادئ الشريعة الإسلامية ينبغي أن تكون هي المصدر الوحيد للتشريع، وألا يكون مصدراً آخرًا سواها، واعتماد أي مصدر آخر للتشريع غير الشريعة الإسلامية بمثابة خروج عن الشريعة الإسلامية ورجوع إلى الجاهلية، ويستندون في ذلك إلى جملة من الأدلة، ومنها: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾^(٢٨)، وقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾^(٢٩).

ووفقاً لذلك ينبغي أن تكون الشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع، وألا يكون أي مصدر آخر ندأً أو مساوياً لها، فهذه الصيغة تقتضي أن الشريعة هي المصدر الوحيد الذي يجب أن يستقي منه المشرع أحكامه، فالشريعة الإسلامية بمصادرها الرحبة والمتعددة صالحة لجميع شؤون الحياة في كل زمان ومكان^(٣٠).

(٢٨) سورة المائدة، آية (٤٤).

(٢٩) سورة المائدة، آية (٥٠).

(٣٠) إبراهيم ديعج الصباح، الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠٠م)، ص ٣٢٨-٣٢٩.

ثانياً - مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع:

تأتي هذه الصياغة لتنم عن نفوس من يقولون بها، فهم يرون ضرورة فصل الدين عن الدولة ويدعون عدم صلاحية الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع^(٣١). ويعلمون ذلك بجمود الشريعة، ومؤدى هذه الدعوى أن تحكيم الشريعة قعد عن ملاحقة التطور والوفاء بمقتضياته، إذ أن الشريعة أساسها الدين وهو ثابت لا يتغير. كما وأنهم يقولون أن الإسلام دين فحسب فهو مجرد معتقدات وعبادات تؤدي في المساجد، أما نظام الدولة ومنهج المجتمع وما يحكم معاملاته من قوانين يجب أن يرجع كله إلى ما يراه الناس حسب ما تقتضيه مصالحهم وأحوالهم وأزمانهم^(٣٢).

ولا يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة الإشارة للشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في صلب الوثيقة الدستورية بأي صيغة كانت، إلا أنهم لا يمانعون بصيغة عامة تكون غير ملزمة للمشرع العادي عند سنه للقوانين، ويقترحون صيغة استرضائية للإسلاميين تكون على النحو الآتي: "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع". ومعنى ذلك أنه قد توجد مصادر أخرى رئيسية أو فرعية تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، والخطورة أنه عند وجود مصادر رئيسية تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فذلك يؤدي إلى عدم إمكانية الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية البتة.

ثالثاً - مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع:

ويقصد بهذه الصياغة أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي الوحيد للتشريع، فلا يوجد مصدر رئيسي للتشريع غير الشريعة الإسلامية، ولكن قد يوجد مصادر فرعية للتشريع وأي مصدر آخر يعد فرعياً ولا يمكن أن يخالف المصدر الرئيسي، فلا يجوز للفرع أن يخالف الأصل.

فالنص في الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يعني أنها مصدر يعلو على سائر المصادر الأخرى، فطالما وصفت وحدها بأنها مصدر رئيسي يكون ما سواها من مصادر لها صفة ثانوية، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية يجب أن تكون المصدر الأول الذي يجب أن يستقى منه المشرع قواعده، أما المصادر

(٣١) يوسف القرضاوي، الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه، (القاهرة: مكتبة وهبة للنشر، ١٩٩٧)، ص ٧٦ وما بعدها.

(٣٢) محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

الأخرى فتأتي في مرتبة دنيا، ومن ثم لا يجوز أن يستمد من هذه المصادر ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى^(٣٣).

إن ما نص عليه الدستور من أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع لا يمنع من وجود مصادر أخرى، كما جاء في حيثيات الحكم على المجند/ سليمان محمد عبد المجيد خاطر الصادر عن المحكمة العسكرية العليا المصرية المنشور في أهرام الأحد ٢٩/١٢/١٩٨٥م ونص العبارة: "وحيث إنه بالنسبة للدفع بعدم دستورية مواد التجريم والعقاب الواردة في أمر الإحالة لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، فمردود عليه بأن عبارة المصدر الرئيسي للتشريع الواردة في الدستور لا تمنع لغوياً من وجود مصادر أخرى له، إن لفظ الرئيسي تحمل في طياتها إمكان وجود مصدر أو مصادر أخرى فرعية أو غير رئيسية"^(٣٤).

وقد أفصحت اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور المصري عام ١٩٨٠م فيما يتعلق بتعديل المادة الثانية من دستور ١٩٧١م لتصبح الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بأن هذه المادة: "تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية اللازمة التي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة في الشريعة"^(٣٥).

وقد صدر في يوم الاثنين الموافق ٢٠/٦/٢٠١١م وثيقة الأزهر لمستقبل مصر وتنص على أنه: "... نعلن توافقنا نحن المجتمعين على المبادئ التالية لتحديد طبيعة المرجعية الإسلامية النيرة، التي تتمثل أساساً في عدد من القضايا الكلية، المستخلصة من النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة، بوصفها المعبرة عن الفهم الصحيح للدين..."^(٣٦).

(٣٣) محمد حسين، مرجع سابق، ص ١٨٥-١٨٦.

(٣٤) محمد مصطفى شلبي، تطبيق الشريعة الإسلامية بين المؤيدين والمعارضين، (القاهرة: دار الشروق، ١٩٨٧م)، ص ٣٦.

(٣٥) علي حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠)، ص ٤٢ وما بعدها.

(٣٦) راجع، وثيقة الأزهر حول مستقبل مصر، منشورة على موقع مشيخة الأزهر الشريف، رابط الموقع: <http://onazhar.com/page2home2.php?page=3&page1=5&page2=39>، تاريخ زيارة الموقع: ٢٠١٤/١١/١٨.

ومن الجدير بالذكر هنا أن النص في الدستور على أن الإسلام دين الدولة وأن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ليس معناه أن يدين جميع المواطنين والسكان للإسلام، وأن يلتزموا بأداء العبادات وفق ما جاء به الإسلام، وإنما تكفل الدولة لغير المسلمين حرية العقيدة وحرية ممارسة شعائرهم الدينية شريطة عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، وكذلك تستمد أحكام الأحوال الشخصية المتعلقة بهم من الشرائع والديانات التي يدينون لها^(٣٧).

رابعاً - مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع:

ويقصد بهذه الصياغة أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي من المصادر الرئيسية للتشريع، وقد يوجد بالإضافة لها مصادر رئيسية أخرى تتعارض مع هذه المبادئ، بالإضافة إلى ما قد يوجد من مصادر فرعية كذلك.

فلا تمنع هذه المادة من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع لها الفقه الإسلامي حكماً، أو أن يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تماشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، ومع الصياغة في هذا الشكل إذا صدر تشريع لم يستمد قواعده من الشريعة فلا يعتبر هذا التشريع مخالفاً للدستور^(٣٨).

وقد أخذ بذلك المشرع الكويتي في دستور الكويت سنة ١٩٦٢، وقد وضحت ذلك المذكرة التفسيرية للدستور آنذاك بقولها: "إن في النص ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية"، وبذلك ترك الأمر في الأخذ بالشريعة الإسلامية لتقدير السلطات التشريعية تأثراً بحكمة التطور والتدرج في التشريع، وفي ذلك نصت المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي على أنه: "إن النص الوارد في الدستور إنما يحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة ما وسعه ذلك، ويدعوه إلى النهج دعوة صريحة وواضحة، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ عاجلاً أم آجلاً بالأحكام الشرعية كاملة، وفي كل الأمور إذا رأى المشرع ذلك^(٣٩)."

(٣٧) راجع: المادة (١/٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م وتعديلاته، والمادة (٣) من الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤م، والمادة (١٤) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٥٢م، والمادة (٣٥) من دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢م، والفصل الثالث من الدستور المغربي لعام ٢٠١١م، والمادة (١) من الإعلان الدستوري الانتقالي الليبي لعام ٢٠١١م.

(٣٨) محمد حسين، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٣٩) إبراهيم الصباح، مرجع سابق، ص ٣٢٦، ٣٢٧.

كما أن المشرع المصري عندما نص في دستور ١٩٧١م على أن تكون الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، أبان في المذكرة التفسيرية للدستور أن هذا النص فيه توجيه للمشرع وجهة إسلامية دون منعه من استمداد أحكام من مصادر أخرى^(٤٠).

ومن الجدير بالذكر أنه مهما كان النص "المصدر الرئيسي" أو "مصدر رئيسي للتشريع"، فإنه طالما لم ينص في الدستور على مصدر آخر سواهما، فإنه ينبغي على ذلك أن الشريعة هي وحدها المصدر الرئيسي ذو المرتبة الأعلى، بينما تعد المصادر الأخرى التي ينص عليها في القوانين العادية (كالقانون المدني والقانون الجنائي وغيره) مصادر ذات مرتبة أدنى، ولا يجوز لها أن تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى؛ وذلك لأن الدستور بما يرد فيه من أحكام يعد - كما هو معلوم - ذا مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية، فهذه لا يجوز أن تتعارض نصوصها مع نصوصه، ويترتب على ذلك أن التشريع يجب أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا عد مخالفاً للدستور، وجاز الطعن فيه بعدم دستوريته^(٤١).

(٤٠) محمد حسين، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٤١) عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٠م)، ص ١٦.

المبحث الثالث

أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع

إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور أياً كان صياغتها، له أثر على عمل المشرع، وسيتم في هذا المبحث بيان مكانة مبادئ الشريعة على باقي نصوص الدستور، وعلى التشريعات العادية الصادرة عن السلطة التشريعية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

مكانة قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع بالنسبة لنصوص الدستور

الأصل أن جميع القواعد الدستورية تكون بنفس المكانة والمرتبة القانونية بغض النظر عن مصدرها، ولا تسمو قاعدة دستورية على الأخرى، بمعنى أن مكانة القاعدة الدستورية المتعلقة بقاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع توازي في قيمتها القانونية، بقية القواعد الدستورية المدونة في صلب الوثيقة الدستورية، ولا تسمو عليها؛ وذلك لأن جميع مواد الدستور لها نفس القوة.

إلا أننا نعتقد بأنه من غير المنطقي أن تتعارض نصوص الدستور مع بعضها بعضاً حتى ولو لم تسمُ قاعدة على أخرى، إذ لا بد أن تكون النصوص متوافقة مع بعضها بعضاً ومنسجمة ومتناغمة، وإلا كان هناك خلل وعدم توازن واعتدال في الدستور.

ويقول المستشار حامد الجمل عن المادة الثانية من الدستور المصري والتي تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع: "... والمادة الثانية لا يمكن تفسيرها وحدها، بمعزل عن المواد الأخرى في الدستور، ومنها ما يتعلق بالمساواة، وعدم التمييز بين المواطنين، كذلك المواد الأخرى المتعلقة بسيادة القانون، واستقلال القضاء، وأن المحاكم هي التي تتولى الفصل في المنازعات" (٤٢).

ويقول المستشار طارق البشري عندما تحدث عن المادة الثانية من الدستور المصري: "... نقطة أخيرة أختتم بها حديثي، فنحن عندما نفسر أي قانون ونستقرئ

(٤٢) حامد الجمل، مقال بعنوان: "مخاوف الأقباط وهمية"، منشور على موقع مؤسسة الأهرام بتاريخ ١١/٤/٢٠١١م، رابط الموقع: <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=461651&eid=1439>، تاريخ زيارة الموقع: ١٩/١١/٢٠١٤.

أحكامه لا ننظر إلى كل نصفه على حدة، نحن نتفهم كل حكم بما يعنيه، ثم نضع أحكام القانون كلها جنباً إلى جنب؛ لأن كل نص إنما يحد من إطلاق غيره، ولأن المعنى المستفاد من أي نص إنما يتداخل في المعاني المستفادة من النصوص الأخرى، ولأن السياق هو الذي يضبط المعنى ويظهر وجه التفسير، واللفظ الواحد يتكشف معناه من موضعه في الجملة، والحكم الواحد تتكشف حدود معناه وضوابطه من موضعه من الأحكام الأخرى، وهذا ما يطلق عليه تعبير: النصوص يفسر بعضها بعضاً. وطبقاً لهذا المفاد فإن وجود نص المادة الثانية من الدستور بين نصوص هذا الدستور وبين الأحكام الأخرى المتعلقة بالمساواة بين المواطنين، وإن اختلفت أديانهم أو مذاهبهم، إنما يجعل حكم الدستور دائراً في تفسير كل نص ما يفضي به النص الآخر، ومن ثم يكون ملزماً من وجهة النظر الدستورية في تفسير مصدرية الشريعة الإسلامية للقوانين - أن يكون ما هو دستوري من هذه المصدرية ما يتجانس مع مبادئ الدستور الأخرى وأحكامه الأخرى، وذلك في نطاق ما تسعه مبادئ الشريعة الإسلامية من وجهات نظر" (٤٣).

واعترف بذلك الفقيه الدستوري يحيى الجمل إذ قال: "كيف لا يكون لمبادئ الشريعة سيادة على هذه المواد المخالفة للشريعة، إن هذا وحده يجعل المادة الثانية صورية ولا قيمة حقيقية لها، بل كان يجب أن يكون لها السيادة على كل مواد الدستور جميعها، بل وإلغاء كل المواد المخالفة لها تماماً" (٤٤).

ومن الجدير بالذكر أن كلمة التشريع حينما تذكر دون وصف آخر إنما تعني التشريع الصادر من السلطة التشريعية (القوانين العادية). ويبدو أن النص على أن تكون "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع" يعد بمثابة خطوة تمهيدية للنص مستقبلاً على أن تكون الشريعة مصدراً رئيسياً للدستور، نزولاً على مقتضيات بل ضرورات التنسيق والانسجام بين التشريع الأساسي للدولة (الدستور) والتشريعات العادية (القوانين). فمثل هذا النص يتطلب ألا يتعارض التشريع مع مبادئ الشريعة، كما أن اعتبار التشريع في مرتبة أدنى من مرتبة الدستور هو أمر يتطلب ألا يتعارض

(٤٣) طارق البشري، مقال حول المادة الثانية من الدستور، منشور على موقع شبكة المحامين العرب، رابط الموقع:

<http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=DISPLAY&id=109813&Type=3>

تاريخ زيارة الموقع: ٢٠/١١/٢٠١٤.

(٤٤) تقرير بعنوان: "المادة الثانية في ميزان الإسلام، حقائق مغيبة"، منشور على موقع المجلس العلمي، رابط الموقع: <http://majles.alukah.net/t94568>، تاريخ زيارة الموقع: ٢٠/١١/٢٠١٤.

التشريع مع الدستور، فإذا كان الدستور متعارضاً مع مبادئ الشريعة فإنه سيقترن على ذلك أن يكون التشريع مخالفاً لأحدهما، فتلافاً لهذا الحرج الذي قد يضطر إليه المشرع، وتحقيقاً لما يجب أن يكون هناك من التناسق والانسجام بين التشريع والدستور من ناحية، وبين التشريع والشريعة من ناحية أخرى كان واجباً ألا تتعارض أحكام الدستور مع مبادئ الشريعة^(٤٥).

المطلب الثاني

مكانة قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع بالنسبة للتشريعات العادية

إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور يجعل منها مادة سامية على التشريعات العادية، إذ أن ما يرد في الدستور أسمى وأعلى مما يرد في القوانين الأخرى، وهذا ما يسمى بمبدأ سمو الدستور. فالدستور قمة القواعد القانونية في الدولة، فهو التشريع الأعلى الذي يسمو على جميع القواعد القانونية الأخرى، ويساعد في ترسيخ مبدأ الشرعية وإخضاع الحكام والمحكومين للقانون^(٤٦).

ويترتب على سمو الدستور منع تعارض التشريعات العادية مع نصوص الدستور، فإذا تعارضت نصوص التشريعات العادية مع الدستور كانت غير دستورية وليس لها أي قوة قانونية. ومن باب أولى لا يمكن للتشريعات الفرعية (الأنظمة اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية) أن تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية.

وتتوقف مكانة مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بالنسبة لعمل المشرع في سن التشريعات العادية على صياغتها، فإذا كانت المادة تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع فإن مؤدّى ذلك منع المشرع من سن أي تشريع عادي يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا كان هذا التشريع غير دستوري. أما إذا كانت صياغة المادة مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وكان هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة، فإن معنى ذلك منح المشرع حرية في سن أي تشريع عادي حتى لو كان يخالف الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم التزام المشرع بالأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين.

(٤٥) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص ٢٢، ٢٣.

(٤٦) هاني الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م)، ص ٣٥٢ وما بعدها.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه: "وحيث إنه يتبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية... أن المشرع أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع" (٤٧).

وبدوره ذهب القضاء الإداري في مصر إلى اعتبار النص الوارد في المادة الثانية من الدستور، خطاباً موجهاً إلى السلطة التشريعية (المشرع)، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٨٢/٤/٣ قضت المحكمة بأن نص المادة الثانية من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، هذا الخطاب موجه إلى السلطة التشريعية لدراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة، وتتولى بالتنظيم الأحكام التفصيلية، مدنية كانت أو جنائية أو اقتصادية أو دولية أو غيرها. وكان القضاء الدستوري في مصر يعتنق ذات الاتجاه، فقد قضت المحكمة العليا في ١٩٧٦/٧/٣ بأن هذه المادة تقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع، فهي تستهدف توجيه الشارع إلى استلهاً قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء. غير أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قضت في ٤ مايو ١٩٨٥ بأنه ليس من مقتضى المادة الثانية من الدستور جعل مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الإعمال بذاتها، وأنه يتبين من صياغة العبارة الأخيرة من المادة بعد تعديلها أن السلطة المختصة بالتشريع أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية (٤٨).

(٤٧) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (٢٠) لسنة (١) قضائية، جلسة ١٩٨٥/٥/٤م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/١٠م.

وراجع: حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (١٤١) لسنة (٤) قضائية، جلسة ١٩٨٧/٤/١٤م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/١٠م.

(٤٨) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم ٢٣٩ لسنة ٢٧ ق، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، يونيو ١٩٨٤م، ص ١٦٣. وحكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ٥ ق عليا دستورية. وراجع: حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية والدعوى رقم ٧ لسنة ٩ قضائية، الجريدة الرسمية، السنة ٢٨، العدد ٢٠ في ١٦ مايو ١٩٨٥م، ص ٩٩٥.

وعليه لا خلاف فيما يصدر من تشريعات عادية بعد النص على أن مبادئ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع، حيث إن هذه التشريعات العادية يجب أن تكون متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي حال كانت مخالفة لها تعتبر غير دستورية.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في تحديدها لمدى التزام المشرع بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، بأن: "سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠م، أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تخرج في الوقت ذاته، عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية. ولما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام، بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية" (٤٩).

ويرى الفقيه الدكتور عبد الحميد متولي أن التشريعات القائمة وقت صدور الدستور أي السابقة على صدوره فإنه مما لا يصح ادعاؤه بصدها أن يقال بأن المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن مبادئ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع، قصد بها اعتبار هذه التشريعات الموزعة بين مختلف القوانين، والمخالفة لمبادئ الشريعة تعد باطلة أو ملغاة، فلو كان هذا هو ما تعنيه هذه المادة لنصت على ذلك صراحة، فما لا يقبل ادعاؤه أن أمراً أو تفسيراً له مثل هذه الخطورة ينطوي على مثل هذه الهزة العنيفة لكيان وبنیان النظام التشريعي للبلاد، لا يكتفي فيه بمثل هذا النص الذي تحيط بتفسيره ومدلوله فيما يتعلق بالتشريعات السابقة شائبة الغموض،

(٤٩) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى ٢٠ لسنة ١ قضائية، والدعوى ٧ لسنة ٩ قضائية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٠، المنشور بتاريخ ١٦ مايو ١٩٨٥م، ص ٩٩٧، ٩٩٨.

ومن ناحية أخرى فإن مثل هذا التفسير يتعارض مع روح التشريع الإسلامي التي تتطلب اتباع روح الاعتدال وسنة التدرج ومراعاة المصلحة والضرورة ورفع الحرج. ومن واجب المشرع الدستوري أن ينص على فترة انتقالية (٣-٤) سنوات ينظم أحكامها ويطلب من السلطة التشريعية مراجعة التشريعات القائمة (أي السابقة على الدستور) والعمل تدريجياً على إزالة ما قد يكون بين بعضها وبين مبادئ الشريعة من تعارض مع مراعاة تلك الاعتبارات^(٥٠).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "على السلطة التشريعية أن تبحث في التشريعات الوضعية القائمة لتنقيتها من النصوص التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لتتدفق نقية في شرايين التشريعات المختلفة، وإلى أن ينبثق هذا النظام التشريعي ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة بحيث لا يسوغ لأية جهة إدارية مخالفتها بحجة تنفيذ قواعد الشريعة الإسلامية، أو تضع من القواعد ما يتعارض مع هذه القوانين بمقولة تطابقها مع أحكام هذه الشريعة، وإلا لأصبح النظام القانوني في الدولة مسخاً تبرأ منه كل الشرائع"^(٥١).

وهذا ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما نعي أمامها بعدم دستورية المادة (٢٢٦) من القانون المدني المتعلق بفوائد التأخير في تنفيذ الالتزام العقدي واعتبارها منسوخة بصور المادة الثانية من الدستور. وقالت المحكمة في حيثيات حكمها: "وحيث إن المدعي ينعي على نص المادة (٢٢٦) من القانون المدني أنها إذا تقضي باستحقاق فوائد محددة القدر عن مجرد التأخير في الوفاء بالالتزام العقدي، تكون قد انطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي أصبحت طبقاً للمادة الثانية من الدستور "المصدر الرئيسي للتشريع"، وذلك باعتبار أن تلك الفوائد تمثل زيادة في الدين بغير مقابل فهي من الربا المتفق على تحريمه... وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بها ثبوتاً ودلالة، والتي أصبحت بموجب المادة الثانية من الدستور في مصاف القواعد القانونية الوضعية التي من شأنها نسخ ما كان سابقاً عليها متعارضاً معها من نصوص التشريعات الوضعية نسخاً ضمناً، إذ صارت بذاتها واجبة الأعمال دون حاجة إلى صدور تشريع يقننها..."، وقالت المحكمة: "... أن هذا التعديل قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع في شأن المصادر التي يستقي

(٥٠) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص ٢١، ٢٢.

(٥١) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم (٤٨٣) لسنة (٢٤) قضائية، جلسة ١٩٩١/١١/٢٤ م.

منها أحكامه التشريعية، وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على عرضه دون التشريعات السابقة" (٥٢).

واختلف الفقيه الدكتور سامي جمال الدين مع الفقيه الدكتور عبد الحميد متولي والقضاء الإداري والدستوري فيما ذهبوا إليه، حيث يرى أن التخوف مما قد يحدثه إلغاء التشريعات السابقة على النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع من هزة عنيفة لكيان وبنیان النظام التشريعي للبلاد، أو نتائج عملية على درجة كبيرة من الخطورة، أو كما أشارت المحكمة الإدارية العليا، تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة، فكل ذلك وهم لا يقوم عليه دليل، إن لم يكن قد ثبت عكسه حيث تعالت الأصوات منذرة بالسوء والاضطراب نتيجة عدم إعمال ونفاذ الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية على الفور كأثر مباشر. ولذا يرى أن وفيما يتعلق بالتشريعات المخالفة صراحة لمبادئ الشريعة الإسلامية، والتي لا يمكن الجمع بينهما في التطبيق وفقاً لقواعد التفسير، فمما لا ريب فيه أن هذه التشريعات تعد منسوخة ضمناً من تاريخ النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع (٥٣).

ونخلص من كل ذلك أن النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يقيد المشرع في سن التشريعات العادية، إذ لا بد أن تكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية ولا تخالفها، وأي تشريع لاحق على النص على هذه القاعدة، يجب أن يكون متوافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا وصم بعدم الدستورية، كما أن من واجب المشرع اتخاذ ما يلزم نحو تعديل التشريعات السابقة على النص على هذه القاعدة في حال كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

(٥٢) راجع: حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (٢٠) لسنة (١) قضائية، جلسة ١٩٨٥/٥/٤م.

(٥٣) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٩٢ وما بعدها.

المبحث الرابع

أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل القضاء

كما أسلفنا فإن قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية أيًا كان صياغتها تخاطب المشرع وتدعوه إلى استلهاهم قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، فهذه القاعدة أتت بقيد على السلطة المختصة بالتشريع، قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، ولكن يبقى التساؤل هل لهذه القاعدة أثر على إصدار الأحكام القضائية؟

بمراجعة بعض أحكام المحاكم وآراء الفقهاء القانونيين يتبين لنا أن في هذه المسألة رأيين، وهما:

الرأي الأول - قاعدة مبادئ الشريعة في الدستور تخاطب القاضي كما تخاطب المشرع:

يرى أنصار هذا الرأي أن خطاب المشرع الدستوري كما هو موجه للمشرع، فهو أيضاً موجه للقاضي الذي يجب عليه اعتبار كل نص مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية منسوخاً ضمناً، وعليه البحث بنفسه عن الحكم الشرعي واجب التطبيق^(٥٤). ووفقاً لهذا الرأي فإن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للسلطة القضائية^(٥٥). وذلك مثلما هي ملزمة للسلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك استناداً لمبررات ذكرها بعض فقهاء القانون، وهي^(٥٦):

١ - إن الشريعة الإسلامية هي مجموعة من الأوامر والنواهي والتوجيهات الملزمة،

(٥٤) علي نجيدة، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٥٥) يوجب الإسلام على القضاة أن يتصدوا لشرعية القوانين والنصوص، وأن لا يحكموا إلا بما أنزل الله، وبما هو تطبيق لمبادئ الإسلام، فقد قال تعالى: ﴿فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ (المائدة: ٤٨)، وقال أيضاً: ﴿وَأِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ (المائدة: ٤٩). فقد نزلت نصوص القرآن بوجوب تصدي القضاة لشرعية القوانين التي يطلب إليهم تطبيقها، فإن كانت شرعية طبقوها، وإلا أهملوها وطبقوا نصوص الشريعة، ولا تكون القوانين شرعية إلا إذا جاءت متفقة مع نصوص الشريعة أو تطبيقاً لمبادئها العامة وروحها التشريعية. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٥٦) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٩٥.

فهي ليست مجرد عادات أو تقاليد اجتماعية أو نصائح، وإنما هي قواعد عدالة وسلوك اجتماعي يتوافر لها كل خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال القانون والشرعية على السواء، ومن ثم تكون قابلة للإعمال بذاتها أسوة بغيرها من قواعد القانون.

٢ - إن مبادئ الشريعة الإسلامية تصلح للتطبيق على الجميع وفي كل زمان ومكان، حيث تقوم هذه المبادئ على أسس لا تتغير بتغير الأحوال، ومن ثم تتميز بالثبات والاستمرار مهما تغيرت الأنظمة والسياسات.

٣ - إن تسليم القضاء الدستوري والفقهاء في مجموعه بأن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع، لا يعني سوى الإقرار لهذه المبادئ بطبيعة القواعد القانونية الملزمة، وبأن قوتها الإلزامية تعلق على القوانين الصادرة عن البرلمان واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، بدليل أن المحكمة الدستورية العليا تقوم بمراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، مما يؤكد أولاً: أنها قابلة للإعمال بذاتها، وثانياً: التزام الدولة بكل من فيها من أفراد وسلطات عامة، بما في ذلك السلطة القضائية، بهذه المبادئ نزولاً على مقتضيات مبدأ المشروعية، باعتبارها أحد مكونات عناصر المشروعية متمثلة في المبادئ القانونية العامة التي تتبوأ مبادئ الشريعة الإسلامية قمته في النظام القانوني، وإلا غدت سيادة القانون وخضوع الدولة للقانون كلمات لا ضمان لها.

ولقد جاء في تقرير هيئة المفوضين بشأن إحدى الدعاوى المنظورة أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية أنه: "لما كان الدستور يعبر عن قيم الجماعة ومثلها في مرحلة زمنية معينة، فإن مبادئ هذه الشريعة يتعين تغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ولو تضمنها تشريع سابق، ذلك أن التعديل الذي أدخل على المادة الثانية من الدستور المصري لم يكن مجرد تعديل لفظي خالٍ من المضمون، ولا هو انتقاء لعبارة إنشائية أريد أن يكون لها رنين خاص يجعلها أكثر قبولاً من المواطنين، ولا هو نص أراد الدستور أن يكون للسلطة التشريعية حرية تقدير مناسبة تطبيقه، وإنما هو تعبير عن إرادة عامة في أن يكون الإسلام ديناً للدولة قولاً وعملاً، وذلك بأن يكون حاكماً لشؤون الناس، منظماً لعلاقاتهم، ولا يتأتى ذلك إلا بتسييد مبادئ الشريعة الإسلامية وتغليبها على النصوص التشريعية التي تعارضها" (٥٧).

(٥٧) تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق دستورية عليا ص ٢٥، ٢٦. مشار إليه: علي نجيدة، مرجع سابق، ص ٦٢، ٦٣.

الرأي الثاني - قاعدة مبادئ الشريعة في الدستور تخاطب المشرع دون القاضي:

يرى أنصار هذا الرأي أن قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية تخاطب المشرع وتدعوه إلى استلزام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، ولا تخاطب القاضي؛ إذ إن مهمة القاضي الأساسية هي تطبيق النصوص التشريعية المعمول بها، إلى أن تتدخل السلطة التشريعية بتعديلها أو إلغائها، فليس للقاضي أن يقرر قاعدة قانونية من عنده خلاف التي عينتها النصوص القائمة فعلاً، ولا أن يعدل قاعدة معمول بها، أو يهدرها، فمبدأ الفصل بين السلطات يمنعه من أن يحل نفسه محل السلطة التشريعية فيما يعد من صميم اختصاصها.

ويؤكد أحد الفقهاء القانونيين أن المادة المتعلقة باعتبار مبادئ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع لا تخاطب القاضي بقوله: "...وأقول أن مبادئ الشريعة لا تدخل مباشرة في التطبيق القضائي، ولكنها تدخل في القانون الوضعي، والمادة الثانية لا يمكن تفسيرها وحدها، بمعزل عن المواد الأخرى في الدستور..."^(٥٨).

وقد صدرت الكثير من أحكام القضاء التي تدعم هذا الرأي وتؤكد عليه، فقد ذهب القضاء الإداري المصري إلى اعتبار النص الوارد في المادة الثانية من الدستور المتعلقة باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، خطاباً موجهاً إلى المشرع، وأنه ليس للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق مواد القوانين السارية بحجة تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، لما في ذلك من تعرض لدستورية هذه المواد مما يخرج عن اختصاصها، حيث تختص بذلك المحكمة الدستورية العليا دون غيرها^(٥٩).

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية مبدأ مفاده أن سن النظام التشريعي الكامل الموافق لأحكام الشريعة هو مهمة المشرع، وأنه إلى أن ينبثق هذا النظام الكامل ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة، ويتعين على المحاكم تطبيقها، توصلاً للفصل في المنازعات المعروضة عليها. وانتهت المحكمة بحق إلى أن مهمتها لا تمتد إلى تعديل النصوص التشريعية القائمة، وأن تطبيقها لقاعدة تحريم الخمر بمقولة أنها نافذة بذاتها هو في حقيقة الأمر تعديل

(٥٨) حامد الجمل، مرجع سابق.

(٥٩) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم (٣٢٩) لسنة (٢٦) قضائية، جلسة بتاريخ ٣/٤/١٩٨٢م، مجلة العلوم الإدارية (١) لسنة ٢٦ ق، العدد الأول يونيو ١٩٨٤، ص ١٦٣.

لتشريعات سابقة عليها ولا تزال معمول بها، وهو ما يخرج عن اختصاصاتها القضائية، وينطوي على مزاحمة منها للسلطة التشريعية^(٦٠).

وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه: "من المقرر أن ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته، إنما هي دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما يستنته من قوانين، ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ، ولما كان الشارع لم يقيد القاضي الجنائي في المحاكمات الجنائية بنصاب معين في الشهادة وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته من أي دليل يطمئن إليه طالما أن له مأخذه الصحيح من الأوراق، ومن ثم فإن تعويل الحكم المطعون فيه على شهادة شاهدة رؤوية واحدة -كما هو الحال في الدعوى الماثلة- ليس فيه مخالفة للقانون، ويكون منعى الطاعن في هذا الشأن لا محل له"^(٦١).

وقد قضت محكمة النقض المصرية كذلك بأن: "النص في المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، ليس واجب الأعمال بذاته، إنما هو دعوى للشارع بأن تكون هذه الشريعة المصدر الرئيسي فيما يضعه من قوانين، ومن ثم فإن المناط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته في إفراغ مبادئها السحاء في نصوص القوانين التي يلزم القضاء بإعمال أحكامها بدءاً من التاريخ الذي تحدده السلطة الشرعية لسريانها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية التي تتأبى مع حدود ولايته، ويؤكد هذا النظر أنه لما كان الدستور المصري قد حدد السلطات الدستورية وأوضح اختصاص كل منها، أو كان الفصل بين السلطات هو قوام النظام الدستوري، مما لازمه أنه لا يجوز لإحداها أن تجاوز ما قرره الدستور باعتباره القانون الأسمى"^(٦٢).

(٦٠) علي نجيدة، مرجع سابق، ص ٦٣، ٦٤.

(٦١) راجع: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٢٠١٢) لسنة ٧٥ قضائية، جلسة ٢٠٠٢/٩/٧م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، الرابط:

<http://www.cc.gov.eg/Images/Genai/2012/9/2012-75/2012-75.pdf>، تاريخ دخول

الموقع: ٢٠١٥/٥/٦م.

(٦٢) راجع: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (١٠٨) لسنة (٥٧) قضائية، جلسة ١٩٩٠/١/٨م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، الرابط:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/

وكذلك كررت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها أن الخطاب في النص الدستوري موجه إلى المشرع الذي عليه أن يتحرى مبادئ الشريعة الإسلامية عند سنه للتشريعات، ولا يترتب على احتواء الدستور على هذا النص تحوله إلى قاعدة موضوعية تخاطب القاضي مباشرة^(٦٣). فقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرده على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل... فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها"^(٦٤).

ويتفق الباحث مع الرأي الثاني، فدور السلطة القضائية تطبيق القواعد القانونية، وليس لها أن تتعدى على السلطة التشريعية وتقوم بسن قواعد قانونية تطبقها على النزاعات المعروضة أمامها، غير أن الباحث يرى أن للقضاء دوراً غير مباشر في تطبيق نص المادة المتعلقة بمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال أمرين:

الأمر الأول: رجوع القاضي إلى الشريعة عندما لا يجد نصاً تشريعياً يطبقه على النزاع:

فللقاضي أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص يطبقه على الواقعة المنظورة أمامه؛ ذلك كون الشريعة الإسلامية مصدراً يستقي منه القاضي مبادئ يطبقها على النزاع عند عدم وجود نص قانوني، فينص القانون المدني الفلسطيني على أنه: "إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فيها حكماً فمقتضى العرف، فإذا لم يجد فيه فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"^(٦٥). وينص القانون المدني المصري على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف،

Cassation_Court_Images.aspx?ID=111118437، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/٧ م.

(٦٣) علي نجيدة، مرجع سابق، ص ٦٣، ٦٤.

(٦٤) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (١١٩) لسنة (٢١) قضائية،

جلسة بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٩ م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1

تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/١٠ م.

(٦٥) راجع: المادة (٢/١) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢ م.

فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(٦٦).

وكذلك حال أراد القاضي أن يستقي مبدأً ليطبقه على النزاع المعروض أمامه من العرف أو مبادئ القانون الطبيعي، عليه أن يتحرى من بين ما تمليه هذه المصادر الأحكام التي تتسق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا يستطيع القاضي مع وجود قاعدة الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في الدستور أن يلمس حكماً يخالف هذه المبادئ. فإذا كان المشرع لا يستطيع من تاريخ صدور النص الدستوري، أن يسن تشريعاً يجافي من قريب أو بعيد مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن القاضي من باب أولى ليس له، في حالة عدم وجود النص التشريعي، أن يلمس حكماً في المصادر الأخرى، يجافي تلك المبادئ^(٦٧).

الأمر الثاني: إحالة القاضي النص المخالف للشريعة الإسلامية إلى المحكمة الدستورية:

يكون للقاضي الذي يفصل في النزاع دور في حال كان النص القانوني الذي يحكم النزاع يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا الدور يختلف حسب صياغة قاعدة مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع، فإذا كانت القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولم يكن هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن على القاضي أن يراعي مبادئ الشريعة الإسلامية عند إصدار الأحكام القضائية، فإذا ما عُرِض أمامه دعوى النص الذي يحكمها يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فعليه أن لا يطبق هذا النص على النزاع المعروض أمامه؛ وذلك لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد قاعدة دستورية تسمو على التشريعات العادية، ودوره في هذه الحالة وقف الفصل في الدعوى وإحالة الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية^(٦٨).

(٦٦) راجع: المادة (٢/١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته.

(٦٧) علي نجيدة، مرجع سابق، ص ٦٤، ٦٥.

(٦٨) تنص المادة (١٠٣) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته على أنه: "١- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها..."، وتنص المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م على أنه: "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: ١- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة..."

وينص قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية على أنه: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية" (٦٩).

وينص قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م وتعديلاته على أنه: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية" (٧٠).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: "حيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القرار رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٤، المفسر بالقرار رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ المطعون عليهما - فلا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها" (٧١).

أما إذا كانت القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وكان

(٦٩) راجع: المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م.

(٧٠) راجع: المادة (٢/٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م وتعديلاته.

(٧١) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦م، موقع جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، الرابط: <https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-18-Y17.html> تاريخ دخول الموقع: ٥/٥/٢٠١٥م.

هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن مؤدى ذلك أن القاضي يصبح مقيداً بما يمليه عليه القانون، وليس له أن يعترض على النص القانوني المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم إلزامية الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين.

وعلى ذلك - بإذن الله - في حال تم صياغة دستور لفلسطين، ونص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وعُرضت دعوى على القضاء يطالب فيها الدائن المدين بحقوق مالية وفوائد ترتبت على التأخير في الوفاء بالدين، فإنه ينبغي على القاضي أن لا يحكم بالفوائد؛ لكونها ربا محرماً شرعاً، والحكم بها يخالف قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في الدستور، وعلى القاضي أن يوقف الفصل في الدعوى ويحيل الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص الذي يبيح الفوائد الربوية^(٧٢).

الخاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا هداانا الله، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد (ﷺ) وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

بعد استعراض موضوع مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية من خلال بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، والحديث عن معنى التشريع الإسلامي، وبيان الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية، وأثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع والقضاء، توصل الباحث إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نأمل الأخذ بعين الاعتبار فيها، وسنوردها على نحو ما هو تال:

أولاً - النتائج:

- ١ - مبادئ الشريعة الإسلامية هي الأحكام الشرعية القطعية الثبوت القطعية الدلالة التي ليست محل خلاف بين الفقهاء.
- ٢ - مصطلح أحكام الشريعة أوسع من مصطلح مبادئ الشريعة.

(٧٢) من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا لم تتشكل في فلسطين حتى تاريخ إعداد هذا البحث، وتتولى مهامها المحكمة العليا وفقاً لنص المادة (١٠٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م وتعديلاته والتي تنص على أنه: "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

- ٣ - مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية ليست كما ينبغي، فكثيراً من الدول العربية لا تنص على دور الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في دساتيرها، بل إن منها من لم يبين دين الدولة، وصياغات المادة المتعلقة بدور الشريعة كمصدر للتشريع تجعل منها شكلية أكثر من أن تكون فعلية.
- ٤ - بصفة عامة؛ إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور يجعل منها مادة سامية على القوانين والأنظمة واللوائح، وهي تقيد المشرع في حدود دلالتها عند سنه للتشريعات.
- ٥ - هناك أثر للنص على الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور على عمل القضاء؛ إذ يملك القاضي صلاحية وقف الفصل في الدعوى وإحالة الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص إن كان مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ثانياً - التوصيات:

- بعد البحث والنظر في المسائل التي وردت في هذا البحث، وباستقراء النتائج سالفة الذكر، فإن الباحث يوصي بالتالي:
- ١ - أن يأخذ هذا الموضوع بكل قضاياها عناية فائقة من قبل الباحثين؛ لما له من الأهمية البالغة؛ بحيث يتم بيان الأحكام المتعلقة به، والوقوف على تأثيره.
 - ٢ - أن يكون نص المادة المتعلقة بتحديد دور الشريعة كمصدر للتشريع في الدساتير العربية على النحو التالي: "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". والنص صراحة على عدم جواز سن أي قانون للمسلمين في الدولة يتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.
 - ٣ - ضرورة بذل الجهود من أجل العمل على وضع دستور لدولة فلسطين تكون مرجعيته شرعية، خاصة بعد ترقية وضعية السلطة الفلسطينية إلى دولة غير مراقب في منظمة الأمم المتحدة.
 - ٤ - إعداد لقاءات وندوات ودورات يتم من خلالها تسليط الضوء على دور مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، وأثره على المنظومة القانونية والسلطات الثلاث في الدولة.

The Administration of Justice in Palestine: The Enhanced Role of the High Judicial Council and the Marginalized Role of the Ministry of Justice

**Dr. Mustafa Abdulbaqi
Faculty of Law public
Administration Birzeit University
Palestine**

Abstract:

Although the Palestinian legal system is based on the Latin system, the administration of justice in Palestine resembles that of the USA. The judiciary in the Palestinian legal system is a separate branch and manages its own human resources and budget; whereas the judiciary in the continental legal systems, including UK, is dependent on the executive for its administrative and financial functions.

The Palestinian High Judicial Council (HJC) is the national administrator of justice. It has its own peculiarities, which is different from those present in most of the European countries, regarding the composition of the council; the body which has the power to appoint the members of the council; the process according to which they are appointed; and the role of the council.

As a result, the role of the Palestinian Ministry of Justice in the administration of justice is marginalized; meanwhile role of the HJC is enhanced. Recently, the Court Administrator Position has been developed to assist the HJC in managing the judicial system.

1. Introduction

There is no comprehensive definition of the concept “administration of justice”. Instead, most definitions seem to be a kind of listing the

duties of certain components of the system, i.e., the Police, the Public Prosecution and the Courts. Wendell Schaeffer defined the administration of justice as “*the duty to clear the crowded dockets and the more rapid handling of caseload*”⁽¹⁾. *That is to say that the basic purpose of court administration is to relieve judges of some administrative chores and to help them perform those they retain. It should be results-oriented, customer-oriented and works economically.*

Meanwhile, the administration of a judicial system should be adapted to the social, economical and cultural values of the society. Such adaptation should be clear in the structure, process, values, responses, etc. Of course, the protection of the litigants’ rights would be the core concern, but priorities would be activated too. On the other hand, the management⁽²⁾ in the justice field means partially ‘*directing the efforts of the personnel and getting benefit of the available resources to achieve the objectives of the system*’⁽³⁾ The decentralization is an important input in this context⁽⁴⁾.

(1) Schaeffer, Wendell G., Management in the Judiciary, Public Administration Review, Vol. 13, No. 2 (Spring, 1953), pp. (89-96), p. 93.

(2) The terms administration and management are different concepts (not synonyms) and each has a unique meaning, but they are related one to another. Administration is “a process by which a group of people is organized and directed toward achieving the group’s objectives.” Management is “the process of influencing organizational members to use their energies willingly and appropriately to facilitate the achievement of the agency’s goals.” This means that management is closer to the day-to-day operation of the various elements within the organization, whereas the administration focuses on the overall organization, its mission and its relationship with other organizations and groups. The definitions imply also that administration encompasses management. On the other hand, the organization could be defined as “an entity of two or more people who cooperate to accomplish certain objective(s)”. (See Peak, Kenneth J., Justice Administration: Police, Courts, and Corrections Management, Third Edition, Prentice Hall, Inc., New Jersey 2001, pp. 21- 27).

(3) Hoffmann-Riem, Wolfgang, Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 15.5.1997, Zwischenbericht zum Reformprojekt: “Justiz 2000”-Ziele und Stand des Projekts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Reform des Justizverwaltung: Ein Bericht zum modernen Rechtsstaat, 1. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Band 3, 1998, p. 104.

(4) Weber-Hassemer, Kristiane, Professionelles Justizmanagement: Voraussetzung für eine dezentrale Aufgaben- und Ressourcensteuerung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Reform des Justizverwaltung: Ein Bericht zum modernen Rechtsstaat, 1. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Band 3, 1998, p. 152.

Although the other components of the criminal justice system have been characterized as bureaucratic, the characteristics of bureaucracies do not apply to courts. On the contrary, courts have typical organization and different style of administration due to their unique structure. The court is, somehow, an autonomous body which does not report to a certain figure in the chain of command as any figure does in bureaucracies. The bureaucratic management and administration style does not suit the courts⁽⁵⁾ therefore the cooperative and the interdependent relationship between the judge, the public prosecutor and the defense attorney would diminish if the judge insists on being treated with great deference.

2. The Levels of Courts' Administration

The administration of the judicial system is of two levels: the local level; and the national level. Hereinafter, we will be discussing the two levels in some details:

2.1. The Local Level

The local level of judicial administration deals with each court separately. Actually, there is a consensus among the different scholars to vest the responsibility of administering the courthouse on the local level to the presiding judge⁽⁶⁾. However, there exists no uniform pattern of administrative rules on this level. Each court determines its own administrative and management processes, or virtually disregards the subject⁽⁷⁾.

In France and Germany the presiding judge is the administrative head of the court. The presiding judges of the intermediate courts are responsible for the functioning of their own courts and for the other courts that they supervise⁽⁸⁾. Thus, the chief judge of every court of appeal is not the responsible administrative head of his own court only,

(5) Peak, Kenneth J., Ibid, p. 159.

(6) Articles 3 & 6 of the Palestinian Code on the Formation of Courts of 2001.

(7) Schaeffer, Wendell G., Ibid, p. 93.

(8) In Palestine, the law vests the administration of the magistrate court to the first instance court which sits in the same governorate. However, when no first instance court exists in the town where the magistrate court is situated, then the administration of the magistrate court is vested in the lonely judge or to the more experienced judge, if there more than one.

but also the chief supervisory officer of every inferior court within the jurisdiction of his/her court. He/she, in turn, is the judicial officer most directly in touch with the minister of justice. All the courts of the country are knit together by the supervision exercised from the ministry of justice. This unified interrelated hierarchy of courts in Europe contrasts sharply with court organization in the USA. Independence and lack of administrative unity characterize the American system. However, individual judges can defy the authority of the chief judge. They hold their posts by as good a title as that of the chief judge, election by the people. They cannot be compelled to recognize the authority of an administrative superior. There is therefore little internal unity in individual American courts. There is also no administrative supervision in the European sense by appellate courts over the inferior courts or by a chief appellate judge over the inferior court judges. The only legal tie between inferior and appellate courts is that the inferior courts must abide by the rules laid down by the higher courts⁽⁹⁾.

2.2. The National Level

The continental legal system differs from the American legal system concerning the administration of the judicial system on the national level too. The judiciary in the American legal system is a separate branch and manages its own human resources and budget; whereas the judiciary in the continental legal systems, including UK⁽¹⁰⁾, is dependent on the executive for its administrative and financial functions.

However, the latter vests the administration of the national judicial system to a central department in the ministry of justice, which has an overall responsibility over human resources (excluding judges), automation of case management, buildings and equipments. In this system, the minister of justice is the chief administrative officer of the courts (he/she is responsible for the civil and criminal courts and the execution of penalties). He/she also supervises the courts. But his/her powers over the

(9) Ploscowe, Morris, Crime and Criminal Law, the national law library, 1939, p. 312.

(10) The administrative reform in England included granting the Lord Chancellor powers comparable to those of the minister of justice in the Civil Law countries, combined with the administrative responsibilities usually exercised by the presidents (chief judges) of the courts of appeal.

judges are restricted. Although he/she appoints and promotes judges, they are to a certain extent independent of him/her since they are irremovable during good behavior. If a judge is remiss in his/her duties, in order to effect his/her removal, the minister of justice must bring him/her before a special disciplinary court. Thus the minister of justice holds in his/her hands the government of the judiciary. The cardinal virtue of this system is the power of administrative supervision which is given to the minister. Through the various bureaus of the ministry, the minister can keep in touch with what all agents and agencies engaged in the enforcement of the law are doing. Not only can he/she supervise their activities; he/she can also bring them up to required standards of efficiency. His/her disciplinary powers are ample enough to compel cooperation between various branches of the administration or to remove inefficient or corrupt public servants. Being in close touch with the entire administration of justice is not very difficult for the minister to uncover its weaknesses and take steps for their correction. Reforms can be planned with reference to the manner in which they affect the entire organization⁽¹¹⁾.

The proponents of the continental model argue that the administration of courts is part of access to justice as a public service, which is one of the responsibilities of the executive⁽¹²⁾. Such a function requires managerial efficiency and that judges would be distracted from fulfilling their main function if they have to deal with such matters as hiring support staff, choosing IT platforms or maintaining buildings. They add that the courts' administration at the central level does not constitute such a high stake for judicial independence. They propose that the head of the administrative department in the ministry of justice, who assumes the responsibility of the judicial administration, being appointed as a member of the high judicial council so that he/she could facilitate cooperation between the judicial community and the executive⁽¹³⁾.

(11) Ploscowe, Morris, Ibid, p. 307-308.

(12) Abdelbaqi, Mustafa, the Administration of Criminal Justice in Palestine: Development, Reform and Challenges, Duncker & Humblot- Berlin, 2009, p. 138.

(13) Interview with Prof. Camille Mansour, the former secretary of the Judicial Steering Committee, Ramallah, June 2007.

In contrast, the American model of courts administration at the national level vests the authority of administering the courts to a department situated at and linked to the judicial authority. Despite that, neither the judges nor the judicial council have to deal directly with administrative and financial matters, but it is the duty of the central administrative and financial department in the judicial authority, which nevertheless has to report to the judicial council for general guidance⁽¹⁴⁾. In general, the supreme court of the United States has never actively exercised direct powers of judicial administration over the lower courts and judges. It addresses questions of administrative nature exceptionally when they arise in litigation and come before it in the normal way⁽¹⁵⁾. The proponents of the American style argue that vesting the authority of courts' administration to a body outside the judicial system is not commended at all, and from a management point of view would be undesirable. They add that, a role for the executive in the administration of the judiciary is not advisable because it would grant or withhold facilities to specific judges or courthouses on a discretionary basis.

Although the continental countries have achieved high levels of independence for the judiciaries under the first model, there is a growing trend in the world now, including Europe, moving toward shifting the judicial administration and budgets away from the executive authority

-
- (14) A scholar compared two styles of administration of judiciary within the American model: first, the administration of the judiciary is run by the judicial council, as in California; second, central administrative offices, situated and reports to the judicial council, oversees the administrative issues of the judiciary, as in New Jersey. I quote him: "In California, the judicial council and its chairman serve as a virtual administrative office for the entire state system with authority to transfer judges as the variation in caseload may require and to secure periodic reports on the status of court dockets. However, the judicial council has demonstrated its worth on many occasions, but there are many problems of business administration in the courts that they are not properly equipped or constituted to deal with. From a management view, the need is for a central administrative office that can take up problems of caseload, statistics, and assignment, and that can serve the various court units on a continuous basis and assure the most effective use of the judicial system. Such central management authority and facilities require basic changes in the fundamental laws of most states similar to those embodied in the New Jersey constitution of 1947 which gives to the chief justice of Supreme Court broad administrative authority over a unified judicial system". See Schaeffer, Wendell G., *Ibid*, p. 92.
- (15) Tolman, Leland L., *Court Administration: Housekeeping for the Judiciary*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 328, *Lagging Justice* (Mar., 1960), 105-115. p. 108.

and vesting it to high judicial councils or other bodies within the judicial authority. This is because granting the executive the power over the administration of courts and budgets might expose inappropriate influence or even domination on the judiciaries.

Italy and Spain are among the European countries which abandoned their own model and moved toward adopting the other style. They created judicial councils in the 1980s to assume, from the justice ministries, the management functions of the judicial system. The French judges association recently adopted resolutions supporting the complete separation of judicial functions from the executive. Although Belgium did not abandon its model totally but recently the Belgian courts witnessed attempts to reform their administration⁽¹⁶⁾. According to one of the reformers⁽¹⁷⁾, the court administration was completely unknown as a professional field in Belgium. The first attempt to introduce a modern system of administration was in 1998. A prototype project has been implemented and restricted only to the five Belgian courts of appeal, represented in appointing court managers aiming at modernize the administration system and hold measures to reabsorb the court backlog. However, only few European countries including Germany and the Netherlands have not shown interest in departing from the traditional model⁽¹⁸⁾.

Actually, Palestine has achieved a progressed stage in this endeavor, despite some executive and legislative obstacles which prevent achieve full independence of the administration of justice from the executive, especially regarding the financial matters. However, the deficits in the Palestinian judiciary's capability to take over the administration of courts and budgets are due to the unplanned transfer of the powers to the judicial council without prior tendency.

(16) Mainly under the pressure of Dutroix scandal on one hand, and because of the pressure of the high backlog of cases in the courts of appeal.

(17) Interview (conducted by the present author) with Justice Guy Delvoie, presiding judge and court manager at the Brussels Court of Appeals, Brussels, 2003.

(18) Hammergren, Linn, *Judicial Independence and Judicial Accountability: The Shifting Balance in Reform Goals*, in: Office of Democracy and Governance, USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (149-157), pp. 158-159.

3. The High Judicial Councils as the National Administrators of Justice

The high judicial councils worldwide generally vary regarding the following issues:

- the composition of the council;
- the body which has the power to appoint members of the council;
- the process according to which they are appointed; and
- the role of the council.

The composition of judicial councils might include representatives of the different authorities and institutions in the country, i.e. the judiciary (mainly from the high courts); representatives of the executive (the president of the state is the head of the council in some countries, the minister of justice or the deputy minister of justice is mainly a member); the attorney general; reputable figures from the civil society; the head and/or members of the bar association; and law professors.

The body which enjoys the power to appoint the council members varies from one system to another. It is common in many countries that the executive and the legislative authorities share such a power. In other countries, such power is restricted to the judicial authority, e.g., the judges of the high court nominate the candidates, whereas the role of the president of state or the minister of justice is ceremonial in appointing them.

According to the role of the judicial council in the administration of justice, some councils are responsible of the administration and management of the overall issues related to the judiciary, whereas the roles of others are restricted to appointment, promotion, training, secondment, evaluation, and discipline.

Actually, there is no specific criterion would determine which of the aforementioned models is the best. However, the political, social, and cultural contexts mainly influence the choice and determine the process which works better.

On the local perspective, the role of the newly established high judicial council in the administration of the judicial system is a problematic issue in Palestine. The law does not delineate well the borders of the jurisdiction of the council, in this perspective, especially the overlapping competences with the executive, i.e., the presidency and the ministry of justice.

4. The Creation of the First High Judicial Council in Palestine

The first high judicial council under the Palestinian Authority era was formed in June 2000⁽¹⁹⁾. It comprised 11 members, as follows: the head of the high court, as a president; three judges of the high court in Gaza; the head and two member judges of the appeal court of Ramallah; the attorney general; the deputy minister of justice; the head of the appeal court of income tax in the West Bank; and the head of Nablus first instance court.

After the promulgation of the judiciary law in 2002, the transitional high judicial council became illegal because its composition contradicted articles (37) and (81) of the judiciary law. Thus, a presidential decree⁽²⁰⁾ was rendered which extended the validity of the provisional council for one year. The justifications for that were clarified in the decree itself, which were: the critical state which Palestine was passing; the supreme national interest; the aim of giving the provisional council a chance to continue its tasks in appointing new judges and promoting the on-bench judges; and to get benefit of the old judges (who exceeded the age of 70)⁽²¹⁾.

5. The Permanent High Judicial Council of Palestine

The first permanent high judicial council⁽²²⁾ was created in 2003 pursuant to the basic law⁽²³⁾ and the judiciary law⁽²⁴⁾. It comprised: the

(19) The presidential decree no. (29) of 2000.

(20) The presidential decree no. (11) of 28 June 2002.

(21) This contradicts 37 of the judicial authority law.

(22) The presidential decree no. (8) of 2003.

(23) The basic law stipulated the creation of a permanent high judicial council and assigned the legislature to specify its composition, responsibilities, and function.

(24) 81 of the judicial authority law stipulated the establishment of the permanent council within a maximum one year period from the publication of the judiciary law in the Official Gazette.

president of the high court, as president; the most senior vice-president of the high court, as vice-president; the two most senior judges of the high court, selected by the high court assembly; the presiding judges of the courts of appeal in Jerusalem, Gaza and Ramallah; the attorney general; and the deputy minister of justice⁽²⁵⁾.

The permanent high judicial council was also widely criticized by the Palestinian intelligentsia for the following reasons:

- The composition of the council is not balanced because of the lack of representation of the lower courts, namely the first instance and magistrate courts⁽²⁶⁾.
- The lack of transparent measures for selecting the head and members of the council.⁽²⁷⁾
- The membership of the council is open, i.e., not limited to a certain period of time.
- The judges who are members of the council should be elected for such posts by their peers⁽²⁸⁾.
- The deputy minister of justice, who is a member of the council, should be a judge⁽²⁹⁾.
- The vice president and two members, coming from the high court, are not the most senior judges as the law stipulates⁽³⁰⁾.
- The council lacks institutionalization.

(25) 37 of the judicial authority law.

(26) A'raj, Mousa, The National and International Measures for Filling in the Judicial Post, Conference on: The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee of Embodying Justice, MUSAWA, Ramallah, 2005, p. 142, pp. (133-150).

(27) Mansour, Camille, The Role of the Executive and Legislative Authorities in Enhancing the Independence of the Judicial Authority, Conference on: The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee for Embodying Justice, MUSAWA, Ramallah, Palestine 2005, pp. (85-87).

(28) Rayis, Naser, Judiciary in Palestine and its Reform Obstacles "Al Qada' fi Falasteen wa Mo'wiqat Tataworoh", Second Edition, Al-Haq Institution on Human Rights, Ramallah Palestine 2003, p. 185.

(29) Interview with Ibrahim Barghouti, attorney at law and head of MUSAWA (an NGO interested in judicial reform), Ramallah, July 2007.

(30) 37 of the judicial authority law.

(31) Except two whose positions are not distinct from the judiciary, namely the deputy minister of justice and the attorney general.

According to the present author, the policy which the Palestinian legislature adopted in composing the high judicial council elicits criticism, especially regarding concentrating the membership of the council in judges⁽³¹⁾. Indeed, such a legislative policy indicates a short vision. The membership of non judges in the council would not affect negatively the independence of the judiciary, as the judges might think. On the contrary, it would raise the level of accountability, efficiency and transparency of the council.

In comparison with some other experiences worldwide, we find that many countries have successful and efficient judicial councils because they are of mixed-membership. In this regard, some light will be shed on the following countries' models:

5.1. Belgium

The Belgian high council of justice is composed of equilibrium between judges elected by their peers, and non judges appointed by the senate on the basis of a majority of two thirds of the vote, which respects the principle of linguistic parity⁽³²⁾.

5.2. France

The French judicial council includes three prominent citizens who are chosen from outside the executive, legislative, and judicial branches, nominated by the president of the republic, the president of the national assembly, and the president of the senate, respectively. Despite that the composition of the French supreme judicial council reflects that the three powers of the government have shared to appoint some members of the council, there are calls for reform to address any inappropriate political influence over the judiciary on the one hand, and to address any inappropriate influence which might result from the dominance of members of the judiciary on the council, on the other hand. In other words, the French reformers seek introducing balanced composition of the council, i.e., balance between the magistrate membership and the non-magistrate membership, or even providing a majority of the external

(32) Depre, Roger and Annie Hondelghem, *The Administration of Justice in Belgium: Assessing its Quality*, Catholic University Leuven, Special Report, 2003, p. 5.

members. The significant involvement of the civil society in the council aims at, first, addressing any potential of judicial dominance, and secondly, it provides for an indirect way in which the judiciary can be held accountable to the society at large without affecting decisional independence⁽³³⁾.

5.3. Italy

The Italian supreme judicial council, which enjoys, pursuant to the constitution of 1948, the competence of all decisions concerning judges and public prosecutors (e.g., promotions, transfers, discipline, and disability) is composed prevalently of magistrates (i.e., judges and public prosecutors) elected by their peers. The percentage of the magistrates in the council is two thirds and the other one third of the members is elected by parliament, among law professors and lawyers with 15 years of professional experience⁽³⁴⁾.

The following table shows the composition of the judicial council in the following countries: Italy, France, Spain, and Portugal, in comparison to Palestine.

(Table 1)
The Judicial Councils of Selected Countries

	Italy	France	Spain	Portugal	Palestine
No. of Members	33	12	21	17	11
Presidency	President of the Republic	President of the Republic	President of the <i>Tribunal Supremo</i>	President of the <i>Tribunal Supremo</i>	President of the High Court (HC)
Ex Officio Members	President of the Supreme Court of Cassation and General Prosecutor of	the Court of Cassation	Minister of Justice (as vice president)		

(33) Aucoin, Louis, Judicial Independence in France, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (72-82), pp. 79-80.

(34) Federico, Giuseppe Di, Judicial Independence in Italy: A critical Overview in a (Non-Systematic) Comparative Perspective, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (83-99), p. 84.

President of HC, Vice President of HC, Presidents of Appellate Courts, Attorney General, Deputy Minister of Justice

cont/ (Table 1)
The Judicial Councils of Selected Countries

	Italy	France	Spain	Portugal	Palestine
No. of Members from Outside the Judiciary	10 law professors or lawyers elected by parliament with a qualified majority	3 appointed members: 1 by the president of the republic; 1 by the president of the chamber of deputies; and 1 by the president of Senate	8 Jurists elected by Parliament	8 appointed members: 7 appointed by Parliament; 1 appointed by the president of the republic	1
No. of Members of the Judiciary, Elected or Appointed	20 elected by their colleagues	7 elected members: 1 judge of the <i>Conseil d'Etat</i> elected by his colleagues; 5 judges and 1 prosecutor elected by their colleagues	12 judges elected by parliament	7 judges elected by their colleagues; 1 judge appointed by the president of the republic	10 (9 Judges and the Attorney General)

In sum, there are many models regarding the composition of the judicial councils worldwide. Some are completely subsidiary to the supreme court, others are partially or completely independent entities, with representation from other branches of government and/or legal and academic communities. However, there is a concern among the legal societies that the judicial councils reflect the same politicization they were designed to help reduce, or create new bureaucracies, and subsequently fail to live up to expectations⁽³⁵⁾. In Palestine, the potential of politicizing the council is real, especially that the present high judicial council became

(35) Popkin, Margaret, Efforts to Enhance Judicial Independence in Latin America: A Comparative Perspective, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (100-132), pp. 104-105.

involved too much in the struggle between Fatah and Hamas parties, as if it has been changed into political entity.

6. The Role, Tasks and Duties of the High Judiciary Council of Palestine

The role, tasks and duties of the Palestinian High Judicial Council can be concluded from the different Palestinian legislations that apply to the judiciary, which are summarized as following:

- Organizing the work of the courts and dividing them into specialized circuits if necessity so dictates⁽³⁶⁾.
- Delegating judges of the first instance and magistrate courts to take cognizance of interlocutory or summary matters⁽³⁷⁾.
- Transfer or secondment of judges⁽³⁸⁾.
- A Judge may be attached to foreign governments or to international agencies pursuant to a decision of the president of the PA, based upon a nomination by the high judicial council⁽³⁹⁾.
- Prohibiting judges from engaging in any work that it deems to be in conflict with the duties of the position and its sound performance⁽⁴⁰⁾.
- The resignation of a judge shall be deemed accepted two weeks after its submission to the president of the high judicial council⁽⁴¹⁾.
- During the judicial vacation, courts shall continue hear urgent matters, the types of which shall be established by the high judicial council⁽⁴²⁾.
- Drafting the necessary by-laws⁽⁴³⁾. It is worth mentioning here that, the present council drafted, in 2006, five bylaws dealing with: the

(36) 1, 21 and 28 of the formation of courts law.

(37) 2 and 17 of the formation of court law. The delegated judge is called the judge of summary matters pursuant to the provisions of the law of civil procedure.

(38) 23 and 24 of the judicial authority law.

(39) 26 of the judicial authority law.

(40) 28 of the judicial authority law.

(41) 33 of the judicial authority law.

(42) 35 of the judicial authority law.

(43) 80 of the judicial authority law.

(44) 63 of the judicial authority law.

- technical office; the duties of the high judicial council; code of conduct; judicial inspection; and promotion of the judges.
- The attorney general is appointed by a decision of the president of the PA, based upon a nomination from the high judicial council⁽⁴⁴⁾.
 - Preparing the draft budget and supervises its implementation⁽⁴⁵⁾.
 - Implementing the disciplinary rulings issued by the disciplinary council once they become final⁽⁴⁶⁾.
 - A judge would not be arrested or detained without special permission from the high judicial council, except in case the judge was caught *in flagrante delicto*. In such a case, the attorney general shall, upon the arrest or detention of the judge, present the matter to the high judicial council within the next twenty-four (24) hours. The high judicial council decides, after hearing the statements of the judge, either to release him on bail or without bail, or to extend the period of detention⁽⁴⁷⁾.
 - An indictment against a judge would not be lodged without the permission of the high judicial council⁽⁴⁸⁾.

According to the present author, the Palestinian judicial council does not function as an institution, as the law provides. Mainly, the head of the council decides over the different matters without soliciting the other members' opinions. Although the ex-head of the council warned from such a method of managing the council, before he assumed the position, his policy during occupying the position did not vary much from his ancestors. I quote his statements, while he was just a judge in the high court: "The role of the head of the high judicial council must be confined to presiding the council without special competences related to transfer, secondment, nomination of appointments, or determining the seniority of judges because such competences would constitute danger upon the judicial authority and its stability."⁽⁴⁹⁾

(45) 3 of the judicial authority law.

(46) 55 of the judicial authority law.

(47) 56 of the judicial authority law.

(48) 59 of the judicial authority law.

(49) Abu Shara, Issa (et al.), *Studies and Notices on the Judicial Authority Law Draft*, PICCR, 1998.

(50) 39 of the judicial authority law

Nonetheless, according to the law, the president of the high judicial council has no special privileges. He is urged to follow up the implementation of the decisions of the council, and to represent the council in contacts with others and before the judiciary⁽⁵⁰⁾.

7. The Institutionalization of the High Judicial Council of Palestine

The law granted the high judicial council the right to form one or more departments or committees of its members, to which it may delegate some of its responsibilities. However, the law stipulates that any task delegated to a committee must not be pertain to appointment, promotion and transfer of judges⁽⁵¹⁾. Accordingly, the council created the following institutions, through which it administers the judicial system:

7.1. The Secretary of the High Judicial Council.

It is responsible for preparing the budget of the judicial authority, and managing the day-to-day functions.

7.2. The Technical Office

It is responsible mainly for deducing legal principles from the judgments rendered by the high court; conducting research; and preparing draft bylaws for the high judicial council. The technical office is presided over by a member of the high court. The law stipulates that the chief of the office be assisted by a number of judges, retired judges or prominent lawyers selected by the high judicial council for a term of two years subject to renewal⁽⁵²⁾.

Actually, the technical office did not succeed to perform the tasks assigned to it. Therefore, It is suggested that it lies, henceforth, under the control of the ministry of justice. On the other hand, the fact that a technical office being situated at the high court and run by its judges might shift the focus of the high court to technical issues, which other institutions might be more capable to administer. Moreover, shifting the office to the ministry of justice would save the efforts of the judges to adjudication, especially that Palestine suffers from the scarcity of judges.

(51) 41 of the judicial authority law

(52) 26 of the formation of courts law.

7.3. The Training Department

The high judicial council has established recently a judicial training department. It reports regularly to the head of the council. Among the main goals of the department is to develop a system for training and preparing judges, and the other judicial stakeholders as well, to assume their judicial functions⁽⁵³⁾. In fact, the department has conducted many training activities, either of the orientation type for the newly appointed judges, public prosecutors and support staff; or as continuing education and study tours for all judges. It also supervises and controls the activities of the other national and international institutions which take part in the training activities for the different stakeholders of the judicial authority.

7.4. The Judicial Inspection Department

A judicial inspection department has been recently established and attached to the high judicial council⁽⁵⁴⁾. The high judicial council has set forth regulations⁽⁵⁵⁾ for the inspection department, indicating its responsibilities, the rules and procedures needed to perform its work, and the elements of the performance evaluation, including the results of training courses, and reasons for reversing, cancelling, or amending a judge's rulings.

The main goal of the department is to inspect the functioning of the magistrate, first instance and appeal judges in order to insure that they are operating efficiently and in accordance with the established standards. Although the inspection department is empowered to render reprimands against individual judges, these reprimands are informal and do not necessarily lead to any sort of formal disciplinary proceeding. The department is also entitled to receive claims of grievances from citizens against judges. The department investigates the grievances then submits a report to the high judicial council. The high judicial council, not the department, is empowered to decide upon the grievance, reviewing the evidence and hearing the statement of the aggrieved party. It renders its decision sufficiently in advance of making the judicial promotions⁽⁵⁶⁾.

(53) 17 of the judicial authority law.

(54) 42 of the judicial authority law.

(55) Regulation no. 3 of 2004 rendered by the high judicial council.

(56) 45 of the judicial authority law.

(57) under 44 of the law on the status of the magistracy.

In France, the judicial inspection service has similar powers⁽⁵⁷⁾. Among the differences is that the jurisdiction of the French inspection service is extended to cover all the courts of France. Moreover, the director of the judicial inspection service is a member of the promotion committee, so his knowledge of a judge's performance can be a factor in promotion considerations⁽⁵⁸⁾. Other countries have different experiences in which an executive control over the promotion process is more subtle. In Romania, for example, judges are evaluated by the presidents of their courts, and promotions are approved by the higher council of magistrates, but the ministry of justice retains a role in proposing the promotions to the higher council⁽⁵⁹⁾.

In most countries, however, non-criminal discipline is administered by the judicial council. In Russia and Ukraine, it is controlled by the judicial qualification commissions. The proceedings can usually be initiated by the ministry of justice or a president of the court⁽⁶⁰⁾.

Nonetheless, the Palestinian inspection department has been criticised widely for the following reasons:

- The name of the department "judicial inspection department" was criticized because it gives, according to the opponents, a negative impression as if the judge were already suspect. Therefore, the "annulled 2005 judicial authority law" suggested the expression "evaluation and promotion department" to substitute the present name because it denotes a positive indication⁽⁶¹⁾.
- Its composition is too small (consists of three judges) to inspect all the judges of Palestine⁽⁶²⁾.
- Being attached to the high judicial council is also criticized because it might come under its influence. To be accountable and effective,

(58) Aucoin, Louis; Ibid; p. 79.

(59) Rekosh, Edwin, *Emerging Lessons from Reform Efforts in Eastern Europe and Eurasia*, in: Office of Democracy and Governance, USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (53-71), p. 60.

(60) Rekosh, Edwin, Ibid, p. 60.

(61) The explanatory note of the annulled judicial authority law of 2005.

(62) Dawwas, Amin, *The Judicial Inspection in Palestine between the Theory and Application*, Conference on: *The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee for Embodying Justice*, MUSAWA, Ramallah, 2005, p. 206, pp. (205-212).

(63) Jallad, Farid, *The Role of the PA in Enhancing Judicial Values*, Conference on: *The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee of Embodying Justice*, MUSAWA, Ramallah, 2005, p. 15, pp. (13-15).

the decisions of the inspection department must be respected and enforced by all institutions in the judicial authority, including the high judicial council⁽⁶³⁾.

- The immunity of the high court judges against inspection is criticized too.
- The domain of inspection to be confined to the reasons of reserving, cancelling, or amending the judge's rulings, without evaluating the whole work of the judge, is criticized.
- The department should be composed of high officials of the ministry of justice, or shared composition between the ministry and the high judicial council, in order to attain independence⁽⁶⁴⁾.

8. The Marginalized Role of the Palestinian Ministry of Justice in the Administration of Justice

In their endeavour to free themselves of the influence of the executive, which they consider an actual or potential threat to judicial independence, some judicial authorities went too far in this respect. The recent experience of the Palestinian judicial system constitutes a clear example. The Palestinian legislature, however, built a hybrid legal system through adopting the "cut and paste" policy in drafting laws. For example, it imitated the American model regarding the administration of justice, without taking the whole theory, side by side with the influence of the continental and Islamic legal systems which are deeply rooted in the region. Thus, the localization of foreign provisions from certain legal systems without being consistent with the others in the same law would certainly produce a distorted legislation.

No doubt that, the checks-and-balances mechanism between the different authorities is one of the guarantees of transparency, efficiency and accountability. Accordingly, the separation of powers principle entails that each authority being accountable. In Britain, for example, the chief justice is formally considered as part of the political system,

(64) Rayis, Naser, Ibid, p. 175.

(65) Gro?, Thomas, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabh?ngigkeit? In: Helmuth Schulze-Fielitz and Carsten Schütz (Hrsg.), Justiz und Justizverwaltung zwischen?konomisierungsdruck und Unabh?ngigkeit, Die Verwaltung: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Beiheft 5, Duncker & Humblot. Berlin, 2002, p. 224.

therefore he is responsible before the parliament for the proper functioning of the judicial system. The chief of the high judicial council in USA is responsible before the electoral board. Even in the Italian system, the wide self administration of the judicial authority came as a response to the heavy legacy of the fascist regime,⁽⁶⁵⁾ the minister of justice still has the following competences: the organization and functioning of the services of the justice system; the prerogative of initiating disciplinary proceedings against magistrates; he is in charge of preparing and managing the budget of the entire judicial system; and he also has the responsibility for recruiting most of the non-judicial personnel of the courts and of the prosecutorial offices⁽⁶⁶⁾.

Despite the relatively better position of the Italian minister in comparison with the Palestinian, one practitioner indicates that the powers of the minister of justice should be an integral part of the democratic system of constitutional checks-and-balances mechanisms intended to insure court efficiency and accountability. He adds that, the absence or the weakness of which, affects the system negatively, i.e., lowering the guarantees of professional qualifications, accountability, efficiency, and independence⁽⁶⁷⁾.

That is to say, the administration of justice must be connected to the executive authority through a minister, in the parliamentary democratic countries, so as to be responsible before the parliament⁽⁶⁸⁾. In fact, it irrational and considered an aberration when the judicial authority runs the administration of justice totally. It is also doubtful that the judges and public prosecutors are ready to and able to handle such a duty on the long run⁽⁶⁹⁾.

The position of the Palestinian minister of justice, either *de jure* or *de facto*, is much marginalized. However, many factors influence such a

(66) Federico, Giuseppe Di, Ibid, p. 93.

(67) Federico, Giuseppe Di, Ibid, p. 94.

(68) D?stner, Christian, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabh?ngigkeit im schlanken Staat? in: Helmuth Schulze-Fielitz and Carsten Schütz (Hrsg.), Justiz und Justizverwaltung zwischen?konomisierungsdruck und Unabh?ngigkeit, Die Verwaltung: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Beiheft 5, Duncker & Humblot, Berlin 2002, p. 203.

(69) D?stner, Christian, Ibid, p. 216.

status. For example, the ambiguous provisions of the judicial authority law of 2002 regarding delineating the borders of jurisdiction of the high judicial council and the ministry of justice; the weakness of the cabinet within the executive (especially the ministry of justice); and the reliance of the high judicial council on the PA president. Therefore, the high judicial council accumulated all the powers regarding the administration of justice in its hands without enabling the ministry of justice to take part. In this realm, the high judicial council ignores the ministry of justice and prejudices its role in checking on the budget of the judicial authority. The council deals directly with the ministry of finance not through the ministry of justice, as the law stipulates. Moreover, such policy of the council encouraged the public prosecution to cut off its connections with the ministry of justice. Recently, the public prosecution became reporting, like the high judicial council, directly to the PA president.

On the other hand, the high judicial council is not responsible before the parliament, but it refuses any role of the legislature in negotiating the budget of the judiciary. Such a policy leads to unbalanced equation; a council holds all powers without being responsible before the parliament, and a ministry out of any power stands responsible before the parliament for the proper functioning of the judicial system.

Such situation, according to an expert in this field, would not only hamper the transparency of the judicial authority and creates a confidence gap with the public, but it is also concerned that the complete marginalization of the ministry of justice in administrative and financial affairs could provoke a backlash detrimental to judicial independence if and when the Palestinian executive (presidency and cabinet) gets its act together⁽⁷⁰⁾. However, all efforts in Palestine must come together to strengthen the accountability measure of the judiciary because the judicial authority will not achieve justice through guaranteeing its independence only. Therefore, the competences of the high judicial

(70) Interview with Prof. Camille Mansour, former secretary of the formal committee on the reform of the Palestinian Judicial System, Ramallah, 2007.

(71) Mansour, Camille, *The Role of the Executive and Legislative Authorities in Enhancing the Independence of the Judicial Authority*, Conference on: *The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee for Embodying Justice*, MUSAWA, Ramallah, 2005, pp. (85-87), p. 86.

council must be confined to the limit of achieving the independence of the judiciary and not controlling all the matters which affect the access to justice negatively⁽⁷¹⁾.

Nonetheless, to find away out of this dilemma “the annulled 2005 judicial authority law” adopted the following two criteria to answer the question related to the distribution of powers between the high judicial council and the ministry of justice:

- If the matter is related to the judiciary as a power, the responsibility shall be in the hands of the judge or the court to render their judgment. The same applies to what is closely related to this, such as the administrative responsibility of the president of the court in his court, or of the high judicial council in the judges’ affairs.
- If the matter is related to the judiciary as a public service, then the responsibility shall be in the hands of the ministry of justice, since the facilitation of citizens’ access to justice is an inherent duty of the executive authority⁽⁷²⁾.

9. The Evolution and Development of the Court Administrator Position in USA

Through practice, the policy makers in the USA found that the creation of a unified judicial system with administrative authority vested in the chief justice or other high judicial officer cannot of itself bring about good court administration⁽⁷³⁾. The administrative function must be organized and procedures have to be developed and placed in operation to tie the court system together administratively and to provide for continuous central supervision of court operation. No chief judicial officer can be expected personally to perform the various administrative and managerial functions assigned to the head of a court system and at the same time has enough time to perform the duties of the bench. Actually, it is a heavy mission to impose authority over all judicial personnel; court officials; infrastructure; logistics; budget; dockets; assigning cases and judges; convening court meetings; coordinating judicial schedules; creating

(72) The explanatory note of the annulled Judicial Authority Law of 2005.

(73) Gable, Richard W., Development administration: Background, terms, concepts, theories, and a new approach (SICA occasional papers), p. 135.

and using appropriate court committees; dealing with outside agencies and the media; drafting local court rules and policies; maintaining the court's facilities; and issuing orders for keeping, destroying, and transferring records. What makes such a mission difficult is the fact that the head of the court or even the head of the high judicial council used to assume the position without prior tendency or enough qualifications and skills. This is because the position of the high judicial council or the head of the court is basically assumed by seniority, "first among equals" with his peers, therefore the occupant of the position is not a must qualified to manage the administrative duties. To achieve this goal, judges should be oriented on administrative tasks and other related skills, or other specialized administrator should be employed.

Accordingly, experts began thinking of assigning the task of judicial administration to specialized persons in the courts other than judges. Woodrow Wilson in his essay of 1887 entitled "The Study of the Administration" assigned the trial judge the tasks of judging and fundamental court policy, whereas the task of court administration and handling the business in the court should be assigned to a specialized executive officer working under the auspices of the chief judge or the presiding judge⁽⁷⁴⁾. In 1939, the Congress responded to these concerns by creating the administrative office of the USA courts. Meanwhile, the congress directed that the administrative office be supervised by a council of federal appellate judges (This council is called now the Judicial Conference of the United States comprises 26 appellate and trial judges, with the chief justice as presiding officer). States governments followed suit, starting in the 1940s, creating state court administrative offices, and generally providing for their supervision by the state supreme courts⁽⁷⁵⁾.

Thus, a chief administrative officer appointed by and responsible directly to the chief judicial officer represents the developing pattern of

(74) Peak, Kenneth J., Ibid, p. 176.

(75) Gur-Arie, Mira and Russell Wheeler, Judicial Independence in the United States: Current Issues and Relevant Background Information, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (133-147), pp. 136-137.

(76) Schaeffer, Wendell G., Ibid, p. 95.

(77) Mira Gur-Arie and Russell Wheeler, Ibid, pp. 136-137.

judicial administrative organization⁽⁷⁶⁾. However, the creation of this position aimed at solving the problems of court administration and management and to assume the responsibility for federal court budget, personnel administration and compiling statistics data on the business of the courts⁽⁷⁷⁾. At the beginning, this position has created challenges with the chief justices or the presiding judges over some competences. Actually, the distinction between the legal and the administrative tasks of the chief justice was problematic. Indeterminate functions in the “grey area” at the intersection of legal and administrative, include: listing of cases; the granting of legal aid; agency relationships; legislative relationship; public information; planning committees; research on rules and procedures; probation; case processing; financial policy; and personnel rules. The lack of clear classification of a task as legal or administrative can make it difficult to determine which officer is ultimately responsible⁽⁷⁸⁾.

In sum, the major functions of the state court administrators are classified into three categories: preparing annual reports and summarizing case load data; preparing budgets; and troubleshooting⁽⁷⁹⁾. According to the U.S. Model Act, the court administrators oversee the following tasks:

- examining the administrative methods and system employed in the offices of the clerks and other adjuncts of the courts;
- examining the state of the dockets and determining the needs for assistance in any court;
- recommending to the chief justice the assignment of judges to courts in need of assistance and following his directions in arranging assignments as needed;
- collecting and compiling statistics and making reports on the transactions of judicial business and transmitting them to the courts for appropriate action;
- preparing and submitting court budgets;
- drawing requisitions for the expenditure of the state appropriated funds;

(78) Abdelbaqi, Mustafa, Ibid, p.141.

(79) Peak, Kenneth J., Ibid, p. 183.

- collecting statistics and reporting on expenditures of state and local money appropriated for the courts;
- obtaining reports for clerks of court on cases delayed beyond specific period of time;
- acting as secretary of the judicial council or conference of judges, if the state has such an institution;
- formulating and submitting to the chief justice or highest court, recommendations of policies which he believes will improve the judicial system; and
- attending to any other matter assigned to him by the highest court or chief justice, such as administrative and research tasks.

However, in some states, the administrators oversee other duties and responsibilities, such as working as a liaison officer for the judiciary in its relation with the legislative and executive branches of the state government or with the federal government or other state governments⁽⁸⁰⁾.

On the other hand, a big debate still takes place in the USA till now regarding two matters related to the court administrators: appointing or electing them; and their qualifications. Some are in favor of the appointment choice instead of electing choice because such a position needs high qualifications in different fields. According to the qualifications of the court administrators, many judges still argue that the law degree is essential, whereas others are in favor of public administration background. However, in England and Wales, the requirement of legal qualification has been removed by section 87 of the Access to Justice Act 1999⁽⁸¹⁾.

10. Conclusions and Recommendations

To dissolve the potential conflict between the chief judge and the court administrator, the former should be objective in his supervision

(80) Tolman, Leland L., Court Administration: Housekeeping for the Judiciary; Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 328, Lagging Justice (Mar., 1960), pp. (105-115), p. 110.

(81) Abdelbaqi, Mustafa, Ibid, p. 142.

(82) Peak, Kenneth J., Ibid, p. 189.

over the latter, and from the other side, the latter should comply with the rules and policies of the former. John Greacen suggested the following strategies to attain a successful follow up over the court administrators:⁽⁸²⁾

- Look for the indications of good management. A well-managed organization will have a number of plans and procedures in place, including personnel policies, recruitment and selection procedures, an orientation program for new employees, performance evaluation procedures, a discipline and grievance process, case management policies, financial controls, and other administrative policies (such as facilities and record management).
- There must be an atmosphere of trust and confidence between the administration and the judiciary. The presiding judge must delegate authority to the court administrator sufficient to get the job of reform going. In turn, the court administrator must respect the ultimate authority of the presiding judge.
- The leadership must recognize that the currency of case filing is the priority for a high-volume court. All case files acted upon today must be processed (computer update, manual logging, mailing distribution, calendaring) and filed tomorrow.
- Court administrators and staff must understand the fundamentals of court productivity. The clerk/judge ratio is of compelling importance. However, it would be worthless how much hard working a judges is if such hardworking has not been concluded in appropriate number of cases handled because of lack of clerks to process the cases arriving daily from the bench⁽⁸³⁾.
- A professional manager is dedicated full-time to implementing the policies and procedures of the court, responding to the public, developing budgets, managing the records and purchases, organizing and maximizing the space, and managing the application of technology⁽⁸⁴⁾.

On the other hand, the financial administration comprises four components: budgeting, auditing, accounting, and purchasing. However, I will be focusing on budgeting for the aim of this study.

(83) Peak, Kenneth J., Ibid, p. 190.

(84) Hammergren, Linn, Ibid, p.164.

(85) Peak, Kenneth J., Ibid, pp. 387-388.

No doubt that budget is the key to financial administration. Their development involves planning, organizing, directing, and other administrative functions⁽⁸⁵⁾. The budget is defined as a “plan stated in financial terms, which estimates the future expenditures”, or it is a “policy statement that translates financial resources into human purposes, or it is a “contract between those who appropriate the funds and those who spend them”, or it is a “schedule adjusting expenses during a certain period of the estimated income for that period”. In addition, the budget is a management tool, a process, and a political instrument. It is a comprehensive plan, expressed in financial terms, by which a program is operated for a given period. It includes:

- the services, activities, and projects comprising the program;
- the resultant expenditure requirement; and
- the resources usable for their support⁽⁸⁶⁾.

At the local level, although the Palestinian law provides that the judicial authority shall have its own budget, which shall appear as an independent section in the annual public budget of the PA, and that the high judicial council shall prepare the draft budget and transmit it to the minister of justice in order for the latter to fulfill the legal requirements, and although that the high judiciary council is granted the right to supervise the implementation of the budget of the judicial authority,⁽⁸⁷⁾ the possibility of achieving success, in this domain, within the given circumstances is not secured. Some critical scholars and practitioners⁽⁸⁸⁾ refer the failure to the law which does not grant the judiciary full financial independence from the control and vote of the executive and the legislative respectively.

According to the present author, the demand of free judicial budget from any control of both the executive and the legislature is not rationale, because it would be a green light for abuse of power and corruption from the side of the judicial authority. The current procedures of oversight and control by the other authorities is common in all countries worldwide.

(86) Peak, Kenneth J., Ibid, p. 388.

(87) 3 of the judicial authority law.

(88) Rayis, Naser, Al Qada' fi Falasteen wa Mo'wqat Tataworoh “Judiciary in Palestine and its Reform Obstacles”, Second Edition 2003, Al-Haq, Ramallah.

(89) Gur-Arie, Mira and Russell Wheeler, Ibid, pp. 136-137.

The executive branch, for example can influence judicial funding levels by its recommendations to the legislature to fiscal policy. And, of course, the parliament still determines the level of judicial branch funding⁽⁸⁹⁾. However, if the judiciary is to have full control over its budget, mechanisms must be put into place to prevent waste and ensure transparency in the use of funds⁽⁹⁰⁾.

In sum, in order to overcome any expected problems, rational measures should be incorporated in the judicial law which oblige both the executive and the legislative authorities to allocate a sufficient budget for the judicial authority. Unless, the efforts of the high judicial council for reform would become nonsense. However, the annulled judicial law of 2005 stipulated that the draft judicial budget be approved by the high judicial council and that the latter monitors its implementation. Unfortunately, the amounts of money allocated to the judicial authority are not sufficient. However, the judicial authority budget does not exceed 1% of the general budget of PA⁽⁹¹⁾. In 2006, the amounts transferred to the judicial authority were less than half its expenditures. The rest is considered as a debt upon the judicial authority for the year 2007⁽⁹²⁾.

Resources and References

Resources

- Presidential Decree No. (29) of 2000.
- Formation of Courts Code of 2001.
- Judicial Authority Code of 2002.
- Presidential Decree No. (11) of 28 June 2002.
- Presidential Decree No. (8) of 2003.
- Regulation No. (3) of 2004 rendered by the High Judicial Council.

(90) Popkin, Margaret, Efforts to Enhance Judicial Independence in Latin America: A Comparative Perspective, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, 2002, Washington DC., pp. 100-132, p. 104.

(91) Barghouti, Mu'een, Ibid, p. 52.

(92) Interview with Justice Issa Abu Sharar, the president of the high court, the head of the high judicial council, Ramallah, July 2007.

- Judicial Authority Code of 2005 (annulled) and its Explanatory Notes.

References in Arabic

- Abu Shara, Issa (et al.), Studies and Notices on the Judicial Authority Law Draft, PICCR, 1998.
- A'raj, Mousa, The National and International Measures for Filling in the Judicial Post, Conference on: The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee of Embodying Justice, MUSAWA, Ramallah, 2005, pp. (133-150).
- Dawwas, Amin; the Judicial Inspection in Palestine between the Theory and Application, Conference on: The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee for Embodying Justice, MUSAWA, Ramallah, 2005, pp. (205-212).
- Jallad, Farid, the Role of the PA in Enhancing Judicial Values, Conference on: The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee of Embodying Justice, MUSAWA, Ramallah, 2005, pp. (13-15).
- Mansour, Camille, The Role of the Executive and Legislative Authorities in Enhancing the Independence of the Judicial Authority, Conference on: The Impartial Judiciary and the Effective Bar Association are the Guarantee for Embodying Justice, MUSAWA, Ramallah, Palestine 2005, pp. (85-87).
- Rayis, Naser, *Al Qada' fi Falasteen wa Mo'wiqat Tataworoh* "Judiciary in Palestine and its Reform Obstacles", Second Edition 2003, Al-Haq, Ramallah.
- Rayis, Naser; Judiciary in Palestine and its Reform Obstacles "*Al Qada' fi Falasteen wa Mo'wiqat Tataworoh*"; Second Edition; Al-Haq Institution on Human Rights; Ramallah Palestine 2003, p. 185.

References in English

- Abdelbaqi, Mustafa, The Administration of Criminal Justice in Palestine: Development, Reform and Challenges, Duncker & Humblot- Berlin, 2009.
- Aucoin, Louis, Judicial Independence in France, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial

- Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (72-82).
- Depre, Roger and Annie Hondeghe; The Administration of Justice in Belgium: Assessing its Quality, Catholic University Leuven, Special Report, 2003.
 - Federico, Giuseppe Di, Judicial Independence in Italy: A critical Overview in a (Non-Systematic) Comparative Perspective, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002; pp. (83-99).
 - Gable, Richard W., Development administration: Background, terms, concepts, theories, and a new approach (SICA occasional papers).
 - Gur-Arie, Mira and Russell Wheeler, Judicial Independence in the United States: Current Issues and Relevant Background Information, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (133-147).
 - Hammergren, Linn, Judicial Independence and Judicial Accountability: The Shifting Balance in Reform Goals, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (149-157).
 - Peak, Kenneth J., Justice Administration: Police, Courts, and Corrections Management, Third Edition, Prentice Hall, Inc., New Jersey 2001, pp. (21- 27).
 - Ploscowe, Morris, Crime and Criminal Law, National Law Library, 1939.
 - Popkin, Margaret, Efforts to Enhance Judicial Independence in Latin America: A Comparative Perspective, in: Office of Democracy and Governance, USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (100-132).
 - Rekosh, Edwin, Emerging Lessons from Reform Efforts in Eastern Europe and Eurasia, in: Office of Democracy and Governance,

- USAID, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, Revised Edition, Washington DC. 2002, pp. (53-71).
- Schaeffer, Wendell G., Management in the Judiciary, Public Administration Review, Vol. 13, No. 2 (Spring, 1953), pp. (89-96).
 - Tolman, Leland L., Court Administration: Housekeeping for the Judiciary, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 328, Lagging Justice (Mar., 1960), pp. (105-115).

References in German

- Dİstner, Christian, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhİngigkeit im schlanken Staat? in: Helmuth Schulze-Fielitz and Carsten Schütz (Hrsg.), Justiz und Justizverwaltung zwischen økonomisierungsdruck und Unabhİngigkeit, Die Verwaltung: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Beiheft 5, Duncker & Humblot. Berlin 2002.
- Gro, Thomas, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhİngigkeit? In: Helmuth Schulze-Fielitz and Carsten Schütz (Hrsg.), Justiz und Justizverwaltung zwischen økonomisierungsdruck und Unabhİngigkeit, Die Verwaltung: Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften, Beiheft 5, Duncker & Humblot. Berlin, 2002.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Justizbehder Freien und Hansestadt Hamburg vom 15.5.1997, Zwischenbericht zum Reformprojekt: "Justiz 2000"-Ziele und Stand des Projekts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.); Reform des Justizverwaltung: Ein Bericht zum modernen Rechtsstaat, 1. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Band 3, 1998.
- Weber-Hassemer, Kristiane, Professionelles Jutizmanagement: Voraussetzung für eine dezentrale Aufgaben- und Ressourcensteuerung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Reform des Justizverwaltung: Ein Bericht zum modernen Rechtsstaat, 1. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Band 3, 1998.

Interviews

- Abu Sharar, Issa, President of the High Court, Head of the High Judicial Council, Ramallah, July 2007.

- Barghouti, Ibrahim, Attorney at Law and Head of MUSAWA (an NGO interested in judicial reform), Ramallah, July 2007.
- Delvoie, Guy, Presiding Judge and Court Manager at the Brussels Court of Appeals, Brussels, 2003.
- Mansour, Camille, Secretary of the Formal Committee on the Reform of the Palestinian Judicial System, Ramallah, 2007.