

مبدأ ازدواجية التجريم في التسليم في القانون الدولي والقانون الكويتي (دراسة تأصيلية)

الدكتور/ ثقل سعد العجمي
أستاذ القانون الدولي العام المساعد
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تهدف هذه الدراسة التأصيلية إلى تسليط الضوء على مبدأ ازدواجية التجريم كشرط ضروري لإتمام عملية التسليم، وضمانة بالغة الأهمية نظراً لتعلقه بسيادة الدولة وبحقوق الإنسان ومبادئ الشرعية الجنائية الموضوعية منها والإجرائية، لذلك سوف تتناول هذه الدراسة المقصود بمبدأ ازدواجية التجريم وأساليب تنظيمه سواء في القوانين الداخلية أو الاتفاقيات الدولية، كما سوف تبين مبرراته والاستثناءات المتعارف عليها بخصوصه والمشكلات التي قد يثيرها تطبيقه، وأخيراً سوف تركز هذه الدراسة على موقف القانون الكويتي من هذا المبدأ ومدى الحرص على تضمينه في الاتفاقيات الدولية التي تبرمها دولة الكويت أو في القوانين الوطنية ذات الصلة.

تمهيد وتقسيم:

للتعاون الدولي فيما بين الدول صور عديدة منها ما يتعلق بتبادل المعلومات حول بعض المشتبه بهم، ومنها ما يتعلق بالإنبات القضائية، ومنها ما يتعلق بإعلان الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية، ومنها ما يتعلق بالاعتراف بالأحكام القضائية وتنفيذها، ومنها كذلك ما يتعلق بتسليم المجرمين،

وتعد الصورة الأخيرة من أهم صور هذا التعاون وأخطرها، فالتسليم يضمن مساءلة المتهمين أو تنفيذ العقوبة على المحكومين وعدم إفلاتهم من العقاب بسبب الجرائم التي ارتكبوها، والتي تدخل ضمن الاختصاص الجنائي لدولة أخرى (الدولة طالبة التسليم)، وبسبب خطورة هذه المسألة كونها متعلقة أولاً بسيادة دولة أخرى (الدولة المطلوب إليها التسليم) التي يوجد المطلوب تسليمه على إقليمها، ولأنها تتعلق ثانياً بحرية إنسان هو الشخص المطلوب تسليمه والذي قد يكون مواطناً للدولة المطلوب إليها التسليم بالنسبة للدول التي تسمح بتسليم مواطنيها، فقد أحيطت هذه العملية بمجموعة كبيرة من الشروط والإجراءات.

ومن أهم هذه الضمانات والشروط شرط ازدواجية التجريم الذي أصبح مبدأ قانونياً نظراً لاستقرار النص عليه في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وفي القوانين الداخلية للدول التي تنظم موضوع التسليم، وتأتي أهمية هذا المبدأ بسبب تعلقه بسيادة دولة مطلوب منها أن تقوم بتسليم شخص، قد يكون مواطناً أو لاجئاً إنسانياً أو مقيماً أو زائراً، إلى دولة أخرى بسبب فعل ربما لا يكون مجرمًا فيها لو لم يتم الاعتراف بهذا المبدأ، كما أن المسألة تتعلق بحقوق الإنسان وحرياته، فلا يجوز لأي دولة (المطلوب إليها التسليم في هذه الحالة) أن تقوم ببعض الإجراءات الجنائية كالقبض والحجز لأغراض التسليم دون أن تكون هذه الإجراءات الماسة بحقوق الشخص المطلوب تسليمه وحرياته متعلقة بجريمة معاقب عليها في هذه الدولة، وهذا أمر يقتضيه أيضاً مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من الناحية الإجرائية.

لذلك فالموضوعات التي سوف يتم بحثها في الجزء الأول من هذه الدراسة التأصيلية هي بيان المقصود بهذا المبدأ وأساليب تنظيمه سواء في القوانين الداخلية أو في الاتفاقيات الدولية، وشرح مبرراته والاستثناءات المتعارف عليها بخصوصه والمشكلات التي قد يثيرها تطبيقه، ثم في الجزء الثاني منها سوف يتم التركيز على هذا المبدأ في القانون الكويتي، وهو الموضوع الذي لم يسبق تناوله من قبل، إذ سوف يتم استقراء النصوص القانونية ذات الصلة كلها، بل

حتى المواقف الرسمية لدولة الكويت في هذا الشأن، ومن ثم يتم التعرف إلى كيفية تنظيم هذا المبدأ في القانون الكويتي، سواء أكان ذلك من خلال قوانين داخلية أم اتفاقيات دولية (جماعية أو ثنائية)، وسواء أكانت هذه الأخيرة متعلقة بالتسليم تحديداً أم باتفاقيات دولية متعلقة بالتعاون القضائي والقانوني جعلت التسليم أحد أهم صور هذا التعاون، أو باتفاقيات متعلقة بمكافحة بعض صور الإجرام الدولي جعلت التسليم من أبرز وسائلها في مكافحة هذه الجرائم. وبناءً عليه فإن هذه الدراسة سوف تقسم إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مبدأ ازدواجية التجريم في القانون الدولي.

– المطلب الأول: نظرة عامة حول التسليم.

– المطلب الثاني: مبدأ ازدواجية التجريم في التسليم.

المبحث الثاني: مبدأ ازدواجية التجريم في القانون الكويتي.

– المطلب الأول: التنظيم القانوني للتسليم من خلال القانون الدستوري.

– المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتسليم من خلال الاتفاقيات الدولية.

المبحث الأول

مبدأ ازدواجية التجريم في القانون الدولي

سوف يقسم هذا المبحث إلى فرعين؛ يكون الأول منهما عبارة عن نظرة عامة حول التسليم نبين من خلاله المقصود بعملية التسليم وأهم مصادره، ثم في الفرع الثاني سوف يكون النقاش أكثر تركيزاً حول موضوع هذه الدراسة، وهو مبدأ ازدواجية التجريم في التسليم من خلال بيان ماهيته وأساليب تنظيمه ومبررات إدراجه والاستثناءات التي قد ترد عليه، وأخيراً الصعوبات التي قد يثيرها تطبيقه.

المطلب الأول

نظرة عامة حول التسليم ومصادره

نظراً لأن مبدأ ازدواجية التجريم هو شرط من شروط التسليم، لذا فينبغي أولاً الوقوف على معنى التسليم وشرح أهم مصادره المتمثلة في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية، وقرارات الجهات القضائية الدولية، وقرارات المنظمات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف التسليم

ليس هناك كثير مما يقال في هذا الصدد سوى استبعاد بعض التعاريف التي قصرت التسليم على الأجانب دون المواطنين^(١)، إذ إن التسليم ليس قاصراً

(١) يعرف بعض الفقهاء التسليم بأنه: "تخلي الدولة عن شخص أجنبي موجود على أراضيها لدولة أخرى تطالب بتسليمه، وذلك لكي تحاكمه عن جريمة ارتكبها في إقليمها أو لتنفيذ حكم جنائي صادر ضده من قضاائها".

د. محمد لطفي عبدالفتاح، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، دار الفكر والقانون (المنصورة - ٢٠١١)، ص ٢٨٦.

وانظر في هذا المعنى كذلك:

على الأجانب، بل قد يطول المواطنين في الدول التي تسمح أنظمتها القانونية بذلك مثل بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، كذلك يجب استبعاد التعاريف التي تصف الدولة طالبة التسليم بأنها تلك الدولة التي تطلب تسليم شخص من أجل محاكمته أو تنفيذ العقوبة عليه من أجل جريمة وقعت في إقليمها^(٢)، إذ قد تقع الجريمة خارج إقليم الدولة طالبة ومع ذلك تكون مختصة بملاحقة الجاني وطلب تسليمه من الدولة الأجنبية التي يوجد هذا الشخص في إقليمها.

لذلك ومن أجل تفادي هذه العيوب، نرى أن التعريف الأسلم هو الذي أخذ به غالب الفقه القانوني، إذ يعرف التسليم بأنه: "إجراء بمقتضاه تتخلى الدولة عن شخص موجود على إقليمها لسلطات دولة أخرى تطالب بتسليمه إليها

= د. محمد عبد الغريب، شرح قانون العقوبات -القسم العام- ج ١، النظرية العامة للجريمة (١٩٩٤)، ص ١٨٦ وما بعدها.

- د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٤/٢٠٠٥)، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) يمكن أن يشار في هذا الصدد إلى التعريف المشار إليه أعلاه، كما يمكن الإشارة على سبيل المثال إلى تعريف (Momodu) الذي عرف التسليم بأنه:

"The formal surrender by one country to another of an individual accused or convicted of a serious offence committed within the territorial jurisdiction of the latter country, which being competent by its own law to try and punish him".

See:

- Momodu Kassim-Momodu, Extradition of Fugitives by Nigeria, 35 International and Comparative Law Quarterly 3 (1986), at 512.

وتعريف (Mark) للتسليم بأنه:

"The formal process whereby a fugitive offender is surrounded to the State in which an offence was allegedly committed in order to start trial or serve a sentence of imprisonment".

See:

- Mark Mackarel, Extradition and the European Union, 46 International and Comparative Law Quarterly 4 (1997), at 949.2)

لمحاكمته عن جريمة منسوب إليه ارتكابها أو تنفيذ عقوبة مقضي بها عليه من محاكم الدولة طالبة التسليم" (٣).

الفرع الثاني مصادر التسليم

كثيرة هي مصادر التسليم مما حدا ببعض فقهاء القانون إلى تقسيمها إلى مصادر أصلية ومصادر احتياطية^(٤) أسوة بقواعد القانون الدولي العام كما جاء النص عليها في المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية^(٥).

(٣) انظر على سبيل المثال:

- د. حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم. ط ٢، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٦٥)، ص ٤٠٩.

- د. محمد الفاضل، محاضرات في تسليم المجرمين، المطبعة الفنية الحديثة (القاهرة - ١٩٦٧)، ص ٢٢.

- د. عبدالغني محمود، تسليم المجرمين على أساس المعاملة بالمثل، ط ١، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩١)، ص ٣.

(٤) راجع: د. عبد الرحمن فتحي سمحان، تسليم المجرمين في ظل قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٧)، ص ١٣١ وما بعدها.

(٥) تنص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن: "١- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

أ- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال.

ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة.

د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار العلماء المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم. ويعتبر هذا وذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون، وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩.

٢- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك".

والحقيقة أننا لن نساير هذا التقسيم لأن الموضوع هنا ليس متعلقاً بقواعد القانون الدولي بمعناها العام، وإنما متعلق بالتزام قانوني يقع على عاتق الدول، قد يكون مصدره القانون الداخلي فقط دون أي تدخل للقانون الدولي - كما سوف نبين تالياً، لذلك سوف نقوم بسرد هذه المصادر على التوالي بحسب أهميتها وشيوع اللجوء إليها، وذلك على النحو التالي:

١ - الاتفاقيات الدولية:

تعد الاتفاقيات الدولية المصدر الأهم والأبرز للتسليم بين الدول^(٦) سواء أكانت هذه الاتفاقيات جماعية (عالمية أو إقليمية) كالاتفاقيات المتعلقة بمكافحة بعض الجرائم الدولية (مثل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣) أو كالاتفاقيات المتعلقة بتسليم المجرمين (مثل الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين لعام ١٩٥٧)، أم ثنائية بين دولة وأخرى (مثل الكويتية - المصرية لعام ١٩٧٧)، كما أن هذه الاتفاقيات الدولية قد تكون عامة، بمعنى أنها تنظم موضوعات مختلفة، ثم تأتي إلى ذكر التسليم كوسيلة من وسائل التعاون لتنفيذ هذه الاتفاقية، أو خاصة موضوعها التسليم أو التعاون القانوني والقضائي الذي يعد التسليم أحد أبرز صورته.

٢ - التشريعات الداخلية:

مصدر آخر مهم جداً لأحكام التسليم هو التشريع الداخلي للدولة الذي قد يكون هو السبب الوحيد لقبول التسليم أو رفضه، وخصوصاً في ظل عدم

(٦) حول تعريف الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية، انظر على سبيل المثال:

- د. محمد السعيد الدقاق ود. مصطفى سلامة حسين، مصادر القانون الدولي العام،

منشأة المعارف (الإسكندرية - ٢٠٠٣)، ص ١٩ وما بعدها.

- د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، ط ٤، دار النهضة العربية

(القاهرة - ٢٠٠٤) ص ٩٢ وما بعدها.

- د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، ط ٥، دار النهضة العربية (القاهرة

- ٢٠٠٤/٢٠٠٥)، ص ٣٧ وما بعدها.

وجود اتفاقية دولية بهذا الخصوص بين الدول المعنية، كما أن هذا التشريع الداخلي قد يمثل مصدراً مباشراً للتسليم إذا كان يتضمن بذاته الأحكام الموضوعية والإجرائية كلها الخاصة بالتسليم، سواء أكان ذلك التشريع قانوناً مستقلاً خاصاً بالتسليم (مثلما فعل المشرع الفرنسي بقانون ١٠ مارس لسنة ١٩٢٧، والقانون الأردني لتسليم المجرمين الفارين لعام ١٩٢٧، وقانون أصول تسليم المجرمين السوري رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٥)، أم كان في شكل نصوص مدرجة ضمن قوانين أخرى كقوانين الإجراءات الجنائية أو قانون العقوبات (مثلما فعل المشرع الإيطالي الذي عالج التسليم في المواد من ٦٩٦ إلى ٧٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي لعام ١٩٨٨، أو المشرع اللبناني الذي عالج التسليم في المواد من ٣ إلى ٣٦ من قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣)، وقد يكون التشريع الداخلي مصدراً غير مباشر للتسليم يؤخذ بعين الاعتبار عند نظر مسألة معينة متعلقة بالتسليم، فمثلاً قد تنص الاتفاقية الخاصة بالتسليم على عدم تسليم المجرم السياسي، ويتضمن التشريع الداخلي تعريفاً محدداً للجريمة السياسية فتقرر الدولة عدم التسليم لأن جريمة المطلوب تسليمه هي جريمة سياسية طبقاً للتعريف الوارد في تشريعها الداخلي^(٧). والأمر كذلك ينطبق على مسائل أخرى ذات صلة بالتسليم كمسائل انقضاء الدعوى الجزائية أو العفو عنها أو جنسية المطلوب تسليمه وغيرها من المسائل التي تنظمها القوانين الداخلية.

٣ - قرارات الجهات القضائية الدولية:

مع بروز القانون الدولي الجنائي كفرع مهم من فروع القانون الدولي العام، برزت المحاكم الجنائية الدولية كحارس لهذا القانون ومسئول عن تطبيقه فيما يعرض عليها من جرائم دولية داخلية في اختصاصها؛ لذلك أصبحت القرارات

(٧) د. عبدالفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٩)، ص ١٢٧.

التي تصدرها هذه الجهات القضائية الدولية والمتعلقة بالضبط أو القبض على الأشخاص المتهمين في القضايا التي تنظرها هذه الجهات مصدراً مهماً للتسليم، إذ تلتزم الدول المعنية بتسليم هؤلاء الأشخاص إليها، والمثال على ذلك هو أحدث هذه الجهات القضائية الدولية وأهمها على الإطلاق وهي المحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

وقد جاء نظام روما الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لعام ١٩٩٨، والذي دخل حيز التنفيذ في ١/٧/٢٠٠٢ بعد مصادقة ٦٠ دولة عليه، كتطور مهم جداً في قواعد القانون الدولي الجنائي، إذ بمقتضى هذا الميثاق تم - ولأول مرة - إنشاء محكمة جنائية دائمة تمارس اختصاصاً قضائياً يمكنها من ملاحقة الأشخاص المتهمين بارتكاب أي من الجرائم الداخلة في اختصاصها^(٨).

وطبقاً للمادة ٥٩ (١) من النظام الأساسي فإنه يجب على الدول الأطراف حين تتلقى طلباً بالقبض على أحد الأشخاص أن تقوم باتخاذ الخطوات الفورية اللازمة للقبض عليه، ثم يجب عليها أن تقوم بنقل هذا الشخص (أي تسليمه) إلى المحكمة الجنائية الدولية في أقرب وقت ممكن^(٩).

(٨) حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، انظر على سبيل المثال:

- د. أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٩).

- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية - نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة (٢٠٠٢).

- د. سعيد عبداللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٤).

(٩) قرار القبض قد يصدر عن الدائرة التمهيدية في أي وقت وبعد الشروع في التحقيق وبناء على طلب المدعي العام (١/٥٨)، أو على شكل أمر بالحضور أمام المحكمة بناء أيضاً على طلب المدعي العام (٧/٥٨).

ومن التطبيقات الحديثة في هذا الشأن قيام المحكمة الجنائية بإصدار أوامر قبض في ٢٧/٦/٢٠١١ في حق كل من الرئيس الليبي السابق معمر القذافي وابنه سيف الإسلام القذافي ورئيس المخابرات الليبية السابق عبدالله السنوسي، وذلك لاتهامهم بارتكاب جرائم ضد الإنسانية في حق الشعب الليبي إبان الثورة الليبية^(١٠).

٤ - قرارات المنظمات الدولية:

من الممكن أيضاً أن تشكل قرارات المنظمات الدولية - وخصوصاً تلك الصادرة عن بعض الأجهزة الدولية التي أعطتها المواثيق المنشئة لها الحق في إصدار قرارات ملزمة كما هو الحال بالنسبة لمجلس الأمن، مصدراً آخر للالتزام بالتسليم متى ما تم اعتبار المسألة - بالنسبة لمجلس الأمن - التي صدر القرار بشأنها متعلقة بالسلم والأمن الدوليين بحسب تكييف مجلس الأمن لها^(١١)، ومن

(١٠) يذكر أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إنما جاء بناءً على قرار من مجلس الأمن، وهو القرار رقم ١٩٧٠ (٢٠١١) الصادر في جلسة رقم ٦٤٩١ في ٢٦/٢/٢٠١١، بإحالة الأوضاع في ليبيا ابتداء من ١٥/٢/٢٠١١ إلى المحكمة الجنائية. وتأتي هذه الإحالة من مجلس الأمن استناداً إلى المادة ١٣ (ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي جاء فيها أن للمحكمة أن تمارس اختصاصها على الجرائم محل الاختصاص "ب- إذا أحال مجلس الأمن - متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة - حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت".
للمزيد من الشرح والتفصيل حول العلاقة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، انظر:

- د. ثقل سعد العجمي، مجلس الأمن وعلاقته بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (دراسة تحليلية لقرارات مجلس الأمن: ١٤٢٢، و١٤٨٧، و١٤٩٧)، مجلة الحقوق، العدد ٤ - السنة ٢٩ (جامعة الكويت - ديسمبر ٢٠٠٥)، ص ١٥ - ٦٧.

(١١) جاء في المادة ٣٩ من ميثاق الأمم المتحدة أنه: "يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين ٤١، ٤٢ لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

الأمثلة على ذلك قرارات مجلس الأمن رقم ١٠٤٤ (١٩٩٦)^(١٢)، و١٠٥٤ (١٩٩٦)^(١٣)، و١٠٧٠ (١٩٩٦)^(١٤) التي أدان بمقتضاها مجلس الأمن محاولة الاغتيال التي تعرض لها الرئيس المصري السابق حسني مبارك عام ١٩٩٥، والتي اتهم السودان بالضلوع فيها^(١٥)، وطلب من السودان الامتثال إلى طلبات منظمة الوحدة الأفريقية بوجوب تسليم المشتبه بهم إلى أثيوبيا، مع فرض لبعض التدابير والعقوبات نتيجة عدم احترام هذا الالتزام.

وأما المثال الآخر فهو قرار مجلس الأمن رقم ١٢٦٧ الصادر بتاريخ ١٥/١٠/١٩٩٩، وفيه طالب مجلس الأمن حركة طالبان التي كانت تحكم أفغانستان بضرورة تسليم أسامة بن لادن إلى الولايات المتحدة الأمريكية بسبب إدانته بتفجير سفارات الأخيرة في نيروبي بكينيا ودار السلام بتنزانيا عام ١٩٩٩^(١٦).

(١٢) قرار مجلس الأمن رقم ١٠٤٤ (١٩٩٦)، الصادر في جلسة رقم ٣٦٢٧ في ٣١/١/١٩٩٦.

(١٣) قرار مجلس الأمن رقم ١٠٥٤ (١٩٩٦)، الصادر في جلسة رقم ٣٦٦٠ في ٢٦/٤/١٩٩٦.

(١٤) قرار مجلس الأمن رقم ١٠٧٠ (١٩٩٦)، الصادر في جلسة رقم ٣٦٩٠ في ١٦/٨/١٩٩٦.

(١٥) تتلخص وقائع هذه القضية في أنه في ٢٦/٦/١٩٩٥ وأثناء توجه الرئيس المصري السابق محمد حسني مبارك في أديس أبابا لحضور مؤتمر منظمة الوحدة الأفريقية تعرض موكبه لإطلاق نار من قبل مجموعة من المسلحين، وبعد تعقب الجناة من قبل السلطات الأثيوبية والانتهاز من التحقيقات الموسعة التي أجرتها في هذا الصدد، أعلنت أثيوبيا عن تورط دولة السودان من خلال دفع بعض العناصر المأجورة إلى داخل الأراضي الأثيوبية للقيام بهذا العمل، ثم الهروب إلى الأراضي السودانية عقب المحاولة الفاشلة.

(١٦) وبحسب قرار مجلس الأمن فإن على حركة طالبان أن تقوم "بتسليم أسامة بن لادن بدون مزيد من التأخير إلى السلطات المسؤولة في البلد الذي وجه إليه قرار الاتهام أو السلطات المسؤولة في بلد يقوم بإعادته إلى ذلك البلد، أو إلى السلطات المسؤولة في بلد يتم فيه إلقاء القبض عليه وتقديمه فعليا إلى العدالة".

=

٥ - المعاملة بالمثل:

يقصد بالمعاملة بالمثل السلوك المتبادل بين دولتين على نحو متطابق أو متشابه على الأقل، بحيث يكون تصرف دولة تجاه دولة أخرى مشروطاً بأن تكون الأخيرة قد تصرفت في الماضي أو سوف تتصرف في المستقبل على نحو مطابق أو مشابه لتصرف الأولى، ويُعد مبدأ المعاملة بالمثل من أهم مصادر التسليم عند غياب الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بين الدول المعنية^(١٧)،

= - قرار مجلس الأمن رقم ١٢٦٧ (١٩٩٩)، الصادر في جلسة رقم ٤٠٥١ في ١٥/١٠/١٩٩٩.

جدير بالذكر أن من السوابق الدولية التي يمكن الإشارة إليها أيضاً في هذا الخصوص قضية لوكيربي، حيث اتهمت السلطات القضائية البريطانية والأمريكية اثنتين من المواطنين الليبيين بتورطهما في ارتكاب جريمة تفجير طائرة "بان أمريكان" فوق بلدة لوكيربي بجنوب اسكتلنده، والتي أدت إلى مقتل ٢٧٠ فرداً ينتمون إلى ٢١ دولة، وإزاء رفض السلطات الليبية الاستجابة إلى طلبات تسليم المتهمين الليبيين إلى بريطانيا أو الولايات المتحدة الأمريكية، تدخل مجلس الأمن من خلال القرار رقم ٧٣١ (١٩٩٢) وطالب الحكومة الليبية بضرورة الاستجابة إلى طلبات هذه الدول.

- قرار مجلس الأمن رقم ٧٣١ (١٩٩٢)، الصادر في جلسة رقم ٣٠٣٣ في ٣١/١/١٩٩٢.

(١٧) يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن عدم وجود اتفاقية تسليم بين الدول المعنية لا يحول دون التسليم استناداً إلى مبدأ المعاملة بالمثل الذي يترك تقديره إلى هذه الدول من خلال خطابات رسمية متبادلة بهذا الخصوص.

راجع في ذلك على سبيل المثال كلاً من:

- د. عبدالرحمن فتحي سمحان، مرجع سابق، ص ١٦٨ - ١٦٩.

- د. عبدالغني محمود، مرجع سابق، ص ٥.

- د. عبدالفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

- د. محمود حسن العروس، تسليم المجرمين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة كوستانتسوماس (١٩٥١)، ص ٣٤ وما بعدها.

وهذا أيضاً هو ما أكد عليه مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٩ في إحدى فتاواه بأنه في حالة عدم وجود معاهدات لتبادل تسليم المجرمين بين مصر وبعض الدول فإن ذلك لا يحول دون تسليم مصر أحد الأشخاص إلى دولة أخرى على أساس المعاملة بالمثل. =

سواء نص عليه في القوانين الداخلية أو لم ينص عليه^(١٨).

وقد يمثل مبدأ المعاملة بالمثل مصدراً عاماً للتسليم في حالة عدم وجود اتفاقية تسليم بين الدول المعنية، حيث يتم الاستناد إليه كلياً لتقرير التسليم من عدمه، وقد يكون مصدراً خاصاً إذا انصب على حكم معين في اتفاقية التسليم بين الدول المعنية، بحيث لا يطبق هذا الحكم إلا استناداً إلى مبدأ المعاملة بالمثل^(١٩). ومن الأمثلة على الصورة الأخيرة نص المادة ٢ (٧) من الاتفاقية الأوروبية للتسليم لعام ١٩٥٧ الذي يقضي بأن: "كل طرف يستطيع تطبيق قاعدة المعاملة بالمثل فيما يتعلق بالجرائم التي تستبعد من مجال تطبيق الاتفاقية"^(٢٠).

وللمعاملة بالمثل وجهان؛ أحدهما إيجابي والآخر سلبي، فأما الوجه الإيجابي فيكون بالقيام بالتسليم لدولة أخرى بسبب أن الأخيرة سبق وأن قبلت طلب تسليم من الدولة الأولى، وأما الوجه السلبي فيكون بالعكس، حيث يرفض التسليم لأن الدولة الطالبة سبق لها أن رفضت التسليم إلى الدولة المطلوب إليها التسليم.

= - فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٢٩٠ لسنة ١٩٤٩، مشار إليها لدى: د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني - القاعدة الدولية، ط٧، دار المطبوعات الجامعية (الإسكندرية - ١٩٩٥)، ص ١١٧.

(١٨) د. عبدالغني محمود، مرجع سابق، ص ١ وما بعدها.
M. Cherif Bassiouni, International Extradition - U.S Law and Practice, New York-Ocean Pub., 1983.18)

(١٩) انظر:

- د. سليمان عبدالمنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية - ٢٠٠٧)، ص ٩٣ وما بعدها.

- د. عبدالرحمن فتحي سمحان، مرجع سابق، ص ١٦٤ وما بعدها.

- د. عبدالفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

(٢٠) Article 2 (7) of the European Convention on Extradition states that "Any Party may apply reciprocity in respect of any offences excluded from the application of the Convention under this Article".

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaty/Html/024.htm>.

ومن الأمثلة على الحالة الأخيرة قيام السلطات الإيطالية عام ١٩٨١ برفض تسليم السلطات المصرية مواطناً إيطالياً محكوماً عليه في جريمة اتجار بالمخدرات في مصر عقب هروبه من السجن وفراره إلى إيطاليا، حيث بررت الأخيرة رفضها بعدم وجود اتفاقية تسليم بين الدولتين، وفي عام ١٩٨٥ رفضت السلطات المصرية تسليم مواطن مصري (يحمل الجنسية الإيطالية أيضاً) إلى إيطاليا بعد اتهامه بقتل زوجته الإيطالية، وعزت السلطات المصرية هذا إلى عدم وجود اتفاقية تسليم بين الدولتين كما فعلت إيطاليا سابقاً معها^(٢١).

وهكذا بعد بيان التسليم ومصادره ننتقل إلى الحديث عن موضوع هذه الدراسة، وهو مبدأ ازدواجية التجريم في القانون الدولي من خلال تحديد المقصود بهذا المبدأ وأساليب تنظيمه ومبرراته والاستثناءات عليه وبعض الصعوبات التي قد يثيرها تطبيقه.

المطلب الثاني

مبدأ ازدواجية التجريم في التسليم

هناك مبادئ كثيرة تطبق في تسليم المجرمين منها على سبيل المثال: مبدأ عدم جواز تسليم المواطن، ومبدأ حظر تسليم المجرم السياسي، وهذان المبدأان سوف نتطرق إليهما بشيء من التفصيل عند تناول موقف القانون الكويتي من التسليم، كما توجد مبادئ أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها كمبدأ عدم جواز التسليم في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام^(٢٢) ومبدأ

(٢١) د. عبدالفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٢٢) مع تنامي الموقف الدولي الراض لتطبيق عقوبة الإعدام حتى وصل الأمر إلى تبني اتفاقية دولية بهذا الخصوص، وهي البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بهدف العمل على إلغاء عقوبة الإعدام لعام ١٩٨٩، والذي قامت بالمصادقة عليه حتى الآن ٧٧ دولة (دخل حيز التنفيذ في ١١/٧/١٩٩١)، بل إنه حتى في الدول التي مازالت تطبق هذه العقوبة فإنها تطبقها في =

التخصيص^(٢٣) وغيره، ولكن لأن هذين المبدئين لا علاقة لهما بمبدأ ازدواجية

= أضيّق الحدود وعلى أشد الجرائم خطورة كما تنص على ذلك المادة ٦(٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، والتي جاء فيها أنه: "لا يجوز، في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام، أن يحكم بهذه العقوبة إلا جزاء على أشد الجرائم خطورة...". وهذا أيضاً ما جاء في قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ١٩٨٤/٥٠ في جلسة ١٩٨٤/٥/٥ بشأن الضمانات المكفولة لحماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام.

انظر: د. السيد أحمد طه محمد، الاتجاهات الجنائية الحديثة في العقوبة (١٩٩٣)، ص ٢٠٩ وما بعدها.

ومن الأمثلة على اتفاقيات دولية متعلقة بالتسليم تضمنت هذا المبدأ الاتفاقية الثنائية بين مصر وفرنسا لعام ١٩٨٢، حيث جاء في المادة ٢٩ منها أنه: "يجوز رفض التسليم إذا كانت الجريمة المعنية معاقباً عليها بالإعدام في تشريع إحدى الدولتين". ومن الأمثلة على قوانين داخلية متعلقة بالتسليم الذي تضمنته أيضاً قانون التسليم الكندي لعام ١٩٩٩، حيث جاء في المادة ٤٤ (٢) منه أنه يجوز لوزير العدل أن يرفض طلب التسليم متى اقتنع بأن الأفعال التي تشكل أساس طلب التسليم معاقب عليها بالإعدام طبقاً لقوانين الدولة الطالبة. كذلك نصت المادة ٦٩٨ (٢) من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي على عدم جواز التسليم في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام إلا إذا قدمت الدولة الطالبة الضمانات التي تراها السلطة القضائية أو وزارة العدل كافية على أنها لن تطبق عقوبة الإعدام.

انظر: د. محمد إبراهيم زيد، ود. عبدالفتاح الصيفي، قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٠)، ص ٣٨٨.

ولعل النص الإيطالي السابق كان هو السبب في رفض الطلب التركي بتسليم زعيم حزب العمال الكردستاني عبدالله أوجلان عام ١٩٩٨ عندما لجأ إلى إيطاليا قادماً من روسيا، حيث قال رئيس الوزراء الإيطالي في ذلك الوقت ماسيمودالما: إن رفض الطلب التركي إنما جاء بناءً على نصوص القانون والدستور الإيطالي الذي يحظر تسليم الأشخاص إلى دول تطبق عقوبة الإعدام ومنها تركيا.

(٢٣) يقصد بهذا المبدأ المستقر في التسليم أنه لا يجوز للدولة الطالبة أن تقوم بمحاكمة أو معاقبة الشخص المطلوب تسليمه عن جريمة سابقة غير تلك التي سلم من أجلها، على ألا يشمل ذلك الجرائم التي تقع بعد التسليم، ويكفل هذا المبدأ عدم تحايل الدولة الطالبة على الدولة المطلوب إليها التسليم من أجل وضع يدها على الشخص =

التجريم فسوف نكتفي بما ورد بخصوصهما في الهامش، لذلك سوف نتطرق تالياً لموضوع هذه الدراسة، وهو مبدأ ازدواجية التجريم، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول المقصود بمبدأ ازدواجية التجريم

يقصد بمبدأ ازدواجية التجريم أن التسليم لا يقبل أو يسمح به إلا إذا كان الفعل موضوع طلب التسليم معاقباً عليه في قوانين كل من الدولتين طالبة التسليم والمطلوب إليها التسليم^(٢٤). ويرجع البعض هذا المبدأ إلى اتفاقية

= المطلوب تسليمه من أجل محاكمته عن جرائم ما كانت الدولة المطلوب إليها التسليم تقبل بتسليمه لو علمت بذلك.

See:

Gregory B. Richardson, The Principle of Specialty in Extradition, Rev. Int'l De Droit Penal, Vol. 62, p. 85.

ولهذا المبدأ الذي لا تكاد تخلو منه أي اتفاقية تسليم بعض الاستثناءات المتعارف عليها، والتي تجيز محاكمة أو معاقبة الشخص الذي تم تسليمه عن جرائم أخرى غير التي تم تسليمه من أجلها، وهذه الحالات هي:

١- إذا وافقت الدولة المطلوب إليها التسليم على ذلك، مع الأخذ في الاعتبار وجوب تقديم طلب جديد بذلك مصحوباً بكل المستندات اللازمة (راجع: المادة ١٤ من الاتفاقية الأوروبية للتسليم، والمادة ٥٢ من اتفاقية التعاون العربية - (اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣)

٢- إذا كان الشخص المسلم قد أتيحت له حرية ووسيلة الخروج من الدولة المسلم إليها (٤٥ يوماً في الاتفاقية الأوروبية و ٣٠ يوماً في اتفاقية التعاون العربية)، ومع ذلك لم يغادرها بعد الإفراج أو خرج منها ثم عاد إليها باختياريه. انظر:

- د. عبد الرحيم صدقي، تسليم المجرمين في القانون الدولي - دراسة مقارنة للقوانين العربية والكندية والسويسرية والرواندية، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد التاسع والثلاثون (١٩٨٣)، ص ١١٤.

See:

J.M. Brabyn, Exceptional Accusation and the Extradition Acts 1870 to 1935, Criminal Law Review (December 1987), at 797-798. 24)

(٢٤)

(Jay) لعام ١٧٩٤ بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا^(٢٥)، في حين يذهب البعض الآخر إلى أن العمل بانتظام بهذا المبدأ قد بدأ من خلال قانون التسليم البريطاني لعام ١٨٧٠، إذ قامت دول كثيرة باتباع هذا المبدأ بعد ذلك^(٢٦). ولعل انتشار النص على هذا المبدأ من خلال تضمينه في العديد من الاتفاقيات الدولية (الجماعية والثنائية) والقوانين الداخلية لكثير من الدول قد دفع بالبعض إلى حد القول بأن هذا المبدأ قد أصبح جزءاً من القانون الدولي العرفي^(٢٧).

See: - J. O. Hafen, International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement, Brigham Young University Review (1999).

Ivan A. Shearer, Extradition in International Law 5 (1971), at 151. (٢٦)

M. Cherif Bassiouni, International Extradition: United States Law and Practice (2nd ed. 1987), at 326-27. (٢٧)

والأمثلة على الاتفاقيات الدولية (العالمية والإقليمية والثنائية) التي تضمنت هذا المبدأ كثيرة لا يمكن حصرها، منها على سبيل المثال:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠، حيث جاء في المادة ١٦ (١) منها أنه: "١- تنطبق هذه المادة... على وجود الشخص الذي هو موضوع طلب التسليم في إقليم الدولة الطرف متلقيّة الطلب، شريطة أن يكون الجرم الذي يُلتَمَس بشأنه التسليم معاقباً عليه بمقتضى القانون الداخلي لكل من الدولة الطرف الطالبة والدولة الطرف متلقيّة الطلب".

- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، حيث جاء في المادة ٤٠ منها أنه: "يكون التسليم واجباً بالنسبة للأشخاص الآتي بيانهم: أ- من وُجّه إليه اتهام عن أفعال معاقب عليها بمقتضى قوانين كل من الطرفين المتعاقدين طالب التسليم والمطلوب إليه التسليم...".

- اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت وجمهورية مصر العربية لعام ١٩٧٧، حيث جاء في المادة ٣٧ منها أنه: "يكون التسليم واجباً بالنسبة للأشخاص الآتي بيانهم: أ- من وُجّه إليه الاتهام عن جنایات أو جنح معاقب عليها بمقتضى قوانين الطرفين المتعاقدين...".

أما الأمثلة على القوانين الداخلية التي تنص على وجوب احترام هذا المبدأ في التسليم فمنها ما يلي:

=

ولمبدأ ازدواجية التجريم تفسيران أحدهما ضيق والآخر واسع، فأما التفسير الضيق للمبدأ (In Concreto Approach)، وهو الأقدم فيعني أنه يجب فحص كل عناصر الجريمة موضوع التسليم طبقاً لقوانين الدولة المطلوب إليها التسليم؛ للوقوف على تطابقها أو تشابهها الكامل مع عناصر هذه الجريمة طبقاً لقوانين الدولة الطالبة، ومن ثم يقبل التسليم إذا وجد هذا التطابق أو التشابه، أو يرفض إذا تخلف، وهنا يعتد بالتكييف القانوني للجريمة الواردة في طلب التسليم.

وأما التفسير الواسع (In Abstracto Approach)، وهو الأحدث فيقصد به فحص وقائع الفعل المجرم في قوانين الدولة طالبة التسليم لمعرفة ما إذا كانت هذه الوقائع تشكل الجريمة نفسها أو جريمة مشابهة طبقاً لقوانين الدولة المطلوب إليها التسليم، وهنا لا يعتد بالتكييف القانوني للجريمة موضوع التسليم^(٢٨).

= - قانون التسليم المغربي (ظهر ٨ نوفمبر لسنة ١٩٥٨)، حيث جاء فيه أنه يجب أن تكون الوقائع المنسوبة إلى المطلوب تسليمه معاقباً عليها في القانون المغربي بعقوبة جنائية أو جنحية وأن تكون الوقائع تستوجب العقاب في الدولة طالبة التسليم. انظر: المستشار محمد ليدي، تسليم المجرمين في النظام المغربي (التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي في العالم العربي، أعمال الندوة العربية التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا، من ٥ إلى ١١/١٢/١٩٩٣)، ط ١، دار الملايين للعلم (١٩٩٥)، ص ٩٠.

- قانون العدالة الجنائية البريطاني لسنة ١٩٨٨ الذي عرّف الجريمة القابلة للتسليم بأنها: "فعل يقع في إقليم دولة أجنبية، والذي - لو كان قد وقع في بريطانيا - يشكل جريمة معاقباً عليها بالحبس مدة ١٢ شهراً أو أكثر..".

See:

- Colin Warbrick, The Criminal Justice Act 1988 - Part 1: The New Law on Extradition, Criminal Law Review (1989).

See:

- Hafén, note 25, at 199.

- James I.K. Knapp, Mutual Legal Assistance Treaties as a Way to Pierce Bank Secrecy, 20 Case Western Reserve Journal of International Law (Summer = 1988), at 418.

(٢٨)

والتفسير الواسع لمبدأ ازدواجية التجريم هو الأنسب إذ يؤدي إلى ضمان عدم إفلات المجرمين بسبب عدم تطابق الوصف الجرمي لأفعالهم، كما يؤدي إلى تسهيل عملية التسليم بين نظم قانونية مختلفة، من الصعوبة بمكان إيجاد تماثل أو تطابق بين قوانينها الجزائية بسبب اختلاف المجتمعات التي أتت هذه القوانين لحمايتها، واختلاف أفكارها الاجتماعية وأنماط سلوك أفرادها وتطورها، حيث تختلف الجرائم تبعاً لذلك.

ومن القضايا الشهيرة التي شهدت تحولاً من التفسير الضيق لمبدأ ازدواجية التجريم في التسليم إلى التفسير الواسع قضية (Collins) التي نظرها القضاء الأمريكي في عام ١٩٢٢، حيث تقدمت بريطانيا إلى الولايات المتحدة الأمريكية بطلب تسليم Collins بسبب اتهامه بارتكاب جريمة الغش التي يعاقب عليها القانون البريطاني، دفع Collins بأن هذه الجريمة ليست من الجرائم المنصوص عليها في اتفاقية التسليم بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، كما أنها - أي الجريمة - لا تتطابق مع جريمة التحصل على ممتلكات الغير من خلال التظاهر الكاذب التي يعاقب عليها القانون الأمريكي، رفضت المحكمة هذا الدفع وقالت: "إن القانون لا يشترط أن تكون تسمية الجريمة واحدة في قانون الدولتين، كما لا يشترط أن يكون نطاق المسؤولية في الجريمتين متشابهاً، المهم أن يكون الفعل المكون للجريمة مُجرماً في كلتا الدولتين" (٢٩).

وعلى نحو أكثر اتساعاً قضت المحكمة الأمريكية في قضية (Factor) عام ١٩٣٣ بوجوب تسليم Factor إلى بريطانيا نتيجة ارتكابه لجريمة التحصل على

= - M. Cherif Bassiouni, Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions, 3 Duke Journal of Comparative and International Law (Spring 1993), at 247.

As the Court stated "The law does not require that the name by which the crime is described in the two countries shall be the same; nor that the scope of the liability shall be coextensive, or, in other respects, the same in the two countries. It is enough if the particular act charged is criminal in both jurisdictions". (٢٩)

(Collins v. Loisel, 259 U.S. 309 (1922))

أموال مسروقة، وذلك على الرغم من أن قوانين ولاية أليْنوي الأمريكية - حيث يوجد المطلوب تسليمه - لا تحتوي على أي جريمة مشابهة، حيث عدّت المحكمة أن مبدأ ازدواجية التجريم قد تم استيفاءه لأن الفعل المكون للجريمة موضوع التسليم يشكل جريمة طبقاً لقوانين أغلب الولايات الأمريكية^(٣٠).

وهذا أيضاً هو ما تم تأكيده في قضية (Shapiro) في عام ١٩٧٣، حيث قال القضاء الأمريكي: "إن الاتفاقية [أي اتفاقية التسليم] لم تشر إلى قوانين مكان وجود المطلوب تسليمه، وإنما إلى قوانين الدول الأطراف، وبما أن الولايات المتحدة الأمريكية وليست ولاية نيويورك هي طرف في هذه الاتفاقية فإن ذلك يحتم على المحكمة النظر في القوانين الفيدرالية، حتى وإن كانت قوانين الولاية لا تحتوي على تجريم مشابه"^(٣١).

الفرع الثاني

أساليب تنظيم مبدأ ازدواجية التجريم

يمكن استيفاء هذا المبدأ من خلال ثلاثة أساليب، الأول هو أسلوب القائمة الحصرية، والثاني هو أسلوب الحد الأدنى للعقوبة، والثالث يجمع بين الأسلوبين السابقين من خلال نظام مختلط، وذلك على النحو التالي:

١ - أسلوب القائمة الحصرية:

يقوم هذا الأسلوب على فكرة النص في القانون الداخلي أو الاتفاقية الدولية على جدول أو قائمة حصرية بجميع الجرائم التي تخضع للتسليم، بحيث لا يجوز التسليم في غيرها^(٣٢). ومن الأمثلة على ذلك قانون العدالة البريطاني لعام ١٨٧٠

(٣٠) (Factor v. Laubenheimer, 290 U.S. 276 (1933)).

(٣١) Shapiro v. Ferrandia, 478 F.2d 894 (2d Cir.), cert. dismissed, 414 U.S. 884 (1973).

(٣٢) انظر:

- د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ١٣١ وما بعدها.

قبل تعديله^(٣٣)، وأما الأمثلة على الاتفاقيات الدولية فكثيرة وتشمل كل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة بعض الجرائم الدولية، حيث تأتي هذه الاتفاقية بتجريم أفعال محددة ثم تتضمن نصوصاً تتعلق بالتسليم في هذه الجرائم، ومن الأمثلة على ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣^(٣٤).

ولهذا الأسلوب ميزة واضحة وعلية، وهي سهولة تحديد الجرائم القابلة للتسليم، ومن ثم يكون ما عدا ذلك غير قابل للتسليم دون أن تحتاج العملية إلى جهد أو بحث، ولكن لهذا الأسلوب بعض المساوئ التي قد تفوق مزاياه، ومن أبرز هذه العيوب اختلاف التسميات القانونية للجريمة من دولة إلى أخرى، فما تسميه الدولة (أ) بالاختلاس تسميه الدولة (ب) بإساءة الائتمان^(٣٥)، كما أن هذا الأسلوب لا يواكب التطور الإجرامي، إذ تظهر جرائم جديدة بين فترة وأخرى تواكب التطور البشري، فجرائم الإنترنت مثلاً ظهرت بظهور هذا التطور العلمي المتمثل في ظهور شبكات الإنترنت وهكذا.

= د. عبدالفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

د. محمد لطفي عبدالفتاح، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، ط ١، دار الفكر والقانون (المنصورة - ٢٠١١)، ص ٣١١ وما بعدها.

See:

- J.M. Brabyn, note 24.

- Robert M. Osgood, Nathy J. Dunleavy, UK-US Extradition for Antitrust Offenses, 19 SPG International Law Practicum, (Spring 2006).

(٣٤) نصت المادة ٤٢ (٢) (أ) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ على أنه: "٢-.. يجوز للدولة الطرف أن تخضع أيضاً أي جرم من هذا القبيل لولايتها القضائية في الحالات التالية...".

والجرائم التي تغطيها هذه الاتفاقية هي رشوة الموظفين العموميين الوطنيين والأجانب وموظفي مؤسسات الدولة، واختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريبها من قبل موظف عمومي، والمتاجرة بالنفوذ، وإساءة استغلال الوظيفة، والإثراء غير المشروع، والرشوة في القطاع الخاص، واختلاس الممتلكات في القطاع الخاص، وغسل العائدات الإجرامية، وإخفاء الممتلكات، وإعاقة سير العدالة.

(٣٥) د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص ٩١ وما بعدها.

٢ - أسلوب الحد الأدنى للعقوبة:

ويقوم هذا الأسلوب على فكرة رئيسة مفادها أن الجرائم القابلة للتسليم هي فقط الجرائم الجسيمة، وإن تقدير جسامته هذه الجرائم إنما يكون بالنظر إلى نوع العقوبة المقررة لهذه الجرائم ومقدارها، بحيث يجوز التسليم إذا كانت العقوبة سالبة للحرية وتزيد على حد أدنى يختلف تقديره من قانون إلى قانون آخر^(٣٦) ومن اتفاقية دولية إلى أخرى^(٣٧)، وهنا يقسم المطلوبون للتسليم إلى صنفين: الصنف الأول هم المتهمون والصنف الثاني هم المحكوم عليهم، إذ يختلف الحد الأدنى للعقوبة باختلاف تصنيف الشخص المطلوب تسليمه، حيث يقل هذا الحد الأدنى في الغالب بالنسبة للصنف الثاني^(٣٨).

(٣٦) سنتين في المغرب والعراق وسنة في اليمن وستة أشهر في تونس، هذا إذا كان الأمر متعلقاً بمتهم مطلوب تسليمه من أجل محاكمته، أما إذا كان المطلوب تسليمه شخصاً محكوماً عليه من أجل تنفيذ العقوبة فيجب أن تزيد هذه العقوبة على شهرين في المغرب وستة أشهر في العراق.

(٣٧) فمثلاً تنص الاتفاقية المصرية الفرنسية لعام ١٩٨٢ على أن التسليم يكون جائزاً إذا كان الفعل موضوع التسليم يشكل طبقاً لقوانين الدولتين جنائية أو جنحة معاقب عليها في قوانينهما بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنتين أو أشد، في حين تنص الاتفاقية الأمريكية الفرنسية لعام ١٩٩٥ على أن الفعل موضوع التسليم يجب أن يكون معاقباً عليه في قوانين كلتا الدولتين بعقوبة الحبس سنة على الأقل أو بعقوبة أشد.

(٣٨) انظر:

- د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ١٣٠.
 - د. عبدالفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص ٥٩.
 - د. محمد لطفي عبدالفتاح، مرجع سابق، ص ٣١١.
- ومن الأمثلة على قوانين داخلية أو اتفاقيات دولية تنتهج أسلوب الحد الأدنى للعقوبة ما يلي:

- قانون العقوبات السوري لعام ١٩٤٩، حيث جاء في المادة ٣٣ منه أنه: "يرفض الاسترداد [أي التسليم]: ١- إذا كان القانون السوري لا يعاقب على الجريمة بعقوبة جنائية أو جنحية...".

- المادة ١٦ (٧) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية =

ولهذا الأسلوب أيضاً بعض المزايا والمحسن، أبرزها تفادي تباين واختلاف التسميات أو التكييفات القانونية للجرائم بين الدول، إذ تكون الجريمة محلاً للتسليم متى كان الفعل المكون للجريمة معاقباً عليه بالحد الأدنى المنصوص عليه في القانون الداخلي أو الاتفاقية الدولية ذات الصلة، غير أن من عيوب هذا الأسلوب ارتكازه على مقدار العقوبة في قوانين الدول المعنية، وهو

= لعام ٢٠٠٠، حيث جاء فيها أنه يكون تسليم المجرمين خاضعاً للشروط التي ينص عليها القانون الداخلي للدولة الطرف متلقية الطلب أو معاهدات تسليم المجرمين المنطبقة، بما في ذلك الشرط المتعلق بالحد الأدنى للعقوبة المسوغة للتسليم...".
- الاتفاقية الأوروبية للتسليم لعام ١٩٥٧، حيث نصت المادة ٢ (١) منها على أن الجرائم التي يجوز التسليم فيها هي تلك المعاقب عليها في قوانين الدولة الطالبة والدولة المطلوب إليها التسليم بعقوبة سالبة للحرية أو بتدبير سالب للحرية لا تقل مدة أي منهما عن سنة، فإذا كان التسليم لأجل تنفيذ حكم صادر ضد الشخص المطلوب تسليمه من محاكم الدولة الطالبة، وجب ألا تقل العقوبة السالبة للحرية أو التدبير الاحترازي السالب للحرية المحكوم بأيهما عن أربعة أشهر.

Article 2 (1) states that "Extradition shall be granted in respect of offences punishable under the laws of the requesting Party and the requested Party by deprivation of liberty or under a detention order for a maximum period of at least one year or be a more severe penalty. Where a conviction of prison sentence have occurred or a detention order has been made in the territory of the requesting Party, the punishment awarded must have been for a period of at least four months".

- اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت والجمهورية التونسية لعام ١٩٧٧، حيث جاء في المادة ٣٧ منه أنه: "يكون التسليم واجباً بالنسبة للأشخاص الآتي بيانهم: أ- من وجه إليهم الاتهام عن جنایات أو جنح معاقب عليها بمقتضى قوانين الطرفين المتعاقدين بعقوبة الحبس لمدة سنة أو أكثر أياً كان الحدان الأقصى والأدنى في تدرج العقوبة المنصوص عليها. ب- من حكم عليهم حضورياً أو غيابياً من محاكم الدولة الطالبة بعقوبة الحبس ستة أشهر على الأقل في جنایة أو جنحة معاقب عليها بمقتضى قانون الدولة المطلوب إليها التسليم بعقوبة الحبس لمدة سنة أو أكثر أياً كان الحدان الأقصى والأدنى في تدرج العقوبة المنصوص عليها".

أمر يحتاج إلى انسجام أو تماثل بينها، وهذا أمر غير متصور على الأقل في الوقت الحالي^(٣٩).

٣ - أسلوب النظام المختلط:

ويقصد بهذا الأسلوب الجمع بين الأسلوبين السابقين بحيث يتم تعداد جرائم معينة مع تحديد حد أدنى للعقوبة المقررة لهذه الجرائم حتى يمكن تسليم المتهم أو المحكوم عليه، ومن الأمثلة على القوانين التي تبنت هذا الأسلوب القانون السويسري الصادر عام ١٨٩٢، حيث قام في البداية بتحديد الجرائم الخاضعة للتسليم، ثم أضاف أنه يحسن رفض التسليم عندما تكون الجريمة تافهة، لاسيما في الحالات التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها الحبس ثلاثة أشهر^(٤٠). ومن الأمثلة على الاتفاقيات الدولية اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠، فبعد أن أشارت المادة ١٦ (١) إلى الجرائم الخاضعة للتسليم^(٤١)، جاءت الفقرة (٧) من المادة نفسها ونصت على أنه: "يكون تسليم المجرمين خاضعاً للشروط التي ينص عليها القانون الداخلي للدولة الطرف متلقية الطلب أو معاهدات تسليم المجرمين المنطبقة، بما في ذلك الشرط المتعلق بالحد الأدنى للعقوبة المسوغة للتسليم...".

والحقيقة أن هذا الأسلوب وإن كان يأخذ بمزايا أسلوب القائمة الحصرية وأسلوب الحد الأدنى للعقوبة على النحو المشار إليه سابقاً، فهو يأخذ كذلك بعيوبهما وأبرزها أن محور هذا الأسلوب هو القائمة الحصرية لبعض الجرائم، وهذا التعداد ربما لا يواكب التطور السريع في الجريمة.

(٣٩) د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص ٩٣ - ٩٤.

(٤٠) المرجع السابق، ص ٩٤ - ٩٥.

(٤١) هذه الجرائم هي المشاركة في جماعة إجرامية منظمة، وغسل عائدات الجرائم، والفساد، وعرقلة سير العدالة، وأي جريمة منظمة أخرى حسب تعريف المادة ٢ من الاتفاقية.

الفرع الثالث

مبررات مبدأ ازدواجية التجريم

لمبدأ ازدواجية التجريم في التسليم العديد من المسوغات والمبررات، والتي يمكن شرحها على النحو التالي:

١ - سيادة الدولة:

إن من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أن ما يصدر عن سلطات أي دولة من قرارات أو أوامر أيًا كان نوعها (ضبط وقبض وحجز ونحوه) أو أحكام قضائية ليس لها أي فاعلية أو تأثير أو تنفيذ سوى في إقليم دولة هذه السلطات وليس في إقليم دولة أخرى، ما لم تقبل الأخيرة بذلك، ولما كان الأمر برمته يعتمد على قبول الدولة الأخرى استناداً إلى مبدأ السيادة الإقليمية لهذه الأخيرة، فإنها لن تقبل بتنفيذ أو تفعيل ما يتعارض مع نظامها العام، ومن ثم فإن مبدأ ازدواجية التجريم يضمن عدم تسليم شخص بالمخالفة للنظام العام، لأن فعل المطلوب تسليمه لا يشكل جريمة طبقاً لقوانين الدولة المطلوب إليها التسليم^(٤٢).

٢ - المعاملة بالمثل:

إن من مقتضيات مبدأ المعاملة بالمثل الذي يعد من أهم مصادر التسليم على النحو السابق بيانه أنه لا يمكن للدولة أن تقوم بتسليم أشخاص بسبب أفعال مباحة طبقاً لقانونها الداخلي، لأنها لن تتاح لها الفرصة بالمطالبة بتسليم أشخاص عن مثل تلك الأفعال، لأن المطالبة بالتسليم لا تكون إلا بمناسبة أفعال مجرمة

See:

(٤٢)

Oehler, Recognition of Foreign Judgments and Their Enforcement, in 2 A Treatise of International Criminal Law: Jurisdiction and Cooperation, (M. Cherif Bassiouni & V. Norda eds. 1973), at 275-76.

- S. Bedi, Extradition in International Law and Practice (1966), at 69.

- William V. Dunlap, Dual Criminality in Penal Transfer Treaties, 29 Virginia Journal of International Law (Summer 1989), at 830-31.

طبقاً لقوانين الدولة الطالبة، ولعل هذا المبرر جعل البعض يطلق على مبدأ ازدواجية التجريم بأنه معاملة بالمثل ضمن مبدأ المعاملة بالمثل (أي التسليم)^(٤٣).

٣ - حقوق الإنسان:

كذلك يتعلق مبدأ ازدواجية التجريم بحقوق الإنسان، حيث من غير المقبول أن يطلب من دولة أن تتعاون مع دولة أخرى من أجل ملاحقة أو معاقبة فرد تُعد الدولة الأولى أن سلوكه مباح ولا يشكل جريمة، بل قد يكون هذا السلوك ضمن حقوق هذا الفرد وحرياته الأساسية كحرية التعبير ونحوها.

والمسألة تبدو أكثر وضوحاً فيما لو أن الفرد المطلوب تسليمه من مواطني هذه الدولة (بالنسبة للدول التي تسلم مواطنيها) أو فرد لجأ إليها لأي سبب من الأسباب، إذ إنها بتسليمه لدولة أخرى بمناسبة فعل غير مجرم في قوانينها تكون قد ارتكبت أمراً غير مقبول من الناحية الأخلاقية، وعلى نحو يتعارض مع ما يؤمن به ضمير المجتمع من حقوق وحریات^(٤٤)، وخصوصاً عندما تكون الدولة المسلم إليها من الدول التي تنتهك حقوق الإنسان أو لها قوانين غير مألوفة.

(٤٣) M. Cherif Bassiouni, International Extradition in American Practice and World Public Order, 36 Tenn. L. Rev. 1, 13 (1969).

(٤٤) وفي ذلك يقول الفقيه (Hudson) إنه:

"The moral sense of the community in which the accused person has taken refuge must be taken into account ... The surrender of a person for trial in another country for an act not condemned in the country of asylum might prove to be a shock to the people of the latter country, especially if the accused person were a national of the requested State"

- Hudson, The Factor Case and Double Criminality in Extradition, 28 Am. J. Int. L (1934), at 282-83.

وفي الاتجاه نفسه يقول الفقيه (Shearer) إنه:

"The double criminality rule serves the most important function of ensuring that a person's liberty is not restricted as a consequence of offences not recognized as criminal by the requested State. The social conscience of a State is also not embarrassed by an obligation to extradite a person who would not, according to its own standard, be guilty of acts deserving punishment"

- I. Shearer, Extradition in International Law (1971), at 137-38.

٤ - مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:

ويقصد بهذا المبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص من القانون، أي إنه لا يجوز توجيه أي اتهام لأي شخص أو مباشرة أي إجراء ضده إلا إذا كان ما اقترفه من سلوك معاقباً عليه قانوناً^(٤٥). لذلك يرى بعض الشراح أن إعمال مبدأ ازدواجية التجريم إنما هو في حقيقته إعمال لمبدأ الشرعية، حيث لا يجوز للدولة المطلوب إليها التسليم أن تقوم بتسليم شخص بمناسبة سلوك لا يشكل جريمة طبقاً لقانونها الداخلي^(٤٦).

والحقيقة أن العلاقة بين مبدأ ازدواجية التجريم ومبدأ الشرعية بصورته الموضوعية غير واضحة تماماً، إذ إن التسليم لا يعني قيام الدولة المطلوب إليها التسليم بمعاينة الشخص المسلم لأن فعله لا يشكل جريمة في قانونها، بل من يقوم بذلك هي الدولة الطالبة التي يشكل السلوك المرتكب من هذا الشخص جريمة طبقاً لقانونها الداخلي، هذا مع الأخذ في الاعتبار أن مبدأ عدم جواز

(٤٥) وهذا المبدأ قد تضمنه الدستور الكويتي في المادة ٣٢ والتي تنص على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها". كما تضمنه قانون الجزاء الكويتي في المادة الأولى منه، حيث تقول: "لا يعد الفعل جريمة، ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله، إلا بناء على نص في القانون".

للمزيد من التفصيل حول مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات انظر:

- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٣)، ص ١٢٩ وما بعدها.

- د. مبارك النوييت، شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، ط ١ (١٩٩٧)، ص ٧٦-٧٧.

- د. فايز الظفيري ود. محمد بو زبر، الوجيز في شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، ط ٢ (٢٠٠٣)، ص ٩٤-١٠٠.

(٤٦) انظر: د. عبدالرحمن فتحي سمحان، مرجع سابق، ص ٢٧٢-٢٧٣، ود. عبدالفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص ٢٣٢-٢٣٣.

الاعتذار بالجهل بالقانون يجب ألا تقبل به الدولة المطلوب إليها التسليم على نفسها وترفض إعماله بالنسبة لغيرها من الدول.

أما لو كان المقصود هو مبدأ الشرعية بصورته الإجرائية فالأمر سوف يكون أكثر منطقية وقابلية، فالإجراءات الجنائية تكون وفقاً للقانون، ومن ثم يجب أن تكون هذه الإجراءات متسقة مع القانون ومستمدة منه، لذا فإن إجراءات القبض والتفتيش والحجز التي قد يستلزمها تنفيذ طلب التسليم سوف تكون غير مبررة من الناحية القانونية، إذ لم يكن السلوك الذي بمناسبته اتخذت هذه الإجراءات مجزماً طبقاً لقوانين هذه الدولة الداخلية.

الفرع الرابع

الاستثناءات على مبدأ ازدواجية التجريم

على الرغم من الاستقرار الكبير الذي يتمتع به مبدأ ازدواجية التسليم باعتباره من أهم المبادئ التي تحكم التسليم، فإنه يوجد به بعض الاستثناءات التي أوجدها الاجتهاد الفقهي، ثم تم تضمينها بعد ذلك في بعض القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وهذه الاستثناءات هي كما يلي:

١ - الموقع الجغرافي:

جاء في اجتهاد معهد القانون الدولي بأكسفورد عام ١٨٨٠ أنه يجب كقاعدة عامة أن يكون الفعل الذي بسببه يطلب التسليم معاقباً عليه بمقتضى قانون البلدين إلا في حالة ما إذا كان بسبب الأنظمة الخاصة بالدولة المطلوب إليها التسليم أو بسبب موقعها الجغرافي، حيث لا يمكن أن تقع فيها الظروف المادية المكونة للجريمة موضوع التسليم^(٤٧).

(٤٧) أ. محمود زكي شمس، الاتفاقيات القضائية الدولية وتسليم المجرمين من عام ١٩٢٦ وحتى عام ١٩٨٥ (١٩٨٦)، ص ٢١-٢٢.

ويقصد بهذا الاستثناء أن هناك بعض الدول التي بسبب موقعها الجغرافي لا يتصور فيها وقوع بعض الجرائم، ومثال على ذلك الدول المغلقة - أي غير المطلة على البحر - فهذه الدول لا يتصور لها أن تضمن تشريعاتها الجزائية جرائم متعلقة بالسفن، كالقرصنة^(٤٨) واستخدام أعلام غير صحيحة^(٤٩) ونحوها من الجرائم التي لا تقع إلا في البحر، فهنا إذا كان طلب التسليم متعلقاً بجريمة لا يتصور وقوعها في الدولة المطلوب إليها التسليم بسبب موقعها الجغرافي، فلا يشترط ازدواجية التجريم لقبول التسليم.

وقد أخذ بهذا الاستثناء القانون الاتحادي السويسري الصادر عام ١٧٩٢ حول التسليم، حيث جاء فيه أنه إذا كان الاختلاف الحاصل بين التشريعين ناشئاً عن فروق في الأوضاع الجغرافية للبلدين فلا يشترط التجريم^(٥٠). كما نص عليه قانون العقوبات اللبناني الصادر عام ١٩٤٣، حيث جاء في المادة ٣٣ منه أنه: "يرفض الاسترداد [أي التسليم] إذا كانت الشريعة اللبنانية لا تعاقب على الجريمة بعقوبة جنائية أو جنحية، ويكون الأمر على النقيض إذا كانت ظروف الفعل المؤلفة للجرم لا يمكن توافرها في لبنان بسبب وضعها الجغرافي^(٥١)".

(٤٨) تعرف المادة ١٠١ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ القرصنة بأنها "أي عمل غير قانوني من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أي عمل سلب يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة، ويكون موجهاً: (١)- في أعالي البحار ضد سفينة أو طائرة أخرى، أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة أو على متن الطائرة. (٢)- ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات في مكان يقع خارج ولاية أية دولة...".

(٤٩) تلزم قواعد القانون الدولي العام السفن برفع علم دولة التسجيل ولا يجوز لها رفع علم دولة أخرى ليس بينها وبين هذه الدولة رابطة حقيقية، كما لا يجوز لها الإبحار تحت علم دولتين أو أكثر.

راجع المواد: ٩٠، ٩١، و٩٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.

(٥٠) د. محمد الفاضل، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٥١) المادة ٣٣ من قانون العقوبات اللبناني (مرسوم اشتراعي رقم ٣٤٠ صادر في ١/٣/١٩٤٣).

انظر كذلك: المادة ٣٣ من قانون العقوبات السوري لعام ١٩٤٩.

٢ - جنسية الشخص المطلوب تسليمه:

جاء في بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتسليم استثناء آخر من مبدأ ازدواجية التجريم لجواز التسليم أو وجوبه، بحسب الأحوال، وهو متعلق بجنسية الشخص المطلوب تسليمه، بحيث لا يشترط ازدواجية التجريم إذا كان المطلوب تسليمه من مواطني الدولة طالبة.

ومن الأمثلة على هذا الاستثناء المادة ٣ من اتفاقية تسليم المجرمين المعقودة بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٥٢ (اتفاقية التسليم العربية لعام ١٩٥٢)، والتي بعد أن اشترطت ازدواجية التجريم سواء أكان المطلوب تسليمه متهماً أم محكوماً عليه، عادت واستثنت من مبدأ ازدواجية التجريم الحالة التي يكون فيها المطلوب تسليمه من مواطني الدولة طالبة^(٥٢).

(٥٢) جاء في المادة ٣ من اتفاقية التسليم العربية لعام ١٩٥٢ أنه: "يشترط للتسليم أن تكون الجريمة جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس لمدة سنة أو بعقوبة أشد في قوانين كلتا الدولتين - طالبة التسليم والمطلوب إليها التسليم - أو أن يكون المطلوب تسليمه عن مثل هذه الجريمة محكوماً عليه بالحبس مدة شهرين على الأقل، أما إذا كان الفعل غير معاقب عليه في قوانين الدولة المطلوب إليها التسليم أو كانت العقوبة المقررة للجريمة في الدولة طالبة التسليم لا نظير لها في الدولة المطلوب إليها التسليم فلا يكون التسليم واجباً إلا إذا كان الشخص المطلوب من رعايا الدولة طالبة التسليم أو من رعايا دولة أخرى تقرر نفس العقوبة".

ومما هو جدير بالإشارة إليه أن المادة ٤٠ من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ جاءت مشابهة للمادة ٣ من اتفاقية التسليم العربية لعام ١٩٥٢ المشار إليها أعلاه، غير أنها وإن اشترطت ازدواجية التجريم في قوانين كلتا الدولتين، جاءت في موضوع الحد الأدنى للعقوبة واشترطت أن يكون الفعل معاقباً عليه بعقوبة سالبة للحرية مدتها سنة أو بعقوبة أشد في قوانين أي من الطرفين وليس كلا الطرفين كما اشترطت الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢.

يذكر أن المادة ٧٢ من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ نصت على أن تحل هذه الاتفاقية بالنسبة للدول التي صادقت عليها (فلسطين والعراق واليمن والسودان وموريتانيا وسوريا والصومال وتونس والأردن والمغرب وليبيا والإمارات وعمان والبحرين والسعودية والجزائر) محل الاتفاقيات الثلاث المعقودة عام ١٩٥٢ في نطاق جامعة الدول العربية (إحداها هي الاتفاقية العربية للتسليم) بشأن كل من: الإعلانات والإنابات القضائية، وتنفيذ الأحكام، وتسليم المجرمين.

- ومن الأمثلة الأخرى على اتفاقيات ثنائية تضمنت هذا الاستثناء ما يلي:
- اتفاقية تبادل تسليم المجرمين بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية اللبنانية لعام ١٩٦٣.
 - اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت وجمهورية مصر العربية لعام ١٩٧٧.
 - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية ونقل المحكوم عليهم وتصفية التركات بين دولة الكويت والجمهورية العربية السورية لعام ١٩٩٩.
- هذه الاتفاقيات سوف تكون محل شرح وتفصيل في المبحث الثاني، لذلك سوف نؤجل بحث تفاصيل هذه الاتفاقيات فيما يتعلق بهذا الاستثناء وغيره من المسائل إلى المبحث الثاني.

الفرع الخامس

الصعوبات التي يثيرها تطبيق مبدأ ازدواجية التجريم

كثيرة هي الصعوبات والمشكلات القانونية التي يثيرها تطبيق مبدأ ازدواجية التجريم في التسليم، فمنها ما يتعلق بالاختصاص الجنائي (أي الولاية القضائية) سواء للدولة طالبة التسليم أو الدولة المطلوب إليها التسليم، ومنها ما يتعلق بالبناء القانوني للجريمة موضوع التسليم ومسألة الشروط المفترضة، وذلك على التفصيل التالي:

١ - الصعوبات المتعلقة بالاختصاص الجنائي:

قبلولوج في الصعوبات التي يثيرها مبدأ ازدواجية التجريم في التسليم فيما يتعلق بمسائل الاختصاص الجنائي للدولة، نجد أنه من الأنسب إيراد شرح موجز لمبادئ الاختصاص الجنائي المتعارف عليها:

أ - مبدأ الإقليمية: ويقصد بهذا المبدأ سريان القانون الجنائي داخل حدود إقليم

الدولة صاحبة السيادة عليه، سواء أكانت هذه السيادة فعلية مثل الإقليم البري والإقليم الجوي والإقليم البحري، أم حكمية مثل السفن والطائرات، بحيث لا يمتد هذا السريان إلى ما هو خارج إقليم هذه الدولة، ومن ثم تقوم الدولة بتطبيق قانونها الجنائي على جميع الجرائم التي تقع ضمن حدود سيادتها الإقليمية بصرف النظر عن جنسية مرتكبها أو المجني عليه فيها، وبصرف النظر عن المصالح التي أضرت بها هذه الجرائم أو هددتها^(٥٣).

ب - **مبدأ العينية:** ويقصد به سريان القانون الجنائي على كل (أو بعض) الجرائم التي تمس مصالح أساسية للدولة أيا كان مكان ارتكابها أو جنسية مرتكبها، بحيث يطبق القانون الجنائي للدولة على الجرائم التي وقعت خارج إقليمها وأضرت بمصالحها الأساسية والحيوية ولو لم يكن القانون محل الواقعة يجرمها^(٥٤). ومن الأمثلة على هذه الجرائم التي تحددها القوانين الجنائية لكل دولة جرائم إفشاء أسرار الدفاع في الخارج أو جرائم تزيف العملة.

ج - **مبدأ الشخصية:** ويقصد بهذا المبدأ بصورته الإيجابية سريان القانون الجنائي على كل مواطن يرتكب جريمة خارج إقليم دولة الجنسية إذا عاد إليها دون أن يكون قد تمت مساءلته أو تبرئته عنها، وأما في صورته السلبية فيعني سريان القانون الجنائي على كل جريمة تقع في الخارج يكون المجني عليه فيها من مواطني دولة القانون الجنائي^(٥٥).

د - **مبدأ العالمية:** ويقصد به أنه بإمكان أي دولة في العالم أن تخضع لاختصاصها الجنائي كل جريمة جاء النص عليها في قانونها الجنائي بغض النظر عن مكان ارتكابها أو جنسية مرتكبها أو المجني عليه فيها، وبغض

(٥٣) انظر: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام - النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ص ٤٤.

(٥٤) انظر: د. أحمد عوض بلال، محاضرات في النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٠/٢٠٠١)، ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٥٥) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط ١٠، مطبعة جامعة القاهرة (١٩٨٣)، ص ١٣٢.

النظر عن كون هذه الجريمة قد أضرت بمصالحها أو لم تفعل^(٥٦) ومن الأمثلة على هذا النوع من الجرائم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة إبادة الجنس البشري، وغيرها من الجرائم الدولية الخطيرة التي تهدد المصالح العليا للمجتمع الدولي.

بعد هذا الاستعراض السريع لمبادئ الاختصاص الجنائي نأتي إلى بحث مسائل مهمة جداً تتعلق بهذه المبادئ وبمبدأ ازدواجية التجريم موضوع هذه الدراسة، وهذه المسائل هي أثر اختصاص الدولة المطلوب إليها التسليم على الجريمة موضوع التسليم، ثم بيان القواعد القانونية التي يتم الرجوع إليها لتحديد اختصاص الدولة الطالبة على الجريمة موضوع التسليم.

أولاً - مسألة اختصاص الدولة المطلوب إليها التسليم:

نظراً لأهمية مبدأ الاختصاص الإقليمي على ما سواه من مبادئ الاختصاص الجنائي بسبب تعلقه بسيادة الدولة على ما يقع داخل إقليمها الفعلي والحكمي من جرائم، فسوف نقسم هذه المسألة إلى مسألتين فرعيتين؛ الأولى تتعلق بأثر الاختصاص الإقليمي للدولة المطلوب إليها التسليم على طلب التسليم، والثانية تتعلق بأثر الاختصاص الجنائي لهذه الدولة على طلب التسليم وفقاً لمبادئ الاختصاص الجنائي الأخرى.

(١) - الاختصاص الإقليمي للدولة المطلوب إليها التسليم

إن من المستقر عليه تقريباً في كثير من القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتسليم النص صراحة فيها على عدم جواز التسليم - أو الحق بالامتناع عن التسليم على الأقل - في حالة ما إذا كانت الجريمة المطلوب بشأنها التسليم قد ارتكبت في إقليم الدولة المطلوب إليها التسليم. ومن الأمثلة على قوانين داخلية جاءت صريحة بهذا الخصوص ما يلي:

(٥٦) د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٧)، ص ٧١.

- قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣، حيث جاء في المادة ٣٢ منه أنه: "لا تبيح الاسترداد [التسليم] الجرائم الداخلة في نطاق صلاحية الشريعة اللبنانية الإقليمية..."^(٥٧).
- قانون الإجراءات الجزائي، حيث جاء في المادة ٦٩٨ منه أنه لا يقبل التسليم في الحالات التالية: "... إذا ارتكبت الجناية أو الجنحة في الأراضي الجزائرية"^(٥٨).
- القانون المغربي (ظهر ٨ نوفمبر ١٩٥٨)، حيث اشترط لجواز التسليم ألا يكون الشخص المطلوب تسليمه خاضعاً من حيث الاختصاص لولاية المحاكم المغربية، استناداً إلى مبدأ الإقليمية أو غيره من مبادئ الاختصاص الجنائي^(٥٩).
- قانون تسليم المجرمين الهاربين السوداني لعام ١٩٥٧ الذي ينص على أن السودان لا تسلّم الأشخاص الخاضعين لولاية السودان القضائية، استناداً إلى مبدأ الإقليمية أو غيره من مبادئ الاختصاص الجنائي^(٦٠).
ومن الأمثلة على اتفاقيات دولية تضمنت هذا الأمر ما يلي:
- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، حيث جاء في المادة ٤١ (ج) منها أنه لا يجوز التسليم "إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم قد ارتكبت في إقليم الطرف الآخر المطلوب إليه التسليم..."^(٦١).

(٥٧) المادة ٣٢ من قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣.

راجع كذلك: المادة ٣٢ من قانون العقوبات السوري لعام ١٩٤٩.

(٥٨) د. بغدادي الجلاي، تسليم المجرمين في التشريع الجزائري (التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي)، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها.

(٥٩) المستشار محمد ليدي، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٦٠) المستشار عوض الحسن النور، تسليم المجرمين في القانون السوداني، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٦١) غير أن هذا النص استثنى من الجرائم التي وإن ارتكبت في إقليم الدولة المطلوب إليها التنفيذ "إلا إذا كانت هذه الجريمة قد أضرت بمصالح الطرف المتعاقد طالب =

- اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والجزائية بين دولة الكويت وجمهورية بلغاريا الشعبية لعام ١٩٨٨، حيث جاء في المادة ٣٧ (١) (ب) منها أنه لا يجوز التسليم "إذا كانت الجريمة قد ارتكبت في الدولة المطلوب إليها التسليم".

والحقيقة إن النص على عدم جواز التسليم (أو الحق في رفضه) بالنسبة للدولة المطلوب إليها التسليم بمناسبة جريمة وقعت في إقليمها يتفق مع مبدأ السيادة الإقليمية، حيث يكون لدولة الإقليم الحق في ملاحقة الجرائم التي تقع على إقليمها ومعاقبة مرتكبيها، كما أن ذلك يتفق مع مبادئ العدالة الجنائية، إذ إن هذه الدولة هي دولة الواقعة التي يوجد فيها الشهود بنوعيهما (نفي وإثبات) والأدلة والبراهين، كما أن ذلك يحقق مطلب المتهم في أن يحاكم أمام قاضيه الطبيعي للأسباب المذكورة في الفقرة السابقة^(٦٢).

(٢) - الاختصاص الجنائي للدولة المطلوب إليها التسليم استناداً إلى مبادئ الاختصاص الجنائي الأخرى

التساؤل المطروح هنا هو: هل يحق للدولة المطلوب إليها التسليم - على الرغم من توافر مبدأ ازدواجية التجريم - أن ترفض التسليم استناداً إلى اختصاصها الجنائي بالنظر إلى مبادئ الاختصاص الجنائي الأخرى بملاحقة الجاني (المطلوب تسليمه) ومعاقبته عن الجريمة المطلوب التسليم من أجلها؟

= التسليم، وكانت قوانينه تنص على تتبع مرتكبي هذه الجرائم ومعاقبتهم". وبعبارة أخرى فإنه طبقاً للمادة ٤١ (ج) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي تعطي أولوية لمبدأ العينية للدولة طالبة التسليم على مبدأ الإقليمية للدولة المطلوب إليها التسليم، حيث تجعله جوازياً لها في هذه الحالة.

انظر كذلك: المادة ٣١ من الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠، حيث جاء فيها أنه يجوز للدولة المطلوب إليها التسليم رفضه في الحالات التالية: "١- إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم قد ارتكبت في إقليم الدولة الطرف المطلوب منها التسليم إلا إذا كانت هذه الجريمة قد أضرت بالمصالح الجوهرية للدولة الطرف طالبة التسليم...".

(٦٢) د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

إن الإجابة هنا قد تكون أقل وضوحاً، كما هو الحال عند اختصاص الدولة المطلوب إليها التسليم استناداً إلى مبدأ الإقليمية الذي جاء في العديد من القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية صريحاً بشأن عدم جواز التسليم في هذه الحالة - أو حقها في رفضه - على النحو السابق بيانه، ومع ذلك فهناك بعض القوانين الداخلية التي لا تجيز التسليم ما دامت الجريمة موضوع التسليم تدخل ضمن الاختصاص الجنائي أو الولاية القضائية للدولة المطلوب إليها التسليم. ومن الأمثلة على تلك القوانين ما يلي:

- القانون المغربي (ظهير ٨ نوفمبر ١٩٥٨)، حيث اشترط لجواز التسليم ألا يكون الشخص المطلوب تسليمه خاضعاً من حيث الاختصاص لولاية المحاكم المغربية، استناداً إلى مبدأ الإقليمية أو غيره من مبادئ الاختصاص الجنائي^(٦٣).

- قانون تسليم المجرمين الهاربين السوداني لعام ١٩٥٧ الذي ينص على أن السودان لا تسلم الأشخاص الخاضعين لولاية السودان القضائية، استناداً إلى مبدأ الإقليمية أو غيره من مبادئ الاختصاص الجنائي^(٦٤).

والحقيقة إن مبدأ الشخصية بصورته الإيجابية (أي عندما يكون مرتكب الجريمة في الخارج من مواطني الدولة المطلوب إليها التسليم) ربما لا يثير أي مشكلة، نظراً لما هو مستقر تقريباً في العمل الدولي بحق الدول في عدم تسليم مواطنيها، وهي مسألة يتم النص عليها في كثير من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، كما سوف نشرح لاحقاً عند الحديث عن مبدأ عدم جواز تسليم المواطنين.

(٦٣) المستشار محمد ليدي، تسليم المجرمين في القانون المغربي، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٦٤) المستشار عوض الحسن النور، تسليم المجرمين في القانون السوداني، مرجع سابق، ص ١٧٤.

ولكن المشكلة تبدو أكثر وضوحاً حينما يتعلق الأمر بمبدأ الشخصية بصورته السلبية (أي عندما يكون المجني عليه في الجريمة التي وقعت في الخارج من مواطني الدولة المطلوب إليها التسليم) أو مبدأ العينية (أي عندما تكون الجريمة التي وقعت في الخارج - بغض النظر عن جنسية الجاني أو المجني عليه فيها - قد أضرت بالمصالح الأساسية للدولة المطلوب إليها التسليم) أو مبدأ العالمية (أي عندما تكون الدولة المطلوب إليها التسليم مختصة بالجريمة دون اعتبار لمكان ارتكابها أو جنسية الجاني أو المجني عليه فيها أو مصالحها الأساسية)، فهل يجب أو يمكن للدولة المطلوب إليها التسليم أن ترفض أو تمتنع عن التسليم كونها مختصة استناداً إلى أي من هذه المبادئ؟

هناك من الفقهاء من يرى أن من حق الدولة المطلوب إليها التسليم الامتناع أو رفض التسليم في هذه الحالة استناداً إلى سببين، أولهما: أن قواعد الاختصاص هي من قبيل النظام العام، وثانيهما: أن اتفاقيات التسليم وإن لم تمنح الدولة المطلوب إليها التسليم حق رفض التسليم لأنها مختصة بالجريمة موضوع طلب التسليم، فإنها لم تحظر عليها ذلك^(٦٥).

والواقع إنه لا يمكن قبول أي من السببين السابقين، إذ إنه بالنسبة للسبب الأول لا يمكن قبوله، وذلك لأنه لا تعارض بين كون قواعد الاختصاص الجنائي متعلقة بالنظام العام وبين التسليم، فمخالفة هذه القواعد إنما تكون بنفي هذا الاختصاص وإنكاره رغم تحقق عناصره، أما إعمال قواعد هذا الاختصاص، ومن ثم إخضاع الشخص المعني للتحقيق والمحاكمة فمسألة أخرى مختلفة تماماً عن مسألة احترام الاختصاص الجنائي، فجرائم العاملين في السلك الدبلوماسي أو القنصلي أو الجرائم التي تقع على متن السفن العامة في المياه الداخلية أو الإقليمية للدولة مثلاً كلها تقع ضمن الاختصاص الجنائي للدولة لأنها وقعت داخل إقليمها، ومع ذلك فهي لا تمارس هذا الاختصاص الجنائي في

(٦٥) د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

هذه الحالة، ما لم يتم رفع الحصانة الإجرائية التي تتمتع بها هذه الفئات^(٦٦). بل إن مبدأ التسليم أو المحاكمة الذي يتضمنه العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة بعض الجرائم الدولية، كالإرهاب مثلاً، مضمونه هو: أنه يجب على الدولة التي يوجد بها المتهم بارتكاب الجريمة الدولية ذات الصلة أن تقوم بتسليمه أولاً، فإن لم تفعل لأي سبب (كونه مواطناً مثلاً) فإن عليها أن تقوم هي بمحاكمته، وهذا يعني أولاً أن التسليم مقدم على المحاكمة، وثانياً إنه مقدم رغم كون الدولة مختصة جنائياً بملاحقة المتهم؛ لأنها يجب عليها المحاكمة إن لم تسلمه.

وأما فيما يتعلق بالسبب الثاني وهو أن اتفاقيات التسليم لم تحظر على الدول رفض التسليم في هذه الحالة، فإذا كان الأمر على هذا النحو (أي سكوت الاتفاقية) فلا بأس، إذ سوف تخضع المسألة في هذه الحالة إلى مبدأ المعاملة بالمثل الذي قد يسمح أو يمنع التسليم بحسب الحال بين الدولتين المعنيتين.

(٦٦) تجدر الإشارة هنا إلى أن هذه المسألة متعلقة بالحصانة الإجرائية التي تعني أن الفعل المرتكب هو فعل مجرم ومعاقب عليه، ولكن لا تستطیع السلطات المختصة أعمال اختصاصها الجنائي على مرتكب هذا الفعل بسبب صفته الرسمية أو الوظيفية إلا بعد رفع الحصانة عنه طبقاً للإجراءات القانونية المقررة، وإلا سوف تكون كل إجراءات التحقيق والمحاكمة باطلة، ومن الأمثلة على ذلك ما هو متعارف عليه في الدول التي يوجد بها مجالس نيابية أو برلمانات، إذ يتمتع أعضاء هذه المجالس أو البرلمانات بهذا النوع من الحصانة، فمثلاً الدستور الكويتي أعطى أعضاء مجلس الأمة حصانة إجرائية، حيث نصت المادة ١١١ منه على أنه: "لا يجوز أثناء دور الانعقاد، في غير حالة الجرم المشهود، أن تتخذ نحو العضو إجراءات التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحبس أو أي إجراء آخر إلا بإذن المجلس...".

وهذه الحصانة الإجرائية تختلف عما يسمى بالحصانة الموضوعية، والتي تجعل الفعل مباحاً إذا ارتكبه أشخاص معينون في ظروف محددة، ومن الأمثلة كذلك الدستور الكويتي، حيث جاء في المادة ١١٠ منه أن: "عضو مجلس الأمة حر فيما يبيده من الآراء والأفكار بالمجلس أو لجانه، ولا تجوز مؤاخذته عن ذلك بحال من الأحوال".

والواقع أن اتفاقيات التسليم، وعلى العكس من ذلك، عادة ما تكون أكثر مرونة في هذا الشأن، فهي تنص مثلاً على عدم جواز التسليم في حالات معينة مما يعني جوازه في غيرها، أو تجيز رفضه في بعض الحالات مما يعني عدم جواز رفضه في الحالات الأخرى، بل -وبصراحة أكثر- توجب بعض الاتفاقيات التسليم على الرغم من اختصاص الدولة المطلوب إليها التسليم.

ومن الأمثلة على الحالة الأخيرة اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، حيث جاء في المادة ٤١ (الجرائم التي لا يجوز التسليم فيها) في الفقرة (ج) أنه لا يجوز التسليم في الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة المطلوب إليها التسليم، غير إنها عادت واستثنت من ذلك الحالة التي تكون فيها الجريمة قد أضرت بمصالح الدولة الطالبة، وكانت قوانينها تنص على تتبع مرتكبيها ومعاقبتهم^(٦٧). أي إنه حتى وإن كانت الدولة المطلوب إليها التسليم مختصة طبقاً لمبدأ الإقليمية، وهو الأهم، وليس طبقاً للمبادئ الأخرى من باب أولى، فإنه يجب عليها التسليم إذا كانت الجريمة قد أضرت بمصالح الدولة الطالبة وكان قانونها يعطيها الاختصاص بملاحقة هؤلاء الأشخاص.

كذلك جاء في الفقرة (ح) من المادة نفسها أنه لا يجوز التسليم في الجرائم التي تكون الدولة المطلوب إليها التسليم قد بدأت التحقيق أو في توجيه الاتهام فيها قبل ورود طلب التحقيق إليها^(٦٨)، وبمفهوم المخالفة فإن ذلك يعني أنه يجوز التسليم فيما لو كان طلب التسليم قد وصل إلى الدولة المطلوب إليها التسليم قبل أن تكون قد شرعت في التحقيق أو في توجيه الاتهام.

(٦٧) راجع: المادة ٤١ (ج) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣.

(٦٨) راجع: المادة ٤١ (ح) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣.

راجع كذلك: المادة ٥ من الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢ والمادة ٥ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية لعام ١٩٦٣ والمادة ٤٥ (سابعاً) من الاتفاقية الكويتية السورية لعام ١٩٩٩.

بل إنه - وعلى نحو أكثر صراحة - نصت اتفاقية تسليم المجرمين بين الكويت وكوريا الجنوبية لعام ٢٠٠٧ على أسس إجبارية لرفض التسليم جاء ذكرها في المادة ٣ من الاتفاقية، في حين تضمنت المادة ٤ منها الأسس الجوازية لرفض التسليم، ومن الحالات التي يكون فيها رفض التسليم مسألة جوازية بالنسبة للدولة المطلوب إليها التسليم ما تضمنته الفقرة (ج) من المادة، وهي إذا كان قانون الطرف المطلوب إليه التسليم يُعد الجريمة موضوع التسليم قد وقعت داخل إقليمه إما بشكل كلي أو جزئي^(٦٩).

(٣) الاختصاص الجنائي للدولة طالبة

لعله من البديهي القول بعد جواز التسليم في حالة عدم توافر الاختصاص الجنائي للدولة طالبة وفقاً لأي من مبادئ الاختصاص الجنائي بملاحقة الشخص المطلوب تسليمه ومحاكمته، وهذا أمر تقتضيه أيضاً قواعد العدالة والإنصاف ومبادئ حقوق الإنسان، لذلك تنص بعض القوانين الداخلية ذات الصلة على هذا الأمر صراحة، ومن الأمثلة على ذلك قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، حيث جاء في المادة ٦٩٦ (٢) منه، والتي أضيفت بمقتضى قانون ٩ مارس ٢٠٠٤، أنه لا يجوز الموافقة على التسليم إلا في حالات معينة تكون فيها الجريمة موضوع التسليم مشمولة باختصاص الدولة طالبة، وهذه الحالات هي:

- أ - إذا كانت الجريمة قد وقعت في إقليم الدولة طالبة سواء أكان مرتكبها مواطناً أم شخصاً أجنبياً
- ب - إذا كانت الجريمة قد ارتكبت خارج إقليم الدولة طالبة بواسطة أحد مواطنيها.
- ج - إذا كانت الجريمة قد ارتكبت خارج إقليم الدولة طالبة بواسطة شخص أجنبي لا يتمتع بجنسية الدولة، متى كانت هذه الجريمة تدخل في عداد الجرائم التي يجيز القانون الفرنسي ملاحقتها في فرنسا ولو كانت قد ارتكبت خارج فرنسا بواسطة أجنبي^(٧٠).

(٦٩) راجع المادتين ٣ و ٤ من الاتفاقية الكويتية الكورية لعام ٢٠٠٧.

(٧٠) د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ٢٦٩-٢٧٠.

وهذا أيضاً هو ما نصت عليه المادة ٣١ من قانون العقوبات اللبناني، حيث نصت على أنه: "تبيح الاسترداد: ١- الجرائم المقترفة في أرض الدولة طالبة الاسترداد. ٢- الجرائم التي تنال من أمنها أو مكانتها المالية. ٣- الجرائم التي يقترفها أحد رعاياها"^(٧١).

وإذا كانت القوانين السابقة قد حددت الحالات المشمولة باختصاص الدولة الطالبة التي يجوز فيها التسليم، فإنها لم تحدد صراحة القانون الذي يتم الرجوع إليه في هذه الحالة لتحديد الاختصاص الجنائي، فهل هو قانون الدولة الطالبة أو المطلوب إليها التسليم أو الاثنين معاً؟

بالرجوع إلى المادة ٦٩٦ (٢) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي التي سبق الإشارة إليها أعلاه، يتضح في الحالة الثالثة من حالات اختصاص الدولة الطالبة أن ذلك يتم أيضاً من خلال الرجوع إلى القانون الفرنسي، بحيث يجوز التسليم متى كانت الجريمة التي وقعت خارج إقليم الدولة الطالبة بواسطة أجنبي عنها تدخل أيضاً في عداد الجرائم التي يجيز القانون الفرنسي ملاحقتها في فرنسا لو ارتكبت خارجها بواسطة أجنبي.

هذا أيضاً هو مسلك العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة عند تناولها لهذه المسألة، فمثلاً تنص المادة ٤١ (و) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ على أنه لا يجوز التسليم "إذا كانت الجريمة قد وقعت خارج إقليم الطرف المتعاقد الطالب من شخص لا يحمل جنسيته، وكان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه التسليم لا يجيز توجيه الاتهام في مثل هذه الجريمة إذا ارتكبت خارج إقليمه من مثل هذا الشخص"^(٧٢).

ومؤدى هذا النص أنه يجوز التسليم إذا كانت الجريمة قد وقعت في إقليم الدولة الطالبة (مبدأ الإقليمية) أو وقعت في الخارج بواسطة أحد مواطنيها (مبدأ

(٧١) المادة ٣١ من قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣.

(٧٢) راجع: المادة ٤١ (و) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣.

راجع كذلك: المادة ٧ (٢) من الاتفاقية الأوروبية للتسليم لعام ١٩٥٧.

See: Grainne Mullan, The Concept of Double Criminality in the Context of Extraterritorial Crimes, Criminal Law Review (1997).

الشخصية الإيجابي)، أما إذا كانت الجريمة قد وقعت في الخارج بواسطة شخص ليس من مواطنيها سواء أكان المجني عليه مواطناً لها (مبدأ الشخصية السلبي) أم تم الإضرار بمصالحها الأساسية (مبدأ العينية) فلا يجوز التسليم إلا إذا كانت قوانين الدولة المطلوب إليها التسليم تجيز توجيه الاتهام في مثل هذه الحالات، أي كانت قوانينها الداخلية تتبنى مبدأ الشخصية السلبي ومبدأ العينية ضمن قواعد اختصاصها الجنائي.

ومن الأمثلة أيضاً في هذا الخصوص اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية بين الكويت وبلغاريا لعام ١٩٨٩، حيث جاء في المادة ٣٧ (١) (و) منها أنه لا يجوز التسليم "إلا إذا كانت الجريمة قد وقعت خارج إقليم الدولة طالبة التسليم ولم يكن قانون الدولة المطلوب إليها التسليم يسمح باتخاذ إجراءات جزائية عن مثل هذه الجريمة" (٧٣).

ومن جماع ما سبق يتضح أنه فيما عدا مبدأ الاختصاص الإقليمي (ومبدأ الشخصية الإيجابي إلى حد كبير)، فإنه إذا كانت الدولة طالبة مختصة جنائياً بملاحقة الجريمة المطلوب بشأنها التسليم استناداً إلى مبادئ الاختصاص الجنائي الأخرى، فإن ما جرت عليه كثير من القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة هو وجوب وجود توافق بين قوانين الدولة طالبة وقوانين الدولة المطلوب إليها التسليم في ملاحقة هذا النوع من الجرائم حتى يمكن قبول طلب التسليم.

٢ - الصعوبات المتعلقة بالبناء القانوني للجريمة

إضافة إلى الأسباب الإجرائية التي قد تحول دون قبول طلب التسليم، والتي لا تخلو اتفاقيات التسليم من الإشارة إليها كتقادم الجريمة (٧٤) أو

(٧٣) انظر كذلك: المادة ٣١ (١) (و) من الاتفاقية الكويتية الإيرانية لعام ٢٠٠٤، والمادة

٢٨ (٢) من الاتفاقية الكويتية الألبانية لعام ٢٠١١.

(٧٤) يقصد بتقادم العقوبة سقوط الدعوى الجزائية بمضي المدة، أي المدة بين وقوع الجريمة وتحريك الدعوى الجزائية، وهي في قانون الجزاء الكويتي ١٠ سنوات بالنسبة للجنايات و٥ سنوات بالنسبة للجناح.

راجع المادتين ٤ و ٦ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

العقوبة^(٧٥) أو العفو العام^(٧٦)، فإن هناك أيضاً أسباباً موضوعية قلما تشير إليها هذه الاتفاقيات، والتي قد تؤثر في مسألة قبول طلب التسليم بسبب ما قد يكون لها من تأثير مباشر في مبدأ ازدواجية التجريم.

ومن هذه الأسباب ما يتعلق بظروف ارتكاب الجريمة أو بشخص فاعلها مثل أسباب الإباحة^(٧٧) وموانع المسؤولية الجنائية^(٧٨) والأعذار القانونية^(٧٩)،

(٧٥) يقصد بتقادم العقوبة أن الدعوى الجزائية كانت قد رفعت قبل تقادمها ثم صدر حكم جزائي بالعقوبة، ولكنه لا ينفذ بسبب سقوطه بمضي المدة، أي تقادمه، ومدة هذا التقادم في القانون الكويتي مثلاً هي ٣٠ سنة بالنسبة لعقوبة الإعدام و٢٠ سنة بالنسبة لعقوبة الجناية و١٠ سنوات بالنسبة لعقوبة الجنحة.

راجع المادتين ٤ و٦ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٧٦) يقصد بالعفو العام أو الشامل إزالة الصفة الجنائية عن الفعل الإجرامي بأثر رجعي فيصبح كما لو كان مباحاً، وهو لا يصدر إلا بقانون كما ينص على ذلك مثلاً الدستور الكويتي، حيث نصت المادة ٧٥ منه على أنه: "للأمير أن يعفو بمرسوم عن العقوبة أو يخفّضها، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون، وذلك عن الجرائم المقترفة قبل اقتراح العفو".

(٧٧) يقصد بأسباب الإباحة أنها تلك التي يكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل في الظروف التي وقع فيها، فهي تعدّ الركن الشرعي في الجريمة فتخرج الفعل من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى دائرة المباحات.

انظر: د. السعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات (١٩٦٢)، ص ١٦٦. ومن الأمثلة على أسباب الإباحة في القانون الكويتي: استعمال الحق والدفاع الشرعي واستعمال الموظف العام سلطته أو تنفيذه لأمر تجب طاعته ورضاء المجني عليه.

راجع المادة ٢٧ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٧٨) موانع المسؤولية الجنائية تعني أن الفعل المرتكب يبقى مجزماً، ولكن هناك أسباباً أو عوامل شخصية قامت في الجاني وأزالت عنه شرطي المسؤولية الجنائية، وهما الإدراك والإرادة أو أحدهما، ومن الأمثلة عليها صغر السن إلى حد عدم التمييز والأمراض العقلية والإكراه وحالة الضرورة.

راجع المواد من ١٨ إلى ٢٥ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٧٩) يقصد بالأعذار القانونية الحالات التي نص عليها القانون، والتي يكون من شأنها الإعفاء من العقاب أو التخفيف منه، ومن الأمثلة التي أوردها القانون الكويتي وتؤدي =

ومنها ما يتعلق بنص التجريم والعقاب القابل للتطبيق على الحالة المعروضة، مثل القانون الأصلح أو الأسوأ للمتهم أو المحكوم عليه المطلوب تسليمه، والسؤال هو حول أثر هذه الأسباب في شرط ازدواجية التجريم في التسليم.

في هذا الصدد يجب التفرقة بين الأسباب الواقعية التي تؤثر في البناء القانوني للجريمة مثل أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي وأداء الواجب القانوني واستعمال الحق وبين الأسباب القانونية التي تتعلق بصحة إسناد الجريمة إلى الشخص المطلوب تسليمه، وكذلك بصحة إنزال النص الجنائي على الواقعة المنسوبة إليه، مثل موانع المسؤولية الجنائية لصغر السن والجنون وكذلك الأعدار القانونية.

ففي الأولى لا يمكن للدولة المطلوب إليها التسليم أن تبحث وتراقب هذه الأسباب، لأنها إن فعلت ذلك فإنها تكون قد قامت مقام القاضي الجنائي في الدولة طالبة التسليم الذي يقع تحت يديه ملف الجريمة وكل ما يتعلق بها من ظروف وأدلة ونحوه، أما في الثانية فيمكن القول بجواز رفض التسليم عند توافر هذه الأسباب، نظراً لأن قيام هذه الأسباب قد يؤدي إلى نفي تحقق شرط ازدواجية التجريم، فصغر السن والجنون مثلاً يؤديان إلى انتفاء التجريم، كما ينتفي التجريم في حالة كون الفعل غير مجرم عند ارتكابه حتى ولو أصبح مجرماً بعد ذلك تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي^(٨٠).

= إلى الإعفاء من العقاب إعفاء الراشي أو الوسيط في الرشوة إذا أخبر السلطات العامة بالجريمة.

راجع المادة ٣٩ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

ومن الأمثلة على أعدار قانونية تؤدي إلى تخفيف العقوبة عذر الاستفزاز في جريمة قتل الزوجة أو الأم أو البنت أو الأخت في حال تلبسها بالزنا.

راجع المادة ١٥٣ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٨٠) د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ٢٤٩-٢٥٠.

٣ - الصعوبات المتعلقة بالشروط المفترضة للجريمة:

تضيف مسألة الشروط المفترضة للجريمة صعوبة أخرى في تطبيق مبدأ ازدواجية التجريم في التسليم، بحيث يكون السؤال هو: هل يتضمن البحث في تجريم الفعل المطلوب التسليم من أجله في الدولتين الطالبة والمطلوب إليها التسليم بحث مدى توافر الشروط المفترضة في الجرائم التي يجري التسليم فيها؟

إن الشروط المفترضة في حقيقتها هي حالة واقعية أو قانونية يكفل لها القانون الحماية لافتراضه توافرها قبل وقوع الجريمة^(٨١)، ومن الأمثلة عليها صلة الزوجية في جريمة الزنا، أو صفة الموظف العام في جرائم الرشوة أو اختلاس المال العام.

يذهب رأي في الفقه إلى أنه ليس على الدولة المطلوب إليها التسليم أن تبحث في توافر هذه الشروط المفترضة من عدمها، إذ إن ذلك إضافة إلى كونه يؤدي إلى بطء إجراءات التسليم، فإنه قد تكتنفه صعوبة بالغة نظراً لعدم إحاطة سلطات الدولة المطلوب إليها التسليم بقوانين الدولة الطالبة، هذا بفرض أن من يبحث طلبات التسليم جهات قضائية - أو شبه قضائية - والصعوبة تكون مضاعفة إذا كانت السلطات المنوط بها البت في طلبات التسليم جهات إدارية مثل وزارة الخارجية^(٨٢).

في حين يذهب رأي آخر إلى أن احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ افتراض البراءة يقتضي بحث الشروط المفترضة المقترنة بأحد عناصر الجريمة، وهو في ذلك يفرّق بين كون طلب التسليم من أجل ملاحقة المتهم

(٨١) انظر:

- د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، فقرة ٨٢ ص ١٥٢.

- د. مأمون سلامة، مرجع سابق، ص ١١١.

- د. محمود مصطفى، مرجع سابق، فقرة ٢٢ ص ٣٩.

(٨٢) د. عبدالفتاح محمد سراج، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

بارتكاب الجريمة موضوع التسليم أو لأجل تنفيذ الحكم القضائي الصادر بإدانته عن هذه الجريمة، إذ يرى أنه في الحالة الأخيرة ليس للدولة المطلوب إليها التسليم بحث الشروط المفترضة احتراماً لحجية الحكم القضائي الأجنبي من الناحية القانونية ولعدم جدوى ذلك من الناحية الواقعية^(٨٣).

والحقيقة أن الحجج الأخيرة غير مقبولة للقول بعدم أحقية الدولة المطلوب إليها التسليم ببحث الشروط المفترضة في الجريمة موضوع التسليم عندما يتعلق الأمر بتسليم شخص محكوم عليه بهذه الجريمة، وذلك للأسباب التالية:

أولاً: من الناحية القانونية لا حجية للحكم القضائي الأجنبي خارج الحدود الإقليمية للدولة التي صدر عن سلطاتها^(٨٤).

ثانياً: من الناحية الواقعية هناك جدوى في بحث الشروط المفترضة في هذه الحالة، وهذه الجدوى تتمثل في قبول التسليم أو رفضه على ضوء نتيجة هذه الدراسة.

لذلك نرى أن الأصح الأخذ بالرأي القائل بالتفرقة بين صورتين من الشروط المفترضة؛ الأولى هي التي يكون فيها الشرط المفترض كوصف أو كمرکز قانوني لصيق بأحد عناصر البناء القانوني للجريمة، ومن ثم يدخل ضمن التكييف القانوني للجريمة كصفة الموظف في جرائم الرشوة واختلاس المال العام وصفة الزوج في جريمة الزنا، فهنا يكون التكييف القانوني للجريمة موضوع التسليم قد استوعب بالضرورة هذه المفترضات، ومن ثم لا يلزم الدولة المطلوب إليها التسليم التحقق مما خلصت إليه الدولة الطالبة في هذا

(٨٣) د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ١٥١ - ١٥٢.

(٨٤) انظر في ذلك كلاً من:

- د. ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، ط ٧٣/

٤٢٣، ص ٤٢٣.

- د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ط ٩، دار النهضة العربية (القاهرة -

١٩٧٤)، ص ٨٢٦.

الشأن، وذلك لأنه حتى على فرض حصول اختلاف في التكييف القانوني للجريمة في قانون كلتا الدولتين فمثل هذا الاختلاف لا يحول دون تحقق شرط ازدواجية التجريم.

وأما الصورة الثانية فيكون فيها الشرط المفترض عبارة عن عنصر واقعي يتعين إبرازه ضمن الواقعة الجرمية الواجب ذكرها في طلب التسليم، ومثال ذلك اعتبار الأشياء محل الإخفاء أو الحيازة متحصلة عن جريمة وعقد الأمانة الذي بمقتضاه تم تسليم الشيء في جريمة خيانة الأمانة، ففي ظل هذه الفروض فإن على الدولة المطلوب إليها التسليم التحقق من توافر هذه الوقائع التي قد يترتب على عدم وجودها انتفاء التجريم في الدولة المطلوب إليها التسليم، ومن ثم عدم تحقق شرط ازدواجية التجريم^(٨٥).

ونرى أن هذا الحل يجب عدم قصره على طلب التسليم المتعلق بملاحقة متهم بارتكاب جريمة، بل يجب أن يشمل كذلك طلب التسليم المتعلق بتنفيذ حكم قضائي على شخص محكوم عليه من قبل الدولة الطالبة وموجود في الدولة المطلوب إليها التسليم، وذلك للأسباب المذكورة أعلاه.

وهكذا فبعد الانتهاء من شرح المقصود بمبدأ ازدواجية التجريم وأساليب تنظيمه ومبرراته والاستثناءات المتعارف عليها بخصوصه وبعض الصعوبات التي قد يثيرها تطبيقه، ننتقل إلى بحث هذا المبدأ في النظام القانوني الكويتي سواء من حيث القوانين الداخلية - إن وجدت، أو من حيث الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت.

(٨٥) د. سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ١٥٢-١٥٣.

المبحث الثاني ازدواجية التجريم في القانون الكويتي

جاء النظام القانوني الكويتي خالياً من تنظيم موضوع التسليم سواء في قانون مستقل قائم بذاته أو كجزء من قانون الجزاء أو قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، عدا حالتين: الأولى هي ضمن نصوص الدستور الكويتي، وهو القانون الأسمى في الدولة، والأخرى من خلال اتفاقيات دولية (جماعية أو ثنائية) متعلقة بالتسليم، إما باعتباره من الأهداف الرئيسة لهذه الاتفاقيات أو باعتباره إحدى وسائل مكافحة بعض الجرائم الدولية كما سوف نشرح تالياً:

المطلب الأول التنظيم القانوني للتسليم من خلال القانون الدستوري

جاءت الإشارة إلى موضوع التسليم في الدستور الكويتي من خلال نصين؛ أحدهما هو نص المادة ٢٨، والمتعلق بعدم جواز تسليم المواطن الكويتي، والآخر هو نص المادة ٤٦، والمتعلق بعدم جواز تسليم اللاجئ السياسي.

الفرع الأول مبدأ عدم جواز تسليم المواطن الكويتي

سائر الدستور الكويتي العديد من الدساتير العربية التي كانت سارية وقت إصداره في النص على عدم جواز تسليم المواطنين^(٨٦)، لذلك جاء في المادة

(٨٦) ومن الأمثلة على الدساتير العربية التي كانت قائمة وقت وضع الدستور الكويتي، وتضمنت نصوصاً تحظر تسليم مواطنيها ما يلي:

- الدستور المصري لعام ١٩٢٣، حيث جاء في المادة ٧ منه أنه: "لا يجوز إبعاد مصري من الديار المصرية".

- الدستور الليبي لعام ١٩٥١، حيث جاء في المادة ١٨ منه أنه: "لا يجوز بأي حال إبعاد ليبي من الديار الليبية...".

٢٨ منه أنه: "لا يجوز إبعاد كويتي عن الكويت أو منعه من العودة إليها". ولعل مبررات هذا المبدأ واضحة وجلية، أبرزها بسط الدولة لسيادتها على مواطنيها وحمايتهم من المحاكمة أمام قضاء أجنبي عنهم، إذ ربما لا يكون هؤلاء المواطنون على معرفة تامة بقوانين ذلك البلد الأجنبي ولا بنظمه الإجرائية.

والمواطن الكويتي هو شخص يكسب الجنسية الكويتية أو يتحصل عليها طبقاً لأحكام المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية، وطبقاً لهذا القانون ينقسم المواطنون إلى كويتيين بصفة أصلية، وهؤلاء هم المتوطنون في الكويت قبل عام ١٩٢٠^(٨٧) وأبناءهم^(٨٨) وأبناء المتجنسين^(٨٩)، وإلى كويتيين متجنسين، وهؤلاء ينقسمون إلى قسمين: الأول متجنسون بقوة القانون، وهم الأشخاص الذين تثبت لهم الجنسية الكويتية باعتبارهم متجنسين وليس ككويتيين بصفة أصلية، ولكن تجنسيهم يكون بقوة القانون ودون أن

(٨٧) جاء في المادة ١ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية أن: "الكويتيون أساساً هم المتوطنون في الكويت قبل سنة ١٩٢٠، وكانوا محافظين على إقامتهم العادية فيها إلى يوم نشر هذا القانون، وتعتبر إقامة الأصول مكملية لإقامة الفروع، ويعتبر الشخص محافظاً على إقامته العادية في الكويت حتى لو أقام في بلد أجنبي، متى كان قد استبقى نية العودة إلى الكويت".

(٨٨) نصت المادة ٢ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية على أنه: "يكون كويتياً كل من ولد في الكويت أو في الخارج لأب كويتي". على الرغم من عمومية هذا النص في استخدامه لعبارة الأب الكويتي التي يجب أن تشمل كل أنواع المواطن الكويتي سواء بصفة أصلية أو متجنس، فإن ما يجري عليه العمل هو عدم تطبيق هذا النص مطلقاً، واكتساب أبناء الكويتي بصفة أصلية (بالتأسيس) الجنسية بالتأسيس استناداً إلى المادة الأولى من قانون الجنسية، والتي هي في حقيقتها عبارة عن مادة انتقالية.

(٨٩) في عام ١٩٩٤ تم إضافة هذه الفقرة إلى المادة ٧ من قانون الجنسية، والتي تنص على أنه: "أما أولاد المتجنس الذين يولدون بعد كسبه الجنسية الكويتية فيعتبرون كويتيين بصفة أصلية، ويسري هذا الحكم على المولودين منهم قبل العمل بهذا القانون".

يكون للإدارة أي سلطة تقديرية في هذا الشأن، وهم كل من ولد في الكويت لأبوين مجهولين^(٩٠)، والأولاد القصر للأجنبي الذي يكتسب الجنسية الكويتية^(٩١)، أما القسم الثاني فهم المتجنسون اختياريًا، أي الذين يكون قرار تجنسيهم مرده إلى السلطة التقديرية للإدارة، وهؤلاء هم:

- ١ - من ولد لأم كويتية في الكويت أو في الخارج وكان مجهول الأب أو لم يثبت نسبه إلى أبيه قانوناً^(٩٢).
- ٢ - المقيمون في الكويت إقامة طويلة مع توافر شروط معينة^(٩٣).
- ٣ - من أدى إلى الكويت خدمات جلية مع توافر شروط معينة^(٩٤).

(٩٠) تنص المادة ٣ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية على أنه: "يكتسب الجنسية الكويتية كل من ولد في الكويت لأبوين مجهولين، ويعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت العكس...".

(٩١) جاء في المادة ٧ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية أنه إذا اكتسب الأجنبي الجنسية الكويتية فسوف "...يعتبر أولاده كويتيين، ولهم أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد...".

(٩٢) نصت المادة ٣ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية في فقرتها الثانية على أنه: "ويجوز بمرسوم بناء على عرض وزير الداخلية منح الجنسية الكويتية لمن ولد في الكويت أو في الخارج من أم كويتية وكان مجهول الأب أو لم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً...".

(٩٣) جاء في المادة ٤ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية أنه يجوز منح الجنسية الكويتية لمن هو مقيم إقامة مشروعة في الكويت لمدة ٢٠ سنة متتالية على الأقل أو ١٥ سنة متتالية على الأقل بالنسبة للمواطن العربي إذا كان له سبب مشروع للرزق وغير محكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف والأمانة ويعرف اللغة العربية وأن يكون على كفاية أو أن يقوم بخدمات تحتاج إليها الكويت وأن يكون مسلماً سواء بالميلاد أو اعتنقه بعد الميلاد مع اشتراط بقاءه على الإسلام.

(٩٤) يجوز طبقاً للمادة ٥ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية منح الجنسية الكويتية لمن أدى للبلاد خدمات جلية بشرط أن يكون لهذا الشخص سبب مشروع للرزق وغير محكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف والأمانة ويعرف اللغة العربية وأن يكون مسلماً سواء بالميلاد أو اعتنقه بعد الميلاد مع اشتراط بقاءه على الإسلام.

٤ - المولود لأم كويتية إذا كان أبوه الأجنبي أسيراً أو طلق أمه طلاقاً بائناً أو توفي عنها^(٩٥).

٥ - المقيمون في الكويت قبل عام ١٩٦٥ مع توافر شروط معينة^(٩٦).

٦ - الأجنبية زوجة الكويتي^(٩٧).

٧ - الأبناء الراشدون للمتجنس وأبنائهم^(٩٨).

فكل هؤلاء يُعدّون مواطنين كويتيين طبقاً لأحكام قانون الجنسية الكويتي، ومن ثم ينطبق عليهم الحظر الدستوري بعدم جواز تسليمهم إلى أي دولة.

ويثير هذا الموضوع العديد من المسائل المهمة التي ينبغي الوقوف عندها، أبرزها تتعلق بالنتيجة التي قد تترتب على مبدأ عدم جواز تسليم المواطنين، فهل يؤدي ذلك إلى إفلاته من العقاب، ومن ثم يكون المواطن الذي يرتكب جرائم في الخارج ثم يعود إلى وطنه بمنأى عن أي مساءلة جزائية.

(٩٥) كذلك أجاز قانون الجنسية منح الجنسية الكويتية، كما جاء في المادة ٥، للمولود من أم كويتية المحافظ على الإقامة فيها حتى بلوغه سن الرشد، إذا كان أبوه الأجنبي أسيراً أو طلق أمه طلاقاً بائناً أو توفي عنها بشرط أن يكون لهذا الشخص سبب مشروع للرزق وغير محكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف والأمانة ويعرف اللغة العربية وأن يكون مسلماً سواء بالميلاد أو اعتنقه بعد الميلاد مع اشتراط بقائه على الإسلام.

(٩٦) كما يجوز منح الجنسية الكويتية طبقاً للمادة ٥ لمن "أقام في الكويت قبل عام ١٩٦٥ وما قبله وحافظ على الإقامة فيها حتى صدور قرار بمنحه الجنسية" بشرط أن يكون لهذا الشخص سبب مشروع للرزق وغير محكوم عليه بجريمة مخلة بالشرف والأمانة ويعرف اللغة العربية وأن يكون مسلماً سواء بالميلاد أو اعتنقه بعد الميلاد مع اشتراط بقائه على الإسلام.

(٩٧) أجاز قانون الجنسية الكويتي منح الجنسية الكويتية للمرأة الأجنبية المتزوجة من كويتي سواء أكان هذا الزوج أجنبياً عند الزواج ثم حصل على الجنسية الكويتية (المادة ٧) أم كان كويتياً عند زواجه بها (المادة ٨).

(٩٨) راجع: المادة ٧ مكرر من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية.

نظراً لإمكان تصور حدوث مثل هذه النتيجة التي تتعارض مع مقتضيات التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، فقد أوجدت الدول قاعدة دولية تحد من غلواء مبدأ عدم تسليم المواطنين من خلال النص عليها في كثير من الاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية، وهذه القاعدة هي قاعدة التسليم أو المحاكمة، ومضمون هذه القاعدة أنه إذا رفضت الدولة المطلوب إليها التسليم تسليم الشخص المطلوب لأي سبب كان، بما في ذلك كونه مواطناً لدولة تحظر تسليم مواطنيها، فإنه يجب عليها أن تتولى هي محاكمته عن الجريمة التي كان مطلوب تسليمه من أجلها، ولقد ورد النص على هذه القاعدة في كثير من الاتفاقيات الدولية (العالمية والإقليمية والثنائية)، ومن ذلك مثلاً:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ (٩٩).
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ (١٠٠).
- الاتفاقية الأوروبية للتسليم لعام ١٩٥٧ (١٠١).
- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ (١٠٢).
- اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت وجمهورية مصر العربية لعام ١٩٧٧ (١٠٣).
- اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد الجزائية وتسليم المجرمين ونقل المحكوم عليهم بين دولة الكويت والمملكة المغربية لعام ٢٠٠٨ (١٠٤).

(٩٩) راجع: المادة ١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠.

(١٠٠) راجع: المادة ٤٢ (١١) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣.

(١٠١) راجع: المادة ٦ (١) (أ) من الاتفاقية الأوروبية للتسليم لعام ١٩٥٧.

(١٠٢) راجع: المادة ٣٩ من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣.

(١٠٣) راجع: المادة ٢٨ (٢) من الاتفاقية الكويتية المصرية.

(١٠٤) راجع: المادة ١٨ (١) (أ) من الاتفاقية الكويتية المغربية.

والحقيقة أن هذا المبدأ قد يكون فاعلاً محققاً للغاية التي وضع من أجلها إذا قامت الدول المعنية بتطبيقه بحسن نية، لا أن يكون سبباً في حماية المتهم بارتكاب الجريمة موضوع التسليم، ولعل حادثة لوكيربي وتدخل مجلس الأمن فيها يعد مثلاً واضحاً لهذا الفرض الأخير، إذ لم يقبل مجلس الأمن بتطبيق ليبيا لهذه القاعدة لسبب منطقي جداً، وهو أن الدولة الليبية هي نفسها متورطة في هذه الجريمة، وأن المتهمين بارتكابها إنما قاموا بذلك تنفيذاً لتعليمات صادرة إليهم من الأجهزة الرسمية الليبية^(١٠٥)، لذلك فإن أي محاكمة لهم سوف تكون صورية، الهدف الحقيقي منها حمايتهم. كذلك ربما لا يكون القضاء الوطني في الدولة المطلوب إليها التسليم قادراً على القيام بهذه المحاكمة لأسباب كثيرة، أبرزها انهيار هذا النظام^(١٠٦). وأخيراً فإن هذه القاعدة هي قاعدة اتفاقية لا تلزم سوى الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية التي تضمنتها، لذلك فإن الدول غير الأطراف لن تكون معنية بهذه القاعدة، ومن ثم غير ملزمة لا بالتسليم ولا بالمحاكمة.

ومن الوسائل الأخرى المتبعة للتخفيف من الآثار السلبية المحتملة لمبدأ عدم جواز تسليم المواطنين ظهور ما يسمّى بالتسليم المؤقت أو قاعدة التسليم المشروط بإعادة الشخص مرة أخرى إلى دولته، وقد وردت هذه القاعدة على

(١٠٥) قرار مجلس الأمن رقم ٧٤٨ (١٩٩٢)، الصادر في ٣١/٣/١٩٩٢.

(١٠٦) وهذا ما يطلق عليه بمبدأ التكاملية الذي نص عليه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، حيث جاء في المادة ١٧ منه أنه:

١- مع مراعاة الفقرة ١٠ من الديباجة والمادة ١ تقرر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة في حالة:

(أ) إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها، ما لم تكن الدولة حقاً غير راغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو غير قادرة على ذلك.

(ب) إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني، ما لم يكن القرار ناتجاً عن عدم رغبة أو عدم قدرتها حقاً على المقاضاة.

سبيل المثال في قانون التسليم الكندي لعام ١٩٩٩، ووفقاً للمادتين ٢٩ و ٦٦ من هذا القانون فإنه يجوز للدولة أن تقوم بتسليم الشخص، (مواطن أو أجنبي) الذي ينفذ بحقه في كندا الحكم الصادر بالإدانة، بصفة مؤقتة إلى دولة أخرى متى تعهدت هذه الأخيرة بإعادته إلى كندا خلال فترة ثلاثين يوماً أو الفترة التي يحددها القرار الصادر بالتسليم، كما يجوز لكندا أن تشترط على الدولة الأخرى إعادة هذا الشخص بناء على طلبه أو في الوقت الذي تحدده^(١٠٧). والواقع أن هذه القاعدة لا يتصور إعمالها من قبل دولة الكويت، وذلك لأن الحظر الدستوري بعدم جواز تسليم المواطن الكويتي جاء مطلقاً لا يوجد به أي استثناء.

كذلك فإن من الوسائل المهمة التي تحد أيضاً من مساوئ مبدأ عدم جواز تسليم المواطنين تبني الأنظمة القانونية الجنائية في العديد من الدول مبدأ الشخصية الإيجابي، أي سريان القانون الجنائي للدولة على الجرائم التي يرتكبها مواطنوها في الخارج في حالة عودهم إليها دون أن تتم مساءلتهم عنها، وفي ذلك تنص المادة ١٢ من قانون الجزاء الكويتي على أنه: "تسري أحكام هذا القانون أيضاً على شخص كويتي الجنسية يرتكب خارج الكويت فعلاً معاقباً عليه طبقاً لأحكام القانون الساري في المكان الذي ارتكب فيه هذا الفعل، وذلك إذا عاد إلى الكويت دون أن تكون المحاكم الأجنبية قد برأته مما أسند إليه"^(١٠٨).

ولا شك في أن هذه الوسائل تحد بشكل كبير من مساوئ مبدأ عدم جواز تسليم المواطن وتؤدي إلى ضمان عدم إفلات أي شخص من العقاب عند

Section 66 of the Canadian Extradition Act of 1999 states that "1- The Minister (١٠٧) may order the temporary surrender to an extradition partner of a person who is ordered committed under section 29 while serving a term of imprisonment in Canada so that the extradition partner may prosecute the person or to ensure the person's presence in respect of appeal proceedings that affect the person, on condition that the extradition partner give the assurances referred to in subsections 3 and 4..."

<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/E-23.01>.

(١٠٨) المادة ١٢ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

ارتكابه جريمة في الخارج ولجؤه إلى دولته، ولكن هذه الوسائل كلها تعتمد على مبدأ ازدواجية التجريم، بحيث إذا لم يكن الفعل مجزماً أيضاً في دولة الجنسية فلا مجال للحديث عن محاكمة هذا الشخص أمام قضاؤه الوطني.

ومن المسائل المهمة أيضاً المتعلقة بتطبيق مبدأ عدم جواز تسليم المواطن الكويتي تحديد الوقت الذي يعتد به بالجنسية الكويتية للشخص المطلوب تسليمه، والتي على ضوءها يتقرر إما تسليمه لكونه غير كويتي أو عدم تسليمه لكونه مواطناً كويتياً. بالنظر إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصلة نجد أن هناك اتجاهين في هذه الصدد؛ الاتجاه الأول يذهب إلى أن العبرة في تقدير انتماء الشخص إلى جنسية الدولة المطلوب إليها التسليم هي بوقت ارتكابه للجريمة موضوع التسليم، وهذا الاتجاه قد أخذت به دولة الكويت من خلال النص عليه في بعض الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها، ومن الأمثلة على ذلك:

- الاتفاقية الكويتية التونسية لعام ١٩٧٧ (المادة ٣٨).
- الاتفاقية الكويتية السورية لعام ١٩٩٩ (المادة ٤٥ رابعاً).
- الاتفاقية الكويتية الإيرانية لعام ٢٠٠٤ (المادة ٣١ - ١ - أ-).
- الاتفاقية الكويتية الأردنية لعام ٢٠٠٥ (المادة ٤٩ ثالثاً).
- الاتفاقية الكويتية اليمنية لعام ٢٠٠٨ (المادة ٥٣ رابعاً).
- الاتفاقية الكويتية المغربية لعام ٢٠٠٨ (المادة ١٨ - ١ - أ-).
- الاتفاقية الكويتية الجزائرية لعام ٢٠١٠ (المادة ٣ - ١ - أ-).
- الاتفاقية الكويتية اللبنانية لعام ٢٠١١ (المادة ٢١).

أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى أن العبرة إنما تكون بالوقت الذي بُيت فيه في طلب التسليم، ومن الأمثلة على ذلك الاتفاقية الأوروبية للتسليم لعام ١٩٥٧، حيث جاء في المادة ٦ (١) (ج) منها أنه يتم تقدير صفة المواطن في الوقت الذي بيت فيه في قرار التسليم، ومع ذلك إذا اكتسب الشخص المطلوب تسليمه هذه الصفة في الفترة ما بين صدور قرار التسليم والتاريخ الذي كان مزماً فيه

إجراء التسليم بالفعل يكون لهذا الشخص الحق في الاستفادة من حكم الفقرة (أ) [التي تنص على حظر تسليم المواطن]^(١٠٩).

ولا شك في أن الاتجاه الأول هو الأسلم الذي ينسجم مع قاعدة أن تقدير توافر أو انتفاء عناصر المركز القانوني لمرتكب الجريمة إنما يكون لحظة ارتكاب الجريمة وليس بعدها، والجنسية صفة شأنها في ذلك شأن باقي الصفات كالعمر والجنس ونحوه. أما الاتجاه الثاني فيترك مجالاً واسعاً للتحايل على مبدأ عدم جواز تسليم المواطن بحيث قد يلجأ بعض الدول إلى تجريد الشخص من جنسيته عند ورود طلب التسليم إليها حتى تقوم بتسليمه إذا لم يكن مواطناً وقت البت في طلب التسليم، أو العكس تماماً أن تقوم الدولة بمنع التسليم عن طريق منح الجنسية للمطلوب تسليمه بعد ورود طلب التسليم وقبل البت فيه.

وعلى الرغم من سلامة الاتجاه الأول وتفضيله على الاتجاه الثاني كما رأينا أعلاه، فإن هذا الاتجاه الذي أخذت به الكويت من خلال الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها قد ينطوي على شبهة مخالفة النص الدستوري الذي يقضي بعدم جواز تسليم المواطن، فمثلاً لو كان مرتكب الجريمة أجنبياً لحظة ارتكابه لها، ثم أصبح مواطناً قبل البت في طلب تسليمه، فهل يجوز تسليمه في هذه الحالة؟

طبقاً لنصوص الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت فإن الإجابة سوف تكون بالإيجاب لصراحة نصوص هذه الاتفاقيات في اعتمادها على معيار وقت ارتكاب الجريمة لتحديد جنسية مرتكبها، أما طبقاً للمادة ٢٨ من الدستور فإن الإجابة يجب أن تكون بالنفي نظراً لأن النص الدستوري جاء مطلقاً في هذا الخصوص، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم تقييده.

لذلك فإن مثل هذه الاتفاقيات الدولية باحتوائها على مثل هذه النصوص التي تحمل شبهة مخالفة الدستور قد تكون عرضة للطعن عليها أمام القضاء

Article 6 (1) 'C' of the European Convention on Extradition states that (١٠٩) "Nationality shall be determined as at the time of the decision concerning extradition. If, however, the person claimed is first recognized as a national of the requested Party during the period between the time of the decision and the time contemplated for the surrender, the requested Party may avail itself of the provision contained in sub-paragraph as of this article". 109)

الدستوري باعتبارها قوانين داخلية لها قوة القوانين العادية كما نصت على ذلك المادة ٧٠ من الدستور، كما سوف نبين تالياً. وهذا يعني تصور الحكم بعدم دستورية نص في اتفاقية دولية باعتباره نصاً في قانون داخلي يجب ألا يخالف القانون الأسمى في الدولة وهو الدستور، هذا مع الأخذ في الاعتبار أن الاتفاقية سوف تكون سارية بكل نصوصها على المستوى الدولي، ومن ثم تبقى الكويت ملزمة بها من الناحية الدولية ولكنها عاجزة من الناحية الداخلية على تنفيذ التزاماتها الدولية، وهو ما قد يعرضها للمسؤولية الدولية، إذ لا يجوز لدولة أن تتمسك أو تتحجج بقانونها الداخلي للتحلل من التزام دولي^(١١٠).

ولا يغير من حقيقة هذا الأمر النص في قانون الجنسية الكويتية على جواز سحب الجنسية الكويتية من الكويتي المتجنس إذا "حكم عليه خلال خمس عشرة سنة من منحه الجنسية الكويتية في جريمة مخلة بالشرف والأمانة"^(١١١)، إذ إن هذا النص، إضافة إلى كونه مقيداً بمدة زمنية معينة ونوع خاص من الجرائم، فهو قاصر في نطاق تطبيقه على الأحكام الجزائية الصادرة من المحاكم الجزائية في الكويت تطبيقاً لمبدأ إقليمية الأحكام الجزائية، كما أنه في كل الأحوال لن يغير من الأمر شيئاً، إذ إن قرار سحب الجنسية في هذه الحالة ذو أثر فوري يُعمل به من تاريخ صدوره، ومن ثم لا يغير من حقيقة كون هذا الشخص عند ارتكابه الجريمة موضوع التسليم مواطناً كويتياً.

الفرع الثاني

مبدأ عدم جواز تسليم المجرم السياسي

يُعد مبدأ عدم تسليم الشخص بمناسبة جريمة سياسية من المبادئ المستقرة في القانون الدولي والذي لا تكاد تخلو اتفاقيات التسليم من النص

(١١٠) وفي ذلك تقول المادة ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ إنه: "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كسبب مبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة...".

(١١١) المادة ١٣ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية.

عليه، ومع ذلك فلا يوجد إجماع فقهي على تعريف الجريمة السياسية التي تختلف باختلاف المعيار الذي يتم الركون إليه عند التعريف، فمن يركن إلى المعيار الموضوعي في نظرتة إلى هذه الجريمة فإنه يعدها سياسية متى كانت تمثل عدواناً على مصلحة سياسية للدولة أو على حق سياسي للفرد بصرف النظر عن الباعث وراء ارتكابها، وتطبيقاً لهذا المعيار تعد جرائم سياسية محاولة قلب نظام الحكم في الدولة والإخلال بأمنها والتجمهر^(١١٢).

أما من يركن إلى المعيار الشخصي فيعد الجريمة سياسية متى كان الهدف من ارتكابها أو الباعث على ارتكابها سياسياً، ولو كانت الجريمة من حيث موضوعها تعد جريمة عادية من جرائم القانون العام كالقتل أو التزوير أو السرقة^(١١٣). ويؤدي تبني المعيار الشخصي في تعريف الجريمة السياسية إلى توسيع نطاق الجريمة السياسية، إذ قد يجعلها شاملة قد تبدو في حقيقتها كجرائم عادية، كقتل رئيس الدولة بهدف تغيير نظام الحكم القائم، أو سرقة مصرف لتدبير الأموال اللازمة لتمويل تنظيم مناهض لنظام الحكم ونحوهما طالما كان الهدف أو الباعث على ارتكابها سياسياً.

وعلى الرغم من أن معظم القوانين الداخلية تحاشت تعريف الجريمة السياسية نظراً لطبيعة هذه الجريمة المتغيرة بتغير الزمان والمكان، فإن بعضها قد حسم هذا الأمر وأورد تعريفاً لها ضمن نصوصه، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:

(١١٢) راجع على سبيل المثال:

- د. أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ١٨٢.
- د. مأمون سلامة، مرجع سابق، ص ١٠٣.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، فقرة ٢٨٦، ص ٢٥٤.

(١١٣) حول الجريمة السياسية انظر:

- د. نجاتي سيد أحمد سيد، الجريمة السياسية - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة (١٩٨٣)، ص ١١٨ وما بعدها.

- القانون الألماني الصادر عام ١٩٢٩ الذي عرّف الجرائم السياسية بأنها: "الجرائم الموجهة ضد كيان ووجود الدولة أو ضد سلامتها أو ضد رئيس الدولة أو ضد أحد أعضاء الحكومة أو ضد أية هيئة نص عليها الدستور أو ضد الحقوق المدنية أو السياسية في حالات الانتخابات أو التصويت أو ضد حسن العلاقات التي تربط الدولة بغيرها من الدول" (١١٤).

- قانون الإجراءات الجنائية الليبي الذي نص على عدم جواز تسليم المتهمين أو المحكوم عليهم في الجرائم السياسية أو أي جريمة تتعلق بها، وتعد جريمة سياسية وفقاً لهذا القانون "كل جريمة تمس مصلحة سياسية للدولة أو حقاً سياسياً لأحد الأفراد أو كل جريمة عادية يكون الدافع الأساسي في ارتكابها سياسياً" (١١٥).

ولقد كشف الواقع العملي عن محاولات قام بها بعض الدول من أجل التحايل على مبدأ عدم جواز تسليم الشخص لارتكابه جريمة سياسية من خلال المطالبة بتسليمه من أجل جريمة عادية يجوز التسليم فيها، حتى إذا وقع في قبضتها قامت بمحاكمته أو معاقبته أو اضطهاده عن الجريمة السياسية التي لم تفصح عنها في طلب التسليم؛ لذلك فمن أجل سد هذه الثغرة التي جعلت التسليم في الحالة السابقة يتعارض مع الحكمة من مبدأ عدم جواز تسليم المجرم السياسي، والتي تؤدي إلى سقوط اللجوء السياسي في قبضة الدولة التي تضطهده خروجاً على مقتضيات حماية حقوق الإنسان، لجأ القضاء في كثير من الدول إلى توسيع مفهوم الجريمة السياسية وإلى الأخذ في الاعتبار الظروف الكاملة التي من الممكن أن يتعرض لها الشخص المطلوب تسليمه في حالة إجابة الطلب المقدم بشأنه، ومن الأمثلة الشهيرة في هذا الصدد قرار المحكمة العليا في النمسا بتاريخ ٢٩/٥/١٩٥٨ برفض تسليم أحد اللاجئين

(١١٤) د. عبدالوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعارف (لبنان - ١٩٦٣)، ص ١٩٨.

(١١٥) د. محمد أبو الفتوح الغنام، الإرهاب وتشريعات المكافحة في الدول الديمقراطية (١٩٩١)، ص ٦٨.

لاتهامه بارتكاب جريمة عادية، وذلك على أساس أنه لا يجوز تسليم شخص إلى دولة إذا تبين أن حياته أو حريته قد تتعرضان للخطر بسبب عنصره أو ديانتة أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو رأيه السياسي^(١١٦). وهذا هو أيضاً ما انتهجته بعض القوانين الداخلية كالقانون البريطاني الخاص بالمجرمين الهاربين بالنسبة لدول الكومنولث الصادر في عام ١٩٦٧، حيث نصت المادة ٤ منه على حظر تسليم الأشخاص من أجل محاكمتهم أو معاقبتهم بسبب العنصر أو الدين أو الجنسية أو الآراء السياسية، أو إذا تبين أن وضع المطلوب تسليمه قد يسوء في الدولة طالبة التسليم^(١١٧).

وهذا ما أورده كذلك الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين لعام ١٩٥٧، حيث نصت المادة ٣ (٢) منها على أنه: "يطبق الحكم نفسه [أي عدم التسليم] إذا قامت لدى الدولة المطلوب إليها التسليم أسباب قوية تحمل على الاعتقاد بأن الطلب المقدم بسبب إحدى الجرائم العادية هو في الحقيقة مقدم من أجل محاكمة المطلوب تسليمه أو معاقبته بسبب عنصره أو ديانتة أو جنسيته أو رأيه السياسي، أو إذا تبين أن وضع هذا الشخص قد يتعرض للضرر لأي سبب من تلك الأسباب"^(١١٨).

وقد سائر الدستور الكويتي هذه القاعدة القانونية وضمّنها في نصوصه، حيث جاء في المادة ٤٦ منه أن: "تسليم اللاجئين السياسيين محظور، وقد جاء

(١١٦) للاطلاع على المزيد من السوابق الدولية في هذا الخصوص، انظر:

P. Weis, Recent Development in the Law of Territorial Asylum, R. D. H., Vol. 1-3, 1968, at 38-39.

(١١٧) د. برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٨)، ص ٢٨١.

Art. 3 (2) states "The same rule shall apply if the requested Party has (١١٨) substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that person's position may be prejudiced for any of these reasons".

في مناقشات المجلس التأسيسي الذي أقر الدستور حول هذا النص أن المبدأ الذي تضمنه هذا النص هو مبدأ مطلق لا استثناء عليه، وإنه حتى في قيام هذا اللجوء السياسي بنشاط غير مرغوب فيه في الكويت فإنه يُبعد إلى الجهة التي يختارها ولا يسلم إلى الدولة التي تتعقبه^(١١٩).

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع من خلال تضمينه في الدستور الصادر عام ١٩٦٢، فإن النظام القانوني الداخلي جاء خالياً من أي تنظيم لهذا الموضوع، لذلك فإن تقدير طلب تسليم أي شخص في الكويت سوف يكون خاضعاً لتقديرها المحض حول مدى اعتباره مجرماً سياسياً، ومن ثم رفض التسليم أو اعتباره مجرماً عادياً، ومن ثم قبول التسليم، ولا يحدها في ذلك سوى ما ارتبطت به من اتفاقيات دولية -جماعية كانت أم ثنائية - تضمنت النص على بعض الجرائم واستثنيتها من كونها جرائم سياسية أياً كان الباعث على ارتكابها، وهذه الاتفاقيات بعضها متعلق بالتسليم وبعضها الآخر متعلق بمكافحة بعض الجرائم الدولية، ويمكن تصنيف الجرائم التي التزمت الكويت بعدم اعتبارها جرائم سياسية لأغراض التسليم إلى ما يلي:

١ - جرائم الاعتداء على رؤساء الدول وأفراد أسرهم

يرجع الأصل التاريخي لهذا الاستثناء إلى حادثة محاولة نسف القطار الذي كان يقل الإمبراطور نابليون الثالث بين مدينتي ليل وكاليه عام ١٨٥٤، وقد هرب المتورطان في تلك الجريمة إلى بلجيكا، حيث رفض القضاء البلجيكي تسليمهما إلى الحكومة الفرنسية، وذلك على اعتبار أن الجريمة المنسوبة إليهما ذات طابع سياسي، ومن ثم لا يجوز تسليمهما عملاً بالمادة ٦ من قانون تسليم المجرمين البلجيكي الصادر عام ١٨٣٢؛ لذلك تدخل المشرع البلجيكي لمنع تكرار حالة مشابهة في المستقبل فأصدر عام ١٨٥٦ تعديلاً تشريعياً على

(١١٩) جلسة ٦٢/١٦، يوم الثلاثاء ١١ سبتمبر ١٩٦٢، ص ٣٦، محاضر اجتماعات لجنة الدستور والمجلس التأسيسي، ملحق مجلة الحقوق، العدد الثالث - السنة الثالثة والعشرون (سبتمبر ١٩٩٩)، ص ٦٠٨.

المادة ٦ أضاف إليها فقرة جديدة تقضي بعدم اعتبار جريمة الاعتداء بالقتل أو الاغتيال على جسم رئيس حكومة أجنبية أو أحد أفراد أسرته جريمة سياسية، وهذا ما اصطلح على تسميته بعد ذلك بالشرط البلجيكي^(١٢٠).

ثم توالى النص على هذا الاستثناء في العديد من القوانين الداخلية لبعض الدول وفي الاتفاقيات الدولية، ومن الأمثلة على قوانين داخلية بهذا الخصوص ما يلي:

- قانون تسليم المجرمين الألماني الصادر في عام ١٩٢٩ (مادة ٣ فقرة ٢).
- قانون تسليم المجرمين السويدي الصادر في عام ١٩١٣ (المادة ٧).
- أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية فقد ظهر هذا الاستثناء في أول مرة في اتفاقية تسليم المجرمين بين فرنسا وبلجيكا لعام ١٨٥٦، ثم تكرر النص في اتفاقيات أو معاهدات دولية كثيرة منها على سبيل المثال:
- معاهدة مونتهفيديو بشأن قانون العقوبات الدولي لعام ١٩٤٠ (المادة ٢٣).
- الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين لعام ١٩٥٧ (المادة ٣ فقرة ٣).
- المعاهدة بين مصر والعراق لعام ١٩٣١ (المادة ٦ "ب").
- المعاهدة القضائية بين سوريا والأردن لعام ١٩٥٣ (المادة ٤ فقرة ١).
- ومن الأمثلة على الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت ونصت صراحة على استبعاد هذه الجرائم من دائرة الجرائم السياسية حينما يتعلق الأمر بطلب تسليم مقدم من دولة طرف في هذه الاتفاقية:
- اتفاقية التسليم العربية بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٥٢ (المادة ٤).
- الاتفاقية الكويتية اللبنانية (المادة ٤).
- الاتفاقية الكويتية التونسية (المادة ٣٩ - أ -).
- الاتفاقية الكويتية البلغارية (المادة ٣٧ - ١ - هـ -).
- الاتفاقية الكويتية الأردنية (المادة ٤٩ أولا - أ -).

(١٢٠) انظر: د. برهان أمر الله، مرجع سابق، ص ٣٩٣-٣٩٤.

- الاتفاقية الكويتية اليمنية (٥٣ أولاً - أ-).
- الاتفاقية الكويتية الجزائرية (المادة ٣ - و-).
- الاتفاقية الكويتية اللبنانية (المادة ٢٢ - أ - ١ - أ-).
- الاتفاقية الكويتية المغربية (المادة ١٨ - ١ - ه-).
- الاتفاقية الكويتية الكورية (المادة ٣ - أ-).

٢ - جرائم الإرهاب

نظراً لاتساع دائرة الأعمال الإرهابية وعجز الدول عن مواجهتها بسبب أن بعض هذه الدول كان يُعد هذه الجرائم في عداد الجرائم السياسية^(١٢١)، فقد عمدت الدول إلى تبني العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتجريم بعض الأفعال التي عدتها إرهابية، ثم عملت على إخراج هذه الأفعال من دائرة الجرائم السياسية. والاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت في مجال الإرهاب، ومن ثم عدّت الأفعال التي جرمتها قابلة للتسليم ولا تعد جرائم سياسية لهذا الغرض هي كما يلي:

- اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات لعام ١٩٧٠.
- اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون، والمعاقبة عليها لعام ١٩٧٣.
- الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩.
- اتفاقية منع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨.

٣ - جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة والتعذيب

نظراً لخطورة بعض الجرائم الدولية فقد جاء النص على اعتبارها انتهاكات جسيمة تستلزم من كل الدول العمل على مكافحتها وجمع مرتكبيها، إما من

(١٢١) في عام ١٩٣٤ تم اغتيال ملك يوغسلافيا الكسندر ووزير خارجية فرنسا بارتو في مدينة مرسيليا، ثم ذهب الجناة إلى إيطاليا التي رفضت تسليمهم إلى فرنسا بسبب الطبيعة السياسية لهذه الجريمة.

خلال تسليمهم إلى الدول أو الجهات القضائية الدولية التي تطالب بتسليمهم أو تقوم هي بمحاكمتهم بمعرفتها.

ومن الأمثلة على الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت، وجاء فيها ضرورة مكافحة هذه الجرائم الخطيرة وعدم اعتبارها جرائم سياسية ما يلي:

- اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨، حيث جاء في المادة ٧ منها أنه: "لا تعتبر الإبادة والأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة جرائم سياسية على صعيد تسليم المجرمين، وتتعهد الأطراف المتعاقدة في مثل هذه الحالات بتلبية طلب التسليم وفقاً لقوانينها ومعاهداتها النافذة" (١٢٢).

- اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان لعام ١٩٤٩، حيث جاء في المادة ٤٩ منها أن: "تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ أي إجراء تشريعي يلزم لفرض عقوبات جزائية فعالة على الأشخاص الذين يقتربون أو يأمرن باقتراف إحدى المخالفات الجسيمة لهذه الاتفاقية يلتزم كل طرف متعاقد بملاحقة المتهمين باقتراف مثل هذه المخالفات الجسيمة أو بالأمر باقترافها، وبتقديمهم إلى محاكمة، أيّاً كانت جنسيتهم، وله أيضاً إذا فضل ذلك، وطبقاً لأحكام تشريعه، أن يسلمهم إلى طرف متعاقد معني آخر لمحاكمتهم..." (١٢٣).

(١٢٢) المادة ٧ من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨، الموافق عليها بمقتضى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٥.

(١٢٣) المادة ٤٩ من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان لعام ١٩٤٩، والمخالفات الجسيمة التي تقصدها هذه المادة هي التي عدتها المادة ٥٠ التي تلتها وهي: القتل العمد والتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة، وتعتمد إحداث آلام شديدة أو أضرار خطيرة بالسلامة البدنية أو بالصحة وتدمير الممتلكات أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية.

- اتفاقية منع جريمة الفصل العنصري (أبارتھيد) والمعاقبة عليها لعام ١٩٧٣، حيث نصت المادة ١١ منها على أنه: "١- سوف لا تعتبر الأعمال الواردة في المادة ٢ من هذه المعاهدة جرائم سياسية بهدف تطبيق قانون تسليم المتهمين بارتكاب هذه الجرائم إلى حكوماتهم..."^(١٢٤).
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤، حيث جاء في المادة ٨ منها أن الجرائم التي تضمنتها هي جرائم قابلة للتسليم بالنسبة لمرتكبيها^(١٢٥).

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للتسليم من خلال الاتفاقيات الدولية

قبل البدء في تناول هذه الاتفاقيات وما تتضمنه من أحكام حول التسليم بشكل عام ومبدأ ازدواجية التجريم بشكل خاص، نرى أنه من الأنسب إيراد استعراض سريع لمكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الكويتي، وذلك بسبب الآثار القانونية المهمة المترتبة على ذلك.

= انظر كذلك: المادتين ٥٠ و ٥١ من اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار لعام ١٩٤٩، والمادتين ١٢٩ و ١٣٠ من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب لعام ١٩٤٩، والمادتين ١٤٦ و ١٤٧ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩، والمادة ٨٥ من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة لعام ١٩٧٧.

(١٢٤) راجع: المادة ١١ من اتفاقية منع جريمة الفصل العنصري (أبارتھيد) والمعاقبة عليها لعام ١٩٧٣، الموافق عليها بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٧.

(١٢٥) راجع: المادة ٨ من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤، الموافق عليها بمقتضى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦.

الفرع الأول

مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الكويتي

تنص المادة ٧٠ من الدستور الكويتي على أنه: "يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. على أن معاهدات الصلح والتحالف، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة، ومعاهدات التجارة والملاحة، والإقامة، والمعاهدات التي تحمّل خزنة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت يجب لنفاذها أن تصدر بقانون، ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية".

وعلى ضوء هذا النص الدستوري الذي ينظم موضوع المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية في الكويت يمكن استنتاج الحقائق القانونية التالية:

أولاً - الاتفاقية الدولية بعد المصادقة عليها تكون في مرتبة أقل من الدستور:

طبقاً لصريح المادة ٧٠ من الدستور فإن الاتفاقية بعد المصادقة عليها - إما من قبل رئيس الدولة طبقاً للأصل العام أو من قبل مجلس الأمة (البرلمان) إذا تعلق موضوعها بأي من الموضوعات المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة ٧٠ من الدستور - تكون في مرتبة القانون العادي (أي كالذي يصدره البرلمان)، ومن ثم تكون في مرتبة أقل من الدستور ويجب ألا تخالف نصوصه وإلا وصمت بعدم الدستورية^(١٢٦).

(١٢٦) انظر:

د. ثقل سعد العجمي، قواعد القانون الدولي في القانون الوطني - الكويت نموذجاً، مجلة الحقوق، العدد ١ - السنة ٣٥ (جامعة الكويت - مارس ٢٠١١)، ص ٧٨-٧٩.

وترتيباً على ذلك فقد قضت المحكمة الدستورية في الكويت في سابقة وحيدة بعدم دستورية البند (١٢) من المادة ١٤٣ من قانون الجمارك الموحد لمجلس التعاون لدول الخليج العربية رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣، والذي هو في حقيقته عبارة عن اتفاقية دولية بين دول مجلس التعاون الخليجية. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية: "وحيث إن الثابت أن قانون (نظام) الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون قد صدر بعد أن وافق عليه مجلس الأمة، وصدّق عليه أمير البلاد بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ٢٠٠٣، ونشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ... وبذلك أصبح تشريعاً نافذاً في دولة الكويت له القوة الملزمة المقررة للقوانين، بما تنبسط عليه الرقابة القضائية التي تتولاها هذه المحكمة على دستورية التشريعات، دون أن ينال من ذلك اعتماد المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية لهذا النظام، إذ ليس من شأن هذا الإجراء أن يضيف على القانون الصادر في هذا الصدد حصانة تحول بين المحكمة ومراقبة دستورية النصوص التي تضمنها، أو يغير من طبيعته كعمل تشريعي، أو يعصمه من خضوع أحكامه لرقابتها للتأكد من مدى تطابقها مع نصوص دستور دولة الكويت باعتباره القانون الأعلى الواجب التطبيق في مجال نطاقها الإقليمي..."^(١٢٧).

ثانياً - الاتفاقية الدولية بعد المصادقة عليها تكون في مرتبة مساوية للقانون العادي:

طبقاً لنص المادة ٧٠ من الدستور فإن الاتفاقية بعد المصادقة عليها - سواء من قبل رئيس الدولة أو البرلمان - ونشرها في الجريدة الرسمية يكون لها قوة القانون العادي، وهذا - إضافة إلى ما ذكر أعلاه - يعني أمرين: أولهما

(١٢٧) الطعن رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ - دستوري - جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٥، الكويت اليوم - السنة الحادية والخمسون (الأحد ٣/٧/٢٠٠٥).

للمزيد من الشرح والتفصيل حول هذا الموضوع، انظر:

- د. ثقل سعد العجمي، قواعد القانون الدولي في القانون الوطني - الكويت نموذجاً، مرجع سابق.

أنها تسمو على كل ما هو دون مرتبة القانون العادي من قرارات ولوائح ونحوهما، حيث لا يجوز لها مخالفة هذا القانون (أي الاتفاقية) وإلا وصمت بعدم المشروعية، وثانيهما أن مساواتها لمرتبة القانون العادي يعني أنها تخضع لقاعدة اللاحق يلغي السابق في حالة التعارض، ومن ثم إذا صدر قانون لاحق من مجلس الأمة (أو مرسوم له قوة القانون كمراسيم الضرورة)، فإنها تلغي كل النصوص السابقة عليها والمتعارضة معها في التطبيق سواء كانت هذه النصوص قد وردت في قوانين عادية أو اتفاقيات دولية مصادق عليها لأنها في مرتبة القوانين العادية^(١٢٨).

(١٢٨) تباينت الأحكام القضائية في الكويت حول مكانة الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في النظام القانوني، ففيما يتعلق بالأحكام القضائية الإدارية فقد اعتبرت هذه الاتفاقيات الدولية حتى بعد المصادقة عليها قوانين غير قابلة للتطبيق بذاتها، وأنها مجرد دعوة للمشرع لمراعاة أحكامها فيما يصدره من قوانين بهذا الخصوص. راجع على سبيل المثال:

- الطعن بالتمييز رقم ٢٩٥/٢٠٠٠ (إداري) الصادر بجلسة ١٢/٤/٢٠٠٠.
 - الطعن بالتمييز رقم ٢٠١/٢٠٠٦ (إداري) الصادر بجلسة ٢٥/٣/٢٠٠٨.
 - الطعن بالتمييز رقم ١٤/٢٠٠٨ (إداري) الصادر بجلسة ١٧/٣/٢٠٠٩.
- في حين جاءت الأحكام القضائية الجزائية أكثر تقدماً من سابقتها في هذا الشأن، حيث تضمنت تطبيقاً لبعض نصوص الاتفاقيات الدولية، غير أنها لم تشر في ذلك إلى أنها تقوم بتطبيقها كقوانين بل كاتفاقيات دولية.

راجع على سبيل المثال:

- الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠١، ٣ق-ج١، ص ٦٧٥.
- الطعن بالتمييز رقم ١٣ - جزاء أمن دولة - جلسة ٢٥/١/١٩٩٣، كتاب رقم ١٢، ص ٤٦٦.

وأخيراً، وفيما يتعلق بالأحكام القضائية المدنية فكانت الأكثر تطوراً على الإطلاق في هذا الشأن، فهي لم تكتف بتطبيق الاتفاقيات الدولية المصادق عليها باعتبارها داخلية، بل زادت على ذلك وأعطتها سموً على القوانين العادية في بعض الحالات: راجع على سبيل المثال:

=

وبعد هذا الاستعراض السريع لمكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الكويتي، نأتي إلى بيان هذه الاتفاقيات الدولية المتضمنة لأحكام متعلقة بالتسليم، ومن ثم تكون متعلقة بموضوع هذه الدراسة، وهو مبدأ ازدواجية التجريم، من حيث اشتراطه في التسليم وحدوده ونطاقه إن تم هذا الأمر.

الفرع الثاني

مبدأ ازدواجية التجريم في الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها الكويت

يمكن تقسيم الاتفاقيات الدولية (الجماعية أو الثنائية) التي ارتبطت بها دولة الكويت، والتي تضمنت أحكاماً متعلقة بالتسليم، إلى قسمين: القسم الأول هو عبارة عن اتفاقيات دولية متعلقة بمكافحة بعض الأفعال المجرّمة، حيث جاء التسليم كأحد أهم وسائل هذه المكافحة، أما القسم الثاني فهو اتفاقيات تسليم أو تعاون قانوني وقضائي، جاء التسليم فيها إما باعتباره موضوع هذه الاتفاقيات أو كأحد صور التعاون القانوني والقضائي بين الدول.

= - الطعن بالتمييز رقم ١٨٣/١٩٩٢ (تجاري) الصادر بجلسة ١٥/٢/١٩٩٤، س ٢٢ - ج ١، ص ١٦٢.

- الطعن بالتمييز رقم ٨٤٢/٢٠٠٢ (تجاري) الصادر بجلسة ١٨/١٠/٢٠٠٣ (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/٢٠٠٢ إلى ٣١/١٢/٢٠٠٦ في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الخامس - المجلد الأول، ص ٣٦-٣٧).

- الطعن بالتمييز رقم ٨٦٨/٢٠٠٥ (تجاري) الصادر بجلسة ٢٤/٩/٢٠٠٦، والطعن بالتمييز رقم ١٩٩/٢٠٠٥ (تجاري) الصادر بجلسة ٧/١٠/٢٠٠٦، (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/٢٠٠٢ إلى ٣١/١٢/٢٠٠٦ في المواد التجارية والإدارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية، القسم الخامس - المجلد الأول، ص ٤٥ - ٤٦).

أولاً - الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة بعض صور الإجرام الدولي:

انضمت - أو صادقت - دولة الكويت، شأنها في ذلك شأن غالب الدول، إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة بعض الجرائم التي عدتها الدول خطيرة جداً وتهدد المصلحة العليا للمجتمع الدولي، لذلك رأت هذه الدول ضرورة التعاون من أجل مكافحتها، وقد جاء التسليم كأحدى وسائل هذه المكافحة. والاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت هي كالتالي بحسب تاريخ هذا الارتباط:

- الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على تزيف العملة لعام ١٩٢٩، والتي تمت المصادقة عليها بمقتضى القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦٨ (١٢٩).
- ميثاق منع الاتجار بالأشخاص واستغلالهم في البغاء لعام ١٩٥٩، والمصادق عليه بمقتضى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٨ (١٣٠).

(١٢٩) جاء في المادة ٩ من الاتفاقية أنه: "... يجب أن تعتبر الجرائم المشار إليها في المادة الثالثة [تزيف أو تغيير في العملة، أو إدخال عملة مزيفة إلى دولة أو استلامها أو الحصول عليها لترويجها، أو صنع أدوات أو استلامها أو الحصول عليها إذا كانت مخصصة لتزيف العملة أو تغييرها] كجرائم تسليم المجرمين التي تشملها أي معاهدة لتسليم المجرمين عقدت أو ستعقد فيما بعد بين أي من الأطراف السامية المتعاقدة..".

(١٣٠) نصت المادة ٨ من الميثاق على أنه: "تعتبر الجرائم المشار إليها في المادتين (١) [تدبير أو إغراء أو إغواء شخص آخر بقصد البغاء أو استغلاله حتى ولو كان ذلك بموافقة] و(٢) [امتلاك أو إدارة أو تمويل عن عمد أو اشتراك في تمويل بيت للدعارة، أو إيجار أو استئجار دار أو مكان آخر أو أي جزء منه بقصد استخدامه في تعهير آخرين] من هذا الميثاق جرائم خاضعة لنظام تسليم المجرمين الفارين في أية معاهدة لتسليم المجرمين أبرمت أو ستبرم بعد اليوم بين أي من الأطراف في هذا الميثاق، وإن الأطراف في هذا الميثاق الذين لا يجعلون عملية تسليم المجرمين مشروطة بوجود معاهدة سيعترفون من الآن فصاعداً بالجرائم المشار إليها في المادتين (١) و(٢) من هذا الميثاق كحالات يتم فيها تسليم مرتكبيها بين هؤلاء الأطراف...".

- بروتوكول تعديل المعاهدة الوحيد للعقاقير المخدرة لعام ١٩٧٢، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم الصادر في ٢٨/٨/١٩٧٣^(١٣١).
- معاهدة لاهاي بشأن قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات لعام ١٩٧٠، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٧٩^(١٣٢).
- معاهدة مونتريال لقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني لعام ١٩٧١، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٩^(١٣٣).

(١٣١) وفي ذلك تنص المادة ١٤ (٢) (ب) من هذا البروتوكول على أنه: "١- كل المخالفات المذكورة في الفقرة ١ وفي الفقرة ٣ (أ) "٢" من هذه المادة [زراعة المخدرات وإنتاجها وتحضيرها وإحرازها وتقديمها وعرضها للبيع وتوزيعها وشراؤها...] يجب أن تعتبر من المخالفات الموجبة لتسليم الجاني في أي معاهدة لتسليم المجرمين تكون مبرمة بين الدول الأطراف، ويجب على الدول الأطراف أن يقوموا بإدراج تلك المخالفات - كمخالفة موجبة لتسليم المجرمين في كل اتفاقية تعقد بينهم لتسليم المجرمين. ٢- إذا ما اعتبرت إحدى الدول أن تسليم المجرمين متوقف على وجود معاهدة وتلت تلك الدول رغبة من دولة أخرى ليس بينهما معاهدة في هذا الشأن، يجوز لها وباختيارها أن تعتبر هذه المعاهدة كسند قانوني لتسليم المجرمين بالنسبة للمخالفات...".

(١٣٢) جاء في المادة ٨ من الاتفاقية أنه: "١- تعتبر الجريمة إحدى الجرائم القابلة للتسليم تتضمنها أي معاهدة تسليم تكون قائمة بين الدولة المتعاقدة، وتتعهد الدول المتعاقدة بأن تدرج هذه الجريمة في أية معاهدة تسليم تعقد مستقبلاً كإحدى الجرائم القابلة للتسليم. ٢- إذا تطلبت دولة متعاقدة وجوب قيام معاهدة تسليم كشرط لإجراء التسليم وتلت طلباً بالتسليم من دولة متعاقدة أخرى لا ترتبط معها بمعاهدة تسليم فيجوز لها حسب اختيارها اعتبار المعاهدة الحالية كأساس قانوني للتسليم وذلك فيما يتعلق بالجريمة...".

(١٣٣) راجع: المادة ٨ من معاهدة مونتريال لقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني لعام ١٩٧١.

- اتفاقية فيينا بشأن المواد المؤثرة على النفس لعام ١٩٧١، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٩^(١٣٤).
- اتفاقية نيويورك لمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية ومن ضمنهم الموظفون الدبلوماسيون لعام ١٩٧٣، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٨٨^(١٣٥).
- الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٨^(١٣٦).
- الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٩٤، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٥^(١٣٧).
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦^(١٣٨).
- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٣^(١٣٩).

(١٣٤) راجع: المادة ٢٢ (٢) (ب) من اتفاقية فيينا بشأن المواد المؤثرة على النفس لعام ١٩٧١.

(١٣٥) راجع: المادة ٨ من اتفاقية نيويورك لمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية، ومن ضمنهم الموظفون الدبلوماسيون لعام ١٩٧٣.

(١٣٦) راجع: المادة ١٠ من الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩.

(١٣٧) راجع: المادة ٦ من الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٩٤.

(١٣٨) راجع: المادة ٨ من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤.

(١٣٩) راجع: المادة ١١ من اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨.

- اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لعام ١٩٧٩، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤^(١٤٠).
- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٩٧، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٤^(١٤١).
- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام ٢٠٠٠، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤^(١٤٢).
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٤، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٤^(١٤٣).
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٦^(١٤٤).
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦^(١٤٥).
- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩، والمصادق عليها بمقتضى القانون ٨٥ لسنة ٢٠١٣^(١٤٦).

-
- (١٤٠) راجع: المادة ١١ من اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لعام ١٩٧٩.
- (١٤١) راجع: المادة ٩ من الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٩٧.
- (١٤٢) راجع: المادة ٥ من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام ٢٠٠٠.
- (١٤٣) راجع: المادة ١٥ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٤.
- (١٤٤) راجع: المادة ١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠.
- (١٤٥) راجع: المادة ٤٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣.
- (١٤٦) راجع: المادة ١١ من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩.

- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٣ (١٤٧).
- الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٣ (١٤٨).
- الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٣ (١٤٩).
- الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٣ (١٥٠).
- الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٣ (١٥١).

وفي المجلد يمكن القول إن هذه الاتفاقيات الدولية نصت على جعل الجرائم التي تسعى لمكافحتها جرائم قابلة للتسليم، وإن هذه الاتفاقيات تقوم مقام اتفاقيات التسليم بالنسبة للدول التي تشترط وجود هذه الاتفاقيات كشرط للتسليم، غير إنها لم تشر إلى مبدأ ازدواجية التجريم باستثناء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ (١٥٢)، والاتفاقية

(١٤٧) راجع: المادة ٣١ من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠.

(١٤٨) راجع: المادة ١٣ من الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥.

(١٤٩) راجع: المادة ٢٣ من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠.

(١٥٠) راجع: المادة ٣١ من الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠.

(١٥١) راجع: المادة ٣٠ من الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠.

(١٥٢) جاء في المادة ١٦ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ أنه: "١- تنطبق هذه المادة على الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية...على وجود الشخص الذي هو موضوع التسليم في إقليم الدولة الطرف متلقيه الطلب، شريطة أن يكون الجرم الذي يلتمس بشأنه التسليم معاقباً عليه بمقتضى القانون الداخلي لكل من الدولة الطرف طالبة والدولة الطرف متلقيه الطلب".

العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠^(١٥٣)، والاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠^(١٥٤). وتوجد كذلك اتفاقيتان دوليتان أشارتا إلى هذا المبدأ غير أنهما عادتاً فأجازتا الخروج عليه إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها التسليم يسمح بذلك، وهاتان الاتفاقيتان هما:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣^(١٥٥).

- الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١١^(١٥٦).

والحقيقة أن عدم النص على مبدأ ازدواجية التجريم في غالبية هذه الاتفاقيات الدولية كشرط للتسليم يبدو أمراً منطقياً ومفهوماً، إذ إنه من أهم

(١٥٣) انظر: المادة ٣١ (١) (أ) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠.

(١٥٤) راجع: المادة ٣١ (١) من الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠.

(١٥٥) نصت المادة ٤٤ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ على المبدأ العام وهو اشتراط ازدواجية التجريم بالنسبة للأفعال التي تجرمها هذه الاتفاقية، ثم عادت في الفقرة (٢) من المادة نفسها واستثنت من ذلك الحالة التي يسمح القانون الداخلي التسليم فيها دون اشتراط ازدواجية التجريم، حيث تقول: "٢- على الرغم من أحكام الفقرة ١ من هذه المادة، يجوز للدولة الطرف التي يسمح قانونها بذلك أن توافق على طلب تسليم شخص ما بسبب أي من الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية والتي لا يعاقب عليها بموجب قانونها الداخلي".

(١٥٦) جاء في المادة ٢٣ الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١١ أنه كل الجرائم التي تضمنتها هذه الاتفاقية تعتبر جرائم قابلة للتسليم وليست جرائم سياسية، وتلتزم الدولة الطرف بتسليم الشخص موضوع التسليم عندما يكون موجوداً في إقليمها. "٢-.... شريطة أن يكون الفعل الذي بشأنه التسليم مجزماً بمقتضى القانون الداخلي لكل من الدولة الطرف الطالبة والدولة الطرف متلقية الطلب"، ثم عادت في الفقرة التي تليها ووضعت استثناء من مبدأ ازدواجية التجريم، حيث قالت في الفقرة (٣) إنه "استثناء من أحكام الفقرة (٢) من هذه المادة، يجوز للدولة الطرف التي يسمح قانونها بذلك أن توافق على طلب تسليم شخص ما بسبب أي من الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية ولو لم يكن الفعل مجزماً بموجب قانونها الداخلي".

الالتزامات التي تفرضها هذه الاتفاقيات هو تجريم الأفعال التي تتضمنها، ومن ثم يكون النص على اعتبار هذه الاتفاقيات هي اتفاقيات تسليم بخصوص هذه الجرائم أمراً منسجماً مع مبدأ ازدواجية التجريم، حيث يفترض بالدول الأطراف أن تقوم بتجريم هذه الأفعال من أجل وضع هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ، وخصوصاً أن عليها أن تقوم بالمحاكمة في حال رفض التسليم.

ومع ذلك فإن بعض الدول الأطراف ربما لا تقوم بإصدار القوانين التنفيذية للاتفاقيات الدولية التي تبرمها والمتعلقة بمكافحة بعض الجرائم، فمثلاً دولة الكويت انضمت إلى عشر اتفاقيات دولية متعلقة بمكافحة الإرهاب، وصحيح أن الاتفاقية الدولية بعد المصادقة عليها - سواء بمرسوم من قبل أمير البلاد أو بقانون من قبل مجلس الأمة - سوف يكون لها قوة القانون العادي كما جاء في المادة ٧٠ من الدستور، ومن ثم تصبح جزءاً من النظام القانون الداخلي دون الحاجة إلى القيام بأي إجراء قانوني آخر، غير أن ذلك غير كافٍ حينما يتعلق الأمر بتجريم أفعال معينة، ففي هذه الحالة تقوم الاتفاقيات الدولية بتحديد أفعال معينة من أجل تجريمها، ثم تترك للدول الأطراف كل على حدة وضع العقوبات التي تراها هذه الدول مناسبة طبقاً لقوانينها الداخلية^(١٥٧)، وعدم صدور هذه القوانين المتضمنة للعقوبات المناسبة لهذه الأفعال المجرمة يعني أن هذه

(١٥٧) فعلى سبيل المثال يمكننا أن نشير إلى النصوص التالية التي تضمنتها هذه الاتفاقيات

والمتعلقة بمسألة وضع العقوبات المناسبة للجرائم التي تضمنتها تلك الاتفاقيات:

- المادة ٢ من اتفاقية لاهي لعام ١٩٧٠ "تتعهد كل دولة متعاقدة بأن تجعل الجريمة معاقباً عليها بعقوبات مشددة".

- المادة ٣ من اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١ "تتعهد كل دولة متعاقدة بأن تعاقب الجرائم المذكورة في المادة الأولى بعقوبات مشددة".

- المادة ٢ فقره ٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٧٣ "تعتبر كل دولة من الدول الأطراف هذه الجرائم مستوجبة لعقوبات مناسبة تأخذ خطورتها بعين الاعتبار".

- المادة ٢ من اتفاقية الرهائن لعام ١٩٧٩ "تعتبر كل دولة طرف الجرائم المنصوص عليها في المادة ١ جرائم يعاقب عليها بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار الطبيعة الخطرة لهذه الجرائم".

الأفعال سوف تبقى مباحة قانوناً، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون كما ينص على ذلك مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وإذا كان بعض الجرائم التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية هي أصلاً مجرمة في القوانين الوطنية تحت مسميات أخرى، كما هو الحال بالنسبة لجريمة أخذ الرهائن التي جرمتها الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩، والتي تسمى بجرائم الخطف أو حجز الحرية، والجرائم المرتكبة ضد الدبلوماسيين المتمتعين بحماية دولية التي نص عليها في اتفاقية نيويورك لمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية ومن ضمنهم الموظفون الدبلوماسيون لعام ١٩٧٣، والتي ربما لا تخرج عن دائرة جرائم القتل والخطف والتعدي والضرب التي تتضمنها القوانين الداخلية. ولكن هذا الأمر ربما لا يكون صحيحاً بالنسبة لباقي الجرائم الدولية، ولعل هذا هو السبب الذي دفع المشرع الكويتي إلى سن القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن المعاهدات التي جاء هذا القانون تطبيقاً لها^(١٥٨) قد أغفلت بيان العقوبات للأفعال التي تضمنتها، إذ إن هذا البيان هو من سلطان التشريعات الداخلية، ولما كان "من المبادئ المسلم بها أنه لا جريمة ولا عقوبة

(١٥٨) هذه المعاهدات أو الاتفاقيات هي بعض التي تم تبنيها من قبل المنظمة الدولية

للطيران المدني، وهي كالتالي:

- اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣.

- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٠.

- اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١.

للمزيد من الشرح والتفصيل حول الاتفاقيات التي تبنتها المنظمة الدولية للطيران

المدني في سبيل مواجهة الجرائم الإرهابية، انظر على سبيل المثال:

- د. أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات

الدولية وقرارات الأمم المتحدة، دار النهضة العربية (القاهرة - بس).

- د. سامي جاد عبدالرحمن واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي

العام، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية - ٢٠٠٨).

بغير نص، فإن خلو التشريعات الداخلية من نصوص تجرم وتعاقب تلك الجرائم يجعل الانضمام إلى هذه المعاهدات أمراً غير منتج أثره" (١٥٩).

ومع ذلك وبدون الخوض في تفاصيل هذا القانون، فإنه لم يغط الجرائم كلها التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية ذات الصلة الذي يفترض فيه أنه جاء لوضعها موضع التنفيذ، ويكفي أن نشير في هذا الصدد مثلاً إلى نص المادة ٢ من هذا القانون، والذي جاء فيه أنه: "يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال التالية:

(أ) إذا قام بعمل من أعمال العنف ضد شخص على متن طائرة في حالة طيران، وكان من شأنه أن يعرض سلامة هذه الطائرة للخطر.

(ب) إذا قام بأي وسيلة كانت بعمل أو بوضع جهاز أو مادة في طائرة في الخدمة أو تسبب في ذلك، وكان من شأنه تدميرها أو إحداث تلف بها يجعلها عاجزة عن الطيران أو يعرض سلامتها للخطر في حالة الطيران.

(ج) إذا قام بأي عمل من شأنه تدمير أو إتلاف تجهيزات حرم المطار أو التدخل في تشغيلها وتعريض سلامة الطائرات في حالة الطيران للخطر.

= د. صلاح الدين جمال الدين، إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية - ٢٠٠٤).

- د. عبدالعزيز مخيمر عبدالهادي، الإرهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة من المنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٨٦).

See also:

- I. Blishchenko & N. Zhdanov, Terrorism and International Law (Progress - 1984).

- S. M. Finger, 'International Terrorism and the United Nations', in Y. Alexander (ed.), International Terrorism: National, Regional and Global Perspective (Praeger Pub., 1976).

(١٥٩) راجع: القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية والمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، الكويت اليوم، العدد ١٤٨ - السنة الأربعون.

(د) إذا قام بإبلاغ معلومات يعلم أنها كاذبة، وكان من شأن ذلك تعريض سلامة الطائرات في حالة الطيران للخطر".

فمما يلاحظ على هذه المادة أن الأفعال المنصوص عليها قد تم أخذها حرفياً من نص المادة ١ من اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١^(١٦٠)، غير أنه يوجد هناك فعل واحد نصت عليه المعاهدة ولم يتضمنه القانون، وهو ما نصت عليه المادة (١) (ب) من أنه يعد مرتكباً لجريمة من "يدير طائرة في الخدمة أو يتسبب في أضرار لمثل هذه الطائرة بحيث تجعلها غير صالحة للطيران، ومن المحتمل أن تشكل خطورة على سلامتها أثناء الطيران". وهذا البند قد يتضمن أفعالاً لا تشملها المادة ٢ من القانون المذكور أعلاه، فعلى سبيل المثال عندما يقوم شخص بتدمير طائرة في الخدمة أو يسبب أضراراً لها ليس فقط عن طريق وضع أجهزة أو مواد فيها، وإنما عن طريق مهاجمتها من الخارج بواسطة صاروخ أو عن طريق وضع مواد متفجرة في طريقها المعد للإقلاع والهبوط^(١٦١).

(١٦٠) تنص المادة الأولى من اتفاقية مونتريال لعام ١٩٧١ على أنه: "١- يعد مرتكباً لجريمة أي شخص بغير حق مشروع ومتعمداً:

أ - يقوم بأحد أعمال العنف ضد شخص على متن طائرة في حالة طيران إذا كان من المحتمل أن يعرض هذا العمل سلامة هذه الطائرة للخطر، أو

ب - يدير طائرة في الخدمة أو يتسبب في أضرار لمثل هذه الطائرة بحيث تجعلها غير صالحة للطيران ومن المحتمل أن تشكل خطورة على سلامتها أثناء الطيران، أو

ج - يضع أو يتسبب في وضع جهاز أو مادة في طائرة في الخدمة بأية وسيلة كانت بحيث من المحتمل أن تدمر هذه الطائرة أو تصيبها بالضرر الذي يجعلها غير صالحة للطيران، أو يتسبب في حدوث أضرار لها من المحتمل أن تشكل خطورة على سلامتها أثناء الطيران، أو

د - يدير أو يتلف معدات تسهيلات ملاحة جوية أو يتدخل في عملياتها إذا كان أي من مثل هذه الأفعال يعرض للخطر سلامة طائرة في حالة طيران، أو

هـ - يبلغ معلومات يعرف أنها غير صحيحة من شأنها أن تعرض سلامة طائرة في حالة طيران للخطر..".

(١٦١) للمزيد من التفصيل حول شرح هذا القانون، راجع:

=

وتأتي أهمية هذا الموضوع عند وجود طلب بتسليم شخص متهم بارتكاب الجريمة التي أغفل القانون النص عليها في ظل اشتراط مبدأ ازدواجية التجريم، حيث ستكون النتيجة هي عدم التسليم، بل عدم المحاكمة لهذا الشخص الذي سوف يفلت من العقاب لأن فعله غير مجرم في الدولة المطلوب إليها التسليم، إخلالاً بمبدأ التسليم أو المحاكمة الذي تضمنته الاتفاقيات الدولية ذات الصلة؛ لذلك كان الأجدر بالمشرع الكويتي أن يضمّن هذا القانون الجرائم كلها التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية الذي يفترض فيه أن يكون تطبيقاً لها، أو أن يتبع الحل الذي جاء به هو نفسه في قانون حديث قام بسنّه، وهو القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، حيث جاء في المادة ١ منه أنه يعد عملاً إرهابياً كل فعل أو شروع في ارتكابه بدولة الكويت أو في مكان آخر " ... ب- إذا كان الفعل يشكل جريمة وفقاً للتعريف المنصوص عليها في الاتفاقيات أو البروتوكولات الدولية التالية:

- ١ - اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات (١٩٧٠) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٣.
- ٢ - اتفاقية قمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني (١٩٧٥) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٩.
- ٣ - اتفاقية منع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون، والمعاقبة عليها (١٩٧٣) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٨٨.
- ٤ - الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن (١٩٧٩) الموافق عليها بالمرسوم بقانون رقم (٧٣) لسنة ١٩٨٨.

= د. ثقل سعد العجمي، التنفيذ الكويتي للاتفاقيات الدولية المتعلقة بقمع الجرائم المرتكبة ضد سلامة الطائرات والملاحة الجوية، مجلة المحامي، السنة الثالثة والثلاثون - العدد الأول (يناير-فبراير-مارس ٢٠٠٩)، ص ٥٩- ٨٩.

- ٥ - البروتوكول المتعلق بقمع أفعال العنف غير المشروعة في المطارات التي تخدم الطيران المدني الدولي الموافق عليه بالمرسوم بقانون رقم (٧١) لسنة ١٩٨٨ المكمل لاتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني (١٩٨٨) الموافق عليه بالقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٤.
- ٦ - اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية (١٩٨٨) الموافق عليها بالقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٣.
- ٧ - البروتوكول المتعلق بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنشآت الثابتة القائمة الموجودة على الجرف القاري (١٩٨٨) الموافق عليه بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٣.
- ٨ - الاتفاقية الدولية للحماية المادية للمواد النووية (١٩٨٠) الموافق عليها بالقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٤.
- ٩ - الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل (١٩٩٧) الموافق عليها بالقانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٤.
- ١٠ - أي اتفاقية دولية أخرى، أو بروتوكول دولي آخر، يتعلق بالإرهاب أو تمويله صادقت عليه دولة الكويت وتم نشر قانونها في الجريدة الرسمية^(١٦٢).

ثانياً - اتفاقيات التسليم والتعاون القانوني والقضائي:

أبرمت دولة الكويت العديد من الاتفاقيات الدولية الجماعية (الإقليمية) والثنائية المتعلقة بالتسليم تحديداً أو بالتعاون القانوني والقضائي، والذي من أبرز صوره تسليم المجرمين سواء أكانوا متهمين أم محكوماً عليهم، وذلك على النحو التالي بحسب التسلسل الزمني لتاريخ الارتباط بها:

- ١ - اتفاقية تسليم المجرمين المعقودة بين دول جامعة الدول العربية لعام

(١٦٢) القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الكويت اليوم - العدد ١١٣٧ - السنة التاسعة والخمسون (الأحد ٢٣/٦/٢٠١٣).

١٩٥٢، التي قامت الكويت بإيداع وثيقة الانضمام إليها بتاريخ ٢٠/٥/١٩٦٢^(١٦٣).

٢ - اتفاقية تبادل تسليم المجرمين بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية اللبنانية لعام ١٩٦٣، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٤^(١٦٤).

٣ - اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت وجمهورية مصر العربية، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧٧^(١٦٥).

٤ - اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت والجمهورية التونسية، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٧٧^(١٦٦).

(١٦٣) جدير بالذكر أن هذه الاتفاقية من الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت قبل صدور الدستور في ١١/١١/١٩٦٢، وقد وضع المشرع الدستوري هذه الاتفاقيات في اعتباره عند وضعه للدستور ونص على بقائها سارية بالنسبة للكويت سواء على المستوى الدولي أو المستوى الداخلي، لذلك نصت المادة ١٧٧ من الدستور على أنه: "لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به الكويت مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات واتفاقيات".

(١٦٤) اتفاقية تبادل تسليم المجرمين بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية اللبنانية لعام ١٩٦٣، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٤. الكويت اليوم، العدد ٤٦٧ - السنة العاشرة.

(١٦٥) اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت وجمهورية مصر العربية، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧٧. الكويت اليوم، العدد ١١٤١ - السنة الثالثة والعشرون.

(١٦٦) اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية ومواد الأحوال الشخصية بين دولة الكويت والجمهورية التونسية، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٧٧. الكويت اليوم، العدد ١١٥٤ - السنة الثالثة والعشرون.

- ٥ - اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والجزائية بين دولة الكويت وجمهورية بلغاريا الشعبية، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٩^(١٦٧).
- ٦ - اتفاقية تعاون قانوني وقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية بين دولة الكويت وجمهورية تركيا لعام ١٩٩٧، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٩٨^(١٦٨).
- ٧ - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد الجزائية والتجارية والأحوال الشخصية ونقل المحكوم عليهم وتصفية التركات بين دولة الكويت والجمهورية العربية السورية لعام ١٩٩٩، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٤^(١٦٩).
- ٨ - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية لعام ٢٠٠٤، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٧^(١٧٠).

(١٦٧) اتفاق التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والجزائية بين دولة الكويت وجمهورية بلغاريا الشعبية، والمصادق عليه بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٩. الكويت اليوم، العدد ١٨٢ - السنة الخامسة والثلاثون.

(١٦٨) اتفاقية تعاون قانوني وقضائي في المواد المدنية والتجارية والجزائية بين دولة الكويت وجمهورية تركيا لعام ١٩٩٧، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٩٨. الكويت اليوم، العدد ٣٧٢ - السنة الرابعة والأربعون.

(١٦٩) اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد الجزائية والتجارية والأحوال الشخصية ونقل المحكوم عليهم وتصفية التركات بين دولة الكويت والجمهورية العربية السورية لعام ١٩٩٩، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٤. الكويت اليوم، ملحق العدد ٦٥١ (الجزء الأول)، السنة الخمسون (الثلاثاء ٢٧/١/٢٠٠٤).

(١٧٠) اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية لعام ٢٠٠٤، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٧. الكويت اليوم، ملحق العدد ٨١٨ (الجزء الرابع)، السنة الثالثة والخمسون (الثلاثاء ١٥/٥/٢٠٠٧).

- ٩ - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية بين دولة الكويت والمملكة الأردنية الهاشمية لعام ٢٠٠٥، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٣^(١٧١).
- ١٠ - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية اليمنية، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٣^(١٧٢).
- ١١ - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المسائل الجزائية بين حكومة دولة الكويت ومجلس وزراء جمهورية ألبانيا لعام ٢٠١١، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٣^(١٧٣).
- ١٢ - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد الجزائية (الجنائية) وتسليم المجرمين ونقل المحكوم عليهم بين دولة الكويت والمملكة المغربية لعام ٢٠٠٨، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٧٣ لسنة ٢٠١٣^(١٧٤).

(١٧١) اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية بين دولة الكويت والمملكة الأردنية الهاشمية لعام ٢٠٠٥، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٣. الكويت اليوم، العدد ١١٢٨ - السنة التاسعة والخمسون (الأحد ٢١/٤/٢٠١٣).

(١٧٢) اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية اليمنية، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٣. الكويت اليوم، العدد ١١٢٩ - السنة التاسعة والخمسون (الأحد ٢٨/٤/٢٠١٣).

(١٧٣) اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المسائل الجزائية بين حكومة دولة الكويت ومجلس وزراء جمهورية ألبانيا لعام ٢٠١١، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٣، الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٣٧ - السنة التاسعة والخمسون (الثلاثاء ٢٥/٦/٢٠١٣).

(١٧٤) اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المواد الجزائية (الجنائية) وتسليم المجرمين ونقل المحكوم عليهم بين دولة الكويت والمملكة المغربية لعام ٢٠٠٨، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٧٣ لسنة ٢٠١٣، الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٣٧ - السنة التاسعة والخمسون (الثلاثاء ٢٥/٦/٢٠١٣).

١٣- اتفاقية تسليم المجرمين بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام ٢٠١٠، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٣^(١٧٥).

١٤- اتفاقية تسليم المجرمين بين حكومة دولة الكويت وحكومة جمهورية كوريا لعام ٢٠٠٧، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠١٣^(١٧٦).
وبالنظر إلى اتفاقيات التسليم واتفاقيات التعاون القانوني والقضائي المتضمنة لمسألة التسليم التي ارتبطت بها دولة الكويت يمكن إيراد الملاحظات التالية:

أولاً: فيما يتعلق بقاعدة عدم جواز تسليم المواطنين فقد انتهجت هذه الاتفاقيات منهجين في هذا الخصوص: المنهج الأول فيها جعل عدم تسليم المواطن مسألة جوازية بالنسبة للدولة المطلوب إليها التسليم بحيث يجوز لها الامتناع إذا كان المطلوب تسليمه من مواطني هذه الدولة^(١٧٧). أما المنهج الثاني فتمثل في جعل التسليم غير جائز عندما يكون المطلوب تسليمه هو من مواطني الدولة المطلوب إليها التسليم^(١٧٨).

(١٧٥) اتفاقية تسليم المجرمين بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام ٢٠١٠، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٣، الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٢٧ - السنة التاسعة والخمسون (الثلاثاء ٢٥/٦/٢٠١٣).

(١٧٦) اتفاقية تسليم المجرمين بين حكومة دولة الكويت وحكومة جمهورية كوريا لعام ٢٠٠٧، والمصادق عليها بمقتضى القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠١٣، الكويت اليوم، ملحق العدد ١١٢٧ - السنة التاسعة والخمسون (الثلاثاء ٢٥/٦/٢٠١٣).

(١٧٧) ومن الأمثلة على هذا النوع من الاتفاقيات الدولية الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢، حيث نصت المادة ٧ منها على أنه: "يجوز للدولة المطلوب إليها التسليم الامتناع عنه إذا كان الشخص المطلوب تسليمه من رعاياها...". انظر كذلك: المادة ٧ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، والمادة ٤ (أ) من الاتفاقية الكويتية الكورية.

(١٧٨) ومن الأمثلة على هذا النوع من الاتفاقيات الدولية الاتفاقية الكويتية المصرية، حيث جاء في المادة ٣٨ منها أنه: "لا يسلم أي من الطرفين المتعاقدين مواطنيه..". =

ملاحظة أخرى متعلقة بمبدأ عدم جواز تسليم المواطن الذي أوردته هذه الاتفاقيات أن البعض منها نص - وبشكل صريح - على أن العبرة في تحديد جنسية المطلوب تسليمه هي بوقت ارتكابه الجريمة التي يطلب للتسليم من أجلها^(١٧٩)، وهذا قد يثير شبهة التعارض مع نص المادة ٢٨ من الدستور الكويتي التي لا تجيز تسليم المواطن الكويتي على نحو مطلق على النحو السابق إيضاحه. أما البعض الآخر من هذه الاتفاقيات فلا يجيز تسليم المواطن أو يجعل عدم تسليمه أمراً جوازياً مطلقاً للدولة المطلوب إليها التسليم دون الإشارة إلى وقت معين لتحديد صفة المواطن^(١٨٠). وهذا الأمر لا يخرج عن فرضين: الأول هو أن العبرة في تحديد جنسية الشخص بوقت ارتكابه الجريمة، وهذا يعيدنا إلى الإشكال الدستوري المشار إليه أعلاه، وأما الفرض الآخر فهو أن تكون العبرة بوقت نظر طلب التسليم، والفرض الأخير هو الأسلم والأكثر تمسكاً مع الدستور الكويتي الذي لا يجيز تسليم المواطن على نحو مطلق ودون أي استثناء.

وكما هو متوقع ومطلوب فإن غالبية الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت نصت على أنه يجب على الدولة المطلوب إليها التسليم في حالة

= وفي صياغة أخرى تقول الاتفاقية الكويتية الإيرانية في المادة ٣١ (١) (أ) منها أنه "١- لا يجوز التسليم في الحالات الآتية: (أ) إذا كان المطلوب تسليمه من مواطني الطرف المطلوب منه التسليم...". راجع كذلك المادة ٣٨ من الاتفاقية الكويتية التونسية، والمادة ٣٧ (١) (أ) من الاتفاقية الكويتية البلغارية، والمادة ٣٣ (١) من الاتفاقية الكويتية التركية، والمادة ٤٥ (رابعا) من الاتفاقية الكويتية السورية، والمادة ٢١ من الاتفاقية الكويتية الألبانية، والمادة ١٨ (١) (أ) من الاتفاقية الكويتية المغربية، والمادة ١٣ (١) (أ) من الاتفاقية الكويتية الجزائرية.

(١٧٩) مثال على ذلك الاتفاقية الكويتية اليمنية، حيث قررت في المادة ٥٣ (رابعا) منها عدم جواز تسليم المواطن، ثم أضافت "ويعتد في تحديد جنسية الشخص المطلوب تسليمه بوقت ارتكابه الجريمة التي يطلب تسليمه من أجلها".

(١٨٠) راجع: المادة ٧ من الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢، والمادة ٧ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، والمادة ٣٣ (١) من الاتفاقية الكويتية التركية.

عدم تسليمها لمواطنيها أن تقوم هي بمحاكمتهم مستفيدة في هذا الشأن من التحقيقات التي أجرتها الدولة طالبة التسليم، وهذا يتفق مع مبدأ التسليم أو المحاكمة الذي أوردته كل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة بعض الجرائم الدولية، غير أن هذا المبدأ قاصر في تطبيقه على الجرائم الدولية التي جاء النص عليها في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة ولا يمتد إلى غيرها من الجرائم، بخلاف ما جاء في اتفاقيات التسليم أو التعاون القانوني والقضائي، إذ يشمل كل الجرائم - المستوفاة لشروط مبدأ ازدواجية التجريم - التي لا يتم فيها التسليم في هذه الحالة لأن المطلوب تسليمه هو مواطن للدولة المطلوب إليها التسليم.

ومع ذلك فهناك قليل من هذه الاتفاقيات لم تورد هذا الالتزام ضمن نصوصها^(١٨١)، فهل يعني ذلك إفلات هذا المواطن من المساءلة الجنائية عن الجريمة موضوع طلب التسليم؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل المشروع لا تخرج عن فرضين: الفرض الأول وهو أن تكون الجريمة موضوع التسليم تقع ضمن الاختصاص الجنائي للدولة المطلوب إليها التسليم طبقاً لأي مبدأ من مبادئ الاختصاص الجنائي، فهنا تمارس هذه الدولة اختصاصها الجنائي استناداً إلى نصوص قانونها الجنائي الذي يسري على هذه الجريمة، وهذا الفرض يكون قائماً قطعاً إذا كانت الدولة المطلوب إليها التسليم تتبنى مبدأ الاختصاص الشخصي الإيجابي، وبالطبع فإن ازدواجية التجريم مفترضة في هذه الحالة سواء في الفرض الأول أو الثاني وإلا فلا مجال للحديث عن التسليم ابتداءً وقبل كل شيء.

وأما الفرض الآخر فهو العكس تماماً، أي عدم توافر الاختصاص الجنائي للدولة المطلوب إليها التسليم، فهنا لا يمكن عمل أي شيء إزاء هذا المواطن الذي رفض تسليمه، وهذا الأمر يتضح جلياً من خلال نصوص هذه الاتفاقيات

(١٨١) وهذه الاتفاقيات هي الاتفاقية الكويتية البلغارية والاتفاقية الكويتية التركية والاتفاقية الكويتية الإيرانية.

التي أوجبت على الدولة المطلوب إليها التسليم أن تقوم بمحاكمة المواطن الذي لا يتم تسليمه "في الحدود التي يمتد إليها اختصاصها"^(١٨٢)، ففي حالة عدم امتداد هذا الاختصاص الجنائي فلا مناص من القول بعدم إمكان مساءلة هذا الشخص، ومن ثم إفلاته من العقاب.

ولا يمكن في هذه الحالة الاستعانة بقاعدة التسليم المؤقت التي يأخذ بها بعض القوانين الداخلية على النحو السابق بيانه، إذ إن تسليم المواطن أمر غير جائز بالنسبة للكويت سواء أكان دائماً أم مؤقتاً، وذلك بسبب إطلاق وعمومية الحظر الدستوري الوارد في المادة ٢٨ من الدستور.

ثانياً: فيما يتعلق بقاعدة عدم جواز تسليم المجرم السياسي فنجد أن كل هذه الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها الكويت قد تضمنت النص على عدم جواز التسليم إذا كانت الجريمة موضوع التسليم جريمة سياسية في نظر الدولة المطلوب إليها التسليم وتقديرها^(١٨٣).

(١٨٢) ومثال ذلك المادة ٣٨ من الاتفاقية الكويتية المصرية، حيث جاء فيها أنه: "لا يسلم أي من الطرفين المتعاقدين مواطنيه - وتحدد الجنسية من تاريخ وقوع الجريمة المطلوب من أجلها التسليم، ومع ذلك تتعهد كل من الدولتين - في الحدود التي يمتد إليها اختصاصها - بتوجيه الاتهام ضد من يرتكب من مواطنيها جرائم في الدولة الأخرى معاقباً عليها بعقوبة الجناية أو الجناية في الدولتين، وذلك إذا ما وجهت إليه الدولة الأخرى بالطريق الدبلوماسي طلباً "بإعادة" هذه الإجراءات مصحوباً بالملفات والوثائق والأشياء والمعلومات التي تكون في حيازتها - وتحاط الدولة الطالبة علماً بما يتم في شأن طلبها".

(١٨٣) انظر: المادة ٤ من الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢، والمادة ٤ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، والمادة ٣٩ (أ) من الاتفاقية الكويتية المصرية، والمادة ٣٩ (أ) من الاتفاقية الكويتية التونسية، والمادة ٣٧ (١) (هـ) من الاتفاقية الكويتية البلغارية، والمادة ٣٣ (٢) من الاتفاقية الكويتية التركية، والمادة ٤٥ (أولاً) من الاتفاقية الكويتية السورية، والمادة ٣١ (١) (هـ) من الاتفاقية الكويتية الإيرانية، والمادة ٤٩ (أولاً) من الاتفاقية الكويتية الأردنية، والمادة ٥٣ (أولاً) من الاتفاقية الكويتية اليمنية، والمادة ٢٢ (١) (أ) من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، والمادة ١٨ (١) (هـ) من الاتفاقية =

كما ذكر سابقاً فإن مبدأ حظر تسليم المجرم السياسي جاء النص عليه في المادة ٤٦ من الدستور الكويتي، غير أن القانون الكويتي كله خلا تماماً من أي تنظيم قانوني لهذا الأمر، ومن ثم فإن الأمر سوف يكون مردّه إلى تقدير السلطات المعنية (وزارة العدل كما جاء في الاتفاقيات الدولية) ولا يحدها في هذا الأمر سوى قيدين:

القيد الأول: هو ما جاء النص عليه في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة بعض الجرائم الدولية، والتي جاءت نصوصها صريحة في عدم اعتبار هذه الجرائم جرائم سياسية حينما يتعلق الأمر بالتسليم^(١٨٤). ودون الخوض في مسألة إذا ما كانت هذه القواعد الدولية التي تتضمنها هذه الاتفاقيات التي تجرم أفعلاً معينة هي قواعد أمرة ملزمة لجميع الدول^(١٨٥)، فإنه يكفي في هذا المقام

= الكويتية المغربية، والمادة ١٣ (١) (و) من الاتفاقية الكويتية الجزائرية، والمادة ٣ (أ) من الاتفاقية الكويتية الكورية.

(١٨٤) ومثال ذلك المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩، حيث جاء فيها أنه: "لا يجوز، لأغراض تسليم المجرمين أو تبادل المساعدة القانونية بين الدول الأطراف، اعتبار أي جريمة من الجرائم المبينة في المادة ٢ جريمة سياسية أو جريمة متصلة بجريمة سياسية أو جريمة ارتكبت بدوافع سياسية، وبالتالي لا يجوز [أن يكون] رفض طلب بشأن تسليم المجرمين أو المساعدة القانونية المتبادلة قائماً على مثل هذه الجريمة لمجرد أنه يتعلق بجريمة سياسية أو جريمة متصلة بجريمة سياسية أو جريمة ارتكبت بدوافع سياسية".

(١٨٥) وفي ذلك تنص المادة ٥٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على أنه: "تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالقاعدة الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع". وتنص المادة ٦٤ من الاتفاقية نفسها على أنه: "إذا ظهرت قاعدة أمرة جديدة من القواعد العامة للقانون الدولي فإن أي معاهدة نافذة تتعارض معها تصبح باطلة وتنقضي".

أن نساير الأصل العام في هذا الشأن وهو مبدأ نسبية آثار الاتفاقيات^(١٨٦)، أي إن الاتفاقية الدولية لا تلزم سوى أطرافها، ومن ثم - وتطبيقاً لهذا المبدأ - فإن الدول الأطراف فقط هي الملزمة بعدم اعتبار هذه الجرائم التي جاءت هذه الاتفاقيات الدولية لمكافحتها جرائم سياسية بغض النظر عن الباعث أو الهدف من وراء ارتكابها، والأمر ربما لا يبدو سيئاً جداً إذا علمنا العدد الكبير جداً من الدول التي صادقت أو انضمت إلى هذه الاتفاقيات^(١٨٧).

= حول القواعد الدولية الآمرة في إطار العلاقة فيما بين القانون الدولي والقانون الداخلي، انظر على سبيل المثال:

- د. أشرف سليمان أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في إطار القواعد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الستون، (٢٠٠٤)، ص ٢١٠ وما بعدها.

- د. صلاح الدين عامر، القواعد القانونية الدولية الآمرة Jus Cogens في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، (يوليو - ٢٠٠٣)، ص ١٣.

- د. مدوس فلاح الرشيد، محاولة تأصيل آلية لاندماج المعاهدة في القانون الوطني، مع إشارة خاصة للقانون الكويتي، مجلة الحقوق - العدد ١ - السنة ٣٠، (مارس - ٢٠٠٦)، ص ١١٨ وما بعدها.

وللمزيد من التفصيل حول قواعد القانون الدولي الآمرة بشكل عام، انظر:

- د. سليمان عبدالمجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانون الدولي، دار النهضة العربية، (القاهرة - ب. س).

(١٨٦) حول مبدأ نسبية آثار المعاهدات، انظر على سبيل المثال:

- د. إبراهيم محمد العناني، مرجع سابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

- د. محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٧٩)، ص ٤٣١.

- د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، ط ٥، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت - ٢٠٠٤)، ص ٥٧ وما بعدها.

(١٨٧) فمثلاً يبلغ الدول الأطراف في اتفاقية مناهضة أخذ الرهائن ١٧٠، و١٧٦ في اتفاقية الأشخاص المحميين دولياً، و١٦٦ في اتفاقية قمع الهجمات الإرهابية بالقنابل، و١٧٧ في اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة، و١٦٧ في اتفاقية مكافحة الفساد.

القيد الثاني: هو ما نصت عليه اتفاقيات التسليم والتعاون القانوني والقضائي التي ارتبطت بها دولة الكويت والتي استثنت جميعها بعض الجرائم من كونها جرائم سياسية وإن اختلفت بعض الشيء في هذا الصدد، ففي حين تذهب غالبية هذه الاتفاقيات إلى عدم اعتبار الجرائم التالية جرائم سياسية:

- ١ - جرائم الاعتداء على رئيس أي من الدولتين أو زوجاتهما أو أصولهما أو فروعهما.
- ٢ - جرائم الاعتداء على ولي العهد (أو نائب الرئيس أو الوزير الأول) في أي من الدولتين.
- ٣ - جرائم القتل العمد.
- ٤ - الجرائم الإرهابية كما تحددها الدولة المطلوب إليها التسليم^(١٨٨).

(١٨٨) راجع: المادة ٤ من الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢، والمادة ٤ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، والمادة ٣٩ (أ) من الاتفاقية الكويتية التونسية.

جدير بالذكر أن بعض هذه الاتفاقيات يقصر نطاق هذا الاستثناء على جرائم الاعتداء على رئيس الدولة وحده دون أن يشمل ذلك زوجه أو أصوله أو فروع (المادة ٣٧ "١" "هـ" من الاتفاقية الكويتية البلغارية والمادة ٣١ "١" "هـ" من الاتفاقية الكويتية الإيرانية)، وفي حين يوسعه البعض الآخر ليشمل كل أفراد الأسرة الحاكمة أو المالكة، كما جاء في المادة ١٨ (١) (هـ) من الاتفاقية الكويتية المغربية من أنه لا يجوز التسليم إذا كانت الجريمة المطلوب التسليم من أجلها معتبرة سياسية في نظر الدولة المطلوب إليها التسليم، ولا يعد من قبل الجريمة السياسية " ... الاعتداء على رئيس دولة أحد الطرفين أو ولي العهد بالنسبة لدولة الكويت أو أحد أفراد الأسرة الملكية بالنسبة للمملكة المغربية".

كما أن بعض هذه الاتفاقيات يضيف إلى جريمة القتل العمد جريمة الشروع فيها باعتبارها من الجرائم التي لا تعد سياسية (انظر: الاتفاقية الكويتية البلغارية والاتفاقية الكويتية التونسية).

وجريمة الشروع تخفيفها أيضاً اتفاقيات أخرى فيما يتعلق بجرائم الاعتداء على رئيس الدولة أو نائبه (ولي العهد)، راجع: المادة ٤٥ (أ) من الاتفاقية الكويتية السورية.

في حين يضيف البعض الآخر إلى قائمة الجرائم أعلاه جريمة السرقة المصحوبة بإكراه للأفراد أو السلطات أو وسائل النقل والمواصلات^(١٨٩)، أو جرائم الإرهاب^(١٩٠)، والتي تشمل على القتل العمد والاعتداء المفضي إلى أذى بدني والخطف وأخذ الرهائن والجرائم التي تسبب ضرراً بالغاً للممتلكات وتخریب المرافق العامة والجرائم المتعلقة بالأسلحة النارية أو غيرها من الأسلحة أو المتفجرات أو المواد الخطرة^(١٩١)، أو أي جريمة تدخل في نطاق اتفاقيات دولية متعددة الأطراف التي يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بمقتضى العضوية فيها بمحاكمة مرتكبيها أو تسليمهم^(١٩٢).

ثالثاً: ففيما يتعلق بمبدأ ازدواجية التجريم كشرط للتسليم فإن هذه الاتفاقيات كلها تضمنت النص عليه، بحيث لا يكون التسليم واجباً أو جائزاً أو مسموحاً به إذا لم يتوافر هذا الشرط^(١٩٣). كما أنها في هذا الصدد تبنت أسلوب

(١٨٩) انظر: المادة ٣٩ (أ) (٣) من الاتفاقية الكويتية المصرية، والمادة ٤٥ أولاً (ب) من الاتفاقية الكويتية السورية، والمادة ٤٩ (أولاً) من الاتفاقية الكويتية الأردنية، والمادة ٥٣ (أولاً) من الاتفاقية الكويتية اليمنية.

مما تجدر الإشارة إليه أن الاتفاقية الكويتية السورية والاتفاقية الكويتية الأردنية والاتفاقية الكويتية اليمنية اشتملت أيضاً على جرائم القتل بشكل عام دون أن تقصر ذلك على القتل العمد كما فعلت الاتفاقيات الأخرى، كما أضافت جرائم الأموال العامة إلى هذه القائمة.

(١٩٠) راجع: المادة ٣٣ (٢) من الاتفاقية الكويتية التركية.

(١٩١) راجع: المادة ٢٢ (١) (أ) (ثانياً) من الاتفاقية الكويتية الألبانية.

(١٩٢) راجع: المادة ٢٢ (١) (أ) (ثالثاً) من الاتفاقية الكويتية الألبانية، والمادة ٣ (أ) (ii) من الاتفاقية الكويتية الكورية.

(١٩٣) اختلف حكم التسليم في الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت، ففي حين جعل بعضها الحكم هو بالإلزامية التسليم عند توافر شروطه، جعله البعض الآخر جوازياً عند توافر هذه الشروط، ومن الأمثلة على الاتفاقيات الدولية التي أوجبت التسليم عند تحقق شروطه الاتفاقية الكويتية التونسية، حيث جاء في المادة ٣٧ منه أنه: "يكون التسليم واجباً بالنسبة للأشخاص الآتي بيانهم...". أما النوع الآخر من الاتفاقيات فمنها على سبيل المثال الاتفاقية الكويتية التركية، حيث جاء في المادة ٣٢ منها أنه: "يكون التسليم جائزاً...".

الحد الأدنى للعقوبة، بحيث لا يجوز التسليم إلا إذا كان الفعل المطلوب التسليم من أجله معاقباً عليه في قوانين كلتا الدولتين (الطالبة والمطلوب إليها التسليم) بالحبس مدة محددة، وقد فرّقت الاتفاقيات في هذا الشأن بين ما إذا كان المطلوب تسليمه متهماً أو محكوماً عليه، ففيما يتعلق بالمتهم فقد اشترطت هذه الاتفاقيات أن يكون فعله معاقباً عليه في قوانين كلتا الدولتين بالحبس مدة سنة أو أكثر أياً كان الحدان الأقصى والأدنى في تدرج العقوبة المنصوص عليها^(١٩٤). ولا يستثنى من مسألة اشتراط الحد الأدنى للعقوبة بالنسبة للمتهم سوى ما جاء في المادة ٤٤ (ب) من الاتفاقية الكويتية السورية والمادة ٥٢ من الاتفاقية الكويتية اليمنية اللتين اشترطتا فقط أن يكون الفعل سبب التسليم معاقباً عليه بعقوبة سالبة للحرية أو بعقوبة أشد في قوانين كلتا الدولتين دون أن تحدد أي حد أدنى لهذه العقوبة، ومن ثم يمكن التسليم حتى ولو كانت الجريمة معاقباً عليها بالحبس مدة شهر مثلاً، وهذا الأمر من شأنه أن يوسع من نطاق الجرائم القابلة للتسليم لتشمل ما يمكن اعتبارها جرائم تافهة جداً بالنظر إلى عقوبتها.

ومما هو جدير بالذكر أن كلاً من الكويت وسوريا هما أيضاً دولتان طرفان في اتفاقية تسليم المجرمين المعقودة بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٥٢^(١٩٥)، والتي نصت صراحة على حد أدنى للعقوبة بالنسبة للمتهم المطلوب تسليمه، وهذا الحد هو الحبس لمدة سنة أو أكثر^(١٩٦). ففي هذه الحالة

(١٩٤) ومن الأمثلة على ذلك: المادة ٣ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، حيث جاء فيها أنه: "يشترط للتسليم أن تكون جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس مدة سنة - أو بعقوبة أشد في قوانين كلتا الدولتين - طالبة التسليم والمطلوب إليها التسليم..."، ولا يستثنى من ذلك سوى الاتفاقية الكويتية الأردنية التي جعلت الحد الأدنى للعقوبة هو عقوبة سالبة للحرية لمدة ستة أشهر على الأقل أو بعقوبة أشد (المادة ٤٨ ب-). (١٩٥) أودعت سوريا وثيقة التصديق على هذه الاتفاقية لدى الأمانة العامة للجامعة في ٢٩/٩/١٩٥٦، في حين انضمت الكويت في ٢٠/٥/١٩٦٢.

(١٩٦) نصت المادة ٣ من الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢ على أنه: "يشترط للتسليم أن تكون الجريمة جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس مدة سنة أو بعقوبة أشد في قوانين كلتا الدولتين - طالبة التسليم والمطلوب إليها التسليم..."

نكون أمام تعارض بين اتفاقيتين إحداها سابقة (الاتفاقية العربية) والأخرى لاحقة (الاتفاقية الثنائية)، ينظران ذات الموضوع (التسليم) وكل الدول المعنية أطراف فيهما (الكويت وسوريا في هذه الحالة)، فهنا - نظراً لعدم تضمن أي منهما النص على أن إحداها خاضعة لأحكام الأخرى - تطبق القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ بأنه في العلاقة بين الدول الأطراف في معاهدين بينهما تعارض في بعض أحكامهما فتطبق الاتفاقية اللاحقة، ولا تطبق الاتفاقية السابقة إلا في حدود عدم تعارضها مع اللاحقة^(١٩٧)، ومن ثم فإنه في العلاقة بين الكويت وسوريا تقدم الاتفاقية الثنائية لأنها اللاحقة ولا تطبق الاتفاقية العربية إلا في حدود عدم تعارضها من الاتفاقية الثنائية. وبناء عليه ففي موضوع الحد الأدنى للعقوبة كأسلوب من أساليب مبدأ ازدواجية التجريم، فواضح أن الاتفاقية الثنائية (اللاحقة) نصت على عدم اشتراطه، حيث اكتفت بالتجريم والعقاب بعقوبة سالبة

(١٩٧) تنص المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ على أنه:

١- مع مراعاة ما جاء في المادة (١٠٣) من ميثاق الأمم المتحدة، تتحدد حقوق والتزامات الدول الأطراف في معاهدات متتابعة تتعلق بموضوع واحد وفق الفقرات التالية:

٢- إذا نصت المعاهدة على أنها خاضعة لأحكام معاهدة أخرى سابقة أو لاحقة، أو أنها لا ينبغي أن تعتبر غير منسجمة مع مثل هذه المعاهدة، فإن أحكام هذه المعاهدة الأخرى هي التي تسود.

٣- إذا كان كل الأطراف في المعاهدة السابقة أطرافاً كذلك في المعاهدة اللاحقة دون أن تكون المعاهدة السابقة ملغاة أو معلقة أحكامها طبقاً للمادة (٥٩)، فإن المعاهدة السابقة تنطبق فقط على الحد الذي لا تتعارض فيه نصوصها مع نصوص المعاهدة اللاحقة.

٤- إذا لم يكن أطراف المعاهدة اللاحقة جميعاً أطرافاً في المعاهدة السابقة تنطبق القاعدتان التاليتان:

أ- في العلاقة بين الدول الأطراف في المعاهدين تنطبق القاعدة الواردة في الفقرة الثالثة.

ب- في العلاقة بين دولة طرف في المعاهدين ودولة طرف في إحداها فقط تحكم نصوص المعاهدة المشتركة بين الطرفين حقوقهما والتزامتهما المتبادلة....".

للحرية دون تحديد حد أدنى لهذه العقوبة، خلافاً للاتفاقية العربية (السابقة) التي اشترطت هذا الحد الأدنى، ومن ثم تطبق الاتفاقية اللاحقة على هذه المسألة.

أما إذا كان المطلوب تسليمه شخصاً محكوماً عليه في جريمة معاقب عليها في قوانين كلتا الدولتين بعقوبة سالبة للحرية على النحو السابق بيانه، فإنه يجب ألا تقل العقوبة المقضي بها عن الحبس لمدة شهرين على الأقل في بعض هذه الاتفاقيات^(١٩٨)، أو ستة أشهر في بعضها الآخر^(١٩٩).

وهنا أيضاً يوجد تعارض بين اتفاقيتين دوليتين، ذلك أن جمهورية مصر هي كذلك مع الكويت دولتان طرفان في اتفاقية التسليم العربية لعام ١٩٥٢، حيث تنص هذه الاتفاقية (السابقة) على حد أدنى للعقوبة المقضي بها بالنسبة لتسليم المحكوم عليه وهي الحبس لمدة شهرين على الأقل، في حين تنص

(١٩٨) جاء في المادة ٣ من الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢ أنه: "يشترط للتسليم أن تكون الجريمة جناية أو جنحة معاقبا عليها بالحبس مدة سنة أو بعقوبة أشد في قوانين كلتا الدولتين - طالبة التسليم والمطلوب إليها التسليم - أو أن يكون المطلوب تسليمه عن مثل هذه الجريمة محكوماً عليه بالحبس لمدة شهرين على الأقل...". انظر كذلك: المادة ٣ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية.

(١٩٩) ومن الأمثلة على ذلك المادة ٣٧ (ب) من الاتفاقية الكويتية المصرية، والتي نصت على أنه: "يكون التسليم واجباً بالنسبة للأشخاص الآتي بيانهم...: (ب) من حكم عليهم حضورياً أو غيابياً من محاكم الدولة طالبة بعقوبة الحبس لمدة ستة أشهر على الأقل في جناية أو جنحة معاقب عليها...". انظر كذلك: المادة ٣٧ (ب) من الاتفاقية الكويتية التونسية، والمادة ٣٢ (ب) من الاتفاقية الكويتية التركية.

جدير بالذكر أن بعض الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها دولة الكويت والمتعلقة بالتسليم جاءت نصوصها قاصرة على تسليم المتهمين دون المحكوم عليهم، ومن ذلك مثلاً المادة ٤٤ من الاتفاقية الكويتية السورية حيث جاء فيها أنه: "يكون التسليم واجباً بالنسبة إلى الأشخاص الموجودين في إقليم إحدى الدولتين المتعاقبتين والموجه إليهم اتهام (ادعاء) من السلطات المختصة في الدولة الأخرى، وذلك إذا توافرت الشروط الآتية...". انظر كذلك: المادة ٣ من الاتفاقية الكويتية الإيرانية، والمادة ٥٢ من الاتفاقية الكويتية اليمنية.

الاتفاقية الكويتية المصرية لعام ١٩٧٧ (اللاحقة) على الحبس لمدة ستة أشهر على الأقل كحد أدنى لتسليم المحكوم عليه، وهنا أيضاً يطبق الحل الذي نصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في المادة ٣٠ منها، بحيث تكون الأولوية عند التعارض للاتفاقية اللاحقة (الثنائية) ولا تطبق السابقة (العربية) إلا في حدود عدم تعارضها مع اللاحقة.

كذلك فإن مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن إحدى الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها الكويت، وهي الاتفاقية الكويتية البلغارية لعام ١٩٨٩، بعد أن اشترطت في المادة ٣٦ (١) منها أنه يسمح بتسليم المتهم إذا كان الفعل موضوع التسليم معاقباً عليه بالحبس مدة تزيد على سنة أو أكثر وفقاً لقوانين كلا الطرفين، جاءت في الفقرة (٢) من المادة نفسها التي نظمت تسليم المحكوم عليهم ولم تشترط سوى أن يكون الحكم صادراً بعقوبة سالبة للحرية أو بعقوبة أشد دون أن تحدد أي حد أدنى لهذه العقوبة المقضي بها، فيكفي في هذا الصدد أن تكون سالبة للحرية أي كانت مدتها^(٢٠٠).

أخيراً وليس آخراً فقد ورد في هذه الاتفاقيات استثناء على مبدأ ازدواجية التجريم، بحيث يجوز التسليم - وإن لم يتحقق شرط ازدواجية التجريم - إذا كان المطلوب تسليمه من مواطني الدولة طالبة التسليم^(٢٠١). وبناء عليه فإنه في

(٢٠٠) جاء في المادة ٣٦ (٢) من الاتفاقية الكويتية البلغارية أنه: "٢- لا يسمح بتسليم شخص لتنفيذ عقوبة إلا بالنسبة للجرائم المعاقب عليها بمقتضى القوانين في كل من الدولتين المتعاقبتين وأن يكون الحكم صادراً بعقوبة سالبة للحرية أو بعقوبة أشد منها".

(٢٠١) ومن الأمثلة على هذه الاتفاقيات الاتفاقية الكويتية السورية، حيث جاء في المادة ٤٤ (ب) منها أنه: "أما إذا كان الفعل غير معاقب عليه في قوانين الدولة المطلوب منها التسليم أو كانت العقوبة المقررة للجريمة في الدولة طالبة التسليم لا نظير لها في قوانين الدولة المطلوب منها التسليم فلا يكون التسليم واجباً إلا إذا كان الشخص المطلوب تسليمه من مواطني الدولة طالبة التسليم أو من مواطني دولة أخرى تقرر العقوبة ذاتها". راجع كذلك: المادة ٣ من الاتفاقية العربية للتسليم لعام ١٩٥٢، والمادة ٣ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، والمادة ٢٧ (ج) من الاتفاقية الكويتية المصرية، والمادة ٤٨ (ب) من الاتفاقية الكويتية الأردنية.

مواجهة الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات التي تضمنت هذا الاستثناء، فإنه يجوز التسليم وإن لم يكن الفعل موضوع التسليم مجزماً طبقاً لقوانين الدولة المطلوب إليها التسليم والتي يجوز لها التسليم في هذه الحالة إذا كان المطلوب تسليمه من مواطني الدولة الطرف في هذه الاتفاقيات، وهكذا فإن هذا الاستثناء لا يشمل الدول الأطراف في الاتفاقيات الأخرى التي لم تتضمن هذا الاستثناء، بل إنه حتى في مواجهة الدول الأطراف في الاتفاقيات التي تضمنت هذا الاستثناء فإنها لا تستفيد منه إلا إذا كان المطلوب تسليمه من مواطني هذه الدولة (الطالبة في هذه الحالة).

رابعاً: وفيما يتعلق بموضوع الاختصاص الجنائي، فهل يعتد بالاختصاص الجنائي على الجريمة موضوع التسليم بالنسبة للدولة المطلوب إليها التسليم (الكويت مثلاً)، بحيث لا يجوز التسليم إذا كانت هذه الدولة مختصة جنائياً بملاحقة ومعاقبة المطلوب تسليمه؟ قبل الإجابة عن هذا السؤال الجوهرى يجب أن نبين مبادئ الاختصاص الجنائي التي يأخذ بها القانون الكويتي:

١ - **مبدأ الإقليمية:** ورد النص على هذا المبدأ في المادة ١١ من قانون الجزاء الكويتي، حيث جاء فيها أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل شخص يرتكب في إقليم الكويت وتوابعها جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه، وتسري على كل شخص يرتكب خارج إقليم الكويت فعلاً يجعله فاعلاً أصلياً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في الكويت" (٢٠٢).

وبناءً على النص السابق فإن مبدأ الإقليمية الذي يأخذ به القانون الكويتي يتسع ليشمل الجرائم التي تقع في إقليم دول الكويت بكل تقسيماته (الإقليم البري والبحري والجوي) سواء أكان الجاني موجوداً في الكويت أم موجوداً في الخارج، مادامت الجريمة قد وقعت في الكويت، وبغض النظر أيضاً عن جنسية هذا الجاني.

(٢٠٢) المادة ١١ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

٢ - مبدأ الشخصية: يأخذ القانون الكويتي بمبدأ الشخصية بصورته الإيجابية (أي بالنظر إلى جنسية الجاني)، حيث يطبق قانون الجزاء الكويتي على كل كويتي يرتكب خارج الكويت جريمة معاقباً عليها في قوانين كلتا الدولتين (الدولة الأجنبية والكويت)، إذا عاد إلى الكويت دون أن يكون قد تمت مساءلته عن هذه الجريمة، وفي ذلك تنص المادة ١٢ من قانون الجزاء الكويتي على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل شخص كويتي الجنسية يرتكب خارج الكويت فعلاً معاقباً عليه طبقاً لأحكام القانون الساري في المكان الذي ارتكب فيه هذا الفعل، وذلك إذا عاد إلى الكويت دون أن تكون المحاكم الأجنبية قد برأته مما أسند إليه" (٢٠٣).

أما الاختصاص الشخصي بصورته السلبية (أي بالنظر إلى جنسية المجني عليه)، فقد ورد النص عليه في قوانين خاصة متعلقة بجرائم معينة جاءت على سبيل الحصر، وهي الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية التي جاء النص عليها في القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ (٢٠٤)، حيث جاء في المادة ٩ من هذا القانون أنه تسري أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها فيه أيّاً كان مكان ارتكابها "د- إذا كان المجني عليه كويتي الجنسية" (٢٠٥).

كما جعلت مسألة ممارسة الاختصاص الشخصي السلبي بالنسبة للكويت جوازية ترجع إلى تقديرها فيما يتعلق ببعض الجرائم الدولية التي جاء النص عليها في بعض الاتفاقيات الدولية، والتي - كما ذكر سابقاً - أصبحت جزءاً من النظام القانوني الداخلي بعد المصادقة عليها ويكون لها قوة القانون العادي، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:

(٢٠٣) المادة ١٢ من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٢٠٤) راجع المواد ٢ و ٣ و ٥ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.

(٢٠٥) المادة ٩ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.

- المادة ٥ (١) (د) من المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٨ بالموافقة على الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩^(٢٠٦).
- المادة ٥ (١) (ج) من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ بالموافقة على اتفاقية مناهضة التعذيب لعام ١٩٨٤^(٢٠٧).
- المادة ٦ (٢) (ب) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨^(٢٠٨).
- المادة ٣ (٢) (ب) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى بروتوكول روما المتعلق بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري^(٢٠٩).

(٢٠٦) جاء في المادة ٥ (١) (د) من المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٨ بالموافقة على الانضمام إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩ أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة لتقرير ولايتها القضائية على أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ١، ترتكب: د- إزاء رهينة يكون من مواطني تلك الدولة، إذا رأت تلك الدولة ذلك مناسباً".

(٢٠٧) نصت المادة ٥ (١) (ج) من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ بالموافقة على اتفاقية مناهضة التعذيب لعام ١٩٨٤ على أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف بما يلزم من الإجراءات لإقامة ولايتها القضائية على الجرائم المشار إليها في المادة (٤) في الحالات التالية: (ج) عندما يكون المعتدى عليه من مواطني تلك الدولة، إذا اعتبرت ذلك مناسباً".

(٢٠٨) نصت المادة ٦ (٢) (ب) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨ على أنه: "٢- كما يمكن للدولة أن تفرض ولايتها على مثل هذا الجرم في الحالات التالية: (ب) عند تعرض أحد مواطني الدولة أثناء ارتكاب الجرم للاحتجاز أو التهديد أو الإصابة بجراح أو القتل".

(٢٠٩) جاء في المادة ٣ (٢) (ب) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى بروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري لعام ١٩٨٨ أنه: "٢- كما يمكن للدولة أن تفرض ولايتها على مثل هذا الجرم في الحالات التالية: (ب) عند تعرض أحد مواطني الدولة أثناء ارتكاب الجرم للاحتجاز أو التهديد أو الإصابة بجراح أو القتل".

- المادة ٣ (٢) (ب) من المرسوم رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية الطفل بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام ٢٠٠٠^(٢١٠).
- المادة ١٠ (٢) (ب) من المرسوم رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٨^(٢١١).
- المادة ١٥ (٢) (أ) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠^(٢١٢).
- المادة ٤٢ (٢) (أ) من القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد^(٢١٣).

(٢١٠) نصت المادة ٤ (٢) (ب) من المرسوم رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية الطفل بشأن بيع واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام ٢٠٠٠ على أنه: "٢- يجوز لكل دولة طرف أن تتخذ من التدابير ما تراه ضرورياً لإقامة ولايتها القضائية على الجرائم المشار إليها في الفقرة (١) من المادة (٢) في الحالات التالية ذكرها: (ب) عندما تكون الضحية مواطناً من مواطني تلك الدولة".

(٢١١) جاء في المادة ١٠ (٢) (ب) من المرسوم رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٤ على أنه: "٢- للدولة الطرف أن تقيم أيضاً ولايتها على أي من تلك الجرائم في حالة ارتكابها: (ب) أو فيما يتعلق بأحد رعايا تلك الدولة".

(٢١٢) نصت المادة ١٥ (٢) (أ) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ على أنه: "٢-.. يجوز للدولة الطرف أن تؤكد أيضاً سريان ولايتها القضائية على أي جرم من هذا القبيل في الحالات التالية: (أ) عندما يرتكب الجرم ضد أحد مواطني تلك الدولة الطرف".

(٢١٣) جاء في المادة ٤٢ (٢) (أ) من القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ أنه: "٢-.. يجوز للدولة الطرف أن تخضع أيضاً أي جرم من هذا القبيل لولايتها القضائية في الحالات التالية: عندما يرتكب الجرم ضد أحد مواطني تلك الدولة الطرف".

=

- المادة ٧ (٢) (أ) من القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩^(٢١٤).
 - المادة ٩ (٢) (أ) من القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥^(٢١٥).
- ففي كل الحالات السابقة تكون مسألة ممارسة الاختصاص الشخصي السلبي، أي عندما يكون المجني عليه كويتي الجنسية، هي أمر اختياري للكويت، ولكنه يكون كذلك فقط عندما يتعلق الأمر بالجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات دون سواها.

٣ - **الاختصاص العيني:** ويعني سريان القانون الجنائي على كل جريمة تمس مصلحة أساسية أو حيوية للدولة أياً كان مكان ارتكابها أو جنسية مرتكبها، وقد أخذ القانون الكويتي بمبدأ العينية سواء في قانون الجزاء أو في قوانين جنائية خاصة بجرائم محددة أو في قوانين (مراسيم لها قوة القانون) بمناسبة المصادقة على اتفاقيات دولية متعلقة بمكافحة جرائم دولية معنية.

= والجرائم التي تغطيها هذه الاتفاقية هي رشوة الموظفين العموميين والوطنيين والأجانب وموظفي مؤسسات الدولة، واختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريبها من قبل موظف عمومي، والمتاجرة بالنفوذ، وإساءة استغلال الوظيفة، والإثراء غير المشروع، والرشوة في القطاع الخاص، واختلاس الممتلكات في القطاع الخاص، وغسل العائدات الإجرامية، وإخفاء الممتلكات، وإعاقة سير العدالة.

(٢١٤) نصت المادة ٧ (٢) (أ) من القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ على أنه: "٢ - يجوز أيضاً لكل دولة طرف أن تقرر ولايتها القضائية على جرائم من هذا القبيل في الحالات التالية: (أ) إذا كان هدف الجريمة أو نتيجتها ارتكاب إحدى الجرائم المشار إليها في المادة ٢.. ضد أحد رعاياها".

(٢١٥) جاء في المادة ٩ (٢) (أ) من القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥ أنه يجوز للدولة الطرف أن تقيم ولايتها القضائية عندما ترتكب الجرائم المشمولة بموجب هذه الاتفاقية "ضد أحد مواطني تلك الدولة".

وفيما يتعلق بقانون الجزاء الكويتي فقد ورد النص على مبدأ العينية في مواقع كثيرة فيما يتعلق بالجرائم المتعلقة بأمن الدولة، وخصوصاً جرائم أمن الدولة الخارجي، ومن ذلك مثلاً:

- المادة ١ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، والتي جاء فيها أنه: "يعاقب بالإعدام: ج- كل من سعى لدى دولة أجنبية أو تخابر معها أو مع أحد ممن يعملون لمصلحتها للقيام بأعمال عداوية ضد الكويت. د- كل من سعى لدى دولة أجنبية معادية أو تخابر معها أو مع أحد ممن يعملون لمصلحتها لمعاونتها في عملياتها الحربية أو للإضرار بالعمليات الحربية لدولة الكويت".
- المادة ٢ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، والتي جاء فيها أنه: "يعاقب بالحبس المؤبد إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب وبالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات إذا ارتكبت في زمن السلم: أ- كل من سعى لدى دولة أجنبية أو أحد ممن يعملون لمصلحتها أو تخابر معها أو معه وكان من شأن ذلك الإضرار بمركز الكويت الحربي أو السياسي أو الدبلوماسي أو الاقتصادي".
- المادة ٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، والتي جاء فيها أنه: "يعاقب بالحبس المؤبد كل شخص كلف بالمفاوضة مع حكومة أجنبية في شأن من شؤون الدولة فتعتمد إجراءاتها ضد مصلحتها".
- المادة ١٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، والتي جاء فيها أنه: "يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات كل كويتي أو مستوطن في الكويت أذاع عمداً في الخارج أخباراً أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو مغرضة حول الأوضاع الداخلية للبلاد وكان من شأن ذلك إضعاف الثقة المالية بالدولة أو

هيبتها واعتبارها، أو باشر بأية طريقة كانت نشاطاً من شأنه الإضرار بالمصالح القومية للبلاد" (٢١٦).

أما القوانين الجنائية الخاصة المتعلقة بجرائم محددة، والتي أخذت بها دولة الكويت بمبدأ العينية فيوجد مثالان في هذا الصدد:

- القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ في شأن حماية الأموال العامة، حيث نصت المادة ٤ منه على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب خارج إقليم الكويت جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه".
- القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية، حيث نصت المادة ٩ منه على أنه تسري أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها فيه أيّاً كان مكان ارتكابها، وذلك في الأحوال التالية: "أ- إذا ارتكبت الجريمة ضد ... طائرة مسجلة في دولة الكويت أو طائرة مؤجرة إلى مستأجر يكون مركز أعماله الرئيسي أو محل إقامته في دولة الكويت. ب- إذا كان من شأن ارتكاب الجريمة أن تتعرض للخطر طائرة مسجلة أو مستأجرة..". إلى مستأجر يكون مركز أعماله الرئيسي أو محل إقامته في دولة الكويت، وهنا الحديث ليس عن مسألة وقوع الجريمة على متن هذه الطائرة، ومن ثم نكون أمام اختصاص إقليمي، بل هو عن المتضرر أو المستهدف من وراء ارتكاب هذه الجريمة على اعتبار أن هذا القانون قد أورد بعض الجرائم التي قد تقع خارج الطائرة ولكن تصيبها بالضرر، ومن ذلك مثلاً ما جاء في المادة ٢ (ج) من القانون بأنه

(٢١٦) ويشير البعض إلى هذا النص باعتباره مثلاً لمبدأ الشخصية الإيجابي وليس لمبدأ العينية، والحقيقة أنه وإن كان هذا النص يشترط أن يكون الجاني كويتياً (مستوطن في الكويت)، وهو بذلك يقترب من مبدأ الشخصية الإيجابي إلا أنه لا يشترط أن يكون الفعل مجزماً في إقليم الدولة الأجنبية التي وقع فيها، وهو بذلك يقترب من مبدأ العينية الذي يهتم فقط بالمصالح التي تضررت، وهي مصالح كويتية في هذا المثال. انظر:

- د. مبارك عبدالعزيز النوييت، مرجع سابق، ص ١٠٣.

يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية: "ج- إذا قام بأي عمل من شأنه تدمير أو إتلاف تجهيزات حرم المطار أو التدخل في تشغيلها وتعريض سلامة الطائرات في حالة الطيران للخطر. د- إذا قام بإبلاغ معلومات يعلم أنها كاذبة وكان من شأن ذلك تعريض سلامة الطائرات في حالة الطيران للخطر" (٢١٧).

أما فيما يتعلق بقوانين أو مراسيم المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة جرائم دولية معينة التي أصبحت جزءاً من القانون الكويتي، وتطبق متى كانت نصوصها كافية بذاتها وصالحة للتطبيق، والتي أخذت بمبدأ العينية وجعلت منه اختصاصاً إجبارياً تلتزم الدول الأطراف، ومنها الكويت، بعقده متى توافرت شروطه، فهي كالتالي:

- المادة ٣ (١) (ج) من المرسوم بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٨٨ بالموافقة على الانضمام إلى اتفاقية منع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية ومن ضمنهم الموظفون الدبلوماسيون لعام ١٩٧٣ (٢١٨).

(٢١٧) تعتبر الطائرة في حالة طيران منذ إغلاق جميع أبوابها الخارجية بعد صعود الركاب أو شحنها، حتى يتم فتح أي من هذه الأبواب من أجل نزولهم أو تفرغها، وفي حالة الهبوط الاضطراري يستمر اعتبار الطائرة في حالة طيران حتى تتولى السلطات المختصة مسؤوليتها عن الطائرة وما على متنها من أشخاص وأموال (المادة ١ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية).

(٢١٨) نصت المادة ٣ (١) (ج) من المرسوم بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٨٨ بالموافقة على الانضمام إلى اتفاقية منع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية ومن ضمنهم الموظفون الدبلوماسيون لعام ١٩٧٣ حيث نصت على أنه: "١- تتخذ كل دولة من الدول الأطراف ما قد يلزم من التدابير لتقرير ولايتها على الجرائم المنصوص عليها في المادة ٢ في الأحوال التالية: (ج) متى ارتكبت الجريمة ضد شخص يتمتع بحماية دولية بالمعنى الوارد في المادة ١، ويكون له هذا المركز بحكم وظائف يمارسها باسم هذه الدولة".

- المادة ٥ (١) (ج) من المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٨ بالموافقة على الانضمام إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩ (٢١٩).
- المادة ٣ (١) (هـ) من القانون رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠ (٢٢٠).
- المادة ٩ (١) (ج) من القانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠ (٢٢١).
- المادة ١٢ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠ (٢٢٢).
- المادة ٣٩ (١) (هـ) من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على

(٢١٩) جاء في المادة ٥ (١) (ج) من المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٨٨ بالموافقة على الانضمام إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩ أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف التدابير اللازمة لتقرير ولايتها القضائية على أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ١، ترتكب: ج- من أجل إكراه تلك الدولة على القيام بفعل معين أو الامتناع عن القيام به".

(٢٢٠) نصت المادة ٣٠ (١) (هـ) من القانون رقم ٦٠ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠ أنه تلتزم كل دولة طرف بتبني الإجراءات الضرورية لمد اختصاصها على أي من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية "هـ- إذا كانت الجريمة تمس أحد المصالح العليا للدولة".

(٢٢١) جاء في المادة ٩ (١) (ج) من القانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠ أنه تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية للولاية القضائية للدولة الطرف إذا "ج- ارتكب الجرم ضد مصلحة الدولة الطرف...".

(٢٢٢) نصت المادة ١٢ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠ على أنه تتخذ كل دولة طرف ما يلزم لعقد ولايتها القضائية "عندما ترتكب هذه الأفعال خارج إقليمها إضراراً بمصالحها".

الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠ (٢٢٣).

وهناك أيضاً قوانين (أو مراسيم) بالمصادقة على اتفاقيات دولية متعلقة بمكافحة جرائم دولية معينة جعلت مسألة إقامة الاختصاص الجنائي استناداً إلى مبدأ العينية مسألة جوازية بالنسبة إلى الدول الأطراف ترجع إلى تقدير كل منها، وهي كما يلي:

- المادة ٦ (٢) (ج) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨ (٢٢٤).
- المادة ٣٠ (٢) (ج) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى بروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري لعام ١٩٨٨ (٢٢٥).
- المادة ١٠ (٢) (ج) من المرسوم رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على

(٢٢٣) جاء في المادة ٣٩ (١) (هـ) من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠ أنه تقيم الدول الأطراف ولايتها القضائية على الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية "هـ - إذا كانت الجريمة تمثل اعتداء على إحدى المصالح العليا للدولة".

(٢٢٤) نصت المادة ٦ (٢) (ج) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨ على أنه: "٢- كما يمكن للدولة أن تفرض ولايتها على مثل هذا الجرم في الحالات التالية: (ج) عند ارتكاب الجرم في محاولة لإجبار الدولة على القيام بعمل من الأعمال أو الامتناع عن القيام به".

(٢٢٥) جاء في المادة ٣ (٢) (ج) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى بروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري لعام ١٩٨٨ أنه: "٢- كما يمكن للدولة أن تفرض ولايتها على مثل هذا الجرم في الحالات التالية: (ج) عند ارتكاب الجرم في محاولة لإجبار الدولة على القيام بعمل من الأعمال أو الامتناع عن القيام به".

اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٤^(٢٢٦).

— المادة ٤٢ (٢) (د) من القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣^(٢٢٧).

— المادة ٧ (٢) (ب) و(ج) من القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩^(٢٢٨).

— المادة ٩ (٢) (ب) و(د) من القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥^(٢٢٩).

(٢٢٦) نصت المادة ١٠ (٢) (ج) من المرسوم رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٤ على أنه: "٢- للدولة الطرف أن تقيم أيضاً ولايتها على أي من تلك الجرائم في حالة ارتكابها: (ج) أو في محاولة لإجبار تلك الدولة على القيام بعمل ما أو الامتناع عنه".

(٢٢٧) جاء في المادة ٤٢ (٢) (د) من القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ أنه: "٢-.. يجوز للدولة الطرف أن تخضع أيضاً أي جرم من هذا القبيل لولايتها القضائية في الحالات التالية: (د) عندما يرتكب الجرم ضد الدولة الطرف".

(٢٢٨) نصت المادة ٧ (٢) (ب) و(ج) من القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ على أنه: "يجوز أيضاً لكل دولة طرف أن تقرر ولايتها القضائية على جرائم من هذا القبيل في الحالات التالية...: (ب) إذا كان هدف الجريمة أو نتيجتها ارتكاب إحدى الجرائم المشار إليها في المادة ٢ الفقرة ١ (أ) أو (ب) منها ضد مرفق حكومي أو عام تابع لتلك الدولة وموجود خارج إقليمها... أو (ج) إذا كان هدف الجريمة أو نتيجتها ارتكاب إحدى الجرائم المشار إليها في المادة ٢ الفقرة ١ (أ) أو (ب) منها محاولة لإكراه تلك الدولة على القيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام به".

(٢٢٩) جاء في المادة ٩ (٢) (ب) و(د) من القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥ أنه: يجوز للدولة الطرف أن

٤ - الاختصاص العالمي: ويقصد به إمكان قيام أي دولة بإخضاع جرائم منصوص عليها في قوانينها إلى اختصاصها الجنائي بغض النظر عن مكان ارتكابها أو جنسية الجاني أو المجني عليه فيها وبغض النظر عن كونها أضرت بمصلحة هذه الدولة أو لم تفعل.

وقد ورد النص على مبدأ العالمية في نوعين من القوانين: النوع الأول هو قوانين قائمة بذاتها، وإن كانت في حقيقتها هي قوانين تنفيذية لاتفاقيات دولية ارتبطت بها دولة الكويت، وأما النوع الثاني فهو عبارة عن قوانين (أو مراسيم لها قوة القانون) بالمصادقة على اتفاقيات دولية متعلقة بمكافحة بعض الجرائم الدولية، والنوع الأول والثاني كلاهما يعد قوانين داخلية تطبق في الأحوال التي تستدعي تطبيقها.

وفيما يتعلق بالنوع الأول من القوانين فيمكن الإشارة في هذا الشأن إلى القوانين التالية:

- القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية، حيث جاء في المادة ٩ منه أنه: "تسري أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها فيه أيّاً كان مكان ارتكابها، وذلك في الأحوال التالية ...ج- إذا هبطت الطائرة التي ارتكبت ضدها أو على متنها الجريمة في دولة الكويت وما يزال المتهم على متنها" (٢٣٠).

= تقيم ولايتها القضائية على أية جريمة "ب- ترتكب...ضد مرفق عام أو حكومي تابع لتلك الدولة بالخارج، بما في ذلك السفارات أو غيرها من الأماكن الدبلوماسية أو القنصلية التابعة لتلك الدولة" أو عندما "د- ترتكب الجريمة في محاولة لارغام تلك الدولة على القيام بأي عمل من الأعمال أو الامتناع عن القيام به".

(٢٣٠) والحقيقة أنه قد يقال في هذا الشأن أن هذه الحالة هي في حقيقتها تطبيق لمبدأ الإقليمية على اعتبار أن آثار الجريمة التي وقعت على متن الطائرة قد امتدت إلى إقليم هذه الدولة (دولة المطار)، ومن ثم فهي تختص بها تطبيقاً لمبدأ الإقليمية وليس العالمية، ويمكن الرد على ذلك بالقول إن ما سبق قد يكون متصوراً، حيث تكون المسألة متعلقة بمبدأ الإقليمية، ولكن هناك حالات أخرى كثيرة تكون فيها الجريمة قد =

- القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، حيث عاقبت المادة ٣ على جريمة تمويل العمل الإرهابي الذي جاء تعريفه في المادة ١ من القانون بأنه: "كل فعل أو شروع في ارتكابه بدولة الكويت أو في أي مكان آخر...".

وفيما يتعلق بالنوع الآخر من القوانين التي تضمنت مبدأ العالمية فهي قوانين أو مراسيم المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة بعض الجرائم الدولية، والتي ألزمت الدول الأطراف بإقامة ولايتها القضائية على المتهم أو المشتبه به بارتكاب هذه الجرائم متى ما وُجد هذا الشخص على إقليمها بغض النظر عن مكان ارتكاب هذه الجرائم أو جنسية الجاني أو المجني عليه أو المصالح التي تضررت، وهي كما يلي:

- المادة ٥ (٢) من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ بالموافقة على اتفاقية مناهضة التعذيب لعام ١٩٨٤ (٢٣١).

- المادة ٦ (٤) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨ (٢٣٢).

= انتهت قبل هبوط الطائرة في دولة المطار، ومن ذلك محاولة تفجير فاشلة للطائرة وهي في السماء والقبض على الجاني، ففي هذه الحالة تكون دولة المطار مختصة جنائياً بملاحقة هذا الشخص استناداً إلى مبدأ العالمية وليس الإقليمية.

(٢٣١) نصت المادة ٥ (٢) من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ بالموافقة على اتفاقية مناهضة التعذيب لعام ١٩٨٤ على أنه: "تتخذ كل دولة طرف بالمثل ما قد يلزم من الإجراءات لإقامة ولايتها القضائية على هذه الجرائم في الحالات التي يكون فيها مرتكب الجريمة المزعوم موجوداً في أي إقليم يخضع لولايتها ولا تقوم بتسليمه...".

(٢٣٢) جاء في المادة ٦ (٤) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨ أنه: "تقوم كل دولة طرف باتخاذ ما يلزم من إجراءات لفرض ولايتها على الأفعال الجرمية المحددة في المادة (٣) في الحالات التي يكون فيها الظنين موجوداً في أراضيها ولا تقوم بتسليمه إلى أي من الدول الأطراف...".

- المادة ٣ (٤) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى بروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري لعام ١٩٨٨ (٢٣٣).
 - المادة ٨ (٢) من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لعام ١٩٧٩ (٢٣٤).
 - المادة ٦ (٤) من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٧٩ (٢٣٥).
 - المادة ١٠ (٤) من المرسوم رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بهم لعام ١٩٩٤ (٢٣٦).
-
- (٢٣٣) نصت المادة ٣ (٤) من القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى بروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري لعام ١٩٨٨ على أنه: "تقوم كل دولة طرف باتخاذ ما يلزم من إجراءات لفرض ولايتها على الأفعال الجرمية المحددة في المادة (٣) في الحالات التي يكون فيها الظنين موجوداً في أراضيها ولا تقوم بتسليمه إلى أي من الدول الأطراف...".
- (٢٣٤) جاء في المادة ٨ (٢) من القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لعام ١٩٧٩ أنه: "وبالمثل تتخذ كل دولة طرف ما يلزم من التدابير لتثبيت ولايتها القضائية على هذه الجرائم في الحالات التي يكون فيها المنسوب إليه ارتكاب الجريمة موجوداً في إقليمها ولا تسلمه...".
- (٢٣٥) نصت المادة ٦ (٤) من القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٧٩ على أنه: "كذلك تتخذ كل دولة طرف ما يلزم من تدابير لتقرير ولايتها القضائية على الجرائم المنصوص عليها في المادة (٢) في الحالات التي يكون فيها الشخص المدعى ارتكابه الجريمة موجوداً في إقليمها ولا تسلمه إلى أي من الدول الأطراف...".
- (٢٣٦) جاء في المادة ١٠ (٤) من المرسوم رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٤ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بهم لعام =

- المادة ١٥ (٤) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ (٢٣٧).
 - المادة ٧ (٤) من القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ (٢٣٨).
 - المادة ١٠ من القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥ (٢٣٩).
 - المادة ٩ (٢) من القانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠ (٢٤٠).
-
- = ١٩٩٤ أنه: "تتخذ كل دولة طرف ما يلزم من تدابير لإقامة ولايتها على الجرائم المبينة في المادة (٩) إذا كان المدعى ارتكابه الجريمة موجوداً في إقليمها ولم تقم بتسليمه...".
- (٢٣٧) نصت المادة ١٥ (٤) من القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ على أنه: "تعتمد أيضاً كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير لتأكيد سريان ولايتها القضائية على الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية عندما يكون الجاني المزعوم موجوداً في إقليمها ولا تقوم بتسليمه".
- (٢٣٨) جاء في المادة ٧ (٤) من القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ أنه: "تتخذ كل دولة طرف أيضاً التدابير اللازمة لتقرير ولايتها القضائية فيما يتصل بالجرائم المشار إليها في المادة ٢ في الحالات التي يكون فيها مرتكب الجريمة المفترض موجوداً في إقليمها، وفي حالات عدم قيامها بتسليمه إلى أي من الدول الأطراف التي قررت ولايتها القضائية وفقاً للفقرة ١ أو ٢".
- (٢٣٩) نصت المادة ١٠ من القانون رقم ٨٦ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥ على أنه: "لدى تلقي الدولة الطرف معلومات تفيد... أن الشخص الذي ارتكب تلك الجريمة [أي الجرائم المشمولة بالاتفاقية] أو يدعى أنه ارتكبها، قد يكون موجوداً في إقليمها، تتخذ الدولة الطرف المعنية ما يلزم من تدابير طبقاً لقانونها الوطني للتحقيق في الوقائع التي تتضمنها تلك المعلومات" وتضمن بعد ذلك "حضور ذلك الشخص لغرض المحاكمة أو التسليم".
- (٢٤٠) جاء في المادة ٩ (٢) من القانون رقم ٩٢ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠ أنه: "تعتمد كل دولة طرف ما يلزم من تدابير =

- المادة ٣٩ (١) (د) من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠ (٢٤١).

ويوجد هناك أيضاً قوانين أخرى بالمصادقة على اتفاقيات دولية جعلت من ممارسة الاختصاص العالمي بالنسبة للدول الأطراف مسألة اختيارية تقرر كل منها على ضوء ما تراه مناسباً، وهذه القوانين هي كما يلي:

- المادة ٤ (٢) (ب) من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٥ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٩٤ (٢٤٢).

- المادة ٤٢ (٤) من القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ (٢٤٣).

= لإخضاع الأفعال المجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية لولايتها القضائية عندما يكون مرتكب هذه الأفعال موجوداً في إقليمها ولا تقوم بتسليمه".

(٢٤١) نصت المادة ٣٩ (١) (د) من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٣ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠ على أنه تقيم الدولة ولايتها القضائية "د- إذا وجد فاعل الجريمة أو الشريك أو المساهم في ارتكابها في إقليم الدولة سواء أكان يقيم فيها على نحو معتاد أم عابر".

(٢٤٢) جاء في المادة ٤ (٢) (ب) من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٥ بالموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٩٤ أنه: "يجوز له [الطرف في الاتفاقية] أن يتخذ ما قد يلزم من تدابير لتقرير اختصاصه القضائي في مجال الجرائم التي يقررها وفقاً للفقرة (١) من المادة (٢)، عندما يكون الشخص المنسوب إليه ارتكاب الجريمة موجوداً في إقليمه ويفرض تسليمه إلى طرف آخر".

(٢٤٣) نصت المادة ٤٢ (٤) من القانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣ على أنه: "يجوز لكل دولة طرف أيضاً أن تعتمد ما قد يلزم من تدابير لإخضاع الأفعال المجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية لولايتها القضائية عندما يكون الجاني المزعوم موجوداً في إقليمها ولا تقوم بتسليمه".

وعوداً على بدء وهو السؤال المتعلق بأثر الاختصاص الجنائي على الجريمة موضوع التسليم لدولة الكويت على طلب التسليم من حيث قبوله أو رفضه. يؤدي مبدأ الإقليمية سواء من جهة الدولة طالبة أو من جهة الدولة المطلوب إليها التسليم دوراً محورياً في مسألة التسليم، فمن جهة الدولة طالبة فإن التسليم لا يقبل طبقاً لبعض الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت إلا إذا كانت الجريمة موضوع التسليم قد وقعت في إقليم الدولة طالبة، وأما إذا وقعت خارجها فلا يكون التسليم واجباً إلا إذا كانت قوانين الدولة المطلوب إليها التسليم تعاقب على ذات الفعل إذا وقع خارج إقليمها^(٢٤٤).

وهكذا فمن خلال النصوص السابقة يتضح أنه ليس هناك ما يمنع التسليم، بل يكون واجباً، إذا وقعت الجريمة موضوع التسليم خارج إقليم الدولة طالبة التسليم، مادامت قوانين كلتا الدولتين (الطالبة والمطلوب إليها التسليم) تعاقب على مثل هذه الجريمة إذا وقعت خارج إقليمهما.

ومما يساعد أيضاً على الوصول إلى هذه النتيجة أن نصوصاً أخرى في الاتفاقيات نفسها لم تجز التسليم إذا كان الشخص المطلوب تسليمه قيد التحقيق أو المحاكمة عن ذات الجريمة المطلوب تسليمه من أجلها^(٢٤٥). وهو ما

(٢٤٤) نصت المادة ٢ من اتفاقية التسليم العربية لعام ١٩٥٢ على أنه: "يكون التسليم واجباً إذا كان الشخص المطلوب تسليمه ملاحقاً أو متهماً أو محكوماً عليه في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة الثالثة إذا ارتكبت هذه الجريمة في أرض الدولة طالبة التسليم، أما إذا كانت الجريمة قد ارتكبت خارج أرض الدولتين - طالبة التسليم والمطلوب إليها التسليم - فلا يكون التسليم واجباً إلا إذا كانت قوانين الدولتين تعاقب على ذات الفعل إذا ارتكب خارج أراضيها". انظر كذلك: المادة ٢ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية، والمادة ٤٤ (أ) من الاتفاقية الكويتية السورية، والمادة ٤٨ (أ) من الاتفاقية الكويتية الأردنية، والمادة ٥٢ من الاتفاقية الكويتية اليمنية.

(٢٤٥) مثال على ذلك: المادة ٥ من الاتفاقية الكويتية اللبنانية التي نصت على أنه: "لا يجري التسليم إذا كان الشخص المطلوب تسليمه قد سبقت محاكمته عن الجريمة التي طلب تسليمه من أجلها فبرئ أو عوقب أو كان قيد التحقيق أو المحاكمة عن ذات الجريمة المطلوب تسليمه من أجلها في الدولة المطلوب إليها التسليم...". راجع كذلك: المادة ٥ =

يفيد - طبقاً لمفهوم المخالفة - أنه لو ورد طلب التسليم قبل أن تبدأ إجراءات التحقيق أو المحاكمة في الدولة المطلوب إليها التسليم فإن التسليم يكون واجباً (أو جائزاً على الأقل)، حتى إذا كانت الأخيرة مختصة جنائياً بالجريمة موضوع التسليم طبقاً لأي من مبادئ الاختصاص الجنائي، بما في ذلك مبدأ الإقليمية.

وأما من جهة الدولة المطلوب إليها التسليم فقد تضمنت غالبية الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت نصوصاً مفادها عدم جواز التسليم إذا كانت الجريمة موضوع التسليم قد ارتكبت في إقليم الدولة المطلوب إليها التسليم^(٢٤٦). ولعل ذلك يحقق الأغراض التي من أجلها تم وضع مبدأ الإقليمية كمبدأ، أهم مبدأ، من مبادئ الاختصاص الجنائي، وهي كما يلي:

١ - احترام سيادة الدولة من خلال سريان قوانينها الجزائية على كل ما يقع على إقليمها من جرائم.

٢ - تحقيق العدالة الجنائية، إذ إن دولة مكان الجريمة هي التي تتوفر فيها الأدلة والشهود والبراهين.

٣ - تحقيق الردع العام من خلال محاكمة من يرتكب الجريمة في إقليم الدولة حتى يرتدع سكان هذا الإقليم.

ولكن طبقاً لهذه الاتفاقيات الدولية ليس هناك ما يمنع التسليم إذا كانت الدولة المطلوب إليها التسليم مختصة طبقاً لمبادئ الاختصاص الجنائي الأخرى (عدا الإقليمية ومبدأ الشخصية الإيجابي)، والدليل على ذلك أن هذه الاتفاقيات تضمنت

= من اتفاقية التسليم العربية لعام ١٩٥٢، والمادة ٤٥ (سابعاً) من الاتفاقية الكويتية السورية.

(٢٤٦) نصت المادة ٣٣ (٤) من الاتفاقية الكويتية التركية على أنه: "لا يجوز التسليم: ٤-إذا كانت الجريمة المطلوب من أجلها التسليم قد ارتكبت كلها أو بعضها في الدولة المطلوب منها التسليم". انظر كذلك: المادة ٣٩ (ج) من الاتفاقية الكويتية المصرية، والمادة ٣٩ (ج) من الاتفاقية الكويتية التونسية، والمادة ٣٧ (١) (ب) من الاتفاقية الكويتية البلغارية، والمادة ٣١ (١) (ب) من الاتفاقية الكويتية الإيرانية.

نصوصاً لا تجيز التسليم إذا كانت الدولة المطلوب إليها التسليم قد سبق أن وجهت الاتهام الجنائي للشخص المطلوب تسليمه عن الجريمة موضوع التسليم قبل ورود طلب التسليم إليها^(٢٤٧). وهذا يعني أنه إذا ورد طلب التسليم قبل البدء في هذه الإجراءات الجنائية فسوف يكون التسليم ممكناً، ولو كانت الدولة المطلوب إليها التسليم مختصة. بل إن اتفاقيات دولية أخرى جعلت مسألة البدء في إجراءات التحقيق أو المحاكمة بالنسبة للجريمة موضوع التسليم قبل ورود طلب التسليم بشأنها تجيز رفض التسليم فقط^(٢٤٨)، أي إنه يمكن مع ذلك قبول التسليم، فالرفض في هذه الحالة مسألة جوازية، وهذا ما يفيد بشكل قطعي لا لبس فيه باختصاص الدولة المطلوب إليها التسليم، ومع ذلك يكون التسليم جائزاً.

خامساً وأخيراً: هل يتصور التسليم لدولة ليس بينها وبين دولة الكويت اتفاقية تسليم استناداً إلى مبدأ المعاملة بالمثل باعتباره من أهم مصادر التسليم، كما تم إيضاحه سابقاً؟

إن المتفحص لنصوص القانون الكويتي يجد أنه تمت الإشارة إلى مبدأ المعاملة بالمثل في أكثر من قانون، وهي كما يلي:

(٢٤٧) جاء في المادة ٣٧ (١) (د) من الاتفاقية الكويتية البلغارية أنه: "١- لا يجوز التسليم في الحالات الآتية...د- إذا كانت قد اتخذت في حق الشخص المطلوب تسليمه على إقليم الدولة المطلوب إليها التسليم الإجراءات الجزائية عن نفس الجريمة موضوع الطلب، أو صدر بشأنها قرار واجب التنفيذ، أو إجراء نهائي آخر، أو حكم قضائي، أو اتخذ بشأنها قرار جزائي صادر عن سلطة أخرى مختصة بإجراءات الاتهام". انظر كذلك: المادة ٣٣ (٥) من الاتفاقية الكويتية التركية، والمادة ٣١ (١) (د) من الاتفاقية الكويتية الإيرانية، والمادة ٤٩ (سادساً) من الاتفاقية الكويتية الأردنية، والمادة ٥٣ (سابعاً) من الاتفاقية الكويتية اليمنية.

(٢٤٨) ومن الأمثلة: المادة ٣٩ (ز) من الاتفاقية الكويتية المصرية، والتي جاء فيها أنه: "كما يجوز رفض التسليم بالنسبة إلى جميع الجرائم التي يكون قد سبق توجيه الاتهام بشأنها في الدولة المطلوب إليها التسليم.. انظر كذلك: المادة ٣٩ (ز) من الاتفاقية الكويتية التونسية.

- المادة ١٩٩ من قانون المرافعات فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية، حيث جاء فيها أن: "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الكويت" (٢٤٩).
- المادة ١٧ من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال، حيث جاء فيها أنه: "يجوز للنيابة العامة إذا تلقت طلباً من السلطة القضائية المختصة بدولة أخرى أن تأمر بتعقب أو حجز الممتلكات أو العائدات أو الوسائط المرتبطة بجرائم منصوص عليها في هذا القانون إذا ارتكبت الجرائم في الدولة الأخرى وبالمخالفة لقوانينها، وذلك إذا وجدت اتفاقية ثنائية مصدق عليها مع تلك الدولة في هذا الشأن أو طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل" (٢٥٠).
- المادة ٢٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، حيث جاء فيها أنه: "تتبادل النيابة العامة طلبات التعاون الدولي مع الجهات المختصة في الأمور الجزائية في مجال جرائم غسل الأموال أو الجرائم الأصلية أو جرائم تمويل الإرهاب، وذلك بالنسبة إلى المساعدات والإنابات القضائية وتسليم المتهمين والمحكوم عليهم، والطلبات المتعلقة بتحديد الأموال أو تتبعها أو تجميدها أو حجزها أو مصادرتها، وذلك كله وفق القواعد التي تقررها الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي صدقت عليها دولة الكويت أو وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل" (٢٥١).

(٢٤٩) راجع: المادة ١٩٩ من قانون المرافعات الكويتي.

(٢٥٠) راجع: المادة ١٧ من القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال.

(٢٥١) القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الكويت اليوم، العدد ١١٣٧ - السنة التاسعة والخمسون (الأحد ٢٣/٦/٢٠١٣).

لذلك ونظرا لخلو النظام القانوني الكويتي من أي تنظيم قانوني للتسليم سواء على شكل قانون مستقل أو نصوص ضمن قانون آخر، فإنه يمكن من خلال النصوص المشار إليها أعلاه، والتي وإن كانت لا تتعلق كلها بالتسليم، القول بأن القانون الكويتي يقبل بمبدأ المعاملة بالمثل في المسائل المدنية والجزائية، بما في ذلك تسليم المتهمين أو المحكوم عليهم كما جاء ذلك صريحا في المادة ٢٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب^(٢٥٢).

غير أنه وعلى النقيض من النصوص السابقة التي تجيز المعاملة بالمثل في كثير من المسائل ومن بينها التسليم على النحو السابق بيانه، فقد كان الموقف الرسمي لدولة الكويت على المستوى الدولي مغايراً في هذا الصدد على النحو الذي يفهم منه أن الكويت لا تقبل التسليم إلا في ظل وجود اتفاقية دولية بهذا الخصوص. ففي عام ٢٠٠٦ قامت الكويت بإيداع وثيقة المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣، وأخطرت الأمين العام للأمم المتحدة بأنها تقبل أن تكون هذه الاتفاقية هي الأساس القانوني للتعاون بشأن التسليم مع سائر الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، وقد جاء هذا الإخطار تطبيقاً

(٢٥٢) نظراً لأن وزارة العدل هي الجهة المختصة بتلقي طلبات التسليم وغيرها من أوجه التعاون القانوني والقضائي كما جاء في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتسليم التي ارتبطت بها دولة الكويت، فقد قام وزير العدل بإصدار القرار الوزاري رقم ٤٩ لسنة ٢٠٠٥ الذي يفوض بمقتضاه النائب العام بالتصديق على جميع أوراق الإنابات القضائية وطلبات تسليم المجرمين وجميع المحررات اللازمة لتنفيذ اتفاقيات التعاون القضائي في المجال الجزائي بين دولة الكويت وغيرها من الدول.

راجع:

وزارة العدل، قرار وزاري رقم ٤٩ لسنة ٢٠٠٥، الكويت اليوم، العدد ٧٠٨ - السنة الحادية والخمسون (الأحد ٢٠/٣/٢٠٠٥).

وبذلك يكون هذا التفويض متوافقاً مع النصوص الجزائية المشار إليها أعلاه، والتي أعطت النية العامة دون سواها الاختصاص بمسائل التعاون الدولي بما في ذلك مسائل التسليم.

للمادة ٤٤ (٦) (أ) من الاتفاقية التي نصت على أنه: "٦- على الدولة الطرف التي تجعل التسليم مشروطاً بوجود معاهدة أ- أن تبلغ الأمين العام للأمم المتحدة، وقت إيداعها صك التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها، إذا كانت ستعتبر هذه الاتفاقية الأساس القانوني للتعاون بشأن التسليم مع سائر الدول الأطراف في هذه الاتفاقية". وبناء عليه فإن إصدار هذا الإخطار على هذا النحو يعني أن الكويت تُعد نفسها من الدول التي تجعل التسليم مشروطاً بوجود اتفاقية دولية مع الدولة المعنية كما جاء في الفقرة (٦) من المادة ٤٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

أما نحن فنرى أن هذا الموقف لم يعد قائماً لثلاثة أسباب: الأول أن القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب هو الأحدث في التعبير عن الموقف الكويتي من المسألة، ومن ثم يمكن النظر إليه باعتباره تغييراً أو تحولاً في الموقف في هذا الشأن، وأما السبب الثاني فهو أن القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ إنما جاء كذلك تطبيقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي أشارت إليها ديباجة هذا القانون، كما أشارت إليها مذكرته الإيضاحية التي قالت إن هذا القانون إنما صدر لمواكبة التطورات التي يشهدها العالم بما في ذلك إصدار الأمم المتحدة لاتفاقية مكافحة الفساد، وهذا يعني أن المشرع قد أخذ في الاعتبار نصوص هذه الاتفاقية والموقف الرسمي منها، ومع ذلك قرر القبول بمبدأ المعاملة بالمثل في مسائل التسليم، وأما السبب الأخير فهو أن هذا القانون ملزم لجميع الأفراد وجميع السلطات في الدولة، بما في ذلك وزارة الخارجية المعنية بإدارة الشؤون الخارجية، والتي تقوم بإيداع وثائق التصديق على الاتفاقية الدولية وإصدار الإخطارات الدولية بخصوصها.

ومن جماع ما سبق فإنه يمكن القول بأن النظام القانوني الكويتي يسمح بمبدأ المعاملة بالمثل باعتباره من مصادر التسليم، ومن ثم يمكن التسليم طبقاً لهذا المبدأ مع دول ليس بينها وبين دولة الكويت أي اتفاقية دولية ذات صلة.

الخاتمة:

رأينا فيما سبق معنى مبدأ ازدواجية التجريم في القانون الدولي، وكيف أنه قد يكون له معنى ضيق عند تطبيق يشترط فيه التطابق التام في الوصف الجرمي والتكييف القانوني للفعل موضوع التسليم في قوانين كلتا الدولتين، وقد يكون له معنى عام لا يشترط ذلك التطابق بقدر ما يشترط أن تكون العناصر المكونة للفعل مجرّمة في قوانين الدولتين حتى وإن اختلفت التكييفات القانونية، ثم انتقل الحديث بعد ذلك إلى أساليب تنظيم هذا المبدأ سواء من خلال ما يسمى بنظام القائمة الحصرية أو نظام الحد الأدنى للعقوبة أو النظام المختلط الذي يجمع بين النظامين السابقين، كذلك تم تناول المبررات القانونية والواقعية التي أدت إلى ظهور هذا المبدأ، ثم الاستثناءات التي قد ترد عليه، وأخيرا تم بحث بعض الصعوبات التي قد يثيرها تطبيق هذا المبدأ.

وفي المبحث الثاني الذي كانت الكويت وعلاقتها بهذا المبدأ هي محوره الرئيس، تم الوقوف على بعض النصوص الدستورية المتعلقة بالتسليم بشكل عام لما لها من علاقة بمبدأ ازدواجية التجريم، ثم انتقل النقاش بعد ذلك الى مبدأ ازدواجية التجريم في الاتفاقيات الدولية التي ارتبطت بها دولة الكويت سواء ما تعلق منها بمكافحة بعض صور الإجرام الدولي أو تلك المتعلقة بالتسليم على وجه التحديد أو اتفاقيات تعاون قانوني وقضائي كان التسليم هو أبرز صور هذا التعاون، وتأتي أهمية هذه الاتفاقيات من أنها تعد - بعد المصادقة - جزءاً من القانون الداخلي.

ولعل بعد هذه الدراسة التأصيلية لهذا الموضوع، وخصوصا من زاوية القانون الكويتي، فإنه ينبغي التأكيد على ضرورة قيام المشرع الكويتي بإصدار قانون مستقل ينظم مسائل التسليم، نظرا لخلو النظام القانوني في الكويت من مثل هذا القانون، ولا يغني عن هذا المطلب القول بوجود اتفاقيات دولية بهذا الخصوص، إذ إن هذه الاتفاقيات تبقى محدودة التطبيق في العلاقة بين الدول الأطراف، كما أن الاعتماد عليها وحدها قد يؤدي إلى اختلاف في المعاملة فيما يتعلق بالتسليم بين دولة وأخرى بحسب نصوص الاتفاقيات ذات الصلة التي قد

تختلف اختلافاً كبيراً على النحو السابق بيانه، ومن ثم يكون من شأن هذا القانون وضع التنظيم الشامل والموحد للتسليم، ويكون هو المرجع القانوني في أي اتفاقية دولية تبرمها دولة الكويت في المستقبل، ومما يجعل هذا الأمر ملحاً أيضاً هو تضمن بعض النصوص القانونية في بعض القوانين ما يجيز بإمكان تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل في التسليم على النحو السابق شرحه، وهنا لابد من وجود قواعد قانونية متعلقة بالتسليم تتضمن المبادئ الرئيسة فيه حتى لا يساء تطبيق هذا المبدأ؛ نظراً لعدم وجود أي محددات قانونية في شأنه.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، ط ٥، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٤/٢٠٠٥).
- د. أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٩).
- د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ط ٤، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٤).
- د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٤/٢٠٠٥).
- د. أحمد عوض بلال، محاضرات في النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٠/٢٠٠١).
- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٣).
- أحمد محمد رفعت، الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة، دار النهضة العربية (القاهرة - ب.س).
- د. أشرف سليمان أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في إطار القواعد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الستون، (٢٠٠٤).
- د. السعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات (١٩٦٢).
- د. السيد أحمد طه محمد، الاتجاهات الجنائية الحديثة في العقوبة (١٩٩٣).
- د. برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٨).

- د. بغدادي الجاللي، تسليم المجرمين في التشريع الجزائري (التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي في العالم العربي، أعمال الندوة العربية التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا، من ٥ إلى ١١/١٢/١٩٩٣)، ط ١، دار الملايين للعلم (١٩٩٥).
- د. ثقل سعد العجمي، مجلس الأمن وعلاقته بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (دراسة تحليلية لقرارات مجلس الأمن: ١٤٢٢، و١٤٨٧، و١٤٩٧)، مجلة الحقوق، العدد ٤ - السنة ٢٩ (جامعة الكويت - ديسمبر ٢٠٠٥).
- د. ثقل سعد العجمي، التنفيذ الكويتي للاتفاقيات الدولية المتعلقة بقمع الجرائم المرتكبة ضد سلامة الطائرات والملاحة الجوية، مجلة المحامي، السنة الثالثة والثلاثون - العدد الأول (يناير-فبراير-مارس ٢٠٠٩).
- د. ثقل سعد العجمي، قواعد القانون الدولي في القانون الوطني - الكويت نموذجاً، مجلة الحقوق، العدد ١ - السنة ٣٥ (جامعة الكويت - مارس ٢٠١١).
- د. حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم. ط ٢، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٦٥).
- د. سامي جاد عبدالرحمن واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية - ٢٠٠٨).
- د. سليمان عبدالمجيد، النظرية العامة للقواعد الآمرة في النظام القانون الدولي، دار النهضة العربية، (القاهرة - ب. س).
- د. سليمان عبدالمنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية - ٢٠٠٧).
- د. سعيد عبداللطيف حسن، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٤).

- د. صلاح الدين جمال الدين، إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية - ٢٠٠٤).
- د. صلاح الدين عامر، القواعد القانونية الدولية الأمرة Jus Cogens في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، (يوليو - ٢٠٠٣).
- د. عبد الرحمن فتحي سمحان، تسليم المجرمين في ظل قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٧).
- د. عبدالرحيم صدقي، تسليم المجرمين في القانون الدولي - دراسة مقارنة للقوانين العربية والكندية والسويسرية والرواندية، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد التاسع والثلاثون (١٩٨٣).
- د. عبدالعزيز مخيمر عبدالهادي، الإرهاب الدولي مع دراسة للاتفاقيات الدولية والقرارات الصادرة من المنظمات الدولية، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٨٦).
- د. عبدالغني محمود، تسليم المجرمين على أساس المعاملة بالمثل، ط ١، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩١).
- د. عبدالفتاح محمد سراج، النظرية العامة لتسليم المجرمين، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٩).
- د. عبدالوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعارف (لبنان - ١٩٦٣).
- د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ط ٩، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٧٤).
- المستشار عوض الحسن النور، تسليم المجرمين في القانون السوداني، (التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي في العالم العربي، أعمال الندوة العربية التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا، من ٥ إلى ١١/١٢/١٩٩٣)، ط ١، دار الملايين للعلم (١٩٩٥).

- د. فايز الظفيري ود. محمد بو زبر، الوجيز في شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي، ط ٢ (٢٠٠٣).
- د. ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، ط ٧٣/٧٤.
- د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية (القاهرة - ٢٠٠٧).
- د. مبارك النويبت، شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، ط ١ (١٩٩٧).
- د. مدوس فلاح الرشيد، محاولة تأصيل آلية لاندماج المعاهدة في القانون الوطني، مع إشارة خاصة للقانون الكويتي، مجلة الحقوق - العدد ١ - السنة ٣٠، (مارس - ٢٠٠٦).
- د. محمد إبراهيم زيد ود. عبدالفتاح الصيفي، قانون الإجراءات الجنائية الايطالي الجديد، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٩٠).
- د. محمد أبو الفتوح الغنام، الإرهاب وتشريعات المكافحة في الدول الديمقراطية (١٩٩١).
- د. محمد السعيد الدقاق ود. مصطفى سلامة حسين، مصادر القانون الدولي العام، منشأة المعارف (الإسكندرية - ٢٠٠٣).
- د. محمد الفاضل، محاضرات في تسليم المجرمين، المطبعة الفنية الحديثة (القاهرة - ١٩٦٧).
- د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، ط ٥، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت - ٢٠٠٤).
- د. محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٧٩).
- د. محمد سامي عبدالحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني - القاعدة الدولية، ط ٧، دار المطبوعات الجامعية (الإسكندرية - ١٩٩٥).

- د. محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ج ١، النظرية العامة للجريمة (١٩٩٤).
- د. محمد لطفي عبدالفتاح، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، دار الفكر والقانون (المنصورة - ٢٠١١).
- المستشار محمد ليديدي، تسليم المجرمين في النظام المغربي (التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي في العالم العربي، أعمال الندوة العربية التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا، من ٥ إلى ١١/١٢/١٩٩٣)، ط ١، دار الملايين للعلم (١٩٩٥).
- د. محمود حسن العروس، تسليم المجرمين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة كوستاتسوماس (١٩٥١).
- أ. محمود زكي شمس، الاتفاقيات القضائية الدولية وتسليم المجرمين من عام ١٩٢٦ وحتى عام ١٩٨٥ (١٩٨٦).
- د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية - نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاکم الجنائية الدولية السابقة (٢٠٠٢).
- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط ١٠، مطبعة جامعة القاهرة (١٩٨٣).
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام - النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ط ٤، دار النهضة العربية (القاهرة - ١٩٨٣).
- د. مظهر العنبري، تسليم المجرمين في القانون السوري، (التعاون القضائي الدولي في المجال الجنائي في العالم العربي، أعمال الندوة العربية التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية - سيراكوزا - إيطاليا، من ٥ إلى ١١/١٢/١٩٩٣)، ط ١، دار الملايين للعلم (١٩٩٥).

- د. نجاتي سيد أحمد سيد، الجريمة السياسية - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة (١٩٨٣).

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Colin Warbrick, The Criminal Justice Act 1988 - Part 1: The New Law on Extradition, Criminal Law Review (1989).
- Grainne Mullan, The Concept of Double Criminality in the Context of Extraterritorial Crimes, Criminal Law Review (1997).
- Gregory B. Richardson, The Principle of Specialty in Extradition, Rev. Int'le De Droit Penal, Vol. 62.
- Hudson, The Factor Case and Double Criminality in Extradition, 28 Am. J. Int. L (1934).
- I. Blishchenko & N. Zhdanov, Terrorism and International Law (Progress - 1984).
- Ivan A. Shearer, Extradition in International Law 5 (1971).
- J.M. Brabyn, Exceptional Accusation and the Extradition Acts 1870 to 1935, Criminal Law Review (December 1987).
- James I.K. Knapp, Mutual Legal Assistance Treaties as a Way to Pierce Bank Secrecy, 20 Case Western Reserve Journal of International Law (Summer 1988).
- Jonathan O. Hafen, International Extradition: Issues Arising Under the Dual Criminality Requirement, Brigham Young University Review (1999).
- M. Cherif Bassiouni, International Extradition in American Practice and World Public Order, 36 Tenn. L. Rev. 1, 13 (1969).
- M. Cherif Bassiouni, International Extradition - U.S Law and Practice, New York-Ocean Pub., 1983.

- M. Cherif Bassiouni, International Extradition: United States Law and Practice (2nd ed. 1987).
- M. Cherif Bassiouni, Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions, 3 Duke Journal of Comparative and International Law (Spring 1993).
- Mark Mackarel, Extradition and the European Union, 46 International and Comparative Law Quarterly 4 (1997).
- Momodu Kassim-Momodu, Extradition of Fugitives by Nigeria, 35 International and Comparative Law Quarterly 3 (1986).
- Oehler, Recognition of Foreign Judgments and Their Enforcement, in 2 A Treatise of International Criminal Law: Jurisdiction and Cooperation, (M. Cherif Bassiouni & V. Norda eds. 1973).
- P. Weis, Recent Development in the Law of Territorial Asylum, R. D. H., Vol. 1-3, (1968).
- Robert M. Osgood, Nathy J. Dunleavy, UK-US Extradition for Antitrust Offenses, 19 SPG International Law Practicum, (Spring 2006).
- S. Bedi, Extradition in International Law and Practice (1966).
- S. M. Finger, 'International Terrorism and the United Nations', in Y. Alexander (ed.), International Terrorism: National, Regional and Global Perspective (Praeger Pub., 1976).
- William V. Dunlap, Dual Criminality in Penal Transfer Treaties, 29 Virginia Journal of International Law (Summer 1989).

ثالثاً - أحكام قضائية:

- (Collins v. Loisel, 259 U.S. 309 (1922)).
- (Factor v. Laubenheimer, 290 U.S. 276 (1933)).
- Shapiro v. Ferrandia, 478 F.2d 894 (2d Cir.), cert. dismissed, 414 U.S. 884 (1973).
- الطعن بالتمييز رقم ١٣ - جزاء أمن دولة - جلسة ١٩٩٣/١/٢٥.
- الطعن بالتمييز رقم ١٨٣/١٩٩٢ (تجاري) الصادر بجلسته ١٩٩٤/٢/١٥.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٩٥/٢٠٠٠ (إداري) الصادر بجلسته ٢٠٠٠/١٢/٤.
- الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٢٠٠١، ٣ق-ج١.
- الطعن رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ - دستوري - جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٢.
- الطعن بالتمييز رقم ٨٤٢/٢٠٠٢ (تجاري) الصادر بجلسته ٢٠٠٣/١٠/١٨.
- الطعن بالتمييز رقم ٨٦٨/٢٠٠٥ (تجاري) الصادر بجلسته ٢٠٠٦/٩/٢٤.
- الطعن بالتمييز رقم ١٩٩/٢٠٠٥ (تجاري) الصادر بجلسته ٢٠٠٦/١٠/٧.
- الطعن بالتمييز رقم ٢٠١/٢٠٠٦ (إداري) الصادر بجلسته ٢٠٠٨/٣/٢٥.
- الطعن بالتمييز رقم ١٤/٢٠٠٨ (إداري) الصادر بجلسته ٢٠٠٩/٣/١٧.

رابعاً - معاهدات واتفاقيات دولية:

- اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨.
- اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان لعام ١٩٤٩.

- اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار لعام ١٩٤٩.
- اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب لعام ١٩٤٩.
- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩.
- اتفاقية التسليم العربية لعام ١٩٥٢.
- الاتفاقية الأوروبية للتسليم لعام ١٩٥٧.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.
- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩.
- اتفاقية فيينا بشأن المواد المؤثرة على النفس لعام ١٩٧١.
- معاهدة مونتريال لقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني لعام ١٩٧١.
- اتفاقية منع جريمة الفصل العنصري (أبارتيد) والمعاقبة عليها لعام ١٩٧٣.
- اتفاقية نيويورك لمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية، ومن ضمنهم الموظفون الدبلوماسيون لعام ١٩٧٣.
- البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة لعام ١٩٧٧.
- الاتفاقية الدولية لمناهضة أخذ الرهائن لعام ١٩٧٩.
- اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية لعام ١٩٧٩.
- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٧٩.
- اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.
- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣.

- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة لعام ١٩٨٤.
- اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الملاحة البحرية لعام ١٩٨٨.
- بروتوكول قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة المنصات الثابتة القائمة في الجرف القاري لعام ١٩٨٨.
- البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بهدف العمل على إلغاء عقوبة الإعدام لعام ١٩٨٩.
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن سلامة موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بها لعام ١٩٩٤.
- الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لعام ١٩٩٤.
- الاتفاقية الدولية لقمع الهجمات الإرهابية بالقنابل لعام ١٩٩٧.
- الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠.
- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية لعام ٢٠٠٠.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام ٢٠٠٣.
- الاتفاقية الدولية لقمع أعمال الإرهاب النووي لعام ٢٠٠٥.
- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام ٢٠١٠.
- الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام ٢٠١٠.
- الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام ٢٠١٠.
- الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام ٢٠١٠.

- اتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المسائل الجزائية بين حكومة دولة الكويت ومجلس وزراء جمهورية ألبانيا لعام ٢٠١١.

خامساً - قوانين:

- الدستور المصري لعام ١٩٢٣.
- قانون العقوبات اللبناني لعام ١٩٤٣.
- قانون العقوبات السوري رقم ٤٨ لعام ١٩٤٩.
- الدستور الليبي لعام ١٩٥١.
- المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية الكويتية.
- قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
- القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
- الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢.
- قانون العدالة الجنائية البريطاني لعام ١٩٨٩.
- القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٤ في شأن الجرائم المتعلقة بسلامة الطائرات والملاحة الجوية.
- قانون التسليم الكندي لعام ١٩٩٩.
- القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال.
- القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

سادساً - قرارات دولية:

- قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ١٩٨٤/٥٠ في جلسة ١٩٨٤/٥/٥ بشأن الضمانات المكفولة لحماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام.

- قرار مجلس الأمن رقم ٧٣١ (١٩٩٢)، الصادر في ٣١/١/١٩٩٢.
- قرار مجلس الأمن رقم ٧٤٨ (١٩٩٢)، الصادر في ٣١/٣/١٩٩٢.
- قرار مجلس الأمن رقم ١٠٤٤ (١٩٩٦)، الصادر في ٣١/١/١٩٩٦.
- قرار مجلس الأمن رقم ١٠٥٤ (١٩٩٦)، الصادر في ٢٦/٤/١٩٩٦.
- قرار مجلس الأمن رقم ١٠٧٠ (١٩٩٦)، الصادر في ١٦/٨/١٩٩٦.
- قرار مجلس الأمن رقم ١٢٦٧ (١٩٩٩)، الصادر في ١٥/١٠/١٩٩٩.
- قرار مجلس الأمن رقم ١٩٧٠ (٢٠١١)، الصادر في ٢٦/٢/٢٠١١.

الرقابة الإدارية على تطبيق أحكام قانون العمل "تفتيش العمل"

دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري
في ضوء معايير العمل الدولية

الدكتور/ محمد عرفان الخطيب
أستاذ مشارك في قسم القانون
كلية أحمد بن محمد العسكرية
الدوحة - قطر

ملخص:

منذ بدايات التدخل التشريعي المقنن تلمس المشرع الاجتماعي الفجوات التطبيقية لقواعده الآمرة ومدى التجاوزات والانتهاكات التي تقع لها، فكان يجب الرجوع إلى القضاء لضمان التطبيق الصحيح لأحكامه، إلا أن طبيعة وخصوصية قواعده التي يمتزج فيها البعد الإنساني الاجتماعي بالبعد النفعي الاقتصادي بينت له أنه لا يمكن الركون فقط إلى القضاء، فهذه الرقابة - رغم فاعليتها - غير كافية لحسن تطبيق قواعده التي تقتضي تدخلاً من طبيعة خاصة هو التدخل الإداري أو ما يسمى: "تفتيش العمل".

لذلك، ومنذ إنشائها في العام ١٩١٩ أولت منظمة العمل الدولية مسألة تفتيش العمل الأهمية القصوى، معتبرة إياها جزءاً رئيسياً من مهامها، فأقرت العديد من التوصيات والاتفاقيات التي تناولت العمل التفتيشي في جوانب العمل الثلاثة: الصناعي والتجاري، ثم الزراعي وأخيراً البحري. واليوم تلعب هذه الصكوك دوراً مهماً في تنفيذ العديد من مدونات منظمة

العمل الدولية في مجال تفتيش العمل، وعلى مختلف المستويات الدولية والإقليمية والوطنية.

في ضوء ذلك، يسعى البحث من خلال التركيز على الجانب التفتيشي في المجالين الصناعي والتجاري في إطار قواعد قانون العمل، إلى ربط التحليل التأصيلي لهذه الرقابة بالمنهج المقارن بين كل من معايير العمل الدولية من جهة والتشريعين الفرنسي والسوري من جهة أخرى، بهدف التأكيد على أهميتها والفاعلية التي تحتلها وحقيقة وجودها، إضافة لإطلاع المشرع السوري على التجارب القانونية المقارنة بهدف تبيان مكامن النقص والخلل في البنيان التشريعي لديه، وحثه على استشراف الحلول القانونية الناجعة للكثير من المشاكل القانونية التي تعترضه، وبالتالي وضع القواعد والضوابط التشريعية التي تنمي وتطور من فاعلية هذه الرقابة وكفاءتها.

لأجل ذلك، تم البحث في إطار الرقابة التطبيقية تمهيداً للبحث في إطارها التنفيذي، من حيث التطرق لبنيتها المؤسساتية والبشرية، ومن ثم الآليات وطرق المعالجة والمعوقات التي تعانيتها.

مقدمة عامة:

منذ بدايات التدخل التشريعي المقنن تلمس المشرع الاجتماعي، شأنه شأن المشرع المدني والجزائي وغيرهما، الفجوات التطبيقية لقواعده الأمرة على أرض الواقع، ومدى التجاوزات والانتهاكات التي تقع لها، فكان يجب الرجوع دوماً إلى القضاء لتجاوز هذه الفجوات وضمان التطبيق الصحيح لأحكامه، غير أن طبيعة وخصوصية قواعده التي يمتزج فيها البعد الإنساني الاجتماعي بالبعد النفعي الاقتصادي بيّنت له أنه لا يمكن الركون إلى نظام الرقابة التقليدي المتمثل في القضاء العادي المُطبّق للقواعد العامة في المنازعات، والقائم على التدخل اللاحق لوقوع الضرر، فهذه الرقابة - رغم فاعليتها - غير كافية بذاتها لحسن تطبيق قواعد قانون العمل التي تقتضي تدخلاً أكثر سرعةً وذا طبيعة خاصة، هو التدخل الإداري أو ما يسمى في تشريع العمل بـ: "تفتيش العمل". فكانت البداية....

حيث ترجع بدايات التدخل الدولي في هذا الإطار إلى ١٥ آذار ١٨٩٠ تاريخ انعقاد أول مؤتمر دولي للعمل في برلين بألمانيا، الذي وضع رؤيةً أوليةً

لأول إطار تشريعي دولي لقانون العمل.... فكرة لم تر النور^(١). فكان يجب الانتظار للعام ١٩١٩ الذي سجل نهاية الحرب العالمية الأولى وإقرار معاهدة فرساي التي أنشأت منظمة العمل الدولية كأول منظمة دولية متخصصة بقضايا العمل، فأدرجت مسألة تفتيش العمل بين المبادئ العامة المنصوص عليها في هذه المعاهدة^(٢). في ذات العام أقر دستور منظمة العمل الدولية الذي أكد على ضرورة تبني كل دولة لنظام للتفتيش على العمل؛ لضمان تطبيق القوانين والأنظمة لحماية العمال^(٣). واعتبرت المنظمة أنّ المساعدة على تحسين نظم تفتيش العمل هو جزء من مهامها، فأقرت العديد من التوصيات والاتفاقيات التي تناولته في جوانب العمل الثلاثة: الصناعي والتجاري^(٤)،

(١) Pratiques pour l'inspection du travail, Bureau International du Travail, 297ème session. Genève, novembre 2006. GB297-ESP-3-2006-07-0120-01-Fr.doc/v.4. p. 8. G. Albracht, Les systèmes intégrés d'inspection du travail: la stratégie de l'OIT, Education ouvrière, no 140. Stratégies et pratiques pour l'inspection du travail, Bureau International du Travail, 297ème session. Genève, novembre 2006. GB297-ESP-3-2006-07-0120-01-Fr.doc/v.4.

(٢) معاهدة فرساي، الجزء الثالث عشر، المادة (٤٢٧) الفقرة ٩.

(٣) دستور منظمة العمل الدولية، المادة (١٠) الفقرة ٢ (ب). دستور منظمة العمل الدولية والنظام الأساسي، مكتب العمل الدولي، جنيف ٢٠٠١.

(٤) راجع في العمل الصناعي والتجاري التوصية رقم (٥) لعام ١٩١٩ بشأن إنشاء خدمات صحية حكومية والتي أكدت على ضرورة إحداث نظام لضمان فعالية التفتيش على المصانع والورش في أعمال الخدمة العامة لحماية صحة العمال، والتوصية رقم (٢٠) لعام ١٩٢٣ بشأن المبادئ العامة لتنظيم نظم التفتيش لضمان تطبيق القوانين واللوائح الخاصة لحماية العمال، والتوصية رقم (٥٤) لعام ١٩٣٧ بشأن تفتيش العمل في صناعة البناء، والتوصية رقم (٥٩) لعام ١٩٣٩ بشأن تفتيش العمال من السكان الأصليين، والتوصية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ بشأن إضافة أحكام جديدة إلى القواعد الخاصة بإنشاء إدارة تفتيش العمل المنصوص عليها في التوصية رقم (٢٠) لعام ١٩٢٣، ومن ثم اتفاقية العمل رقم (٨٥) لعام ١٩٤٧ بشأن إدارات تفتيش العمل في الأقاليم التابعة، وأخيراً اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ والتوصية الدولية المرفقة رقم (٨٢) لعام ١٩٤٧ بشأن تفتيش العمل في منشآت النقل والتعدين، والبرتوكول الملحق لعام ١٩٩٥ بشأن توسيع أحكام الاتفاقية لتشمل الأنشطة المتعلقة بالأغراض غير التجارية وقطاع الخدمات.

ثم الزراعي^(٥) وأخيراً البحري^(٦).

واليوم، على المستوى الدولي والإقليمي تلعب هذه الصكوك دوراً مهماً في تنفيذ العديد من مدونات منظمة العمل الدولية في مجال تفتيش العمل^(٧). كما في الاتفاقيات الإقليمية بين الدول، كما هو الحال بالنسبة لتوجيهات العمل المتعلقة في دول الاتحاد الأوروبي^(٨)، وعلى المستوى العربي كان لهذه الصكوك الأثر الأكبر في إعداد اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨ حول تفتيش العمل التي اعتمدت عليها بشكل كبير، والتي تشكل بقسم كبير منها امتداداً لهذه الصكوك في الإطار العربي^(٩).

(٥) راجع في الجانب الزراعي الاتفاقية رقم (١٢٩) لعام ١٩٦٩ بشأن تفتيش العمل في الزراعة والتوصية المرفقة رقم (١٣٣) لعام ١٩٦٩.

(٦) راجع في العمل البحري الاتفاقية رقم (٢١) لعام ١٩٢٦ بشأن تبسيط إجراءات تفتيش المهاجرين على ظهر السفن، والتوصية رقم (٢٨) لعام ١٩٢٦ بشأن المبادئ العامة للتفتيش على ظروف عمل البحارة، والتوصية رقم (١٨٥) لعام ١٩٩٦ بشأن التفتيش على ظروف عمل ومعيشة البحارة، واتفاقية العمل الدولية رقم (١٧٨) لعام ١٩٩٦ بشأن التفتيش على ظروف عمل ومعيشة البحارة.

(٧) كما في مجال الاتفاقيات المتعلقة بالسلامة والصحة في الموانئ (٢٠٠٥)، والمبادئ التوجيهية لتفتيش العمل في مجال الغابات (٢٠٠٥)، والسلامة والصحة في الحديد والصلب (٢٠٠٥).

(٨) V. Chappelart et P. Goldschmidt, Améliorer l'application du droit communautaire: Dimensions juridiques et enjeux, Eipascope, numéro spécial. 25ème Anniversaire, 2007, pp. 35-40.

(٩) اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨ المتعلقة بتفتيش العمل. نظراً، لكون هذه الاتفاقية إنما تشكل امتداداً لاتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بذات الموضوع، ولكون هذه الأخيرة إنما تمثل الأصل التشريعي الذي استندت عليه الأولى، وباعتبار أن موضوع البحث يتناول الدراسة المقارنة بين تشريع العمل الفرنسي والسوري وفق المعايير الدولية، فلن تكون الاتفاقية العربية موضع بحث معمق، كونها لا تشكل عاملاً مشتركاً بين التشريعين الفرنسي والسوري، بخلاف الحال بالنسبة للاتفاقية الدولية، لذلك سنكتفي بالإشارة إلى نصوص الاتفاقية العربية في هوامش البحث في معرض الاستشهاد بمواد الاتفاقية الدولية على سبيل المقارنة.

على المستوى الوطني، ارتبط نشوء هذه الرقابة في التشريع الفرنسي^(١٠) مع بدايات التدخل التشريعي التنظيمي لقانون العمل بموجب قانون ٢٢/٣/١٨٤١ المتعلق بعمل الأطفال^(١١)، الذي أحدث إدارة خاصة لتفتيش العمل لم تُفَعَّل لأسبابٍ عدةٍ من أهمها تقاعس مفتشي العمل عن تطبيق القانون كونهم كانوا إمّا مستشارين لأصحاب العمل أو أصحاب عمل غير مباشرين، فكان يجب الانتظار لحين صدور قانون ١٩/٥/١٨٧٤، الذي دَعَم سلطة مفتش العمل بمساعدين من الشرطة المحلية، في ٢/١١/١٨٩٢ صدر القانون الذي استبدل المفتشين المحليين بمفتشين من المقاطعات^(١٢)، وفي العام ١٩٠٦ أُحدثت وزارة

(١٠) B. Danzer-Kantof, V. Lefebvre, F. Torres, Un siècle de réformes sociales: une histoire du Ministère du travail 1906-2006, La Documentation française, 2006, p. 26. Pour plus d'information autour l'inspection du travail en France voir, X. Haubry, Le contrôle de l'inspection du travail et ses suites, éd. L'Harmattan, 2010., et, Le système d'inspection du travail en France, Missions, statuts, moyens et fonctionnement. Liaisons soc, éd., 2009, p, 12 et s. V. Tiano, Quel avenir pour l'inspection du travail?. Liaisons soc., magazine, fév. 2005, p. 9. L'inspection du travail: manuel d'éducation ouvrière. BIT, Genève, 1999. V. Tiano, La réforme contestée de l'inspection du travail, Droit. soc., no 6, juin 2006. P. Ramackers et L. Vilboeuf, L'inspection du travail, éd. PUF, 1997, p 92. G. Filoche, inspecteur du travail, auteur de Carnets d'un inspecteur du travail, éd. Ramsay, 2004; On achève bien les inspecteurs du travail...,?d. Gawsevitich, 2004. RDT, 2006, n° 356. P. Ramackers et L. Vilboeuf, Inspection du travail: moyens d'action, JCI Travail, Fasc. n° 10-20, p. 21, 126. Article du 22 juillet 2003, mort programmée de l'inspection du travail www.monde-solidaire.org. A-C Michaut, Evolution et Mutation de L'inspection du Travail. Thèse. éd Université Aix Marseille III. 2008. P. Mériaux, Réforme ou contre réforme?, RDT, 2006, n°359. J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 23ème éd. Dalloz, 2006. p. 1086 s. S. Siffermann, Réglementation communautaire et pratique de l'inspection du travail, Droit. soc. 1993, p. 33. J. Savatier, Droit du travail, éd. PUF. 1993, p. 267.

(١١) حدد القانون سن التشغيل بثمانى سنوات على الأقل، كما منع تشغيل الأطفال دون ١٣ سنة ليلاً. راجع في هذا المجال:

Cour d'histoire des relation du travail, Année 2008-2009, Note personnelles université de Montpellier I. 2009. p. 54.

Ibid. p. 55.

(١٢)

العمل الفرنسية^(١٣) بموجب قرار Clémenceau، وتم ربط هذا الجهاز بالوزارة. واليوم تشعبت مهام هذا الجهاز بشكل كبير، فأصبح جهازاً وزارياً متعدد الارتباط يتبع إلى كل من وزارة العمل ووزارة الزراعة ووزارة النقل^(١٤). بالنسبة للتشريع السوري، فقد بدأ التدخل التشريعي في مجال العمل منذ العام ١٩٣٠ بموجب القرار رقم ٢٢٣ الصادر في ١٩٣٠/٧/٦ المتعلق باستخدام الأطفال والنساء، ثم توالى النصوص التشريعية المنظمة للعمل ومن أهمها^(١٥): المرسوم الاشتراعي رقم ١٥٢ الصادر في ١٩٣٥/٩/١٨ المتعلق بنقابات المهن والحرف، والرسوم الاشتراعي رقم ٣٢ الصادر في ١٩٣٦/٦/١٤ المتعلق بتشغيل النساء والأحداث، والرسوم الاشتراعي رقم ٢٦٨/آ.س الصادر في ١٩٤٢/١١/٧ المتعلق بتحديد الأجور، وقرار المندوب العام رقم ١٠٤/ف.ث. الصادر في ١٩٤٣/٣/٣ المتعلق بطوارئ العمل، والرسوم الاشتراعي رقم ٤٨ الصادر في ١٩٤٣/٧/١٠ المتعلق بمكاتب الاستخدام، والرسوم الاشتراعي رقم ١٣٧ الصادر في ١٩٤٣/٧/٢١ المتعلق بتسريح العمال. وكان لا بد لضمان التطبيق القانوني الصحيح لمختلف هذه القواعد من وضع قواعد قانونية نازمة تؤمن الرقابة على حسن التطبيق من خلال إيجاد جهاز لتفتيش العمل مرتبط بوزارة العمل^(١٦)، الأمر الذي كُرس في نصوص القانون رقم ٢٧٩

(١٣) نقصد بوزارة العمل: "وزارة العمل والعلاقات الاجتماعية العائلية والتكافل والشيخوخة"، غير أنه لتبسيط المصطلح البحثي نكتفي بالدلالة بوزارة العمل.

(١٤) Code de travail, Huitième Partie: Contrôle de l'application de la législation du travail (Articles L8112 → L8331-1)

(١٥) أحمد السمان وجورج عشي، تشريع العمل، مطبعة الجامعة السوري، طبعة ثانية، ١٩٥٤، ص ٣٠ وما بعد. نأسف لعدم قدرتنا على التحليل التفصيلي لمختلف هذه القوانين، كون المراجع القانونية أشارت إليها باقتضاب، كما لم نوفق في الوصول إلى أصولها في وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل السورية.

(١٦) نقصد بوزارة العمل: "وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل"، غير أنه لتبسيط المصطلح البحثي نكتفي بالدلالة بوزارة العمل.

لعام ١٩٤٦ الذي وضع بعد الاستقلال مباشرة، وقانون العمل الموحد رقم ٩١ لعام ١٩٥٩، كما في نصوص قانون العمل الحالي رقم ١٧ لعام ٢٠١٠^(١٧).

أولاً - إشكالية البحث:

تبرز إشكالية البحث في كونه يحاول التلمس القانوني والواقعي لشكل من أشكال الرقابة الأكثر أهمية على الصعيد القانوني في قانون العمل والأدنى اهتماماً على الصعيد العملي في الكثير من التشريعات العربية بما فيها السوري. فما بين نص القانون وتطبيقه على أرض الواقع تبرز الفجوات؛ ذلك أنّ العبرة في مسألة هذا الشكل من الرقابة ليس في توافر أو عدم توافر النص التشريعي الناظم، رغم أهميته، وإنّما في توافر الإرادة الصادقة والإمكانات اللازمة لترجمة هذا النص على أرض الواقع.

ثانياً - أهمية البحث:

إن إشكالية البحث تبرز أهميته التي تتأتى من كونه يحاول تقديم دراسة تفصيلية لنوع من الرقابة لم يولِ الاهتمام الكافي في الكثير من تشريعات العمل العربية بما فيها السورية، فمعظم هذه التشريعات أشارت إليه بعبارات مقتضبة دون تكلف عناء الاهتمام به بالشكل المطلوب على المستوى العملي، كما أنّ

(١٧) قانون العمل، المواد (٢٤٤ ← ٢٥٤) والقرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥ والقرار الوزاري رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠. دليل العمل. إصدارات وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل في الجمهورية العربية السورية، ١٩٨٢، صفحة ١٦٦-١٧٤. راجع كذلك، حسن عجمية، تفتيش العمل في التشريع السوري، مقال منشور في الموسوعة العمالية، الجزء الثالث، بحوث ودراسات في التشريع العمالي السوري في ضوء الاجتهاد المقارن، للمؤلف سليمان الدوس، مؤسسة النوري، طبعة أولى، ١٩٩٦، ص ٤٥٢ ← ٤٧١. صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، منشورات المكتب الإسلامي، ١٩٦٩، ص ٥٠٧ وما بعد. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل، النظرية العامة لقانون العمل، الدار الجامعية، لبنان، ١٩٨٣، ص ١٤٥.

رجال الفقه العربي لم يتناولوا هذه الرقابة بالقدر الذي تستحقه من البحث والتحصيل ليطوروها، فالأبحاث والدراسات القانونية والفقهية التي تناولتها، وفقاً لعلمنا الشخصي، شبه منعدمة في التشريع السوري، وجد قليلة في التشريعات العربية المقارنة. أضف إلى ذلك، إنّ أهمية البحث تبرز في كونه يحاول أن يضع أمام المشرّع السوري واقع تجربته الوطنية في مرآة أحكام ومعايير التجربة الدولية والفرنسية على السواء، جاعلاً مما سبق هدفاً له.

ثالثاً - هدف البحث:

مما لا شك فيه أنّ إشكالية البحث والأهمية التي يحتلها تبرز الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، والتي يمكن إجمالها بهدفين رئيسين: الأول على مستوى الدراسة القانونية التأصيلية، من حيث تحديد مجال اختصاص مفتشي العمل، والسلطات المقررة لهم للتأكد من سلامة تطبيق أحكام قانون العمل في المنشأة في حال ثبوت المخالفة، إضافة لوضع أسس كفاءة الأداء الوظيفي لهم، وحسن التعامل مع الإدارات الحكومية الأخرى، فضلاً عن توفير الحماية القانونية اللازمة في أداء عملهم الوظيفي. والثاني على مستوى الدراسة القانونية المقارنة، من حيث العمل على إطلاع المشرّع السوري على واقع تجربته في ضوء التجارب القانونية المقارنة بهدف تبيان مكامن النقص والخلل في البنيان التشريعي لديه، وحثه على استشراف الحلول القانونية الناجعة للكثير من الثغرات التشريعية والمشاكل القانونية لواقع تفتيش العمل لديه، أملاً في اعترافه بأهميته وضرورة منحه القدر الذي يستحقه من الاهتمام، وبالتالي وضع القواعد والضوابط التشريعية الكفيلة بتعزيزه وتطويره. كما يسعى البحث لمنح رجال القانون والفقه العرب، لاسيما السوريين منهم إضاءة متواضعة، سعينا جهدنا أن تكون مبسطة ومعقدة، لواقع هذه الرقابة في تشريع العمل المقارن من خلال دراستها في إطار التجربتين الدولية والفرنسية وإسقاط نتائجهما على التجربة السورية بهدف الارتقاء بهذه الأخيرة.

رابعاً - موضوع البحث والمنهجية:

موضوع البحث يتناول تفتيش العمل في المجالين الصناعي والتجاري في ضوء أحكام اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، في إطار قواعد قانون العمل. لذلك سيبقى الجانب التفتيشي الدولي في العمل الزراعي والبحري، كما الجانب التفتيشي في إطار قواعد قانون العلاقات الزراعية وقانون التأمينات الاجتماعية خارج نطاق البحث. كذلك فإن الدراسة ستركز على الرقابة الإدارية على تطبيق أحكام قانون العمل أو ما يسمى بـ " تفتيش العمل " دون الرقابة القضائية التي ستبقى خارج إطار البحث.

في سبيل ذلك، ستسعى الدراسة إلى ربط التحليل التأصيلي لهذه الرقابة بالمنهج المقارن بين كل من معايير العمل الدولية^(١٨) لاسيما منها أحكام اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بالتفتيش على العمل في الصناعة والتجارة من جهة، والقواعد المقررة في كل من تشريعي العمل الفرنسي والسوري من جهة أخرى، ذلك أنّ البعد التأصيلي يساعد على إدراك أهمية هذه الرقابة والفاعلية التي تحتلها، إضافة لفهم النتائج المهمة التي يمكن جنيها من تفعيلها في التشريع العمالي العربي عموماً والسوري خصوصاً. أمّا البعد المقارن فيساعد في عرض الأحكام التشريعية النازمة لهذه الرقابة في إطار مقارن، مع التركيز على التجربتين الدولية والفرنسية، هاتان التجربتان اللتان تتميزان بالغنى التشريعي والفقه، مما يقدم نموذجاً متكاملاً يمكن الاستلham منه في صوغ النصوص التشريعية الخاصة بهذه الرقابة في تشريع العمل السوري.

هذا الغنى التشريعي والفقه قابل - للأسف - افتقار في التشريع السوري، مما كان له الأثر في منهجية البحث، الأمر الذي دفعنا إلى تناول هذه

(١٨) ورد بالبحث استخدام مصطلح: "المشرّع الدولي" وهو لذات الدلالة القانونية لمصطلح: "معايير العمل الدولية"، غير أنّه ولمقتضيات البحث ولتوفيق المصطلحات بين المشرّع الوطني والدولي فقد تم استخدامه وهو لذات المعنى والدلالة مما اقتضى التنويه.

الدراسة معتمدين على التجربة الدولية والفرنسية، مشيرين - ما أمكن ذلك - إلى التجربة السورية، كما أنّ نقص المراجع القانونية والفقهية العربية حول البحث، أملت علينا ضرورة الاعتماد على المراجع الفرنسية، إضافةً إلى العديد من الدراسات القانونية والفقهية المنشورة في العديد من المواقع البحثية الإلكترونية الغربية. إلّا أنّ هذا الأمر - وفقاً لرأينا الشخصي - لا يطعن في جودة البحث وأصالته، فبقدر ما هو نقطةٌ تسجل عليه، بقدر ما هو نقطةٌ تسجل له، كونه يبرر أهميته وأصالته.

خامساً - مخطط البحث:

إن فهم طبيعة هذه الرقابة يقتضي البحث في إطارها التطبيقي لتلمس إطارها التنفيذي. لذلك قُسم البحث إلى فصلين ومباحث فرعية وفق التقسيم التالي:

الفصل الأول: مجال تطبيق نظام تفتيش العمل

المبحث الأول: نطاق التطبيق المكاني

المبحث الثاني: نطاق التطبيق المهني

الفصل الثاني: ضمانات سلامة أداء العمل الرقابي لمفتشي العمل

المبحث الأول: البنية المؤسساتية والبشرية

المبحث الثاني: الآليات، طرق المعالجة والمعوقات

الفصل الأول

مجال تطبيق نظام تفتيش العمل

في هذا الإطار يمكن أن نميز بين نطاقي التطبيق المكاني والمهني، حيث يركز الأول على نطاق التطبيق لجهة نوعية المنشآت الخاضعة للتفتيش، ويركز الثاني على تبيان مجالات العمل المختلفة الخاضعة للتفتيش.

المبحث الأول

نطاق التطبيق المكاني

بالمبدأ يتناول الإطار التطبيقي للتفتيش مختلف علاقات العمل ذات الطابع الصناعي أو التجاري، غير أنه ونظراً لخصوصية بعض المناطق أو بعض القطاعات فقد أقر المشرع الدولي إمكانية استبعادهما من هذا النطاق، دون أن ينقص ذلك من سعيه - حديثاً - إلى توسيع نطاق التطبيق ليشمل كافة المنشآت بما فيها ذات الطابع غير التجاري والخدمي.

المطلب الأول

النطاق الإلزامي

من حيث الأصل، يشمل هذا النطاق مختلف علاقات العمل القائمة في المنشآت ذات الطابع الصناعي والتجاري^(١٩)، غير أن الأمور لا تسير في جميع الأحوال بمثل هذه السهولة، لأسباب عدة من أهمها:

(١٩) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ حول تفتيش العمل في الصناعة والتجارة. المادتان (١-٢٢). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (١). مع التنويه أن نطاق تطبيق اتفاقية العمل العربية يشمل مختلف صنوف وأشكال العمل، كما هو واقع الحال في اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧.

أولاً - إنّ المشرّع الدولي لم يُعط تعريفاً واضحاً لهذه المنشآت، بل أشار إلى أنّ نظام التفتيش ينطبق في الأماكن الصناعية والتجارية^(٢٠). الأمر الذي منح المشرّع الوطني لكل دولة إمكانية وضع التعريف المناسب له إمّا من حيث تقييده أو توسيعه وفق اعتباراته الوطنية، وبالتالي جعل إمكانية الحد من تطبيق الاتفاقية واردة^(٢١).

ثانياً - إنّ العديد من المنشآت ذات الصفة الصناعية أو التجارية بقيت خارج نطاق التفتيش بسبب القيود التي يمكن أنّ يضعها المشرّع الوطني على نطاق تفتيش العمل ذاته، من حيث طبيعة عمل هذه المنشآت أو حجمها أو رقم أعمالها أو عدد العاملين فيها^(٢٢)، مما يهدد ببقاء طائفة واسعة من الأنشطة الصناعية والتجارية خارج نطاق التفتيش.

ثالثاً - إنّ تنامي ظاهرة القطاع الاقتصادي غير المنظم في العديد من الدول وتزايدها في الآونة الأخيرة لاسيما مع بروز الأزمات الاقتصادية عالمياً، استبقت العديد من المنشآت ذات الطابع الصناعي والتجاري خارج نطاق التفتيش.

هذه الأسباب تقتضي من المشرّع الدولي المزيد من العمل لإيجاد تعريف قانوني واقتصادي موحد لمفهوم المنشأة وعدم ترك ذلك للاعتبارات الوطنية للدول، إضافةً إلى التقليل قدر الإمكان من القيود التي يمكن أنّ ترد على نطاق تفتيش العمل، والعمل على استيعاب القطاع غير المنظم ضمن القطاع الاقتصادي المنظم، بحيث يكون المعيار في دخول مختلف هذه المنشآت في نطاق التفتيش يستند إلى وجود علاقة العمل بين العامل وصاحب العمل دون غيرها.

(٢٠) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧. سبقت الإشارة. المادة (٢) الفقرة ١ والمادة (٢٣).

(٢١) بحسب منظمة العمل الدولية إن مدلول المنشأة يختلف من حيث العبارات والكلمات من بلد لآخر، مثل "الأعمال التجارية"، و "أماكن العمل"، و "مراكز الأعمال"، و "المرافق" و "المنظمات"، وأن الفصل في تحديد الصفة القانونية للمنشأة يرجع للسلطة الوطنية للدولة. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧. المادة (٢٦).

(٢٢) كما هو الحال بالنسبة لبعض القطاعات أو الأنشطة الاقتصادية، كالقطاع العام وقطاعات التعدين والنفط والطاقة النووية، وقطاع النقل الجوي.

المطلب الثاني النطاق الاختياري

نظراً لطبيعة الظروف التي أقر فيها المشرّع الدولي نظام التفتيش الصناعي والتجاري^(٢٣) - مرحلة ما بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وإعادة بناء أوروبا - فقد تم التوافق على حق الدول في استبعاد العديد من أنشطتها ذات الطابع الصناعي والتجاري أو أقاليمها من نطاق التطبيق الإلزامي لتفتيش العمل، فكان هناك استثناءان: اقتصادي وديموغرافي.

أولاً - الاستثناء المستند لأسباب اقتصادية

بموجبه تم استبعاد قطاعين هما: قطاع التعدين والنقل والتعهدات، إضافةً لقطاع الأعمال التجارية.

١ - قطاع التعدين والنقل والتعهدات:

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية اعتبر المشرّع الدولي هذا القطاع من القطاعات الإستراتيجية بالنسبة للدول، فتم التوافق على استبعاده من نطاق تفتيش العمل^(٢٤) دون أن يفسر ذلك بحرمان العاملين فيه من ذات الحماية التي يتمتع بها نظراًؤهم في باقي قطاعات العمل الصناعي، حيث دعا المشرّع الدولي الدول لوضع قواعد قانونية خاصة لتفتيش العمل فيه لضمان تنفيذ الأحكام القانونية المتعلقة بظروف العمل وحماية العمال في ممارسة مهنتهم^(٢٥).

(٢٣) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٢). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (١).

(٢٤) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٢) الفقرة ٢.

(٢٥) توصية العمل الدولية رقم (٨٢) لعام ١٩٤٧ حول تفتيش العمل في نطاق التعدين والنقل. (الديباجة).

٢ - القطاع التجاري:

بالاستناد إلى الظروف المرافقة لإقرار نظام تفتيش العمل، ولكون النشاط الصناعي هو العنصر الأقوى في جذب العمالة، ولكون الصناعة هي البيئة الأم لعلاقات العمل، بخلاف التجارة التي كانت حينها بيئة تشغيلية حديثة العهد، أقر المشرع الدولي حق الدول في إمكانية استبعاد أنشطتها التجارية من نطاق التفتيش الإلزامي، دون أن يعفيها من أن تضع قواعد قانونية خاصة للتفتيش على العمل في هذه الأنشطة^(٢٦).

ثانياً - الاستثناء المستند لأسباب ديموغرافية:

بموجبه سمح المشرع الدولي لبعض الدول أن تستبعد بعض أقاليمها من نطاق التفتيش إذا كانت ترى أن تطبيقه غير مجدي نظراً للواقع الديموغرافي أو التنموي لبعض أقاليمها، مع السماح بأن تكون هذه الاستثناءات جزئية تتناول بعض الأعمال والوظائف أو عامة تشمل مختلف الأعمال^(٢٧). ويشار هنا إلى أن هذا الاستبعاد بخلاف الاستبعاد السابق لا يستند بالضرورة إلى مبررات اقتصادية بل إلى مبررات ديموغرافية وتنموية، كما يتناول مختلف النشاطات الاقتصادية في هذه الأقاليم، بخلاف الاستثناء المستند لأسباب اقتصادية والذي يقتصر على قطاع معين بذاته دون غيره.

المطلب الثالث

النطاق المستقبلي

على الرغم من سعة نطاق تطبيق تفتيش العمل، فقد بقيت العديد من قطاعات العمل، لاسيما في المجالات الخدمية وغير التجارية، دون أي غطاء تفتيشي، مما دفع المشرع الدولي إلى توسيع نطاق تطبيق التفتيش على العمل

(٢٦) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٢٥) الفقرة ١.

(٢٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٢٩) الفقرات ١-٣.

ليشمل هذه النشاطات^(٢٨). غير أنه، وكما هو الحال بالنسبة للأنشطة الصناعية والتجارية، لم يقدم المشرّع الدولي أي تعريف للمقصود بالخدمات غير التجارية، بل اكتفى بالقول بأن هذا التعبير يشمل القطاعات غير المعتبرة بحكم الصناعية أو التجارية، فبقي النص فضفاضاً ومبهماً^(٢٩).

كذلك، فإن هذا النص لا يتمتع بالقوة القانونية الملزمة لنص الاتفاقية الدولية للتفتيش على العمل، فهو لا يعدو أن يكون مجرد اتفاقاً بروتوكولياً توافقت عليه دول المنظمة دون أن يكون له أية قوة ملزمة، وهذا ما يفسر تدني مستوى الموافقات عليه^(٣٠). أخيراً، إن خصوصية الجوانب التي يعالجها هذا النطاق المستقبلي لتفتيش العمل دفع بالمشرّع الدولي إلى الإقرار بحق الدول

(٢٨) بروتوكول منظمة العمل الدولية لعام ١٩٩٥ لتمديد العمل بنظام تفتيش العمل في اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) ليشمل قطاع الخدمات غير التجارية.

(٢٩) بروتوكول منظمة العمل الدولية لعام ١٩٩٥، سبقت الإشارة، المادة الأولى الفقرة الثانية والثالثة. لذلك عمدت منظمة العمل الدولية إلى وضع استبيان أولي يحدد المقصود بهذه النشاطات، وبالاستناد إلى ردود أعضاء المنظمة اقترح أن يكون هذا الأخير دليلاً للمقصود بالخدمات وقطاع الخدمات غير تجارية. حيث لفتت الإجابات الانتباه إلى التنوع الكبير لمختلف الدول لتحديد مفهوم "قطاع الخدمات غير التجارية". فمعايير التمايز بين القطاع العام أو القطاع الخاص ومفهوم صاحب العمل والاعتبارات المالية أو الاجتماعية، والغرض من المنشآت سرعان ما تبين أنها غير كافية لإقامة تمييز بين الأنشطة الصناعية والتجارية من جهة، والخدمات غير التجارية، من جهة أخرى. راجع،

Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 95ème session 2006, Conférence internationale du Travail et rapport de la Commission de l'application des normes. 2006, p. 44.

(٣٠) عشرة فقط من أصل ١٣٥ بلداً مصدقة على الاتفاقية رقم ٨١ صدقت على البروتوكول كآذربيجان وقبرص وفنلندا، وجويانا، وأيرلندا، ومولدا، والنرويج، الاتحاد الروسي، والسويد، وجمهورية تنزانيا المتحدة. راجع،

Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 10.

بإمكانية الاستبعاد الكلي أو الجزئي لبعض القطاعات من نطاقه^(٣١) كالمؤسسات الرئيسية للقوات المسلحة، سواء العسكرية أو المدنية أو كليهما، والشرطة والأمن العام وغيرها من الخدمات، إذا كان تطبيقه من شأنه أن يثير لها مشاكل خاصة ذات طابع جوهري^(٣٢) على أن تكون هذه القطاعات مشمولة بنظام تفتيش خاص^(٣٣).

بالرجوع إلى المشرعين الوطنيين الفرنسي والسوري، فقد أقرّا بتطبيق نظام تفتيش العمل على أنشطة العمل، مع الاحتفاظ بالتمايز والخصوصية لكل منهما^(٣٤). فأقر المشرع الفرنسي بأن تفتيش العمل يتناول الرقابة على تطبيق مختلف أحكام قانون العمل التي تنطبق على كل علاقة عمل تتم في القطاع الخاص أو مع أشخاص القطاع العام، طالما أن هؤلاء الأخيرين قد تعاقبوا في ضوء أحكام القانون الخاص^(٣٥). أمّا المشرع السوري^(٣٦) فقد أقر نظام تفتيش

(٣١) بروتوكول منظمة العمل الدولية لعام ١٩٩٥، سبقت الإشارة، المادة (٢).

(٣٢) بروتوكول منظمة العمل الدولية لعام ١٩٩٥، سبقت الإشارة، المادة (٢) الفقرتان ١-٢.

(٣٣) بروتوكول منظمة العمل الدولية لعام ١٩٩٥، المادة (٢) الفقرتان ٣-٤. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧. المادتان (٤-١٢)، سبقت الإشارة.

(٣٤) صادقت كل من فرنسا وسورية على اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بتفتيش العمل في الصناعة والتجارة. حيث صادقت الأولى بتاريخ ١٦/١٢/١٩٥٠، بينما صادقت الثانية بتاريخ ٢٦/٧/١٩٦٠. راجع، في ذلك:

L. n°50-927, 10 août 1950.

(٣٥) Code du travail français, (Article. L. 1111-1).

(٣٦) يجدر التنويه بأن المشرع السوري في التشريع الحالي عالج موضوع تفتيش العمل بشكل تفصيلي ضمن نصوصه القانونية، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للقانون السابق الذي لم يعالج هذا الموضوع بشكل تفصيلي ضمن نصوصه، مكتفياً بالمعالجة الإجمالية من خلال ثلاث مواد قانونية فقط هي: (٢١٢←٢١٤) محيلاً إلى وزير الشؤون الاجتماعية والعمل لإصدار القرار التنظيمي اللازم في ذلك، والذي أصدر بدوره القرار رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥ الذي وضع القواعد التفصيلية للعمل التفتيشي في الجمهورية العربية، حيث جاء القرار في ٢٦ مادة بحثت في تفتيش العمل وواجبات مفتش العمل وصلاحياته وجهاز تفتيش العمل، وفي العام ١٩٧٥

العمل على مختلف القطاعات التي تخضع لقانون العمل الذي ينظم مختلف جوانب العمل الصناعي والتجاري في القطاع الخاص والتعاوني والمشارك دون القطاع العام^(٣٧).

بذلك يمكن القول بأن المشرعين لم يستبعدوا من نطاق تطبيق تفتيش العمل أيّاً من المنشآت ذات الطابع الصناعي أو التجاري، بغض النظر عن عدد العاملين فيها، أو طبيعة نشاطها الاقتصادي بما فيها العاملة في قطاع التعدين والنقل أو في المجال التجاري، أو مكانها الجغرافي، جاعلين المعيار في خضوع المنشأة للتفتيش قائماً على ركيزتين: الأولى، تتعلق بوجود علاقة عمل بين العامل وصاحب العمل^(٣٨)، والثانية، تتناول ممارسة هذه العلاقة في إطار القطاع الخاص. إلا أنّ نقطة التمايز بين المشرعين الفرنسي والسوري تكمن في نطاق التفتيش المستقبلي المتعلق بالتفتيش على القطاعات غير الصناعية والتجارية، أي ما يسمى بالقطاعات الخدمية المقدمة من قبل الدولة في إطار القطاع العام^(٣٩). ففي حين أبقى المشرع الفرنسي هذه الخدمات خاضعة لنظام تفتيش العمل في قانون العمل، وإن كان قد أوكل مهمة التفتيش فيها إلى عناصر التفتيش التابعة

= أصدر وزير الشؤون الاجتماعية والعمل القرار رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠ المتضمن قواعد تفتيش العمل الليلي. وفي الحقيقة من الملاحظ أن هذه النصوص التنظيمية مع بعض التعديلات الطفيفة عليها بقيت درجة في السلم التشريعي وأدخلت في نصوص قانون العمل الحالي. ويشار هنا إلى أنه، ونظراً لعدم صدور العمليات التنفيذية الجديدة للقانون الحالي، فتبقى التعليمات النافذة في ظل القانون السابق سارية المفعول طالما أنها لا تتعارض مع القانون. راجع في ذلك، دليل العمل، سبقت الإشارة، صفحة ١٦٦-١٧٤.

(٣٧) قانون العمل السوري، المواد (٤-٥-٢٤٤).

(٣٨) لا يشترط الكتابة في هذه العلاقة، فمجرد وجود علاقة العمل تكفي لتطبيق التفتيش، بل إن مهمة المفتش التأكد من صحة هذه العلاقة وترجمتها كتابياً.

(٣٩) حتى تاريخ ٠١/٠١/٢٠١٠ لم تصادق أي من فرنسا وسورية على بروتوكول عام ١٩٩٥ لاتفاقية عام ١٩٤٧ حول تمديد العمل بنظام التفتيش في قطاع الخدمات غير التجارية. راجع، <http://www.ilo.org/iloex/french/index.htm>.

لكل وزارة مختصة، حيث يقوم بهذا التفتيش موظفون من هذه الوزارات^(٤٠)، عمَدَ المشرّع السوري إلى إخراج نطاق التطبيق المستقبلي من نظام التفتيش، فمختلف الأنشطة الخدمية وغير الصناعية التي تتم في إطار القطاع العام بقيت خارج نطاق تفتيش قانون العمل. لكن ذلك لا يعني بأن المشرّع السوري لم يف بالتزاماته الدولية في هذا الخصوص لجهة إخضاع هذه الأعمال والنشاطات لنظام تفتيش خاص، حيث أقر لها نظام تفتيش وأجهزة تفتيش خاصة^(٤١). والحقيقة إنّ الفرق بين الفرضيتين واضح، ذلك أنّ الجهاز التفتيشي الذي يتولى الرقابة على مختلف هذه القطاعات في التشريع الفرنسي واحد وهو جهاز تفتيش العمل، في حين أنّ الأمر ليس كذلك في التشريع السوري حيث أنّ عمل جهاز تفتيش العمل يبقى محصوراً في إطار التفتيش على العمل في القطاع الخاص، ولا يتناول أي عمل في القطاع العام الذي يخضع لأجهزة تفتيشية خاصة.

(٤٠) Code du travail français: Inspection du travail dans l'industrie, les commerces et les services, les professions agricoles et le secteur des transports. (). Inspection du travail dans les mines et carrières (Articles R8111-1). Inspection du travail dans les industries électriques et gazières (Articles R8111-10 é R8111-11). Inspection du travail dans les établissements de la défense (Articles R8111-12).

(٤١) يمكن القول بأن نظام التفتيش في الجمهورية العربية يتسم بالطابع الثنائي نظراً لثنائية القانون المطبق، حيث يطبق على العمل في القطاع الخاص أحكام قانون العمل رقم ١٧ لعام ٢٠١٠ الذي أقر إنشاء جهاز لتفتيش العمل يتناول مختلف الأنشطة الاقتصادية الصناعية والتجارية في هذا القطاع، في حين أنّ العمل في القطاع العام يطبق عليه أحكام النظام الأساسي للعاملين في الدولة رقم ٥٠ لعام ٢٠٠٤ والذي يشمل مختلف أنواع العمل في القطاع العام والذي وضع أحكام خاصة للتفتيش تنفذ من قبل الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش والجهاز المركزي للرقابة المالية.

المبحث الثاني نطاق التطبيق المهني

على المستوى المهني، يمكن التمييز بين نوعين: الأول: رئيسي أرسنه قواعد تشريع العمل الدولي، والثاني: وطني أملته بيئة وظروف العمل لكل دولة على حدة. وإن كانت هذه الظروف، لاسيما في ضوء العولمة الاقتصادية وانفتاح الدول، أخذت تتقاطع في أكثر من دولة لتشكل هماً مشتركاً لمجموعة دول أكثر منه لدولة بحد ذاتها.

المطلب الأول نطاق التطبيق الرئيسي

ما من شك أن تفتيش العمل يتناول الرقابة على مدى احترام تطبيق مختلف أحكام قانون العمل في بيئة العمل^(٤٢) سواء منها المتعلقة بتنظيم العمل وساعات العمل والأجور وحماية الأمومة والأطفال والمراهقين^(٤٣)، والمساواة

(٤٢) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، المادة (٣) الفقرة ١. اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المادة (٢٢)، سبقت الإشارة.

(٤٣) في الفترة من ١٩٩٤ إلى ٢٠٠٣، ستة برامج عمل للعمال الأطفال، تم تنفيذه في إطار البرنامج الدولي للتفتيش من جانب حزب العمل في وزارة العمل والضمان الاجتماعي في تركيا. حيث تركزت هذه المشاريع على الحاجة إلى تفهم ظروف عمل الأطفال في قطاع الصناعة، لتعزيز وعي مفتشي العمل للحد من عمل الأطفال، وإدخال نظام جديد للتفتيش يعتمد على إقناع الأطفال العاملين والمشرفين وأصحاب العمل بجدوى تدخل مفتشي العمل، وبأن الأمر لا يشكل معاقبة بقدر ما يعبر عن مساعدة في تحسين ظروف العمل في قطاع الصناعة بشكل عام. خلال هذه الفترة، سبعة قطاعات هي المعادن والأخشاب، والمنسوجات، والملابس والجلود وتصليح السيارات وتنظيف الجسم تمت تغطيتها في سبع مناطق، وتمكن البرنامج من الوصول إلى أكثر من ١٠ ٠٠٠ طفل.

Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 22.

ومنع التمييز، والراحة الأسبوعية، والإجازات، إضافةً للاتفاقات الجماعية^(٤٤) ومعايير العمل الدولية وغيرها. على الرغم من ذلك فقد بقيت عملية الرقابة على الصحة والسلامة المهنية في العمل هي من أكثر المهام ممارسة من قبل مفتش العمل^(٤٥). إلا أنَّ هذه المهمة شهدت في العقود الأخيرة تطوراً كبيراً دفع الكثير من الدول ومن بينها فرنسا وسورية إلى الفصل في مهمة تفتيش العمل بين الواجبات التقليدية لتفتيش العمل والتفتيش على الصحة والسلامة المهنية، وإيلاء هذه الأخيرة لمفتشين متخصصين يتبعون لقانون الضمان الاجتماعي. المفهوم الضيق لمفهوم «Hygiène» "النظافة الشخصية" ما لبث أنَّ حل محله مفهوم أوسع أشمل هو الصحة والسلامة المهنية. الأثر الاقتصادي لبعض الظواهر في الآونة الأخيرة لاسيما ضغط العمل والسلوك العدواني والمضايقات والتحرش الجنسي في العمل، أدت إلى تعيين وتدريب مفتشين متخصصين في مجال الصحة النفسية في العمل^(٤٦)، إضافةً إلى تطوير ثقافة السلامة والصحة في العمل والتركيز على الوقاية لبعض الأمراض كنقص المناعة المكتسبة (الإيدز)، أو الأمراض ذات المنشأ المهني أو النفسي مثل آلام الظهر والإجهاد، والتعب والإرهاق وغيرها^(٤٧).

(٤٤) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٣)، الفقرة ١ (أ) و المادة (٢٧).

(٤٥) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٣).

(٤٦) كما هو الحال في فرنسا والسويد وسويسرا. راجع Code du travail français, Article. (L. 8123-1 → L. 8123-3).

(٤٧) راجع في ذلك، ولفجانج فون ريتشثوفين، تفتيش العمل، دليل للمهنة، منشورات منظمة العمل الدولية، ٢٠٠٩، ص ٣٤٥ وما بعد.

Voir, Manuel sur le VIH/SIDA à l'intention des inspecteurs du travail. BIT, Genève, 2005. La coopération dans un environnement en mutation. Activités de l'OIT 2001-2004. Bureau International du Travail. Septième Réunion régionale européenne. Rapport du Directeur général Volume I. Budapest, février 2005. p. 54-55. La lutte contre le VIH/SIDA sur le lieu de travail: identifier et partager les meilleures pratiques. Rapport de base pour la Réunion Interrégionale Tripartite sur les Meilleures Pratiques Relatives à l'application des Politiques et

ومما لاشك فيه أنّ كلاً من المشرّع الفرنسي والسوري قد لحظا هذا التقسيم في مجال تفتيش العمل، بالرغم من أنّ واقع تفتيش العمل في سورية لا زال يركز في الغالب الأعم على الجوانب التقليدية لتفتيش العمل، كالتفتيش على وجود عقد العمل من عدمه ونظام العمل وساعات التشغيل وتشغيل الأطفال والنساء، في حين أنّ التفتيش في المسائل التقنية والتخصصية لم يزل في حدوده الدنيا نظراً للافتقار إلى المهارات والخبرات اللازمة في هذا المجال.

المطلب الثاني نطاق التطبيق الثانوي

هذا النطاق لم تملّه قواعد تشريع العمل الدولي وإنّما واقع وبيئة العمل الوطنية لكل دولة على حدة والتي عززت من دور مفتش العمل في جوانب معينة وأهملتها في جوانب أخرى دون أنّ يؤثر ذلك في المهمة الرئيسة لمفتش العمل في ضمان حسن تطبيق القانون^(٤٨). هذه المهام منها ما يرتبط بنشاط العمل ومنها ما هو خارج عنه.

أولاً - داخل نشاط العمل:

يمكن حصر هذه المهام بما يلي:

- ١ - الحريات النقابية والمفاوضات الجماعية، حيث عمدت بعض الدول إلى توسيع صلاحيات مفتشي العمل لتشمل الحريات النقابية وحماية العمال

= Programmes en matière de VIH/SIDA sur le Lieu de Travail. 15-17 Décembre 2003, BIT, Genève. Le VIH/SIDA et les droits fondamentaux, Le Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA: un instrument au service de la promotion des droits fondamentaux par Marie-Claude Chartier. Le Programme du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail. Genève, novembre 2002.

(٤٨) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، المادة (٣) الفقرة ٢. اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المادة (١٧)، سبقت الإشارة.

النقابين، أو المشاركة والتعاون في صياغة اتفاقات العمل الجماعية، مع التنبه بآلا ينطوي هذا الدور على التضيق على الأنشطة النقابية أو القدرة على إعادة النظر في اتفاقات العمل المتفق عليها^(٤٩).

٢ - نزاعات العمل الجماعية، بالنظر للمعرفة القانونية الواسعة لمفتش العمل بأحكام القانون ولواجب النزاهة والحياد الذي يتمتع به، فقد أسندت العديد من الدول له مهمة فض منازعات العمل الجماعية^(٥٠)، لاسيما في مجال التوفيق، كونهم الأقرب لفهم النزاعات بين العمال وأصحاب العمل^(٥١).

٣ - الرقابة على العمالة غير المشروعة، ترتبط ظاهرة العمالة غير المشروعة بظاهرة الإقامة غير الشرعية للعمال المهاجرين، الأمر الذي تعانيه الكثير من دول الجذب كالدول الغربية. فأوكلت هذه الأخيرة إلى مفتشي العمل مهمة الرقابة على العمالة غير القانونية بالتنسيق والتعاون مع أجهزة الدولة الأخرى كشرطة الحدود والداخلية والجمارك والتأمينات الاجتماعية والضرائب، وما إلى ذلك. وهنا يجب التأكيد على أنّ المهمة الرئيسية

(٤٩) Voir, Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 26. Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 74ème session 1985.

Ibid.

(٥٠)

(٥١) بالرغم من أنّ توصية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ بشأن تفتيش العمل في الصناعة والتجارة أكدت على أنّ: "مهام المفتشين لا ينبغي أنّ تشمل وظيفة العمل كموفقين أو كمحكمين في النزاعات العمالية". فقد أوكلت العديد من الدول مثل هذه المهام إلى مفتش العمل كما هو الحال في الجزائر والمغرب والكاميرون واليابان وفنزويلا. الأمر الذي لا نتفق معه؛ ذلك أنّ هذه المنازعات هي اعتراض على القانون أكثر منها خرق له، مما يجعل تدخل المفتش غير فاعل، ناهيك عن الطاقة والوقت الذي يقضيه المفتشين في محاولات لحل النزاعات العمالية الجماعية والذي من شأنه أنّ يضر أداء المهام الرئيسية. راجع،

Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 27.

للمفتش يجب أن تبقى محصورة في ضمان حماية حقوق العمال المهاجرين لجهة تطبيق أحكام قانون العمل دون أحكام قانون الهجرة، فدوره لا يتعلق بالتأكد من شرعية وجودهم بموجب قانون الهجرة بل بتوافق وضعهم مع أحكام قانون العمل، فالاستخدام غير القانوني هو - في حد ذاته - عقوبة مزدوجة لصاحب العمل والعمال، غير أن هؤلاء الأخيرين لا ينظر إليهم كضحايا وإنما كشركاء، وهنا الإشكالية، فالعقوبة بالنسبة للعامل المهاجر هي عقوبة مضاعفة، فقدان للعمل مترافق مع الطرد.

واليوم يلعب مفتش العمل في التشريع الفرنسي دوراً بارزاً في محاربة العمالة غير المشروعة^(٥٢) وذلك نظراً لخصوصية بيئة العمل الفرنسية التي تعتبر بيئة جاذبة للعمالة المهاجرة لاسيما من الدول الأفريقية. دورٌ منتقَدٌ من قبل العديد من منظمات ومؤسسات المجتمع المدني التي ترى فيه تطبيقاً لقانون الهجرة الفرنسية أكثر منه لقانون العمل^(٥٣). كما أوكل المشرع الفرنسي

(٥٢) Code du travail français, Article. (L. 8112-2). (Article R8221-1 → Article R8224-1). L'expression de « travail illégal » a été consacrée par la loi de 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (PME). Le dispositif institutionnel de la lutte contre le travail illégal s'organise autour de la Commission Nationale de Lutte contre le Travail Illégal (CNLTI) et de la Délégation Interministérielle à la Lutte contre le Travail Illégal (DILTI). On retrouve ses organismes au niveau départemental, sous la forme de Comité Opérationnel de Lutte contre le Travail Illégal (COLTI). La CNLTI élabore les grandes orientations des politiques publiques sur les rapports établis par la DILTI, laquelle anime le dispositif interministériel national et départemental. Dernière création en date du gouvernement: l'Office Central de Lutte contre le Travail Illégal (OCLTI). Rapport DILTI, « Le travail illégal: lutte et prévention » 3 janvier 2008. Voir aussi, D. n°2007-999 du 31 mai 2007, relatif aux attributions du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et d'écodéveloppement, art 4. L. 2005-882, 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises, Art. 86: JO n°179, 3 août 2005, p.12639. L. n°2003-1119, 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, publiée au JO du 27 novembre 2003. Cass. crim. 28 novembre 2006: JCP S, 2007, n°25, 1471, note de Jean-François Cesaro.

(٥٣) P. Daquin, Le travail dissimulé des étrangers: obsession du gouvernement, 9 mai 2008, Article publié sur. Travailleurs sans-papiers: premières régularisations, Article paru dans l'Express, 1er mai 2008,.

لمفتش العمل واجب فض نزاعات العمل الجماعية^(٥٤) وتقديم الإحصائيات القانونية المتعلقة بسوق العمل^(٥٥). في حين أنه ونظراً لوضع التنظيمات النقابية القوية في التشريع الفرنسي فهو لم يمنحه سلطة التفتيش على هذه النقابات؛ منعاً للتدخل أو التأثير في عملها من قبل جهاز التفتيش الذي يعتبر بشكل أو بآخر مرتبطاً مع السلطة التنفيذية المتمثلة بوزارة العمل. كذلك، ولذات السبب حظر المشرع الفرنسي على مفتش العمل المشاركة في صياغة اتفاقيات العمل الجماعية.

بالنسبة للمشرع السوري، فقد أبقى صلاحيات مفتش العمل في حدودها التي أقرها المشرع الدولي ولم يتوسع بها ليمنحه المزيد من الصلاحيات^(٥٦). على الرغم من ذلك يمكن الإشارة إلى أن مفتش العمل - وعلى الرغم من سكوت النص - يقوم بمهمة فض نزاعات العمل الفردية والجماعية؛ حيث جاءت هيكلة دائرة تفتيش العمل في الوزارة متضمنة لشعبة خاصة تسمى: "شعبة حل الخلافات العمالية"، حيث يشارك مفتش العمل بدور الوسيط في هذه النزاعات، كما يشارك في هيئة التحكيم العمالية، إضافةً إلى أنه يلعب دوراً بارزاً بالتفتيش على العمالة غير المشروعة^(٥٧). والحقيقة لا ندري ما هو المستند القانوني لتوسيع هذه الصلاحيات بغياب النص التشريعي، وصراحة النص التشريعي بعدم جواز إسناد أي واجبات إضافية لمفتش العمل تتعارض مع أدائه لمهمة التفتيش^(٥٨)، الأمر الذي يحتم على المشرع السوري ضرورة مراجعة موقفه في هذا المجال، إما لوقف هذا الإجراء غير القانوني على الصعيد العملي لافتقاره للمستند القانوني أو لتعديل التشريع والنص صراحة على إيلاء هذه المهمة لمفتش العمل، وإن كنا نميل إلى تشجيع المشرع السوري لانتهاج

(٥٤) Coud de travail, Article, (R. 8112-2).

(٥٥) Coud de travail, Article, (R. 8112-3).

(٥٦) قانون العمل السوري، المواد (٢٤٤-٢٤٩-٢٥١).

(٥٧) لاسيما بعد صدور القرار الوزاري رقم ٢٠٤٠ تاريخ ٢٠/١١/٢٠٠٥ الذي عدل من آليات العمل من حيث ربط الإقامة مع العمل.

(٥٨) قانون العمل السوري، المادة (٢٥٠).

الموقف الثاني لجهة تعديل التشريع وتوسيع صلاحيات مفتشي العمل لتشمل تسوية نزاعات العمل نظراً للمعرفة العميقة لمفتش العمل بنصوص وتشريعات العمل من جهة والحيادية التي يتمتع بها هؤلاء المفتشون.

ثانياً - خارج نشاط العمل:

بالإضافة إلى مهام مفتش العمل داخل نشاط العمل، بعض التشريعات عهدت إليه بعض المهام خارج هذا النشاط، كإصدار تصاريح العمل أو الموافقة على مواد النظام الداخلي للمؤسسات والشركات، أو إقامة دورات تدريبية للعمال أو حساب تعويضات نهاية الخدمة أو دعم العاملين في خطاب الاستقالة^(٥٩). في هذا الإطار منح المشرع الفرنسي مفتش العمل العديد من الصلاحيات خارج نطاق العمل، لاسيما بالنسبة للمخالفات المرتكبة في مجال التمييز أو امتحان الكرامة الإنسانية وفق أحكام القانون الجزائي، والمخالفات المرتكبة بالنسبة لصندوق الضمان الاجتماعي، لاسيما في مسائل حوادث وإصابات العمل، والمخالفات المتعلقة بشروط إقامة الأجانب وفقاً لأحكام قانون اللجوء، بالإضافة إلى التفتيش على تطبيق العديد من النصوص في قانون حماية المستهلك وقانون الشركات^(٦٠). بالنسبة للمشرع السوري، لم يوسع في صلاحيات مفتشي العمل خارج نطاق بيئة ونشاط العمل، بل أبقى على صلاحيات مفتش العمل في حدودها المقررة ضمن بيئة العمل^(٦١). الأمر الذي نتفق فيه مع المشرع السوري نظراً لخصوصية تفتيش العمل في سورية وفق ما سنبينه في الفقرة التالية^(٦٢).

(٥٩) Voir, Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 26. Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite.

(٦٠) Code du travail. (Article L. 8112-2).

(٦١) قانون العمل السوري، المواد (٢٤٩-٢٥١)، خصوصاً المادتين (٢٤٩-٢٥٠). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ١٩٦٥/٧/٤، سبقت الإشارة، المواد (٨-١٧).

(٦٢) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٣) الفقرة ٢.

الفصل الثاني

ضمانات سلامة أداء العمل الرقابي لمفتشي العمل

يتطلب الإطار التنفيذي لتفتيش العمل بنية مؤسساتية وبشرية كفوءة، تضمن حسن التطبيق القانوني لقواعد القانون من خلال جملة من الآليات وطرق المعالجة.

المبحث الأول

البنية المؤسساتية والبشرية

نعني بذلك الهيكل المؤسساتي المسؤول عن تفتيش العمل من جهة، والكادر البشري العامل فيه من جهة أخرى.

المطلب الأول

البنية المؤسساتية (هيكل نظام تفتيش العمل)

نبحث بداية في الجهة المختصة قبل البحث في آليات العمل المعتمدة.

أولاً - الجهة المختصة:

يتولى تفتيش العمل جهاز إداري مختص^(٦٣) مرتبط بوزارة العمل غالباً ما يسمى: "جهاز تفتيش العمل"، الذي يجب أن يتمتع - لضمان فاعلية عمله - بقدر كبير من الاستقلالية والحرية والانضباط، هذه الثلاثية تقتضي تمتعه بكيان

(٦٣) توصية العمل الدولية رقم (٢٠) لعام ١٩٢٣ بشأن إدارات تفتيش العمل، الفقرة ١٠. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٤). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المواد (٢٤). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ١٩٦٥/٧/٤، المادة (١٨) سبقت الإشارة.

Coud de travail, (Articles D8121 - D8121-12) (Articles R8121-13 - R8122-11).

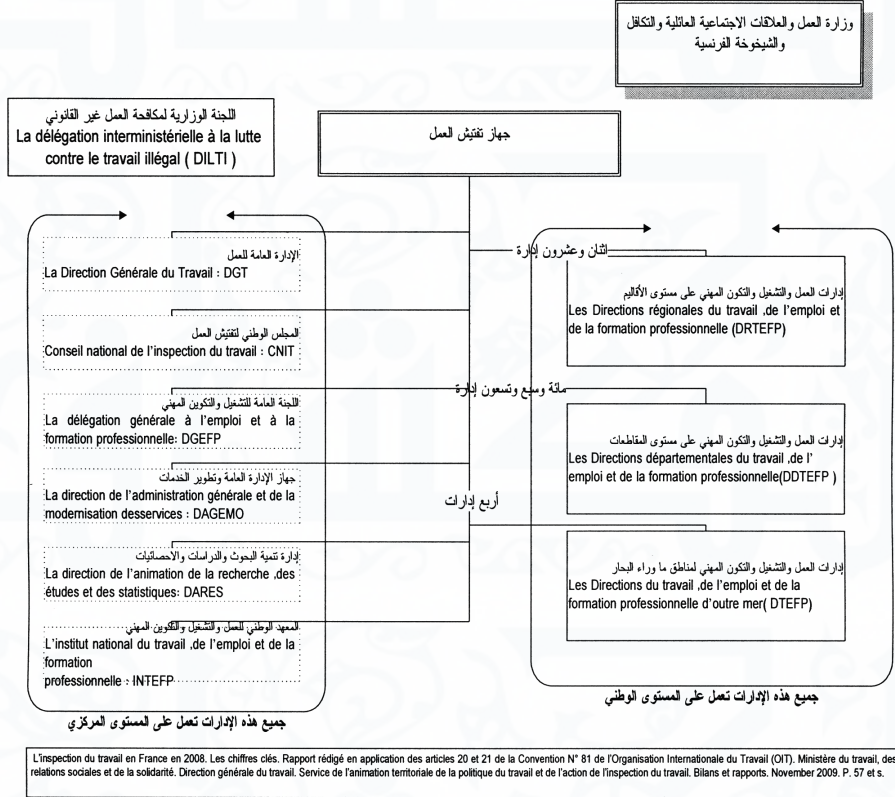
مادي مستقل قائم بذاته؛ بما يضمن تحصينه من التدخلات غير المحمودة من قبل الغير، فتبقى قراراته تتمتع بالمصادقية والموثوقية، مما يعزز من مكانته في نظر مختلف الفئات المعنية المرتبطة به لاسيما العمال وأصحاب العمل، فهو جهازٌ مرتبطٌ بالوزارة غير تابعٍ لها والفرق بين الحالتين كبير. هذا الارتباط -لا التبعية- يؤمن انضباط عمل جهاز تفتيش العمل، ويسهل وضع وتنفيذ سياسة موحدة في جميع أنحاء الدولة، كما يتيح الاستخدام الفعال للموارد المتاحة والحد من الازدواجية في العمل، كما يضمن تنسيق الخدمات الخاضعة لسيطرته لأجل الهدف المحدد، ويساعد على ضمان تماسك آليات التعاون والتنسيق مع الهيئات الأخرى في القطاعين العام والخاص من جهة، ومؤسسات المجتمع المدني وفي مقدمتها أصحاب العمل والعمال من جهة أخرى. وهنا يجب اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز التعاون بين جهاز تفتيش العمل ومختلف الأجهزة الأخرى المؤثرة في بيئة العمل، إضافةً إلى تأمين البنية التحتية اللازمة والتي تمكنه من القيام بمهامه على خير وتيرة، دون أن تكون قراراته مشكوكاً في مصداقيتها.

والحقيقة إذا كانت هذه الثلاثية في العمل التفتيشي - الاستقلالية والحرية والانضباط - وفق تقارير منظمة العمل الدولية وتشريع العمل الفرنسي متوفرة إلى حد كبير في التشريع الفرنسي نظراً للأهمية الكبيرة التي يوليها المشرع الفرنسي لهذا الجهاز من حيث منحه نطاق عمل شبه مستقل على مستوى الدولة الفرنسية مع العديد من الأجهزة التخصصية الأخرى المساندة له إما على المستوى الوطني أو على المستوى المكاني^(٦٤)، كما يبين الرسم التوضيحي التالي:

(٦٤) مع التنويه بأن هذا الجهاز يعمل في فرنسا لصالح ثلاث وزارات هي العمل والنقل والزراعة.

Coud de travail, Huitième Partie: Contrôle de l'application de la législation du travail (Articles L8112 → L8331-1).

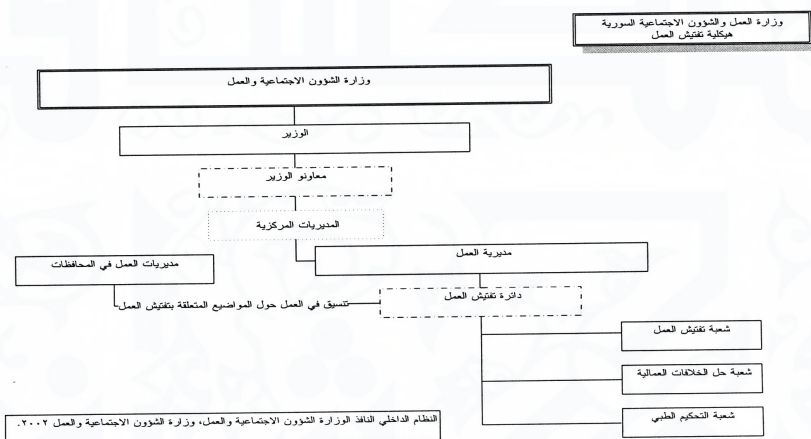
رسم توضيحي ١ : هيكلية جهاز تفتيش العمل في التشريع الفرنسي



فإن واقع الحال ليس كذلك في التشريع السوري، لاسيما لجهة وجود جهاز مستقل لتفتيش العمل، فهامش الاستقلالية في كيان جهاز تفتيش العمل لا يزال مفتقدًا! فعلى الرغم من نص القانون الواضح على إيجاد جهاز مختص لتفتيش العمل فإنه لا يزال مغيباً إلى حد كبير، فلا يوجد ضمن البنية القانونية لوزارة العمل جهازاً لتفتيش العمل، فمن يتولى تفتيش العمل، ليس جهازاً مستقلاً يتمتع بالاستقلال المالي والإداري مرتبطاً بجهاز مركزي هو وزارة العمل، وإنما إحدى الدوائر التابعة لوزارة العمل، مما يجعل من منصب المفتش العام والجهاز المركزي للتفتيش مناصب صوريةً بحتةً، فمنصب المفتش العام غير موجود عملياً، وإنما هو موكل إلى مدير العمل في الإدارة المركزية (وزارة

العمل) الذي يتولى بحكم القرار الوزاري رقم ٤٦٥ لعام ١٩٦٥ مهام المفتش العام، في حين ينهض موظفو مديرية العمل المركزية بمهمة أعضاء الجهاز المركزي للتفتيش. ذلك أنّ موظفي ومفتشي جهاز تفتيش العمل في القانون السوري لا يتم تعيينهم على اعتبار كونهم مفتشي عمل، وإنّما يتم انتقاؤهم من العاملين في الوزارة للقيام بالعمل التفتيشي^(٦٥). ولعل هذا الوضع هو ما جعل من جهاز تفتيش العمل - المعني بتطبيق أحكام قانون العمل - لا يرقى ضمن الهيكلية الإدارية لوزارة الشؤون الاجتماعية إلى مرتبة المديرية، كما يبين الرسم التوضيحي التالي:

رسم توضيحي ٢: هيكلية (جهاز) تفتيش العمل في التشريع السوري



وغني عن البيان أنّ افتقار وجود جهازٍ مستقلٍ لتفتيش العمل ينعكس بالضرورة بشكلٍ كبيرٍ على فاعليته، ويؤثر سلباً على هامشي الحرية والانضباط السابق ذكرهما أعلاه. وهذه برأينا جميعها نقاطٌ تحتاج من المشرّع السوري المزيد من التعمق في معالجة واقع تفتيش العمل لديه، فالعمل التفتيشي يحتاج إلى كيانه الخاص والمستقل ضمن هيكلية وهرمية وزارة العمل، ويؤسفنا أن

(٦٥) سنبحث في هذه النقطة بشكلٍ أوسع في القسم الثاني من هذا البحث.

المشرع السوري في قانون العمل الحالي قد تجاهل هذه الحقيقة، فعلى الرغم من حداثة هذا الأخير إلا أنه جاء خالياً من الإشارة إلى ضرورة إحداث كيان خاص لتفتيش العمل.

ثانياً - آليات العمل:

تعتمد قدرة جهاز تفتيش العمل على القيام بمهامه على خير وتيرة بشكل كبير على تمكنه من التنسيق والتعاون البناء مع باقي الشركاء المؤثرين في بيئة العمل^(٦٦) الذين يبينهم الرسم التوضيحي التالي:

رسم توضيحي ٣: الجهات المرتبطة بجهاز تفتيش العمل



فلا يمكن لهذا الجهاز تحقيق الأهداف الموكلة إليه إلا بتحقيق التعاون الفاعل بينه وبين باقي مؤسسات المجتمع المعنية ببيئة العمل، وفي مقدمتها منظمات العمال وأصحاب العمل^(٦٧). كما أنّ التكامل بين أهداف وغايات خدمات الضمان الاجتماعي وتفتيش العمل أمرٌ لا يرقى إليه الشك؛ حيث يساهم جهاز

(٦٦) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، المواد (١-٤-٥-٦-٨). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المواد (١٤-١٩-٢٣)، سبقت الإشارة.

(٦٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٥) الفقرة (أ).

تفتيش العمل بتوفير البيانات اللازمة لتحديد المؤسسات والأنشطة المعرضة للخطر، وتحديد التدابير الوقائية للحد من هذه الحوادث. كما يُعَدُّ الضمان الاجتماعي من أولى الجهات التي يتم إخطارها بحوادث العمل والأمراض المهنية. الدعم الفعّال من جانب دوائر الشرطة ضروري في كثيرٍ من الأحيان لإنجاز مهام التفتيش، فهي من أولى الجهات التي يجب إبلاغها عن الأحداث المتعلقة بالصحة والسلامة، بذات الوقت الذي يشكل دعمها عامل أمانٍ واطمئنانٍ لضمان السلامة البدنية للمفتش، كما أنّ قدرة هذا الأخير على إنفاذ القانون ووضع قراراته موضع التنفيذ تتطلب دعمها، لاسيما في حالات العرقلة والممانعة، كذلك يعتمد نجاح هذا الجهاز على كيفية تعامل القضاء مع القرارات والتوصيات التي يصدرها، والتنسيق والتعاون الفعّال بينهما، بما يقتضي تعميق التشاور بينهما وتدريب القضاة وتوعيتهم اجتماعياً واقتصادياً لقيمة العمل ودور التفتيش فيه. واليوم، نظراً لتعدد وتشعب علاقات العمل، يزداد التعاون بين جهاز تفتيش العمل ومراكز الدراسات والأبحاث في مجالات العلوم الاجتماعية والبيئية، مما يساعد مفتشي العمل على اكتساب مهاراتٍ جديدةٍ في العمل التفتيشي والتعرف على جوانبٍ جديدةٍ له، كبعض الأمراض المهنية الحديثة أو السلوكيات الاجتماعية السلبية المؤثرة في العمل، كذلك التعاون مع السلطات الضريبية المعنية بالقطاعات والصناعات المشمولة بالتفتيش يسمح بالولوج إلى المعلومات موضوع التفتيش من مصادر أخرى متعددة، تضمن الوثوقية في المعلومات وعدم التلاعب بها. أخيراً ونظراً لازدياد عدد العمال الأجانب والمهاجرين في العديد من البلدان، يزداد التعاون بين هذا الجهاز والسلطات المسؤولة عن الهجرة.

والحقيقة، إنّ دراسة واقع هذا التنسيق بين جهاز تفتيش العمل في الإدارة المركزية والإدارات الفرعية في المحافظات يبقى في المستوى المقبول بالنسبة لكلٍ من فرنسا وسوريا. إلّا أنّ الصعوبات تبرز في التعاون والتنسيق بين جهاز تفتيش العمل - مع التحفظ على التسمية في التشريع السوري - وباقي أجهزة المجتمع، وتبرز هذه الصعوبات - بشكلٍ خاصٍ - في التشريع السوري بسبب

عدم وجود كيانٍ خاصٍ ومستقلٍ لهذا الجهاز يُمكنُهُ من الاستقلالية في العمل والمخاطبة، حيث لا تتم هذه المخاطبات إلا عن طريق وزارة العمل وبالتسلسل الإداري مما يعيق بشكلٍ كبيرٍ من فاعلية هذا العمل والقدرة على بروز تفتيش العمل ككينونةٍ مستقلةٍ عن الوزارة، الأمر الذي شدد عليه المشرع الدولي. يضاف إلى ذلك، عدم وجود دراساتٍ أو أرقام واضحةٍ عن حجم هذا التعاون، وكيفية ترجمته على أرض الواقع حتى بين الوزارة وباقي مؤسسات المجتمع.

في جميع الأحوال، ومن خلال قراءات فاعلية العمل التفتيشي على أرض الواقع، يمكن القول بأن هذه الأشكال من التعاون تبقى للأسف في حدودها الدنيا بالنسبة لبعض الجهات ومفتقدة بالنسبة لقطاعات أخرى، فالتعاون مع مؤسسات المجتمع المدني وفي مقدمتها التنظيمات النقابية، وتحديدًا تنظيم نقابات العمال، مرضي إلى حدٍ كبيرٍ، فهذا الأخير يلعب دوراً بارزاً في تنبيه (جهاز) تفتيش العمل إلى التجاوزات التي تقع على العمال في بيئة العمل لئتم اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة، إلا أنّ التعاون مع باقي أجهزة المجتمع المدني لا يزال مفتقداً نظراً لعدم وجود جمعيات متخصصة في هذه القضايا، أو الدفاع عن مصالح العمال التي لا تزال محصورةً في التنظيم النقابي العمالي السوري، وإن كنا نتمنى أنّ نرى وجوداً فاعلاً لمثل هذه الجمعيات على أرض الواقع نظراً للدور الكبير الذي يمكن أن تقوم به.

بالنسبة للتعاون مع مؤسسة الضمان الاجتماعي (مؤسسة التأمينات الاجتماعية)، فعلى الرغم من عائدة كلٍ منهما لجهةٍ مركزيةٍ واحدةٍ هي وزارة العمل، إلا أنّ لكل جهةٍ منهما مفتشيها الخاصين، فمفتشو العمل يراقبون تطبيق قانون العمل بينما مفتشو التأمينات يراقبون تطبيق قانون التأمينات الاجتماعية. ويتم التنسيق بين الطرفين في الزيارات التفتيشية والتي تتم بالمشاركة بين مفتشي العمل ومفتشي التأمينات الاجتماعية إضافةً إلى مفتشي الصحة والسلامة المهنية، لكن لا يوجد ضمن الهيكلية الإدارية لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل جهة مختصة توحيد العمل بين الجهتين لجهة العمل التفتيشي. أضف لذلك، أنّ المشرع السوري منح جهاز التأمينات قدراً جيداً من الاهتمام، حيث يتمتع بالاستقلالية عن الهيكلية المركزية لوزارة العمل بكونه

مرتبطاً بها لا تابعاً لها، فهو بخلاف (جهاز) التفتيش، مؤسسة عامة قائمة بذاتها تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

فيما يتعلق بالتعاون القائم مع جهازي الشرطة والقضاء، فهو برأينا ليس بأفضل حالاته، ولا حتى على المستوى المطلوب^(٦٨). حيث يفتقد هذا التعاون إلى التنسيق والدعم الفاعل، فيبقى تدخل الشرطة في إطار المؤازرة حين الطلب. في حين يفتقد النظام القضائي السوري إلى محاكم قضائية متخصصة بقضايا العمال إما من حيث التكوين أو البنية، كما يفتقد النظام القضائي السوري إلى قضاة متخصصين في قضايا العمل، مما يجعل من تعامل هذين النظامين مع تفتيش العمل تعاملاً يفتقد إلى التخصصية والمهنية، مما يُفقد تفتيش العمل الكثير من المصدقية في نظر أصحاب العمل قبل العمال، كما يقضي على الدافع المحفز لمفتش العمل للقيام بمهامه على خير وتيرة. وفي رأينا كان حرّاً بالمشرع السوري أن يوجد شرطة خاصة مساندة لتفتيش العمل، وقضاة متخصصين في قضايا العمل.

أخيراً، بالنسبة للتعاون مع باقي الوزارات الداعمة للعمل التفتيشي كوزارة المالية أو وزارة الصناعة أو التجارة والاقتصاد، فلأسف لا توجد أي دلائل أو مؤشرات تدل على تعاون فاعل بين (جهاز) تفتيش العمل في سورية وهذه الوزارات، ذات النقطة ترد على المراكز البحثية، أخيراً بالنسبة للتعاون مع المنظمات الدولية المعنية بشؤون العمل وفي مقدمتها منظمة الهجرة الدولية فيزداد هذا التعاون بشكل كبير - من خلال الوزارة - لاسيما مع وجود حوالي المليون ونصف المليون لاجئ عراقي^(٦٩)، وصدر قانون خاص لمكافحة

(٦٨) راجع في ذلك التقرير المقدم من حكومة الجمهورية العربية السورية إلى منظمة العمل الدولية حول اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بتفتيش العمل في الصناعة والتجارة عن الفترة الواقعة ما بين ٢٠٠٩/٦/١ ← ٢٠٠٩/٩/١. وثائق وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل.

(٦٩) المجموعة الإحصائية (٢٠٠٩) منشورات رئاسة مجلس الوزراء - المكتب المركزي للإحصاء.

الاتجار بالأشخاص^(٧٠). كما أنشأت الوزارة حديثاً في العام ٢٠٠٩ مأوى لضحايا الاتجار بالأشخاص^(٧١)، ولا يزال الوقت مبكراً لتقييم مدى فاعلية عمله على أرض الواقع.

المطلب الثاني البنية البشرية

يقصد بذلك الكادر العامل في جهاز التفتيش من تقنيين وإداريين، وسكرتاريا وموظفي الاستقبال والصيانة وباقي العمال، إضافةً للخبراء الفنيين والمهنيين من أطباء ومحللين نفسيين ومهندسين ومخبريين وما إلى ذلك^(٧٢). حيث يجب أن يراعى في تعيينهم مجموعة أسس ومعايير قانونية ترتب لهم جملةً من الحقوق وتحملهم جملةً من الواجبات.

أولاً - أسس ومعايير تحديد عدد العاملين:

بالاستناد إلى المشرّع الدولي يجب مراعاة ثلاث نقاط رئيسية^(٧٣): بدايةً تأمين فاعلية العمل التفتيشي ثم تأمين احترام المساواة في التعيين وصولاً إلى تأمين الملاءمة في التعيين.

١ - تأمين فاعلية العمل التفتيشي:

تترجم فاعلية العمل التفتيشي على أرض الواقع من خلال تأمين العدد المطلوب من المفتشين القادرين على القيام بمهامهم على خير وتيرة، مما يستلزم

(٧٠) المرسوم التشريعي رقم (٣) تاريخ ٧/١/٢٠١٠.

(٧١) الأمر الذي أكدت عليه ملاحظات مكتب العمل لعام ٢٠٠٩ (ACD 2009) تاريخ ٢٩/

٤/٢٠٠٩. التقرير المقدم من الحكومة السورية إلى منظمة العمل الدولية حول اتفاقية

العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بتفتيش العمل في الصناعة والتجارة

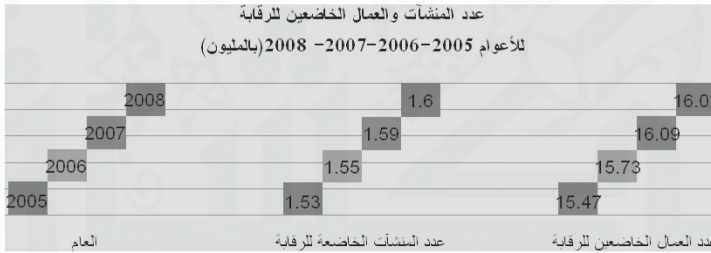
عن الفترة الواقعة ما بين ١/٦/٢٠٠٩ ← ١/٩/٢٠٠٩، سبقت الإشارة.

(٧٢) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٩).

(٧٣) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المواد (٦-٨-١٠).

وضع تدابير فعّالة لاجتذاب واستبقاء العدد الكاف من العمال المؤهلين والمتحمسين للعمل التفتيشي، وبما يضمن لهم الفعالية في أداء مهامهم، من حيث تزويدهم بالبيانات اللازمة، ودعمهم بالمهارات والخبرات وتأمين مختلف المتطلبات المادية واللوجستية للقيام بهذه المهام، وإيجاد المواءمة بين طبيعة العمل التفتيشي في الميدان وعدد المفتشين من حيث عدد وطبيعة المنشآت الخاضعة للتفتيش، وحجم وتنوع فئات الأشخاص الذين يعملون فيها، وحجم وتعدد الأحكام القانونية التي يجب عليهم ضمان تطبيقها، وما إلى ذلك^(٧٤). الأمر الذي يقتضي امتلاك المشرّع قاعدة بيانات موثوقة لبيئة العمل لديه، لاسيما لجهة تحديد طبيعة وحجم النشاط الاقتصادي، المنظم وغير المنظم، وعدد المنشآت وطبيعة أنشطتها وأعمالها وتوزعها الجغرافي وحجم العاملين فيها، والقدرة على تأمين الرقابة الفاعلة عليها وإنفاذ القرارات وما إلى ذلك، وإذا كانت التقارير المقدمة من الحكومة الفرنسية تبين اهتمام المشرّع الفرنسي الجاد بهذه المسألة من حيث امتلاكه لقاعدة البيانات الموثوقة عن بيئة العمل واهتمامه برفد جهاز تفتيش العمل بالكوادر التفتيشية الفاعلة والمؤهلة كما تبين الرسوم التوضيحية التالي:

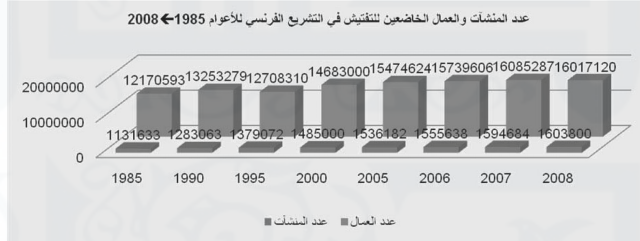
رسم توضيحي ٤: عدد المنشآت والعمال الخاضعين للتفتيش في التشريع الفرنسي للأعوام ٢٠٠٥-٢٠٠٦-٢٠٠٧-٢٠٠٨ (بالمليون)^(٧٥)



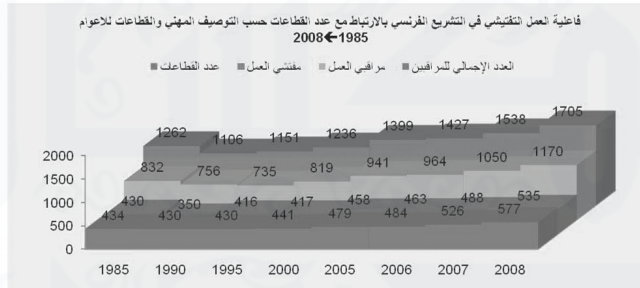
(٧٤) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٠). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (١٠).

(٧٥) L'inspection du travail en France en 2008. Les chiffres clés. Rapport rédigé en application de la Convention N° 81 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Bilans et rapports. November 2009. p. 21.

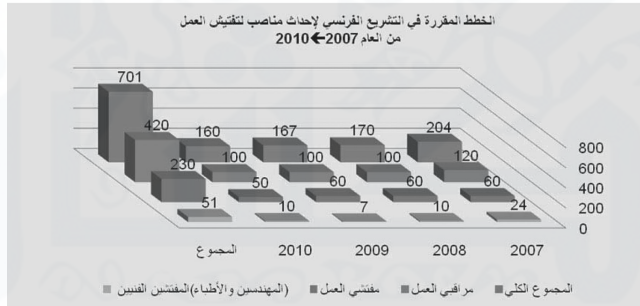
رسم توضيحي ٥: عدد المنشآت والعمال الخاضعين للتفتيش في التشريع الفرنسي للأعوام ١٩٨٥ - ٢٠٠٨ (٧٦)



رسم توضيحي ٦: تطور دور ومساهمة مفتشي العمل في التشريع الفرنسي للسنوات ١٩٨٥-٢٠٠٨ (٧٧)



رسم توضيحي ٧: الخطط المقررة لإحداث مناصب تفتيش العمل في التشريع الفرنسي من العام ٢٠٠٧ - ٢٠١٠ (٧٨)



Ibid. p. 136.

(٧٦)

Ibid. p. 136.

(٧٧)

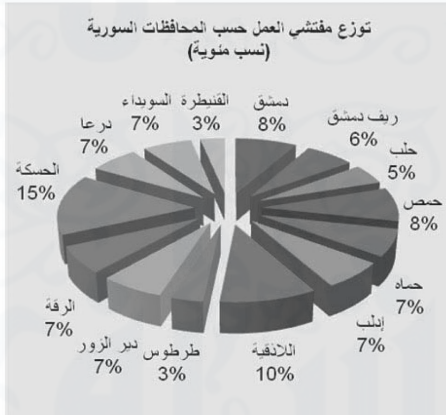
Ibid. p. 179.

(٧٨)

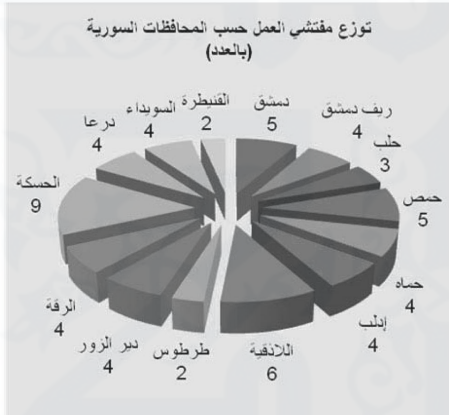
فإنَّ الوضع ليس على هذه الدرجة من الوضوح بالنسبة للمشرِّع السوري الذي يفتقر إلى امتلاك قاعدة بياناتٍ موثوقةٍ تبين حجم وبيئة النشاط الاقتصادي لديه، ناهيك عن اتساع قطاع العمل غير المنظم لديه الذي يخرج عن نطاق أيِّ رقابةٍ قانونيةٍ، والذي تؤكد الدراسات أنَّ القطاع الخاص بمختلف أشكاله وصوره هو الحاضن الشرعي له، وأنَّ هذا القطاع نظراً لانخفاض معدل نمو التشغيل في القطاع المنظم، إنَّما يشكل جزءاً مهماً من الاقتصاد السوري^(٧٩)، ويزداد الأمر سوءاً أمام عدم تناسب عدد مفتشي العمل مع واقع النشاط الاقتصادي وتوزع المنشآت، حيث لا يتجاوز عدد مفتشي العمل في القطر كافة (٦٦) منهم (٤٠) مفتش عمل و(٢٦) موزعين على مختلف المحافظات السورية وفق ما تبينه الرسوم التوضيحية التالية:

(٧٩) وصلت نسبة العاملين في القطاع غير المنظم خلال الفترة ١٩٩٤ - ٢٠٠٥ إلى (٣٥) % من مجمل العاملين في الدولة، وارتفعت في بعض السنوات لتقارب (٤٠) % كما في عام ٢٠٠١، وانخفضت في سنوات أخرى إلى (٣٠) % في عام ٢٠٠٢. "تطور واقع سوق العمل والتشغيل وآفاقه المستقبلية في الجمهورية العربية السورية"، دراسة أعدت بالتعاون بين المكتب المركزي للإحصاء المملكة النرويجية (المعهد الدولي للدراسات التطبيقية. 2006 (Fafo) ص ١٢ وبعد. يمكن كذلك مراجعة، J.L. Daza, Economie informelle, travail non déclaré et administration du travail, document no 9, BIT, juin 2005. J.L. Daza, Inspection du travail et économie informelle, dans Les grands défis mondiaux de l'inspection du travail, Education ouvrière 2005/3-4, nos 140-141.

رسم توضيحي ٩: توزيع مفتشي العمل
حسب المحافظات السورية (نسب مئوية)^(٨١)



رسم توضيحي ٨: توزيع مفتشي العمل
حسب المحافظات السورية (بالعدد)^(٨٠)

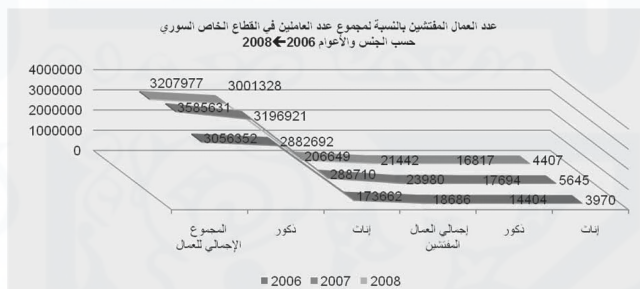


الأمر الذي يؤكد عدم التناسب بين واقع النشاط الاقتصادي والتشغيلي والقدرة على الرقابة عليه؛ مما يحد بشكل كبير من فاعلية العمل التفتيشي، وقدرته على ممارسة الرقابة الفاعلة على النشاط الاقتصادي في الدولة لضمان حسن تطبيق أحكام قانون العمل لاسيما لجهة تدني حجم اليد العاملة الخاضعة للتفتيش بالنسبة لمجموع عمال القطاع الخاص، كما يبين الرسم التوضيحي التالي:

(٨٠) النشرة البيانية لمفتشي العمل في الجمهورية العربية السورية، وثائق مديرية العمل في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ٢٠٠٩.

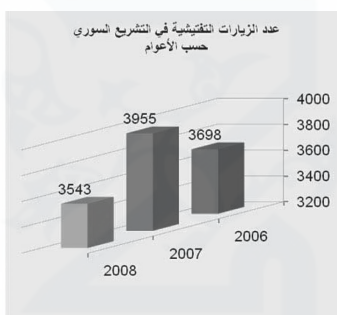
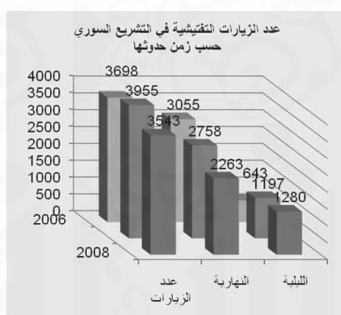
(٨١) المرجع السابق.

رسم توضيحي ١٠: عدد العمال المفتشين بالنسبة لمجموع عدد العاملين في القطاع الخاص السوري حسب الجنس والأعوام ٢٠٠٦ - ٢٠٠٨^(٨٢)



ذات الملاحظة يمكن تسجيلها لجهة فاعلية هذه الرقابة على مستوى النشاط الكلي لتفتيش العمل في الدورة التشغيلية السنوية، أو زمن القيام بهذه الزيارات نهائياً أو ليلاً وتوزعها حسب المحافظات، كما تبين الرسوم التوضيحية التالية:

رسم توضيحي ١١: عدد الزيارات التفتيشية
رسم توضيحي ١٢: عدد الزيارات التفتيشية
في التشريع السوري حسب الأعوام^(٨٣)
في التشريع السوري لزمن حدوثها^(٨٤)

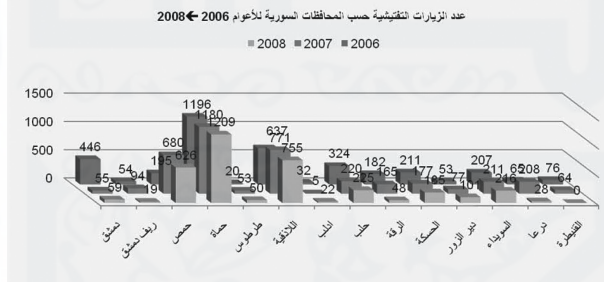


(٨٢) النشرات الإحصائية لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل للأعوام ٢٠٠٦-٢٠٠٧-٢٠٠٨-٢٠٠٩، العمل الصناعي، تفتيش العمل. وثائق وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل. المجموعات الإحصائية (٢٠٠٧-٢٠٠٩) منشورات رئاسة مجلس الوزراء. المكتب المركزي للإحصاء.

(٨٣) النشرات الإحصائية لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل للأعوام ٢٠٠٦-٢٠٠٧-٢٠٠٩، سبقت الإشارة.

(٨٤) المرجع السابق.

رسم توضيحي ١٣ : عدد الزيارات التفتيشية حسب المحافظات السورية للأعوام ٢٠٠٦ - ٢٠٠٨^(٨٥)



ولعل هذه الأمور من جملة الأسباب التي تعيق قيام الحكومة السورية بالوفاء بالتزاماتها تجاه المنظمة الدولية للعمل، لاسيما لجهة إعداد التقرير السنوي حول تفتيش العمل، حيث تأتي مختلف هذه التقارير بشكل ردودٍ توضيحيةٍ لملاحظات لجنة الخبراء في مكتب العمل الدولي حول التزام الحكومة السورية بتطبيق أحكام هذه الاتفاقية منه إلى التقرير التفصيلي لواقع وبيئة تفتيش العمل السورية^(٨٦). الأمر الذي يحتم على الحكومة السورية المزيد من العمل بهدف الارتقاء بواقع العمل التفتيشي في بيئة العمل بما يتناسب مع الواقع الاقتصادي والتشغيلي لدينا.

٢ - احترام مبدأ المساواة:

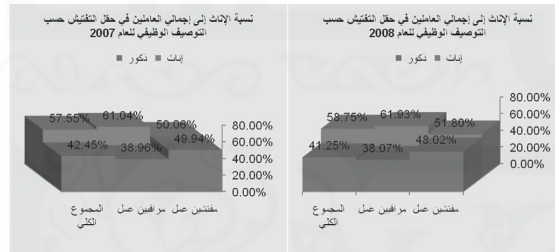
يقصد بذلك احترام المساواة في التعيين بين العاملين في الجهاز التفتيشي والابتعاد عن أي من المعايير التمييزية لاسيما المستندة إلى الجنس، وذلك لضمان تمثيل النساء فيه^(٨٧). فمسؤوليات التفتيش يجب ألا تسند من خلال اختيار مبني على الكفاءة التقنية لمفتش العمل فقط، بل أيضاً على الصفات

(٨٥) المرجع السابق.

(٨٦) راجع في ذلك، التقارير المقدمة من الحكومة السورية إلى منظمة العمل الدولية حول اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بتفتيش العمل في الصناعة والتجارة لعام ٢٠٠٥ - ٢٠٠٧ - ٢٠٠٩. وثائق وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل. راجع كذلك، RCCIT: Examen individuel du cas concernant la convention No 81. Inspection du travail, 1947. République arabe syrienne (ratification: 1960) Publication: 1992.

(٨٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٨).

البشرية اللازمة لتنفيذ مهامه، كذلك التي لا تتم إلا من قبل النساء^(٨٨). بالنسبة للتشريعين موضوع الدراسة، لا يوجد أية عوائق قانونية، فقد ضمن القانونان حقوقاً متساوية للمرأة للحصول على أية فرصة عمل بما فيها وظيفة مفتش، وإن كان المشرع الفرنسي قد نص على ذلك من خلال نصوص تشريعية حظرت كل شكل من أشكال التمييز في العمل بما فيها المستند إلى الجنس، ومن ثم عززها بقرار إداري اختص به جهاز التفتيش^(٨٩)، فقد اكتفى المشرع السوري بالنص الدستوري العام^(٩٠). ولعل هذا ما عزز من حضور المرأة الفرنسية في تفتيش العمل لتصل إلى النصف وتزيد في بعض الحالات، كما أن هذه النسب مرشحة للزيادة مع السنوات، كما يبين الرسمان التوضيحيان التاليان: رسم توضيحي ١٤ : نسبة الإناث إلى إجمالي العاملين في مجال التفتيش حسب التوظيف الوظيفي في التشريع الفرنسي للعامين ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨^(٩١)



(٨٨) توصية العمل الدولية رقم (٢٠) لعام ١٩٢٣، سبقت الإشارة، الديباجة والفقرة ١٢. يشار إلى أنّ اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨ لم تشر إلى مثل هذا الاشتراط، الأمر الذي نأسف له.

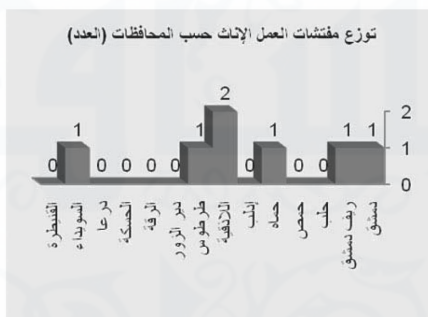
(٨٩) Articles L. 1132-1 → L. 1132-3 et D. 1145-6. Décret n° 2008-1010 du 29 septembre 2008 - art. 7.

(٩٠) أكد الدستور السوري بأن الدولة تكفل مبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين. وبأن المواطنين متساوون أمام القانون في الحقوق والواجبات، وبأن لكل مواطن حق الإسهام في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما أكد بأن الدولة تكفل للمرأة جميع الفرص التي تتيح لها المساهمة الفعالة والكاملة في الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية، وتعمل على إزالة القيود التي تمنع تطورها ومشاركتها في بناء المجتمع. دستور الجمهورية العربية السورية، المواد (٢٥-٢٦-٤٥).

(٩١) L'inspection du travail en France en 2008. Les chiffres clés. op. cite. p. 109.

الأمر المفتقد في التشريع السوري، حيث لا يزال عدد المفتشين الذكور أكثر من عدد المفتشات الإناث بأضعافٍ عدة. ناهيك عن أنَّ عددهن لا يتناسب مع نسبة النساء العاملات، مما يوجب العمل بفاعلية أكثر لزيادة وتفعيل دورهن في تفتيش العمل، من خلال تبني تدابير جديدة بهدف تشجيع التوظيف والتدريب والترويج لمفتشات العمل الإناث^(٩٢). وتبين الرسوم التوضيحية التالية ما سبق بيانه:

رسم توضيحي ١٦: توزيع مفتشي العمل حسب المحافظات السورية (الجنس)^(٩٤)



رسم توضيحي ١٥: توزيع مفتشي العمل الإناث حسب المحافظات السورية (العدد)^(٩٣)



(٩٢) راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية) ثلاثة أبحاث قانونية منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، الأعداد ٢٤-٢٥-٢٦ على التوالي، للعامين ٢٠٠٨-٢٠٠٩-٢٠١٠.

(٩٣) النشرة البيانية لمفتشي العمل في الجمهورية العربية السورية، وثائق مديريةية العمل في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ٢٠٠٩.

(٩٤) المرجع السابق.

رسم توضيحي ١٨: حجم مفتشات العمل الإناث بالنسبة للذكور في سورية (نسب مئوية)^(٩٦)



رسم توضيحي ١٧: حجم مفتشات العمل الإناث بالنسبة للذكور في سورية^(٩٥)



٣ - الملاءمة^(٩٧):

يجب أن يراعى في تعيين المفتشين، إضافةً للشروط العامة للتعيين، مدى ملاءمتهم لأداء المهام التي ستلقى على عاتقهم، من حيث تمتعهم بالمهارات التقنية والصفات النفسية والبشرية اللازمة للتعامل الصحيح، وبالقدر اللازم من الحياد والنزاهة وحسن التقدير والحزم والمرونة مع مجموعةٍ واسعةٍ من الحالات المختلفة والمصالح المتعارضة لأطرافٍ مختلفين. الأمر الذي يقتضي أن تتوفر لديهم المؤهلات المهنية والأكاديمية المناسبة والخبرة الواسعة في مجال بيئة وظروف العمل، فالمهام والوظائف المختلفة التي ينهض بها مفتش العمل تتطلب ما يكفي من الإلمام بمختلف جوانب القانون والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، كما يجب أن يبقى المفتشون خلال مسيرتهم المهنية على اطلاعٍ كاملٍ لمختلف التطورات التي تطرأ في مهنتهم مما يقتضي حصولهم على التدريب المناسب والمستمر.

هذه النقطة توليها الحكومة الفرنسية الكثير من الاهتمام حيث يخضع مفتش العمل، بالإضافة إلى الشروط العامة للتعيين التي تطبق على مختلف

(٩٥) المرجع السابق.

(٩٦) المرجع السابق.

(٩٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٧). اتفاقية

العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٦-٩).

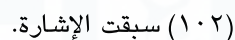
العاملين إلى شروط خاصة، لاسيما لجهة خضوعه إلى مسابقة خاصة بعد فترة تحضير تستمر لمدة سنة ونصف - عشرة أشهر من الجانب النظري وثمانية أشهر من الجانب العملي-. كما يخضع مفتش العمل لدورات تدريبية متعددة على مدار عمله المهني^(٩٨). بالنسبة للتشريع السوري، الوضع يحتاج إلى المزيد من العمل، حيث يمكن القول بأنه لا يوجد في التشريع السوري قواعد قانونية خاصة لتعيين مفتشي العمل، وإنما يخضعون لذات القواعد القانونية العامة في التعيين لسائر العاملين في الدولة^(٩٩). كما يمكننا أن نسجل نقطة تراجع في موقف المشرع السوري الحالي عنه في التشريع السابق^(١٠٠)، حيث قنن المشرع الحالي مفهوم التكليف في عمل المفتشين بدلاً من تكريس مفهوم التعيين، وذلك من خلال تبني مفهومي التعيين أو التكليف في عملهم^(١٠١)، مع العلم بأنه حتى تاريخ إعداد هذا البحث لم يصدر أي قرار خاص بتعيين مفتش عمل، وإنما الإجراء الإداري المستقر في العمل الحكومي هو التكليف، وهذا في رأينا فيه انتقاص واضح لاستقلالية هذا الجهاز، فهو يجعل من تفتيش العمل

(٩٨) Décret du 2 août 2003. Article 5. Cf. L'inspection du travail en France en 2008. op. cite. p. 116 et s.

(٩٩) النظام الأساسي للعاملين في الدولة رقم ٥٠ لعام ٢٠٠٤.
(١٠٠) بعد أن أقر المشرع في المادة ٢١٢ من قانون العمل السابق بوجود كيان قانوني خاص لتفتيش العمل وتعيين للعاملين فيه بهذه الصفة من حيث النص: ".... ويحلف مفتشو العمل ورؤساؤهم اليمين أمام وزير الشؤون الاجتماعية والعمل عند تعيينهم..."، ما يشير إلى أن مفتش العمل وفق القانون يتم تعيينه كمفتش للعمل منذ البداية، أتى القرار الوزاري رقم ٤٦٥ لعام ١٩٦٥ المنفذ لنص هذه المادة فأفصرها، من وجهة نظرنا من محتواها، لاغياً مفهوم التعيين ومستعيضاً عنه بمفهوم الانتقاء، حيث أشار القرار الوزاري إلى أن العاملين في جهاز التفتيش يتم انتقاؤهم من قبل المدير في المحافظات من بين الموظفين العاملين في المديرية بشكل دوري كل عام، وترسل أسماؤهم للوزارة في مطلع كل عام، أما في حال تبديلهم خلال العام، فلا يجوز ذلك إلا بموافقة الوزارة. القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (١٨) الفقرة (د).

(١٠١) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٥).

رسم توضيحي ١٩: توزيع مفتشي العمل رسم توضيحي ٢٠: توزيع مفتشي العمل حسب المستوى التعليمي في سورية^(١٤) حسب المستوى التعليمي في سورية (نسب مئوية)^(١٥)



٦٦٧

أخيراً، تبقى مسألة تدريب العاملين في الحقل التفتيشي دون الاهتمام المأمول، فالفرص تبقى محدودةً أمام مفتشي العمل للمزيد من التدريب على المهنة، حيث تبقى الدورات التدريبية في إطارها الوطني وفي حدودها الدنيا الأمر غير الصحي. فالتجربة الفردية والخبرات الفردية تبقى غير كافية ولا تعوض نقص التدريب، مما يحتم على المشرّع السوري المزيد من الاهتمام والتعمق بهذه المسألة لمعالجتها، وإن كانت الحكومة السورية قد بدأت ومنذ العام ٢٠٠٨ وبعد توقيع برنامج العمل اللائق مع منظمة العمل الدولية بإيلاء موضوع التدريب المهني لمفتشي العمل الأهمية المطلوبة، فوضع المشروع من ضمن أولى أولياته تطوير وتحسين أداء جهاز تفتيش العمل السوري^(١٠٦).

ثانياً - الحقوق والواجبات:

لضمان قيام مفتش العمل بعمله على خير وتيرةٍ يجب أن تضمن له التشريعات الاستقرار في العمل والاستقلالية في القرار وبالعيش الكريم من خلال أجرٍ منصفٍ، مع الاحتفاظ بحقه في الارتقاء الوظيفي، إضافةً إلى الحفاظ على سلامته البدنية، في مقابل ذلك على مفتش العمل التمتع بالقدر الكافي من النزاهة والحياد والسرية.

١ - الحقوق:

لمفتش العمل جملةً من الحقوق من أهمها:

١-١ - الاستقرار والاستقلالية:

يجب أن يؤمن لمفتش العمل بيئة عمل تؤمن له الاستقرار في عمله والاستقلال في قراراته عن مختلف التأثيرات الخارجية، فكلما كانت شروط وظروف عمله مستقرةً كلما كان اندفاعه للعمل أكثر، وكلما كانت قراراته أكثر

(١٠٦) راجع في ذلك التقرير المقدم من الحكومة السورية إلى منظمة العمل الدولية حول اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بتفتيش العمل في الصناعة والتجارة عن الفترة الواقعة ما بين ٢٠٠٩/٦/١ ← ٢٠٠٩/٩/١، سبقت الإشارة.

استقلالاً، والعكس صحيح، فكلما اتسمت هذه الظروف بالهشاشة، كلما كان الخوف والملاحقة هو المسيطر على عمله مما ينعكس سلباً على استقلالية قراراته؛ لذلك يجب التعامل مع مفتش العمل وفق الاحترام الذي يستحقه وبالاستناد إلى المسؤوليات التي يقوم بها على أساس يومي، آخذين بعين الاعتبار الدور الاجتماعي المسند إليه، بشكل يجعله مطمئناً إلى مستقبله المهني، فلا يمكن معاقبته لمجرد سوء التصرف وإنما استناداً لخطورة وجسامة الفعل المرتكب، ووفقاً لقواعد وإجراءات تضمن حمايته من القرارات الاعتبائية أو التعسفية، لذلك ذهب المشرع الدولي إلى ضرورة تبني مفهوم التعيين وفق المدلول القانوني للوظائف العامة في تعيين مفتش العمل، مما يجعله أكثر أماناً واستقراراً في أعماله، وأكثر تحصناً في مواجهة الضغوطات الداخلية والخارجية في العمل^(١٠٧). فتعيين مفتشي العمل وفق مفهوم الخدمة (الوظيفة) العامة هو الأكثر ضماناً للاستقرار والاستقلال اللازمين لتنفيذ مهامه، حيث لا يمكن محاسبته أو إبعاده عن العمل إلا لسوء السلوك أو بارتكاب أخطاء فادحة وفقاً لما يحدده المشرع، الأمر الذي يحد من التصرفات والتفسيرات التعسفية في هذا المجال، فقرار المحاسبة أو الطرد ينبغي أن يترافق مع ما يتطلبه من الضمانات من النزاهة والشفافية وليس وليد قرار انفعالي وبما يسمح بمراعاة التسلسل الهرمي وضمان حقوق الدفاع والاستئناف لمفتش العمل.

ترجمة لذلك ذهب كلٌّ من المشرعين الفرنسي والسوري إلى تبني مفهوم التعيين بالعمل بالنسبة لمفتشي العمل، وإذا كان الأمر لا يحتاج إلى الكثير من التعليق في التشريع الفرنسي، فإن واقع الحال بخلاف ذلك في التشريع السوري، فالواقع العملي يبين أن المشرع السوري لم يطبق سياسة التعيين في العمل التفنيشي بقدر ما يطبق سياسة الانتقاء من بين الموظفين العاملين في

(١٠٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٦). راجع كذلك الأعمال التحضيرية للاتفاقية. اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (١١).

Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 73.

وزارة العمل، حيث يتم انتقاء بعض العاملين بشكل سنوي من قبل مدير العمل المسؤول للقيام بمهام تفتيش العمل^(١٠٨)، مما يجعل العملية انتقائية أكثر منها تعينية، الأمر الذي يسهل الضغط والتأثير على مفتش العمل كونه لا يتمتع بالاستقرار الوظيفي في مهنته كمفتش، وإن كان يتمتع بهذا الاستقرار بمهنته كموظف غير أنّ الفرق بين الأمرين كبيرٌ دون شك، فالعبرة هي للاستقرار في العمل التفتيشي وليس في العمل الوظيفي، حيث يمكن نقل مفتش العمل من عمله إلى أي عمل إداري آخر ضمن الوزارة بموجب أمر إداري ودون أن يشكل ذلك خرقاً لمبدأ الاستقرار في العمل التفتيشي.

٢-١- الأجر المنصف:

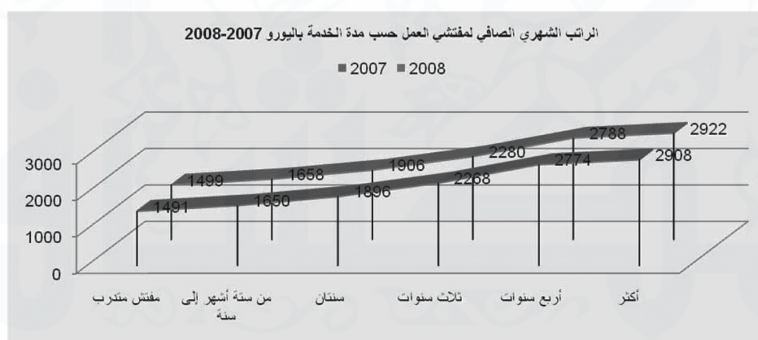
نظراً لطبيعة المهام التفتيشية الملقة على عاتق مفتش العمل، يلعب الأجر دوراً فاعلاً في حسن القيام بها. ذلك أنّ عدم حصول مفتش العمل على ما يكفي من الأجر لقاء المسؤوليات الملقة عليه، ينعكس سلباً على فاعلية أدائه لدوره التفتيشي، ويجعله أكثر عرضةً لتقبل إغراءات صاحب العمل المباشرة أو غير المباشرة، بما يؤثر على واجبي الحياد والنزاهة اللذين يجب أن يتحلى بهما، أضف إلى ذلك، إنّ انخفاض مستوى المعيشة لمفتش العمل يعرضه للكثير من ردود الفعل التي تتسم بالازدراء والامتهان، مما يجعل النظرة الاجتماعية له أكثر سلبية، ويؤدي إلى إضعافه أكثر أمام إغراءات صاحب العمل، كما أنّ هذا الوضع سيدفع بالمفتش للبحث عن مصادر إضافية للدخل قد تكون مشروعة، كالقيام بأعمال أخرى إلى جانب عمله في كثير من الأحيان مع القطاع الخاص، أو غير مشروعة كقبول الهبات والهدايا (الرشاوى)، ومما لا شك فيه أنّ الجمع بين هذه الأعمال سيضع مفتش العمل في وضع متناقض مما يؤدي إلى تجاهله لواجباته وصولاً إلى التصرف المتحيز^(١٠٩).

(١٠٨) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٥). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ١٩٦٥/٧/٤، سبقت الإشارة، المادة (١٨) الفقرة (د).

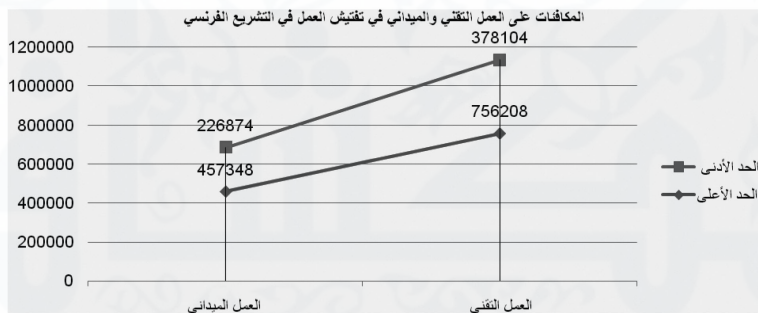
(١٠٩) Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 73.

وقد تنبه المشرّع الفرنسي إلى أهمية هذه النقطة فراعى خصوصية العمل التفتيشي وضرورة تحصين مفتش العمل قدر الإمكان ضد هذه الإغراءات؛ لذلك منحه المشرّع راتباً جيداً يتناسب مع طبيعة مهامه، ودعم هذا الأجر بمكافآت ومنح ربعية تعادل الأجر إلى حدٍ ما، كما تبين الرسم التوضيحية التالية:

رسم توضيحي ٢١: الراتب الشهري الصافي لمفتش العمل حسب مدة الخدمة في التشريع الفرنسي (٢٠٠٧ - ٢٠٠٨) (بالأورو) (١١٠)



رسم توضيحي ٢٢: المكافآت على العمل التقني والميداني في تفتيش العمل في التشريع الفرنسي (الحد الأدنى والأعلى) (٢٠٠٧ - ٢٠٠٨) (بالأورو) (١١١)



L'inspection du travail en France en 2007 et 2008. Les chiffres clés. op. cite. p. 105. (١١٠)

Ibid. 2007. p. 108; 2008. p. 144.

(١١١)

في التشريع السوري، نظراً لعدم وجود جهازٍ تفتيشيٍّ مستقلٍّ، ولطبيعة انتقاء موظفي التفتيشي الذين هم من حيث الأصل موظفون في الوزارة، لم يتبنَّ المشرع معاملة خاصة في الأجور لمفتشي العمل بل أبقاهم خاضعين لذات المعاملة الوظيفية إما لجهة الأجور أو لجهة المكافآت والمنح^(١١٢)، لا بل إنَّ المشرع قضى بإمكانية تكليف الموظف في وزارة العمل بتفتيش العمل دون تعويضات^(١١٣). ويسجل للقانون الجديد النص على وضع نظام تعويض تفتيش العمل بالتعاون بين وزير الشؤون الاجتماعية والعمل ووزير المالية، غير أنه حتى تاريخ إعداد هذا البحث لما يصدر بعد، والآمال المعولة على هذا النظام كثيرة^(١١٤) لتعزيز فاعلية العمل التفتيشي في سوريا. بالنسبة لنا، وعلى الرغم من تقديرنا لخطوة المشرع السوري المنوه عنها سابقاً، إلا أنَّ هذا الموقف يبقى دون الطموحات، ويلزمه المزيد من الاهتمام بالجانب المالي للعمل التفتيشي؛ كونه ذا أهمية كبيرة في نجاحه، وللحد من الإغراءات التي يمكن أن يقع بها مفتش العمل، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار السمة المتدنية للأجور بشكل عام في سورية^(١١٥).

(١١٢) راجع في ذلك أحكام القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (٢٢). والقرار الوزاري رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠، سبقت الإشارة، المادتان (٦-٧).

(١١٣) القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (١٨) الفقرة (ج).

(١١٤) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٧)، الفقرة (ب).

(١١٥) غالباً ما تتميز الأجور في الدول الغربية بالعدالة الاجتماعية لجهة القدرة على تأمين مختلف احتياجات الفرد، الأمر الذي تفتقده العديد من الدول النامية ومن ضمنها سوريا، فعلى الرغم من تحسن مستوى الأجور عام ٢٠٠٥ عن مستواها عام ٢٠٠٢ وانخفاض نسبة العاملين بأجر والذين يتقاضون أقل من (٦٠٠٠) ليرة سورية شهرياً من (٤٨,٥٪) إلى (٣٣,٥٪) بين العاملين المذكورين، فقد ظل الدخل لا يكفي لتوفير مستوى معيشة لائق لأفراد الأسرة البالغ عددهم في المتوسط (٥,٥) شخصاً عام ٢٠٠٤، خاصة وأنَّ المشتغل الواحد يعيل في المتوسط (٢,٦) فرداً إضافةً إلى نفسه. وظلت دخول كثير من الأفراد لا تزيد عن خط الفقر الأدنى البالغ (١٤٥٨) ل.س

٣-١- الارتقاء الوظيفي:

اليوم ونظراً لتعدد مهام التفتيش وطبيعة ومستويات المسؤوليات المترتبة على مفتش العمل، يزداد الاهتمام بهذا الجانب كعاملٍ مترجمٍ لمفهوم الاستقرار في العمل ومحفزٍ لمفتش العمل للقيام بمهامه على خير وتيرةٍ، لاسيما عندما يتم ربطه بالمزيد من الحوافز المادية والمعنوية في العمل والأقدمية والكفاءة للعمال المؤهلين والمتحمسين للعمل في دوائر التفتيش. وهنا يجب أن يفهم من مفهوم الارتقاء الوظيفي، مدلول الارتقاء الوظيفي في العمل ضمن جهاز تفتيش العمل ذاته من حيث قدرة الموظف الكفاء على الوصول إلى أعلى المراتب المهنية فيه، فالارتقاء الوظيفي ما هو إلا ترجمة واضحة لمدلول الاستقرار الوظيفي حيث يشعر الموظف بتمكنه من العمل الموكل إليه والاستقرار فيه.

وإذا كان هذا الأمر مؤمناً إلى حد كبير في التشريع الفرنسي، فإن الأمر ليس على ذلك في التشريع السوري، بسبب عدم وجود جهازٍ مستقلٍ لتفتيش

= للفرد الواحد شهرياً، والذي بلغت نسبة الفقراء بموجبه في المجتمع (١١,٤٪) حسب نتائج مسح دخل ونفقات الأسرة عام ٢٠٠٤، فقد بين مسح القوى العاملة لعام ٢٠٠٥ إلى أن ما يقارب (٢٣٣) ألف عامل يجمع كل منهم بين أكثر من عمل واحد، وهذا العدد يمثل ما نسبته (٣٨,٤٪) من مجموع عدد المتعطلين عن العمل في العام المذكور. (الرجاء مراجعة مسوحات القوى العاملة للأعوام ٢٠٠٠-٢٠٠٥. "تطور واقع سوق العمل والتشغيل وآفاقه المستقبلية في الجمهورية العربية السورية"، دراسة أعدت بالتعاون بين المكتب المركزي للإحصاء المملكة النرويجية، (المعهد الدولي للدراسات التطبيقية 2006، Fafo، ص ٣٦ وبعدها). هذه النتائج يؤكدتها التقرير السوري للتنمية البشرية، حيث أكد التقرير أن أكثر من (٧٥٪) من العاملين في القطاع الخاص لا يحصلون إلا على أقل من (٦٠٠٠) ليرة سورية في الشهر، أي على أقل من (١٢٠) دولاراً أمريكياً. وصورة الرواتب في القطاع الحكومي أفضل قليلاً، لكن يظل هناك أكثر من (٦٠ ٪) من المشتغلين في القطاع العام والقطاع الخاص لا يحصل أي منهم إلا على أقل من (٦٠٠٠) ليرة سورية في الشهر. "التعليم والتنمية البشرية نحو كفاءة أفضل"، التقرير الوطني السوري للتنمية البشرية ٢٠٠٥، ص (١٣٠).

العمل لديه وعدم تبني آلية التعيين في العمل التفتيشي بشكل واضح^(١١٦). فمما لاشك فيه أنّ المشرّع السوري ضَمّنَ مدلول الارتقاء الوظيفي ضِمْنَ الهرمية الإدارية لوزارة العمل، دون الهرمية الإدارية لجهاز تفتيش العمل بسبب عدم وجود جهاز وكادر بشري مستقلّ له، ناهيك عن انتفاء آلية التعيين للعاملين فيه وتطبيق آلية الانتقاء، هذه النقاط تجعل من تنفيذ التزام الحكومة السورية بهذا البند موضع تساؤل.

٤-١ - السلامة البدنية:

إنّ تعقد مهام التفتيش والمشاكل التي تنجم عنه، ناهيك عن تطور الأساليب والطرق في انتهاك أحكام قانون العمل التي قد تصل إلى حد الخطورة، تجعل من مفتش العمل - في بعض الأحيان - موضع تهديد حقيقي في كيانه المادي، الأمر الذي يؤثر على قدرته على اتخاذ القرار المناسب، فالإحساس بالاستهداف البدني يمكن أن يؤثر تأثيراً خطيراً على سير أعمال التفتيش^(١١٧)، وقد غدت هذه الظاهرة اليوم أكثر انتشاراً من قبل، حيث أصبح من المألوف تعرض مفتش العمل للتهديد والإهانة وحتى الاعتداء الجسدي، حالات لا يمكن استبعاد تصور حدوثها في كل من فرنسا وسورية^(١١٨)، وإن كان بنسبٍ مختلفة نظراً لنشاط وفاعلية العمل التفتيشي على أرض الواقع، كما يبين الرسم التوضيحي التالي:

(١١٦) قانون العمل، المادة (٢٤٥). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (١٨).
(١١٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٨). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (١١).
(١١٨) للأسف لا توجد معطيات واضحة حول هذا الموضوع في تشريع العمل السوري.

رسم توضيحي ٢٣: طلبات الحماية القانونية المقدمة من مفتشي العمل في التشريع الفرنسي حسب السنوات ١٩٩٧ - ٢٠٠٨ (١١٩)



لذلك يجب على المشرّعين اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان السلامة البدنية لمفتش العمل من كل اعتداءٍ مادي أو معنوي، الأمر الذي يجعل من التعاون بين جهاز تفتيش العمل وجهازي الشرطة والقضاء ضرورةً لا غنى عنها، ويسجل للمشرع السوري في قانون العمل الجديد الاهتمام الملحوظ بهذه المسألة لاسيما لجهة مساعدة السلطات الأمنية كالشرطة لمفتشي العمل في أداء مهامهم، وإلزام وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل توفير الحماية اللازمة للمفتشين أثناء ممارستهم لمهامهم أو بعد الانتهاء منها، وقيام الوزارة في حال تعرض المفتش لأي اعتداء أو ضرر جسدي أو معنوي ناجم عن أدائه لمهمته الوظيفية برفع الدعوى إلى المحكمة المختصة للمطالبة بفرض العقوبة المناسبة بحق مرتكب الجرم والحكم عليه بالتعويض المادي والمعنوي للمفتش، على أن تتحمل الوزارة الرسوم والمصاريف المترتبة على رفع هذه الدعاوى نيابة عن المفتش المضروب (١٢٠).

(١١٩) L'inspection du travail en France en 2008. Les chiffres clés. op. cite. p. 129.

(١٢٠) قانون العمل السوري، المادتان (253-254). Décret n°2008-244 du 7 mars 2008. Article (D. 8121-12.)

٢ - الواجبات:

المفتش ملتزم بجملة من الالتزامات المترتبة عليه والتي تنبع من الصفة القانونية التي يتمتع بها باعتباره من رجال الضابطة العدلية بموجب الصلاحية الممنوحة له بموجب أحكام قانون العمل الفرنسي والسوري^(١٢١)، وأحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي والسوري^(١٢٢)، إضافة لطبيعة المهام الموكلة إليه والقائمة على التحري والتقصي؛ مما يلزمه بواجب الحياد والنزاهة من جهة والسرية المهنية من جهة أخرى^(١٢٣).

١-٢- النزاهة والحياد:

يجب أن يتمتع مفتش العمل بالنزاهة والحياد المطلوبين للقيام بمهامه على خير وتيرة دون تحيز أو انقياد لجهةٍ دون أخرى، فعليه الامتناع عن قبول

(١٢١) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٦) الفقرة (أ) القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، المادتان (١٣-١٥). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المادة (١٦-٣٤-٣٦-٣٧-٣٨). القرار الوزاري رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠، سبقت الإشارة، المادة (٢٥).

Coud de travail, Article (L. 8113-7).

(١٢٢) قانون أصول المحاكمات الجزائية المرسوم التشريعي رقم (١١٢) لعام ١٩٥٠. المادتان (٦-٨).

Code de procédure pénale, Articles (16 → 19-1) et (Articles 28 → 28-2).

(١٢٣) هذه الالتزامات هي ترجمة فعلية لليمين القانونية التي يؤديها مفتش العمل قبل تسلم مهامه والتي توجب عليه أن يؤدي أعماله على خير ما يرام وأن يحافظ على السرية في معرض قيامه بهذه الأعمال. راجع في ذلك، قانون العمل السوري، المادتان (٢٤٨-٢٤٩). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (٣) والمادة (٥) فقرة (ج). توصية العمل الدولية رقم (٢٠) لعام ١٩٢٣، سبقت الإشارة، الفقرة ٤. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٣) الفقرة ٢ والمادة (١٥). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المواد (٧-٨-١١-٢٠-٢١).

Coud de travail, (Articles, L. 8112-5 L. 8113-1 → L. 8113-2 L. 8113-4 → L. 8113-5 L. 8113-10 → L. 8113-11).

المغريات المادية أو العينية (الرشاوى) المقدمة من بعض أصحاب العمل تحت مسمى الهدايا أو الهبات، كما يحظر عليه التفتيش على المنشآت التي تكون له فيها أي مصلحة مباشرة أو غير مباشرة، فلا يحق له - على سبيل المثال - زيارة منشأة يمارس هو أو أحد أفراد أسرته فيها وظائف إدارية أو فنية، في هذا الإطار ينبغي أن تتضمن عبارة "أي مصلحة مباشرة أو غير مباشرة" كذلك أي مصلحة شخصية ذات طابع اقتصادي أو اجتماعي أو نفسي عاطفي أو حتى سياسي أو غير ذلك من الحالات التي تجعل من المحتمل ألا يقوم المفتش بالأعمال والمهام المطلوبة منه على الوجه الأكمل، ولم يخرج أي من المشرعين الفرنسي أو السوري عن التأكيد على أهمية هذه النقطة وضرورة التزام مفتش العمل بها.

٢-٢- السرية المهنية:

التزام مفتش العمل في التشريعين الفرنسي والسوري هو التزام مزدوج، فهو ملزم بالحفاظ على سرية مصدر الشكاوى المقدمة إليه من جهة، وسرية المعلومات التي يطلع عليها بممارسة قيامه بالتفتيش من جهة أخرى.

في الفرضية الأولى المتعلقة بالحفاظ على سرية مصدر الشكاوى والبلاغات يجب على مفتش العمل - وبعد إبلاغ صاحب العمل بأن التفتيش الذي يقوم به إنما يجري استجابة لشكاوى - التعامل بالسرية المطلقة مع مصدر هذه الشكاوى، كحال أي شكاوى أخرى، تحقق هذا الشرط ضروري لفعالية عمل المفتشين، وأي خلل فيه سينعكس سلباً على فاعلية العمل التفتيشي القائم على الشكاوى، ويجعل العمال مترددين في القيام بأي إخطار لاحق للمفتش خوفاً من انتقام صاحب العمل، على الرغم من ذلك، يمكن تجاوز هذا الحظر في بعض الحالات التي يتطلب فيها التحقيق التعرف على هوية المشتكي كما في الشكاوى الفردية. ومن غير الخافي أن الحاجة إلى التدخل بشكل فعال لحماية الضحية ينبغي أن يكون له الأسبقية على احترام السرية في هذا المجال.

بالنسبة للفرضية الثانية المتعلقة بالمعلومات المطلع عليها في معرض التفتيش، هنا كذلك، يقع على مفتش العمل واجب الالتزام بالسرية والحفاظ على

هذه المعلومات، فمفتش العمل بالنظر لطبيعة مهامه التفتيشية القائمة على التحري والتقصي يمكنه الاطلاع على العديد من المعلومات التي تتصف بالسرية كأسرار التصنيع أو الأسرار والعمليات التجارية التي يكون لصاحب العمل مصلحة مشروعة في الحفاظ على سريتها، مما يرتب على المفتش واجب السرية والكتمان وعدم إفشاء هذه المعلومات تحت طائلة مساءلته قانونياً حتى بعد توقفه عن أداء عمله^(١٢٤).

وفي حال إخلاله بهذه الالتزامات قضى المشرع الفرنسي كما السوري بمعاقبته بالعقوبات المنصوص عليها في القوانين والأنظمة النافذة^(١٢٥)، سواء منها التي تحكم جانب عمله الوظيفي والإداري، أي التشريعات والقوانين الإدارية كموظف من موظفي وزارة العمل يخضع للقوانين واللوائح الإدارية المعمول بها^(١٢٦)، أو التي تتناول جانب عمله المهني والفني كأحد رجال الضابطة

(١٢٤) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٨). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (٣) والمادة (٥) فقرة (ج). توصية العمل الدولية رقم (٢٠) لعام ١٩٢٣، سبقت الإشارة، الفقرة ٤. اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧. سبقت الإشارة، المادة (٣) الفقرة ٢ والمادة (١٥). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المواد (٧-٨-١١-٢٠-٢١).

Coud de travail, (Articles, L. 8113-1→L. 8113-2).

(١٢٥) قانون العمل السوري، المادة (٢٧٣) القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (٣) والمادة (٥) فقرة (ج). قانون العقوبات السوري رقم (١٨٤) لعام ١٩٤٩. المادة (٥٦٥).

Coud de travail, (Articles, L. 8113-1→L. 8113-2). Code pénal, Article (226-13).

(١٢٦) راجع أحكام النظام الأساسي للعاملين في الدولة رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤، الفصل الثاني من الباب التاسع المتعلق بالعقوبات المسلكية. المواد (٦٦-٧١).

Code De La Fonction Publique. Statut général des fonctionnaires. Dispositions générales. Spécialement la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Articles (1→31), particulièrement article n° (29). Voir aussi, Macaire S, « La faute de service d'un fonctionnaire en 10 questions », La Gazette des communes, des départements, des régions (n°1985 - 8/06/2009). Pp. 76-77. Bordier D, « La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques », L'Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) (n°42/2008 - 15/12/2008). Pp.2319-2326.

العدلية، حيث يمكن للنائب العام في حال تقصير مفتش العمل في القيام بالأعمال الموكلة، وفي نطاق صلاحياته، أن يوجه إليه تنبيهاً، وله أن يقترح على المرجع المختص ما يقتضيه الحال من التدابير التأديبية^(١٢٧).

غير أنه، ووفق القواعد العامة يمكن لمفتش العمل خرق هذا الالتزام بالسرية والإفصاح عن هذه المعلومات عندما يكون الكشف عنها أمراً ضرورياً لتحقيق العدالة، لاسيما في معرض الملاحقة القانونية والقضائية لجرم ما^(١٢٨).

المبحث الثاني الآليات، طرق المعالجة والمعوقات

ليحقق العمل التفتيشي الغايات والأهداف المرجوة منه يجب أن يتم وفقاً لآليات محددة تمكن مفتش العمل من الوقوف على التطبيق الفعلي لقواعد القانون، وبما يسمح بتصحيح ومعالجة الخروقات إن وجدت، على الرغم من ذلك يبقى دون العمل التفتيشي المكتمل معوقات عدة.

المطلب الأول الآليات

للقوف على مدى توافق سلوك صاحب العمل مع الواجبات القانونية المفروضة عليه، يعتمد مفتش العمل على الزيارات التفتيشية؛ مما يقتضي البحث في المقصود بالزيارة قبل صلاحيات المفتش خلالها.

(١٢٧) قانون أصول المحاكمات الجزائية المرسوم التشريعي رقم (١١٢) لعام ١٩٥٠. المادة (١٦).

Code de procédure pénale, Articles 16-19.

(١٢٨) قانون العقوبات السوري رقم (١٨٤) لعام ١٩٤٩. المادة (١٨٤). Code pénal, Article (226-14).

أولاً - المقصود بالزيارة التفتيشية:

يقصد بالزيارة قدرة مفتش العمل على الدخول الحر غير المشروط أو المعلق، الدوري أو المفاجئ لكافة المنشآت التي تخضع لرقابته، فهذه الزيارات إما أن تتم بشكل روتيني دوري أو بشكل مفاجئ بناءً على شكوى أو لضرورات معينة بهدف ضمان حسن تطبيق أحكام القانون، وقد ضمن المشرع الدولي كما المشرعان السوري والفرنسي هذا الحق بالنسبة لمفتش العمل^(١٢٩).

على الرغم من ذلك يجب التأكيد بأن مجرد وجود أحكام قانونية تنص على هذا الحق لا يفيد بالضرورة الترجمة الفعلية له على أرض الواقع، حيث يجب على المشرع - لاسيما السوري - منح المفتش الأدوات والآليات التي تمكنه من القيام بعمله على خير وتيرة، من حيث تأمين مستلزمات العمل التفتيشي ليكون دوره قائماً على الفعل وليس رد الفعل، أي تأمين تحقق الدور الاستباقي في العمل التفتيشي^(١٣٠)، فالعمل التفتيشي لا يزال - في الكثير من الأحيان - يقوم بدور رد الفعل وليس الفعل، أي بعد وقوع المخالفة وليس قبلها، كما يجب أن يكون للمفتش حرية التنقل والوسائل الداعمة اللوجستية اللازمة، إضافة إلى المعلومات اللازمة حول المنشآت والأنشطة الخاضعة لرقابته؛ للتمكن من التدخل

(١٢٩) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٢). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادتان (٢٦-٣٩). قانون العمل السوري، المادة (٢٥١) الفقرة ١. القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (٥) الفقرة (ب) والمادتان (٨-٢١). القرار الوزاري رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠، سبقت الإشارة، المادة (٣).

Coud de travail, Articles, (L. 3171-3→L. 8113-5?D. 3171-16?D. 8271-1). G. Butaud, F. Perin et M. Thery, Les funambules du travail: pratiques de l'inspection du travail, Droit. soc, 1985, p. 274. R. Husson, Les poursuites pour infractions à la législation du travail, RPDS, avril 2002, p. 122.

(١٣٠) يمكن لهذه الرقابة أن تكون رقابة وقائية مسبقة على إحداث المنشأة أو ممارسة أي نشاط مهني معين. هذا الاقتراح لم يتم التوافق الدولي عليه في اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، وإنما تم إدراجه في الجزء الأول من التوصية رقم ٨١ المرفقة بهذه الاتفاقية.

وفق أولويات موضوعية كمستوى المخاطر المهنية، وفئات العمال (الشباب، والمهاجرين)، ووجود أو عدم وجود التمثيل النقابي، وما إلى ذلك بما يؤمن الوقوف بصورة دقيقة وشاملة على مدى التزام هذه المنشآت بأحكام القانون، كما يجب أن يكون حق الزيارة مضموناً بشكل فعلي ودون أية قيود أخرى قد تعيق من تنفيذه، كالحصول على تفويض رسمي مسبق، الأمر الذي يمكن له أن يحد من فاعلية العمل التفتيشي بشكل كبير.

في جميع الأحوال، لا يمكن أن تتم هذه الزيارات، سواء منها الروتينية أو المفاجئة^(١٣١)، إلا وفق ضوابط محددة تكفل تنفيذ الأحكام القانونية المتعلقة بالرقابة على ظروف العمل، ذلك أن حماية العمال والمتطلبات الفنية للتفتيش يجب أن تكون من العوامل الرئيسية في تحديد التوقيت المناسب للزيارة. فالرقابة على ظروف العمل الليلي أو خارج ساعات العمل الرسمية يجب الاطلاع عليها فوراً، كما هو الحال بالنسبة للرقابة التي تتطلب إغلاق أو إيقاف عملية الإنتاج، كما يجب ألا تُخل الزيارة التفتيشية بالسير الطبيعي للعمل، لذلك يتوجب على مفتش العمل إخطار صاحب العمل بالزيارة ما لم ير أن هذا الإخطار قد يضر بالقيام بواجباته^(١٣٢)، بحيث إن الأصل الإخطار ما لم يرى مفتش العمل، وفق سلطته التقديرية، خلاف ذلك، غير أنه يلاحظ أن المشرع السوري، في قانون العمل الحالي قد تجاوز هذا القيد، بحيث إنه منح الحق لمفتش العمل بالقيام بالزيارات التفتيشية لمكان العمل دون أن يكون ملزماً بالإخطار المسبق.

(١٣١) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٢) الفقرة ١ الفقرة (ج). مما لاشك فيه أن الزيارات التفتيشية المفاجئة تؤدي الدور الأكثر فاعلية في تطبيق أحكام القانون، من حيث القدرة على القيام بها في أي وقت، وبدون سابق إنذار، سواء تمت ليلاً أو نهاراً، في كل مرة يخشى فيها قيام صاحب العمل بمناورات لإخفاء المخالفة، أو تعديل بعض ظروف العمل المعتادة.

(١٣٢) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٢) الفقرة ٢. اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة.

Coud de travail, Articles, (L. 4612-7).

موقف نتفق معه ونؤيده لضمان فاعلية العمل التفتيشي، فالإخطار المسبق قد يُمْكِنُ صاحب العمل من إخفاء المخالفة مما يفقد العمل التفتيشي مصداقيته^(١٣٣). كذلك يجب أن تضمن الزيارة احترام القواعد العامة في التفتيش لاسيما احترام الحريات الفردية والحياة الخاصة، ففي حال الرقابة على المنزل الخاص تصبح موافقة السلطة القضائية أو شاغلي السكن شرطاً ضرورياً للتفتيش^(١٣٤). كذلك يجب تزويد المفتشين بالوثائق المبررة لمهامهم^(١٣٥) كما يمكنهم الاستعانة - لاسيما في حال المعارضة - بالسلطات الأخرى كالشرطة أو الجيش^(١٣٦).

ثانياً - صلاحيات المفتش:

ضَمِنَ المشرّع الدولي، كما المشرعان الفرنسي والسوري لمفتش العمل، بمجرد تواجده في المنشأة، الحق في إجراء المقابلات واستجواب مختلف القائمين فيها، كما منحه حق الاطلاع على دفاترها وسجلاتها إضافةً إلى الرقابة على منتجاتها وموادها.

(١٣٣) قانون العمل السوري، المادة (٢٥١) الفقرة ١.

(١٣٤) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٦). تشريع العمل السوري لم ينص القانون على ذلك، ولكن يمكن الاستناد لضرورة احترام هذا الالتزام في ضوء القواعد العامة للدستور التي تحمي الحريات المادة (٢٥) من الدستور السوري ونصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري.

Coud de travail, Articles, (L. 8113-1→L. 8113-3).

(١٣٥) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٢) الفقرة ١. قانون العمل السوري، المادة (٢٤٦).

Coud de travail, Article, (R. 8112-1)

(١٣٦) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٨). قانون العمل السوري، المادة (٢٥٣). راجع كذلك أحكام المادة (١٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لعام ١٩٥٠.

Coud de travail, Article, (L 8113-3)

١ - الاستجواب^(١٣٧):

تتناول هذه الصلاحية القدرة على الاستجواب الفردي أو الجماعي، بحضور أو بدون حضور الشهود، لجميع القائمين في المنشأة بما فيهم صاحب العمل لأي من المسائل المتعلقة بتطبيق الأحكام القانونية في المنشأة موضوع الزيارة، وهنا يجب أن يمتلك المفتش المهارات والقدرات اللازمة لتنفيذ وإدارة عمليات الاستجواب بالطريقة التي يراها مناسبة لتجنب أي تدخل في مجريات التحقيق، كما يجب أن يحرص على أن تكون إفادات الأفراد المستجوبين عفوية وموثوقة منها. لذلك يعود له وحده تقرير مدى الجدية أو الحاجة لإجراء التحقيق من عدمه، كذلك - ولتجنب إحراج صاحب العمل - يمكنه أن يجري التحقيق بشكل فردي لمنع تعرض العمال لخطر الانتقام، كما يمكنه إذا رأى ضرورة لذلك أن يضع الطرفين في مواجهة بعضهما البعض.

٢ - الاطلاع على الدفاتر والسجلات^(١٣٨):

للمفتش الحق بالاطلاع على الدفاتر والسجلات والوثائق التي ينص عليها القانون، كالنظام الداخلي والنظام المالي ولوائح تنظيم العمل والسجلات الخاصة بالعمال وجدول أجورهم ومكافأاتهم والجدول الزمنية للعمل وساعات العمل والتعليمات الواجبة الاتباع لاستخدام المعدات أو الآلات أو المواد الخطرة

(١٣٧) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٢) الفقرة ١ الفقرة (ج). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٢٩-٢٨). قانون العمل السوري، المادتان (٢٥١) الفقرة ٢؛ (٢٥٢). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (٩).

Coud de travail, Articles, (L. 4526-1?R. 7121-26).

(١٣٨) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٢) الفقرة ١ الفقرة (ج). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٣١). قانون العمل السوري، المادتان (٢٥١) الفقرة ١؛ (٢٥٢). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (١٠).

Coud de travail, Articles, (L. 8113-4→L. 8113-6).

والمعلومات الضرورية لتأمين السلامة والصحة المهنية في العمل وما إلى ذلك، بشكليها الورقي والإلكتروني، وذلك للتحقق من الامتثال للقانون، كما يمكنه أن يحصل على نسخ أو ملخصات عنها.

٣ - التدقيق في المواد والآلات المستخدمة من خلال أخذ العينات^(١٣٩):

للمفتش، بهدف التأكد من امتثال صاحب العمل للقواعد المتعلقة بالسلامة وصحة العمال، وفي بعض الحالات، سلامة وصحة أفراد أسرهم، التدقيق في المواد والآلات المستخدمة في العمل، والتأكد بأن شروط تواجدها قد تم وفقاً للأحكام القانونية وأن التعامل معها واستخدامها يتم في شروط آمنة وفقاً للقواعد المعمول بها، وله في سبيل ذلك الحق بأخذ عينات من المواد المستخدمة أو المتعامل معها في المنشأة الخاضعة للرقابة بقصد تحليلها بعد إخطار صاحب العمل أو ممثله بذلك، دون أن يشترط موافقتهم، كونهما لا يمكنهما ممانعته في ذلك، مع حقهما في الاعتراض في حال عدم إخطارهما المسبق، ويجدر التنويه إلى أن المشرع السوري في قانون العمل السابق، بخلاف نظيره الفرنسي، لم يكن يمنح هذا الحق لمفتش العمل، الأمر الذي تلافاه بحق في قانون العمل الحالي، بما يؤمن تعزيز فاعلية العمل التفتيشي وتوافق التشريع الوطني مع التشريع الدولي، لاسيما إذا ما علمنا أن الحكومة السورية قد صادقت على هذه الاتفاقية كما بينا سابقاً.

المطلب الثاني المعالجة

بناءً على المعطيات التي يتوصل لها والخروقات التي يسجلها، يمكن لمفتش العمل سواء في فرنسا أو سورية أن يتبع أحد أسلوبين من المعالجة إما توجيهاً أو تأديبياً.

(١٣٩) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٢) الفقرة (ج) اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٣٠). قانون العمل السوري، المادة (٢٥١) الفقرة ٤.

Coud de travail, Articles, (L. 8113-1→L. 8113-3).

أولاً - طرق المعالجة التوجيهية

طرق المعالجة التوجيهية إما أن تتسم بالطابع الودي أو بالطابع الزجري:

١ - الطابع الودي^(١٤٠):

نظراً لكون ارتكاب الفعل المخالف قد لا يكون دوماً مقصوداً أو نتيجة سوء نية مبيتة، بل ربما نتيجة جهل ببعض شروط القانون أو نطاق تطبيقه، فقد منح القانون المفتش سلطةً تقديريةً تمكنه من استبعاد فرض العقوبات وفرض أشكال أخرى من المساءلة في سبيل حسن تطبيق الأحكام القانونية^(١٤١). حيث ترك له التقدير حول إعطاء تنبيه أو تقديم النصح والمشورة بدلاً من إقامة الدعاوى أو التوصية بإغلاق المنشأة الجزئي أو الكلي، هذه السلطة التقديرية لمفتش العمل إنما تهدف إلى السماح له بالتمييز بين الانتهاكات المقصودة والخطيرة أو المتكررة، كالإهمال الجسيم أو التعنت في رفض تطبيق القاعدة القانونية من جهة، وبين الإهمال غير المقصود أو المخالفات الخفيفة والبسيطة من جهة أخرى، فإذا كان لمفتش العمل أن يكتفي بمجرد التنبيه أو لفت الانتباه إلى ضرورة حسن تطبيق القانون، فما من ضرورة لتطبيق النص الأشد. فالغاية هي ضمان احترام تطبيق قواعد القانون. والحقيقة غالباً ما يفضل مفتش العمل اللجوء - باستثناء الحالات التي يوجد فيها انتهاك متعمد للقانون - إلى النصيحة والإقناع قبل المباشرة في الإجراءات العقابية الأشد، فالمفتش من

(١٤٠) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (٣) الفقرة ١ الفقرة (ب). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٣٥). قانون العمل السوري، المادة (٢٤٩) الفقرة (د). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ١٩٦٥/٧/٤، سبقت الإشارة، المادة (١٤) الفقرة (أ). Coud de travail, Article-1, (R. 8112-1).

(١٤١) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٧) الفقرة ٢. V. Bouchard, Des pouvoirs de police judiciaire de l'inspecteur du travail, RSC, 2005, p.273. C. Lazerges, La constatation de l'infraction et les poursuites pénales, Droit. soc., 1984, p. 482. M. Cohen, Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail, Droit. soc., 1997, p. 457.

نوي الكفاءة والخبرة يدرك مدى قوة وفاعلية النصائح كوسيلة لتشجيع التطبيق السليم للشروط القانونية ومتى يجب استعمالها، وإن زيارةً بسيطةً في نهاية مهلة السماح الممنوحة لصاحب العمل لتلافي المخالفات والأخطاء التي كشفتها الزيارة السابقة عادة ما تكون كافيةً لتحقيق هذا الهدف.

وهنا يجدر التنويه بأن أي من المشرّعين الفرنسي والسوري لم ينص على هذه السلطة التقديرية صراحةً، غير أنّ هامش الاختيار متاح لمفتش العمل في المعالجة، ما بين إسداء النصح والمشورة وصولاً إلى الأمر بإغلاق المنشأة مروراً بالتنبيه الشفهي والكتابي ومن تنظيم الضبط تَمَكُّن من القول بتمتعه بهذه السلطة.

٢ - الطابع الجزري:

الأوامر نوعان إمّا واجبة النفاذ بشكلٍ معجلٍ أو مؤجلٍ.

٢-١ - الأوامر ذات النفاذ المعجل:

عندما يقوم مفتش العمل بزيارة تفتيشية لمكان العمل ويرى أنّ المخالفات المرتكبة على درجةٍ من الخطورة والجسامة بشكلٍ تهدد بيئة العمل بخطرٍ جسيمٍ موشك الوقوع، يمكنه - إن لم نقل يتوجب عليه - أن يأمر باتخاذ إجراءاتٍ معجلةٍ وواجبة النفاذ الفوري والمباشر في مواجهة صاحب العمل، مع الاحتفاظ بحق هذا الأخير بالاعتراض على هذه القرارات إمّا أمام الجهة الإدارية المختصة أو أمام القضاء^(١٤٢)، وفي حال رفض صاحب العمل تنفيذ قرارات مفتش العمل فيمكن لهذا الأخير أن يلجأ إلى السلطة القضائية ممثلة بقاضي الأمور المستعجلة لاستصدار القرار القضائي المناسب لتنفيذه جبراً عن طريق الشرطة وإنفاذ قرارات مفتش العمل^(١٤٣)، ويمكن القول أنّ موقع مفتش العمل

(١٤٢) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٣) الفقرة ٢ الفقرة (ب). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٣٥).
(١٤٣) قانون العمل السوري، المادة (٢٥٣).
Coud de travail, Articles, (L. 4611-2→L. 4611-6?L. 4523-4?L. 4523-9→L. 4523-17).

في هذه الفرضية يقترب كثيراً من موقع قاضي الأمور المستعجلة الذي منحه القانون سلطة إصدار قرارات قضائية ذات طابع مستعجل، إلا أنَّ قرارات مفتش العمل ذات طابع إداري.

وقد منح المشرع الفرنسي^(١٤٤) كما السوري^(١٤٥) لمفتش العمل هذه الصلاحيات في مواجهة أصحاب العمل المخالفين لأحكام قانون العمل والقرارات المنفذة لأحكامه، كالتنبيه والإنذار والضبط القانوني واقتراح الأمر بإغلاق المنشأة كلياً أو جزئياً، كما اتخاذ التدابير الفورية، كالأمر بإيقاف إدارة آلة أو أكثر، وصولاً لاقتراح إغلاق المؤسسة أو المنشأة المرخصة أو غير المرخصة، إضافة لباقي العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون باعتباره من رجال الضابطة العدلية^(١٤٦)، ويجدر التنويه أنَّه وعلى الرغم من صفة النفاذ المعجل لهذه القرارات، إلاَّ أنَّه يمكن - في بعض الحالات - أن تكون معلقة على إجراء إداري معين كموافقة الجهة الإدارية المختصة، كما هو الحال بالنسبة للتشريع السوري، أو المفتش الأعلى للعمل كما هو الحال في التشريع الفرنسي^(١٤٧)، أو كمصادقة الوزير أو قاضي الأمور المستعجلة، في جميع الأحوال، يجب أن يكون الوقت المخصص لهذا الغرض قصيراً.

(١٤٤) Coud de travail, Articles, (L. 4731-1→L. 4731-4?L. 4731-6?L. 4721-8?R. 4723-6?R. 4731-8?R. 4731-13).

(١٤٥) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٩) فقرة (ج). المادة (٢٥١) البند (٥). راجع كذلك أحكام المادة (٤٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لعام ١٩٥٠.

(١٤٦) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٦) الفقرة (أ) القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، المادتان (١٣-١٥). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المادة (١٦-٣٤-٣٦-٣٧-٣٨). القرار الوزاري رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠، سبقت الإشارة، المادة (٢٥).

Coud de travail, Article (L. 8113-7).

(١٤٧) قانون العمل السوري، المادتان (٢٤٩) الفقرة (ج).

٢-٢- الأوامر ذات النفاذ المؤجل:

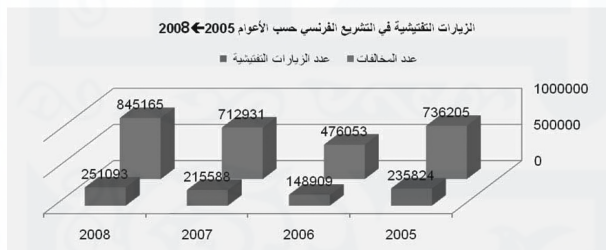
عندما يرى مفتش العمل أنّ المخالفات المرتكبة على الرغم من جديتها لا تشكل خطراً محدقاً على المنشأة أو العمال أو تهدد بوقوع خطرٍ وشيكٍ يمكنه، وفي إطار سلطته التقديرية، أن يأمر بالقيام بالتعديلات المطلوبة في غضون فترةٍ زمنيةٍ محددة^(١٤٨). الفترة الزمنية من حيث الأصل تترك لتقديره تبعاً للظروف وتعقيدات الإجراءات المطلوبة، كما يمكن للمشرّع - في بعض الحالات - أن يحدد الفترة المتاحة أو الحد الأدنى لها وكيفية تمديدها، على الرغم من أن ترك هذه الأمور للسلطة التقديرية لمفتش العمل يمكن أن يكون أكثر فاعلية؛ كونه الأقدر على تحديد طبيعة المخالفة المرتكبة والمدة الزمنية اللازمة لها لتلافيها، وهو المبدأ الذي استقر عليه المشرّع الفرنسي والسوري^(١٤٩).

أخيراً، إنّ نطاق تطبيق هذه الإجراءات سواء منها ذات النفاذ المعجل أو المؤجل، يمكن أن يكون محصوراً في مجالٍ محددٍ دون غيره، كالجوانب التقنية والعلمية والمكونات الكيميائية للمنتجات والعمليات الصناعية، أو متعدداً بشكلٍ يتناول مختلف جوانب وأنشطة العمل كالمباني والمرافق، والمواد الأولية والمواد المستخدمة، وأساليب العمل، والمعدات الوقائية الفردية والجماعية وما إلى ذلك. كما يمكن أن تتناول هذه الإجراءات إيقاف العمل في المنشأة بشكلٍ كلي أو جزئي، أو حظر العمل في جزءٍ أو في كل المبنى، واستخدام المنتجات أو المواد، وبيع الإنتاج، أو تعليق نشاطٍ فئاتٍ معينةٍ من العمال الضعفاء وما إلى ذلك.

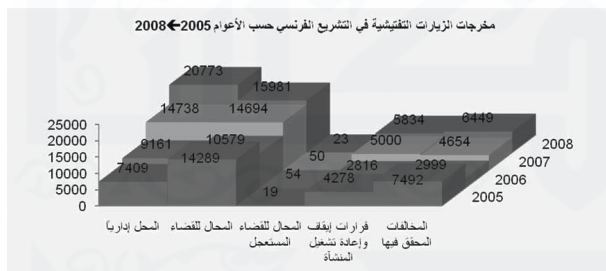
وتبين الرسوم التوضيحية التالية مدى التطبيق العملي لهذه الإجراءات من قبل مفتشي العمل في كلا التشريعين:

(١٤٨) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، المادة (١٣) الفقرة ٢ الفقرة (أ). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المادة (٣٢-٣٥)، سبقت الإشارة.
(١٤٩) قانون العمل السوري، المادتان (٢٤٩) الفقرة (ب)؛ (٢٥١) الفقرة (٥) القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (١٤) الفقرة (ب).
Coud de travail, Articles, (L. 4721-4→L. 4721-6? R. 4721-4 et L. 4721-5).

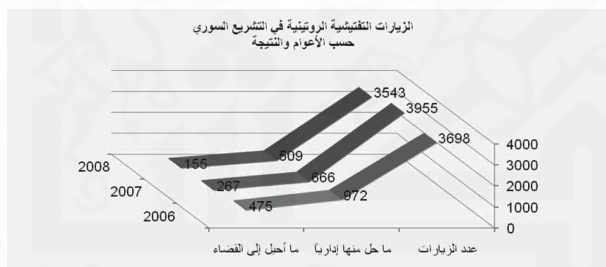
رسم توضيحي ٢٤: الزيارات التفتيشية في التشريع الفرنسي حسب الأعوام ٢٠٠٥ ← ٢٠٠٨ (١٥٠)



رسم توضيحي ٢٥: مخرجات الزيارات التفتيشية في التشريع الفرنسي والمتابعة حسب الأعوام ٢٠٠٥ ← ٢٠٠٨ (١٥١)



رسم توضيحي ٢٦: عدد الزيارات التفتيشية الروتينية في التشريع السوري حسب الأعوام والنتيجة (١٥٢)



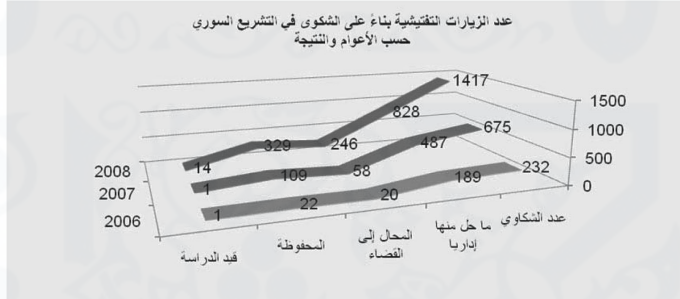
L'inspection du travail en France en 2008. Les chiffres clés. op. cite. p. 21. (١٥٠)

L'inspection du travail en France en 2008. Les chiffres clés. op. cite. p. 21. (١٥١)

(١٥٢) المنشورات الإحصائية لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل للأعوام ٢٠٠٦-٢٠٠٧-٢٠٠٨

٢٠٠٩، العمل الصناعي، تفتيش العمل. وثائق وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل.

رسم توضيحي ٢٧: عدد الزيارات التفتيشية بناءً على الشكوى في التشريع السوري حسب الأعوام والنتيجة^(١٥٣)



ثانياً - طرق المعالجة التأديبية:

إن مصداقية جهاز التفتيش لا تتوقف على مدى قدرته على تقديم النصح والمشورة لأصحاب العمل والعمال، بل كذلك على التنفيذ الفاعل لنظام من العقوبات الرادعة^(١٥٤) التي لا تزال - في بعض الحالات - هي السبيل الوحيد لتطبيق القانون، ولم يخرج المشرعان عن هذه القاعدة، حيث تتراوح مروحة العقوبات ما بين الغرامة والسجن.

في التطبيق العملي غالباً ما يفضل أصحاب العمل عقوبة الغرامة على غيرها من العقوبات كونها تعتبر ذات جدوى اقتصادية لهم وأقل تكلفة، بدلاً من اتخاذ التدابير اللازمة لضمان الامتثال للأحكام القانونية المتعلقة بظروف العمل؛ لذلك عادةً ما تشكل الغرامة - كعقوبة زاجرة - نقطة ضعف أكثر منها نقطة قوة، ويزداد الأمر سوءاً بثبات النص القانوني المحدد للغرامة وتزايد حالات

(١٥٣) المرجع السابق.

(١٥٤) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٨). راجع في ذلك الفصل المتعلق بالعقوبات في قانون العمل السوري، المواد (٢٥٥-٢٧٦). لم يضع المشرع الفرنسي، بخلاف المشرع السوري، الأحكام الخاصة بالعقوبات في فصل خاص، وإنما ألحقها بكل موضوع.

التضخم الاقتصادي التي تؤدي إلى انخفاض القيمة الاقتصادية للنقد موضوع الغرامة. هذه المظاهر تميز طبيعة العقوبات في قانون العمل السوري التي تميل إلى الطابع المالي، لجهة اعتمادها على تطبيق الغرامات بشكل واضح، ناهيك عن تدني قيمتها بالمقارنة مع طبيعة المخالفات المرتكبة، الأمر الذي يدفع المشرع إلى إعادة النظر في هذه الغرامات بانتظام لمراعاة التضخم، غير أنه وعلى الرغم من هذه التدخلات إلا أنها تبقى دون المستوى المأمول، لذلك نرى أنه يتوجب اعتماد أسلوب أكثر مرونة كاعتماد آليات تسمح بالتغيير التلقائي لمبلغ الغرامة بالتزامن مع التغيرات الاقتصادية، أو وضع حد أدنى لهذه الغرامات وترك الحد الأعلى مفتوحاً أمام تقدير مفتش العمل حسب خطورة وجسامة المخالفة المرتكبة، فيمكن أن تحدد مبالغ الغرامات بالتزامن مع الحد الأدنى للأجور، مع منح المفتش الصلاحية لفرض عقوبات مالية محددة وفقاً لخطورة المخالفة، أو أن تحدد الغرامة بالتوافق بين عدد محدد يضرب به الأجر اليومي أو الشهري، أو أن يترك الأمر إلى جهاز التفتيش المركزي ليفرض الغرامة على المنشأة بالتوافق مع طبيعة المخالفة ورقم أعمال المنشأة ومدى الخرق القائم للقانون، أو تحدد بالاستناد إلى معايير التكرار أو الممانعة، أو بحسب عدد العاملين الذين لحق بهم ضرر نتيجة التعدي أو طبيعة ونتائج المخالفة، حيث يمكن مضاعفة مبلغ الغرامة لمرتين أو ثلاث أو حتى تطبيق عقوبة السجن، كذلك يمكن تطبيق عقوبات إدارية أخرى مثل سحب الرخصة أو إغلاق المنشأة لاسيما في حال تشغيل الأحداث في الأعمال الخطرة أو عمالة غير مشروعة. ومما لا شك فيه أن مستوى العقوبات المفروضة والتنفيذ الفعّال لهما الدور الأكبر في التأثير السلبي أو الإيجابي على عمل مفتشي العمل، وقيامهم بمهامهم على أكمل وجه وقمع المخالفات المرتكبة، ففاعلية العقوبة لا تتعلق بمجرد النص التشريعي عليها، وإنما بإيجاد الآليات الكفيلة بتنفيذها بشكل فعال، ومتابعتها على أرض الواقع، أي السرعة في الإنفاذ والجدية في التطبيق، الأمر الذي يستلزم وجود إرادة سياسية فاعلة من الحكومة في إنفاذ هذه القوانين ومتابعتها، وتعاوناً جدياً بين جهاز تفتيش العمل ومختلف الأجهزة المعنية بتطبيق القانون ومنها السلطات

القضائية، لاسيما إذا ما علمنا أن مفتشي العمل في كلا الدولتين يتمتعون بصفة الضابطة العدلية^(١٥٥).

وغني عن البيان، أنّ الترجمة الفعلية لمختلف النتائج التي يتوصل إليها مفتش العمل والتدابير والإجراءات التي يقترحها يجب أن تدون بشكل مكتوب من خلال ضبط قانوني أصولي ورقّي يتمتع بقوة الإثبات القانونية لحين ثبوت العكس^(١٥٦). فالمشرعان السوري والفرنسي لا يزالان يعتمدان حتى تاريخه على الضبوط القانونية الورقية، ولم يتم الانتقال إلى أسلوب الضبوط القانونية الإلكترونية^(١٥٧)، فالمشرع العمالي في كلا الدولتين لم يضع نصوصاً قانونية خاصة تنظم هذه العملية، وإن كان يسجل للمشرع الفرنسي تبنيه لمفهوم الشكوى الإلكترونية عن طريق الموقع الإلكتروني الخاص لجهاز تفتيش العمل، الذي يتلقى العديد من شكاوى العمل التي يقوم مفتشي العمل بمتابعتها^(١٥٨).

(١٥٥) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٦) الفقرة (أ) القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، المادتان (١٣-١٥). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المادة (١٦-٣٤-٣٦-٣٧-٣٨). القرار الوزاري رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠، سبقت الإشارة، المادة (٢٥).

Coud de travail, Article (L. 8113-7).

(١٥٦) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٦) الفقرة (أ) القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، المادتان (١٣-١٥). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، المادة (١٦-٣٤-٣٦-٣٧-٣٨). القرار الوزاري رقم ٤٦٣ المعدل بالقرار رقم ٦٠٣ تاريخ ١٧/٧/١٩٨٠، سبقت الإشارة، المادة (٢٥). راجع كذلك أحكام المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لعام ١٩٥٠.

Coud de travail, Article (L. 8113-7).

(١٥٧) كما هو الحال في التشريع البلجيكي على سبيل المثال وذلك منذ العام ٢٠١١، حيث عملت الحكومة البلجيكية على تبني نظام قانوني للضبوط القانونية الإلكترونية (Procès-Verbal électronique, "Epv") ليحل محل الضبوط القانونية الورقية تدريجياً. راجع في هذا المجال:

Un procès-verbal électronique pour tous les services d'inspection. Actualité du Secrétariat social UCM. 03/11/2011.

(١٥٨) L'inspection du travail en France en 2008. Les chiffres clés. Rapport rédigé en application de la Convention N° 81 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Bilans et rapports. November 2009. p. 90.

وفي جميع الأحوال، تحال هذه الضبوط إلى المحاكم المختصة إما مباشرة أو عن طريق الموظف المختص بعد إعلام وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بذلك^(١٥٩).

المطلب الثالث

المعوقات

لا يزال دون نجاح العمل التفتيشي معوقات كثيرة، لاسيما في التشريع السوري من أهمها الافتقار إلى وجود جهاز مختص بتفتيش العمل وفق المعايير الدولية، جهاز يتمتع بالاستقلالية والفاعلية. فالممارسة الفعلية لمهام التفتيش لا تتطلب فقط وجود مجموعة من النصوص القانونية النازمة، أو حتى عدد كافٍ من المفتشين، إنما أيضاً توفير الوسائل اللازمة للمفتشين لإنجاز مهامهم على الوجه الأكمل، والاعتراف بأهمية دورهم وعملهم، وهذا ما يجب على المشرع - لاسيما السوري - تأمينه، لاسيما التأسيس لقيام جهاز تفتيش عمل على مستوى القطر مرتبط بوزارة العمل ومستقل عنها يتمتع بالاستقلالية والفاعلية، وبنية تحتية تؤمن المكاتب حيث المساحات المناسبة لاحتياجات الخدمة ومرافق النقل اللازمة، إضافةً إلى تسديد جميع نفقات السفر وجميع المصاريف النثرية اللازمة لتنفيذ واجبات مفتش العمل^(١٦٠). الأمر المفتقد في كثير من الحالات، حيث تفتقد دوائر التفتيش إلى الأماكن المحلية الخاصة والمناسبة مما يجبرهم على المشاركة مع الإدارات الأخرى التي ليست بالضرورة أفضل حالاً منهم، وإذا ابتعدنا عن الأماكن المركزية في العاصمة فإن أماكن التفتيش غالباً ما تتسم بالقدم والاهتراء، إضافةً إلى صغر حجمها وعدم كفاية التهوية، وعدم وجود

(١٥٩) قانون العمل السوري، المادة (٢٤٩) الفقرة (ج). القرار الوزاري رقم ٤٦٥ تاريخ ٤/٧/١٩٦٥، سبقت الإشارة، المادة (١٥). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٣٧). Coud de travail, Article (L. 8113-7). (١٦٠) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١١). اتفاقية العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٢٥).

الصيانة الدورية للمياه والكهرباء، إضافةً إلى عدم توافر الموارد اللازمة لدفع الإيجار، والافتقار إلى المعدات المكتبية العصرية لاسيما أجهزة الحاسوب والهاتف والفاكس المستقل.

كذلك التفتيش بحاجة - في إطار اتخاذ تدابير معينة - لأخذ عينات معينة وتحليلها، مما يستلزم توافر الأجهزة المخبرية والتحليلية الخاصة به أو على الأقل القدرة على الاستفادة من مختلف خدمات المختبرات الإقليمية والوطنية المتخصصة، فمع تطور استخدام الوسائل التكنولوجية الجديدة، وتعدد الأنشطة الاقتصادية يجب تزويد مفتشي العمل بأدوات حديثة لقياس بيئة العمل، مثل مقياس الحرارة، ومقياس درجة الرطوبة، لوكس متر، متر، وأجهزة قياس جرعات درجات التعرض للمؤثرات السمية في المنشآت الكيميائية، وما إلى ذلك.

أضف إلى ذلك، إنَّ القدرة على التحرك السريع والفاعل يلعب دوراً مهماً في قدرة جهاز التفتيش على أداء مهامه على خير وتيرة، مما يستلزم ضرورة توفير وسائل النقل اللازمة الخاصة لاسيما في حال عدم توفر وسائل نقل عامة مناسبة، وفي هذه الحالة يجب على السلطة المختصة تخصيص بدل السفر لتنقلات المفتشين في أداء أعمالهم، وتعويض تكاليف السكن والغذاء بأسرع وقت، كذلك يجب تدعيم ثقة مفتش العمل بنفسه من خلال حمايته بنصوص قانونية خاصة تصونه من أي اعتداء عليه من جانب صاحب العمل أو الغير وتؤمن الردع المطلوب، فالتشريع السوري، بخلاف الحال في التشريع الفرنسي والذي تصل فيه العقوبة إلى الحبس لمدة سنة والغرامة حتى (\$ ٧٥٠ ٣) وفقاً للتوجيه المقرر من المشرع الدولي^(١٦١)، لم يتضمن أية نصوص قانونية خاصة لمنع التعدي على مفتشي العمل أو حمايتهم من الاعتداء، مكتفياً بالعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات العام والمتعلقة بمنع الموظف العام من

(١٦١) اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧، سبقت الإشارة، المادة (١٨). اتفاقية

العمل العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨، سبقت الإشارة، المادة (٣٣).

Coud de travail, Articles, (L. 8114-1 L. 8114-3).

تأدية مهامه، وهذه النصوص على الرغم من أهميتها تبقى دون المستوى المأمول مما يحتم ضرورة تدخل المشرع السوري في هذا المجال لوضع نصوص قانونية رادعة خاصة في هذا المجال.

كذلك، تلعب المعوقات المالية دوراً مؤثراً في الحد من فاعلية العمل التفتيشي، لاسيما عندما لا تتمتع أجهزة التفتيش بموازنة مستقلة عن الموازنة العامة لوزارة العمل، وبالتالي لا تكون المخصصات المالية لعمليات التفتيش واضحة أو دقيقة وربما متغيرة في الفترة المالية المخصصة، مما يجعل من الصعوبة تمويل عمليات التفتيش بالشكل المطلوب، وإذا كان هذا الأمر أقل حضوراً في التشريع الفرنسي نظراً لوجود جهاز لتفتيش العمل له كيانه القائم بذاته وله مخصصاته المالية المستقلة التي ترد ضمن موازنة وزارة العمل، فإن الوضع أكثر تعقيداً في التشريع السوري نظراً لانعدام وجود هذا الجهاز، وكونه لا يعدو أن يكون دائرة من الدوائر التابعة لإحدى المديريات التابعة لوزارة العمل (مديرية العمل)، وبذلك لا يمكن الحديث في التشريع السوري عن وجود موارد مالية مخصصة في موازنة الدولة لتفتيش العمل، بل الأمر متروك للوزارة. كذلك الأمر، فإن مقدار الغرامات المحصلة نتيجة خرق القوانين لا يعتبر من مخصصات جهاز التفتيش في التشريع السوري نظراً لانعدام وجود هذا الجهاز، في حين أن التشريع الفرنسي يخصص جزءاً من هذه المبالغ لجهاز التفتيش، حيث يتم صرفها لتحسين ظروف عمل المفتشين والخدمات المقدمة للجمهور، إضافة إلى تحسين البنية التحتية لهذا الجهاز من اتصالات وبرمجيات وتكاليف صيانة واستبدال للمركبات والمعدات وما إلى ذلك^(١٦٢).

الخاتمة:

عرضنا في هذا البحث للرقابة الإدارية على تطبيق أحكام قانون العمل أو ما اصطلح على تسميته بـ: "تفتيش العمل" وفق المنظور الدولي وفي

Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts (١٦٢) pour l'application des conventions et recommandations, op, cite, p. 86.

التشريعين الفرنسي والسوري، حيث بحثنا في إطارها التطبيقي والتنفيذي في ضوء أحكام المشرع الدولي وكيفية ترجمتها في التشريعين الفرنسي والسوري. في الإطار التطبيقي تعرضنا إلى نطاق تفتيش العمل مكانياً ومهنياً، فتحدثنا في الإطار المكاني عن الإطار الإلزامي والاختياري والمستقبلي، في حين تناولنا في الإطار المهني نطاق التطبيق الرئيسي والثانوي داخل وخارج نشاط العمل.

في الإطار التنفيذي بحثنا في البنية المؤسساتية والبشرية لتفتيش العمل من حيث العرض للجهة المختصة بالتفتيش وآليات عملها، ثم البحث في البنية البشرية لهذا الجهاز والأسس التي يعتمد عليها في انتقاء العاملين فيه والحقوق والواجبات الملقة عليهم، ثم بحثنا في آليات العمل التفتيشي وصلاحيات المفتش وطرق المعالجة التفتيشية بشقيها التوجيهي سواء منه الودي أو الزجري والتأديبي المتضمن للعقوبات، وأخيراً تناولنا المعوقات التي تعترض حسن سير العمل التفتيشي. فما هي النتائج التي توصل إليها البحث وما هي التوصيات التي يمكن له أن يقترحها.

١ - النتائج:

١-١ - على المستوى الدولي: يمكن أن نسجل هنا ملاحظتين:

أولاً - إن تفتيش العمل، ومنذ نشأة المنظمة الدولية للعمل هو أولوية كبرى لحسن تطبيق أحكام قانون العمل، أولوية غدت اليوم أكثر إلحاحاً وضرورة في ضوء التحولات والتغيرات التي يشهدها الاقتصاد العالمي بصورة متزايدة، لاسيما في ضوء الأزمة المالية العالمية المؤخرة والتي انعكست أزمة اجتماعية واقتصادية ترجمت في الكثير من الانتهاكات لأحكام وقواعد قانون العمل. اضطرابات - في ضوء الظروف العالمية - مرشحة للاستمرار والتنوع والتكرار بأشكال ومظاهر مختلفة مما سيضيف الكثير من التعقيد على مهام تفتيش العمل، وسيكون له الأثر الكبير في التغيير المهم الذي سيحدث للمفهوم التقليدي لتفتيش العمل وحماية العمال، مما سيحتتم ضرورة الاعتراف الخاص بطبيعة مسؤوليات ومهام مفتشي العمل.

ثانياً- إنّ اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بتفتيش العمل الصناعي والتجاري قدمت إطاراً عاماً أساسياً وعالمياً لتفتيش العمل، تاركةً للسلطة المختصة في كل بلد الحق في تقييم الاحتياجات وتحديد الأولويات ومجالات التركيز في تفتيش العمل وفقاً للظروف الوطنية، فالاتفاقية أمنت الحد الأدنى من الحماية العالمية للعاملين في القطاعات المشمولة، دون أن ترمي إلى فرض نظامٍ موحدٍ لتفتيش العمل.

٢-١- على المستوى الوطني: يمكن أن نسجل الملاحظات التالية:

أولاً- يفتقد النظام التشريعي السوري، بخلاف الحال في التشريع الفرنسي، إلى جهازٍ قائمٍ ومستقلٍ لتفتيش العمل؛ حيث تبقى هذه المهام موكلةً إلى إحدى الدوائر التابعة لمديريات العمل في وزارة العمل، مما يفقد العمل التفتيشي في سورية الكثير من قوة الدفع والفاعلية.

ثانياً - إنّ العمل التفتيشي في سورية، بخلاف الحال في التشريع الفرنسي، وعلى الرغم من إقرار القانون الجديد لمفهوم التعيين إلى جانب التكليف، لم يكرس مفهوم التعيين في العمل وإنّما على مفهوم الانتقاء في إسناد المهام، نظراً لاستقرار العرف الإداري على ذلك، الأمر الذي يضعف من دور مفتش العمل ويزيد من شعوره باللاستقرار وعدم الثبات في العمل.

ثالثاً - إنّ المهام الموكلة لتفتيش العمل في التشريع الفرنسي تنسجم عموماً مع النصوص الدولية لتفتيش العمل، في حين أنّ الأمر ليس كذلك بالنسبة للمشروع السوري لاسيما فيما يتعلق بكيونة جهاز تفتيش العمل، ووجود جهاز مستقل قائم بذاته لتفتيش العمل، على الرغم من ذلك يمكن القول، إنّ ممارسة هذه المهام لا تختلف كثيراً بين التشريعين الفرنسي والسوري، فالخلافات تبقى في الجوانب التفصيلية التي لا يمكن إنكار أهميتها في تعزيز فاعلية هذا العمل.

رابعاً - تختلف طبيعة المهام المسندة لمفتش العمل باختلاف الدور الذي تسنده له كل دولة، ففي حين يولي المشروع الفرنسي الأولوية لمكافحة العمل

والعمالة غير القانونية، نجد أنّ هذا الحيز لا يشغل بال المشرّع السوري بشكل كبير، وفي حين أوكل المشرّع الفرنسي لمفتش العمل العديد من المهام الإضافية خارج مهامه الرئيسية بصريح النص، لم يتبنّ المشرّع السوري هذا التوجه بشكل نصي واضح، لاسيما فيما يتعلق بمهام فض نزاعات العمل.

خامساً - يفتقد تفتيش العمل في التشريع السوري إلى الوسائل والموارد المادية والبشرية اللازمة لأداء أعماله بفعالية، بما يؤمن خضوع جميع المؤسسات الخاضعة للرقابة للفحص الدقيق، بشكل منتظم وفي باحتياجات التفتيش، فإمام انعدام وجود جهاز لتفتيش العمل لا توجد موارد مالية مخصصة بذاتها له، مما ينعكس نقصاً في عدد المفتشين، إضافة إلى عدم كفاية ظروف وشروط التدريب. ناهيك عن أنّ فاعلية تفتيش العمل تقتصر على الاقتصاد المنظم وفي المناطق الحضرية، دون العاملين في الاقتصاد غير المنظم والمناطق الريفية، الذي هم أحوج إلى مثل هذه الحماية، وما يترتب على ذلك من افتقار للعوي القانوني للعمال ولأصحاب العمل الذين لا يمكنهم الحصول على المعلومات والمشورة التقنية من المفتشين لتحسين أوضاع عمالهم، ذلك أنّ إهمال حقوق العاملين واستغلال ضعف بعضهم ليس مكلفاً من حيث النتائج للمنشأة فقط، وإنّما أيضاً للاقتصاد، وهذا ينطبق بصفة خاصة في القطاع غير المنظم في البلدان التي يوجد فيها العديد من المنشآت الصغيرة التي لا تراها قوانين العمل، أو تقوم بتشغيل عددٍ من العمال دون الحد القانوني الذي يمكن من تطبيق أحكامه.

٢ - التوصيات:

أولاً - إعطاء الأولوية للعمل التفتيشي لضمان حسن تنفيذ القانون من خلال إحداث جهاز خاص ومستقل لتفتيش العمل في سورية يعمل على المستوى الوطني بفاعلية مع باقي الجهات الرسمية والأهلية المسؤولة عن تطبيق قانون العمل. وهنا يجب دعم هذا الجهاز:

١ - بالعناصر البشرية المعينة أصالة لصالح هذا الجهاز والكفؤة والمدربة،

وهجر مفهوم الانتقاء في العمل التفتيشي وتبني مفهوم التعيين بدلاً عنه. كما يجب زيادة الاهتمام بهذا الكادر وتأهيله التأهيل المناسب بما يمكنه من امتلاك الأدوات المناسبة للقيام بمهامه على أكمل وجه، إضافةً إلى توعية وتدريب مفتشي العمل بالقضايا ذات الأهمية الخاصة في سوق العمل، كفيروس نقص المناعة البشرية/الإيدز، والمساواة في الأجور، ومحاربة مختلف أشكال التمييز ومناهضة عمالة الأطفال، والإيمان بأن وجود نظام فعال لتفتيش العمل بقيادة المفتشين المدربين مهنيًا وبالوسائل المناسبة يعود بالفائدة على المجتمع ككل وفي مقدمتهم أصحاب العمل والعمال.

٢ - بالموارد المالية والإدارية اللازمة لتوفير البنية التحتية اللازمة للعمل التفتيشي، وشراء المعدات اللازمة لتعزيز التفتيش على الأرض وفي جميع القطاعات وفي مختلف المهن والمنشآت.

٣ - تأمين الإطار القانوني والحماي الصحيح لعمل هذا الجهاز والعاملين فيه، من حيث إعادة النظر في النصوص القانونية النازمة لتفتيش العمل لتلافي النواقص التشريعية في التشريع الحالي، لاسيما لجهة الوضع غير القانوني لعمل مفتشي العمل في تسوية نزاعات العمل على الرغم من غياب النص، وتوسيع صلاحيات مفتش العمل بما ينسجم مع نصوص ومعايير العمل الدولية ذات العلاقة، وتأمين الحماية القانونية من أي اعتداء لمفتشي العمل بنصوص قانونية جزائية خاصة.

ثانياً - الاعتراف من قبل رجال السياسة والحكومات وباقي مؤسسات المجتمع الرسمية السورية بالدور الاستثنائي الذي تقوم به مفتشية العمل في التنمية والتماسك الاجتماعي، وضرورة الإيمان بالعمل الفعّال لعمليات التفتيش، والاقتران بأن قيام تفتيش العمل بأعماله على خير وتيرة سيساعد على توفيق الوضع القانوني للحكومة السورية في منظور المشرّع الدولي، ووضعه في مصاف الدول المتقدمة تشريعياً في مجال تشريعات العمل، بجعله متناغماً مع منظومة المواثيق والقوانين الدولية، فالיום خرج التطبيق القانوني لأحكام قانون العمل من الإطار الداخلي ليدخل في الإطار الدولي.

ثالثاً - التأكيد على أنَّ نطاق تطبيق تفتيش العمل يجب ألا يقتصر على واقع العمل في القطاع الرسمي أو في المناطق الحضرية فقط، بل يجب أن يتسع ليستوعب مختلف أنواع النشاط الاقتصادي في المناطق الحضرية والريفية، بما فيها الاقتصاد غير الرسمي حيث ظروف العمل عموماً أكثر ابتعاداً عن القانون.

رابعاً - ضرورة تعميق الوعي المجتمعي القانوني والاجتماعي والاقتصادي لأهمية تفتيش العمل والدور الذي ينهض به، وتوعية المجتمع السوري لأهميته وضرورة تعميم تطبيقه ليشمل كافة المنشآت وكافة المهن، وبيان محاسن تفعيله والفوائد التي يمكن جنيها من خلال تطبيقه التطبيق الصحيح. كل ذلك من خلال العمل على تعزيز ثقة المجتمع السوري بأهمية تفتيش العمل عن طريق ربط مراقبة تطبيق القانون بإعادة الحقوق إلى أصحابها، وتعميم ثقافة احترام قانون العمل بشكل عام وتفتيش العمل بشكل خاص من خلال وسائل الإعلام المطبوعة والإذاعية والتلفزيونية، ومن خلال المقابلات المرئية والمسموعة، ومن خلال الهاتف والبريد الإلكتروني والشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، فاستغلال الإمكانيات المتاحة على شبكة الإنترنت لنشر المعلومات والمشورة التقنية سيكون له الدور الرائد في عصر العلوم والتقانة. مثل هذا الهدف لا يمكن تحقيقه إلا إذا شملت عمالاً مقتنعين بأن الهدف الرئيسي من التفتيش هو التأكد من الامتثال للتشريع بشأن ظروف العمل وحماية العمال.

خامساً - وأخيراً، تعزيز وتفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني الفاعلة في قضايا تفتيش العمل والدفاع عن حقوق العمال، وتبني سياسات تشجيعية محفزة لها.

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

الكتب والمقالات

- أحمد السمان وجورج عشي، تشريع العمل، مطبعة الجامعة السوري، طبعة ثانية، ١٩٥٤.
- حسن عجمية، تفتيش العمل في التشريع السوري، مقال منشور في الموسوعة العمالية، الجزء الثالث، بحوث ودراسات في التشريع العمالي السوري في ضوء الاجتهاد المقارن، للمؤلف سليمان الدوس، مؤسسة النوري، طبعة أولى، ١٩٩٦، ص ص ٤٥٢ ← ٤٧١.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل، النظرية العامة لقانون العمل، الدار الجامعية، لبنان، ١٩٨٣.
- صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، منشورات المكتب الإسلامي، ١٩٦٩.
- محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية) ثلاثة أبحاث قانونية منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، الأعداد ٢٤ - ٢٥ - ٢٦ على التوالي، للعامين ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩.
- ولفجانج فون ريتشتوفين، تفتيش العمل، دليل للمهنة، منشورات منظمة العمل الدولية، ٢٠٠٩.

التقارير والنشرات

- تطور واقع سوق العمل والتشغيل وآفاقه المستقبلية في الجمهورية العربية السورية، دراسة أعدت بالتعاون بين المكتب المركزي للإحصاء المملكة النرويجية، المعهد الدولي للدراسات التطبيقية (Fafo) ٢٠٠٦.

- التعليم والتنمية البشرية نحو كفاءة أفضل، التقرير الوطني السوري للتنمية البشرية ٢٠٠٥.
- التقارير المقدمة من حكومة الجمهورية العربية السورية إلى منظمة العمل الدولية حول اتفاقية العمل الدولية رقم (٨١) لعام ١٩٤٧ المتعلقة بتفتيش العمل في الصناعة والتجارة لعام ٢٠٠٥ - ٢٠٠٧ - ٢٠٠٩، وثائق وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل.
- دليل العمل، إصدارات وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل في الجمهورية العربية السورية، ١٩٨٢.
- النشرات الإحصائية لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل للأعوام ٢٠٠٦ - ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩، العمل الصناعي، تفتيش العمل، وثائق وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل، المجموعات الإحصائية (٢٠٠٧ ← ٢٠٠٩) منشورات رئاسة مجلس الوزراء - المكتب المركزي للإحصاء.
- النشرة البيانية لمفتشي العمل في الجمهورية العربية السورية، وثائق مديرية العمل في وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل ٢٠٠٩.

Français

Ouvrages et articles:

- «On achève bien les inspecteurs du travail...», éd. Gawsewitch, 2004. RDT, 2006, n°356.
- Article du 22 juillet 2003, «Mort programmée de l'inspection du travail» www.monde-solidaire.org.
- Bordier. D, «La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques», L'Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) (n°42/2008 - 15/12/2008). Pp.2319-2326.
- Bouchard V., «Des pouvoirs de police judiciaire de l'inspecteur du travail», RSC, 2005, p.273.

- Chappelart V. et Goldschmidt P., «Améliorer l'application du droit communautaire: Dimensions juridiques et enjeux, Eipascope», numéro spécial. 25^{ème} Anniversaire, 2007, pp. 35-40.
- Cohen M., «Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail», Droit. soc. 1997, p. 457.
- Danzer-Kantof B., Lefebvre et V. Torres F., «Un siècle de réformes sociales: une histoire du Ministère du travail» 1906-2006, La Documentation française, 2006.
- Daquin P., «Le travail dissimulé des étrangers: obsession du gouvernement», 9 mai 2008, Article publié sur www.media-part.fr. Travailleurs sans-papiers: premières régularisations, Article paru dans l'Express, 1^{er} mai 2008, www.lexpress.fr.
- Daza J.L., «Economie informelle, travail non déclaré et administration du travail», Document no 9, BIT, juin 2005.
- Daza J.L., «Inspection du travail et économie informelle, dans Les grands défis mondiaux de l'inspection du travail», Education ouvrière 2005/3-4, nos 140-141.
- Filoche. G., «Inspecteur du travail, auteur de Carnets d'un inspecteur du travail», éd. Ramsay, 2004.
- Haubry X., «Le contrôle de l'inspection du travail et ses suites», éd. L'Harmattan, 2010.
- Husson R., «Les poursuites pour infractions à la législation du travail», RPDS, avril 2002, p. 122.
- Kapp T., Ramackers P. et Terrier J-P. «Le système d'inspection du travail en France, Missions, statuts, moyens et fonctionnement». Liaisons soc, éd, Liaisons, 2009.
- Macaire S., «La faute de service d'un fonctionnaire en 10 questions», La Gazette des communes, des départements, des régions (n°1985 - 8/06/2009). Pp. 76-77.

- Mériaux P., «Réforme ou contre réforme?», RDT, 2006, n°359.
- Michaut. A-C. «Evolution et Mutation de L'inspection du Travail». Thèse. éd Université Aix Marseille III. 2008.
- Péliissier J., Supiot A., Jeammaud A., «Droit du travail», 23^{ème} éd. Dalloz, 2006.
- Ramackers P. et L. Vilboeuf, «Inspection du travail: moyens d'action», JCl Travail, Fasc. n°10-20, p. 21, = 126.
- Ramackers P. et L. Vilboeuf, «L'inspection du travail», éd. PUF, 1997.
- Savatier J., «Droit du travail», éd. PUF. 1993.
- Siffermann S., «Réglementation communautaire et pratique de l'inspection du travail», Droit. soc. 1993, p. 33.
- Tiano V., «La réforme contestée de l'inspection du travail», Droit. soc., no 6, juin 2006.
- Tiano V., «Quel avenir pour l'inspection du travail?». Liaisons soc., magazine, fév. 2005, p. 9.
- Manuels, rapports, recueils et notes:
- Cour d'histoire des relation du travail, Année 2008-2009. Note personnelles université de Montpelliens I. 2009.
- Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 95^{ème} session 2006.
- Etude d'ensemble sur l'inspection du travail, rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 74^{ème} session 1985.
- L'inspection du travail en France en 2007. Les chiffres clés. Rapport rédigé en application de la Convention N°81 de

- l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Bilans et rapports. Décembre 2008.
- L'inspection du travail en France en 2008. Les chiffres clés. Rapport rédigé en application de la Convention N°81 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Bilans et rapports. November 2009.
 - L'inspection du travail: manuel d'éducation ouvrière. BIT, Genève, 1999.
 - La coopération dans un environnement en mutation. Activités de l'OIT 2001-2004. Bureau International du Travail. 7^{ème} Réunion régionale européenne. Rapport du Directeur général Volume I. Budapest, février 2005. p. 54-55.
 - La lutte contre le VIH/SIDA sur le lieu de travail: identifier et partager les meilleures pratiques. Rapport de base pour la Réunion Interrégionale Tripartite sur les Meilleures Pratiques Relatives à l'application des Politiques et Programmes en matière de VIH/SIDA sur le Lieu de Travail. 15-17 Décembre 2003, BIT, Genève.
 - Le VIH/SIDA et les droits fondamentaux, Le Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA: un instrument au service de la promotion des droits fondamentaux par Marie-Claude Chartier. Le Programme du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail. Genève, novembre 2002.
 - Manuel sur le VIH/SIDA à l'intention des inspecteurs du travail. BIT, Genève, 2005.
 - Pratiques pour l'inspection du travail, Rapport du Bureau International du Travail, 297^{ème} session. Genève, novembre 2006.
 - Stratégies et pratiques pour l'inspection du travail, Rapport du Bureau International du Travail, 297^{ème} session. Genève, novembre 2006.

الضمانات العامة لدائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة في قانون الشركات الأردني

الدكتور/ عماد عبد الرحيم الدحيات
أستاذ القانون التجاري المشارك
جامعة آل البيت
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

لقد اعترى التنظيم القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة في قانون الشركات الأردني بعض أوجه الخلل سواء فيما يتعلق بالتأسيس أو بالضمان العام لحقوق الدائنين، وجاءت النصوص النازمة لمثل هذا النوع من الشركات عاجزة عن استيعاب كافة السيناريوهات المحتمل حدوثها ولا سيما تلك المتعلقة بصحة تقدير المقدمات العينية المقدمة من الشركاء، أومدى كفاية أموال الشركة وموجوداتها للوفاء بالتزاماتها. بناء عليه، فإن هذه الدراسة تهدف إلى إلقاء الضوء على بعض نقاط الضعف في هذا الصدد، وتحديد ما الذي يجب أن يكون عليه القانون للمحافظة على حقوق دائني الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمتعاملين معها، وإرساء التوازن بين مصالح جميع الأطراف ذات الصلة، كما تهدف هذه الدراسة إلى تقييم التنظيم القانوني لشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، وتحديد أبرز الضمانات الإضافية التي ينبغي تكريسها لتعزيز الضمان العام لدائني هذه الشركة.

المقدمة :

يعود التنظيم القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى أواخر القرن التاسع عشر، حيث صدر في ألمانيا أول تشريع ينظم هذا الشكل من الشركات وذلك في العام ١٨٩٢، وعلى إثر ذلك امتد التنظيم القانوني لمثل تلك الشركات إلى معظم الدول الغربية ومنها إلى العديد من الدول العربية^(١). وقد استمدت هذه الشركة تسميتها من طبيعة المسؤولية المحدودة للشريك فيها، حيث تكون أمواله الخاصة بمنأى عن ديون الشركة والتزاماتها، ولا يكون الشريك مسؤولاً عن تلك الديون والالتزامات أو الخسائر التي قد تلحق بالشركة إلا بمقدار حصصه التي يملكها فيها، إلا أن تلك التسمية - كما يرى جانب كبير من الفقه^(٢) - تعوزها الدقة نظراً لأن مسؤولية هذه الشركة عن التزاماتها ليست محدودة كما توحى به تلك التسمية، بل هي مطلقة تمتد إلى جميع أموالها وموجوداتها في حين أن مسؤولية الشريك فيها هي فقط المحدودة؛ لذلك فإن تسمية الشركة المغلقة (Close corporation) التي تبناها المشرع الأمريكي أو الشركة الخاصة المحدودة بالأسهم (Private company limited by shares) التي تبناها المشرع الإنجليزي أو حتى الشركة المساهمة الخصوصية المحدودة التي تبناها قانون الشركات الأردني لعام ١٩٦٤ هي أكثر دقة ومطابقة لواقع هذا النوع من الشركات.

وقد ساهم ما تحظى به الشركة ذات المسؤولية المحدودة من مزايا في انتشارها وجذب أصحاب المشاريع الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة إليها، حيث

(١) لمزيد من التفصيل حول نشأة الشركة ذات المسؤولية المحدودة، انظر: فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، ٢٠٠٩، ص ١٧٩. انظر أيضاً: ناريان عبد القادر، الأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٩.

(٢) انظر مثلاً: مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص ٥٣١. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة، ٢٠١٠، ص ٤٤٨. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ١٨٠.

يمكن الشركاء فيها من التمتع بإيجابيات الطابع المغلق لشركات الأشخاص، وميزة مسؤولية الشركاء المحدودة لشركات الأموال في آن واحد. فمن جهة، فإن محدودية مسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بقدر حصصهم في الشركة^(٣) مضافاً إليها ما يتمتع به الشركاء فيها من حرية ومرونة في تنظيم وإدارة شؤون شركتهم جعل هذا النوع من الشركات مقصداً لكل من يرغب في استثمار أمواله بعيداً عن شبح المسؤولية الشخصية غير المحدودة التي يزرع تحت عبئها الشريك المتضامن في شركة التضامن وشركة التوصية بنوعها البسيطة وبالأسهم، وبعيداً كذلك عن تلك المحددات التي تمنع الشريك الموصي أو المساهم من تولي إدارة شركة التوصية البسيطة أو التوصية بالأسهم، ومن جهة أخرى، فإن الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يكتسب صفة التاجر حكماً بمجرد انضمامه للشركة مما يتيح للأشخاص الممنوعين من الاشتغال بالتجارة بحكم قوانين وظائفهم الخاصة من الاشتراك فيها دون مخالفة مثل تلك القوانين، ودون الخضوع أيضاً للالتزامات والواجبات التي يفرضها القانون على التجار، كما أن وفاة أحد الشركاء فيها أو إفلاسه أو الحجز عليه لا يؤدي بالضرورة إلى انحلال الشركة^(٤) مما يضمن استمرارية أكبر للمشاريع الاقتصادية التي تمثلها الشركات ذات المسؤولية المحدودة، ناهيك عن أن إفلاس تلك الشركات لا يترتب عليه إفلاس الشركاء فيها، وبالتالي فإن الشريك الذي يسد حصته في الشركة بالكامل لن يكون خصماً في مواجهة دائئيتها مهما بلغت تلك الديون^(٥).

(٣) انظر: المادة ٥٣/أ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ والتي جاء فيها " ... ولا يكون الشريك مسؤولاً عن تلك الديون والالتزامات والخسائر إلا بمقدار حصصه التي يملكها في الشركة ".

(٤) انظر: المادة ٥٣/ج من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

(٥) انظر: تمييز حقوق رقم ٢٣٣٩ / ٢٠٠٤ (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ ١٢/٨ / ٢٠٠٤، منشورات مركز عدالة. انظر أيضاً: تمييز حقوق رقم ١٥٩٨ / ٢٠٠٤ (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ ١١/٢٩ / ٢٠٠٤، منشورات موسوعة مداد القانونية.

علاوة على ذلك، فإن التشريع الأردني - شأنه في ذلك شأن العديد من التشريعات المقارنة - قد أخذ بفكرة شركة الشخص الواحد في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث أجاز صراحةً في المادة ٥٣/ب للمراقب أن يوافق على تسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد، أو أن تصبح مملوكة لشخص واحد مما يعزز روح المبادرة الفردية ويجنب الشخص الواحد التعقيد والبطء الذي يشكل السمة الغالبة على اجتماعات الهيئة العامة، فضلاً عن أن آلية وإجراءات تأسيس الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي أقل كلفة وتعقيداً من الإجراءات التي تتبع في تأسيس شركة أخرى تكون مسؤولية الشركاء فيها محدودة كالشركة المساهمة^(٦).

وعلى الرغم من كل تلك المزايا التي تحققها الشركة ذات المسؤولية المحدودة للشركاء فيها إلا أنها لا زالت تثير العديد من التساؤلات والمخاوف بشأن مدى كفاية الضمانات التي أوجدها المشرع الأردني في قانون الشركات لحماية دائني هذه الشركة والمتعاملين معها، خاصةً وأن الضمان العام لمثل هؤلاء يقتصر على أموال الشركة وموجوداتها دون أن يمتد إلى أموال الشركاء الخاصة. وبناء عليه، فإن هذه الدراسة سوف تحاول التعامل مع تلك التساؤلات ليس فقط من خلال بيان موقف القانون بل أيضاً من خلال التطرق إلى ما يجب أن يكون عليه القانون للارتقاء بنوعية هذه الشركات، ومنع اتخاذها ستاراً للتلاعب بحقوق الغير، أو وسيلة للنصب والاحتيال عن طريق إقحام الشركة في صفقات وتعاقبات تفوق بكثير أموالها وموجوداتها وقدراتها.

وسوف تقسم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين وخاتمة. في المبحث الأول، سوف نحاول أن نقيم مدى كفاية رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة وكيفية دفعه وتقديره وأثر كل ذلك على حقوق دائني الشركة، وفي المبحث الثاني سوف نلقي الضوء على فكرة شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وأثرها على حقوق المتعاملين مع الشركة، أما الخاتمة فسوف تخصص لعرض أبرز النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها في الدراسة.

(٦) فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ١٧٩.

المبحث الأول

رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ذ.م.م)

يحتل رأس المال في الشركة (ذ.م.م) أهمية كبرى باعتباره الضمان الوحيد لدائنيها، ولذلك فقد أولت التشريعات المختلفة ذلك النوع من الشركات اهتماماً بالغاً، فحرصت على فرض حد أدنى لرأس المال فيها لمنع ظهور شركات هشة لا توفر الضمان الكافي للمتعاملين معها، واشترطت اتباع جملة من الإجراءات حتى يتسنى للغير التعرف على حقيقة وضعها المالي، والتنبه إبتداءً إلى أنه يتعامل مع شركات لا يسأل فيها الشركاء إلا في حدود حصصهم، كما حظرت العديد من التشريعات على تلك الشركات القيام ببعض النشاطات الاقتصادية الضخمة، واقتصرت القيام بها على الشركات المساهمة التي تتمتع برأس مال أكبر، ورقابة للجهات الحكومية على أنشطتها.

و قد سار المشرع الأردني على ذات النهج فحدد حداً أدنى لرأس مال الشركة (ذ.م.م) على خلاف ما هو متبع في بعض الشركات الأخرى كشركة التضامن والتوصية البسيطة، وأوجب إدراج اسم الشركة (ذ.م.م) ومقدار رأس مالها ورقم تسجيلها في جميع الأوراق والمطبوعات التي تستخدمها في أعمالها وفي العقود التي تبرمها^(٧) إلا أنه أعفى تلك الشركة من نشر ميزانيتها السنوية وحساب أرباحها وخسائرها والموجز من تقرير مديرها أو هيئة المديرين فيها في الصحف المحلية^(٨)، ونحن بدورنا نرى أنه كان من الأجدر بالمشرع الأردني أن يربط مسألة النشر هذه من عدمها بحجم أعمال الشركة ومقدار رأس مالها، أو أن يجعلها خاضعة لتقدير مراقب الشركات استناداً لواقع الشركة وحجم نشاطاتها، بحيث يقتصر الإعفاء من النشر على الشركات الصغيرة ذات رأس المال المنخفض دون أن يمتد إلى الشركات (ذ.م.م) المتوسطة أو الكبيرة التي

(٧) انظر: المادة ٥٥ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

(٨) انظر: المادة ٦٩ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

تتمتع برأس مال وحجم أعمال كبير وذلك حتى يتمكن المتعاملون معها من التعرف على مركزها المالي قبل التعامل من خلال ما ينشر عن وضعها المالي.

ولتجنب المخاطر الناجمة عن تواضع الضمان الذي تقدمه الشركة (ذ.م.م) ومحدودية مسؤولية الشركاء فيها، إضافة إلى ضعف رأس مالها نسبياً إذا ما قورن بالشركات المساهمة، فإن المشرع الأردني وتحديداً في المادة ٩٣ من قانون الشركات لم يجز للشركات ذات المسؤولية المحدودة القيام بأعمال البنوك والشركات المالية والتأمين بأنواعه والشركات ذات الامتياز، وقصرها على الشركات المساهمة العامة، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الأردني ولغايات تقوية المركز المالي للشركة (ذ.م.م) وتأمينها من أي خسارة غير متوقعة أوجب على هذه الشركة أن تقطع ١٠٪ من أرباحها السنوية الصافية لحساب الاحتياطي الإجمالي، واستلزم أن يستمر هذا الاقتطاع لكل سنة على ألا يتجاوز مجموع ما اقتطع لهذا الاحتياطي رأس مال الشركة^(٩)، كما أجاز المشرع للهيئة العامة للشركة (ذ.م.م) أن تقرر اقتطاع نسبة لا تزيد عن ٢٠٪ من الأرباح السنوية الصافية لحساب الاختياري^(١٠).

أما فيما يتعلق بكيفية جمع رأس مال الشركة (ذ.م.م) فإنه لا يجمع عن طريق الاكتتاب العام حيث لا يجوز تأسيس تلك الشركة أو زيادة رأس مالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، وإنما عن طريق الاكتتاب المغلق الذي يتم بين الشركاء أنفسهم^(١١)، وعليه فلا يجوز لهذه الشركة تحت أي ظرف إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول في السوق المالي، وإنما يتم التنازل عن حصصها أو بيعها سواءً للشركاء أو الغير وفقاً لقيود محددة نص عليها المشرع في المواد ٧٢، ٧٣ من قانون الشركات الأردني.

(٩) انظر: المادة ٧٠/أ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

(١٠) انظر: المادة ٧٠/ب من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

(١١) انظر: المادة ٥٤/ب من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

أما بالنسبة للحصص المكونة لرأس مال الشركة فلا يشترط فيها بالضرورة أن تكون جميعها نقدية، بل قد تكون عينية كذلك باعتبار أن كلاً من الحصص النقدية والعينية التي يتقدم بها الشركاء تكون قابلة بطبيعتها لأن يرد عليها ضمان الدائنين وأن تكون محلاً للتنفيذ عليها، وقد تفاوتت التشريعات في موقفها من العمل كحصة في رأس مال الشركة (ذ.م.م) فمنها ما نص صراحةً على عدم جواز ذلك^(١٢) ومنها ما أجاز ذلك ولكن على سبيل الاستثناء^(١٣)، في حين أن هناك تشريعات سكنت عن اتخاذ موقف صريح من تلك المسألة تاركة ذلك للقواعد العامة، كقانون الشركات الأردني الذي لم يتطرق صراحةً أو مباشرةً لإمكانية تقديم العمل كحصة في رأس مال الشركة (ذ.م.م) تاركاً تلك المسألة للقواعد العامة في القانون المدني^(١٤). وخلاصة القول أن العمل لا يدخل في حساب رأس مال الشركة (ذ.م.م) ولا يعتبر من موجوداتها ولا يخضع للتنفيذ الجبري، وبالتالي من الصعوبة بمكان اعتبار العمل جزءاً من رأس مال هذه الشركة، خاصة في ظل التشريعات التي تشترط ضرورة الوفاء الكلي والفوري

(١٢) كالقانون التجاري اللبناني الذي منع صراحةً ووفقاً للمرسوم الاشتراعي رقم (٣٥) تاريخ ١٩٦٧/٨/٥ تقديم العمل كحصة في رأس مال الشركة حين نص في المادة ٩ بأنه: "يجوز أن تكون مقدمات الشركاء نقدية أو عينية، ويمنع إدخال إجارة الخدمة أو الصناعة في عداد المقدمات". انظر أيضاً: المادة 1، IV-5 من قانون الشركات الألماني والتي لم تجز أن تكون حصة الشريك في الشركة (ذ.م.م) عملاً.

(١٣) كالمادة ٣٨-٢ من قانون الشركات الفرنسي رقم (٥٩٦) والصادر سنة ١٩٨٢ والتي خرجت عن المبدأ العام بعدم جواز الاشتراك في الشركة (ذ.م.م) بحصة عمل، واستثنت من ذلك حصة العمل في الشركة التي تتكون بين الأزواج لاستغلال مشروع عائلي بشرط أن يرتبط العمل المقدم من الزوج أو الزوجة بنشاط استغلال الشركة. لمزيد من التفصيل، انظر: ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(١٤) انظر: المادتين ٥٨٥، ٥٨٦ من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ اللتين تقضيان بأن رأس مال الشركة يشترط أن يكون من النقود أو ما في حكمها مما يجري به التعامل، وإذا لم يكن من النقود فيجب أن يتم تقدير قيمته، أما إذا كانت الحصة عملاً وجب على الشريك أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها في العقد.

لمكونات رأس المال عند التأسيس، أو حتى تلك التي تشترط دفع ما لا يقل عن ٥٠٪ من رأس مال الشركة عند التأسيس، على أن يسدد الباقي خلال السنتين التاليتين لتسجيلها، وذلك لصعوبة تحقق هذا الشرط في العمل؛ لأنه يقدم تباعاً وبصورة مستمرة ولا يدفع مرة واحدة^(١٥).

وعليه، فإن رأس مال الشركة (ذ.م.م). يتكون فقط من مجموع الحصص النقدية والعينية والتي يشترط فيها ألا تقل في قيمتها عن الحد الأدنى المقرر قانوناً، أما حصص العمل فلا تدخل في تكوين رأس المال، وتقتصر حقوق أصحابها على اقتسام الأرباح والخسائر متى كان من الممكن تقدير وتقويم قيمة حصص العمل بالنقد، وفي جميع الأحوال، لا يجوز أن تكون حصة العمل التي يقدمها الشريك عبارة عن تأثير سياسي أو اجتماعي أو نفوذ لدى السلطة؛ إذ يعد ذلك استغلالاً للنفوذ على نحو غير مشروع.

ويثور التساؤل هنا حول مدى كفاية رأس مال الشركة (ذ.م.م) المنصوص عليه في قانون الشركات الأردني، وما إذا كان المشرع موفقاً في اتباع الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق دائني الشركة (ذ.م.م) وإرساء التوازن بين مصالح جميع الأطراف ذات الصلة. وللإجابة عن هذا التساؤل، ستناقش الدراسة مقدار رأس مال الشركة (ذ.م.م) وكيفية أدائه، بالإضافة إلى الآلية المتبعة في تقدير قيمة الحصص العينية في هذه الشركة وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مقدار رأس مال الشركة (ذ.م.م) وكيفية أدائه في ظل قانون الشركات الأردني.

المطلب الثاني: كيفية تقدير قيمة الحصص العينية المقدمة للشركة (ذ.م.م) في قانون الشركات الأردني.

(١٥) وهذا ما ذهب إليه أيضاً كل من رزق الله أنطاكي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ١٩٦٤، ص ٣٢٧. هشام فرعون، القانون التجاري البري، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٨، ص ٢٥١. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٤٢.

المطلب الأول

مقدار رأس مال الشركة (ذ.م.م) وكيفية أدائه في ظل قانون الشركات الأردني

إن مقدار رأس مال الشركة (ذ.م.م). يشكل الركيزة الأساس والضمان الوحيد لمدى جدية الشركة والتزامها في مواجهة الغير، خاصة وأن دائني هذه الشركة لا يستطيعون - من حيث المبدأ - الرجوع على الأموال الخاصة للشركاء فيها في حال عجزت الشركة عن الوفاء بديونها، وعليه فقد بات من الضروري أن يكون مقدار رأس مال الشركة (ذ.م.م) مناسباً ومعقولاً بحيث يطمئن له كل من سيتعامل مع الشركة من الغير.

أما فيما يتعلق بمقدار رأس مال الشركة (ذ.م.م) وفقاً لقانون الشركات الأردني، فإن المادة ٥٤ كانت قبل التعديل الأخير تقضي بأن رأس مال هذه الشركة يحدد بالدينار الأردني على ألا يقل عن ثلاثين ألف دينار، ولكن بدلاً من أن يعتمد المشرع الأردني إلى رفع الحد الأدنى لرأس مال هذه الشركة ليتلاءم مع الظروف الاقتصادية الحالية ومع قيمة وقوة الدينار الشرائية، وبدلاً من أن يدرك المشرع أن رأس مال هذه الشركة هو الضمان الوحيد لدائنيها، وهو السبيل الأنجع حتى لا يتمكن الأفراد من التحايل على القانون بإنشاء شركات هشة غير قادرة على المنافسة والاستمرار، فإنه قرر تخفيض الحد الأدنى لرأس مال هذا النوع من الشركات من ثلاثين ألف دينار إلى ألف دينار فقط، وقد أصبح هذا التخفيض ساري المفعول اعتباراً من تاريخ ١٧ آب ٢٠٠٠^(١٦)، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل إن مراقب الشركات آنذاك كشف في مؤتمر صحافي عن النية والتوجه المستقبلي لتخفيض الحد الأدنى

(١٦) انظر: المادة ٣ من نظام تسجيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٨ والصادر بمقتضى المادة ٥٤ من قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ والتي تنص بأنه: "يحدد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة بالدينار الأردني، على ألا يقل عن ألف دينار مقسماً إلى حصص متساوية، قيمة الحصة الواحدة دينار واحد على الأقل غير قابلة للتجزئة".

لتسجيل رأس مال الشركة (ذ.م.م) إلى دينار واحد بدلاً من ألف دينار حالياً، معتبراً كذلك أن تخفيض الحد الأدنى لرأس مال الشركة (ذ.م.م) إلى ألف دينار من شأنه أن يخفض كلفة البدء بأعمال تجارية في الأردن ويخفف من مستوى المعوقات التشريعية والإجرائية أمام ازدهار القطاع الخاص ليصبح في موقع أفضل للنمو والمنافسة، مما ينعكس إيجاباً على زيادة حجم الاستثمار في هذا النوع من الشركات ويخلق فرص عمل جديدة، وقد ترجمت هذه النية على أرض الواقع لاحقاً بمقتضى النظام رقم (١٧) لعام ٢٠١١ والمتعلق بتحديد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحددة، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه "يحدد رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة في عقد تأسيسها ونظامها الأساسي بالدينار الأردني على أن لا يقل عن دينار واحد" (١٧).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل شركة برأس مال دينار واحد أو حتى ألف دينار قادرة حقاً على الارتقاء بنوعية الاستثمار في الأردن وخلق فرص عمل جديدة؟ ثم ألا يعتبر هذا التخفيض إهداراً للضمان العام لدائني الشركة، ومرتباً خصباً لظهور شركات عدة تحترف النصب والاحتيال وبخاصة عند توفر النوايا السيئة عند الشركاء؟.

وكان المشرع الأردني لم يكتف بهزالة الحد الأدنى لرأس مال الشركة (ذ.م.م) وإمعاناً منه في إضعاف الضمان العام لدائني هذه الشركة، فإنه لم يتطلب تسديد كامل رأس المال عند التأسيس، بل اكتفى بتقديم الوثائق التي تثبت أن ما لا يقل عن (٥٠٪) من رأسمال الشركة قد تم إيداعه لدى أحد البنوك في المملكة، على أن يتم تسديد باقي رأس مال الشركة خلال السنتين التاليتين لتسجيلها، شريطة عدم التصرف في المبلغ المودع إلا لأغراض الشركة (١٨)،

(١٧) انظر: جريدة الغد الأردنية، ملحق سوق ومال، الثلاثاء ٧ نيسان ٢٠٠٩، ص ٣. انظر أيضاً: <http://petra/gov.jo/Artical.aspx?Lng=2&Section=4&Artical=98354> ٢٠٠٩/٤/٦.

(١٨) انظر: المادة ٥٩ ب/ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته. انظر أيضاً: المادة ٥ من نظام تسجيل الشركة ذات المسؤولية المحدودة رقم (٧٦) =

وعدم رد البنك لأي مبالغ تم إيداعها لديه لحساب رأس مال الشركة تحت التأسيس إلا بعد إبراز شهادة من مراقب الشركات تفيد العدول عن تأسيس الشركة، ويطبق هذا الحكم عند أي زيادة في رأس مال الشركة^(١٩).

ونحن بدورنا نرى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في التعديل الأخير الذي أجراه على الحد الأدنى لرأس مال الشركة (ذ.م.م)؛ حيث لا ينبغي أبداً أن يكون السعي نحو تشجيع الاستثمار سبباً لإضعاف الضمان العام لدائني هذه الشركة أو لتغليب الكم على حساب النوع؛ لأن من شأن ذلك إفراز العديد من الآثار السلبية خاصة في ظل غياب أي ضمانات شخصية أو عينية يعول عليها في ضمان حقوق دائني الشركة والمتعاملين معها، فمن الممكن مثلاً أن يؤدي هذا التعديل إلى انتشار عمليات النصب والاحتيال بحيث يتفاجأ الأفراد بعجز الشركة عن دفع التزاماتها وعدم توفر موجودات أو أموال لها للتنفيذ عليها وبالتالي ضياع حقوقهم تبعاً لذلك، وربما أدى هذا التعديل إلى عزوف الأفراد عن تأسيس شركات التضامن والمؤسسات الفردية، وذلك لتجنب المسؤولية الشخصية التضامنية غير المحدودة عن ديون مثل تلك الشركات والمؤسسات، مما قد يؤدي في النهاية إلى حلول الشركة (ذ.م.م) محل تلك الشركات والمؤسسات، وهذا بدوره سيخل بالضمان العام لحقوق الدائنين وينسب توزيع أنواع الشركات في المملكة.

وإذا كان لا بد من مثل هذا التعديل، فقد كان من الأجدر بالمشرع أن يقوم بتعديل وتحديث وإضافة العديد من النصوص القانونية المتعلقة بضمان حقوق

= لسنة ٢٠٠٨ والتي تنص على أنه: "إذا تمت الموافقة على تسجيل الشركة وفقاً لأحكام القانون وقدم الشركاء الوثائق التي تثبت أن ما لا يقل عن (٥٠٪) من رأسمال الشركة قد تم إيداعه لدى البنك في المملكة، يستوفى المراقب رسوم التسجيل، ويصدر شهادة بتسجيلها وتنتشر في الجريدة الرسمية، وفي جميع الأحوال يجب تسديد باقي رأسمال الشركة خلال السنتين التاليتين لتسجيلها، ولا يجوز التصرف في المبلغ إلا لأغراض الشركة".

(١٩) انظر: المادة ٥٩/ج من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته التي تنص على أنه: "لا يجوز للبنك الذي تم لديه إيداع أي مبالغ لحساب رأسمال الشركة تحت التأسيس ردها إلا بعد إبراز شهادة من المراقب تفيد العدول عن تأسيس الشركة، ويطبق هذا الحكم عند أي زيادة في رأسمال الشركة".

الغير وتقوية المركز المالي لمثل هذه الشركات، بالإضافة إلى تغليظ العقوبات المتعلقة بمخالفة قانون الشركات، كما كان من الأجدر أن يترافق هذا التخفيض على الحد الأدنى لرأس المال بتفعيل وتعديل بعض الأنظمة والمواد القانونية المتعلقة بمدى مسؤولية الشركاء والمدراء في هذه الشركة على حد سواء، فمثلاً كان بإمكان المشرع أن يحدث التشريعات المتعلقة بالإفلاس والتصفية وإعادة الهيكلة بحيث يلزم الشركاء وكل ذي صلة بدفع ديون الشركة أو تحمل نسبة منها ولو من أموالهم الخاصة إذا تبين بعد إفلاس الشركة عدم وجود أموال أو موجودات لها للتنفيذ عليها أو أن موجوداتها لا تكفي لسداد ٢٠٪ من ديونها^(٢٠). كما كان بإمكان المشرع أن يضمن قانون الشركات الأردني نصاً صريحاً على غرار بعض القوانين المقارنة يجيز إشهار إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتصرف بأموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة^(٢١)، ومن الممكن أيضاً تحديد سقف أعلى لا يجوز تجاوزه فيما

(٢٠) انظر في هذا الصدد: المادة ٦٨٤ من قانون التجارة الكويتي رقم (٦١) لسنة ١٩٨٠ والتي تقضي بإلزام المدراء أو بعضهم بالتضامن أو من دون تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها إذا تبين بعد إفلاس الشركة أن موجوداتها لا تكفي لوفاء ٢٠٪ على الأقل من ديونها.

(٢١) انظر مثلاً: المادة ٦٨٣/١ من قانون التجارة الكويتي رقم (٦١) لسنة ١٩٨٠ والتي تجيز إفلاس من يتوقف عن دفع الديون التي تترتب في ذمة الشركة من جراء الأعمال التجارية التي قام بها تحت ستار هذه الشركة، وهناك من يرى أن حكم هذه المادة يمكن الأخذ به في الأردن على اعتبار أن الفقرة (ج) من المادة ٢٥٧ من قانون الشركات الأردني تجيز إشهار إفلاس أمثال هؤلاء الأشخاص حيث تنص على أنه: "تسري أحكام الباب الثاني من قانون التجارة المتعلقة بالإفلاس على الشركات والأشخاص وأعضاء مجالس الإدارة أو من في حكمهم الوارد ذكرهم في هذا القانون". وعلى الرغم من أن هذه المادة جاءت ضمن باب الأحكام العامة المتعلقة بتصفية الشركة المساهمة العامة إلا أنه يمكن أن تطبق على الشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك سنداً لنص المادة ٧٦ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته. للمزيد من التفصيل، انظر: عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

يتعلق بالصفقات والتعاقدات التي يحق للشركة أن تدخلها، يعتمد على مقدار رأس مال الشركة وموجوداتها، بحيث يعتبر الشركاء كلهم أو بعضهم والمدير كذلك سواء أكان منفرداً أم أحد أعضاء هيئة المديرين مسؤولين تجاه الغير مسؤولية شخصية عن تجاوز هذا السقف أو ارتكاب أي مخالفة لأحكام القانون والأنظمة الصادرة بموجبه، أو لعقد الشركة ونظامها والقرارات الصادرة عن هيئاتها.

ومن الجدير بالذكر هنا أن المادة ٢٥٧ من قانون الشركات الأردني والتي جاءت ضمن باب الأحكام العامة المتعلقة بتصفية الشركة المساهمة العامة يمكن أن تفعل وتطبق على الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وذلك سنداً لنص المادة ٧٦ والتي تنص على تطبيق الأحكام المتعلقة بالشركة المساهمة العامة على كل ما لم يرد بشأنه نص صريح في الأحكام المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة. وبناء عليه، إذا أساء أي شريك أو مدير أو موظف في الشركة استعمال أي أموال تخص الشركة فيلزم بإعادتها للشركة مع الفائدة القانونية، وضمن التعويض عن أي ضرر ألحقه بالشركة أو بالغير^(٢٢)، بالإضافة إلى ذلك فإن كل من يمارس أعمال الشركة بقصد الاحتيال على دائنيها يلزم شخصياً في مواجهة الغير عن ديون الشركة والتزاماتها أو عن أي منها حسب مقتضى الحال^(٢٣).

(٢٢) انظر: المادة ٢٥٧/أ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ التي تنص على أنه: "إذا أساء أي مؤسس للشركة المساهمة العامة أو رئيس أو عضو مجلس إدارتها أو أي مدير أو موظف فيها استعمال أي أموال تخص الشركة تحت التصفية، أو أبقاها لديه أو أصبح ملزماً بدفعها أو مسؤولاً عنها، فيلزم بإعادتها للشركة مع الفائدة القانونية، وضمن التعويض عن أي ضرر ألحقه بالشركة أو بالغير، بالإضافة إلى تحمله أي مسؤولية جزائية ترتبها عليه التشريعات المعمول بها".

(٢٣) انظر: المادة ٢٥٧/ب من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته التي تنص على أنه: "إذا ظهر أثناء التصفية أن بعض أعمال الشركة قد أجزيت بقصد الاحتيال على دائنيها، فيعتبر رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة القائم، ورئيس وأعضاء أي مجلس إدارة سابق للشركة اشترك في تلك الأعمال ملزماً شخصياً عن ديون الشركة والتزاماتها أو عن أي منها حسب مقتضى الحال".

أما فيما يتعلق بكيفية أداء رأس مال الشركة (ذ.م.م) وفقاً لقانون الشركات الأردني وإمكانية تقسيطه، فنحن بدورنا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه^(٢٤) حين دعا إلى ضرورة تسديد رأس مال هذه الشركة بصورة كاملة وفورية عند التأسيس، على اعتبار أن ذلك يحقق أهم المزايا للدائنين وهو الوجود الفعلي لرأس المال، كما أن في ذلك حماية أكبر لدائني الشركة الذين يقتصر ضمانهم على أموال الشركة وموجوداتها من نقص هذا الضمان بسبب ما قد يلحق بالشريك من إفلاس أو إعسار بعد تأسيس الشركة وقبل دفع قيمة حصته كاملة. ومما يدعونا أيضاً إلى تبني مثل ذلك الاتجاه ضالّة الحد الأدنى لرأس مال الشركة (ذ.م.م) في قانون الشركات الأردني، بالإضافة إلى عدم وجود ضوابط واضحة أو معيار دقيق فيما يتعلق بمدى سلطة البنك المودع لديه وحدود مسؤوليته، كما أنه لا يوجد هناك ما يضمن أن صاحب المشروع الذي سحب الجزء المودع من رأس المال قد استخدمه فعلاً في أغراض الشركة. لذلك، فإنه كان من الأجدر بالمشروع وبدلاً من إقحام البنك في الرقابة على كيفية التصرف في الأموال المودعة إما أن يلزم الشريك بتقديم ضمان عن الجزء غير المسدد من رأس المال^(٢٥) مع إلزام باقي الشركاء بأن يسألوا بالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها حين تسديد كامل رأس المال، أو أن يشترط الأداء الكلي والفوري لكامل رأس المال عند التأسيس وقبل مباشرة ومزاولة الشركة لأعمالها أسوة بالعديد من التشريعات التي تطلبت ذلك^(٢٦).

(٢٤) انظر مثلاً: ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ١٧٧، عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

(٢٥) يمكن أن يخضع هذا الضمان لأحد أشكال الضمانات القانونية ومنها على سبيل المثال تقديم منقول أو تقديم الرهون أو غير ذلك من الضمانات الشخصية والعينية، مع تقديم ما يثبت أنه قدم الضمان المطلوب للمحكمة.

(٢٦) من هذه التشريعات قانون التجارة السوري في المادة ٢٩١، قانون الشركات الكويتي في المادة ١٩٣، قانون الشركات الفرنسي رقم ٥٩٦ لسنة ١٩٨٢ في المادة ٣٨/٢.

المطلب الثاني

كيفية تقدير قيمة الحصص العينية المقدمة للشركة (ذ.م.م) في قانون الشركات الأردني

كما أسلفنا سابقاً، يجوز أن يكون رأس مال الشركة أو جزء منه حصصاً عينية تقدم من الشركاء لتستقر في ذمة الشركة وتدخل في الضمان العام لدائنيها، وتشمل مثل تلك الحصص أية أموال غير النقود كالعقارات والمركبات والآلات والبضائع وغيرها، كما تشمل حقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية وغيرها من الحقوق المعنوية^(٢٧). والأصل أن تقدم الحصص العينية على سبيل التملك ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وعليه فينبغي على مقدمي هذه الحصص المحافظة على هذه المقدمات وعدم التصرف بها إلى حين تسليمها كاملة إلى الشركة^(٢٨)، وتسجيلها باسمها ونقل ملكيتها إليها^(٢٩). فإن كانت الحصة عقاراً مثلاً وجب على مقدمه نقل ملكيته إلى الشركة لدى دائرة تسجيل الأراضي والمساحة، وإن كانت تلك الحصة عبارة عن براءة اختراع أو علامة

(٢٧) انظر: المادة ٥٨/د من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته التي تنص على أنه: "تعتبر حقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية وغيرها من الحقوق المعنوية من المقدمات العينية".

(٢٨) على خلاف الحصص النقدية، فإن الحصص العينية لا تقبل بطبيعتها التقسيط، وبالتالي فينبغي على مقدميها تسليمها كاملة عند تأسيس الشركة أو خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيلها، وعليه فلا مجال هنا لتطبيق نص المادة ٥٩/ب من قانون الشركات الأردني والتي تجيز أن يتم تسديد ما لا يقل عن (٥٠٪) من رأس مال الشركة عند التأسيس على أن يقسط الباقي ويدفع خلال السنتين التاليتين لتسجيلها. لمزيد من التفصيل، انظر: عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٤٦٠.

(٢٩) انظر: المادة ٥٨/أ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته التي تنص على أنه: "إذا كان رأس مال الشركة أو جزء منه حصصاً عينية فعلى مقدمي هذه الحصص المحافظة على هذه المقدمات وعدم التصرف بها إلى حين تسليمها إلى الشركة وتسجيلها باسمها ونقل ملكيتها إليها".

تجارية فيتعين نقل ملكيتها بالتأشير عليها في السجل الخاص بها لدى الدوائر المختصة في وزارة الصناعة والتجارة.

أما فيما يتعلق بتقدير قيمة الحصة العينية في قانون الشركات الأردني، فإن احتساب قيمتها يتم من قبل المؤسسين أنفسهم؛ حيث يقضي حكم النص الوارد في الفقرة (ب) من المادة ٥٨ بأنه إذا لم يلتزم مقدمو الحصص العينية بتسليمها وبنقل ملكيتها إلى الشركة خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الشركة - قابلة للتجديد بموافقة مراقب الشركات - يعتبر كل منهم ملزماً حكماً بدفع قيمتها نقداً وفق السعر الذي اعتمده المؤسسون في نظام الشركة. أما بالنسبة لدور المراقب في هذا الصدد، فقد جعل القانون مسألة التثبت من صحة تقدير قيمة الحصص العينية أمراً جوازياً خاضعاً للسلطة التقديرية للمراقب؛ حيث يحق له - إن أراد - أن يطلب تقديم ما يثبت صحة تقدير قيمة هذه الحصص، فإن لم يقتنع فعلى وزير الصناعة والتجارة بناءً على تنسيب المراقب تشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص على نفقة الشركة لتقدير الحصص المراد تقييمها بالنقد، على أن يكون أحد الشركاء من أعضاء هذه اللجنة التي ينبغي عليها تقديم تقريرها إلى المراقب في غضون مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تشكيلها^(٣٠). ونحن بدورنا نرى أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في ذلك؛ حيث كان من الأجدر به أن يضع إجراءات حاسمة لضمان صحة تقدير قيمة مثل تلك الحصص ابتداءً، وكان ينبغي أن يجعل من تقديم ما يثبت صحة التقدير وتشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص أمراً وجوبياً في جميع الحالات وليس أمراً جوازياً خاضعاً لأهواء المراقب وتقديره؛ وذلك لدرء مخاطر المبالغة والمغالاة في احتساب قيمة تلك الحصص، ولتفادي أي تفاوت بين القيمة الفعلية والاسمية لرأس المال كي يطمئن الدائنون على ضمانهم العام بعيداً عن أي تلاعب أو مزاجية في التقدير.

(٣٠) انظر: المادة ٥٨/ب من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته. انظر أيضاً: المادة ٥٨/ج من ذات القانون.

أما بالنسبة لحق الشركاء في الاعتراض على تقرير اللجنة المشكلة لتقدير قيمة الحصص العينية، فقد نصت المادة ٥٨/ج على حق الشركاء في ذلك خلال عشرة أيام من تاريخ تقديم هذا التقرير إلى المراقب، وعلى الوزير البت في الاعتراض في غضون أسبوعين من تقديمه إلى المراقب، فإذا قبل الاعتراض يتم رفض تسجيل الشركة إلا إذا عاد الشركاء ووافقوا على التقييم ففي هذه الحالة تستكمل إجراءات تسجيلها. ويؤخذ على هذا النص أنه استبعد الرقابة القضائية تماماً، كما أنه يعود بالمؤسسين إلى المربع الأول في حال قبول الاعتراض؛ مما يعطي لقرار اللجنة قوة مطلقة ونهائية حتى في حال تحفظ الشريك العضو في اللجنة، فالأصل ألا يضار المعارض باعتراضه والمستأنف باستئنافه، وبالتالي كان من الأجدر أن تشكل لجنة جديدة في حال قبول الاعتراض، ويعاد تقدير قيمة الحصص العينية بدلاً من رفض تسجيل الشركة.

كما يؤخذ على قانون الشركات الأردني الحالي أنه - على خلاف العديد من التشريعات المقارنة التي قررت مسؤولية الشركاء بالتضامن مع مقدم الحصة العينية عن أي تقدير زائد أو زائف^(٣١) - لم ينص صراحة على أي جزاء أو مسؤولية في حالة المغالاة في تقدير قيمة الحصص العينية، وكان الأجدر بالمشعر الأردني أن يقضي بمسؤولية الشريك مقدم الحصص العينية عن الفرق بين القيمة الحقيقية للحصص والقيمة المزعومة لها المبينة في نظام الشركة؛ بحيث يلتزم بأن يؤدي هذا الفرق نقداً للشركة ولو كان قد تنازل عن تلك الحصص للغير أو لأحد الشركاء، كما كان ينبغي على المشعر كذلك أن

(٣١) من هذه التشريعات قانون الشركات المصري في المادة ٦٧-٢ والمادة ٣٩-٣، قانون الشركات الألماني في المادة ٩، وقانون الشركات الفرنسي رقم (٦٩٧) الصادر سنة ١٩٨٥ في المادة ٤٠-٣. كما نصت المادة ١٠ من نظام الشركات المحدودة المسؤولية اللبناني (المرسوم الاشتراعي رقم ٣٥ تاريخ ١٩٦٧/٨/٥) على مسؤولية أصحاب المقدمات العينية والمديرين الأولين والخبراء بالتضامن ولمدة خمس سنوات من تاريخ التأسيس عن عدم صحة تقدير قيمة المقدمات المذكورة وقت تأسيس الشركة.

ينص على مسؤولية باقي الشركاء بالتضامن عن أداء هذا الفرق إلا من يثبت عدم علمه به أو عدم انخراطه في عملية التقدير تلك. ومن أجل خلق الردع اللازم والمحافظة على سلامة الضمان العام لدائني الشركة والمتعاملين معها من أي تلاعب أو تدليس، فقد كان على المشرع الأردني أن يقرر جزاءً جنائياً في حالة المغالاة يتمثل بالحبس أو الغرامة لكل من قيّم من المؤسسين - بطريق التدليس - حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية، وذلك أسوة بالعديد من التشريعات المقارنة^(٣٢).

(٣٢) انظر مثلاً: المادة ٤٢٥-١ من قانون الشركات الفرنسي التي تقرر جزاء رادعاً وهو الحبس مدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات والغرامة من ٢٠٠٠ إلى ٢٥٠٠٠٠٠ فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين. انظر أيضاً: المادة ١٦٢-٣ من قانون الشركات المصري والتي تقضي بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه يتحملها المخالف شخصياً أو إحدى هاتين العقوبتين، لكل من قيّم من الشركاء - بطريق التدليس - حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية.

المبحث الثاني

شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وأثرها على حقوق المتعاملين مع الشركة

تعد شركة الشخص الواحد استثناء من الأصل العام وخروجاً على القاعدة العامة للشركات والتي تقوم على مبدأ تعدد الشركاء، انطلاقاً من أن الشركة ما هي إلا عقد بين شخصين أو أكثر للمساهمة في مشروع مالي من خلال تقديم الحصص واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة^(٣٣). إلا أن ظهور شركة تتألف من شخص واحد قد أحدث انقلاباً في الأسس التقليدية للشركات، بحيث أضحت الإرادة المنفردة للشريك الوحيد مصدراً منشئاً للشركة بعد أن كان العقد هو الوسيلة الوحيدة لإنشاء الشركات.

ولعل ظهور مثل هذه الشركة قد أملت ظروف الواقع الاقتصادي واعتبارات عملية عديدة من بينها رغبة المستثمر الفرد بالاستفادة من ميزة تحديد المسؤولية إلى جانب خشيته التعاون مع الغير في ممارسة نشاط اقتصادي يتخذ شكل الشركة، كما أن وجود هذه الشركة يستهدف - إلى جوار أمور أخرى - تخفيض حالات اللجوء إلى تأسيس الشركات الصورية، وتحقيق إدارة أفضل للمشروع، بالإضافة إلى أنها وسيلة فعالة للمحافظة على استمرارية الشركات التي ينخفض فيها عدد الشركاء إلى شخص واحد كوحدات اقتصادية منتجة^(٣٤).

(٣٣) انظر: المادة ٥٨٢ من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ التي تنص على أن: "الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة".

(٣٤) لمزيد من التفصيل عن مزايا شركة الشخص الواحد، انظر: إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية: شركة الشخص الواحد، ج ٥، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص ١٩٧، موفق حسن رضا، قانون الشركات: أهدافه وأساسه ومضامينه، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨٥، ص ٣٦، ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ١٦-٢٠.

وهناك طريقتان لتكوين شركة الشخص الواحد أحدهما مباشر والآخر غير مباشر، أما الطريق المباشر فيتمثل قي إنشاء الشركة ابتداءً من شخص واحد، في حين أن الطريق غير المباشر تكون فيه الشركة قد تكونت في بادئ الأمر وفقاً للطريقة التقليدية القائمة على تعدد الشركاء، إلا أنه يطرأ لاحقاً ما يؤدي إلى اجتماع كل الحصص في يد شريك واحد سواء عن طريق الشراء أو الهبة أو الإرث أو غيره. وفي كلا الطريقتين فإن الشريك الوحيد في الشركة يحل محل الهيئة العامة ويباشر السلطات المخولة لجماعة الشركاء؛ مما يتيح له الحرية الكاملة في تولي شؤون إدارتها إما بنفسه أو من خلال من يفوضه من الغير.

و لما كانت تلك الشركة تتألف فقط من شريك واحد تكون مسؤوليته محدودة بمقدار مساهمته في رأس المال، في حين أن أمواله الخاصة في مأمن من ديون الشركة والتزاماتها، فإن من أبرز التحديات التي تواجه التشريعات التي أخذت بفكرة شركة الشخص الواحد هي كيفية التوفيق وتحقيق التوازن بين مصالح الشريك الوحيد وما تمنحه الشركة له من مزايا وبين مصالح الغير المتعاملين معها وما يقتضيه حماية الضمان العام لدائني هذه الشركة. وعليه، ستناقش الدراسة موقف المشرع الأردني من شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، وأبرز الضمانات التي ينبغي تكريسها للمحافظة على حقوق دائني هذه الشركة وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: موقف قانون الشركات الأردني من شركة الشخص الواحد (ذ.م.م).

المطلب الثاني: أبرز الضمانات الإضافية لتقوية الضمان العام لدائني شركة الشخص الواحد (ذ.م.م).

المطلب الأول

موقف قانون الشركات الأردني من شركة الشخص الواحد (ذ.م.م).

أجاز المشرع الأردني في الفقرة (ب) من المادة ٥٣ من قانون الشركات لمراقب الشركات أن يوافق على تسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد ابتداءً، أو أن تصبح مملوكة لشخص واحد لاحقاً، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالطريقين المباشر وغير المباشر في تكوين شركة الشخص الواحد (ذ.م.م)، وقد أسبغ المشرع الأردني على هذه الشركة الشخصية الاعتبارية وجعل لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكيها وحدد مسؤولية الشريك الوحيد فيها بمقدار حصته في رأس مال الشركة دون أن تكون أمواله الخاصة ضامنة لديون الشركة والتزاماتها.

إلا أن ما يؤخذ على المشرع الأردني في هذا الصدد أنه لم يضع تنظيمًا متكاملًا لشركة الشخص الواحد، بل اكتفى بنص فقرة واحدة فقط للحديث عن شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) دون أفراد نصوص خاصة تتلاءم وخصوصية هذه الشركات، مما يجعلها خاضعة للأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء، سواء فيما يتعلق برأس المال وكيفية أدائه، أو بنوع الحصص وإجراءات تقديرها ومسؤولية مقدميها، أو بطرق انقضاءها وتصفيتها، كما أن المشرع الأردني قد سكت عن تبيان العديد من الأمور ذات الصلة ولم يتطرق إليها، بل وأغفل أيضاً إيجاد ضمانات إضافية لدائني الشركة والمتعاملين معها لتعزيز الثقة لديهم وحمايتهم من أي تلاعب في حقوقهم.

فمثلاً لم يشترط المشرع الأردني كمال الأهلية في الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد، مما يفتح الباب واسعاً أمام ناقص الأهلية ليؤسس شركة شخص واحد أو أن تؤول ملكيتها إليه، كما أن المشرع لم يضع ضوابط أو معايير أو تعليمات يوضح من خلالها الأسس التي يمكن أن يستند إليها مراقب الشركات عند البت في طلب تسجيل شركة شخص واحد (ذ.م.م)، بل

ترك المسألة برمتها لتقدير المراقب وسلطته المطلقة ابتداءً، بالإضافة إلى ذلك لم يتطرق المشرع الأردني - بتاتاً - إلى مسألة جواز أو عدم جواز تملك الشخص لأكثر من شركة شخص واحد، وذلك خلافاً لما ذهب إليه معظم التشريعات المقارنة^(٣٥)، كما أنه لم يحدد ما إذا كان الشخص الواحد يجب أن يكون معنوياً أم طبيعياً، مما يمكن معه القول أنه يستوي عند المشرع الأردني أن يكون الشخص الواحد معنوياً أو طبيعياً على اعتبار أن المطلق يجري على إطلاقه، وأنه لا يوجد هناك أي نص صريح يمنع الشخص الاعتباري من أن يمتلك شركة ذات مسؤولية محدودة لوحده^(٣٦).

(٣٥) انظر مثلاً: نص المادة ٣٦ من قانون الشركات الفرنسي رقم (٦٩٧) الصادر سنة ١٩٨٥ والتي حظر المشرع الفرنسي بمقتضاها على الشخص الطبيعي أن يؤسس أكثر من شركة شخص واحد، أو أن يكون شريكاً وحيداً في أكثر من شركة واحدة محدودة المسؤولية. انظر أيضاً: المادة ٥٩٠ من القانون التجاري الجزائري التي نصت على أنه: "لا يجوز لشخص طبيعي أن يكون شريكاً وحيداً إلا في شركة واحدة ذات مسؤولية محدودة، ولا يجوز لشركة ذات مسؤولية محدودة أن يكون لها كاشريك وحيد شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة مكونة من شخص واحد...". كما أن المادة ٢٤٤ من قانون التجارة الموريتاني نصت على أنه: "لا يمكن للشخص الطبيعي أن يكون شريكاً وحيداً في أكثر من شركة ذات مسؤولية محدودة واحدة. ولا يمكن لشركة ذات مسؤولية محدودة أن تكون شريكاً وحيداً في شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة...".

(٣٦) أوجبت بعض التشريعات أن يكون الشريك الوحيد شخصاً طبيعياً وحظرت صراحة تأسيس شركة شخص واحد من شخص معنوي، ومن هذه التشريعات: القانون البلجيكي الذي نص في المادة الخامسة منه على أن مؤسس شركة الشخص الواحد المحدودة المسؤولية لا يكون إلا شخصاً طبيعياً، كما أن المادة الثامنة من قانون الشركات العراقي السابق وتحديداً في الفقرة الثانية منها نصت على أن المشروع الفردي يتكون من شخص طبيعي واحد، في حين أن هناك تشريعات أخرى لم تفرق بين أن يكون الشريك الوحيد في الشركة ذات المسؤولية المحدودة شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ومن هذه التشريعات: قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦ الذي نص في المادة ٣٤ المعدلة على أن الشركة المحدودة المسؤولية تتأسس من شخص أو عدة أشخاص دونما تفريق بين شخص طبيعي وشخص معنوي، كما أن المادة ١٨٣٢ =

ولما كانت شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) تتألف من شريك وحيد محدود المسؤولية والذي على الأغلب يكون هو نفسه المدير، فإن دواعي وجود الرقابة تبدو أكثر إلحاحاً وذلك خشية أن يبادر هذا الشريك إلى الخلط بين ذمته المالية والذمة المالية للشركة مما يهدد الوجود الفعلي للضمان العام لدائني هذه الشركة، فمن جهة، فإن هذه الشركة تفتقد الرقابة الذاتية التي يمارسها الشركاء على بعضهم البعض في الشركات متعددة الشركاء، ومن جهة أخرى فإنه لا وجود للهيئة العامة في شركة الشخص الواحد مما يعني أنه لا مناص من أن يحل الشريك الوحيد فيها محل هذه الهيئة وبالتالي يباشر كافة صلاحياتها واختصاصاتها.

وباستعراض نصوص قانون الشركات الأردني نجد أن المشرع لم يخصص نصوصاً مستقلة للرقابة على شركة الشخص الواحد مما يعني إخضاع هذه الشركة للأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة والتي تخاطب أصلاً الشركة متعددة الشركاء. وبالرجوع إلى تلك الأحكام نجد أن الرقابة على الشركة (ذ.م.م) تتمثل في إلزام هيئتها العامة بانتخاب مدقق حسابات أو أكثر^(٣٧)،

= من القانون المدني الفرنسي أجازت إنشاء الشركة بفعل إرادي من جانب شخص واحد دونما تفريق بين كون هذا الشخص شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً. ومن الأمثلة أيضاً على القوانين العربية التي أجازت أن يكون الشريك الوحيد في الشركة ذات المسؤولية المحدودة شخصاً طبيعياً أو معنوياً قانون الشركات البحريني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١ الذي نص في المادة ٢٨٩ منه على أنه: "يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون كل نشاط اقتصادي يمتلك رأسماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري"، كما أن المادة ٢٦٠ من قانون الشركات التجارية القطري رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦ قد نصت على أنه: "يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون كل نشاط اقتصادي يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو معنوي".

(٣٧) انظر: المادة ٦٦/أ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته. انظر أيضاً: المادة ١٩٢/أ من ذات القانون.

وبصرف النظر عن مقدار رأس المال أو عدد الشركاء^(٣٨)، وذلك لمراقبة أعمال الشركة وتدقيق حساباتها، وفحص أنظمتها المالية والإدارية، والتأكد من سلامتها وملاءمتها لحسن سير أعمال الشركة والمحافظة على أموالها^(٣٩)، كما يتولى مدقق الحسابات مهمة التحقق من موجودات الشركة وملكيته لها، والتأكد من قانونية الالتزامات المترتبة على الشركة وصحتها، ويحق له كذلك الاطلاع على قرارات مجلس الإدارة والهيئة العامة والتعليمات الصادرة عن الشركة وأي بيانات أخرى بغية التحقق منها^(٤٠)، وقد ألزم قانون الشركات الأردني مدقق الحسابات بتقديم تقرير خطي يوجه إلى الهيئة العامة، وعليه أو من ينتدبه أن يتلو التقرير أمام الهيئة العامة^(٤١)، كما ألزمه القانون بضرورة إبداء رأيه النهائي في ميزانية

(٣٨) حسناً فعل المشرع الأردني حين اشترط تعيين مدقق الحسابات في جميع الأحوال، وبصرف النظر عن مقدار رأس المال أو عدد الشركاء، وذلك خلافاً لما ذهب إليه بعض التشريعات المقارنة التي جعلت من تعيين مدققي حسابات الشركة ذات المسؤولية المحدودة أمراً اختيارياً أو إلزامياً فقط إذا وصل رأس مال الشركة أو عدد شركائها إلى المستويات التنظيمية المحددة في القانون، ومن هذه التشريعات المادة ٣٠ من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم ٣٥ تاريخ ١٩٦٧/٨/٥ والتي قضت بأن تعيين مفوضي المراقبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يعتبر أمراً اختيارياً ولا يكون إلزامياً إلا إذا زاد عدد الشركاء عن العشرين، أو إذا بلغ رأس مال الشركة ثلاثين مليون ليرة على الأقل، أو إذا طلب تعيين المفوض شريك أو أكثر يمثلون خمس رأس المال على الأقل. انظر أيضاً: القانون الفرنسي الذي جعل من تعيين مراقب الحسابات أمراً اختيارياً وليس إلزامياً إلا إذا وصل تنظيم شركة الشخص الواحد إلى الدرجات التنظيمية المطلوبة وفقاً لأحكام المادة ٢/٦٤ من القانون الفرنسي لسنة ١٩٨٥.

(٣٩) انظر: الفقرات (أ)، (ب)، (ج) من المادة ١٩٣ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

(٤٠) الفقرات (د)، (هـ) من المادة ١٩٣ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

(٤١) انظر: المادة ١٩٣/ز من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

الشركة وحساب أرباحها وخسائرها، وأن يوصي إما بالمصادقة عليها أو بالتحفظ أو عدم المصادقة عليها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك^(٤٢).

ولما كان الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد يحل مكان الهيئة العامة لعدم وجودها أصلاً في هذه الشركة، فإن هذا الشريك هو الذي يتولى فعلياً انتخاب مدقق حسابات الشركة وتحديد أتعابه، مما يثير التساؤل حول مدى فعالية الرقابة المالية على شركة الشخص الواحد خاصة وأن قانون الشركات الأردني لم يساير معظم التشريعات المقارنة التي استلزمت ضرورة أن يكون مدقق الحسابات شخصاً محايداً لا تربطه أي مصلحة أو صلة قرابة بالشريك الوحيد^(٤٣)، كما أن هذا القانون لم يفصل صراحة في مسألة عدم جواز قيام الشريك الوحيد بمهمة مدقق الحسابات ولو كان هو نفسه خبيراً محاسبياً^(٤٤).

ونحن بدورنا نرى أنه من الأجدر - وبالذات في حالة شركة الشخص الواحد -

(٤٢) انظر: المادة ١٩٥/ب من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.
(٤٣) انظر مثلاً: نص المادة ٣٨٦ من قانون التجارة الموريتاني لسنة ٢٠٠٠ والتي تحظر تعيين المديرين وأزواجهم وأصحاب الحصص العينية والمستفيدين من امتيازات خاصة كمفوضي حسابات للشركة، كما لا يعين مراقباً للحسابات بمقتضى المادة ٦٥ من القانون الفرنسي لسنة ١٩٨٤ كل من المديرين، الشريك الوحيد، أو أي من أصولهم وفروعهم أو أقربائهم حتى الدرجة الرابعة، أو الأشخاص الذين يتقاضون من الشركة أو من مديريها مرتبات دورية أو أجوراً مهما كان نوعها بسبب نشاطات لا تمت بصلة إلى كونهم مراقبي حسابات.

(٤٤) على خلاف بعض التشريعات الأخرى كالقانون الفرنسي لسنة ١٩٨٤ والذي تحظر المادة ٦٥ منه على الشريك الوحيد أن يقوم بتعيين نفسه أو مدير شركته للقيام بأعمال مراقب الحسابات. انظر أيضاً: المادة ٢٠٩ من قانون الشركات العراقي الملغى رقم (٣١) لسنة ١٩٥٧ والتي كانت تنص على أنه: "لا يجوز أن يكون المراقب مشتركاً في تأسيس الشركة أو عضوية مجلس إدارتها أو قائماً بصفة ثابتة بأي عمل فني أو إداري أو استشاري فيها، ولا أن يكون شريكاً لمن يقوم بهذه الأعمال أو موظفاً لديه أو لدى أحد من ذوي قرباه حتى الدرجة الرابعة، وكل تعيين يقع خلافاً لذلك يعد باطلاً".

أن يناط تعيين مدقق الحسابات وتحديد أتعابه بل وعزله بمراقب الشركات وليس بالشريك الوحيد، كما يجدر بهذا المدقق رفع تقريره إلى مراقب الشركات أيضاً وذلك لتفعيل الرقابة وضمان حماية الضمان العام لدائني الشركة، ونحن ننادي أيضاً بضرورة إخضاع شركة الشخص الواحد للتفتيش من قبل مفتش ذي اختصاص أو أكثر يختاره مراقب الشركات في حالة وقوع مخالفة لأحكام القانون، أو وجود ادعاء مسبب بمخالفة الشركة لالتزاماتها القانونية، أو قيام الشريك الوحيد بالتصرف بأموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

أما فيما يتعلق بتصفية الشركة (ذ.م.م)، فإنه يسري عليها - سواء أكانت متعددة الشركاء أم ذات شخص واحد - ما يسري على الشركة المساهمة العامة من أحكام، وذلك بموجب الإحالة المنصوص عليها في المادة ٧٦ من قانون الشركات الأردني^(٤٥)، وعليه فإن الشركة (ذ.م.م) تصفى إما تصفية اختيارية بقرار من هيئتها العامة غير العادية أو تصفية إجبارية بقرار قطعي من المحكمة^(٤٦). أما فيما يتعلق بالتصفية الاختيارية، فإن المادة ٢٦٠/أ خولت الهيئة العامة للشركة تعيين مصفٍ أو أكثر سواء من الشركاء أو من الغير، وحيث إن المطلق يجري على إطلاقه فإن الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) يحل محل الهيئة العامة وبالتالي يحق له تعيين المصفي وتحديد سلطاته وأجره، بل ويحق له كذلك القيام بنفسه بأعمال التصفية ومباشرة تسوية حقوق الشركة والتزاماتها وذلك في الحالات التي لا تكون فيها التصفية إجبارية بأمر قضائي.

(٤٥) تنص المادة ٧٦ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أنه: "تطبق الأحكام المتعلقة بالشركة المساهمة العامة على الشركة ذات المسؤولية المحدودة في كل ما لم يرد بشأنه نص صريح في الأحكام المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة".

(٤٦) انظر: المادة ٢٥٢/أ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته. انظر أيضاً: المادة ٦٧/أ من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

إن منح الشريك الوحيد مثل تلك الصلاحيات من شأنه أن يثير التساؤل حول مدى حيادية التصفية ونزاهتها، بل ويثير كذلك الخشية من تلاعب هذا الشريك بأموال الشركة وحقوق الغير. فما الذي يضمن أن الشريك الوحيد لن يحابي نفسه ويقدم مصلحته على مصلحة الدائنين عند ممارسته دور المصفي؟ ومما يعزز من هذه المخاوف أن مشرعنا الأردني لم ينص صراحة في قانون الشركات على ما من شأنه تفعيل الرقابة فيما يختص بتصفية شركة الشخص الواحد، كما أنه لم يخص هذه الشركة بأي نص صريح يقرر المسؤولية الشخصية للشريك الوحيد في حالة تحايله على القانون، أو في حالة عدم مراعاته الفصل التام بين ذمته المالية من جهة وذمة الشركة المالية من جهة أخرى.

وتأسيساً على ما تقدم، فنحن نرى أن المشرع ينبغي ألا يتيح الفرصة أمام الشريك الوحيد لأن يعين نفسه مصفياً للشركة، بل لا بد له من أن يجعل سلطة تعيين المصفي وتحديد اختصاصاته وأجره منوطة بمراقب الشركات وليس الشريك الوحيد؛ وذلك ضماناً لحقوق الدائنين، كما نوصي المشرع بضرورة إفراذ نصوص خاصة بشركة الشخص الواحد لتلائم طبيعتها القائمة على وجود شريك وحيد؛ حيث إن النصوص الحالية تخاطب - أساساً - الشركة التي يتعدد فيها الشركاء دون التطرق إلى خصوصية شركة الشخص الواحد، وما تفرضه هذه الخصوصية من سيناريوهات ينبغي الإحاطة بها، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لتفعيل الرقابة على إدارة هذه الشركة، وتحديد مدى مسؤولية القائمين عليها.

المطلب الثاني

أبرز الضمانات الإضافية لتقوية الضمان العام لدائني شركة الشخص الواحد (ذ.م.م).

كما رأينا سابقاً لم تنتج شركة الشخص الواحد من سهام النقد، ولعل ذلك يعود إلى ضعف واقتضاب التنظيم القانوني لها والذي جاء مقتصرأً على فقرة واحدة، ومكتفياً بتطبيق الأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة،

متناسياً حقيقة أن هذه الأحكام وجدت أساساً لتخاطب الشركات متعددة الشركاء، وأن شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) بحاجة إلى ضمانات إضافية وأحكام متكاملة تنسجم والطبيعة الخاصة لهذه الشركة، وذلك بغرض تحقيق التوازن بين مصالح المستثمر الفرد ومصالح دائني الشركة والمتعاملين معها.

وللتغلب على المخاوف التي تثيرها شركة الشخص الواحد (ذ.م.م)، فلا بد لمشرعنا الأردني من أن يحيط بإنشاءها بضمانات إضافية تكفل جدية واستمرارية المشروع، وتطمئن الغير ولا سيما دائني الشركة خصوصاً في الحالات التي لا يحافظ فيها الشريك الوحيد على الفصل الواجب بين ذمته الشخصية وذمة الشركة، ومن هذه الضمانات التي يتوجب الأخذ بها ضرورة أن يكون الحد الأدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) أعلى من ذلك المقرر للشركة (ذ.م.م) متعددة الشركاء، وبما ينسجم مع مقتضيات التطور الاقتصادي الذي نعيش، فلا يمكن للألف دينار أن تحقق أي حماية للدائنين أو لائتمان الشركة في مواجهة الغير.

وتفادياً لإساءة استخدام قواعد الحد الأدنى لرأس المال بالنسبة إلى شركة الشخص الواحد، فلا بد للمشرع الأردني من أن يشترط الوفاء الكلي والفوري لرأس المال عند التأسيس، أو على الأقل أن يشترط تقديم ضمانات حقيقية عن الجزء غير المسدد، ولنا في موقف المشرع الألماني أسوة في هذا الصدد حين اشترط على الشريك الوحيد في حالة تحول الشركة المحدودة المسؤولية إلى شركة شخص واحد أن يقوم على الفور بتسديد الجزء الباقي من رأس مال الشركة غير المدفوع^(٤٧). ولضمان تسديد القيمة غير المدفوعة من رأس المال،

(٤٧) وذلك عملاً بالمادة (IV-19) من قانون الشركات الألماني التي نصت على أنه خلال ثلاث سنوات من تاريخ تأسيس الشركة، إذا تجمعت كل الحصص في يد شريك واحد، يلتزم هذا الشريك بتسديد رأس المال كاملاً إذا لم يكن قد تم تحريره عند تأسيس الشركة، أو يقدم ضماناً، أو يحول جزءاً من الحصص إلى شخص آخر، وإذا لم يلتزم الشريك الوحيد بذلك تحل الشركة قضائياً وفقاً للمادة ٦٠ من قانون الشركات الألماني.

وضع القانون الألماني قاعدة خاصة بشركة الشخص الواحد مفادها أن على الشريك الوحيد أن يقدم ضماناً عن الفرق بين ما قدمه والحد الأدنى لرأس مال الشركة، ويأخذ هذا الضمان أشكالاً مختلفة فقد يكون مبلغاً نقدياً يتم إيداعه في صندوق المحكمة أو منقولاً معيناً أو غير ذلك من الرهونات، ويتوجب على هذا الشريك في جميع الحالات أن يقدم للمحكمة ما يؤكد أنه قدم الضمان المطلوب^(٤٨).

ولضمان الوجود الفعلي لرأس المال طوال فترة استمرار الشركة، فلا بد للمشرع الأردني من أن يفعل الرقابة على رأس المال من خلال فرض إجراءات قانونية صارمة تضمن عدم إمكانية سحب رأس المال لغير أغراض الشركة أو التلاعب به للإضرار بالدائنين، ولعل الجهة الأنسب لمتابعة ذلك هي دائرة مراقبة الشركات وليس البنوك، كذلك يمكن للمشرع الأردني أن يرفع نسبة الاقتطاع الإلزامي من الأرباح السنوية الصافية لحساب الاحتياطي الإجباري؛ وذلك لتقوية المركز المالي لشركة الشخص الواحد وتحصينها ضد أي خسائر غير متوقعة.

بالإضافة إلى ذلك، فمن الأهمية بمكان تنبيه الغير إلى الصفة الفردية لشركة الشخص الواحد (ذ.م.م) وذلك من خلال إجراء تعديل على نص المادة ٥٥ من قانون الشركات الأردني، يتضمن إضافة فقرة جديدة تلزم الشريك الوحيد بأن يضيف إلى اسم الشركة عبارة (شركة شخص واحد)، وأن يفصح عن صفتها الفردية في جميع الأوراق والمطبوعات التي تستخدمها في أعمالها وفي العقود التي تبرمها، كما يتعين على المشرع أن يلزم الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) بتسجيل قراراته التي يتخذها في سياق إدارته للشركة كتابة في سجل خاص على غرار محاضر جلسات الهيئات العامة في الشركات متعددة الشركاء؛ وذلك لكي تتعرض قراراته لجزاء البطلان وعدم النفاذ

(٤٨) انظر: المادة ٢، ٨-١١ من قانون الشركات الألماني لسنة ١٩٨٠.

في مواجهة الغير في حال تضمنت مثل تلك القرارات أي مخالفة لأحكام القانون أو انطوت على تهديد صريح للضمان العام لدائني الشركة^(٤٩).

أما بالنسبة للشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد (ذ.م.م)، فينبغي على المشرع الأردني أن يكون أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بحدود مسؤولية هذا الشريك، بحيث ينص صراحة ومباشرةً على حرمانه من ميزة المسؤولية المحدودة في حالات الغش والتحايل على القانون أو حتى في حالات تعثر الشركة، نتيجة لخطأ الشريك الوحيد أو إهماله أو عدم التزامه التام بالفصل بين ذمته المالية وذمة الشركة وذلك أسوة بغيره من التشريعات التي تبنت مثل ذلك الاتجاه^(٥٠)، بحيث تعامل الشركة في تلك الحالات تماماً كالمشروع الفردي الذي يكون صاحبه مسؤولاً عنه وعن التزاماته مسؤولية شخصية غير محدودة^(٥١). وتأسيساً على ما تقدم، إذا تبين أثناء إدارة الشريك الوحيد للشركة أن بعض

(٤٩) انظر في هذا الصدد: المادة ٦٠-١ من قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٨٥ والتي ألزمت الشريك الوحيد بتسجيل قراراته التي يتخذها كتابة في سجل خاص، وقضت ببطالان تلك القرارات متى خالفت أحكام القانون.

(٥٠) انظر مثلاً: المادة ٢٩٦ من قانون الشركات البحريني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠١ والتي تقضي بأن صاحب رأس مال الشركة يكون مسؤولاً في أمواله الخاصة إذا قام بعدم الفصل بين مصلحته الشخصية ومصلحة الشركة، أو إذا قام بسوء نية بتصفيتها أو وقف نشاطها قبل انتهاء مدتها أو تحقيق الغرض من إنشائها. انظر أيضاً: المادة ٢٦٠/٧ من قانون الشركات القطري رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٦.

(٥١) من الجدير بالذكر أن الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون الشركات العراقي رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣ أطلقت على شركة الشخص الواحد لفظ المشروع الفردي، وحملت مالكيها المسؤولية الشخصية غير المحدودة عن جميع التزاماتها، كما أن المادة ١٠٦١ من قانون العقود المغربي سمحت ببقاء شركة الشخص الواحد الناتجة عن اجتماع أموال الشركة في يد شريك واحد، وأبقت على المسؤولية الكاملة للشريك الوحيد عن ديون الشركة في مواجهة الغير. للمزيد من التفصيل حول موقف بعض التشريعات العربية من شركة الشخص الواحد، انظر: ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٦٢-٦٦.

أعمالها قد أجريت بقصد الاحتيال على دائئيتها، أو أن ديونها قد زادت على ضعف رأس مالها، أو أن هذا الشريك تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة، أو أنه أبقاها لديه دون أي مسوغ قانوني، فإنه ينبغي أن يسأل شخصياً عن ديون الشركة والتزاماتها، وأن يلزم بإعادة تلك الأموال إلى الشركة مع الفائدة القانونية، وضمان التعويض عن أي ضرر ألحقه بالشركة أو بالغير.

ولعل من الأهمية بمكان اشتراط كامل الأهلية في الشريك الوحيد في حالة توليه إدارة الشركة، بحيث يحظر عليه إدارتها إن كان عمره يقل عن الثامنة عشر أو كان يعاني من أي عارض من عوارض الأهلية. كما ينبغي أن تتوفر فيمن يدير هذه الشركة الكفاءة المهنية والأخلاقية، فلا يجوز أن يكون المدير سبق وأن حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة كالسرقة والتزوير وإساءة الائتمان والنصب والاختلاس، أو أن يكون قد سبق وأن حكم عليه بالإفلاس الاحتياالي أو الشهادة الكاذبة.

الخاتمة:

تناولنا في دراستنا هذه مدى كفاية الضمانات التي أوجدها المشرع الأردني في قانون الشركات لحماية دائئني الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وعرضنا كذلك أبرز التحديات التي تواجه التنظيم القانوني لهذا النوع من الشركات سواء فيما يتعلق برأس المال وكيفية أدائه وتقديره أو بموقف المشرع من شركة الشخص الواحد فيها، وقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج لعل من أبرزها:

أولاً: أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في التعديل الأخير الذي أجراه على الحد الأدنى لرأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة؛ حيث إن مبلغ الألف دينار لا يتناسب مع مقتضيات التطور الاقتصادي الذي نعيشه، ولا يكفي لضمان حقوق الدائنين خاصة في ظل غياب أي ضمانات شخصية أو عينية يعول عليها في ضمان حقوق المتعاملين مع الشركة. ومما يزيد في ضعف ائتمان هذه الشركة بالنسبة للغير - فضلاً عن محدودية مسؤولية الشركاء فيها

- أن المشرع لم يطلب تسديد كامل رأس المال عند التأسيس، بل اكتفى بتقديم الوثائق التي تثبت أن ما لا يقل عن (٥٠٪) من رأسمال الشركة قد تم إيداعه لدى أحد البنوك في المملكة، على أن يتم تسديد باقي رأس مال الشركة خلال السنتين التاليتين لتسجيلها.

ثانياً: يؤخذ على المشرع الأردني أنه لم يضع إجراءات حاسمة لضمان صحة تقدير قيمة الحصص العينية المقدمة للشركة، بل أنط احتساب قيمة تلك الحصص ابتداءً بالمؤسسين أنفسهم، دون أن يجعل من تقديم ما يثبت صحة التقدير وتشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص أمراً وجوبياً في جميع الحالات وإنما أمراً جوازياً خاضعاً للسلطة التقديرية لمراقب الشركات، كما يؤخذ على قانون الشركات الأردني الحالي أنه لم ينص صراحة على أي جزاء أو مسؤولية في حالة المغالاة في تقدير قيمة الحصص العينية على خلاف العديد من التشريعات المقارنة التي قررت مسؤولية الشركاء بالتضامن مع مقدم الحصة العينية عن أي تقدير زائد أو زائف.

ثالثاً: لم يضع المشرع الأردني تنظيماً متكاملًا لشركة الشخص الواحد (ذ.م.م) بل اكتفى بنص فقرة واحدة فقط دون أفراد نصوص خاصة تتلاءم وخصوصية هذه الشركة؛ مما يجعلها خاضعة للأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء سواء فيما يتعلق برأس المال وكيفية أدائه أو بنوع الحصص وإجراءات تقديرها أو بطرق إدارة الشركة وآلية تصفيتها، كما أن المشرع الأردني قد أغفل أيضاً إيجاد ضمانات إضافية لدائني شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) والمتعاملين معها لتعزيز الثقة لديهم وحمايتهم من أي تلاعب في حقوقهم. فمثلاً لم يشترط المشرع الأردني كمال الأهلية في الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد مما يفتح الباب واسعاً أمام ناقص الأهلية ليؤسس شركة شخص واحد أو أن تؤول ملكيتها له، كما أن المشرع لم يضع ضوابط أو معايير أو تعليمات يوضح من خلالها الأسس التي يمكن أن يستند إليها مراقب الشركات عند البت في طلب تسجيل شركة شخص واحد (ذ.م.م) بل ترك المسألة برمتها لتقدير المراقب وسلطته المطلقة ابتداءً. بالإضافة إلى ذلك، لم يتطرق المشرع

الأردني بتاتاً إلى مسألة جواز أو عدم جواز تملك الشخص لأكثر من شركة شخص واحد، وذلك خلافاً لما ذهب إليه معظم التشريعات المقارنة.

رابعاً: لم يخصص المشرع الأردني نصوصاً مستقلة للرقابة على شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) أو لتحديد المسؤولية الشخصية للشريك الوحيد في حالة تحاييله على القانون، أو في حالة عدم مراعاته الفصل التام بين ذمته المالية من جهة وذمة الشركة المالية من جهة أخرى، وباستعراض نصوص قانون الشركات الأردني نجد أنه ليس هناك ما يمنع الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) من القيام بنفسه بأعمال التصفية ومباشرة تسوية حقوق الشركة والتزاماتها، وذلك في الحالات التي تكون فيها التصفية اختيارية، مما يثير التساؤل حول مدى حيادية التصفية ونزاهتها، بل ويثير كذلك الخشية من تلاعب هذا الشريك بأموال الشركة وحقوق الغير. أما فيما يتعلق بتدقيق حسابات شركة الشخص الواحد (ذ.م.م)، فإن قانون الشركات الأردني لم يساير معظم التشريعات المقارنة التي استلزمت ضرورة أن يكون مدقق الحسابات شخصاً محايداً لا تربطه أي مصلحة أو صلة قرابة بالشريك الوحيد، كما أن هذا القانون لم يفصل صراحة في مسألة عدم جواز قيام الشريك الوحيد بمهمة مدقق الحسابات ولو كان هو نفسه خبيراً محاسبياً.

وفي ضوء ما سبق وما تم التوصل إليه من استنتاجات، توصي هذه الدراسة بما يلي:

أولاً: توصي الدراسة بضرورة رفع الحد الأدنى لرأس مال الشركة (ذ.م.م). وذلك لتقوية ائتمانها وتعزيز ضمان دائنيها، ولعل الحاجة إلى ذلك تبدو أكثر إلحاحاً في شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) نظراً لطبيعتها الخاصة؛ حيث إن تلك الشركة تتألف فقط من شريك واحد تكون مسؤوليته محدودة بمقدار مساهمته في رأس المال، في حين أن أمواله الخاصة في مأمن من ديون الشركة والتزاماتها؛ ولذلك فلا بد لمشرعنا الأردني من أن يحيط بإنشاءها بضمانات إضافية تكفل جدية المشروع، وتطمئن الغير ولا سيما دائني الشركة خصوصاً في الحالات التي لا يحافظ فيها الشريك الوحيد على الفصل الواجب بين ذمته

الشخصية وزمة الشركة، ومن هذه الضمانات التي يتوجب الأخذ بها: ضرورة أن يكون الحد الأدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) أعلى من ذلك المقرر للشركة (ذ.م.م) متعددة الشركاء، وبما ينسجم مع مقتضيات التطور الاقتصادي الذي نعيشه، كما ينبغي على المشرع الأردني أن يقوم بتفعيل وتعديل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالإفلاس والتصفية وإعادة الهيكلة؛ بحيث يلزم الشركاء وكل ذي صلة بدفع ديون الشركة أو تحمل نسبة منها - ولو من أموالهم الخاصة - إذا تبين بعد إفلاس الشركة عدم وجود أموال أو موجودات لها للتنفيذ عليها، أو أن موجوداتها لا تكفي لسداد ٢٠٪ من ديونها، كما يمكن أن يتضمن قانون الشركات الأردني نصاً صريحاً - على غرار بعض القوانين المقارنة - يجيز إشهار إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص، وتصرف بأموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

ثانياً: توصي الدراسة بضرورة تسديد رأس مال الشركة (ذ.م.م) بصورة كاملة وفورية عند التأسيس، على اعتبار أن ذلك يحقق أهم المزايا للدائنين وهو الوجود الفعلي لرأس المال، كما أن في ذلك حماية أكبر لدائني الشركة الذين يقتصر ضمانهم على أموال الشركة وموجوداتها من نقص هذا الضمان بسبب ما قد يلحق بالشريك من إفلاس أو إعسار بعد تأسيس الشركة وقبل دفع قيمة حصته كاملة. ومما يدعونا أيضاً إلى تبني مثل ذلك الاتجاه ضالة الحد الأدنى لرأس مال الشركة (ذ.م.م) في قانون الشركات الأردني، بالإضافة إلى عدم وجود ضوابط واضحة أو معيار دقيق فيما يتعلق بمدى سلطة البنك المودع لديه وحدود مسؤوليته، كما أنه لا يوجد هناك ما يضمن أن صاحب المشروع الذي سحب الجزء المودع من رأس المال قد استخدمه فعلاً في أغراض الشركة؛ لذلك كان من الأجدر بالمشرع وبدلاً من إقحام البنك في الرقابة على كيفية التصرف في الأموال المودعة إما أن يشترط الأداء الكلي والفوري لكامل رأس المال عند التأسيس وقبل مزاولة الشركة لأعمالها أسوة بالعديد من التشريعات التي تطلبت ذلك، أو أن يشترط تقديم ضمان عن الجزء غير المسدد من رأس المال مع إلزام باقي الشركاء بأن يسألوا بالتضامن عن ديون الشركة والتزاماتها لحين تسديد

كامل رأس المال، ولضمان الوجود الفعلي لرأس المال طوال فترة استمرار الشركة، فلا بد للمشرع الأردني من أن يفعل الرقابة على رأس المال من خلال فرض إجراءات قانونية صارمة تضمن عدم إمكانية سحب رأس المال لغير أغراض الشركة أو التلاعب به للإضرار بالدائنين، ولعل الجهة الأنسب لمتابعة ذلك هي دائرة مراقبة الشركات وليس البنوك.

ثالثاً: توصي الدراسة بضرورة فرض إجراءات حاسمة لضمان صحة تقدير قيمة الحصص العينية المقدمة للشركة (ذ.م.م)؛ بحيث يnaud تقدير تلك الحصص ابتداءً بدائرة مراقبة الشركات وليس بالمؤسسين، أو بحيث يجعل المشرع الأردني من تقديم ما يثبت صحة التقدير وتشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص أمراً وجوبياً في جميع الحالات وليس أمراً جوازياً خاضعاً لسلطة مراقب الشركات وتقديره؛ وذلك لتفادي أي تفاوت بين القيمة الفعلية والاسمية لرأس المال، وليطمئن الدائنون على ضمانهم العام بعيداً عن أي تلاعب أو مزاجية في التقدير، كما يجدر بالمشرع الأردني أن يقضي بمسؤولية الشريك مقدم الحصص العينية عن الفرق بين القيمة الحقيقية للحصص والقيمة المزعومة لها المبينة في نظام الشركة، بحيث يلتزم بأن يؤدي هذا الفرق نقداً للشركة ولو كان قد تنازل عن تلك الحصص للغير أو لأحد الشركاء، وينبغي على المشرع كذلك أن ينص على مسؤولية باقي الشركاء بالتضامن عن أداء هذا الفرق إلا من يثبت عدم علمه به أو عدم انخراطه في عملية التقدير تلك، ومن أجل خلق الردع اللازم والمحافظة على سلامة الضمان العام لدائني الشركة والمتعاملين معها من أي تلاعب أو تدليس، فقد كان على المشرع الأردني أن يقرر جزاءً جنائياً في حالة المغالاة يتمثل بالحبس أو الغرامة لكل من قيم من المؤسسين بطريق التدليس حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية، وذلك أسوة بالعديد من التشريعات المقارنة.

رابعاً: توصي الدراسة بضرورة ربط مسألة نشر الشركة (ذ.م.م) لميزانيتها السنوية وحساب أرباحها وخسائرها في الصحف المحلية بحجم أعمال الشركة ومقدار رأس مالها، بحيث يقتصر الإعفاء من النشر على الشركات

الصغيرة ذات رأس المال المنخفض دون أن يمتد إلى الشركات (ذ.م.م) المتوسطة أو الكبيرة التي تتمتع برأس مال وحجم أعمال كبيرين؛ وذلك حتى يتمكن المتعاملون معها من التعرف على مركزها المالي قبل التعامل معها من خلال ما ينشر عن وضعها المالي، بالإضافة إلى ذلك، فمن الأهمية بمكان تنبيه الغير إلى الصفة الفردية لشركة الشخص الواحد (ذ.م.م) وذلك من خلال إجراء تعديل على نص المادة ٥٥ من قانون الشركات الأردني، يتضمن إضافة فقرة جديدة تلزم الشريك الوحيد بأن يضيف إلى اسم الشركة عبارة (شركة شخص واحد) وأن يفصح عن صفتها الفردية في جميع الأوراق والمطبوعات التي تستخدمها في أعمالها وفي العقود التي تبرمها.

خامساً: توصي الدراسة بضرورة إفراذ نصوص خاصة بشركة الشخص الواحد لتلائم طبيعتها القائمة على وجود شريك وحيد؛ حيث إن النصوص الحالية تخاطب أساساً الشركة التي يتعدد فيها الشركاء دون التطرق إلى خصوصية شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) وما تفرضه هذه الخصوصية من سيناريوهات ينبغي الإحاطة بها، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لتفعيل الرقابة على إدارة هذه الشركة وتحديد مدى مسؤولية القائمين عليها. فمن الأهمية بمكان - وبالذات في حالة شركة الشخص الواحد - أن يناط تعيين مدقق الحسابات وتحديد أتعابه بل وعزله بمراقب الشركات وليس بالشريك الوحيد، كما يجدر بهذا المدقق رفع تقريره إلى مراقب الشركات أيضاً وذلك لتفعيل الرقابة وضمان حماية الضمان العام لدائني الشركة، ونحن ننادي أيضاً بضرورة إخضاع شركة الشخص الواحد للتفتيش من قبل مفتش ذي اختصاص أو أكثر، يختاره مراقب الشركات في حالة وقوع مخالفة لأحكام القانون أو وجود ادعاء مسبب بمخالفة الشركة لالتزاماتها القانونية، أو قيام الشريك الوحيد بالتصرف بأموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة. كما توصي الدراسة بضرورة عدم إتاحة الفرصة أمام الشريك الوحيد لأن يعين نفسه مصفياً للشركة من خلال جعل سلطة تعيين المصفي وتحديد اختصاصاته وأجره منوطة بمراقب الشركات وليس الشريك الوحيد، وذلك ضماناً لحقوق الدائنين.

سادساً: توصي الدراسة بضرورة أن يكون المشرع الأردني أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بحدود مسؤولية الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد (ذ.م.م)، بحيث ينص صراحة ومباشرةً على حرمانه من ميزة المسؤولية المحدودة في حالات الغش والتحايل على القانون، أو حتى في حالات تعثر الشركة نتيجة لخطأ الشريك الوحيد أو إهماله أو عدم التزامه التام بالفصل بين ذمته المالية وذمة الشركة. وتأسيساً على ما تقدم، إذا تبين أثناء إدارة الشريك الوحيد للشركة أن بعض أعمالها قد أجريت بقصد الاحتيال على دائئها، أو أن ديونها قد زادت على ضعف رأس مالها، أو أن هذا الشريك تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة، أو أنه أبقاها لديه دون أي مسوغ قانوني، فإنه ينبغي أن يسأل شخصياً عن ديون الشركة والتزاماتها، وأن يلزم بإعادة تلك الأموال إلى الشركة مع الفائدة القانونية وضمان التعويض عن أي ضرر ألحقه بالشركة أو بالغير، كما يتعين على المشرع أن يلزم الشريك الوحيد في شركة الشخص الواحد (ذ.م.م) بتسجيل قراراته التي يتخذها في سياق إدارته للشركة كتابة في سجل خاص على غرار محاضر جلسات الهيئات العامة في الشركات متعددة الشركاء؛ وذلك لكي تتعرض قراراته لجزاء البطلان وعدم النفاذ في مواجهة الغير في حال تضمنت مثل تلك القرارات أي مخالفة لأحكام القانون أو انطوت على تهديد صريح للضمان العام لدائئ الشركة، ولعل من الأهمية بمكان اشتراط كامل الأهلية في الشريك الوحيد في حالة توليه إدارة الشركة؛ بحيث يحظر عليه إدارتها إن كان عمره يقل عن الثامنة عشر، أو كان يعاني من أي عارض من عوارض الأهلية. كما ينبغي أن تتوفر فيمن يدير هذه الشركة الكفاءة المهنية والأخلاقية، فلا يجوز أن يكون المدير سبق وأن حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة كالسرقة والتزوير وإساءة الائتمان والنصب والاختلاس، أو أن يكون قد سبق وأن حكم عليه بالإفلاس الاحتيالي أو الشهادة الكاذبة.

(وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين)

المصادر والمراجع الرئيسية

أولاً - القوانين:

- ١ - قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.
- ٢ - المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم (٣٥) تاريخ ١٩٦٧/٨/٥.
- ٣ - قانون الشركات العراقي رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣.
- ٤ - قانون التجارة الكويتي رقم (٦١) لسنة ١٩٨٠.
- ٥ - قانون الشركات الفرنسي رقم (٦٩٧) لسنة ١٩٨٥.
- ٦ - قانون الشركات الألماني لسنة ١٩٨٠.

ثانياً - المراجع:

- ١ - إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية: شركة الشخص الواحد، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.
- ٢ - رزق الله أنطاكي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية: الشركات التجارية، ١٩٦٤.
- ٣ - عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة، ٢٠١٠.
- ٤ - فوزي محمد سامي، الشركات التجارية: الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، ٢٠٠٩.
- ٥ - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، ١٩٨٨.
- ٦ - ناريمان عبد القادر، الأحكام العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- ٧ - هشام فرعون، القانون التجاري البري، منشورات جامعة حلب، ١٩٨٨.

إستراتيجية الخوصصة خيار اقتصادي أم حتمية سياسية - مقارنة قانونية اقتصادية للتجربة الجزائرية في ظل الإصلاحات المتعاقبة

الدكتور/ بن صغير مراد
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أبي بكر بلقايد
تلمسان - الجزائر

ملخص:

يعتبر موضوع الخوصصة من بين المواضيع التي استأثرت باهتمام بالغ من قبل الاقتصاديين والقانونيين على حد سواء، أو حتى المنظمات المهنية، نظراً لآثار هذا الخيار على الوضع الاجتماعي والاقتصادي لأي بلد. وبدورها اضطرت الجزائر إلى تبني هذا الخيار نظراً للوضع الاقتصادي الذي عرفته بداية التسعينات، حيث لجأت إلى صندوق النقد الدولي للاقتراض والذي اشترط عليها تبني إصلاحات اقتصادية كان من ضمنها خوصصة القطاع العام، فتبنت السلطات الجزائرية أول قانون للخوصصة سنة ١٩٩٥، غير أن هذا القانون لم يكن له الوقع المنتظر على القطاع الاقتصادي نظراً لتضمينه بعض البنود التي تعطي امتيازات كبيرة للطبقة العاملة، وتجبر المستثمر على عدم تسريح أي عامل من المؤسسة المخوصصة، وهكذا تم تعديل هذا القانون سنة ١٩٩٧. غير أنه مرة أخرى لم يكن لهذا التعديل الوقع المنتظر، ما اضطرت السلطات الجزائرية إلى إلغاء هذا القانون وتبني قانون جديد سنة ٢٠٠١ تضمن أحكاماً أكثر تحفيزاً للمستثمرين. وبالفعل فقد أبرمت العديد من الصفقات تم بموجبها التنازل عن المؤسسات العمومية الاقتصادية لمعاملين خواص، ومع ذلك لم يكن لهذا القانون هو الآخر أي صدى أو أثر، نظراً لوجود عدة عقبات أخرى لعل

من أهمها مشكل العقار الصناعي، البيروقراطية، عدم وجود سوق مالية نشطة، فضلا عن المعارضة العمالية لهذا البرنامج، إضافة إلى العوائق القانونية التي ساهمت في النتائج المخيبة لبرنامج الخوصصة في الجزائر. وسنحاول من خلال هذا البحث تسليط الضوء على برنامج الخوصصة في الجزائر متتبعين مساراته، في دراسة حديثة ومحيّنة نستعرض خلالها مختلف النصوص والإجراءات المتبناة.

مقدمة :

لقد مر تنظيم وتسيير المؤسسة العمومية الجزائرية بالعديد من المحطات، وكانت أولها في مطلع سنة ١٩٦٣ بانتهاج طريق التسيير الذاتي والذي أملتة بعض العوامل لعل أهمها خروج الإطارات الفرنسية من البلاد وبروز ظاهرة الأملاك الشاغرة^(١)، فكانت الحاجة إلى هذا النهج تلافياً لانتقال أموال المعمرين إلى الملكية الخاصة، وصدر المرسوم ٩٥/٦٣ المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات الصناعية المنجمية والحرفية وكذا المستثمرات الفلاحية^(٢) الذي نص على إنشاء عدد من هيئات التسيير الذاتي المتمثلة في الجمعية العامة للعمال، مجلس العمال، لجنة التسيير والمدير^(٣). غير أن تجربة التسيير الذاتي هذه ثبت فشلها نظراً لنقص الإطارات ذات الكفاءة، واستمرار الاعتقاد بأن الدولة هي الجهة التي يجب أن تتحمل تكاليف التسيير.

وفي بداية السبعينات ظهر نهج جديد تمثل في التسيير الاشتراكي للمؤسسات، كانت بدايته بإصدار ميثاق التسيير الاشتراكي للمؤسسات في ١٦

(١) محمد الصغير بعلي، تنظيم القطاع العام في الجزائر (استقلالية المؤسسات)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، ١٩٩٢، ص ١١.

(٢) المرسوم ٩٥/٦٣ المؤرخ في ٢٢ مارس ١٩٦٣ المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات الصناعية، المنجمية والحرفية والمستثمرات الفلاحية الشاغرة، جريدة رسمية عدد ١٧.

(٣) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٤٧٢، ٤٧٣.

نوفمبر ١٩٧١ الذي أرسى أسس هذا النظام، تلاه صدور الأمر ٧١-٧٤ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات^(١). وقد نص هذا القانون على إنشاء مجلس للعمال له الحق في إبداء رأيه وتوصياته في تسيير المؤسسة^(٢)، مديرية تعيين أعضائها الوزارة الوصية، وكذا مدير يوضع تحت سلطة الوزير الوصي. وكانت المؤسسة الاشتراكية بثوبها الجديد تتشكل من عدة وحدات، لكل وحدة منها مجلس عمال، مديرية ومدير.

وقد عرف التسيير الاشتراكي بدوره مصاعب جمة، لعل أهمها مشكل التركيز والذي نجم عنه مشكل عدم التخصص، بحيث تم جمع ١١٦٥ وحدة اقتصادية ضمن ١٩ مؤسسة وطنية فقط، فأصبحت المؤسسة تقوم بمجموعة من النشاطات الاقتصادية، وتراقب في نفس الوقت فرعاً اقتصادياً واسعاً. يضاف إلى ذلك تزايد اهتمام المؤسسات بالحاجيات الاجتماعية للعمال، فتم إنشاء التعاونيات الاستهلاكية، وتبادل الرحلات السياحية مع بعض الدول، وكذا إنشاء مخيمات صيفية للأطفال العمال^(٣).. هذا عدا أن كون الأجر الأدنى للعامل كان يحدد (طبقاً للمادة ١٠ من هذا الأمر) وطنياً دون مراعاة مردودية المؤسسة، وهو ما أدى إلى ارتفاع كتلة الأجور. كل هذه العوامل كانت وراء التفكير في إعادة هيكلة المؤسسات الاشتراكية، فصدر المرسوم ٢٤٢/٨٠ المتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات^(٤)، والذي نص على استحداث لجنة وطنية مشتركة لإعادة الهيكلة، ولجان أخرى وزارية لنفس الغرض، تلا ذلك صدور القانون ٨٠/١١

(١) الأمر ٧٤/٧١ المؤرخ في ١٦ نوفمبر ١٩٧١ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، جريدة رسمية عدد ١٠١.

(٢) أحمد محيو، نفس المرجع، ص ٤٦١.

(٣) ناصر دادي عدون، اقتصاد المؤسسة، دار المحمدية، الطبعة الأولى، الجزائر، ١٩٩٨، ص ١٦٨.

(٤) المرسوم رقم ٢٤٢/٨٠ المؤرخ في ٠٤ أكتوبر ١٩٨٠ المتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، جريدة رسمية عدد ٤١.

المتعلق بالمخطط الخماسي (١٩٨٠-١٩٨٤)^(١). وكان الهدف الأساسي من هذا الإصلاح الملاءمة بين حجم المؤسسة ومستوى نشاطها الإقليمي وكذا اختصاصاتها، التحكم أكثر في جهاز الإنتاج، وكذا الملاءمة بين الهيكل الجديدة ونظام التخطيط، واستهدفت إعادة الهيكلة الجانب المالي فتم تطهير حوالي ٣٠٠ مؤسسة عاجزة إلى غاية ١٩٨٤ (باستخدام عائدات النفط)، وكذا إعادة الهيكلة العضوية بتفريع حوالي ١٤٥ مؤسسة وطنية إلى ١٢٠٠ مؤسسة محلية.

غير أن برنامج إعادة الهيكلة فشل هو الآخر نتيجة استمرار خضوع المؤسسات لسلم أجور موحد على المستوى الوطني، ورفع عدد الإطارات في المؤسسات دون أن يكون لها سلطة اتخاذ القرارات، ما حذا بالدولة إلى التفكير من جديد في إصلاح آليات التنظيم والتسيير للمؤسسة العمومية، فصدر القانون ٠١/٨٨ المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية^(٢)، والذي شكل لبنة مهمة في مسار الإصلاحات بحيث أصبغ على المؤسسة العمومية الاقتصادية الشكل التجاري، وقرر لها قدراً كبيراً من الاستقلالية^(٣). ورغم ذلك استمر عجز هذه المؤسسات واستمرت عمليات التطهير في إثقال كاهل الخزينة العمومية. ومع استفحال الأزمة المالية التي عرفتها البلاد مطلع التسعينات، اضطرت الدولة إلى اللجوء إلى الاقتراض من صندوق النقد الدولي الذي مارس ضغوطاً كبيرة على الجزائر لمباشرة برامج الإصلاح الهيكلي. والمحور الرئيس في هذه البرامج هو نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص أو ما يعرف بالخصخصة^(٤).

(١) القانون ١١/٨٠ المؤرخ في ١٣ ديسمبر ١٩٨٠ المتعلق بالمخطط الخماسي (١٩٨٠-١٩٨٤)، جريدة رسمية عدد ٥١.

(٢) القانون ٠١/٨٨ المؤرخ في ٠١ يناير ١٩٨٨ المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد ٠١.

(٣) محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المطبعة الرسمية، الجزائر، بدون رقم طبعة، بدون سنة نشر، ص ٤٣.

(٤) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، الخصخصة، (آفاقها وأبعادها)، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٨٥.

والخصخصة أو الخصخصة أو التخصيصية أو المخصصة^(١) (la privatisation) من الفعل "خص"، وخص الشيء جعله خصوصياً، أما اصطلاحاً فعرفها الاقتصادي "هانك" على أنها تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص إدارة أو إيجاراً أو مشاركة أو بيعاً، فيما يتبع الدولة أو تنهض به أو تهيمن عليه في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلفة أو في مجال الخدمات العامة^(٢). وعرفها البعض على أنها مجرد إعادة ملكية القطاع العام إلى الأفراد، بينما تعني لدى آخرين العودة للعمل بآليات السوق دون إعادة الاعتبار للقطاع الخاص، كما هو معروف في الصيغة التي تعارف المفكرون عليها في دول أوربا الشرقية والصين والبلدان التي أخذت - سابقاً - بالمفاهيم الماركسية، بمعنى العودة إلى آليات السوق لتحديد أسقف الإنتاج وكيفيات التوزيع وتحفيز الإنتاج^(٣). أما في الجزائر فقد عرفت وزارة المساهمة وإعادة الهيكلة على أنها عملية تحويل الملكية العمومية إلى الملكية الخاصة^(٤). وتنطلق الخصخصة من الفكرة القائلة بأن المبادرة الفردية خير موظف ومستثمر للموارد^(٥).

ويكتسي موضوع الخصخصة في الجزائر أهمية بالغة باعتباره أحد الخيارات التي اعتمدتها الدولة للخروج من دوامة العجز الذي عرفته مؤسساتها الاقتصادية، وعدم مسايرتها للطرق الحديثة في التسيير، فهذا الخيار سيمكن الدولة من تخفيف أعباء المديونية وخدمتها، والحصول على عوائد يمكن استخدامها في تمويل برامج الاستثمار في البنى التحتية التي تعتبر عصب

(١) اتفق على هذا المصطلح في ندوة مركز دراسات الوحدة العربية، عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخصخصة، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٣٥٨.

(٢) عجة الجيلالي، نفس المرجع، ص ٣٥٧.

(٣) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع السابق، ص ٣١.

(٤) عجة الجيلالي، نفس المرجع، ص ٣٥٩.

(٥) صلاح عباس، الخصخصة، المصطلح والتطبيق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٨٦.

الاقتصاد، وكذا تمويل البرامج التنموية وخلق مناصب عمل جديدة^(١). وتجدر الإشارة إلى أن تجربة الخوصصة في الجزائر قد مرت بمرحلتين أساسيتين الأولى من صدور قانون ١٩٩٥ إلى إلغائه سنة ٢٠٠١، والثانية تبدأ من صدور قانون ٢٠٠١ إلى يومنا هذا. فما هي مظاهر الإصلاحات التي انتهجتها الجزائر لخصخصة قطاعها العام العاجز؟ وهل نجحت هذه الإصلاحات؟ وإذا كان الجواب بالنفي فما هي الأسباب التي حالت دون ذلك؟ وبعد نيف وثلاث سنوات على اختيار نهج الخصخصة هل لا تزال خياراً استراتيجياً وحتمية اقتصادية، أم أنها سياسة ظرفية سرعان ما سيتم التخلي عنها لدى زوال أسبابها؟

هذه الإشكالات سنحاول الإجابة عنها من خلال تقسيم دراستنا هذه إلى ثلاثة أقسام: نتعرض في القسمين الأول والثاني منها إلى تجربة الجزائر في الخوصصة في ظل قانوني سنة ١٩٩٥ و ٢٠٠١، في حين نتعرض في القسم الثالث إلى معوقات هذه التجربة.

(١) نفس المرجع، ص ٩٥.

المبحث الأول الخصوصية في ظل قانون ١٩٩٥

لقد عرّف الأمر ٢٢/٩٥ الخصوصية على أنها معاملات تجارية تتجسد في تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو جزء منها أو كل رأسمالها أو جزء منه لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقطاع الخاص، أو تحويل تسيير هذه المؤسسات إلى هؤلاء الأشخاص بواسطة صيغ تعاقدية تحدد كيفية التسيير^(١).

وقد حصر هذا الأمر مجال الخصوصية في سبعة عشر (١٧) نشاطاً يمكن أن تشملهم عمليات الخصوصية^(٢)، كما حدد الهيئات التي تتدخل في هذه العملية:

المطلب الأول السلطات المتدخلة في عملية الخصوصية

تتمثل في الهيئة المكلفة بالخصوصية، مجلس الخصوصية ولجنة مراقبة عمليات الخصوصية.

الفرع الأول الهيئة المكلفة بعملية الخصوصية

نصت عليها المادة الثامنة من الأمر ٢٢/٩٥ وتركت للحكومة أمر تنظيمها. وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي ١٠٦/٦٩ نجده يسند هذا الاختصاص إلى مندوب الإصلاح الاقتصادي^(٣)، وهو موظف يوضع حسب

(١) المادة ٠١ من الأمر ٢٢/٩٥ المؤرخ في ٢٦ أوت ١٩٩٥ المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، جريدة رسمية عدد ٤٨.

(٢) عجة الجبالي، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

(٣) المرسوم التنفيذي رقم ١٠٦/٩٦ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٩٦ المتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية، جريدة رسمية عدد ١٨.

هذا المرسوم تحت سلطة رئيس الحكومة، ويتولى اتخاذ التدابير الكفيلة بالإصلاح الاقتصادي وتكريس استقلالية المؤسسات العمومية، كما أن بإمكانه اقتراح أي إجراء على رئاسة الحكومة من شأنه ضمان تسريع وتيرة الإصلاحات، ويمكنه الاستعانة في تأدية مهامه بخبراء وطنيين أو أجانب، وعند استعراض المهام المنوطة بهذا المندوب نجد بعض التضارب، فمن جهة يدخل ضمن مهام المندوب اتخاذ الإجراءات الكفيلة بضمان استقلالية المؤسسات العمومية، ومن جهة أخرى نجد المادة ٢١ من الأمر ٢٢/٩٥ المتعلق بالخصخصة تنص على وضع المؤسسات العمومية في برنامج الخصخصة تحت سلطته، وهذا ما يتعارض مع مبدأ الاستقلالية في التسيير، ولعل هذا ما سرع إلغاء هذه المادة بموجب التعديل الذي صدر سنة ١٩٩٧.

ثم إن كثرة المهام المنوطة بهذا المندوب من شأنها أن تؤدي إلى كبح برنامج الخصخصة، خاصة مع العدد الكبير للمؤسسات التي عرضت على الخصخصة في بداية الأمر، والتي حدد المرسوم ١٩٥/٩٨ عدد المجموعة الأولى منها في ٨٩ مؤسسة^(١)، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تراكم الملفات وببطء عملية التنفيذ؛ ولعل هذا كان من الأسباب التي أدت إلى استبدال مندوب الإصلاح الاقتصادي بمجلس مساهمات الدولة الذي أصبح الهيئة الجديدة المكلفة بالخصخصة، وقد كلف هذا المجلس - الذي وضع هو الآخر تحت سلطة رئيس الحكومة - برصد الإستراتيجيات في المجال الاقتصادي والمالي، وكان يتشكل من^(٢):

- الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية.
- الوزير المكلف بإعادة الهيكلة الصناعية والمساهمة.

(١) المرسوم رقم ١٩٥/٩٨ المؤرخ في ٠٧ يونيو ١٩٩٨ يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصخصة، جريدة رسمية عدد ٤١.

(٢) المادة ٠٣ من المرسوم ٤٠٤/٩٥ المؤرخ في ٠٢ ديسمبر ١٩٩٥ المتعلق بتشكيلة المجلس الوطني لمساهمات الدولة وسيره، جريدة رسمية عدد ٧٥.

- الوزير المكلف بالمالية.
- الوزير المكلف بالعمل والتشغيل.
- الوزير المكلف بالتجارة.
- الوزير المكلف بالصناعة والطاقة.
- الوزير المكلف بالتجهيز.
- الوزير المكلف بالنقل.
- الوزير المكلف بالسياحة.
- الوزير المكلف بالسكن.
- الوزير المكلف بالفلاحة.
- الوزير المكلف بالتخطيط.

ويضطلع المجلس بتنفيذ برنامج الخصخصة الذي تصادق عليه الحكومة، إضافة إلى تحديد أشكال تحويل الملكية للمؤسسات المعنية بالخصخصة.

الفرع الثاني مجلس الخصخصة

نصت على إنشائه المادة ١١ من الأمر ٢٢/٩٥، وتولى تنظيمه المرسوم التنفيذي رقم ١٠٤/٩٦^(١)، ويتكون هذا المجلس من سبعة (٠٧) إلى تسعة (٠٩) أعضاء من بينهم الرئيس، يختارون بحكم كفاءتهم الخاصة في ميادين التسيير الاقتصادي والقانوني والتكنولوجي وفي المجالات الأخرى المرتبطة بصلاحيات المجلس، ويمارسون مهامهم لمدة ثلاث (٠٣) سنوات قابلة للتجديد لا يمكنهم خلالها شراء أسهم أو قيم منقولة أخرى أو أصول في شركات

(١) المرسوم التنفيذي رقم ١٠٤/٩٦ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٩٦ المحدد لكيفيات تنظيم مجلس الخصخصة وسيره، وكذلك القانون الأساسي ونظام المرتبات المطبق على أعضائه، جريدة رسمية عدد ١٨.

مخصصة، سواء أكان ذلك بطريقة مباشرة أم غير مباشرة، وكذلك الحال بالنسبة لشركائهم.

وللمجلس أن يقدم توصيات وتوجيهات حول سياسة الخصخصة وحول أكثر طرقها ملائمة لكل مؤسسة عمومية، ويتولى المجلس تقدير قيم أو أصول المؤسسات العمومية، كما يتولى مهام انتقاء العروض وإعداد تقرير حول أفضلها وفارق الأسعار وإرساله إلى الهيئة المكلفة بالخصخصة التي تبلغها إلى الحكومة لتوافق عليها بعد استشارة لجنة مراقبة عمليات الخصخصة. وعموماً يمكن للمجلس اتخاذ كافة التدابير اللازمة لخصخصة المؤسسات العمومية، ويمكنه الاستعانة في ذلك بخبراء إذا اقتضى الأمر.

الفرع الثالث

لجنة مراقبة عمليات الخصخصة

نصت على إنشاءها المادة ٣٨ من الأمر ٢٢/٩٥، ونظمها المرسوم التنفيذي رقم ١٠٥/٩٦^(١)، وتشكل من:

- قاض بصفته رئيس يقترحه وزير العدل من بين القضاة المتخصصين في ميدان قانون الأعمال (ويعين بمرسوم تنفيذي).
- ممثل عن المفتشية العامة للمالية يقترحه الوزير المكلف بالمالية (ويعين بمرسوم تنفيذي).
- ممثل عن الخزينة يقترحه الوزير المكلف بالخزينة (ويعين بمرسوم تنفيذي).
- ممثل عن نقابة الأجراء الأكثر تمثيلاً تعيينهم هيئاتهم.

(١) المرسوم التنفيذي ١٠٥/٩٦ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٩٦ المتضمن تحديد كفاءات تنظيم لجنة مراقبة عمليات الخصخصة وسيرها، وكذلك كفاءات تعيين أعضائها وقانونهم الأساسي والنظام التعويضي المطبق عليهم، جريدة رسمية عدد ١٨.

- ممثل عن وزير القطاع المعني.

وتجتمع اللجنة بقوة القانون بمجرد استلام الملف المحال إليها، كما يمكن أن تجتمع بطلب من رئيسها، ويمارس أعضاؤها مهامهم لعهددة ثلاث (٠٣) سنوات لا يمكنهم خلالها شراء قيم منقولة أو أسهم أو أصول في الشركات المخصصة، سواء أكان ذلك بطريقة مباشرة أم غير مباشرة، كما لا يمكنهم تولي عضوية مجلس إدارة أو مجلس مراقبة أو وظيفة مسير في شركة عمومية أو خاصة تكون لهم فيها مصالح^(١).

ويتمثل دور اللجنة في السهر على احترام قواعد الشفافية في سير عمليات الخصخصة، ومن أجل ذلك تصادق على تقرير التقييم الذي يعده مجلس الخصخصة وفارق السعر وإجراءات التنازل بأغلبية أصوات الحاضرين، وفي حال تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً، وفي كل الأحوال لا تكون مداولات اللجنة صحيحة إلا بحضور ثلاثة أعضاء يكون عضوان منهم من بين المعينين بمرسوم تنفيذي^(٢).

ويتعين على اللجنة أن تبث في الملف المحال إليها في أجل شهر وإلا اعتبرت المصادقة حاصلة بقوة القانون، أما في حال معاناة خرق أو عدم احترام للقانون بشأن سير عملية الخصخصة يتعين عليها أن ترسل في نفس الأجل (أي أجل الشهر) تقريراً مفصلاً إلى الحكومة، ولم يوضح القانون القيمة القانونية لرأي اللجنة هل يكون ملزماً للحكومة أم أنه مجرد رأي استشاري. وتكون اللجنة عضواً بقوة القانون في لجنة فتح أظرفة العروض، ويمثلها عضوان من بين أعضائها يعينهما الرئيس، ويمكنها الاستعانة بأي خبير إذا رأت ذلك ضرورياً.

(١) المادة ٠٨ من المرسوم ١٠٥/٩٦.

(٢) المادتان ١٥، ١٦ من المرسوم التنفيذي ١٠٥/٩٦.

المطلب الثاني

كيفية الخصخصة في ظل الأمر ٢٢/٩٥

لقد حدد الأمر ٢٢/٩٥ المعدل والمتمم كيفية الخصخصة والتي يتوقف اختيار إحداها على الهيئة المكلفة بالخصخصة بعد أخذ رأي مجلس الخصخصة ولجنة مراقبة عمليات الخصخصة، بعدها يحال الملف إلى مجلس الحكومة لاتخاذ القرار بشأنه. والملاحظ هنا أن الجزائر اختارت النموذج الانجليزي بفتح مجال المنافسة أمام الأجانب، خلافاً للتجربة الروسية مثلاً التي اختارت إغلاق الباب أمام رأس المال الأجنبي لشراء وحدات القطاع العام. والخصخصة قد تكون كلية فتشمل التحويل الكلي للمؤسسة العمومية إلى القطاع الخاص، وقد تكون جزئية بالتنازل عن جزء فقط عن رأسمال المؤسسة^(١). وعموما تتم عمليات الخصخصة حسب الأمر ٢٢/٩٥ وفق الكيفيات الآتية:

الفرع الأول

التنازل عن طريق السوق المالية

يكون ذلك إما بعرض بيع أسهم وقيم منقولة في البورصة، أو بعرض علني للبيع بسعر ثابت، أو بتضافر هذين الأسلوبين معاً، وفي هذا الصدد يوصي بعض الخبراء بعدم طرح الأسهم مرة واحدة؛ لأنه قد لا يمكن تحصيل أقساط الأسهم دفعة واحدة، حتى لا تغرق السوق بإصدارات فوق طاقتها^(٢). وينبغي أن يكون سعر الدخول إلى البورصة مساوياً على الأقل للسعر الذي حدده مجلس الخصخصة^(٣). وقد وضع المرسوم التنفيذي رقم ١٣٤/٩٦^(٤) شروط تملك

(١) عجة الجباللي، المرجع السابق، ٣٦١، ٣٦٢.

(٢) صلاح عباس، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٣) المادة ٢٥ من الأمر ٢٢/٩٥.

(٤) المرسوم التنفيذي رقم ١٣٤/٩٦ المؤرخ في ١٣ إبريل ١٩٩٦ المتعلق بشروط تملك الجمهور للأسهم والقيم المنقولة الأخرى في المؤسسات العمومية التي ستخصص وكيفية ذلك، جريدة رسمية عدد ٢٣.

الجمهور للأسهم والقيم المنقولة الأخرى دعماً للخصوصية الشعبية، إذ يمكن للهيئة المكلفة بالخصوصية أن تحدد نسبة الأسهم القابلة للتنازل عنها أولوية لصالح أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية، على ألا يتجاوز الحد الأقصى لكل مكتب عشر مرات مبلغ الأجر الوطني الأدنى المضمون^(١).

ويجب أن يكون عرض بيع الأسهم أو القيم المنقولة الأخرى موضوع إشهار واسع، ويجب أن يبين إشهار التنازل أسهم المؤسسة العمومية المعنية ومقرها الاجتماعي وهدفها ورأسمالها والنسبة المئوية للأسهم والمساهمات وشهادة الاستثمار المزمع التنازل عنها ونتائج الاستغلال للسنوات الثلاث الأخيرة، النسبة المئوية من رأس المال أو عدد الأسهم المعروضة للبيع وسعر العرض عن السهم الواحد، مجموع السندات أو العدد الأدنى أو الأقصى من السندات التي يمكن أن يمتلكها نفس الشخص الطبيعي وعنوان الأماكن التي يتم فيها الاكتتاب والدفع بالتقسيط واحتمال المزايا والشروط التفضيلية. وقد حدد القانون نسبة الأسهم المخصصة للأشخاص الطبيعيين وفق شروط تفضيلية في ٢٠% من السندات المعروضة للبيع، ويمكن أن تأخذ الشروط التفضيلية شكل تخفيضات على سعر التنازل على ألا تتجاوز نسبة ١٥% من السعر المقترح، غير أنه بعد انقضاء أجل ثلاثة أشهر من تاريخ عرض المؤسسة للتنازل تعرض السندات للبيع وفق الشروط العادية. وعموماً تتولى الهيئة المكلفة بالخصوصية - بناء على رأي من مجلس الخصوصية ولجنة مراقبة عمليات الخصوصية - ضبط الشروط التفضيلية.

ومن محاسن اللجوء إلى السوق المالية إتاحة فرص متكافئة لصغار المدخرين والأفراد للمشاركة في تملك المؤسسات المعروضة للخصخصة وبالتالي توسيع قاعدة الملكية، وكذا الحصول على أسعار عادلة نسبياً لهذه المؤسسات في حال كانت الأسواق مستقرة وتعمل بصورة منتظمة^(٢)، غير أن

(١) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٤٢٦.

(٢) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع السابق، ص ١٧٢.

هذه العملية تتطلب شفافية عالية في تقييم أوضاع المؤسسات المطروحة للبيع، ووجود سوق مالية نشطة ومتطورة^(١)، وهو ما لا يتوافر في الجزائر.

الفرع الثاني التنازل عن طريق المزايدة

تتيح هذه الطريقة فرصاً أكبر لسير العملية بكل شفافية، وهي تخص عادة المشروعات الصغيرة الحجم، وقد نص عليها الأمر ٢٢/٩٥ في المادة ٢٧ بحيث يمكن أن يتم التنازل عن الأسهم والقيم المنقولة الأخرى، وكذلك التنازل الكلي أو الجزئي عن أصول المؤسسات العمومية عن طريق مزايدة محدودة أو مفتوحة وطنية أو دولية، ويجب أن تكون هذه المزايدة موضوع إعلان في نشرة الإعلانات الرسمية يحدد فيه اسم المؤسسة العمومية المعنية ومقرها الاجتماعي وهدفها ورأسمالها والنسبة المئوية للأسهم والمساهمات وشهادات الاستثمار المزمع التنازل عنها، والنشاط ونتائج الاستغلال للسنوات الثلاث الأخيرة وأجل تقديم العروض والشروط الخاصة للتنازل، وعند الاقتضاء يحدد سعر التنازل وهوية المالك للأصول المزمع التنازل عنها، مذكرة إعلامية عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمؤسسة العمومية أو الأصول موضوع التنازل، ويجب أن يكون سعر التنازل مساوياً على الأقل لسعر العرض.

وترسل العروض إلى رئيس مجلس الخصخصة، ويتولى فتح الأظرفة لجنة يرأسها هذا الأخير أو ممثله تتكون من: عضوين من المجلس يختارهما رئيسه، ممثل عن وزير القطاع المعني، وممثلين عن لجنة مراقبة عمليات الخصخصة. ويمكن لكل العارضين حضور عملية فتح الأظرفة بعد أن يتم إعلامهم بمكان وتاريخ ذلك^(٢).

(١) صلاح عباس، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) عجة الجيلالي، نفس المرجع، ص ٤٣٠.

غير أن من مساوئ هذه الطريقة أنها قد تكون وسيلة لمركزة الثروة والسيطرة على المؤسسة المعروضة للبيع من قبل حفنة من المتنفذين على حساب مفهوم توسيع الملكية الذي تروج له الخصخصة، كما أن المشتريين قد يتواطئون لتخفيض قيمة الأصول وهو ما قد ينعكس سلباً على جدوى العرض^(١).

الفرع الثالث خصوصية التسيير (التفويض)

يعد هذا الأسلوب مرحلة تمهيدية وأولية للخصخصة، ويأخذ عدة أشكال: عقود الإدارة (أو عقود التسيير) وهي عقود تبرمها الحكومة أو الجهة العامة مع المؤسسات والأفراد الخاصة والأجانب لإدارة المنشأة العامة مع بقاء ملكيتها للدولة لقاء أجور محددة أو نسبة من العائدات أو حصة من رأسمال المنشأة، ولا تعد الإدارة في هذه مسؤولية عن المخاطر التجارية أو عن التدهور في قيمة أصول المنشأة إلا إذا تم النص على ذلك في العقد^(٢)، وتخضع هذه العقود إلى القانون ٠١/٨٩ المعدل والمتمم للقانون المدني^(٣)، أما المنازعات المتعلقة بها فتؤول إلى اختصاص القضاء العادي، وعادة ما تلجأ الدول النامية إلى شركات متخصصة لإدارة بعض المؤسسات الإستراتيجية كالكهرباء والمياه والفنادق الكبرى، نتيجة الافتقار إلى جهاز إداري متخصص، وعدم توفر الكفاءات الضرورية لإنجاح مثل هذه المؤسسات، وقد لجأت الجزائر إلى هذا الأسلوب مثلاً لإسناد تسيير فندق "سوفيتال" بالعاصمة إلى الشركة الفرنسية آكور^(٤).

أما الشكل الثاني لتخصيص الإدارة فيتمثل في التأجير وهو أسلوب يتيح للخواص استثمار موارد لقاء أجور محددة من قبل الدولة، وفي هذه الحالة قد

(١) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٢) نفس المرجع، ص ١٦٨، ١٦٩.

(٣) عجة الجيلالي، نفس المرجع، ص ٤٣٠.

(٤) نفس المرجع، ص ٤٣٠.

يطالب المستثمر بتخفيض عدد العمال أو توظيف عمال جدد، أو استبدال عناصر الإدارة العامة بعناصره، حيث أنه معني بتحقيق معدلات مناسبة من الريعية وتخفيض تكاليفه والمحافظة على أصول المؤسسة، وفي مقابل ذلك - خلافاً لعقد التسيير - يتحمل المستأجر كافة المخاطر التجارية وأعباء الصيانة حسب قواعد دفتر الشروط.

وأحيانا تأخذ عملية خصخصة التسيير شكل عقد الامتياز الذي يتيح للمستثمر استثمار المشروع لمدة زمنية محددة يتحمل خلالها كافة المخاطر التجارية أيضا وتعود ملكيته بعد ذلك إلى الدولة^(١). وخلافاً لعقد التسيير الذي تخضع منازعاته إلى القضاء العادي فإن المنازعات المتعلقة بعقد الامتياز تخضع للقضاء الإداري، وقد لجأت الجزائر إلى هذه الطريقة في مجال مؤسسات النظافة وإدارة قطاع مياه الشرب في بعض المدن الكبرى.

وعموما يسمح أسلوب خصخصة التسيير بالتغلب على مشكل عدم مرونة العمال، ويمكنهم من التكيف مع المتغيرات الجديدة، كما يخلص الدولة من أعباء التسيير اليومي للمؤسسات، ومن النفقات الإضافية التي تتحملها كتقديم الإعانات للمؤسسات العاجزة^(٢).

الفرع الرابع

التنازل عن طريق البيع بالتراضي

يتم اللجوء إلى هذه الطريقة عند بيع المنشآت المهمة في قطاع الخدمات أو الصناعات الإستراتيجية، حيث تكون أهلية المستثمر الجديد وقدرته على التطوير والتحديث شرطاً أساسياً في عملية نقل الملكية، ويتم اختياره وفق

(١) نفس المرجع، ص ١٦٩.

(٢) عبد المجيد قدي، المدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية (دراسة تحليلية وتقييمية)، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة رقم ٠٤، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ٢١.

شروط ومواصفات محددة، وغالباً ما يكون ذلك على حساب قيمة الأصول المطروحة للبيع وعلى حساب الشفافية المطلوبة في هذه العملية^(١).

وقد نص الأمر ٢٢/٩٥ على أسلوب البيع بالتراضي واعتبره إجراء استثنائياً يكون بناء على تقرير مفصل من الهيئة المكلفة بالخصوصية الممثلة في مجلس مساهمات الدولة، ويتم اللجوء إليه في الحالات التالية^(٢):

- ١ - في حالة التحويل التكنولوجي النوعي: بمعنى إذا التزمت المؤسسة المتعاقد معها بنقل التكنولوجيا الحديثة إلى المؤسسة المعنية بالخصوصية، ففي هذه الحالة يكون لها أولوية الحصول على الصفقة عن طريق التعاقد بالتراضي.
- ٢ - في حالة ضرورة اكتساب تسيير متخصص بحيث يسمح التعاقد بإدخال تقنيات تسيير ذات مستوى عال من شأنها أن تؤدي إلى نتائج إيجابية فيما يخص مردودية المؤسسة المخصصة.
- ٣ - في حال لم تؤدي طريقة الخصوصية بطريق المزايدة إلى نتائج مجدية مرتين على الأقل، كأن يكون السعر المقترح أقل بكثير من سعر العرض، وقررت الهيئة المكلفة بالخصوصية عدم جدوى المزايدة.
- ٤ - في حال المؤسسات التي يتم التنازل عنها لصالح أجراءها وهذا بقرار من الحكومة^(٣).

وإذا كان الأمر ٢٢/٩٥ قد حصر كفاءات الخصوصية فإن تعديل سنة ١٩٩٧ فتح المجال أمام أية طريقة أخرى من شأنها ترقية مساهمات الجمهور^(٤).

(١) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، نفس المرجع، ص ١٧٢.

(٢) المادة ٣١ من الأمر ٢٢/٩٥ المتعلقة بخصوصية المؤسسات العمومية المعدل والمتمم.

(٣) تمت إضافة هذه الحالة بموجب الأمر ١٢/٩٧ المعدل والمتمم للأمر ٢٢/٩٥ المتعلقة بخصوصية المؤسسات العمومية.

(٤) المادة ٠٤ من الأمر ١٢/٩٧ المؤرخ في ١٩ مارس ١٩٩٧ المعدل والمتمم للأمر ٢٢/٩٥ المتعلقة بخصوصية المؤسسات العمومية.

المطلب الثالث

الامتيازات الخاصة بالأجراء

يعتبر منح هذه الامتيازات طريقة لإدماج القاعدة العمالية في الإصلاحات، وقد تم اعتمادها - قبلاً - في بريطانيا وروسيا وبعض دول أوروبا الشرقية، ونص عليها القانون الجزائري كذلك، فقد راعت السلطات الجزائرية لدى صياغتها للقانون المتعلق بالخوصصة مصالح الطبقة العاملة وحرصت على منح الأجراء بعض الامتيازات، والتي من ضمنها تخصيص نسبة مجانية لهم قدرها ١٠٪ من رأسمال المؤسسة المعنية بالخوصصة تكون ممثلة بأسهم يسير عائداها صندوق توظيف مشترك، لكن دون أن يكون لهم حق التصويت أو التمثيل في مجلس الإدارة، كما ينتفع العمال بالأجراء من حق الشفعة في ١٥٪ من رأس مال المؤسسة القابلة للخوصصة. وتضاف إلى هذه المزايا أحكام تحفيزية أخرى، يتعلق الأمر بانتفاع أجراء المؤسسة حتى عند التنازل من حق الشفعة ومن تخفيض قدره ١٥٪ كأقصى حد من سعر البيع، على أن يمارس هذا الحق خلال أجل ثلاثة (٠٣) أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ التنازل إلى الأجراء، وإذا ما قرروا امتلاك مؤسستهم فإنه يتوجب عليهم الانتظام في شركة يتم إنشاؤها حسب الأشكال التي ينص عليها القانون^(١).

وإذا كان الأمر ٢٢/٩٥ يشترط أن يكون الدفع فورياً في حال التنازل عن المؤسسة العمومية وفق إحدى الطرق السالف ذكرها، فإن تعديل سنة ١٩٩٧ أتاح إمكانية الاستفادة من امتيازات خاصة، وكذا إمكانية الدفع بالتقسيط لمبلغ التنازل، أما بالنسبة للامتيازات الخاصة فتتمثل في تخفيض سعر التنازل إلى حد أقصاه ٢٥٪ من سعر التنازل، ودفع مجزء على فترة لا تتجاوز خمس عشرة (١٥) سنة تدفع نسبة ٢٠٪ من سعر التنازل بصفة فورية، والباقي يدفع كل ستة (٠٦) أشهر بفائدة قدرها ٠٦٪ في السنة، مع تأجيل التسديد لمدة

(١) المادة ٤٦ من الأمر ٢٢/٩٥ المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية.

سنتين دون فائدة، أما في حال الدفع الكلي الفوري فيمكن للمقتنين الاستفادة من تخفيض إضافي قدره ١٥٪ من سعر التنازل، وللإستفادة من هذه الامتيازات يتعين على المقتنين الالتزام بترميم وتجديد المؤسسة في أجل سنتين على الأكثر عقب التنازل، والإبقاء على مناصب الشغل لمدة خمس سنوات على الأقل، إضافة إلى الإبقاء على المؤسسة في حالة نشاط لمدة خمس (٥٥) سنوات كذلك على الأقل^(١).

أما بالنسبة للدفع بالتقسيط فيستفيد منه في كل الأحوال العمال الأجراء في المؤسسة، وباقتراح من مجلس الخوصصة وقرار من الحكومة بالنسبة لباقي المقتنين، على ألا تتجاوز أجل الدفع مدة تفوق عشر (١٠) سنوات، وتمدد هذه المهلة في حال كان التنازل لصالح الأجراء إلى ٢٠ سنة، ويكون الدفع بالتقسيط وفق الشكل الآتي: تدفع نسبة ٣٠٪ فور إبرام عقد التنازل يمكن تخفيضها إذا كان التنازل لصالح الأجراء، والباقي يسدد في شكل مبالغ متساوية تدفع كل ستة (٥٦) أشهر بنسبة فائدة قدرها ٠٦٪ مع تأجيل التسديد لمدة تصل إلى خمس (٥٥) سنوات دون فائدة بالنسبة للأجراء وسنة واحدة لباقي المقتنين^(٢). وفي كل الأحوال يتعين على المقتني رهن الأملاك العقارية لفائدة المتنازل كضمان للوفاء، وفي حال عدم احترام تعهداته تلغى جميع الامتيازات الممنوحة إليه^(٣).

وعلى الرغم من أن قانون سنة ١٩٩٥ شكل خطوة مهمة في مسيرة الإصلاحات الاقتصادية، وتخليص الدولة من تبعات عجز مؤسساتها العمومية والتي ما فتئت تشكل عبئاً ثقيلاً على كاهل الخزينة العمومية جراء عمليات التطهير المتلاحقة، إلا أن هذا القانون لم يكن له الوقع المنتظر على الساحة

-
- (١) المواد ٠٢-٠٤ من المرسوم التنفيذي ٣٢٩/٩٧ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ١٩٩٧ المحدد لشروط منح امتيازات خاصة والدفع بالتقسيط لصالح مقتني المؤسسات العمومية المخصصة، جريدة رسمية عدد ٦٠.
- (٢) المادة ٠٧ من المرسوم ٣٢٩/٩٧.
- (٣) المادتان ٠٨، ١٠ من المرسوم ٣٢٩/٩٧.

الاقتصادية الجزائرية، فالكثير من المؤسسات المعروضة للخصخصة كانت في وضعية عجز وعليها ديون كثيرة رغم عمليات التطهير المتتالية، ما أدى إلى إحجام المستثمرين عن الدخول في رأسمالها أو شرائها حتى لا يجدوا أنفسهم مضطرين إلى دفع ديون لا علاقة لهم بها، هذا ناهيك عن الطابع التنفيري لبعض أحكام هذا القانون، حيث نجده يربط عملية الخصخصة بشروط مسبقة تتمثل في إصلاح المؤسسة أو تحديثها وهذا أمر معقول، ثم الحفاظ على كل مناصب الشغل أو بعضها وهذا أمر غير محفز، ونحن نعلم أن جل المؤسسات الاقتصادية الجزائرية كانت تشتغل بأضعاف ما كانت تحتاج إليه من اليد العاملة، فهل سيضطر المستثمر إلى الحفاظ على مناصب العمل وإثقال كاهله بكتلة أجور كبيرة؟ كما أن ذات القانون يشترط إبقاء المؤسسة في حالة نشاط لمدة خمس (٥) سنوات كحد أدنى وهو ما قد يشكل عقبة أمام المستثمر الراغب في بيع المؤسسة وتغيير النشاط، أو على الأقل تغيير مكان النشاط بالانتقال إلى منطقة تتمتع بقلّة تكاليفها أو بامتيازاتها الجبائية.

كما أن بعض الإجراءات التحفيزية التي اتخذت لصالح العمال قد يكون لها وقع سلبي بالنسبة للمستثمر، فحسب قانون سنة ١٩٩٥ حتى في حال رسو الصفقة على مستثمر ما يمكن أن تنتزع منه إذا ما مارس الأجراء حقهم في الشفعة وشراء المؤسسة، ثم إن الأجل المحدد لممارسة هذا الحق وهو ثلاثة (٠٣) أشهر هو أجل طويل إذا ما أضفناه إلى طول الإجراءات البيروقراطية الأخرى الناجمة عن كثرة الجهات التي تتدخل في عملية الخصخصة، والنتيجة أنه في ظرف سنتين لم تستطع السلطة خصخصة أية مؤسسة عمومية. ورغم مراجعة هذا القانون سنة ١٩٩٧ الذي جاء بأحكام تجيز بيع المؤسسة العمومية بالتراضي لصالح الأجراء مع منحهم امتياز الدفع بالتقسيط، وتبني أسلوب الخصخصة الجماهيرية من خلال فتح الباب أمام الجماهير لشراء أسهم في المؤسسة المخصوصة، وإلغاء شرط الاحتفاظ بالنشاط لفترة خمس سنوات بعد الخصخصة، كما قامت السلطات بمنح تعويضات لصالح العمال الذين يرغبون في التسريح الطوعي رغبة منها في التقليل من الحجم الكبير للعمالة مقارنة

بقدره استقطاب المؤسسات العمومية، لتحفيز المستثمرين على شراء هذه المؤسسات؛ ما أدى إلى تسريح عدد كبير من العمال وارتفاع نسبة البطالة في هذه الفترة بمعدلات مخيفة، لكن رغم هذا كله ظل برنامج الخصخصة يراوح مكانه؛ ما اضطر الدولة إلى إعادة النظر في قانون سنة ١٩٩٥ وإصدار قانون بديل سنة ٢٠٠١، فهل كان لهذا الأخير الوقع المنتظر على برنامج الخصخصة؟

عمليات الخصخصة بين سنتي ١٩٩٧ - ١٩٩٩

(المصدر: مجلس الخصخصة)

عمليات مبرمجة	عمليات منفذة	
٠٠	٠٠	١٩٩٧
١٨٩	٠٠	١٩٩٨
١٧٠	٠٠	١٩٩٩

ÉVOLUTION DU TAUX DE CHÔMAGE (%)



تطور نسبة البطالة في الجزائر في الفترة بين ١٩٩٠-٢٠٠٦^(١)

(المصدر: المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي)

(١) المرجع: التقرير الوطني حول التنمية البشرية-الجزائر ٢٠٠٧- الصادر في جويلية ٢٠٠٨.

المبحث الثاني

الخصصة في ظل قانون سنة ٢٠٠١

فبالنظر إلى هشاشة النتائج المحققة من برنامج الخصصة الذي أقره الأمر ٢٢/٩٥، اضطرت السلطات العمومية إلى إعادة النظر في ذلك القانون بسن قانون جديد هذه المرة، يتعلق الأمر بالأمر ٠٤/٠١ المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ولقد عرف هذا القانون الخصصة على أنها: "كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، وتشمل كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة أو الأشخاص المعنويون الخاضعون للقانون العام، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب للزيادة في رأس المال، كما قد تشمل الصفقة الأصول التي تشكل وحدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة^(١)."

وعليه فقد حصر المشرع هذه المرة الخصصة في عملية تحويل الملكية، واستبعد الأشكال الأخرى للخصصة التي كان معمول بها سابقا في ظل قانون سنة ١٩٩٥ كالصيغ التعاقدية المتمثلة في عقد الإيجار وعقد التسيير^(٢). وخلافا لقانون سنة ١٩٩٥ الذي حصر نطاق الخصصة في سبعة عشر نشاطا اقتصاديا، فإن قانون سنة ٢٠٠١ يتيح خوصصة أية مؤسسة مهما كان نشاطها الاقتصادي، وترجع السلطة التقديرية في ذلك إلى السلطات وحدها التي يمكنها أن تختار عدم خوصصة المؤسسات الإستراتيجية^(٣).

- (١) المادة ١٣ من الأمر ٠٤/٠١ المؤرخ في ٢٠ أوت ٢٠٠١ المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، جريدة رسمية عدد ٤٧.
- (٢) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٥٤٤.
- (٣) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، نشر لباد، سطيف، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص ٢٤٠.

المطلب الأول

الهيئات المكلفة بتنفيذ الخوصصة.

خلافًا لقانون سنة ١٩٩٥، حرص الأمر ٠٤/٠١ على إيكال مهام الخوصصة إلى وزير المساهمات مع الاستعانة بمجلس مساهمات الدولة ولجنة مراقبة عمليات الخوصصة:

الفرع الأول

المهام المنوطة بالوزير المكلف بالمساهمات

يضطلع الوزير المكلف بالمساهمات بدور رئيس في عملية الخوصصة بحيث أنه المكلف بإعداد برنامج الخوصصة ومتابعة تنفيذه بالتشاور مع الوزراء المعنيين كل حسب قطاعه^(١)، كما أنه المكلف باختيار الإجراءات والكيفيات المتعلقة بنقل الملكية، واقتراحها على مجلس مساهمات الدولة للموافقة عليها، كما يتولى الوزير المكلف بالمساهمات مهام تقدير قيمة المؤسسات أو الأصول التي يعتزم التنازل عنها، ويقوم بدراسة العروض وانتقائها، ثم يُعد تقريراً مفصلاً حول العرض الذي تم قبوله، ويمكنه الاستعانة في ذلك بالخبرة الوطنية إذا اقتضى الأمر، وعليه أيضاً إعداد تقرير سنوي عن عمليات الخوصصة وعرضه على مجلس مساهمات الدولة وعلى الحكومة، كما يقوم أيضاً بعرضه على مجلس الوزراء وعلى البرلمان لمناقشته^(٢).

وبخصوص كفاءات الخوصصة لم يأت الأمر ٠٤/٠١ بجديد عن سابقه - عدا استبعاده صيغ عقد الإيجار وخوصصة التسيير - بنصه على أن تنفيذ عمليات الخوصصة يمكن أن تتم إما باللجوء إلى آليات السوق المالية كالعرض في البورصة، وإما بمناقصات أو باللجوء إلى البيع بالتراضي، وهذا بعد ترخيص

(١) نفس المرجع، ص ٥٣٣.

(٢) المواد ٢١-٢٥ من الأمر ٠٤/٠١.

من مجلس مساهمات الدولة، وبناء على تقرير مفصل من الوزير المكلف بالمساهمات، كما يمكن أن تتم الخوصصة بأية طريقة أخرى تهدف إلى ترقية مساهمات الجمهور، وعليه فالفرق الوحيد بين قانون سنة ٢٠٠١ وقانون سنة ١٩٩٥ - زيادة على استبعاد صيغ عقد الإيجار وخوصصة التسيير - يتمثل في إلغاء الطابع الاستثنائي للجوء إلى التنازل عن طريق التراضي ورهنه بترخيص من مجلس مساهمات الدولة، مع إلغاء الحالات التي كان يمكن اللجوء فيها مباشرة إلى مثل هذا الإجراء طبقاً للأمر ٢٢/٩٥، وربما يرجع ذلك إلى الرغبة في إضفاء أكبر قدر من الشفافية على عملية الخوصصة وإخضاعها - بقدر الإمكان - إلى مبدأ المنافسة لا غير، ولضمان مساهمة أوسع للأجراء والجمهور وتحويل جزء من مدخراتهم واستثمارها في المؤسسة المخوصصة نص الأمر ٠٤/٠١ على إمكانية تجزئة الأسهم والحصص الاجتماعية إلى سندات وقيم اسمية أقل، وهو ما يسمح بإنشاء رأسمالية شبه شعبية^(١).

الفرع الثاني

مجلس مساهمات الدولة

لقد استبدل المشرع المجلس الوطني لمساهمات الدولة بمجلس مساهمات الدولة وهذا بموجب المادة الثامنة (٠٨) من الأمر ٠٤/٠١، فحذف تسمية "الوطني" من التسمية السابقة ربما رغبة في إزالة كل ما يرمز إلى الدولة كسلطة عمومية، أو قصد طمأنة الشريك الخاص - سيما الأجنبي منه - بجدية نوايا السلطة لتحرير الاقتصاد وخوصصة المؤسسات العمومية^(٢)، وقد تولى تنظيم هذا المجلس المرسوم التنفيذي رقم ٢٥٣/٠١، وهو يتشكل من^(٣):

- وزير الدولة وزير العدل.

(١) المادة ٤٤ من الأمر ٠٤/٠١.

(٢) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٥٣٠.

(٣) المادة ٠٢ من المرسوم التنفيذي رقم ٢٥٣/٠١ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠١ المتعلق بتشكيل مجلس مساهمات الدولة وسيره، جريدة رسمية عدد ٥١.

- وزير الدولة وزير الداخلية والجماعات المحلية.
 - وزير المالية.
 - وزير المساهمات وتنسيق الإصلاحات.
 - وزير التجارة.
 - وزير العمل والضمان الاجتماعي.
 - وزير تهيئة الإقليم والبيئة.
 - وزير الصناعة وإعادة الهيكلة.
 - الوزير المنتدب لدى وزير المالية المكلف بالخزينة وإصلاح المالية.
 - الوزير أو الوزراء المعنيون بجدول الأعمال.
- ويوضع المجلس تحت سلطة ورئاسة رئيس الحكومة.

وقد وسع القانون من صلاحيات المجلس الجديد فاستحوذ على صلاحيات المجلس القديم وصلاحيات مجلس الخصوصية، وتنقسم هذه الصلاحيات إلى صلاحيات ذات طابع إستراتيجي تتمثل في تحديد الإستراتيجية الشاملة في مجال المساهمات والخصوصية، فتمتد اختصاصاته لكافة مراحل الخصوصية بدءاً من ضبط وتنظيم القطاع العام إلى تقرير سياسات الخصوصية، كما أن له صلاحيات تنفيذية تشمل تحديد السياسات والبرامج المتعلقة بالمساهمات وتنفيذها، وتحديد سياسات وبرامج الخصوصية والموافقة عليها ودراسة ملفات الخصوصية والموافقة عليها^(١). وللقيام بعمله يجتمع المجلس مرة واحدة على الأقل كل ثلاثة أشهر برئاسة رئيس الحكومة، ويمكن استدعاؤه للاجتماع في كل وقت بناء على طلب رئيسه أو أحد أعضائه^(٢).

(١) عجة الجبالي، نفس المرجع، ص ٥٣١.

(٢) تجدر الإشارة أنه لمتابعة عمليات الخصوصية يمكن لمجلس الخصوصية إنشاء لجنة بموجب لائحة.

الفرع الثالث

لجنة مراقبة عمليات الخصخصة

لقد نص الأمر ٠١/٠٤ على إنشاء لجنة لمراقبة عمليات الخصخصة تتمتع بالاستقلال المالي والإداري وتتشكل من^(١):

- قاض من سلك القضاء بصفته رئيساً للجنة يقترحه وزير العدل من بين القضاة المتخصصين في قانون الأعمال.
- ممثل عن المفتشية العامة للمالية يقترحه وزير المالية.
- ممثل عن الخزينة يقترحه الوزير المكلف بالخزينة.
- ممثل عن المنظمة النقابية الوطنية الأكثر تمثيلاً.

ويمارس هؤلاء الأعضاء مهامهم لمدة ثلاث (٠٣) سنوات قابلة للتجديد. وتجتمع اللجنة كلما كان ذلك ضرورياً، وبقوة القانون بمجرد استلام الملفات المحالة إليها من الوزير المكلف بالمساهمات في كل مرحلة من مراحل عملية الخصخصة^(٢). وللجنة سلطات واسعة تتيح لها الاطلاع على أية وثيقة لها علاقة بملف الخصخصة المعروض عليها، ولا تكون مداولاتها صحيحة إلا إذا حضرها ثلاثة (٠٣) أعضاء على الأقل، ويصادق على آرائها بأغلبية أصوات الحاضرين وفي حال تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس، وتدون المداولات في سجل مرقم وموقع تسجل فيه تحفظات الأعضاء إذا اقتضى الأمر^(٣)، وتبلغ اللجنة رأيها حول سير عملية الخصخصة إلى رئيس الحكومة خلال أجل لا يتعدى شهراً واحداً من تاريخ استلامها ملف التنازل، والملاحظ هنا أن القانون لم يحدد مصير العملية في حال انقضاء هذا الأجل، كما لم يحدد طبيعة رأي اللجنة في

(١) المادة ٠٤ من المرسوم التنفيذي ٣٥٤/٠١ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠١ المحدد لتشكيلة لجنة مراقبة عمليات الخصخصة وصلاحياتها وكيفية تنظيمه وسيرها، جريدة رسمية عدد ٦٧.

(٢) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٥٥٥.

(٣) المادتان ٠٧، ٠٨ من المرسوم التنفيذي ٣٥٤/٠١.

حال معارضتها للصفقة، هل يكون ملزماً للحكومة أم أنها تأخذ به على سبيل الاستئناس فقط؟ وبالتالي هل تلغى عملية الخوصصة أم لا؟

وتالياً لاستعمال أعضاء اللجنة للمعلومات المتحصل عليها بمناسبة أداء مهامهم، والاستفادة منها للحصول على امتيازات من عملية الخوصصة، حرص المشرع على منعهم من مزاوله أية عهدة في مجلس إدارة أو مراقبة في أية مؤسسة عمومية مدرجة في برنامج الخوصصة خلال أدائهم لوظائفهم باللجنة، وزيادة على ذلك لا يمكنهم الترشح سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لشراء أسهم أو حصص في الشركة المخوصصة حتى انقضاء ثلاث سنوات من انتهاء عهدهم باللجنة، كما يتعين عليهم التقيد بالسر المهني وهذا تحت طائلة عقوبات جزائية.

مسار الخوصصة



المصدر: وزارة الصناعة و ترقية الاستثمارات

المطلب الثاني

الامتيازات الخاصة بالأجراء

على غرار الأمر ٢٢/٩٥ حرص قانون سنة ٢٠٠١ على إدراج بعض الامتيازات الخاصة بالعمال الأجراء^(١)، والتي تمثلت في الاستفادة من حصة مجانية من رأسمال المؤسسة المخصصة قدرها ١٠٪ من سعر التنازل لكن دون أن يكون لهم حق التصويت أو التمثيل في مجلس الإدارة، أما إذا كانوا يرغبون في استعادة مؤسستهم فيتمتعون بحق الشفعة، ويشمل هذا الحق كامل الرأسمال الاجتماعي للمؤسسة وليس نسبة ٢٠٪ فقط كما كان ينص قانون سنة ١٩٩٥^(٢). ويتعين على الأجراء إبلاغ نيتهم في استعادة مؤسستهم إلى السلطات المعنية خلال أجل شهر واحد من تاريخ تبليغهم عرض التنازل، وفي هذه الحالة يجب عليهم الانتظام في شركة طبقاً للأشكال المنصوص عليها في القانون التجاري، ويستفيد الأجراء من تخفيض قدره ١٠٪ من مبلغ التنازل على أن تدفع حصة أولية يتم الاتفاق عليها في عقد التنازل، ويدفع الباقي خلال أجل أقصاه ٢٠ سنة على أقساط سنوية ثابتة تدفع في ٣١ ديسمبر من كل سنة بنسبة فائدة سنوية قدرها ٠٦٪ تحسب ابتداء من السنة السادسة وإرجاء دفع الحصة الأولية لمدة سنتين^(٣). وقد سمحت هذه الامتيازات باستعادة حوالي ٦٩ مؤسسة عمومية لصالح الأجراء بين سنتي ٢٠٠٣ و ٢٠٠٧.

وفي مقابل هذه الامتيازات نص القانون على بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الأجراء والتي من ضمنها الالتزام برهن السندات المستعادة نظير

(١) تجدر الإشارة إلى أن الأجير الذي يستفيد من هذه الامتيازات هو المسجل منذ سنة واحدة على الأقل في جدول إعداد المستخدمين عند تاريخ تبليغ التنازل مهما تكن الطبيعة القانونية لعقده، وهو ما نصت عليه المادة ٠٤ من المرسوم التنفيذي ٠١/ ٣٥٣ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠١ المحدد لشروط استعادة الأجراء لمؤسستهم العمومية الاقتصادية وكيفيات ذلك، جريدة رسمية عدد ٦٧.

(٢) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٥٤٨.

(٣) المادة ١٢ من المرسوم التنفيذي ٠١/ ٣٥٣.

الاستفادة من الامتيازات المذكورة، زيادة على الالتزام بعدم التنازل عن رأسمال المؤسسة طوال مدة خمس (٥٠) سنوات ابتداء من تاريخ الاكتتاب، وإلا تعين على الأجراء تسديد مبلغ التخفيض، وفقدوا كافة الامتيازات السالف ذكرها.

أما بالنسبة للأجراء الذين لا يهمهم استعادة مؤسستهم فلهم الخيار بين تلقي تعويضات مقابل التسريح الطوعي، أو الاحتفاظ بوضعهم كأجراء في الشركة المستعادة^(١).

جلي هنا أن هذه الامتيازات خاصة بالأجراء وحدهم، فماذا عن باقي المقتنين؟

بالرجوع إلى نص المادة ١٧ من الأمر ٠٤/٠١ نجدها تنص على إمكانية استفادة هؤلاء من مزايا خاصة يتم التفاوض عليها حالة بحالة، شريطة التزام المشتري بإصلاح المؤسسة أو تحديثها أو الحفاظ على مناصب الشغل جميعها أو بعضها. والواقع يبرز أن بعض المؤسسات تم التنازل عنها فعلاً بأسعار جد منخفضة مقارنة بقيمتها الحقيقية، وعليه فقد فتح الأمر ٠٤/٠١ الباب واسعاً أمام المقتني للحصول على امتيازات خاصة مقارنة بقانون سنة ١٩٩٥ الذي كان يحدد هذه الامتيازات على سبيل الحصر^(٢).

لكن بالمقابل نلاحظ أن الأمر ٠٤/٠١ نص على إمكانية إخضاع عقد بيع المؤسسات العمومية إلى بعض الشروط غير المألوفة، حيث تنص المادة ١٩ من هذا الأمر على إخضاع شروط نقل الملكية إلى دفاتر شروط خاصة تكون جزءاً لا يتجزأ من عقد التنازل الذي يحدد حقوق وواجبات كل من المتنازل والمتنازل له، ويمكن أن تنص دفاتر الشروط عند الاقتضاء على إمكانية احتفاظ المتنازل - مؤقتاً - بسهم نوعي. وقد عرفت المادة ٠٢ من المرسوم التنفيذي ٠١/٣٥٢ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠١ الذي يحدد شروط ممارسة حقوق السهم

(١) المادة ٠٧ من المرسوم التنفيذي ٠١/٣٥٣.

(٢) راجع المادة ٣١ من الأمر ٢٢/٩٥ المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية المعدل والمتمم.

النوعي وكيفيات ذلك^(١) عرفت السهم النوعي على أنه: "...سهم في رأس مال الشركة ناتج عن خوصصة مؤسسة عمومية اقتصادية، تحتفظ به الدولة مؤقتاً، ويحولها حق التدخل بموجبه لأسباب ذات مصلحة عامة". وتمارس الدولة حق الاحتفاظ بسهم نوعي لمراقبة احتمال انحراف المؤسسة بعد بيعها عن الشروط المحددة في عقد البيع سيما تلك التي تعتبرها السلطات العمومية متعلقة بالصالح العام. حيث تنص المادة ٥٥ من ذات المرسوم: "يكفل السهم النوعي للمستفيد الحقوق المحددة أدناه:

- تعيين ممثل واحد أو ممثلين اثنين عن الدولة في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، وفي الجمعيات العامة للمؤسسة من دون حق التصويت.
- سلطة الاعتراض على أي قرار يتعلق بما يأتي:
- تغيير طبيعة نشاط المؤسسة.
- التصفية الإدارية.
- تقليص عدد المستخدمين".

وتضيف المادة ٥٦ من ذات المرسوم أنه يمكن تحويل السهم النوعي إلى سهم عادي بقرار يتخذه رئيس الحكومة بعد الاستماع إلى مجلس مساهمات الدولة، ولا يمكن أن يتجاوز ذلك ثلاث سنوات^(٢). وجلي هنا أن المشرع حاول إيجاد قدر من سلطة تدخل الدولة حتى بعد التنازل عن المؤسسة.

وكان للأحكام التحفيزية التي جاء بها قانون سنة ٢٠٠١ وقع إيجابي على برنامج الخوصصة؛ حيث تمخضت عنها العديد من النتائج: كخصخصة مؤسسة "رياض سطيف" وخصخصة فروع من مجمع "اينابال" (ENAPAL) والاتفاق الموقع بين مؤسسة صيدال للمواد الصيدلانية والمؤسسة الإماراتية Hermès.

(١) جريدة رسمية عدد ٦٧.

(٢) ناصر لباد، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

وقد عرف مسار خصخصة شركات النقل البحري تقدماً ملحوظاً بحيث تم تخصيص مبلغ ١٠ مليارات دينار لتطهير الشركة الوطنية للنقل البحري للمسافرين. ومن أهم مشاريع الخصخصة التي تم تجسيدها في الجزائر خصخصة شركة "ألفاسيد" لصناعة الحديد والصلب بشراء مجموعة "إسبات" الهندية لـ ٧٠٪ من أسهمها، وقد تطلب الأمر تكفل الخزينة العمومية بتسديد ديون ألفاسيد المقدرة بأكثر من ٥٠ مليار دينار، وتبني مخطط تصحيح داخلي كلف تسريح أكثر من ١٨ ألف عامل، وتم توقيع عقد الشراكة بتاريخ ١٥/٠٦/٢٠٠١^(١). كذلك من أهم المشاريع المجسدة شراء شركة "هنكل" الألمانية لجزء من رأسمال المؤسسة الوطنية لمواد التنظيف بقيمة مالية قدرها ٨٠ مليون دولار^(٢)، حيث نجم عن هاتين العمليتين زيادة معتبرة في قدرات الإنتاج ناهيك عن تحسين نوعية للمنتوج وأجور العمال، كما وقّعت المجموعة السعودية السويسرية المشتركة "سافولا" اتفاقية بـ ٥٠ مليون دولار أميركي لشراء ثلاث وحدات إنتاجية من "المجمع الصناعي للمواد الدسمة"، وتمت كذلك مناقصات ناجحة بيعت بموجبها أصول حكومية أصغر من بينها أكثر من ١٠٠ صيدلية من أصل ٤٨٣ معروضة للبيع^(٣). وحسب البيانات الصادرة عن مجلس مساهمات الدولة فقد تم بين شهري جانفي ومارس ٢٠٠٨ التوقيع بالأحرف الأولى على ثلاثة اتفاقات خصخصة مع شركاء إيطاليين، وعلى اتفاق رابع للتنازل عن مؤسسة جزائرية خاصة، يتعلق الأمر بالاتفاقات بين الشركة الوطنية للملاحة (كنان) والمجمع الإيطالي "داريو بيريلي" للتنازل عن ٤٩ بالمائة من رأسمال الشركة الوطنية للملاحة (متوسط)، والاتفاق بين مجمع الإسمنت بالشرق والوسط والشركة الإيطالية "بوزي أونيسام" لفتح رأسمال مصنعي الإسمنت بالشرق والوسط بنسبة ٣٥ بالمائة، ثم أخيراً الاتفاق بين شركة تسيير المساهمات "كوجوب" والشركة ذات الشخص الوحيد "كروم وهران" (فينيوبل دو لوراني)

(١) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

(٢) نفس المرجع، ص ٤٩٤.

(٣) <http://www.arabcomconsult.com/algeria/accelerate.htm>

للتنازل عن إجمالي وحدة صناعة الجعة بوهران. وعموما بلغ عدد المؤسسات التي تمت خصصتها بين ٢٠٠٣ و ٢٠٠٧ بشكل إجمالي أو جزئي حسب الأرقام التي كشف عنها وزير الصناعة وترقية الاستثمارات ٤١٧ وحدة اقتصادية في عمليات سمحت بضخ ١٢٥ مليار دينار في خزانة الدولة ما يعادل ١,٣٧ مليار دولار^(١).

حصيلة الخوصصة بين سنتي ٢٠٠٣ - ٢٠٠٧

عدد العمليات	٢٠٠٣	٢٠٠٤	٢٠٠٥	٢٠٠٦	٢٠٠٧	المجموع
الخوصصة الإجمالية	٥	٧	٥٠	٦٢	٦٨	١٩٢
الخوصصة الجزئية (< ٥٠٪)	١	٢	١١	١٢	٧	٣٣
الخوصصة الجزئية (> ٥٠٪)	٠	٣	١	١	٦	١١
الاستعادة من طرف الأجراء	٨	٢٣	٢٩	٩	٠	٦٩
الشراكة المضافة	٤	١٠	٤	٢	٩	٢٩
التخلي على الأصول للخواص الذين سيشترونها من جديد	٢	١٣	١٨	٣٠	٢٠	٨٣
المجموع	٢٠	٥٨	١١٣	١١٦	١١٠	٤١٧

المصدر: وزارة الصناعة وترقية الاستثمارات^(٢)

(١) يومية المساء الجزائرية، العدد الصادر بتاريخ ٠٥ أكتوبر ٢٠٠٨.

(٢) http://www.mipi.dz/ar/index_ar.php?page=priv&titre=priv3

المبحث الثالث معوقات الخصصة في الجزائر

رغم النتائج التي سجلتها عملية الخصصة في الجزائر إلا أنها تظل محتشمة ودون المستوى المطلوب، فلا شك أن عملية الخصصة تنطوي على تغييرات عميقة في الاقتصاد والمجتمع بل وفي الإدارة العمومية والنصوص القانونية، إذ يجب أن تتمتع هذه العوامل بالقدرة على التفاعل مع هذا البرنامج. ويبرز من واقع التجربة الجزائرية أن ضعف حصيلة الخصصة ناتج بالضرورة عن معوقات ترتبط أساساً بهذه العوامل:

المطلب الأول العوائق الاقتصادية

تتجسد هذه العوائق في محدودية التراكم الرأسمالي وعدم قدرة الرأسمال المحلي على شراء الأصول المطروحة للبيع، ناهيك عن عدم توفر الخبرة الفنية الكافية لإدارة المشاريع الكبرى وتحديثها، فالمؤسسات العمومية الكبرى تتطلب مستويات إدارية علمية وتقنية متقدمة، ونقل هذه المشاريع إلى القطاع الخاص - سيما المحلي منه - لن يساعد في تطوير الإدارة والعملية الإنتاجية لأن هذا القطاع يفتقد عموماً لمثل هذه الإدارة^(١).

يضاف إلى ذلك ضعف ومحدودية السوق المالية المحلية وهذا نتيجة ضعف الاقتصاد وتدني مستويات الادخار بشكل عام، فإلى وقت غير بعيد لم تكن الجزائر تتوافر على سوق للتبادلات المالية، ويرجع تأسيس أول بورصة للقيم المنقولة في الجزائر إلى سنة ١٩٩٣ فقط بموجب المرسوم التشريعي ٩٣/١٠^(٢)، وقد تم تجميد عملها لفترة طويلة ولم يتم رفع هذا التجميد إلا مؤخراً، كما أن هذه السوق لا تتوفر إلا على عدد قليل من أسهم الشركات القابلة للتداول

(١) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع السابق، ص ١٨٠.

(٢) المرسوم التشريعي ٩٣/١٠ المؤرخ في ٢٣ ماي ١٩٩٣ المتعلق ببورصة القيم المنقولة.

وحجم التداولات الفعلية ضئيل جداً، ففي بعض الدول النامية التي تعرف أسواقها المالية وضعية أحسن من الجزائر كمصر وبعض دول مجلس التعاون الخليجي، كانت قيمة الأصول المطروحة للبيع في سوق الأسهم أعلى بكثير من جملة القيم المتداولة في السوق، الأمر الذي دفع هذه الدول إلى إرجاء عملية الخصخصة وتقسيم كتلة هذه الأسهم على دفعات، فزيادة حجم القيم المعروضة في السوق عن الطاقة الاستيعابية لهذه السوق يؤدي إلى انهيار القيم المعروضة وتداولها بأسعار أدنى من قيمتها الحقيقية^(١). وبالإضافة إلى ذلك لا يوجد ترويج إعلامي كاف لعمليات التداول في السوق المالي، فالمواطن الجزائري لا يملك عادة التعامل مع هذه الأسواق ولا تتوفر لديه ثقة كافية بها، ولا يمكن في فترة زمنية محدودة خلق جو من هذه الثقة. أما فيما يخص أسلوب المزايدة فقانون سنة ١٩٩٥ كان يشترط طرح الأصول للبيع على الأقل بالقيمة التي خلص إليها التقييم الحقيقي لهذه الأصول والتي قد تكون مرتفعة، قبل أن يتم التخلي عن هذا الشرط بموجب قانون سنة ٢٠٠١ الذي لم يعد يعر اهتماماً بالغاً بالجدوى المالية وترك تحديد سعر العرض إلى البورصة بدل مجلس الخصخصة سابقاً^(٢).

وإلى جانب هذه العوامل نذكر أيضاً التكاليف المالية الكبيرة لعملية الخصخصة، وهذا ما حدا بمؤسستي "بروتون وودز" (البنك وصندوق النقد الدوليين) وبعض المؤسسات المالية الدولة الأخرى إلى إنشاء صناديق لدعم هذه العملية، كالقرض الذي تحصلت عليه الجزائر سنة ٢٠٠٠ من البنك الدولي للإنشاء والتعمير لدعم عملية الخصخصة^(٣). فالمرئود المادي للخصخصة عادة ما يكون ضئيلاً، ونستحضر هنا ما سماه بعض الاقتصاديين أكبر عملية سطو في القرن العشرين في روسيا حيث استولت المافيا والمتنفذون السياسيون ورأس المال الأجنبي على الشركات العامة بأسعار رمزية سنة ١٩٩٥، ونقلت ملكية ١٢٥٠٠ مؤسسة إلى القطاع الخاص وقدرت قيمة المؤسسات الخمسمائة

(١) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٢) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٥٤٦، ٥٤٧.

(٣) اتفاق القرض رقم ٧٠٢٩ الموقع في ٢٣ أكتوبر ٢٠٠٠ بواشنطن (دس) بين الجزائر والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع دعم الخصخصة، جريدة رسمية عدد ٧٧.

الرئيسية بـ ٢٠٠ مليار دولار في حين أنها بيعت بـ ٧ ملايين دولار فقط^(١). أما في الجزائر فقد أنفقت السلطات بين سنتي ١٩٩٨ و ١٩٩٩ مثلاً حوالي ٣ مليار دينار، وإذا قابلنا هذا الرقم بضعف حصيلة الخوصصة فإن الأمر سيصبح غير محفز بتاتاً للمضي قدماً في هذه العملية، ففي سنة ٢٠٠٥ مثلاً تم خوصصة ١١١ مؤسسة وسجلت حصيلة مالية من هذه العمليات قدرت بـ ١٨ مليار دينار في حين أن المكشوف البنكي للمؤسسات العمومية ناهز ١٢ مليار دينار ناهيك عن الديون الأخرى^(٢)، فتكلفة إعداد الدراسات وتكاليف التطهير المالي للمؤسسات وتعويضات العمال تستهلك جزءاً كبيراً من العائدات بل وفي بعض الأحيان تستهلكها كلها^(٣)، فمثلاً نجد أن التطهير المالي قد كلف الخزينة العمومية عشرية التسعينات مبلغاً تجاوز ٧٠٠ مليار دينار دون أن يفضي ذلك إلى نتيجة^(٤). وعليه فالمستثمر الخاص لن يجازف بشراء مؤسسة عاجزة ولها ديون كبيرة على نمتها.

المبالغ المستعملة في عملية تطهير المؤسسات

السنة	المبلغ بمليارات الدينارات
١٩٩٤	١٦٩
١٩٩٥	٦٨
١٩٩٦	٤,٨٣
١٩٩٧	١٢٢
١٩٩٨	٨٧

المصدر: وزارة الصناعة وإعادة الهيكلة

- (١) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، نفس المرجع، ص ١٧٨، ١٧٩.
- (٢) تم الحصول على هذه الأرقام من مصادر صحفية، انظر صحيفة الخبر العدد ٤٥٧٦ الصادرة يوم ١٣/١٢/٢٠٠٥، ص ٠٦.
- (٣) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، نفس المرجع، ص ١٧٧.
- (٤) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

المطلب الثاني العوائق الاجتماعية

تتمثل هذه العوائق في معارضة العمال والمنظمات النقابية لعملية الخصخصة، فالتحول إلى القطاع الخاص سيؤدي بالنتيجة إلى تراجع الأهداف الاجتماعية الحاكمة في المشروعات العامة كتوفير الخدمات الأساسية للمواطنين، خلق فرص عمل للعمالة الوطنية ورفع المستوى المعيشي لأفراد المجتمع عامة..^(١) وبذلك يكون الأجراء هم المتضرر الأكبر من هذه العملية، ففي مصر مثلاً حالت المقاومة العمالية أوائل الثمانينات دون التمكن من خصخصة شركة "إديال" التي كانت شركة "تومسون" تسعى للاستحواذ عليها، وكذلك الحال بالنسبة لشركة "النصر للصناعات الميكانيكية" التي كانت شركة "جنرال موتورز" ترغب في شرائها. كما عرفت يوغسلافيا العديد من المظاهرات العمالية نتيجة لبرنامج الخصخصة الذي تجاهلهم تماماً^(٢)، وهو ما دفع ببلدان أخرى إلى الاعتاض من هذه التجارب كروسيا مثلاً التي خصصت ١٠٪ من أسهم المؤسسات المعروضة للخصخصة لصالح العمال بخضم نسبته ٣٠٪ من القيمة الاسمية، ناهيك عن استفادتهم من نسبة ١٠٪ من الإيرادات الناتجة عن عملية البيع^(٣).

والحال كذلك بالنسبة للجزائر التي خصصت امتيازات مهمة لصالح الأجراء بمنحهم حق الشفعة لاسترداد مؤسستهم في حال عرضت للخصخصة، وإمكانية شرائها عن طريق الدفع بالتقسيط لأجل يصل إلى عشرين (٢٠) سنة وبفوائد تفضيلية وتخفيض قدره ١٥٪ من سعر التنازل، ناهيك عن استفادتهم من حصة مجانية قدرها ١٠٪ من قيمة التنازل، كما اشترط القانون على المستثمر الخاص

(١) ضياء مجيد، الخصخصة والتصحيحات الهيكلية (آراء واتجاهات)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧٢.

(٢) صلاح عباس، المرجع السابق، ص ١٥٣ (الهامش).

(٣) نفس المرجع، ص ١٥٢.

الذي يريد الحصول على امتيازات خاصة المحافظة على كل أو بعض مناصب الشغل، مع العلم أن المعامل الجزائرية تمتاز بكثرة العمالة نتيجة السياسة التشغيلية المنتهجة إبان الحقبة الاشتراكية، بحيث بلغت البطالة المقنعة في القطاع العام وأجهزة الدولة خلال سنوات السبعينات نحو ٦٥٪^(١)، وهذا يعد عاملاً معوقاً لإدارته ولزيادة الإنتاجية فيه، وقد كان شرط المحافظة على مناصب الشغل من بين الأسباب التي حالت دون خصخصة المؤسسة الوطنية للعبوات الصناعية SNVI، بحيث دخلت السلطات المختصة في مفاوضات مع عدة مستثمرين كشركة "رونو" الفرنسية و"دايو" الكورية، غير أن المفاوضات باءت بالفشل نتيجة تمسك الطرف الجزائري بشرط الحفاظ على مناصب العمل، إضافة إلى عجزه عن إيجاد حل لمشكل ديون المؤسسة التي تجاوزت ٢٠ مليار دينار^(٢). فالمؤسسات الدولية ومستشارو الخصخصة يؤكدون على ضرورة التخلص من العمالة الفائضة قبل التخصيص وذلك لتجنب المستثمرين الجدد مواجهة الاحتجاجات العمالية^(٣). وعليه فإن معارضة العمال والمنظمات العمالية تبقى من أهم المعوقات التي تعترض برنامج الخصخصة في الجزائر، بحيث أنهم يسعون في كل عملية خوصصة - زيادة على الامتيازات التي سبق ذكرها- إلى تقليص عدد العمال المسرحين وانتزاع تعويضات مرتفعة لصالحهم، وهو ما حدث مثلاً بالنسبة لمؤسسة المواد الدسمة بمدينة "مغنية" التي تم التنازل عنها بسعر متدني أثار استهجان الأجراء الذين عارضوا العملية ثم طالبوا بتعويضات مرتفعة لصالح العمال المسرحين، ودخلوا في متاهات قضائية مع المالك الجديد نتج عنها إقفال المؤسسة وتوقف الإنتاج ليومنا هذا.

(١) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع السابق، ص ١١٩.

(٢) عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

(٣) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع نفسه، ص ١٧٥.

المطلب الثالث

العوائق الإدارية والقانونية

إن الجمود الذي عرفه مسار الخصخصة في الجزائر لا يعزى إلى الأسباب الاقتصادية والاجتماعية وحدها، بل إن هناك عوامل أخرى ساهمت في ذلك لعل أهمها تذبذب المواقف السياسية والإدارية حول هذه العملية؛ ففي سنة ١٩٩٨ أصدرت الحكومة مرسوماً تنفيذياً تحدد بموجبه قائمة بـ ٨٩ مؤسسة مدرجة ضمن المجموعة الأولى من المؤسسات التي ستخوصص^(١)، بعدها بحوالي ستة أشهر تم سحب مؤسسة "كوسيدار" من هذه القائمة^(٢)، ثم بعدها صدرت تصريحات بعرض حوالي ٢٠٠٠ مؤسسة للخصخصة ليتقلص هذا العدد في تصريحات مالية إلى ١٢٣٠ مؤسسة. فالمتتبع لتصريحات المسؤولين عن ملف الخصخصة في الجزائر يتراءى له عدم استقرار هؤلاء على رأي واحد، وخير مثال على ذلك مشروع خصخصة ٤٩٪ من رأسمال "القرض الشعبي الجزائري" (وهو مؤسسة مصرفية) والذي تم الانتهاء من دراسة الجدوى بشأنه، لكن في كل مرة كانت العملية تؤجل لتتوقف نهائياً منذ مدة، وإن كان بعض الخبراء يعززون ذلك إلى أزمة الرهن العقاري، ومخاوف أن تمتد آثارها إلى الجزائر بخصخصة واحدة من أكبر المؤسسات البنكية الجزائرية، لكن المصير نفسه عرفه مسار خصخصة مؤسسة اتصالات الجزائر والذي لم تعرف نهايته إلى الآن!

ومن العوائق الإدارية كذلك تعدد الهيئات المتدخلة في عملية الخصخصة وتداخل صلاحياتها، بحيث نجد في هذه الهيئات الوزير المكلف بالمساهمات،

(١) المرسوم التنفيذي رقم ١٩٥/٩٨ المؤرخ في ٠٧ يونيو ١٩٩٨ يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصخصة، جريدة رسمية عدد ٤١.

(٢) المرسوم التنفيذي رقم ٤١٩/٩٨ المؤرخ في ١٣ ديسمبر ١٩٩٨ المتعلق بسحب المؤسسة العمومية للبناء وأشغال الحديد والصلب من قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصخصة، جريدة رسمية عدد ٩٤.

لجنة مراقبة عمليات الخوصصة، ومجلس الحكومة الذي له القرار الفصل، ثم مجلس مساهمات الدولة الذي يعد هو الآخر بمثابة مجلس حكومة مصغر مادام أنه يتكون من عشرة وزراء! وأمام هذا الوضع نجد غموض النصوص القانونية التي لم تفصل بشكل دقيق في صلاحيات كل هيئة، خاصة بالنسبة لوزير المساهمات ومجلس مساهمات الدولة، فما هي الجهة المخولة باختيار أفضل السبل للخوصصة؟ وما هي الجهة المختصة بتقييم أصول المؤسسات التي ستخوصص؟ ثم إن القانون لم يوضح ما إذا كان رأي لجنة مراقبة عمليات الخوصصة ملزماً للحكومة أم لا! يضاف إلى هذا وجود فراغ قانوني بالنسبة للعقار الصناعي والذي يعتبره البعض العائق الأكبر أمام الاستثمار في الجزائر، حيث شهد موقف السلطة تذبذباً بالنسبة لهذا الموضوع، ففي بداية الأمر نص الأمر ١١/٠٦^(١) على إمكانية منح الامتياز أو التنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية بشرط احترام قواعد التعمير، ويتم ذلك إما بالمزاد العلني أو بالتراضي مقابل دفع أتاوة إيجارية سنوية أو تسديد سعر التنازل حسب الحالة، ويمنح الامتياز لمدة أثنائها ٢٠ سنة قابلة للتجديد، وللتحويل إلى تنازل بناء على طلب من صاحب الامتياز بشرط الإنجاز الفعلي لمشروع الاستثمار ووضعه في الخدمة وممرور أجل سنتين على ذلك وفقاً لدفتر الشروط^(٢)، ثم أكد قانون المالية لسنة ٢٠٠٨ على جواز منح الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة بالامتياز لفائدة مشاريع الاستثمار التي تمثل أهمية اقتصادية قصوى^(٣)، غير أنه سرعان ما صدر الأمر

(١) الأمر ١١/٠٦ المؤرخ في ٣٠ أوت ٢٠٠٦ المحدد لكيفيات وشروط منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد ٥٣.

(٢) المواد ٠٣، ٠٤، ١٠ من الأمر ١١/٠٦ المؤرخ في ٣٠ أوت ٢٠٠٦ المحدد لكيفيات وشروط منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

(٣) المادة ٨٢ من القانون ١٢/٠٧ المؤرخ في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٧ المتضمن قانون المالية لسنة ٢٠٠٨، جريدة رسمية عدد ٨٢.

٠٨/٠٤^(١) الذي ألغى إمكانية التنازل عن الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، وحدد مدة ممارسة حق الامتياز في ثلاث وثلاثين (٣٣) سنة قابلة للتجديد على ألا تتجاوز تسعاً وتسعين (٩٩) سنة، هذا علاوة على قابلية إلغاء عقد الامتياز من قبل مديرية أملاك الدولة المختصة^(٢). وهكذا اختارت السلطات إبقاء العقار الصناعي تحت ملكية الدولة مع تأجيله للمستثمر، مقتفية في ذلك آثار التجربة الروسية التي كانت قد اختارت كذلك تأجيله للمتعامل لمدة طويلة^(٣). وهذا يطرح إشكالاً بالنسبة للمستثمرين الذين باشروا استثماراتهم انطلاقاً من فكرة أن العقار سيؤول إليهم فيما بعد عن طريق التنازل، وقد يزرع الشك حول السياسة التشريعية للدولة في مجال الاستثمار، ويدعو لعدم الثقة في النصوص المتبناة في هذا الإطار.

كل هذه العوامل يضاف إليها مشكل البيروقراطية المتنفذة ما يؤدي إلى إطالة آجال تسوية الصفقات وبالتالي تضاعف النفقات، إضافة إلى مشكل الفساد اللذين يزيدان من تكلفة الاستثمار، ففي دراسة مقارنة لتكلفة إنشاء مصنع للأصباغ الكيميائية في الجزائر بطاقة إنتاج ١٠ آلاف طن سنوياً مع تكلفة مصنع مشابه في فرنسا، تبين أن تكلفة الإنشاء في الجزائر تزيد بما يعادل ٣٤٪ عن التكلفة في فرنسا^(٤). وهي كلها عوامل غير محفزة لقدوم المستثمرين.

(١) الأمر ٠٤/٠٨ المؤرخ في الأول من سبتمبر ٢٠٠٨ المحدد لكيفيات وشروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد ٤٩.

(٢) المادتان ٠٤، ١٢ من الأمر ٠٤/٠٨ المؤرخ في الأول من سبتمبر ٢٠٠٨ المحدد لكيفيات وشروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

(٣) صلاح عباس، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(٤) محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، المرجع السابق، ص ١١٨.

الخاتمة:

لا شك أن الظروف السياسية التي مرت بها الجزائر مطلع التسعينيات كان لها يد في تدهور الوضع الاقتصادي، لتضاف إلى تدهور أسعار البترول نهاية الثمانينات في اقتصاد يعتمد بالأساس على الريع البترولي، فارتفعت الأعباء الاجتماعية للدولة ولم تعد الخزينة العمومية قادرة على ضخ المزيد من الأموال لتطهير حافظة المؤسسات العاجزة، وكان لا مفر من اللجوء إلى المؤسسات الدولية للاقتراض، غير أن ذلك لم يكن مجانياً، ففي مقابل المساعدات اضطرت الدولة إلى الإذعان إلى شروط مؤسستي "بروتون وودز" واللتين فرضتا على السلطات الجزائرية تبني إصلاحات هيكلية كانت ستؤدي بالضرورة إلى نتائج وخيمة على الجبهة الاجتماعية. وهكذا كانت الخوصصة خياراً لا مفر منه في ظل تلك الظروف وصدر قانون ١٩٩٥ الذي نظم شروط وكيفيات تنفيذ هذا البرنامج، ومع ذلك فإن السلطات حاولت - قدر الإمكان - الحفاظ على النسيج الاجتماعي من خلال إدراج بعض الأحكام لحماية الطبقة العاملة، كاشتراط الحفاظ على مناصب الشغل عند خوصصة أية مؤسسة، وطبعاً فإن ذلك كان سينفر المستثمرين الخواص لعلمهم بأن المؤسسات العمومية كانت تشتغل بعمالة مضاعفة، يضاف إلى ذلك كثرة الهيئات المتدخلة في عملية الخوصصة وتداخل صلاحياتها. والنتيجة أنه خلال السنتين التاليتين لصدور القانون لم تتم ولا عملية خوصصة، ما اضطر السلطات إلى مراجعة قانون سنة ١٩٩٥ بموجب الأمر ١٢/٩٧ الذي ألغى بنود الحفاظ على مناصب الشغل وتحديث المؤسسة والحفاظ على النشاط كشروط أولية للخوصصة، كما أرسى بعض الأحكام لصالح الأجراء الراغبين في استعادة مؤسساتهم، وأحكاماً أخرى من شأنها ترقية مساهمات الجمهور في هذا البرنامج، ومع ذلك بقيت النتائج محتشمة، فتم تجميد مجلس الخوصصة ولجنة مراقبة عمليات الخوصصة سنة ١٩٩٩، واضطرت السلطة مرة أخرى إلى إلغاء قانون سنة ١٩٩٥ واستبداله بقانون جديد سنة ٢٠٠١ حاول - قدر الإمكان - توحيد مركز القرار بالنسبة لعمليات الخوصصة بدعم صلاحيات الوزير المكلف بالمساهمات، وفتح الباب

أمام السلطات للتفاوض مع المستثمرين بمزيد من الحرية حول المزايا التي قد يستفيدون منها، إضافة إلى إلغاء شرط التنازل عن المؤسسة وفق قيمتها الحقيقية، فاتسم هذا القانون بمرونة أكبر مقارنة بقانون سنة ١٩٩٥، وكانت النتيجة إبرام العديد من الصفقات: كخصخصة مؤسسة "ألفاسيد" لصالح مؤسسة "اسبات" الهندية، وخصخصة مؤسسة "أناد" لصالح مؤسسة "هنكل" الألمانية، هذا إضافة إلى فتح قطاع البريد والمواصلات أمام الخواص كبيع رخصة الهاتف النقال سنة ٢٠٠١ لشركة أوراسكوم تيليكوم... ومع ذلك تظل النتائج المحققة غير كافية.

هذا يدفعنا إلى القول بوجود عوامل أخرى - غير القوانين - حالت دون تحقيق النتائج المرجوة، وهو ما صرح به الوزير المكلف بالمساهمات، فالذهنيات لا تزال مطبوعة بالإرث الاشتراكي، والنظام لا يزال مبنياً على القرارات الفوقية التي تتدخل في كل شيء مهما كان صغيراً، ومعارضة العمال ومعهم المنظمات العمالية وبعض الأحزاب الاشتراكية لا تزال كبيرة لهذا البرنامج ولا سيما بعد ارتفاع أسعار البترول وامتلاء الخزينة العمومية بشكل لم يسبق له مثيل، حيث بلغ احتياطي الصرف لغاية اليوم أكثر من ١٣٠ مليار دولار مقابل انخفاض المديونية الخارجية إلى أقل من ٥ مليارات دولار، وعليه فالظروف التي واكبت اختيار طريق الخصخصة سنة ١٩٩٥ لم تعد موجودة الآن.

ثم إن البيروقراطية الإدارية وتفشي الفساد ساهما معاً في تنفير المستثمرين إلى بلدان مجاورة، هذا إضافة إلى مشكل العقار الصناعي الذي يبقى من أهم المشاكل التي تعترض الاستثمار في الجزائر بشكل عام، هذا ناهيك عن المشكل الأمني، فكما يقال فالاستثمار جبان. وقد عملت الجزائر على وضع حد لهذه المعوقات إذ بادر رئيس الجمهورية منذ انتخابه إلى الاجتماع مباشرة مع المستثمرين الأجانب لتشجيعهم على القدوم إلى الجزائر، كما تم إصدار قانون لمكافحة الفساد سنة ٢٠٠٦، وتم تبني نظام الشباك الوحيد لتذليل العقبات البيروقراطية، ولحل مشكل العقار أصدرت السلطات سنة ٢٠٠٦ قانوناً يجيز التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة لفائدة المشاريع الاستثمارية،

فاعتبر ذلك خطوة مهمة في طريق حل مشكل العقار الصناعي. ومع ذلك ظل برنامج الخصصة يراوح مكانه، وهو ما دفع رئيس الجمهورية إلى القول صراحة في خطاب متلفز بأن برنامج الخصصة لم يأت بالنتائج المرجوة منه، واستتبع ذلك صدور قانون في سنة ٢٠٠٨ يلغي إمكانية التنازل عن العقارات التابعة للدولة ويبقي على الامتياز كسبيل وحيد لاستغلالها، ما يظهر تذبذباً للسلطة إزاء الإصلاحات المتبناة مع اختلاف الرجال المتداولين على الحكومة. فرغم الامتيازات الكبيرة التي جاء بها قانون سنة ٢٠٠١ ظل المستثمرون يطلبون المزيد والمزيد بشكل مبالغ فيه جداً، فالخصصة لا تعني هدر الممتلكات العامة وبيعها بثمن بخس، وإنما هي سبيل لتحسين فعالية الإنتاج الوطني وفتح آفاق التنمية المستدامة وهو ما فهمته السلطات الجزائرية.

وهكذا وبعد حوالي ست عشرة سنة من تبني نظام الخصصة في الجزائر نستطيع القول بأن هذا الخيار كان حتمية ظرفية آنذاك نظراً للظروف التي كانت تعرفها البلاد، أما اليوم وقد تحسن الوضع المالي للبلاد فقد اختارت السلطة التسيير البراغماتي لهذا البرنامج وتفادي بيع أموال الدولة بثمن بخس، وعليه إذا كانت الخصصة خياراً إستراتيجياً فلا يجب أن يكون ذلك على حساب العامل البسيط والأملك العمومية.

المراجع

- ١ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، ٢٠٠٦
- ٢ - محمد الصغير بعلي، تنظيم القطاع العام في الجزائر (استقلالية المؤسسات)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، ١٩٩٢.
- ٣ - محمد رياض الأبرش، نبيل مرزوق، الخصخصة، (آفاقها وأبعادها)، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
- ٤ - محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المطبعة الرسمية، الجزائر، بدون رقم الطبعة، بدون سنة نشر.
- ٥ - ناصر دادي عدون، اقتصاد المؤسسة، دار المحمدية، الطبعة الأولى، الجزائر، ١٩٩٨.
- ٦ - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، نشر لباد، سطيف، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧
- ٧ - صلاح عباس، الخصخصة، المصطلح والتطبيق، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٨ - ضياء مجيد، الخصخصة والتصحيحات الهيكلية (آراء واتجاهات)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- ٩ - عبد المجيد قدي، المدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية (دراسة تحليلية وتقييمية)، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة رقم ٠٤، الجزائر، ٢٠٠٣.
- ١٠ - عجة الجيلاي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٦.
- ١١ - التقرير الوطني حول التنمية البشرية - الجزائر ٢٠٠٧ - الصادر في جويلية ٢٠٠٨.
- ١٢ - يومية المساء الجزائرية، العدد الصادر في ٠٥ أكتوبر ٢٠٠٨.

١٣- وزارة الصناعة وترقية الاستثمارات.

http://www.mipi.dz/ar/index_ar.php?page=priv&titre=priv3

النصوص القانونية:

١٤- المرسوم ٩٥/٦٣ المؤرخ في ٢٢ مارس ١٩٦٣ المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات الصناعية، المنجمية والحرفية والمستثمرات الفلاحية الشاغرة، جريدة رسمية عدد ١٧.

١٥- الأمر ٧٤/٧١ المؤرخ في ١٦ نوفمبر ١٩٧١ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، جريدة رسمية عدد ١٠١.

١٦- المرسوم رقم ٢٤٢/٨٠ المؤرخ في ٠٤ أكتوبر ١٩٨٠ المتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، جريدة رسمية عدد ٤١.

١٧- القانون ١١/٨٠ المؤرخ في ١٣ ديسمبر ١٩٨٠ المتعلق بالمخطط الخماسي (١٩٨٠-١٩٨٤)، جريدة رسمية عدد ٥١.

١٨- القانون ٠١/٨٨ المؤرخ في ٠١ يناير ١٩٨٨ المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد ٠١.

١٩- الأمر ٢٢/٩٥ المؤرخ في ٢٦ أوت ١٩٩٥ المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، جريدة رسمية عدد ٤٨.

٢٠- المادة ٠٣ من المرسوم ٤٠٤/٩٥ المؤرخ في ٠٢ ديسمبر ١٩٩٥ المتعلق بتشكيلة المجلس الوطني لمساهمات الدولة وسيره، جريدة رسمية عدد ٧٥.

٢١- المرسوم التنفيذي رقم ١٠٦/٩٦ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٩٦ المتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية، جريدة رسمية عدد ١٨.

٢٢- المرسوم التنفيذي رقم ١٠٤/٩٦ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٩٦ المحدد لكيفيات تنظيم مجلس الخصوصية وسيره وكذلك القانون الأساسي ونظام المرتبات المطبق على أعضائه، جريدة رسمية عدد ١٨.

٢٣- المرسوم التنفيذي ١٠٥/٩٦ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٩٦ المتضمن تحديد

كيفية تنظيم لجنة مراقبة عمليات الخصخصة وسيرها وكذلك كيفية تعيين أعضائها وقانونهم الأساسي والنظام التعويضي المطبق عليهم، جريدة رسمية عدد ١٨.

٢٤- المرسوم التنفيذي رقم ١٣٤/٩٦ المؤرخ في ١٣ إبريل ١٩٩٦ المتعلق بشروط تملك الجمهور للأسهم والقيم المنقولة الأخرى في المؤسسات العمومية التي ستخصص وكيفية ذلك، جريدة رسمية عدد ٢٣.

٢٥- المرسوم التنفيذي ٣٢٩/٩٧ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ١٩٩٧ المحدد لشروط منح امتيازات خاصة والدفع بالتقسيط لصالح مقتني المؤسسات العمومية المخصصة، جريدة رسمية عدد ٦٠.

٢٦- المرسوم رقم ١٩٥/٩٨ المؤرخ في ٠٧ يونيو ١٩٩٨ والذي يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصخصة، جريدة رسمية عدد ٤١.

٢٧- المرسوم التنفيذي رقم ١٩٥/٩٨ المؤرخ في ٠٧ يونيو ١٩٩٨ والذي يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصخصة، جريدة رسمية عدد ٤١.

٢٨- المرسوم التنفيذي رقم ٤١٩/٩٨ المؤرخ في ١٣ ديسمبر ١٩٩٨ المتعلق بسحب المؤسسة العمومية للبناء وأشغال الحديد والصلب من قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصخصة، جريدة رسمية عدد ٩٤.

٢٩- الأمر ٠٤/٠١ المؤرخ في ٢٠ أوت ٢٠٠١ المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، جريدة رسمية عدد ٤٧.

٣٠- المرسوم التنفيذي رقم ٢٥٣/٠١ المؤرخ في ١٠ سبتمبر ٢٠٠١ المتعلق بتشكيلة مجلس مساهمات الدولة وسيره، جريدة رسمية عدد ٥١.

٣١- المرسوم التنفيذي ٣٥٣/٠١ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠١ المحدد لشروط

استعادة الأجراء لمؤسستهم العمومية الاقتصادية وكيفيات ذلك، جريدة رسمية عدد ٦٧.

٣٢- المرسوم التنفيذي ٣٥٤/٠١ المؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠١ المحدد لتشكيلة لجنة مراقبة عمليات الخوصصة وصلاحياتها وكيفيات تنظيمه وسيرها، جريدة رسمية عدد ٦٧.

٣٣- الأمر ١١/٠٦ المؤرخ في ٣٠ أوت ٢٠٠٦ المحدد لكيفيات وشروط منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد ٥٣.

٣٤- القانون ١٢/٠٧ المؤرخ في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٧ المتضمن قانون المالية لسنة ٢٠٠٨، جريدة رسمية عدد ٨٢.

٣٥- الأمر ٠٤/٠٨ المؤرخ في الأول من سبتمبر ٢٠٠٨ المحدد لكيفيات وشروط منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد ٤٩.

نظرية العقد من منظور اقتصادي

دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأمريكي

الدكتور/ فهد علي الزميع
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

يتناول هذا البحث الأسس الاقتصادية لنظرية العقد في القانون الكويتي والأمريكي، وبشكل خاص كفاءة القواعد القانونية المنظمة للعقود من منظور اقتصادي. ويسلط هذا البحث الضوء على الموضوع من منطلق الدراسات البيئية التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من النظرية القانونية في الغرب. ويختتم البحث أن القانون الكويتي يحتاج إلى مراجعة لرفع كفاءة هذه القواعد ولتتماشى مع النظرية الاقتصادية الحديثة، وبشكل خاص القواعد الخاصة بالتنفيذ العيني واحتساب الأضرار.

مقدمة :

شهد القرن المنصرم نهضة فكرية وعلمية لم يسبق لها مثيل في مجال العلوم الاجتماعية، وذلك في محاولة منها لمواكبة التطور الفكري المتزايد في الحياة البشرية، وفي سبيل ذلك استحدثت علوم جديدة، في محاولة لرَد كافة الظواهر الحديثة إلى تلك العلوم. ومن جانب آخر عملت العلوم التقليدية على تطوير نفسها بشكل يضمن لها البقاء، ومن صور هذا التطور ما يعرف بالدراسات البيئية Interdisciplinary Studies، وهي تلك العلوم التي تنشأ من تلاقي علمين مختلفين، وتهدف تلك العلوم إلى حل المشكلات أو إلقاء الضوء

على موضوع هو من السعة أو التعقيد بحيث يتعذر التعامل معه بشكل كاف من خلال حقل معرفي وحيد^(١).

ونجد تطبيقات للعلوم البينية في مجالات شتى سواء في الطب أو الهندسة، وكذلك العلوم الاجتماعية كعلوم الاجتماع والفلسفة والقانون والأدب.

وقد تم الاهتمام بالعلوم البينية بشكل كبير، مما أدى إلى إنشاء العديد من المؤسسات البحثية التي تهدف إلى تطوير تلك العلوم، بالإضافة إلى إضافة أقسام أكاديمية في الجامعات تهتم بدراسة العلوم البينية^(٢).

ولما للاقتصاد من أهمية بالغة على مر العصور، ولما له من دور مهم في تطور باقي العلوم، فنجد أنه كان عاملاً مشتركاً مع العديد من العلوم الأخرى، وجاء التحليل الاقتصادي للقانون كحقل من الحقول التي انتشرت وأصبحت من المجالات الرئيسية خاصة في الفقه الأمريكي وبدرجة أقل الفقه القانوني الأوروبي^(٣).

يعد نشأة علم التحليل الاقتصادي للقانون صدى لروابط تاريخية وطيدة تربط بين القانون والاقتصاد، حيث اعتبر القانون من جانب الكثير من الفقهاء انعكاساً لعلوم أخرى. ويؤكد ذلك الفقيه القانوني جني Geny، والذي يرى أن

(١) د. مشاعل عبد العزيز الهاجري "قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية (دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعده من العلوم)"، مجلة الحقوق، العدد ٣، السنة ٣١، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ١٧١-٢٤٠.

(٢) أنشأت العديد من الجامعات مراكز بحثية تختص بالدراسات البينية، يمكنك زيارة الموقع الإلكتروني لهذه المراكز البحثية:

Centre for the study of interdisciplinary - University of North Texas:
www.csid.unt.edu

Centre for Interdisciplinary Research in the Arts and Languages, The University of Manchester: <http://www.arts.manchester.ac.uk/cidra/>

College for Interdisciplinary Studies - The University of British Columbia:
www.cfis.ubc.ca

(٣) لمزيد من المعلومات راجع: د. فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧ إلى ص ٢٢٢.

القانون هو انعكاس لمبادئ مختلفة من شتى العلوم الاجتماعية، ويؤكد ذلك بقوله إن: "مهمة القانون الأساسية هي الصياغة الفنية للقواعد العلمية التي تستنبط من علوم الاجتماع المختلفة"^(٤). بل إن أستاذنا السنهوري - رحمه الله - أشار إلى أهمية تحديد المبادئ الاقتصادية التي ستبني لجنة صياغة ووضع القانون المدني الجديد فلسفة تشريعها، ولذا نجد سمو كعب هذا العلم في الفقه الأمريكي الحديث.

وتبرز أهمية هذا البحث في أنه يقوم بتقديم رؤية للعاملين في مجال القانون من باحثين وقضاة ومحامين، موضحاً أهمية استخدام الاقتصاد كآلية لتحليل القانون من أجل فهم أفضل للقانون. ويؤدي التحليل الاقتصادي للقانون - في كثير من الأحيان - إلى الوصول إلى الأسس الاقتصادية للقانون والتي يكون مبنياً عليها أو يدفع نحوها.

وتعد هذه الورقة البحثية إحدى حلقات سلسلة بحثية تهدف إلى تقديم علم التحليل الاقتصادي للقانون إلى المكتبة العربية والتي ابتدأتها ببحوثي المعنون بـ "التحليل الاقتصادي للقانون بين التجريد النظري والتطبيق العملي" والمنشور بمجلة الحقوق والتي تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت^(٥). وسيتناول هذا البحث بالتفصيل التأصيل الاقتصادي لأهم مكونات نظرية العقد وذلك من خلال إلقاء الضوء على القانونين الكويتي والأمريكي.

وتأتى أهمية تحليل نظرية العقد تحليلاً اقتصادياً لما لهذا الفرع القانوني من تأثير بالغ الأهمية على العلاقات التجارية، وما له من آثار على آليات عمل السوق الحر، الأمر الذي سينعكس - سلباً أو إيجاباً - على البيئة التجارية والقوانين التجارية المرتبطة به مثل (قانون الشركات والإفلاس...) كما سيؤثر

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول لسنة ١٩٣٣، صفحة ٦٥.

(٥) د. فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧ إلى ص ٢٢٢.

بالسلب على سلوك الأفراد والمؤسسات، كما يؤثر بشكل مباشر على زيادة تكلفة العمليات التجارية نتيجة لتكاليف الإجراءات التعاقدية والتي تقررها القواعد القانونية المنظمة للعلاقات التعاقدية، مما يؤثر على الاقتصاد، بالإضافة إلى تكاليف التقاضي، والتي يؤدي ارتفاعها إلى موت هذه القواعد القانونية إكلينيكياً كونها تمثل حاجزاً أمام الاستفادة من هذه القواعد. ففي الولايات المتحدة الأمريكية عدد القضايا المتعلقة بالعلاقات التعاقدية قد انخفض بين العام ١٩٩٢ - ٢٠٠١ بنسبة ٣٧٪ بولاية ويسكنسن و ٣١٪ بولاية كولاردو^(٦). ولعل أهمية القواعد القانونية المنظمة للعلاقات التعاقدية وأثرها على اقتصادات الدول تمتد لتصل إلى الأدب العالمي، فمسرحة الروائي ويليم شكسبير "تاجر البندقية" تبين أهمية القواعد القانونية للعقود والتي كان اقتصاد مدينة البندقية مبنياً عليها، ففي فصل المحاكمة يتفق الأطراف جميعاً على أن عدم تنفيذ العقد سيكون له الأثر الكارثي على مكانة المدينة^(٧).

خاصة أن الاقتصاد الحر قائم على الحرية الشخصية والملكية الفردية وقدرة الأفراد على الدخول في تعاقدات واتفاقيات فيما بينهم، ويأتي دور العقود كآلية ومؤسسة Institutions^(٨) لتسهيل هذه التعاملات بين الأفراد كجزئية جوهرية وحيوية لتفعيل آليات السوق الحر والنظام الرأسمالي^(٩). وبناءً عليه، فإن التنظيم القانوني للعقود له تأثير مباشر على فعالية أي نظام اقتصادي مبني على اقتصاديات السوق الحر إما بشكل إيجابي أو سلبي، كما سيتم توضيحه في هذا البحث.

(٦) Macaulay, "Freedom From Contract: Solutions in Search of a Problem?" Wisconsin L. Rev. at p779, (2004).

(٧) Ibid at p31.

(٨) for more detailed discussion on the role of institutions see Douglas North, Institutions, Institutional change and economic performance, Cambridge University Press, 1990.

(٩) law & Economics of Contracts Benjamin E. Hermalin, Avery W. Katz, and Richard Craswell at p1.

ويأتي دور القواعد القانونية المنظمة للعقود من منظور اقتصادي لمعالجة العقود الزمنية التي يكون للزمن فيها دور جوهري^(١٠) نظراً لاحتمالية استغلال أحد أطراف العقد الخاصية الزمنية الملازمة لطبيعة هذا العقد، أو وقوع أعراض خارجية لم تكن قائمة وقت إتمام العقد، ومن ثم يأتي دور هذه القواعد القانونية لتنظيم هذه الأحداث المستقبلية^(١١). ويترتب على غياب قواعد قانونية محكمة لهذه العقود الزمنية هيمنة العقود الفورية، بمعناها الحرفي وليس القانوني، نظراً لعدم ثقة الأطراف ببعضهم البعض، وغياب قواعد يستطيعون الاحتكام إليها في حالة حدوث نزاع، الأمر الذي سيكون له انعكاس سلبي على الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية، ولا يتم - في كثير من الأحيان - تقدير الأهمية الاقتصادية لمبدأ سيادة القانون والقواعد القانونية المنظمة للعقود، ويتجاهل البعض انعكاساته الخطيرة المهمة على الأوضاع الاقتصادية. ويقدم المهتمون بهذا الشق من البحث مثالا لتأثير انعدام أو ضعف مبدأ سيادة القانون وغياب قواعد قانونية فعالة لتنظيم العقود على الاقتصاد، فعلى سبيل المثال، لو أن شخصاً لديه سلعة عرضها للبيع وتقدم لشرائها شخص عرض مبلغ ٥٠ دولاراً ثمناً لها مع الالتزام بدفع الثمن فوراً، وعرض مشتر آخر ١٠٠ دولار ثمناً للسلعة لكن سيقوم بدفع الثمن بعد أسبوع، ففي حالة وجود قانون وتكون له السيادة والغلبة، فإن البائع سيفضل البيع للمشتري بثمان آجل لكونه أعلى، لكن إذا لم يكن للقانون السيادة أو ضعف في حماية البائع، فإن البائع سيفضل البيع بالثمان العاجل الأقل قيمة على الرغم من الخسارة التي سيمنى بها وذلك لافتقاده الطمأنينة على وفاء المشتري بالثمان في الموعد المحدد، وبالقسط فإن انعكاسات ذلك على الأوضاع الاقتصادية ستكون كبيرة في حالة تعميم المثال السابق على غيره من الأنشطة التي تتم في أي مجتمع.

(١٠) لمزيد من الشرح حول العقود الزمنية، راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٣٩-١٣٨.

(١١) Richard Posner, Economic Analysis of Law, Boston, Little, Brown, 1972 at p93.

وعليه، فإن الفقيه (بوسنر) يرى أن الهدف الرئيسي للقواعد القانونية المنظمة للعقود هو ردع الأفراد عن الولوج بأعمال استغلالية ضد طرف أو الأطراف الأخرى في العقد، وأن هذا الردع سيؤدي إلى خلق مناخ إيجابي يمكن الأفراد من التعاقد فيما بينهم، والدخول في عقود زمنية تؤدي في النهاية إلى الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية المتاحة، ذلك بالإضافة إلى تنظيم المتغيرات المستقبلية التي من المستحيل أن يستطيع الأطراف المتعاقدة التنبؤ بها ومن ثم تنظيمها بالعقد، ومن هنا يأتي دور القواعد القانونية المنظمة لهذه العقود^(١٢).

والسبب الاقتصادي الآخر الذي عادة ما يتم تداوله بأدبيات التحليل الاقتصادي للقواعد القانونية المنظمة للعقود هو اعتبار العقود آلية لتوزيع المخاطر والدخول في عمليات تحوط بين الأطراف المتعاقدة^(١٣). بالإضافة إلى ما سبق فإن أهم أهداف هذه القواعد القانونية من منظور اقتصادي يتمثل في الدور المحوري الذي تضطلع به هذه القواعد من خلال تخفيض ما يسمى تكاليف التعاقد Transaction Costs، وتجعل هذه القواعد القانونية الدخول في تعاقدات زمنية أمراً ممكناً نظراً لوجود تنظيم قانوني للأطراف المتعاقدة، وهذه العقود الزمنية عادة ما تمثل استخداماً أمثل للموارد الاقتصادية المتاحة خاصة إذا ما تم مقارنتها بالعقود الفورية والتي لا تتطلب وجود قواعد قانونية متكاملة لتحفيز الأفراد بالدخول فيها كما تم تبيانه أعلاه^(١٤).

ولابد من الإشارة إلى أن هناك فقهاء ومدارس فكرية أخرى خاصة بنظرية العقد تختلف مع النظريات القائمة على التحليل الاقتصادي والتي سيتم تناولها في هذا البحث، فالفقيه (دواركين) يعترض على الأساس الذي يقوم عليه علم التحليل الاقتصادي للقانون المتمثل في الكفاءة الاقتصادية كهدف عام للقانون. فالكفاءة وزيادة ثروات المجتمع وفقاً (لدواركين) لا تعني بالضرورة أن المجتمع

Ibid at p94.

(١٢)

ibid at p7.

(١٣)

Jeffery L. Harrison, Law and Economics in a nut Shell, West, 2011, at p 92-94.

(١٤)

سيكون في وضع أفضل، فهناك مسائل أخرى مثل التوزيع العادل للثروة ومبادئ أخلاقية يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار^(١٥).

ويهدف هذا البحث إلى تبيان الأسس الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للعقود في نظرية العقد في ظل القانون المدني الكويتي ومقارنتها بالقانون الأمريكي، وتحديد أوجه القصور التشريعي ومدى إمكانية تعديل بعض هذه القواعد من منطلق اقتصادي.

وسنقوم بعرض الأفكار في فصلين متتابعين، بحيث يكون الفصل الأول مدخلاً للتحليل الاقتصادي للقواعد القانونية المنظمة لنظرية العقد، وسيتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، سنلقى الضوء في المبحث الأول على الأهداف الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للعقود، أما المبحث الثاني فسنخصصه لعرض المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون، وذلك بعرض مفصل لمبادئ (معايير) الكفاءة والتي تتضمن معيار تحقيق المنفعة دون ضرر، ومعيار تحقيق السعادة لأكبر عدد من البشر، ومعيار التعويض، وسنلقى الضوء على معيار التكلفة الاجتماعية (لرونالد كوس) وذلك بعرض لمفهوم التكاليف الخارجية، موضحين أهم ملامح بحث (كوس) عن التكاليف الاجتماعية.

وسنقوم بدراسة نقدية لنظرية العقد من منظور اقتصادي في الفصل الثاني من هذا البحث، وذلك بعرض للإطار الاقتصادي لنظرية العقد في المبحث الأول، ومنه سننتقل إلى عرض للإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانونين الكويتي والأمريكي في المبحث الثاني، والذي يتضمن ثلاثة فروع يتم دراستها من منظور اقتصادي (الإخلال بالالتزام العقدي، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، والتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي). أما الإفصاح في نظرية العقد من منظور اقتصادي فسيكون محل دراستنا في المبحث الثالث والأخير.

Ronald M. Dworkin, Is Wealth a Value?, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, (١٥) No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 195-196.

الفصل الأول

مدخل للتحليل الاقتصادي للقواعد القانونية المنظمة لنظرية العقد

يقتضي البدء في تقديم تحليل اقتصادي لنظرية العقد، التعرض بداية إلى مدخل للتحليل الاقتصادي للقواعد القانونية المنظمة للعقود، وذلك بتوضيح الأهداف الاقتصادية للقواعد القانونية (المبحث الأول)، والمبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأهداف الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للعقود

مما لا شك فيه أنه لا يمكن الحديث عن القانون بمعزل عن الاقتصاد، فلكل تنظيم قانوني أهداف اقتصادية وإن كان عادة لا يتم الإفصاح عنها في القانون أو في مذكرته الإيضاحية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة غياب هذه الأهداف. وتأتي أهمية تبيان هذه الأهداف في الفقه القانوني لتكون أداة ضمن أدوات التفسير القانوني وللوصول للأهداف المنشودة من تلك القواعد. وكل من أمل في أن هذا النوع من الكتابات سيمثل إضافة مهمة يستطيع الباحثون ورجال القضاء استخدامه عند شرح هذه القواعد وتطبيقها.

فالفقيه ويتمان Donald Wittman يرى أن الأهداف الاقتصادية الرئيسية للقواعد القانونية المنظمة للعقود تتلخص في ثلاثة أهداف رئيسية: الهدف الأول يتمثل في تخفيض التكاليف التي يتكبدها الأطراف للدخول في هذه الالتزامات، ويذهب في ذات الاتجاه الفقيه والقاضي بوسنر Richard Posner؛ حيث يرى أنه في غياب القواعد القانونية المنظمة للعقود سيضطر الأطراف إلى التفاوض ووضع جميع الحالات التي يمكن لهم أن يتنبؤوا بأنها ستكون ذات علاقة، مثل آلية احتساب التعويض وغيرها من القواعد، ومن هنا يأتي دور القواعد القانونية

لنظرية العقد ومن خلال القواعد المكتملة بشكل خاص والأمرة بشكل عام لتخفيض تكاليف التعاقد والمفاوضات بين الأفراد لعلمهم بأنهم يستطيعون الاعتماد على هذه القواعد القانونية^(١٦). ويتبين لنا من ذلك أن هذه القواعد تساهم في تخفيض التكاليف المصاحبة للتعاقد transaction costs reduction.

أما الهدف الثاني فإنه يتمثل في تخفيض التكاليف التي تتكبدها المحاكم عند النظر في النزاعات المتعلقة بهذه العقود، فتلك القواعد القانونية تساهم في إتاحة المعلومات المطلوبة من قبل المتعاقدين؛ حيث إن هذه القواعد القانونية تلزم المتعاقدين بالإفصاح من خلال بعض القواعد المكتملة والأمرة economize on information cost مثل ضمان العيب الخفي، فحقيقة هذا الالتزام ليس ضمان الشيء بقدر ما هو خلق حافز للبائع للإفصاح، ومن ثم فإن قرار المشتري سيؤدي إلى استخدام أمثل للموارد efficient allocation of resources لما لهذا الإفصاح من أثر على قيمة المبيع^(١٧).

ويتمثل الهدف الثالث في تخفيض الآثار الاقتصادية التي تنتج عن العقود القائمة على السلوكيات المبنية على أسس اقتصادية غير سليمة والعقود غير المكتملة Incomplete Contracts، ويقصد بالعقود غير المكتملة أو الناقصة تلك العقود التي لم تتناول جميع تفاصيل العلاقة وكيفية معالجة الأحداث التي من المتوقع حدوثها بالمستقبل، وتتراوح هذه التفاصيل المنقوصة من تفاصيل بسيطة مثل متى يستحق الدين إلى تفاصيل أكثر تعقيداً مثل الضمانات التي يقدمها البائع في عقد البيع^(١٨).

وفي أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون فإن جميع العقود تعتبر عقود غير مكتملة، والسبب الاقتصادي في ذلك يعود لنظرية الفقيه رونالد كوس المتعلقة

(١٦) Richard Posner, Economic Analysis of Law, at pp. 93-95.

(١٧) Cento G. Veljanovski, Economic Principles of Law, Cambridge University Press 2007 at p 125-127.

(١٨) Ejan Mackaay, The Civil law of Contract; IN Contract law and economics, ed Gerrit De Geest, Edward Elgar Publishing, 2011, at p427.

بالتكاليف المصاحبة للتعاملات Transaction Costs والتي تشمل تكاليف التفاوض^(١٩)؛ حيث إن هذه التكاليف تمثل عقبة اقتصادية للوصول إلى العقد الكامل وهو ذلك العقد الذي يعالج كافة تفاصيل العلاقة التعاقدية من الناحية النظرية^(٢٠). وهذا النقص في العقود يغطي من خلال العرف والقواعد المكملة وفي بعض الأحيان من خلال المحاكم من خلال تفسير العقود، وبالإضافة إلى ما سبق فإن العقود تكون عادة غير مكتملة أو ناقصة لأسباب أخرى مثل القوة التفاوضية للأفراد، ومثال على ذلك عقود الإذعان أو بسبب نقص المعلومات^(٢١).

وقبل البدء في تقديم تحليل اقتصادي لنظرية العقد في القانونين الكويتي والأمريكي فإنه من الأهمية بمكان تبيان معايير الكفاءة والتي تمثل حجر الزاوية في أي تحليل اقتصادي للقانون، حيث إن القواعد القانونية عادة ما تسعى لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، وهو مصطلح خلافي.

يقوم علم التحليل الاقتصادي للقانون على مجموعة من المبادئ المهمة - تمثل أعمده الأساسية - والتي يجب الإحاطة بها قبل البدء في تحليل نظرية العقد اقتصادياً، وهذا المبحث قد سبق نشره في بحث سابق للمؤلف، ويعد

(١٩) أجابت هذه النظرية عن العديد من الأسئلة والمتعلقة بكيفية تقرير الاقتصاديين في المسائل المختلفة، وكيفية اختيارهم للنظريات المناسب، وكيفية معالجة المشاكل التي تواجه النظام الاقتصادي وإسداء المشورة بشأن السياسات العامة، وتقوم النظرية على عدد من المبادئ الرئيسية، حيث أكد (كوس) على ضرورة أخذ التكاليف الخارجية في الاعتبار، فلا تقتصر تكلفة الإنتاج على التكاليف الداخلية لها، وتعد التكاليف المصاحبة للتعاملات أحد هذه التكاليف الخارجية، حيث طالب (كوس) بضرورة تدخل الدولة بتنظيم قانوني يعمل على خفض التكلفة الاقتصادية المصاحبة للتعاملات، وذلك من أجل سد الخلل في نظام السوق. (راجع معيار التكلفة الاجتماعية ص ١٢).

To Know More: R. H. Coase, Essays on Economics and Economists, University of Chicago Press, 2012.

Eric A. Posner, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal, 2003, Vol. 112, at p833.

ibid.

(٢١)

بمثابة مقدمة مهمة لفهم مفهوم الكفاءة الذي يمثل حجر زاوية في علم التحليل الاقتصادي للقانون.

المبحث الثاني المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون

يقوم علم التحليل الاقتصادي للقانون على مجموعة من المبادئ المهمة، والتي تعد بمثابة أعمده الأساسية، والتي يجب الإحاطة بها قبل البدء في تحليل نظرية العقد اقتصادياً، ونكتفي هنا بالإشارة إلى أهم النقاط التي ينبغي الإلمام بها، مع الإحالة إلى بحث سابق منشور للمؤلف لمزيد من الإيضاح^(٢٢).

حيث تتمثل المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون في مبدئين أو معيارين مهمين، أولاً: مبدأ الكفاءة، حيث يتحدد مفهوم الكفاءة ويقاس درجة كفاءة القوانين وفقاً لعدد من المعايير، سيتم التعرض لثلاثة معايير مهمة منها.

ثم سنتعرض ثانياً: معيار التكلفة الاجتماعية (وفقاً لنظرية روناالد كوس)، كأحد المبادئ الرئيسية للتحليل الاقتصادي للقانون^(٢٣).

أولاً - مبدأ الكفاءة (أو معيار الكفاءة):

يكاد يتفق المتخصصون في مجال التحليل الاقتصادي للقانون، على أن الهدف والباعث من استحداث قوانين جديدة ينحصر في الوصول إلى أقصى درجات الكفاءة والفاعلية في إدارة واستخدام الموارد المتاحة.

(٢٢) لمزيد من المعلومات راجع: د. فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧ إلى ص ٢٢٢.

(٢٣) للاطلاع على دراسة تحليلية لهذه المعايير يرجى الاطلاع على بحثنا المشار إليه سابقاً.

لكن الاختلاف غالباً ما يدور حول المقصود بالكفاءة والفاعلية، وكيفية قياس درجة كفاءة وفاعلية القوانين، ونعرض فيما يلي لأهم المعايير المستخدمة في تحديد وقياس الكفاءة^(٢٤).

١ - المعيار الأول: تحقيق المنفعة دون ضرر Pareto Optimal Efficiency:

وفقاً لهذا المعيار^(٢٥)، تتحقق الكفاءة للقانون أو أي تصرف قانوني إذا أدى تطبيقه إلى منفعة شخص أو أشخاص دون إلحاق ضرر بالمجتمع أو تحميله أعباء نتيجة تطبيقه^(٢٦). ولقد عولت بعض المحاكم الأمريكية على هذا المعيار^(٢٧)، واستندت له في العديد من أحكامها^(٢٨). إلا أنه يؤخذ على هذا المعيار قيامه على أساس غير واقعي؛ إذ يستحيل - من الناحية العملية - وجود قانون لا يلحق ضرراً بأحد^(٢٩).

٢ - المعيار الثاني: تحقيق السعادة لأكبر عدد من البشر criteria Utilitarian:

وفقاً لهذا المعيار^(٣٠)، يسعى الإنسان - دائماً - إلى جلب السعادة، وتجنب الألم، لذا فإن معيار كفاءة أي قانون أو أي تصرف قانوني آخر، إذا ما حقق

(٢٤) انظر:

- Donald Wittman, Economic Foundations of Law and Organization, Cambridge University Press 2006, at p 16-18.
- Jaffrey Harrison & Jules Theeuwes, Law and Economics, W.W. Norton Publication 2008, at p 28.

(٢٥) قال بهذا المعيار الاقتصادي عالم الاجتماع الإيطالي Vilfredo Pareto.

(٢٦) Nicholas Mercuro & Timothy P. Ryan, Law, Econo (Ryan, 1984) mics and Public Policy, 1984, Jai Press, at p7.

(٢٧) انظر: Jaffery Harrison & Jules Theeuwes, at p28

(٢٨) راجع الحكم الصادر في قضية Watson v. Pietrantopn: 364, S.W. 2d 812 (W.Va. 1988)

(٢٩) Richard O. Zerbe Jr, Economic Efficiency in Law and Economics, Edward Elgar Publications, 2001, at p3.

(٣٠) يرجع هذا المعيار للفيلسوف بنتام Bentham.

أكبر قدر من السعادة لأكثر عدد من الأشخاص، وأن يكون الألم الناتج عنه، يمثل أقل قدر ممكن لأقل عدد من الأشخاص^(٣١).

وجه لهذا المعيار العديد من النقد على أساس أنه يعتمد - في جوهره - على مصطلحات تتسم بالغموض وعدم التحديد، مثل السعادة... والعدد الأكبر من الأشخاص وغير ذلك من التعبيرات التي تفتقد الانضباط الاصطلاحي الذي يمكن الاستناد إليه والتعويل عليه في هذا المجال^(٣٢).

٣ - المعيار الثالث: التعويض Kalder Hicks Efficiency:

وفقاً لهذا المعيار^(٣٣)، فإن الحكم على مدى كفاءة القانون، هو أن تكون المنافع الناتجة عن تطبيقه أكثر من التعويضات والتكاليف الناتجة عن هذا التطبيق من الناحية النظرية على الأقل، بما في ذلك التعويضات عن الأضرار المترتبة على التطبيق، فالقانون يكون ذا كفاءة اقتصادية Kaldor Hicks efficient إذا كانت المحصلة النهائية للأخذ به وتطبيق أحكامه هو زيادة ثروات المجتمع Society Wealth Maximization^(٣٤).

(٣١) تعتمد اقتصاديات الرفاهية (Welfare-economics) على هذا المعيار كأساس فلسفي، راجع: Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press, 2004, at p597-598.

(٣٢) Richard Posner, Utilitarianism, Economics and legal theory, Journal of legal studies, VIII (1), January 1979, at pp130-135.

To Know More: - Bhikhu Parekh, Jeremy Bentham: Ten Critical Essays, Routledge, 2012.

John Troyer, The Classical Utilitarians: Bentham and Mill, Hackett Publishing, 2003.

(٣٣) يعتبر هذا المعيار الأساس النظري للتحليل الاقتصادي القائم على تحليل المنافع والتكاليف Cost and Benefit Analysis. ويرجع هذا المعيار إلى ثلاثينيات القرن الماضي.

لمزيد من التفاصيل حول تطبيقات هذا التحليل انظر:

D. Bradford Hardin Jr, Why Cost-Benefit Analysis? A question (and some answers) about the legal academy, Alabama Law Review, Vol 59, No 5, 2008.

(٣٤) Qi Zhou, The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization, <http://ssrn.com/abstract=870748> at p3-5.

إلا أنه تم توجيه بعض الانتقادات لهذا المعيار خاصة من ناحية أخلاقية ومن منطلقات العدالة^(٣٥). وعبر عن ذلك الفيلسوف Nash Rawls، بقوله إن رفاهية المجتمع تتحدد بمقدار ما يحققه هذا المجتمع من رفاهية للطبقة الأضعف، فإذا كانت الطبقة الضعيفة في أي مجتمع لا تتمتع بالقدر المناسب من الرفاهية، فلا يمكن اعتبار المجتمع ككل يتمتع بالرفاهية حتى مع وجود بعض الفئات من أبنائه تتوفر لديهم إمكانيات وأدوات الرفاهية^(٣٦).

ثانياً - معيار التكلفة الاجتماعية (نظرية رونالد كوس):

يستخلص هذا المعيار من نظرية رونالد كوس Coase Theorem التي قدمها في بحثه الشهير The Problem of Social Cost^(٣٧) وتقوم هذه النظرية على عدة دعائم رئيسة من أهمها ما يأتي:

أ - الأسس الرئيسية لنظرية Coase:

١ - التكاليف الخارجية:

تقوم هذه الفكرة على أن حساب الربح المتحقق من إنتاج أي سلعة أو تقديم خدمة، يتم عن طريق إيجاد الفارق بين تكلفة إنتاجها وثمان البيع، إلا أنه

(٣٥) انظر:

Functional Law and Economics the search for self-neutral principles, Chicago & Kent Law Review, Vol 70, at p 440-444.

(٣٦) لمزيد من التفاصيل عن نظرية رولز للعدالة انظر: كتابه Nash Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press 1971.

(٣٧) يعتبر هذا البحث رائداً في مجاله، ومن أكثر البحوث التي يتم الاستعانة بها، والإشارة لها في الدراسات الاقتصادية والقانونية في الولايات المتحدة الأمريكية:

See Steven G. Medema & Richard O Zerbo, Jr, The Coase Theorem, in the Law and Economics Encyclopedia, at p 836.

ولعل الطريف، هنا، أن كتابات (كوس) أثرت تأثيراً كبيراً على القانون والاقتصاد، مع أن (كوس) أقر بأن بحثه كان موجهاً للاقتصاديين وليس للقانونيين، ولم يتصور أن كتاباته وأبحاثه سيكون لها هذا الأثر العظيم في مجال الدراسات القانونية (Jittery

Marries, Law and Economics in a Nut Shell, at p 56).

يجب تحديد العناصر الداخلة في تكلفة الإنتاج، حيث كان يقضى العرف أن تكلفة الإنتاج تنحصر في التكاليف الداخلية (المباشرة) فقط، كالأجور والمواد الأولية والطاقة وغيرها، دون اعتبار للتكاليف الخارجية (غير المباشرة)^(٣٨)، كنفقة تلوث البيئة^(٣٩).

كما تقوم هذه الفكرة على فرضية أن عدم ضم التكاليف غير المباشرة (الخارجية) التي يتحملها المجتمع إلى عناصر التكاليف المباشرة (الداخلية) عند حساب تكلفة إنتاج السلع، من شأنه أن يؤدي إلى نشوء اقتصاد مشوه؛ وذلك لعدم استخدام الموارد المتاحة بشكل فعال (efficient use of resources)، وعلاجاً لهذا الخل، اقترح الاقتصادي بيجو علاج هذا الخل بتحويل التكاليف الخارجية (غير المباشرة) إلى تكاليف داخلية (مباشرة) وتحمل المستثمر بها من خلال تدخل حكومي بفرض الضرائب^(٤٠).

٢ - الكفاءة الاقتصادية:

لم ترق الفكرة السابقة لكوس، فقد رفض - بشدة - أن يكون علاج الخل بتحويل التكاليف الخارجية إلى التكاليف الداخلية وتحمل المستثمر بها، ويرى الاستعاضة عن ذلك بإجراء دراسة تحليلية لكل حالة على حدة، وتحديد الوسيلة المناسبة للتعامل الاقتصادي الرشيد مع التكاليف الاقتصادية الخارجية من خلال آليات السوق^(٤١).

(٣٨) انظر: Milton Friedman, The Swedes Get it Right, Reason Magazine

(٣٩) يساق مثلاً على ذلك أنه عند حساب تكاليف إنتاج سلعة، فإن هذه التكاليف تشتمل على تكلفة العناصر المباشرة التي تدخل في عملية إنتاج السلعة التي لا تشتمل عادة على التكاليف الخارجية والتي تمثل في نسبة التلوث التي تنتج عن إنتاج السلعة، فإزالة هذا التلوث وتكلفة تنقية الهواء لا تدخل ضمن عناصر التكلفة.

(٤٠) مثال ذلك الضريبة البيغوفيه Pigouvian Taxes، وسميت بهذا الاسم لأن الاقتصادي الشهير بيجو هو صاحب هذه الفكرة.

(٤١) من الحالات الواقعية التي طبقت التحليل السابق مدينة في أوهايو الأمريكية، راجع:

Donald Wittman, Ibid at p53.

ب - أهم ملامح بحث كوس عن التكاليف الاجتماعية:

يقدم كوس في بحثه تفسيراً وتحديداً للأسباب التي تدعو الدولة لتقديم سياسات عامة في المجال الاقتصادي - في ظل الفكر الاقتصادي التقليدي - وهو وجود خلل في السوق Market Failure^(٤٢). لوجود قصور في آليات السوق، وعجز هذه الآليات عن ضبط هذا الخلل، وبالتالي، فإن التدخل الحكومي لمعالجة هذا الخلل في السوق يبدو أمراً ضرورياً، كما أنه يحقق الكفاءة الاقتصادية والمصلحة العامة.

وإحدى صور التدخل الحكومي هي التدخل التشريعي بهدف حماية الحقوق وتحقيق الكفاءة الاقتصادية^(٤٣). فالنظام القانوني يؤثر على التكاليف المصاحبة للتعاملات Transaction Costs^(٤٤) مما يؤدي إلى خفض قيمة هذه التكاليف أو زيادتها، وبذلك يكون كوس من الرواد الأوائل الذين ربطوا بين النمو والكفاءة الاقتصادية من جهة، والنظام القانوني وحماية الحقوق من جهة أخرى^(٤٥).

(٤٢) Ronald Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol 3, 1960 at p7-10.

Ibid at p 36-37.

(٤٣)

(٤٤) لا يوجد تعريف جامع مانع للتكاليف المصاحبة للتعاقبات، لكن يتم عادة الإشارة إلى أمثلة ونماذج لهذه التكاليف، ففي كل عملية قانونية تتم، سواء أكانت عملية بيع أم تأجير أم تقديم خدمات، توجد تكاليف مصاحبة لهذه العمليات مثل تكلفة التفاوض وتقييم الأعيان، وتكاليف الاستشارات القانونية وصياغة العقود، وتكلفة التسجيل.... الخ.

(٤٥) للمزيد راجع:

John N. Drobak & Douglass C. North, Legal in economic analysis, in Jurgen G. Backhaus (Ed.), The Elgar Companion to Law and Economics 2nd Edition, Edward Elgar 2005, at p53-54.

الفصل الثاني

دراسة نقدية لنظرية العقد من منظور اقتصادي

يقتضي الحديث عن الإطار الاقتصادي لنظرية العقد توضيح الخل الموجود في آليات السوق، وذلك من أجل توضيح الآلية التي يمكن اتباعها من خلال نظرية العقد لمعالجة كل خلل على حدة، ولإحاطة بذلك لابد من الاتفاق بداية على الوضع المثالي للسوق.

وبناء على هذا الطرح سنتمكن من عرض الإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانونين الكويتي والأمريكي، وتطبيقاً على ما سبق سنتعرض إلى الإفصاح كأحد أهم محاور نظرية فشل آليات السوق.

سنقوم بدراسة نقدية لنظرية العقد من منظور اقتصادي، وذلك بعرض للإطار الاقتصادي لنظرية العقد في المبحث الأول، ومنه سننتقل إلى عرض للإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانونين الكويتي والأمريكي في المبحث الثاني، والذي يتضمن ثلاثة فروع يتم دراستها من منظور اقتصادي (الإخلال بالالتزام العقدي، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، والتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي). أما الإفصاح في نظرية العقد من منظور اقتصادي فسيكون محل دراستنا في المبحث الثالث والأخير.

المبحث الأول

الإطار الاقتصادي لنظرية العقد

كما تم توضيحه سابقاً من أن النظرية الاقتصادية تقر بوجود خلل في آليات السوق Market Failure، ومن ثم فإن ما يسمى بالعقد الكامل، وهو ذلك العقد الذي يصفه (كوتر والن) بالعقد الذي يقوم بمعالجة كافة الأحداث - أو الأمور الطارئة - المستقبلية والتي قد تحدث لكلا الطرفين سواء نتيجة لفعلهما أو لأي سبب خارجي، بالإضافة إلى توافر جميع المعلومات بشكل كامل عن

كافة العوامل التي من الممكن أن يكون لها تأثير على العقد^(٤٦)، ولذا فإن افتراض إمكانية توافر هذه الشروط في العقد القانوني هو أمر غير واقعي، ويستحيل حدوثه في عالمنا الواقعي، ولذلك تأتي أهمية تحديد أوجه الخلل في آليات السوق لتحديد الدور الذي يفترض على نظرية العقد أن تقوم به لمعالجتها. وقبل الدخول في أوجه الخلل في آليات السوق والآلية التي تتبع في نظرية العقد لمعالجة كل خلل على حدة، فإنه من الأهمية بمكان معرفة ما هو الوضع المثالي للسوق من الناحية النظرية، وذلك لإسقاطها على الواقع العملي ومن ثم تحديد أوجه الخلل والتي ستمثل الأساس الاقتصادي لكثير مما جاء في نظرية العقد، ولتوضيح هذه المسألة بصورة مبسطة فإن الجدول رقم ١ يبين متطلبات السوق الكامل أو المثالي Perfect Market، وبعد ذلك سنتناول بالتفصيل الحديث عن التأصيل الاقتصادي للعديد من القواعد القانونية في نظرية العقد.

جدول رقم ١: الشروط المطلوبة للسوق المثالي

أشخاص عقلانيين Rational Actors:	يعتبر هذا الشرط الأول لتوافر السوق الكامل أو المثالي، ويقصد به أن الأشخاص المتعاقدة ومتخذي القرار يتصرفون بعقلانية لتعظيم ثرواتهم وإيجاد العائد الأمثل والأفضل لمواردهم.
خيارات غير مقيدة Unconstrained Choices:	أن تكون خيارات أطراف التعاقد غير مقيدة بأي قيد؛ مثل أن يتخذوا قراراتهم تحت أي صورة من صور التهديد سواء من الدولة أو من الأفراد الآخرين، أو أن تكون خياراتهم مقيدة من ناحية تشريعية، ويستثنى من ذلك قيد ندرة الموارد.
غياب تكاليف التعاقد Absence of Transaction Costs:	إن تكاليف الدخول في أي تعامل مع الغير يفترض أن تكون محدودة لضمان انتقال الموارد المتاحة للمستخدم الذي يستطيع توظيفها بالشكل الأمثل، وهذا يعتبر من أهم شروط ومتطلبات السوق المثالي.

(٤٦) Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, prentice Hall, 2011, at pp. 224-232.

تابع / جدول رقم ١: الشروط المطلوبة للسوق المثالي

غياب التكاليف الخارجية Absence of (^{٤٧})Externalities	يجب ألا تكون هناك أي آثار جانبية للعقد على الغير؛ وبمعنى آخر فإنه يجب على الأطراف المتعاقدة تحمل كافة التكاليف والأضرار الناتجة عن تنفيذ العقد.
توافر المعلومات بشكل كامل Perfect Information	يجب أن تكون الأطراف المتعاقدة على إطلاع بكافة المعلومات التي ستؤثر على تصرفاتهم، ولا يقصد هنا التنبؤ بالمستقبل، بل يقصد بذلك المعلومات المتاحة وقت التعاقد حتى يستطيع طرفا التعاقد التصرف بشكل عقلاني.
المنافسة الكاملة Perfect Competition	الشرط الأخير هو توافر عدد معقول من المتعاملين بالسوق من مشترين وبائعين، وغياب أي احتكارات مطلقة أو نسبية، وبمعنى آخر لا يتمتع أي من الأطراف بقوة تفاوضية تعطيه ميزة تنافسية بالتفاوض للقيام على سبيل المثال بفرض شروطه على الطرف الآخر.

المصدر: Hatzis, Aristides N (^{٤٨})

تأتي أهمية تبيان الوضع المثالي للسوق لتحديد إذا ما كان النظام القانوني بشكل عام والنظرية العامة للعقد بشكل خاص قد قامت بالتدخل التشريعي المناسب لمعالجة بعض من أوجه الخلل، إضافة إلى ما سبق فإن الفهم الاقتصادي للقانون وأهدافه الاقتصادية سيكون له بالغ الأثر لتقديم فهم أعمق للقانون، خاصة أن هناك شبه إجماع من قبل الاقتصاديين على أن هناك خللاً بآليات السوق Market Failure، الأمر الذي يستدعي تدخلاً تشريعياً لمعالجة أو التخفيف من آثار هذا الخلل، وهناك شبه إجماع على أوجه الخلل في آليات السوق والتي تحاول النظرية العامة للالتزام ونظرية العقد معالجتها سواء بشكل مقصود أو غير مقصود.

(^{٤٧}) لتبيان ما هو المقصود بالتكاليف الخارجية راجع المبحث الثاني، ص ٢١.

(^{٤٨}) Hatzis, Aristides N., Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?. THE ARCHITECTURE OF EUROPEAN CODES AND CONTRACT LAW, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, pp. 159-191, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=661661> or: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.661661>

ومن أجل توضيح أوجه الخلل الاقتصادي المختلفة التي قد تصيب آليات السوق، فإن الجدول رقم ٢ يقوم بعرض مبسط لتلك الاختلالات الاقتصادية.

الجدول ٢: أوجه الخلل الاقتصادي في آليات السوق التي تسعى نظرية العقد لمعالجتها

المبدأ القانوني في نظرية العقد المعالج لهذا الخلل	أوجه الخلل في آليات السوق وفقاً لنظرية خلل آليات السوق Market Failure
قواعد الأهلية (حيث إن هذه القواعد القانونية مبنية على أساس أن الأشخاص فاقد الأهلية غير أسوياء ومن ثم لا يعتد بتصرفاتهم) ويهدف ذلك إلى التأكد من أن الأطراف المتعاقدة أسوياء وعقلانيون، وهو الأمر المطلوب للوصول إلى سوق مثالي، ولو بصورة نسبية.	التصرفات غير العقلانية والتي ينتج عنها تبديد للموارد Irrationality
القواعد الآمرة في القانون المدني والمسؤولية التقصيرية، بالإضافة إلى قواعد النظام العام، تهدف إلى الحد من تأثير التكاليف الخارجية للتصرفات العقدية، من خلال عدم اعتراف المحاكم ببعض أنواع العقود، وفرض المسؤولية التقصيرية لتحويل التكاليف غير المباشرة التي تنتج عن التصرف القانوني إلى تكاليف مباشرة يتحملها طرفا العقد.	التكاليف الخارجية السلبية Negative externalities
القواعد المنظمة لعيوب الإرادة (وقواعد الإفصاح والعيوب الخفي)، حيث إن هذه القواعد القانونية تهدف إلى الحد من ظاهرة غياب المعلومات عند التعاقد، الناتجة عن الخلل في آليات السوق الحر، ومعالجة هذا الخلل للوصول إلى المعلومات الكاملة Perfect Information.	غياب المعلومات عند تعاقد الأطراف Asymmetry of information
القواعد المنظمة لعقود الإذعان حيث تهدف إلى الحد من القوة الاحتكارية لأحد الأطراف المتعاقدة نتيجة خلل في آليات السوق، بالإضافة إلى النظرية العامة للغب، حيث تهدف إلى معالجة هذا الاختلال في آليات السوق التي تنشأ نتيجة غياب المنافسة الكاملة.	القوة الاحتكارية لأحد المتعاقدين وغياب المنافسة الكاملة

المصدر: Hatzis, Aristides N

تعتمد نظرية العقد في التشريع الأمريكي على مبادئ قانونية أساسية قائمة على: أولاً أيديولوجية استقلالية الفرد، وانعكس ذلك على مبدأ حرية التعاقد Freedom of Contract^(٤٩) والحد من تدخل الدولة، ولقد تعدى هذا الأمر إلى تهميش كامل لدور الدولة حتى في الحالات التي يقوم فيها الفرد بالإضرار بمصالحه الشخصية (ما دام يتمتع بالأهلية الكاملة).

وبالإضافة إلى هذا المبدأ المهم، تقوم نظرية العقد في التشريع الأمريكي على فلسفة السوق الحر، ولعل إلغاء قوانين الربا أهم ما حققته هذه الفلسفة القائمة على الحرية الشخصية، حيث كانت هذه القوانين تضع قيوداً على الحد الأعلى للاقتراض، وقد تم إلغاؤها بأغلبية الولايات في الوقت الحالي^(٥٠).

ومن الأهمية بمكان تبين أن تطور فلسفة نظرية العقد وصلت إلى مرحلة تم تقييد هذه المبادئ فيها انطلاقاً من أيديولوجيات فلسفة العدالة الاجتماعية وتعظيم دور المحاكم في الحد من آثار فلسفة السوق الحر بشكلها المطلق، مما دفع المحاكم إلى التدخل في الالتزامات التعاقدية انطلاقاً من مبادئ العدالة، خاصة في عصر ما بعد الثورة الصناعية وانخفاض شعبية أيديولوجية الفيلسوف بنتام Jeremy Bentham^(٥١).

وفي مرحلة أخرى انتقلت فلسفة القانون إلى هيمنة فلسفة التحليل الاقتصادي للقانون على أحكام المحاكم وتفسير القواعد القانونية الخاصة بنظرية العقد، بل إن تدخل المحاكم في تعديل أو إلغاء بعض بنود العقود من

(٤٩) من الأهمية بمكان توضيح أن مبدأ حرية التعاقد قد مر بعدة مراحل، وأصبحت المحاكم مستعدة أكثر مما سبق لتقييد حرية الأفراد. حول هذا الموضوع انظر: Patrick Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford University Press 1985.

(٥٠) Robert L. Birmingham, Damage Measures and Economic Rationality: The Geometry of Contract Law, Duke Law Journal, Vol. 1969, No. 1 (Feb., 1969), at p58.

Ibid at p59.

(٥١)

خلال تقييد المبدأ العام القائم على أن "العقد شريعة المتعاقدين" عادة ما يكون له تأصيل اقتصادي، وإن غاب ذلك عن وجدان المحكمة ومنطوق وحيثيات أحكامها، وذلك من خلال تعديل بنود العقد للوصول لوضع أكثر كفاءة اقتصادياً، ولمعالجة اختلالات السوق الحر المشار إليها في الجدول رقم ٢ أعلاه.

المبحث الثاني

الإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانون الكويتي والأمريكي

في إطار تعرضنا للإطار الاقتصادي للمسؤولية العقدية في القانون الكويتي والأمريكي، سنتعرض إلى الإخلال بالالتزام العقدي من منظور اقتصادي (الفرع الأول)، والتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي من منظور اقتصادي (الفرع الثاني)، والتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإخلال بالالتزام العقدي من منظور اقتصادي

تعد نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال efficient breach doctrine أحد أعمدة التحليل الاقتصادي لنظرية العقد، ويقوم هذا المبدأ على فرضية أنه في بعض الأحيان يعتبر الإخلال بالالتزام العقدي أمراً إيجابياً من الناحية الاقتصادية، بمعنى أن نتائج هذا الإخلال تكون اقتصادياً ذات طابع إيجابي على الرغم من عدم قانونية العمل^(٥٢). ووفقاً لهذا المبدأ فإن الإخلال يعتبر كفواً efficient من ناحية اقتصادية إذا كان المردود الاقتصادي للشخص المدين في العقد يتجاوز خسائر الدائن^(٥٣). ولا يعني ذلك أن هذا الإخلال يعتبر تصرفاً مشروعاً.

(٥٢) Thomas J. Miceli, Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation, Oxford University Press, 1997, at p128-30.

(٥٣) Peter Linzer, On the Amoralism of Contract Remedies-Efficiency, Equity, and the Second "Restatement" Columbia Law Review, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1981), pp. 114-115.

ولتوضيح هذا المفهوم يقوم البروفيسور لينزر بتقديم المثال الآتي^(٥٤):

"زيد" يملك مصنع أخشاب لصناعة الأثاث، وقد طلب منه "عبيد" - وهو مالك لمتجر لبيع الأثاث - تصنيع ١٠٠ ألف كرسي بسعر ١٠ \$ للكرسي الواحد، ولإنجاز هذه الطلبية فإن مصنع "زيد" سيصل لطاقته التشغيلية القصوى ولن يستطيع القيام بأي طلبات أخرى إلى أن ينتهي من طلبية "عبيد".

تم توقيع عقد بين عبيد وزيد بهذا الشأن، ومن المتوقع تحقيق "زيد" ربح بمقدار ٢ \$ للكرسي الواحد وبإجمالي ٢٠٠,٠٠٠ \$ للصفقة.

وقبل البدء في عملية التصنيع، طلب "يوسف" - وهو مالك لمتجر متخصص في بيع الطاولات - من "زيد" صناعة ٥٠٠٠٠ طاولة خشبية بسعر ٤٥ \$ للطاولة الواحدة، وتكلفة إنتاج الطاولة الواحدة للمصنع تقدر بـ ٣٠ \$، أي أنه من المتوقع تحقيق "زيد" ربح بمقدار ١٥ \$ للطاولة الواحدة وبإجمالي ٧٥٠,٠٠٠ \$ إذا ما قبل هذا العرض من شركة يوسف، ولكن من أجل أن يقبل العرض فإن زيدا سيكون مضطراً للإخلال بالالتزام العقدي مع عبيد، مع العلم بأن هناك مصانع أخرى في المدينة قادرة على تصنيع الكراسي الخشبية المطلوبة من قبل عبيد، ولكن مصنع زيد هو الوحيد القادر على صنع الطاولات الخشبية في المدينة مما يعني أن شركة يوسف لن تستطيع أن تتفاوض مع أي مصنع آخر.

ولنفترض أن بسبب مخالفة زيد للعقد سيضطر عبيد للتفاوض مع مصنع آخر وأن التكلفة ارتفعت بنسبة ٢٠٪، أي بمبلغ ٢٠٠,٠٠٠ \$ إضافة إلى مصاريف أخرى سيتكبدها عبيد نتيجة إخلال زيد للعقد تقدر بـ ١٠٠,٠٠٠ \$، أي أن زيدا ملزم بتعويض عبيد بمبلغ وقدره ٣٠٠,٠٠٠ \$، على الرغم من هذا التعويض الكبير والذي يقدر بـ ٣٠٪ من إجمالي قيمة العقد فإن زيد سيحقق ربحاً وقدره ٤٥٠,٠٠٠ \$ نتيجة إخلاله بالعقد، وعبيد سيحصل على تعويض عادل والكراسي الخشبية، ويوسف سيحصل على الطاولات الخشبية التي

(٥٤) تم تغيير الأسماء من قبل الباحث.

يريدها بالإضافة إلى أن المصنع الذي سيتعاقد معه عبيد سيحصل على ربح وسيستطيع زيادة القدرة التشغيلية لمصنعه^(٥٥). هذا كله لن يحصل ولا يتصور إلا بسبب الإخلال بالالتزام التعاقدي الذي قام به زيد، ولهذا السبب سمي هذا النوع «الإخلال بالالتزام العقدي الفعال».

تبنى القانون الأمريكي هذا التوجه في شكل نظرية الإخلال بالالتزامات العقدية، ففي شروح القانون Restatement (Second) of the law of contracts لنظرية العقد بالقانون الأمريكي ينص على أن: "الهدف التقليدي للمسؤولية التعاقدية في نظرية العقد (في الولايات المتحدة الأمريكية المصطلح الدارج هو قانون العقود Contract Law) لا تتمثل في إكراه المدين لتنفيذ التزاماته العقدية تنفيذاً جبرياً، ولكن القانون تبنى التعويض النقدي كميّار عام لمعالجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، حتى في حالات الإخلال العمدية فلم يميزها القانون عن الإخلال غير العمدي.... والتنفيذ العيني/الجبري هو بمثابة الاستثناء في حالة عدم كفاية وعدالة التعويض النقدي كآلية للتعويض"، وبشكل عام، فإن المدين قد يجد أن عدم وفائه بالتزاماته العقدية سيعود عليه بالنفع حتى في حالة أن قام بتعويض الدائن تعويضاً كاملاً للأضرار التي أصابته^(٥٦).

ويعتبر التنفيذ العيني/الجبري هو بمثابة الاستثناء في حالة عدم كفاية وعدالة التعويض النقدي كآلية كافية للتعويض. وقد قام البروفيسور فارنسوارث بتفسير ذلك بقوله إنه لو كان المجتمع يرى أنه يجب تنفيذ العقود، بغض النظر عن أي ظرف، لجعل مخالفة الالتزامات العقدية جريمة أو لوضع غرامة مدنية لها كما كان متبعاً في الدول الشيوعية عندما يكون هناك تعاقدات بين مؤسسات الدولة، وهو عكس ما تتبعه غالبية دول العالم من حيث إن فلسفة التعويض لا تقوم على أساس العقاب ولكن هي قائمة على تعويض الضرر^(٥٧). وقد تبنى

Ibid. (٥٥)

For more details see the American Second Restatement of Contract law. (٥٦)

E. Allan Fransworth, Legal Remedies for Breach of Contract, Columbia Law Review, Vol 70, No 7 (1970) at pp1146-1147. (٥٧)

هذا الرأي الكثير من الفقهاء والقضاة ولو كان ذلك بشكل غير مباشر أو ضمني ودون الإشارة إلى ما يسمى مبدأ الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال^(٥٨) (efficient breach Doctrine) وعلى رأسهم الفقيه والقاضي أوليفر هولمز عندما ذكر أن القانون العام Common Law مبني على أن الالتزام بالعقد إما يعني أن يتم تنفيذ العقد أو التعويض النقدي للدائن^(٥٩).

“The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it and nothing else”

وتأصيل هذه المسألة وفقاً لهولمز، مبني على أساس أن الوعد بعمل أمر ما يتضمن أيضاً الوعد بالتعويض النقدي في حالة عدم تنفيذ الالتزام^(٦٠).

الفرع الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي من منظور اقتصادي

خلصنا سابقاً إلى أن الفلسفة الاقتصادية أصبحت جزءاً لا يتجزأ من نظرية العقد في الفقه الانجلوسكسوني، ويأتي موضوع التعويض الاتفاقي ليؤكد سمو كعب النظرية الاقتصادية على غيرها من النظريات الفلسفية القائمة على الحرية الشخصية ومبدأ سلطان الإرادة، حيث إن القواعد القانونية المنظمة للتعويض الاتفاقي أتت لتؤكد وترسخ نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال. فالقانون الأمريكي وضع قيداً على التعويض الاتفاقي والذي يطلق عليه في

(٥٨) هناك من يعترض على نظرية كفاءة القانون العام Common law ودور المحاكم في تعزيز مبادئ الكفاءة الاقتصادية انظر:

Gerald P. O'Driscoll Jr, Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 355-366.

(٥٩) للمزيد من التفاصيل انظر: Oliver Wendell Holmes, Jr. The Path of Law, 10 Harvard Law Review 457, 1897.

(٦٠) See Jody S. Kraus, A Critique of the Efficient Performance Hypothesis, 116 Yale Law Journal, 568 2006.

القانون الأمريكي (Liquidated Damages)، وهذا القيد يتمثل في رفض المحاكم الأمريكية الاعتراف بالتعويض الاتفاقي إذا كان يمثل غرامة أكثر منه تعويضاً.

ولقد تطور بشكل كبير استخدام المحاكم لهذا الحق، بمراقبة التعويض الاتفاقي، ومقداره. وعلى سبيل المثال طالبت المحكمة الفيدرالية بمراجعة قيمة المبلغ المنصوص عليه في العقد، كتعويض اتفاقي، مقابل الأضرار الفعلية الناجمة عن الإخلال بالعقد، وتدخلت المحكمة بتقريب قيمة التعويض لكي يكون معبراً عن الأضرار^(٦١).

وتتلخص القضية في عدم إتمام صفقة شراء حصة ٤٩٪ من Colonial Hilton Inn في مدينتي لينفيلد وويكفيلد بولاية ماساتشوستس، رفع البائع دعوى قضائية ضد المشتري مطالباً إياه بتعويض قدره \$٢٠٠,٠٠٠.

وجدت محكمة المقاطعة أن المشتري كان على خطأ، ورأت أنه من حق البائع التعويض المتفق عليه، رفع البائع دعوى أمام المحكمة الفيدرالية، وقامت المحكمة الفيدرالية بمراجعة للتعويض المتفق عليه، وفقاً للربح الذي فات المتضرر، والمكسب المتوقع تحققه للمدعى عليه، وعلى أساس ذلك تم تعديل قيمة التعويض.

والسبب في ذلك يعود إلى أن الاعتراف المطلق بهذا النوع من الاتفاقيات سيقوض مبدأ الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال^(٦٢) كون أنه يلزم الطرف المخل بأكثر مما تحدده المبادئ العامة، وكون أن هذا الشرط يستخدم ليس من أجل التعويض ولكن كضمانة للالتزام الأطراف بالعقد^(٦٣).

(٦١) Colonial at Lynnfield v. Sloan, 870 F.2d 761 (1st Cir. 1989), <http://federal-circuits.vlex.com/vid/lynnfield-sloan-zipes-37252283>

(٦٢) Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, Columbia Law Review, Vol. 77, No. 4 (May, 1977), pp. 556-559.

(٦٣) وقد تناولت مجموعة من الأحكام الأمريكية هذا الأمر انظر: الحكم في Henderson- Boyd Lumber Co. v. Cook, Ala.226, 42 So.838 (1906).

وعلى جانب آخر يرفض بعض الفقهاء عدم وجوب الاعتراف بالتعويض الاتفاقي في حالة اعتباره غرامة وليس تعويضاً حتى لو كان يتجاوز ما كان ستقره مبادئ التعويض في النظام القانوني، خاصة في التعاملات غير التجارية والتي من الممكن أن يكون الدافع وراء الدخول فيها إشباع حاجات نفسية، وليس تحقيق مكسب مادي، حيث إن مبادئ التعويض في القانون لن تكون كافية لتعويض الدائن في مثل هذه الحالات^(٦٤).

فعلى سبيل المثال لنفترض أن شخصاً ما أراد أن يفاجئ زوجته بهدية عبارة عن لوحة مرسومة من قبل أحد الرسامين المشهورين والمعروف عنه جودة عمله ولكنه لا يلتزم بمواعيد التسليم التي يتم الاتفاق عليها، ولكي يضمن الدائن التنفيذ في يوم محدد تم الاتفاق على أنه في حال مخالفة العقد يلتزم المدين بدفع مبلغ مليون دولار على الرغم من أن العمل بأكمله لا يتجاوز مائة ألف دولار، ففي هذه الحالة فإن هذا الاتفاق يعتبر بمثابة وسيلة للوصول للتنفيذ العيني خاصة إذا ما كان السبب وراء الإخلال لا يعود لظروف طارئة أو قوة قاهرة، ولا يعود لتصرفات الملتزم بالتنفيذ^(٦٥)، ومن الأهمية بمكان تبيان أن القانون الأمريكي يعطي المحكمة الحق إما لإلغاء البند الخاص بالتعويض الاتفاقي أو تنفيذه دون أن يكون لها الصلاحية بتخفيضه، ولكن في الغالب لا تقوم المحاكم بإلغاء هذا البند نظراً لأن المبلغ المتفق عليه يكون غالباً قليل القيمة^(٦٦).

ويعترض آخرون على وضع قيود على حرية الأفراد في الاتفاق على الشرط الجزائي؛ حيث إن ذلك يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد التي هي بذاتها تعتبر أحد أعمدة السوق الحر Laissez-faire، ومن ثم فإن وضع أي قيود قانونية على قيمة الشرط الجزائي يتعارض مع هذه المبادئ على الرغم من اعتراف المؤيدين لهذا التوجه بانحسار أيديولوجية حرية التعاقد مقابل

(٦٤) Hugh Collins, The Law of Contract, Cambridge University Press, 2003, P.373.

(٦٥) Charles J. Goetz and Robert E. Scott, pp. 558-568.

(٦٦) Samuel A. Rea, Jr, Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 1 (Jan., 1984), pp. 148.

الدور الاجتماعي والاقتصادي لنظرية العقد، ولكنهم يرون أن القيود القانونية على الشرط الجزائي أصبحت ضحية لهذا الانحسار^(٦٧).

ومن الأهمية بمكان تبيان أن التوجه لعدم الاعتداد بالشرط الجزائي إذا تجاوز حدود ما بدأ ينتقل إلى الأنظمة القانونية اللاتينية وهو توجه مغاير لما كان متبعاً في هذه الدول. فعلى سبيل المثال في فرنسا كانت مدونة نابليون تتمحور حول أيديولوجية حرية التعاقد، وعليه نصت المواد ١٢٢٦ و ١٥٥٢ على أحقية الأفراد في الاتفاق على أي شرط جزائي، ولكن التعديلات التشريعية التي تمت في عام ١٩٧٥ أعطت القاضي الحق في تخفيض الشرط الجزائي إذا اتضح أنه مبالغ فيه، فأصبح القانون أقرب للمبادئ المتبعة في القانون الأمريكي^(٦٨). وبذلك فإنه تم تقليل أو نزع الصفة التهديدية التي كان يتمتع بها الشرط الجزائي في القضاء والفقه الفرنسي التي كانت سائدة قبل التعديلات التي تمت في سبعينيات القرن العشرين^(٦٩).

وقد تبني المشرع الكويتي ذات التوجه من خلال اعتبار الاتفاق التعويضي آلية من آليات التعويض وليس شرطاً تهديدياً، حيث تم ربط مثل هذه الاتفاقات بوقوع الضرر لسريانها، وأعطى المحكمة الحق في تخفيض التعويض المتفق عليه إذا أثبت المدين أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه، وفي هذا المقام نصت المادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي على أنه: "لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق

Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, Michigan University Press, at (٦٧) pp. 187-189.

Ibid at p190. (٦٨)

للمزيد من الإيضاح بخصوص الوضع الذي كان سائداً بفرنسا قبل التعديلات التشريعية (٦٩) انظر: الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني الخاص بالاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية صفحة ١٨٨.

يخالف ذلك". ويترتب على ذلك أن المشرع قد اشترط ضرورة توافر ركن الضرر لاستحقاق التعويض، ولكن الإضافة التي تقدمها هذه المادة تتمثل في نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين، فلا يتحمل الدائن - في حالة وجود اتفاق تعويضي - عبء إثبات حدوث الضرر ولكن يقتصر دوره على إثبات الخطأ من جانب المدين، ويقع على عاتق المدين نفي حدوث الضرر^(٧٠). والأساس الاقتصادي لهذه المادة هو تحقيق الاستخدام الأمثل للموارد، حيث إن الهدف هو التعويض وليس العقوبة.

وعند دراسة الالتزام القانوني للمدين بالتعويض فإن غالبية الأنظمة القانونية اشترطت بل أوجبت على الدائن التزام تخفيف والحد من أضراره الناتجة عن إخلال المدين بالتزاماته العقدية Mitigation of Damages principle. وقد أوجب القانون الكويتي ذات الالتزام على الدائن حيث ألزمه أن يقوم بتلافي الأضرار الناتجة عن مخالفة المدين لالتزاماته العقدية، حيث تنص المادة ٣٠٠ من القانون الكويتي المدني على أن: "الضرر يجب أن يكون نتيجة طبيعية لمخالفة المدين للالتزامات العقدية للاعتراف به قانوناً، ولا يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا ما كان باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

والأساس الاقتصادي لهذا الالتزام هو التشجيع والتأكيد على الاستغلال الأمثل للموارد efficient.allocation of resources، فالهدف الأساسي لهذه القاعدة القانونية من منظور اقتصادي ليس حماية المدين من خلال تقليل حجم الأضرار التي سيكون مسؤولاً عنها، ولكن حماية الاقتصاد من عدم الاستغلال الأمثل للموارد المتاحة للمجتمع^(٧١). وكما تم تبينه في تعريف علم الاقتصاد فإن المحفزات تعتبر مكوناً رئيسياً من مكونات علم الاقتصاد، ويأتي دور القاعدة القانونية في القانونين الأمريكي والإنجليزي الخاصة بالالتزام الدائن بالتخفيض والحد من الأضرار المترتبة على مخالفة المدين للعقد؛ لخلق حافز للدائن للحد

(٧٠) انظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي صفحة ٢٧٤-٢٧٥.

Thomas J. Miceli, The Economic Approach to Law, at p138

(٧١)

من الآثار السلبية المترتبة على هذه المخالفة، وخاصة أن التعويض في القانونين الأمريكي والإنجليزي قائم على أساس وضع الدائن في ذات الموقع الذي كان سيكون فيه في حال تم تنفيذ العقد، ولو اكتفينا بهذه القاعدة فسيترتب عليها هدر اقتصادي حيث إن التعويض الذي سيلتزم به المدين سيكون أعلى في هذه الحالة مما سيكون عليه في حال غياب أي التزام قانوني على الدائن، للتخفيض وللمحد من أضراره التي ستترتب نتيجة إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية^(٧٢). ويأتي التدخل القانوني بفرض هذه القاعدة القانونية لخلق الحافز الذي سيترتب عليه وقف أي هدر للموارد الاقتصادية للمجتمع بما فيها الطرف الذي أخل بالتزاماته القانونية، ولتوضيح هذا المفهوم فلنتصور أن هناك عقد إيجار وأن المستأجر قد خالف بنود العقد بمغادرته الشقة المؤجرة وتوقفه عن دفع الأجرة على الرغم من أن العقد سار ولمدة ستة أشهر إضافية؛ ففي هذه الحالة فإن المؤجر ملتزم قانوناً بأن يسعى إلى تخفيض أضراره، وذلك متصور من خلال الإعلان عن وجود شقة شاغرة للجمهور وإلا كان مخالفاً للالتزام بتخفيض الضرر، والفلسفة الاقتصادية كما تم تبيانه أعلاه تتمثل بالسعي لاستخدام الموارد المتاحة بالمجتمع استخداماً أمثل، ففي هذه الحالة فإن المجتمع سيستفيد من إعادة طرح الشقة للجمهور، حيث إن غياب مثل هذا الالتزام فإن التصرف الطبيعي للمؤجر هو عدم الإعلان عن أن الشقة شاغرة خاصة إذا كان هناك ضمانات تغطي ضرر المؤجر سبق أن قدمها المستأجر.

الفرع الثالث

التعويض في القانونين الكويتي والأمريكي

خلصنا سابقاً إلى أن التعويض يعد أحد أهم المواضيع التي توضح مكانة النظرية الاقتصادية في نظرية العقد، ومن أجل تأكيد هذه الفكرة، وتوضيح الفلسفة الاقتصادية لمبدأ التعويض سنتعرض أولاً لتحليل الأسس الاقتصادية

(٧٢) Eric A. Posner, Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, Encyclopedia of law and economics, Vol. 3 (2000), at pp169-172.

للقواعد القانونية المنظمة للتعويض في القانونين الكويتي والأمريكي، وثانياً إلى أنواع التعويض من منظور اقتصادي.

أولاً - التعويض في القانونين الكويتي والأمريكي من منظور اقتصادي:

قبل الشروع في تحليل الأسس الاقتصادية للقواعد القانونية المنظمة للتعويض في نظرية العقد في كل من القانون الأمريكي والقانون الكويتي، علينا بداية أن نبين الفلسفة الاقتصادية لمبدأ التعويض، فوفقاً لفقهاء التحليل الاقتصادي للقانون فإن أهمية القواعد القانونية المنظمة للتعويض تبرز في العقود الزمنية، تلك العقود التي تتضمن عاملاً زمنياً لتنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، وخلال هذه الفترة يكون الأطراف والعقد عرضة لما يسميه غويتز وسكوت احتمالية الندم Regret Contingency، ويقصد هنا باحتمالية الندم تغير الظروف المستقبلية لأحد طرفي التعاقد مما يدفعه إلى الندم على الدخول في مثل هذه الالتزامات التعاقدية، وبناء على ذلك يسعى إلى الهروب من تنفيذ التزاماته التعاقدية^(٧٣). وبناءً عليه فإن أحد الأسس الاقتصادية للتعويض في نظرية العقد هو خلق حافز يحد من حدوث احتمالية الندم، وفي حالة حدوثها فإن القواعد القانونية للتعويض تحدد القيمة المالية لنقل هذا الندم من رغبة إلى واقع حقيقي، وذلك من خلال عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية ودفع تعويض مالي للدائن كمقابل لهذا الواقع والرغبة.

ومن الأهمية بمكان أن نبين هنا أنه من وجهة نظر اقتصادية فإن القواعد القانونية لا تمنع الإخلال بالالتزامات العقدية ولكن تؤسس لها قيمة مالية^(٧٤) وذلك لخلق المجال أمام تنفيذ ما يسمى نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال Efficient Breach Doctrin التي سبق أن تم تناولها في بداية البحث.

(٧٣) Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 7 (Jun., 1980), pp. 1271-1276.

(٧٤) Paul G. Mahoney, Contract Remedies: General, encyclopedia of Law and Economics, Vol. 3 (2000) at p118.

وعليه نرى أن التعويض النقدي هو الأصل في القانون الأمريكي^(٧٥) والإنجليزي وأن التعويض العيني هو الاستثناء، ففي حال مخالفة أحد طرفي العقد التزاماته التعاقدية فإنه يلتزم بتعويض الطرف الآخر نقداً، ولا يحق للمدين طلب التعويض العيني إلا في حالات استثنائية كما تم تبينه في المبحث السابق. والأمر الذي يؤكد حقيقة هذا التحليل هو أنه لو كان القانون يهدف إلى جعل الالتزام العقدي مسألة جبرية (ويقصد بالجبرية هنا أن تنفيذ العقد لا خيار فيه حتى لو التزم الدائن بالتعويض الكامل للمدين) لجعل التنفيذ العيني هو الأساس والنقدي هو الاستثناء، ويتضح ذلك في تشدد المحاكم الأمريكية في إعطاء الأوامر القضائية للتنفيذ العيني، أو الامتناع عن عمل لعدم تمكين المدين من مخالفة العقد، حيث إن المحاكم الأمريكية لا تقوم عادة بإصدار مثل هذه الأوامر إلا من باب الاستثناء، ويجب على الدائن أن يثبت للمحكمة أن التعويض النقدي - وهو الأصل - لن يكون كافياً لتعويض الدائن، هذا بالإضافة إلى أمور أخرى يستوجب على الدائن أن يثبتها^(٧٦)، أو من خلال الغرامات الجزائية كرادع لأي طرف يسعى للإخلال بالتزاماته التعاقدية.

ويقوم الأساس الاقتصادي في السماح للدائن بمخالفة التزاماته مع إلزامه بالتعويض النقدي على الاستحالة العملية للتنبؤ بكافة الأحداث التي قد تطرأ في المستقبل، ولو كان هذا الأمر قابلاً للتطبيق - وهو أمر غير متصور - لكان من الممكن قبول فكرة أن يقوم النظام القانوني لنظرية العقد بالاعتراف بالتنفيذ العيني كأصل، حيث إن أطراف العقد كانت على علم بكافة المعلومات والمعطيات المحيطة بالعقد، وعليه اتخذوا قرارهم بعد أن قاموا بالتثبت وتقييم كافة العوامل

See John D. Calamari & Joseph M. Perillo, The Law of Contracts, 4th Edition, (٧٥) West Group Publications, 1998 at p611-620.

(٧٦) للمزيد حول الأوامر القضائية وآخر التطورات القضائية بشأنها خاصة بعد حكم المحكمة الدستورية بقضية eBay انظر:

Mark P. Gergen, John M. Golden & Henry E. Smith, The Supreme Courts Accidental Revolution? The Test for Permanent Injunctions, Columbia Law Review, Vol 112 No 2, March 2012 at pp204-249.

المستقبلية، وانعكس هذا الأمر على العقد وعلى التزاماتهم المتقابلة، ولكن نظرية العقد غير الكامل أو الناقص Incomplete contracts theory والواقع العملي يؤكدان أن العقود دائماً لا تعالج كافة الأمور التي قد تحدث مستقبلياً، ويعود ذلك إلى أسباب اقتصادية أيضاً، فالوقت والجهد والتكلفة التي سيتكبدها أطراف العقد تفوق المنافع المرجوة من البحث عن كافة هذه العوامل وإضافتها في العقد^(٧٧)، وعليه فإن أطراف العقد يحق لهم مخالفة بنود العقد شريطة أن يكون هناك تعويض كامل وعادل للدائن، ويطلق الفقيه شافيل من جامعة هارفرد على هذه العقود الكاملة التي تم فيها الأخذ في الاعتبار بكافة الأحداث المستقبلية العقود الفعالة efficient contracts. ويرى شافيل وبارتون كذلك أنه يشترط لفاعلية النظام القانوني للتعويض efficient contract remedies regime أن يقوم على أساس تعظيم ثروة الطرفين في حالة مخالفة بنود العقد كما تم تبيانه بالمثال السابق الخاص بنظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفو أو الفعال^(٧٨).

وهذا الفكر الاقتصادي اعترفت به المحاكم الأمريكية، بل أن الفلسفة الاقتصادية لمبدأ الاستخدام الأمثل للموارد efficient allocation of resources امتدت لتشمل عدم تنفيذ بعض العقود التي تؤدي إلى الهدر الاقتصادي economic waste كونها تخالف النظام العام.

ففي قضية بولاية أوكلاهوما في عام ١٩٩٤ تتمحور أحداثها حول عقد تم توقيعه بين طرفين أحدهما شركة نفط وغاز (شركة أباتشي) والطرف الآخر مالك للأرض (فريد وزولا شنبيرغر) بموجبه يقوم صاحب الأرض بمنح شركة أباتشي حق استخدام الأرض لدعم بئر بجوار أرض عائلة شنبيرغر، وفي عام ١٩٨٤ وكجزء من تسوية تمت بينهما اتفق خلالها الطرفان على أن تقوم شركة

Benjamin Klein, the role of incomplete contracts in self-enforcing relationships, (٧٧) in the Economics of Contracts Theory and Practice, ed Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant, at pp. 60-62.

Paul G. Mahoney, Contract Remedies: General, encyclopedia of Law and Economics, Vol. 3 (2000) at p119-121. (٧٨)

أباتشي بالتقليل من التلوث البيئي الناتج من استخدام الأرض بعد الانتهاء من أعمالها، ولكن بعد أن انتهت شركة أباتشي من استخدام الأرض قامت بمخالفة الالتزام العقدي ولم تقم بتنظيف الأرض، وبناءً عليه قامت عائلة شنبيرغر بمقاضاة الشركة ومطالبتها بمبلغ مليون وثلاثمائة دولار والذي يمثل تكلفة تقليل مستوى التلوث بالأرض، وخلال المحاكمة قامت الشركة بإثبات أن قيمة الأرض بعد أن تتم عملية التنظيف والتي ستكلف ١,٣ مليون دولار سيزيد بقيمة ٥١٧٥ دولاراً فقط! وبناءً عليه فقد قامت المحكمة بتطبيق أحد مبادئ التعويض في القانون الأمريكي والذي يؤدي إلى أنه في بعض الحالات يكون التعويض هو قيمة الانخفاض في قيمة الأصل الناتج عن مخالفة الطرف الآخر لالتزاماته العقدية Diminution in value وليس تكلفة العمل الواجب تنفيذه والمنصوص عليه في العقد، خاصة في حالة وجود فرق كبير بين قيمة العمل الواجب تنفيذه وانعكاسه على القيمة الاقتصادية للأصل كما هو الحال في هذه القضية، كما تشترط بعض المحاكم ألا يكون هذا العمل شرطاً جوهرياً في العقد^(٧٩)، وهو الأمر الذي لم يكن ماثلاً في هذه القضية، حيث إن العائلة ستقوم ببيع الأرض ولن تستخدم الأموال للقيام بعملية التنظيف من التلوث وأن أصل العقد هو استخدام الأرض من قبل شركة أباتشي وهو ما حصل في الواقع، ونتيجة لذلك حكمت المحكمة لعائلة شنبيرغر بمبلغ ٥١٧٥ دولاراً، وهو الفارق في قيمة الأرض السوقية في حال قامت شركة أباتشي بتنفيذ التزامها العقدي^(٨٠). ومن المهم في هذا المثال تأصيل الإطار العام الذي استندت عليه

(٧٩) في قضية أخرى وعلى الرغم من وجود فرق شاسع بين قيمة العمل الواجب تنفيذه وانعكاسه على قيمة الأصل إلا أن المحكمة أمرت بدفع قيمة العمل الواجب تطبيقه انظر:

City School District of the City of Elmira v. McLane Construction Co., 85 A.D.2d 749, 445 N.Y.S.2d 258 (1981).

(٨٠) من المهم التنويه على أنه في القرن التاسع عشر كانت نظرية القانون المنظم للالتزامات العقدية الكلاسيكية ترفض مثل هذا التحليل، حيث إنها كانت قائمة على

المحكمة، فوفقاً لقواعد التعويض في القانون الأمريكي فإن المحكمة عندما تقرر مبلغ التعويض تقرر إما التكلفة التي سيتكبدها الدائن لتنفيذ الالتزام الذي كان يفترض أن يقوم به المدين، أو أن يتم تحديد القيمة التي فقدها الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه، وهذا الاختيار لا يكون للدائن ولكن تحكم به المحكمة بناءً على ظروف القضية.

وعند النظر في القانون الكويتي نجد أن المشرع قد تبني التنفيذ العيني كقاعدة عامة وليس استثناءً في حالة عدم تنفيذ المدين التزاماته العقدية، فقد نصت المادة ٢٨٠ على أنه: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبراً عليه". ويتفق القانون المدني المصري مع القانون الكويتي في ذلك فتنص المادة ٢٠٣ على أن: "(١) يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ممكناً. (٢) على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

ويتضح من ذلك أن الأصل في تنفيذ الالتزام عينياً، ويستثني من ذلك أن يكون التنفيذ مرهقاً للمدين؛ عندئذ يجوز الاقتصار على دفع تعويض نقدي ما لم يلحق ذلك بالدائن ضرراً جسيماً، هذا ما أكدته قضاء محكمة النقض المصرية بقوله: "إن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافآن فوراً بحيث يجوز الجمع بينهما، إذ إن تنفيذ الالتزام

= مبدأ استقلالية الأفراد وحقهم المطلق للدخول بأي تعاقد بغض النظر عن آثار هذا التعاقد على أي من الطرفين، فالعقود كانت لها قدسية خاصة في ذلك الوقت. للمزيد من التحليل عن التطور الفكري في القانون الأمريكي راجع:

Lon L. Fuller & Melvin Aron Eisenberg, Basic Contract Law, 8th edition at p 228-230.

M?rquez-Escobar, Pablo, (2010), Contract law and economics: cycles and equilibrium in the cannon of North American legal thought, UNIVERSIDAD JAVERIANA - BOGOT?, issue, <http://EconPapers.repec.org/RePEc:col:000441:009245>.

إما أن يكون تنفيذاً عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزام به أو تنفيذاً عن طريق التعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني، أو إذا كان ينطوي على إرهاب للمدين^(٨١).

وذلك بخلاف ما تبناه القانون الأمريكي كما تم تبينه أعلاه، وتبنى المشرع الكويتي ذات التوجه في حالات التنفيذ العيني فقد نصت المادة ٢٨٤ على: "يجبر المدين، بعد إعداره، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. (٢) ومع ذلك إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً". والتنفيذ العيني جذوره تمتد إلى المدرسة الشخصية في تنظيم العقود، حيث إن هذه المدرسة تنظر إلى أن الدافع وراء الدخول في التعاقد له مسبباته الشخصية ولا يمكن للتعويض النقدي أن يعوض هذه الخصوصية والدوافع وراء الدخول في العقد، وبناءً عليه فإن التنفيذ العيني هو الخيار الأنسب للدائن في حالة مخالفة المدين للعقد^(٨٢). ومسألة إرهاب المدين والضرر الجسيم للدائن المنصوص عليها في القانون المدني الكويتي في المادة ٢٨٤ في حقيقتها مبنية على أسس اقتصادية، وقائمة على ما اصطلح عليه في أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون تحليل المنافع والتكاليف Cost Benefit Analysis. ومعيار إرهاب المدين الوارد في المادة ٢٨٤ يتمثل فيما يسمى التكلفة البديلة المتاحة للدائن.

ولتوضيح هذه الفكرة سنتعرض إلى إحدى قضايا مجلس اللوردات البريطاني Co-operative Insurance Society v Argyll Stores^(٨٣) والتي تعرضت لهذه المسألة في وقائع قضية تتلخص أحداثها في نزاع بين شركة مالكة لمجمع تجاري، قامت بتأجير أحد أكبر المتاجر المتوفرة بالمجمع لشركة

(٨١) الطعن رقم ٢٩٧١ لسنة ٦٠ ق. جلسة ١٩٩٤/٤/٧ س ٤٥ ج ١ ص ٦٦٣.

(٨٢) Timothy J. Muris, The Costs Of Freely Granting Specific Performance, Duke Law Journal, Vol 1982: at p1053.

[1998] AC 1, [1997] 2 WLR 898 (HL).

(٨٣)

أرغيل، وهي شركة تملك وتدير عدداً كبيراً من الأسواق التجارية Super Markets، وكان عقد التأجير يمتد لمدة ٣٥ سنة، وينص على أن المستأجر يلتزم بتشغيل المحل التجاري كسوق تجاري طوال مدة العقد، وكان هذا المتجر هو الأكبر والأهم من ناحية استقطاب الزوار للمجمع التجاري، وبعد مضي بضع سنوات تكبد المستأجر خسائر على مستوى الشركة، وقرر إغلاق ٢٧ متجراً غير مربح كجزء من إعادة الهيكلة، وكان من ضمن هذه المتاجر المتجر الواقع بالمجمع التجاري، وعليه قام المؤجر برفع دعوى تنفيذ عيني يطلب من المحكمة أن تأمر المستأجر بالاستمرار في تشغيل المتجر، نظراً لأن المجمع التجاري يعتمد بشكل كبير على وجود المتجر، وقد قام مجلس اللوردات برفض طلب التنفيذ العيني والاكْتفاء بالتعويض النقدي، وقد قام اللورد هوفمن بكتابة حكم المحكمة، والتسبب الذي أورده اللورد هوفمن لرفض المحكمة طلب التنفيذ العيني يتمثل في أن المحكمة لن تأمر المدين بالاستمرار بتشغيل المتجر بخسارة للمدة المتبقية، وذلك ليتمتع الدائن بالانتعاش الذي يجلبه هذا المتجر للمجمع التجاري كونه من أهم أسباب استقطاب الزبائن للمجمع، ومن غيره فإن عدد الزوار سينخفض، الأمر الذي سيجلب عليه خسارة للمجمع التجاري، وفي حالة الموافقة على طلب التنفيذ العيني فإنه سيكون هناك إثراء للدائن على حساب المدين، وهو الأمر الذي ترفضه المحكمة خاصة أن خسائر المدين ستفوق مكاسب الدائن في حالة الحكم بالتنفيذ العيني^(٨٤). ولعل هذا الحكم يظهر أن هناك حالات يكون فيها إرهاب المدين، المستأجر في القضية السابقة من حيث إن إلزامه بالاستمرار بالعقد سيجلب عليه خسائر للمدين، في الوقت نفسه فإن غياب التنفيذ العيني سيجلب عليه ضرر جسيم للدائن. والسؤال الذي يطرح هنا مصلحة من هي التي يجب أن تسمو؟ من منظور اقتصادي، وهو

(٨٤) Daniel Friedman, Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared in Contract Damages; Domestic and International Perspectives, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, 2008 Hart Publications at p 76-79.

منظور يجب أن يكون حاضراً بشكل دائم عند قراءة النصوص القانونية خاصة تلك التي تنظم علاقات تجارية بين الأفراد، فالتنفيذ العيني وفقاً للمادة ٢٨٤ لا محل له، ويستبدل بالتعويض النقدي في حالة أن التكاليف التي سيتم تكبدها نتيجة الحكم بالتنفيذ العيني ستفوق المنافع التي ستنتج نتيجة تبني التنفيذ العيني، بغض النظر عما سيتحمل التكاليف ومن سيستفيد؛ نظراً لأن هذا الأمر سينتج عنه استخدام سيئ للموارد المتاحة inefficient allocation of resources.

أما المشرع الكويتي فقد تبني توجهاً مغايراً للقانون الأمريكي والإنجليزي. فالتعويض النقدي ليس هو الأصل في القانون الكويتي كما هو الحال بالقوانين الأمريكية والإنجليزية، وعليه فإن التعويض النقدي يصبح خياراً متاحاً في حالات محددة أهمها إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين، أو أنه أصبح غير ممكن كما هو في حالة هلاك المبيع، وكذا هو الحال في القانون المصري وعلى ما تواترت عليه أحكام محكمة النقض أنه: "لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عيناً إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضي به المادة ٢٠٣/٢ من القانون المدني أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقاً للمدين، إذ يجوز في هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً"^(٨٥).

وبناءً على هذا التوجه فإن نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال لا يكون لها محل في القانون الكويتي إلا في حالات استثنائية، هذا التوجه من المشرع يتعارض مع المبادئ السائدة في أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون، حيث إن التنفيذ العيني له - من وجهة نظر فقهاء التحليل الاقتصادي للقانون - عيوب من الناحية الاقتصادية، فالعقود بطبيعتها غير مكتملة - كما سبق توضيحه - ولا يمكن تخيل تضمناها لجميع الاحتمالات التي قد تظهر مستقبلياً بعد التعاقد، وعليه فإن إكراه الأطراف على التنفيذ العيني كقاعدة عامة يترتب عليه آثار اقتصادية سلبية عديدة، أول هذه الآثار السلبية يتمثل في غياب إمكانية استخدام الموارد استخداماً أمثل، والمثال الذي تم الاستدلال به من قبل عند مناقشة مبدأ الإخلال

(٨٥) الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق. جلسة ١٩٦٦/٢/١ س ١٧ ص ٢٢١.

بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال يؤكد ذلك^(٨٦). بالإضافة إلى ذلك فإن المحاكم في حالة التنفيذ العيني ستكون مسؤولة عن الإشراف على هذا الالتزام والتأكد من تنفيذه بالكامل، ومن جودة المبيع في حالة إلزام البائع بالتنفيذ العيني، مما يؤدي إلى زيادة في نفقة التنفيذ وهدر للموارد.

ولبيان هذه النقطة فلنفترض أن البائع عبارة عن مصنع والتنفيذ العيني يتطلب من هذا المصنع تنفيذ التزامه بتصنيع ألف كرسي وبالمواصفات التي تم الاتفاق عليها، ففي هذه الحالة فإن المحكمة - للتأكد من إتمام التنفيذ العيني- يجب أن تطمئن على جودة المبيع، والفصل بين المتعاقدين في حالة وجود نزاع بينهم بخصوص جودة الكراسي، وكل هذه الأمور تستنزف موارد المحكمة ويترتب عليه استغلال سيء للموارد^(٨٧). وعلى الرغم من أن الأنظمة القانونية اللاتينية Civil Law Systems تتبنى كأصل عام التنفيذ العيني فإن الكثير منها قد قام بتخيير الدائن بين التعويض النقدي والتنفيذ العيني، كما أن الدراسات الميدانية أثبتت أن طلبات التنفيذ العيني بدأت في الانحسار في دول مثل الدنمارك^(٨٨). بالإضافة إلى أن الدول الأوروبية بدأت تبتعد عن التنفيذ العيني من خلال وضع بعض الاستثناءات مثل القانون الألماني الذي ينص على أنه لا يحق للدائن طلب التنفيذ العيني إذا ما كانت هناك سلعة بديلة والحصول عليها متاح بتكلفة معقولة، ففي مثل هذه الحالة فإن التعويض النقدي هو الإجراء متاح للدائن^(٨٩). والعديد من كتابات الفقهاء تؤكد أن الفرق بين النظام القانوني العام Common Law Jurisdictions والأنظمة القانونية اللاتينية Civil Law Jurisdictions هو نظري، وأنه من المنظور العملي فإن التعويض النقدي هو الخيار متاح خاصة في القانون الألماني فوفقاً للفقهاء "Zweigert and Kotz"

(٨٦) انظر: الإخلال بالالتزام العقدي من منظور اقتصادي، ص ٢١.

(٨٧) Steven Shavell, Specific Performance versus damages for breach of contract, Discussion Paper No 532, John M. Olin Center of Law, Economics, and Business, Harvard University, 11/2005 at p 12-13.

(٨٨) Henrik Lando & Caspar Rose, On the enforcement of specific performance in Civil Law countries, International Review of Law and Economics 24 (2004) at p 473-477.

Ibid at p 479-480.

(٨٩)

In Germany,... where the claim to performance is regarded as the primary legal remedy, it does not in practice have anything like the significance originally attached to it, since whenever the failure to receive the promised performance can be made good by the payment of money, commercial men prefer to claim damages rather than risk wasting time and money on a claim for performance whose execution may not produce satisfactory results.^(٩٠)

وقد أكد البروفسير شيفال أن التنفيذ العيني يجب أن يقتصر تنفيذه على العقود التي ترد على بيع العقارات دون عقود بيع السلع والخدمات، ويعود ذلك لأسباب اقتصادية، حيث تزداد بنسبة كبيرة المخاطر غير المعلومة - أو التي يمكن توقعها - في تعاقدات السلع والخدمات من تلك التي يتعلق موضوعها بالعقارات. وعلى سبيل المثال بافتراض أن هناك عقد حفريات، وأن المسح الجيولوجي - بافتراض أنه من مسؤولية الشركة التي ستقوم بتنفيذ العقد - لم يكشف عن وجود طبقة صلبة بالأرض تتطلب نوعاً خاصاً من المعدات لا تتوافر لدى الشركة، وشراؤها أو تأجيرها سيكبد الشركة خسائر كبيرة، ففي مثل هذه الحالات فإن الشركة تفضل أن تتوقف عن العمل مع التزامها بالتعويض النقدي نظراً للتكاليف الكبيرة في حالة إلزامها بالتنفيذ العيني، وفي حالة إلزام المحكمة للشركة بالتنفيذ العيني، يصعب على المحكمة التأكد منه، وعليه يرى أنصار التحليل الاقتصادي للقانون أن التنفيذ العيني يجب ألا يكون هو الأصل وإنما يعتبر استثناء.

ثانياً - أنواع التعويض من منظور اقتصادي:

فلسفة التعويض في الفقه

يأتي التنظيم القانوني للتعويض في صلب النظرية الاقتصادية لنظرية العقد، وهو ما خلصنا إليه سابقاً، فإن الأصل في القانون الأمريكي هو التعويض النقدي وأهم أنواع التعويض النقدي في القانون الأمريكي هو expectation

Zweigert and Kotz (1998), p. 484.

(٩٠)

damages، وهذا التعويض يهدف إلى وضع الدائن في ذات الموقع في حال تم تنفيذ العقد بما يشمل الكسب الفائت، وذلك وفقاً لشروط حددها القانون^(٩١).

وعلينا أن نوضح أن فلسفة التعويض في القانون الأمريكي - وإلى حد ما القانون الإنجليزي - قامت أسسها على عمل الفقيهين فولر وبيردو في بحثهما المنشور في العام ١٩٣٦ والذي من خلاله قام فولر بشكل خاص بتبيان المصالح Interests، وأوجه التعويض التي يمكن أن يسعى القانون لتغطيتها في حالة وجود إخلال بالالتزام العقدي^(٩٢). والمساهمة الحقيقية لهذا العمل تتمثل في التأسيس الفلسفي لمبدأ التعويض للأرباح المتوقعة Expectation Damages حيث إن التعويض مبني على فلسفة أن المدين يستحق جميع المنافع التي كانت ستؤول إليه في حالة أن الدائن التزم بتنفيذ العقد، وذلك على الرغم من أن هذا التعويض يشمل منافع لم تؤوّل للدائن، وعليه فإن العدالة تنتقل من كونها عدالة تصحيحية Corrective Justice إلى أن تصبح عدالة إعادة توزيع الثروات Distributive Justice. وبمعنى آخر، فإن تبني القانون لمثل هذا النوع من التعويض قد ألزم الدائن بالتزام إيجابي مفاده أنه عليه أن يقوم بتعويض المنافع المتوقعة من العقد Positive duty to benefit the promise وليس مجرد التزام سلبي بعدم الإضرار بالمدين Negative duty not to injure the promise^(٩٣).

وهناك بعض الفقهاء الذين اعتبروا أن التعويض النقدي هو بمثابة خيار Option متاح للمدين لإعادة شراء التزامه التعاقدي، ويستطيع استخدامه متى ما ارتأى له أن المنفعة المرجوة أعلى من قيمة هذا الخيار (خيار الفسخ وإلغاء التزاماته)، وتتمثل قيمة هذا الخيار في المبلغ الذي سيستحقه الدائن لو وضعه في ذات الموقع الذي كان سيكون فيه في حال قد تم تنفيذ العقد، ومن الأهمية

(٩١) Williston, A, Treatise on the Law of Contracts, Mount Kisco, N.Y. Baker, Voorhis & co. 3rd, 1968 at pp. 198-200.

(٩٢) L.L Fuller & William R. Perdue Jr, The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal 1936, pp52-96.

Peter Benson, at p31.

(٩٣)

يمكن التأكيد على أن قيمة هذا الخيار قد تأتي جراء حكم قضائي، أو من خلال عقد تسوية بين الدائن والمدين^(٩٤).

ويأتي اعتراف القانون والقضاء في النظام القانوني الأمريكي بمبدأ الكفاءة الاقتصادية Economic Efficiency، سواء أكان هذا الاعتراف بقصد أم غير مقصود، ومن ثم اعتبار الإخلال بالالتزام العقدي والحق في التعويض النقدي الناتج من هذا الإخلال سينتج عنه نتائج اقتصادية إيجابية، بل إن الأفراد عادة ما يقومون بتسوية خلافاتهم خارج أسوار القضاء كنتيجة لوجود بعض القواعد القانونية غير المبنية على الكفاءة الاقتصادية^(٩٥).

المبحث الثالث

الإفصاح في نظرية العقد من منظور اقتصادي

لعل أهم محاور نظرية فشل آليات السوق Market Failure هو نقص المعلومات المتاحة التي يستطيع الأفراد الاعتماد عليها في اتخاذ قراراتهم النهائية والتصرف بشكل عقلاني Rational Behavior، وعليه فإن القواعد القانونية عادة ما تتدخل لمعالجة هذا الخلل في آليات السوق من خلال فرض الالتزام بالإفصاح^(٩٦)، ولكن فرض وجود معلومات كاملة للأطراف المتعاقدة يصطدم بمجموعة تحديات اقتصادية وعملية كما سيتم تبينه بهذا المبحث.

وعليه فإن التزام الإفصاح يعد أحد أعمدة نظرية العقد، وتتضح أهميته بشكل خاص في عقود البيع متمثلاً في القواعد القانونية المنظمة للعيوب الخفية في المبيع والقواعد الخاصة بالتدليس؛ باعتبار أن السكوت عن الإفصاح عن معلومات جوهرية يعد من أوجه التدليس، كما سيتم تبينه بشكل تفصيلي بهذا المبحث.

(٩٤) Paul G. Mahoney, Contract Remedies and Options Pricing, Journal of Legal Studies, Vol 24, No 1 (1995) at p140.

(٩٥) Viney Fon & Francesco Parisi, Litigation and the Evolution of Legal Remedies: A Dynamic Model, Public Choice, Vol 116, No (2003) at p420.

(٩٦) Michael J. Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract, Harvard University Press, at pp102-104.

ولكن مسألة الإفصاح أشمل من القواعد القانونية المنظمة للعيوب الخفية، فعلى سبيل المثال هل يلتزم البائع بالإفصاح للمشتري بأن استخدام المبيع يتطلب تصريحاً خاصاً لاستخدامه، وعليه يجب على المشتري أن يكون حاصلاً على مثل هذا الترخيص أم أن التزام معرفة هذه المعلومة يقع على عاتق المشتري^(٩٧)؟ هناك تردد كبير لدى الفقهاء في التوسع في فرض التزامات بخصوص الإفصاح ومنهم ريبيرت وبوثيروغيسيتين في فرنسا خاصة في حقبة ما قبل ستينيات القرن الماضي^(٩٨)، ولكن بعد ستينيات القرن الماضي أصبح هناك توجه إلى التوسع في الالتزامات المتعلقة بالإفصاح في مرحلة ما قبل التعاقد واعتبارها جزءاً من القانون الفرنسي، ولعل مسألة الإفصاح تبدو بسيطة للوهلة الأولى خاصة إذا ما تم النظر إليها من منظور المشتري الضعيف والبائع الجشع، ولكن هذا الأمر، لا يعكس حجم وأهمية هذه المسألة، فالمسألة أكبر بكثير من مسألة البائع الجشع والمشتري الضعيف، فعلى سبيل المثال هل يجب أن يلزم القانون طرفي العلاقة التعاقدية بالإفصاح عن أي معلومة جوهرية غير معلومة للطرف الآخر قبل الدخول في علاقة تعاقدية؛ خاصة إذا كانت هذه المعلومة قد تم التوصل إليها بتكلفة مالية، مثل تكليف أحد المكاتب المتخصصة للحصول على هذه المعلومة^(٩٩)؟

ولعل قضية *Lailaw v. Oregon* مثال عملي على أن مسألة الإفصاح لا تتعلق دائماً بحماية المشتري فقط، ففي هذه القضية يعمل "اورغن" كتاجر بالعمولة المتخصصة بتجارة التبغ في ولاية نيو اورلينز، وفي تاريخ ١٩ فبراير ١٨١٥ تم إبلاغه بأن معاهدة سلام قد تم توقيعها بين الجانب الأمريكي

(٩٧) Pierre Legrand, Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 3 (Winter, 1986), pp. 322-323.

Ibid at p324.

(٩٨)

(٩٩) ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن قوانين الإفصاح الخاصة بأسواق المال خارجة عن نطاق هذا المبحث.

والبريطاني معلنة انتهاء حرب ١٨١٢، وفي ذات اليوم قام "اورغن" بالاتصال بشركة ليدلو وقام بطلب كمية من التبغ، وقد قام ممثل البائع بسؤال اورغن إذا ما كان هناك أي أخبار قد تؤثر بسعر البيع ولم يتضح ما إذا كان "اورغن" قد أجاب عن هذا السؤال أم لا، وبعد الإعلان عن اتفاقية السلام ارتفع سعر التبغ بحوالي ٣٠-٥٠٪. وبناءً عليه قام البائع برفع دعوى على المشتري على أساس أنه لم يقم بالإفصاح عن هذه المعلومة الجوهرية، وقد رفضت المحكمة الدعوى لأسباب إجرائية ولكنها أشارت في حكمها إلى أن المشتري ليس عليه أي التزام بالإفصاح عن المعلومة للبائع^(١٠٠).

فأدبيات التحليل الاقتصادي للقانون تقدم حلولاً متضاربة، فالبعض يرى أن أي قاعدة قانونية تلزم الأطراف بالإفصاح عن كافة المعلومات الجوهرية للطرف الثاني سيكون لها آثار سلبية على المجتمع ككل؛ حيث إن مثل هذا الالتزام سيقوض أي حافز للأفراد للبحث والتحري عن المعلومات، فكلتا الطرفين سيعتمدان على بعضهم البعض، وهذا الاعتماد التبادلي سيكون بمثابة حافز سلبي لهما للبحث والتحري لاعتمادهما على بعضهم البعض، ومن ثم فإن قراراتها لن يترتب عليها استخدام أمثل للموارد من الناحية الاقتصادية، وذلك نظراً لغياب المعلومات الجوهرية بسبب اعتمادهما على بعض^(١٠١).

ووفقاً للفقهاء كورمن فإنه يجب التمييز بين المعلومات التي يتم تحصيلها بشكل مباشر وبمجهود أحد الأطراف، والمعلومات التي يتم تحصيلها بشكل عرضي Casually، وأنه يجب أن يكون الالتزام القانوني للإفصاح منحصراً في المعلومات التي يتم الحصول عليها بشكل عرضي، خاصة أن المعلومات التي تم الحصول عليها بشكل مباشر تمثل ملكية خاصة، ومن ثم فإنه لا يوجد أي التزام للإفصاح عنها، وفرض أي التزام قانوني للإفصاح عن هذه المعلومة

Laidlaw v. Oregon, 15 U.S, 1817

(١٠٠)

Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics and Morality, Oxford (١٠١) University Press, at p271

يترتب عليه تحويلها من ملكية خاصة إلى ملكية عامة دون وجود أي تعويض لصاحبها؛ ذلك بالإضافة إلى الآثار السلبية في حالة وجود التزام قانوني للإفصاح عن مثل هذه المعلومات على المحفزات للحصول على المعلومات، خاصة أن المعلومات تمثل عصب السوق الحر وأحد أعمدته الرئيسية، فبناءً على المعلومات المتاحة يتم تداول الموارد المتاحة بشكل فعال، وفرض التزام بالإفصاح عن هذه المعلومة سيخلق حافزاً سلبياً للأفراد للسعي وتكبد تكاليف للحصول على مثل هذه المعلومات، وذلك بعكس المعلومات العرضية التي لا تكبد صاحبها أي تكاليف.

يضاف إلى ما سبق فإن تبني مثل هذه القاعدة القانونية بخصوص الالتزام بالإفصاح من قبل الطرفين سيجعلها عليها تخفيض التكلفة على البائع، أيضاً فيما يتعلق بالبحث عن أي معلومات عن المبيع خاصة إذا ما كانت من قبيل المعلومات العامة المتاحة؛ حيث إن المشتري في هذه الحالة سيكون ملزماً بالإفصاح عن المعلومات العرضية التي تصله، ويرى الفقيه كورمن أن الأطراف يحق لهم الاتفاق على خلاف ذلك، أي أنه من الأفضل أن تعتبر هذه القاعدة من القواعد التكميلية وليست الآمرة^(١٠٢). كما يرى الفقيه كورمن أن طبيعة بعض العقود تستوجب أن يكون لها وضع استثنائي لهذه القاعدة مثل العيوب الخفية، وهذا الاستثناء له مبرراته الاقتصادية، حيث إن تكلفة الحصول على معلومات فيما يتعلق بالعيوب الخفية ستكون مرتفعة جداً، بالإضافة إلى أن البائع لم يستثمر للحصول على هذه المعلومات ولكن توافرت لديه نتيجة استخدامه للمبيع، فالمعيار في جميع هذه الحالات يتمحور حول تأثير القواعد القانونية على المحفزات، بالإضافة إلى تأثيرها على تكاليف التعاقد Transaction Costs.

وفي الإطار ذاته نجد أن المشرع المدني الكويتي لم يذكر مصطلح الإفصاح، وإنما عبر عن الإفصاح بمفهوم المعاكسة وذلك عند معالجته لموضوع التدليس كأحد عيوب الرضا، التي تؤثر على صحة التعاقد، حيث نص المشرع الكويتي في المادة ١٥٢ من القانون المدني رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ على أن: "يعتبر بمثابة

الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به".

ويلاحظ أن المشرع اعتبر الكتمان وعدم الإفصاح عن المعلومات نوعاً من التدليس، وإن كان السكوت يتضمن نشاطاً سلبياً^(١٠٣)، إلا أنه يمثل إخلالاً بواجب المصارحة وحسن النية التي يفرضها القانون، فالصدق وحسن التعامل أحد مقومات الصفة العامة في إبرام العقود.

وتثار هنا إشكالية تحديد طبيعة المعلومات التي يلتزم المتعاقدون بالإفصاح عنها، والذي قد يعد السكوت عنها نوعاً من التدليس، فما هي المعلومات التي يلتزم المتعاقدون بالإفصاح عنها؟

تجيب المادة ٢٥ من القانون المدني الكويتي^(١٠٤) والمادة ٩٥ من القانون المدني المصري^(١٠٥) عن هذه الأسئلة، حيث توجب على البائع إخبار المشتري

(١٠٣) النص في المادة ١٢٥ من القانون المدني . يدل على أن الحيلة غير المشروعة التي يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو أن تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر، متى كان هذا الأمر يبلغ حداً من الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم على التعاقد بشروط (طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٧ ق . جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ س ٤٤ ع ٣ ص ٢١٧).

(١٠٤) م ٢٥ مدني كويتي: إذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أموراً ثانوية، على أمل اتفاقهما عليها مستقبلاً، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد، ما لم يظهر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلى غير ذلك.

٢ - وإذا لم يصل المتعاقدان إلى الاتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها وفقاً لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة. (١٠٥) م ٩٥ مدني مصر: إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

بالمعلومات الجوهرية في المبيع، إلا أن المشرع لم يشترط الاتفاق على جميع المسائل التفصيلية وذلك لصعوبة تطبيق ذلك في العمل، بل إن العقد يتم فقط بالمسائل الجوهرية، وأي خلاف على المسائل التفصيلية، يكون للمحكمة النظر فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وعاد المشرع المصري وأكد على ضرورة الإفصاح عن المعلومات الجوهرية في المادة ١٠١ من القانون نفسه، حيث جاء نص الفقرة الأولى كما يلي "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية"، ولكن ماذا يقصد المشرع في المادتين (٩٥ . ١٠١) بالمسائل الجوهرية؟ وما معيار التمييز بين ما هو جوهري وما هو تفصيلي؟

يرى الفقيه السنهوري أن على القاضي تقدير المسائل الجوهرية وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة - طبقاً للمعيار الشخصي للمتعاقدین- فإذا كانت تلك المعلومة جوهرية، أي أن المشتري كان سيرفض الشراء في حال أنه وصل إلى علمه هذا الأمر، بطل العقد لعدم توافر عنصر التراضي لغياب الباعث على التعاقد، أما في حالة أن المشتري لم يكن يؤثر في قراره تلك المعلومة، ففي هذه الحالة لا يمكن إبطال العقد، كمالك الأرض الذي يعلم أنه سيتم إنشاء مصنع بالقرب من أرضه، مما قد يؤثر على سعر الأرض إذا استعملت لبناء برج سكني، فإذا قام الشخص بشراء الأرض لبناء مصنع عليها، فلا يمكنه الرجوع على البائع بأنه أخفى عنه بناء مصنع بالقرب منه، لأن ذلك لن يؤثر على الباعث في موافقة المشتري على الشراء، ولكن هذا الأمر في حالة الحصول على المعلومة بدون جهد، فما هو الحال إذا بذل مالك الأرض جهداً للحصول على المعلومة، فهل يلتزم بالإفصاح عن تلك المعلومة؟ وما هي الآثار الاقتصادية لوجود التزام قانوني شامل يلزم الأطراف الإفصاح عن كافة المعلومات الجوهرية؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب بداية النظر إلى المعلومة من الجانب الاقتصادي، والتمييز بين المعلومة الإنتاجية والتي يقصد بها تلك المعلومة التي

يتحصل عليها الفرد نتيجة بذل جهد، فقيام مالك الأرض بإجراء تحليلات للتربة والاستعانة بخبراء متخصصين لتحديد مدى كفاءة الأرض للزراعة يؤدي للحصول على معلومة إنتاجية، ولكن هل يلتزم مالك الأرض بالإفصاح عن هذه المعلومة إلى المشتري، أم أنها تعد معلومات تخرج عن نطاق المعلومات الجوهرية المتطلب الإفصاح عنها في مرحلة ما قبل التعاقد (مرحلة التفاوض).

النوع الثاني من المعلومات هي المعلومات غير الإنتاجية وتلك التي يعرفها المالك بدون أن يبذل جهداً، كمالك الأرض الذي يعلم أنه سيتم إنشاء مصنع بالقرب من أرضه، مما قد يؤثر على سعر الأرض إذا استعملت لبناء برج سكني، فيخفى هذه المعلومة عن المشتري.

تنقلنا هذه التفرقة إلى سؤال آخر، هل يلتزم المتعاقدان بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية الإنتاجية وغير الإنتاجية؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب الإشارة إلى أن الالتزامات بوجه عام يحكمها مذهبان: أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية، والآخر مادي ينظر إليه كقيمة مالية، ويرى السنهوري أنه في مجال العقود نجد تطبيقاً لهذين المذهبين؛ فالمذهب الشخصي يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية، بينما يراه المذهب المادي وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية، وقد تبنت القوانين العربية مذهب القوانين اللاتينية وأخذت بإرادة المتعاقدين كأصل، بالإضافة إلى الميل إلى الإرادة الظاهرة في بعض الحالات، ويعتبر التعبير المادي عن هذه الإرادة هو مجرد دليل يكشف عنها، فإذا اتفق التعبير مع الإرادة الحقيقة أخذ بها، وفي حالة عدم الاتفاق يتم التعويل على الإرادة وإهمال التعبير^(١٠٦).

لذا فإنه يجب التمييز بين المعلومة التي يحصل عليها بعد جهد (المعلومة الإنتاجية)، تلك المعلومة لا تعد معلومة جوهرية (بالمفهوم القانوني)؛ حيث إنها

(١٠٦) عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ١١٩، ص ١٤٩.

ناشئة نتيجة جهد مبذول من جانب المالك، وله هو وحده حق الاستفادة منها دون غيره، كحق المخترع في الاحتفاظ بسر اختراعه، ولا يعني أنه يبيع تطبيقاً لأحد اكتشافاته أنه مطالب بالإفصاح عن سر اكتشافه، والطبيب الذي يكتشف دواء له أن يبيع الدواء وأن يذكر فيه المواد الفعالة دون أن يذكر طريقة التحضير.

أما النوع الثاني من المعلومات وهي المعلومة غير الإنتاجية والتي تحصل عليها بدون جهد، ففيها رأيان:

الرأي الأول يذهب إلى ضرورة الإفصاح عنها، لأن في كتمانها سوء نية، وحسن النية هو أمر مفترض بين المتعاقدين كما سنوضح ذلك في موضع آخر، وللمشتري الرجوع على البائع في حالة عدم إفصاحه عن تلك المعلومة، بإثبات أن الغلط الجوهري تسبب فيه البائع ومن ثم إبطال العقد.

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أنه ليس من الضروري لإبرام العقد الاتفاق على جميع المسائل^(١٠٧)، وهذا ما أكدت عليه المادة ٩٥ من القانون المدني المصري بقولها: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد...".

ويضيف السنهوري القول أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ولا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم، كما أن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله، فهو يساهم في صنع العقد ولا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه الطرفان، ودارت حول هذه المادة مناقشة طويلة في لجنة مراجعة مشروع القانون المدني المصري، حتى تم الموافقة عليها كما هي.

ونلاحظ أن المشرع قد ساوى بين الكذب في الإدلاء بالمعلومات وبين السكوت عن ذكرها، فعدم إفصاح المتعاقد عن المعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملابساتها، يعد من الحيل المكونة للتدليس، كما لم يشترط المشرع الكويتي

(١٠٧) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٨٢.

وجوب أن يكون هذا الإفصاح ناتجاً عن التزام قانوني فحسب، وإنما توسع في ذلك إلى الأخذ في الاعتبار الاتفاق بين المتعاقدين وطبيعة المعاملة؛ بل تعدى ذلك إلى الأخذ في الاعتبار الثقة الخاصة بين طرفي التعاقد، وقد رتب المشرع على التدليس - سواء بالكذب أو السكوت - إبطال العقد^(١٠٨).

وقد اتخذ المشرع المدني المصري ذات التوجه حيث نصت المادة ١٢٥ على أن: "يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملابسة" - مما مؤداه أن المشرع اعتبر مجرد كتمان العاقد واقعة جوهريّة يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة، من قبيل التدليس الذي يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمداً^(١٠٩).

ويأتي اهتمام القانون بالإفصاح لما يفترضه المشرع من حسن النية بين المتعاقدين، فتنفيذ العقد يجب أن يطبق وفقاً لحسن النية بين المتعاقدين، هذا ما ذهبت إليه المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وكانت المادة ١٤٨ من مشروع القانون المدني المصري تنص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية وشرف التعامل، إلا أن لجنة القانون في مجلس الشيوخ قامت بحذف عبارة "شرف التعامل". وقد استدل المرحوم السنهاوري من ذلك على أن اللجنة حذفت المعيار المادي الموضوعي لحسن النية وأبقت فقط على المعيار الشخصي^(١١٠).

(١٠٨) راجع: المادة ١٥١ من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

(١٠٩) الطعان رقماً ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق، جلسة ٢٣/٦/١٩٩٧، س ٤٨، ج ٢، ص ٩٥٢.

(١١٠) المرجع السابق، ص ٦٢٦.

وهو ذات الأمر الذي نجده منصوصاً عليه في المادة ١٩٧ من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل"، ووفقاً للتحليل السابق للسنةوري، فإن المشرع الكويتي ذهب إلى الاعتماد بالمعيار المادي الموضوعي، ولم يكتفِ بالمعيار الشخصي عند تنفيذ العقد.

ويعد هذا التوجه من المشرع الكويتي، توجهاً محموداً، لما يمثله من تمتع القاضي بحرية أكبر عند تفسير العقد معتمداً في ذلك على المعيارين الشخصي والموضوعي.

وعلى الرغم من أن حسن النية أو سوء النية هو أمر نفسي ليس للقانون صلة به، إلا أنه في الوقت الذي تنعكس فيه هذه النية على تصرفات الشخص بحيث تؤثر على مصلحة الآخرين، فإن القانون يتدخل لتنظيم هذا الأمر، لبث الثقة بين المتعاقدين؛ لذا فإن مبدأ حسن النية يعد من أهم المبادئ القانونية، حيث إن اللجوء لهذا المبدأ قد يخفف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية، والتي قد يؤدي التقيد بحرفية تطبيقها إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها. وعلى الرغم من أن القضاء الإنجليزي (كمثال للنظام الانجلوسكسوني) لا يأخذ بشكل عام بمبدأ حسن النية في العقود، فهذا المبدأ يبدو غريباً في الفكر القانوني الانجلوسكسوني والذي يأخذ بالفلسفة الفردية، فمبدأ حسن النية له آثار اقتصادية سلبية بوضعه عوائق أمام النشاط الاقتصادي، وقيل إن من شأن تطبيق المبدأ زيادة كلفة التعاقد^(١١١)، هذا بالإضافة أن الأخذ بمبدأ حسن النية يحد من الحرية الاقتصادية للأفراد، ويعطي للقضاء التدخل في أمور خاصة بين المتعاقدين، كما يعتبره البعض التزاماً مرهقاً^(١١٢).

(١١١) Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, The Modern Law Review, Vol. 61, No. 1 (Jan., 1998), pp. 11-32, <http://www.jstor.org/stable/1097334?origin=JSTOR-pdf>

(١١٢) يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد - دراسة مقارنة - الجزء الثاني - عقد التفاوض بحسن نية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ص ٨.

إلا أننا نجد أن القوانين العربية^(١١٣)، والمعاهدات الدولية^(١١٤) قد اهتمت بهذا المبدأ، حتى في مرحلة ما قبل إبرام العقد (التفاوض)^(١١٥)، حيث نظمت المواد ٧٢ و ٧٣ من القانون المدني الكويتي الوعد بالعقد بشرط أن يعين في الوعد المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، إلا أن القانون لم يعرف "حسن النية"، ولم يذكر المعيار الذي يجب تطبيقه في هذا المجال، ولم يحدد هل يجب الاعتداد بمعيار موضوعي أم شخصي، ولقد عرف القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية حسن النية بأنه النزاهة في تنفيذ التصرف القانوني^(١١٦) "honesty in fact in the conduct of transaction" concerned، ولكن هذا الأمر ينقل الخلاف إلى تحديد المقصود بالنزاهة.

وعودة إلى التمييز في نوعية المعلومة المشار إليها أعلاه من ناحية اقتصادية فإنه وفقاً للفقهاء كورمن فإنه لتوضيح المعلومة التي يستوجب الإفصاح عنها عند التعاقد، فعمل المحللين الماليين مناسب جداً لتوضيح الفرق بين هذين النوعين من المعلومات، لنأخذ مثال قيام المحلل المالي بتجميع المعلومات المتاحة وتحليلها فإن المعلومة التي ستنتج عن هذا الفعل تمثل معلومة تم الحصول عليها بشكل مباشر وتمثل ملكية خاصة لهذا المحلل، أما في حالة وصول معلومة داخلية من الشركة نتيجة علاقته بأحد موظفيها فإن هذه المعلومة تعتبر معلومة عرضية^(١١٧). ففي الحالة الأولى فإنه لا يوجد - ولا يفترض وجود - التزام قانوني بالإفصاح عن هذه المعلومات، أما في الحالة الثانية فإن قوانين

(١١٣) راجع: م ١٥٩، م ١٩٧ مدني كويتي، م ١٤٨ مدني مصري، م ٢٠٢ مدني أردني، م ١١٣٤ فرنسي.

(١١٤) راجع أيضاً: م ٢ من ميثاق الأمم المتحدة والمادة ٢٦ والمادة ٣١-١ من اتفاقية فينا للمعاهدات الدولية لعام ١٩٦٩.

(١١٥) يزيد أنيس نصير، المرجع السابق، ص ٢.

S.I 201. 9.

(١١٦)

(١١٧) Anthony T. Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, The Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (Jan., 1978), pp. 14-15.

أسواق المال تفرض التزاماً بالإفصاح قبل القيام بشراء الأسهم حتى يتسنى للبائع تحديد السعر العادل بناءً على هذه المعلومة، ويرى الفقيه ايزنبرغ من جامعة كاليفورنيا بيركلي أن معيار تحديد المعلومات الواجب الإفصاح عنها وفقاً للفقيه كورمن هو معيار إجرائي، ويتمحور حول آلية الحصول على المعلومة والتي ينتج عنها إما التزام قانوني للإفصاح أو عدمه، ويقترح الفقيه ايزنبرغ أن القانون يجب أن يضع التزاماً بالإفصاح عن أي معلومة جوهرية كأصل عام إلا في الحالات التي يترتب فيها على هذا الالتزام تكلفة عالية على كفاءة الأسواق^(١١٨)، فمبدأ الإفصاح الذي يقترحه ايزنبرغ يلتزم بناءً عليه طرف العقد الحاصل على المعلومة بتصحيح الافتراض الضمني الخاطئ "Mistaken tacit assumption".

ويقسم الفقيهان كوتر والن المعلومات الواجب الإفصاح عنها إلى تقسيم مغاير مبني على العائد الاجتماعي للمعلومة، ففي حالة المعلومات التي لا يترتب عليها سوى هدر سلبي للموارد فإن القانون يجب أن يضع التزاماً للإفصاح عنها حتى لا يكون هناك حافز للحصول على مثل هذه المعلومة، فالمعلومات يجب تقسيمها كما يرى كوتر والن إلى معلومات إنتاجية Productive information، ويقصدون بها المعلومات التي ينتج عنها زيادة بالثروات العامة للمجتمع من خلال التوصل إلى معلومات ستؤدي إلى انتقال الموارد إلى مستخدمين أكفأ، ومثال ذلك قيام شركات النفط بشراء أراضٍ زراعية أو سكنية واستخراج النفط والغاز منها، ومن ثم يكون العائد المتحصل من استخدام الأرض أعلى؛ أو أن تؤدي هذه المعلومات؛ إلى اكتشاف يؤدي إلى استخدام أمثل للموارد المتاحة مثل اكتشاف أن أحد أنواع العسل يمكن استخدامه لمعالجة بعض الأمراض الجلدية^(١١٩)، ففي هذه الحالات فإن القواعد القانونية لا تضع التزاماً للإفصاح عن مثل هذه المعلومات؛ وذلك لتشجيع وخلق الحافز لأفراد المجتمع على البحث واكتشاف مثل هذه

Melvin A. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, California Law Review, (١١٨) Volume 91 Issue 6, 2003 at p1687.

Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, at p294-296.

(١١٩)

المعلومات، مما سيجري عليه انتقال الموارد إلى من يستخدمها بشكل أكثر كفاءة كونها معلومات إنتاجية، أما النوع الثاني من المعلومات والذي يستوجب أن يخضع للالتزام بالإفصاح هي المعلومات التي لا ينتج عنها شيء سوى إعادة توزيع الموارد المتاحة، الثروة، Redistributive Information. ولتوضيح ماهو المقصود بهذا النوع من المعلومات نضرب المثال التالي: مالك عقارات يأتيه أحد الأفراد ويقوم بتقديم عرض شراء لهذه العقارات مع معرفته المسبقة بأن بلدية المنطقة ستقوم بإصدار قرار سينتج عنه ارتفاع لأسعار العقارات في هذه المنطقة، ففي هذه الحالة فإن المعلومة لن يكون لها أي أثر على زيادة كفاءة الموارد، ولكن بدل من أن يستفيد صاحب العقارات من هذا القرار سيكون المستفيد هو الشخص الذي من خلال علاقته اكتشف هذا القرار، وعليه فإنه يجب أن تلزم نظرية العقد الشخص المتقدم بالعرض وصاحب هذه المعلومة بالإفصاح عنها للبايع، والسبب في ذلك يعود إلى أن مثل هذه القاعدة ستلغي المحفزات الخاصة للبحث وإعادة اكتشاف معلومات لن يكون لها أي تأثير إيجابي على الكفاءة الاقتصادية بالمجتمع، ففي مثالنا السابق فإن الجهد الذي بذله وتكبده المشتري للبحث عن هذه المعلومات "الداخلية" يعتبر من ناحية اقتصادية "هدر اقتصادي Economic waste"، فبدل من هدر الجهد بالكشف عما هو معلوم كان من الأفضل اقتصادياً أن يقوم بجهد إيجابي مثل دراسة القيام باستثمار حقيقي يكون له إضافة اقتصادية للمجتمع^(١٢٠). وقد اعتمد الفقيهان على دراسة سابقة للاقتصادي هيرستيفر في بحثه المنشور في عام ١٩٧١ والذي كان يسعى من خلاله تبين متى يكون البحث والاستثمار في الحصول على معلومة له مردود اقتصادي إيجابي، ومتى يكون له مردود سلبي^(١٢١).

Ibid.

(١٢٠)

Jack Hirshleifer, the Private and Social Value of Information and the Reward (١٢١) to Inventive Activity, 61 AM.E CON. REV.5 61 (1971).

ولكن بدأت تظهر العديد من الاستثناءات على هذا المبدأ، فبدأ الالتزام بالإفصاح يتوسع خاصة مع ظهور قوانين حماية المستهلك، فهذه التطورات تعد استثناء لما اشتهر بمبدأ "احترس أيها المشتري Caveat Emptor" في القانون العام، ويقوم هذا المبدأ على فلسفة فردية قائمة على أن قدرة الفرد على حماية مصالحه أكبر من قدرة الدولة على حمايتها، ولقد أثر هذا المبدأ بشكل كبير في تاريخ القانون الأمريكي^(١٢٢)، حتى بدأت تظهر العديد من الاستثناءات على هذا المبدأ.

وتم تأكيد هذا الاهتمام بالإفصاح من جانب المحاكم، في القضايا المتعلقة بالإفصاح، حيث اعتبرت المحكمة أن عدم إفصاح البائع للمشتري عن معلومة أن المنزل مصاب بنوعية معينة من الحشرات، يعد بمثابة تدليس^(١٢٣).

ولكن مازال الفقه والقضاء الأمريكي يفتقد معياراً واضحاً لتنظيم مسألة الإفصاح، فالأحكام وآراء الفقهاء منقسمة حول هذا الموضوع على الرغم من وجود توافق عام على وجوب الإفصاح عند التعاقد في حالة وجود علاقة تحكمها مبادئ الأمانة fiduciary duty مثل علاقة عضو مجلس الإدارة بالشركة، ولكن خارج نطاق هذه التعاقدات ذات الطبيعة الخاصة فإن المسألة خلافية^(١٢٤). وفي دراسة مفصلة لأحكام المحاكم الأمريكية لتحديد أهم الأمور التي عادة ما تدفع المحكمة لتحديد متى يكون الإفصاح واجباً قام كل من الباحثين كرويك وزيلر بداية بتحديد العوامل/الخصائص التي سيتم استخدامها في هذه الدراسة العملية، وتم تقسيم هذه العوامل إلى خمس فئات على النحو التالي:

– **الفئة الأولى:** تتمثل في البحث عن طبيعة المعلومة التي لم يتم الإفصاح عنها حيث يؤمن البعض بأن المحاكم الأمريكية تميز بين المعلومات التي

(١٢٢) انظر مثلاً: Colton v. Stamford وقضية Obde v. Schlemeyer.

(١٢٣) Florence Caterini, pre-contractual obligations in France and the United States, 2005, LLM Theses and Essays, Paper 7 at p 17.

(١٢٤) Kimberly D. Krawiec and Kathryn Zeiler, Common Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories, 91 Virginia Law Review 1799 (2005).

بطبيعتها خاصة بالمبيع Intrinsic in nature مثل العيوب الخفية والمعلومات الخاصة بسلامة المبيع، وذلك بخلاف المعلومات التي بطبيعتها متعلقة بالبيئة الخارجية extrinsic in nature التي قد يكون لها تأثير على العقد مثل المعلومات الخاصة بالحرب والسلم^(١٢٥)، ويضاف إلى ذلك التمييز بين الآراء والنوايا الشخصية والحقائق، وأفضل مثال على ذلك يتمثل في تداول الأسهم، فإذا قام شخص ببيع أسهمه نتيجة إيمانه بأن السوق سينهار فهذه المعلومة تعتبر رأياً شخصياً، ولا يلتزم في الإفصاح عنها، أما إذا كان البيع لعلمه بأن الشركة ستقوم بالإعلان عن خسائر فنكون في هذه الحالة بصدد معلومة مبنية على حقائق، ويلتزم في الإفصاح عنها، ويضاف إلى ما سبق المعلومات التي في حال عدم الإفصاح عنها سيترتب عليها أضرار مادية سواء بالمبيع أو المستخدم، بخلاف المعلومات التي يترتب على عدم الإفصاح عنها تفويت ربح أو تحاشي خسارة، ففي الحالة الأولى يرى الباحثون أن المحاكم تتطلب أن يكون هناك إفصاح كما هو الحال في عمليات بيع التبغ وتبيان الأضرار التي ستترتب عليه^(١٢٦)، لذا فإن هذه الفئة تتضمن البحث عما إذا كانت المحاكم ترى بأن هناك التزاماً بالإفصاح في حالة عدم تصحيح معلومة سبق أن تم الإفصاح عنها.

- **الفئة الثانية:** تربط مستوى الإفصاح المطلوب بطبيعة التعامل أو الصفقة. وسنتناول تحت هذه الفئة أربع فئات فرعية لتحديد الإطار العام لهذه الفئة: الفرع الأول يتعلق بالعلاقات المبنية على علاقات خاصة مثل التعاقدات التي تتم بين الأزواج والمدراء وشركاتهم، حيث إنه نتيجة لهذه العلاقة ذات الطبيعة الخاصة Fiduciary or confidential relationship فإن الكثير من المحاكم افترضت وجود التزام بالإفصاح عن أي معلومات جوهرية خاصة

Ibid at p.

(١٢٥)

Ibid at p1807.

(١٢٦)

بالتعاقد. الفرع الثاني من التعاملات التي تندرج تحت هذه الفئة هي العقود الخاصة بالتأمين والاتفاقات التي تتعلق بالتحلل من المسؤولية، وهذه التعاملات وفقاً للباحثين عادة ما تقوم المحاكم بافتراض وجود التزام بالإفصاح^(١٢٧). الفرع الثالث من التعاملات التي يرى بعض الفقهاء وجوب وجود التزام بالإفصاح يتمحور حول التعاملات التي يتوافر لدى أحد المتعاقدين القدرة غير المتساوية للحصول على المعلومة والإطار النظري للافتراض بوجود التزام بالإفصاح هو "نظرية تساوي فرصة الحصول على المعلومة Equality of access theory، وقد تم استخدام هذه النظرية في قوانين أسواق المال بشكل مكثف عندما يتعلق الأمر بالتعاملات القائمة على معلومات داخلية وتجريم مثل هذه التعاملات. ويرى بعض الفقهاء في الولايات المتحدة الأمريكية أن المحاكم عادة ما تتطلب التزاماً للإفصاح عندما يكون التعامل مرتبطاً ببيع العقارات، وأن مثل هذا التوجه من قبل المحاكم الأمريكية يعود للقانون السائد أيام الإمبراطورية الرومانية^(١٢٨).

الفئة الثالثة: تتمحور حول مصدر المعلومة والآلية المستخدمة للحصول عليها، حيث يرى بعض الفقهاء في الولايات المتحدة الأمريكية أن أحد العوامل التي تحدد ما إذا كانت المحاكم تتطلب الإفصاح أم لا، يتعلق بالطريقة التي تم الحصول فيها على المعلومة، فعلى سبيل المثال فإن المعلومات التي يتم الحصول عليها بشكل عرضي مقابل تلك التي تم البحث عنها والحصول عليها، لذا فإن المحاكم عادة ما تلزم الطرف الذي يحصل على المعلومة بشكل غير قانوني بالإفصاح عنها للطرف الآخر^(١٢٩).

Ibid at p1809-1813.

(١٢٧)

Ibid at p1816 (١٢٨) ويضيف الباحثون أن المحاكم كانت تفرض التزام بالإفصاح فيما يتعلق بالتعاملات المتعلقة بنقل ملكية العبيد في الولايات المتحدة الأمريكية.

Ibid at p1820-1822

(١٢٩)

- **الفئة الرابعة:** العوامل المتعلقة بطبيعة الطرف الذي لم يتم الإفصاح له عن المعلومة، وهناك العديد من الفرضيات التي يقوم الباحثون بدراساتها للتأكد مما إذا ما كانت المحاكم بالفعل تتطلب الإفصاح بناءً على شخصية الطرف الذي لم يتم الإفصاح له، ويفترض زيلر وكارويك أن المحاكم عادة ما تتطلب الإفصاح إذا كان الطرف الآخر بائعاً أو مستأجراً، أو أن يكون الطرف غير المفصح له امرأة أو شخصاً مريضاً أو كبير السن^(١٣٠).

- **الفئة الخامسة:** التصرف الذي أقدم عليه الطرف الذي تتوافر له المعلومة كعامل يدفع المحاكم لفرض التزام الإفصاح، ويقصد بالتصرف هو التصرفات السيئة من قبل أحد طرفي العقد مثل عدم الإفصاح الكامل عن الحقيقة أو ما يعرف بأنصاف الحقائق^(١٣١).

ختاماً فإن مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون تقدم للمحاكم والمشرعين خارطة طريق لكيفية تحديد ماهية المعلومات التي تمثل معلومات جوهرية، ولعل المحاكم الكويتية تستطيع الاستفادة من هذا التحليل عند دراسة ما إذا كانت المعلومة واجبة الإفصاح أم لا وفقاً لتقديرها، حيث إن الفقه القانوني العربي والمحاكم العربية نادراً ما تبحث أو تقدم مثل هذه القراءات المتعمقة عندما يتعلق الأمر بالتزام الإفصاح من جانب الأفراد المتعاقدة.

الخاتمة:

مما لا شك فيه أنه لا يمكن الحديث عن القانون بمعزل عن الاقتصاد، فلكل تنظيم قانوني أهداف اقتصادية، وإن كان عادة لا يتم الإفصاح عنها في القانون أو في مذكرته الإيضاحية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة غياب هذه الأهداف، بل إن غالبية القواعد القانونية يكون لها أسس اقتصادية تكون قائمة عليها أيضاً.

Ibid

(١٣٠)

Ibid at pp1825-1826

(١٣١)

ومن أجل توضيح الأهداف الاقتصادية للقانون والأسس الاقتصادية التي يقوم عليها القانون، يتم اللجوء إلى التحليل الاقتصادي للقانون والذي يعد أحد العلوم البينية، والتي نشأت كنتيجة للروابط الوطيدة التي تربط القانون والاقتصاد، ويصبو هذا العلم إلى استخدام الاقتصاد كآلية لتحليل القانون من أجل فهم أفضل للقانون، كما يؤدي - في كثير من الأحيان - إلى الوصول لوضع أسس اقتصادية للقانون والتي يكون مبنياً عليها أو يدفع نحوها، ويعد تقدير الأهمية الاقتصادية لمبدأ سيادة القانون والقواعد القانونية المنظمة للعقود، أمراً ذا أهمية بالغة، وخاصة في ظل تجاهل البعض للانعكاسات الاقتصادية الخطيرة والمهمة لهذه القواعد على الأوضاع الاقتصادية.

وتأتى أهمية تحليل نظرية العقد تحليلاً اقتصادياً، لما لهذا الفرع القانوني من تأثير بالغ الأهمية على العلاقات التجارية، مما يؤثر على آليات عمل السوق الحر، الأمر الذي سينعكس سلباً أو إيجاباً على البيئة التجارية والقوانين التجارية المرتبطة به، وتبعاً لذلك يكون له بالغ الأثر على سلوك الأفراد والمؤسسات، كما تؤثر نظرية العقد اقتصادياً على تكلفة العمليات التجارية، بما تتضمنه من تكلفة الإنتاج وتكلفة التعاقد، حيث تختص القواعد القانونية بتحديد تكاليف وإجراءات التعاقد بالإضافة إلى تكاليف التقاضي؛ كما توفر سيادة القانون إحدى صور الحماية للمتعاملين، حيث تعمل القواعد القانونية على ردع الأفراد عن الولوج في أعمال استغلالية، مما يؤدي إلى خلق مناخ إيجابي للتعاملات القانونية.

ومن ناحية أخرى يهدف هذا التحليل إلى تقليل الآثار الاقتصادية التي تنتج عن العقود القائمة على السلوكيات المبنية على أسس اقتصادية سليمة أو العقود غير المكتملة (التي يوجد نقص في تفاصيلها)؛ وتتضح أهمية هذا الهدف إذا تم تبني النظرية التي تعتبر جميع العقود غير مكتملة.

ويرتبط بذلك افتراض عدم وجود سوق مثالي (مكتمل) وتحديد أوجه الخلل في آليات السوق، وذلك من أجل توضيح إذا ما كان النظام القانوني بشكل عام

والنظرية العامة بشكل خاص قد قامت بالتدخل التشريعي المناسب لمعالجة بعض أوجه الخل.

ويقوم علم التحليل الاقتصادي للقانون على مجموعة من المبادئ المهمة، وتعد معايير الكفاءة أحد هذه المبادئ والتي تمثل حجر الزاوية في أي تحليل اقتصادي للقانون؛ حيث تسعى القواعد القانونية عادة إلى تحقيق الكفاءة الاقتصادية، ولكن يصعب وضع معيار يوضح المقصود بالكفاءة والفعالية، والتي تعد أحد المفاهيم المتغيرة والتي تخضع لاجتهادات متعددة في محاولة لتوضيح المقصود بهذا المفهوم.

حيث يرى البعض أن تحقيق المنفعة دون ضرر هو المعيار الأمثل لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، وهو ما أخذت به بعض المحاكم الأمريكية، بينما تعتمد اقتصادات الرفاهية على معيار تحقيق السعادة لأكبر عدد من البشر، في حين تعدد الاقتصادات المهمة بتحليل المنافع والتكاليف على معيار التعويض، وفي الإطار ذاته، تقوم نظرية رونالد كوس على اعتبار معيار التكلفة الاجتماعية هو المعيار الملائم لتحقيق الكفاءة الاقتصادية، والذي يقوم على ضرورة تدخل الدولة في الاقتصاد لمعالجة الخل في نظام السوق، ويكون هذا التدخل من خلال دراسة دقيقة وعملية، وتهدف بذلك إلى علاج الخل في تضمين التكاليف الخارجية لتكاليف عناصر الإنتاج.

وفي سياق متصل؛ يعد من أهم محاور فشل آليات السوق نقص المعلومات المتاحة التي يستطيع الأفراد الاعتماد عليها في اتخاذ قراراتهم النهائية والتصرف بشكل عقلاني، فالمعلومات تمثل عصب السوق الحر وأحد أعمده الرئيسية، وعليه فإن القواعد القانونية عادة ما تتدخل لمعالجة هذا الخل من خلال فرض الالتزام بالإفصاح، ولكن فرض وجود معلومات كاملة للأطراف المتعاقدة يصطدم بمجموعة تحديات اقتصادية وعملية، ويؤدي نقصانها إلى التأثير على إرادة المتعاقدين، لذا تفرق الأدبيات بين المعلومات الإنتاجية والمعلومات غير الإنتاجية.

لذا يجب توضيح مدى إمكانية إلزام أطراف العلاقة العقدية بموجب القانون بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية، والتي تكون غير معلومة للطرف الآخر قبل الدخول في العلاقة التعاقدية؛ خاصة إذا كانت هذه المعلومة تم التوصل إليها بتكلفة مالية (كالاستعانة بأحد المكاتب المتخصصة)؛ كما يجب تحديد نطاق هذا الالتزام، وهل هو ملزم للمشتري فقط أم للمشتري والبائع على حد سواء.

تقدم أدبيات التحليل الاقتصادي حلولاً متضاربة حول هذه الإشكاليات: ففي حين يذهب رأي إلى أن من شأن إقرار هذا الالتزام أن يقوض أي حافز للأفراد للبحث والتحري عن المعلومات؛ يذهب رأي آخر إلى ضرورة التفرقة بين المعلومات التي يتم تحصيلها بشكل مباشر وبمجهود أحد الأطراف (تمثل ملكية خاصة ولا يلتزم الشخص بالإفصاح عنها) والمعلومات التي يتم تحصيلها بشكل عرضي يلتزم بالإفصاح عنها.

هذا الرأي ذهب إليه الفقيه السنهوري، حيث قرر ضرورة التمييز بين المعلومة الإنتاجية (والتي يتحصل عليها الفرد نتيجة بذل مجهود) تلك المعلومة لا يلتزم بالإفصاح عنها؛ والمعلومة غير الإنتاجية (وهي التي يعرفها المتعاقد دون بذل أي جهد) وفيها اختلاف في الرأي.

ولقد ذهب القانون الكويتي إلى اعتبار عدم الإفصاح (السكوت) "أحد الحيل المكونة للتدليس"، كما ذهب إلى ضرورة الإفصاح عن جميع المسائل الجوهرية دون اشتراط الإفصاح عن المسائل التفصيلية.

ولكن لم يحدد المشرع المقصود بالمسائل الجوهرية التي يتعين على المتعاقدين الإفصاح عنها؛ لذا نجد أن الفقه القانوني قد ذهب إلى أن المسائل الجوهرية هي من الأمور التي تخضع للمعيار الشخصي للمتعاقد (أي أن المشتري سيرفض الشراء إذا وصل لعلمه هذا الأمر)، والمعيار المادي الموضوعي، والتي يبت فيها القاضي وفقاً لحالة كل قضية، وتأتي مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون لتقدم أطراً يمكن للمحاكم الاستعانة بها كمعايير لتحديد الأمور التي يفترض أن يتم الإفصاح عنها عند التعاقد.

وقد أدى الوعي بأهمية التحليل الاقتصادي للقانون إلى أن أصبحت الفلسفة الاقتصادية جزءاً لا يتجزأ من نظرية العقد في الفقه الانجلوسكسوني، ويتضح ذلك عند تحديد الإطار الاقتصادي للنظرية العقدية، حيث يتم الاعتماد على نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال، والذي يقوم على فرضية أنه في بعض الأحيان يعتبر الإخلال بالالتزام العقدي أمراً إيجابياً من الناحية الاقتصادية، بمعنى أن نتائج هذا الإخلال تكون اقتصادياً ذات طابع إيجابي على الرغم من عدم قانونية العمل، وعليه فإن التعويض النقدي وليس التنفيذ الجبري هو الوسيلة والآلية المتاحة أمام الدائن.

كما يتضح ذلك أيضاً في معالجة موضوع التعويض الاتفاقي، والذي يؤكد سمو كعب النظرية الاقتصادية على غيرها من النظريات الفلسفية القائمة على الحرية الشخصية ومبدأ سلطان الإرادة، حيث إن القواعد القانونية المنظمة للتعويض الاتفاقي أتت لتؤكد وترسخ نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال، والتي لا تمنع الإخلال بالالتزامات العقدية ولكن تؤسس قيمة مالية لها. ويبرز تطبيق ذلك بصورة جلية في العقود الزمنية، تلك العقود التي تتضمن عاملاً زمنياً لتنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، وخلال هذه الفترة يكون الأطراف والعقد عرضة لما يطلق عليه احتمالية الندم، ولقد أخذ القانون الأمريكي بهذا الأمر، حيث وضع قيداً على التعويض الاتفاقي Liquidated Damages، وهذا القيد يتمثل في رفض المحاكم الأمريكية الاعتراف بالتعويض الاتفاقي إذا كان يمثل غرامة أكثر منه تعويضاً.

ومن الأهمية بمكان تبيان أن هذا التوجه بدأ ينتقل إلى الأنظمة القانونية اللاتينية، وهو ما تبناه المشرع في القانون المدني الكويتي، حيث اعتبر الاتفاق التعويضي آلية من آليات التعويض وليس شرطاً تهديدياً، حيث تم ربط مثل هذه الاتفاقات بوقوع الضرر لسريانها، وأعطى المحكمة الحق في تخفيض التعويض المتفق عليه إذا أثبت المدين أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه.

ويتضح هذا الأمر بجلاء أيضاً في الاختيار بين التعويض النقدي والتعويض العيني، حيث ذهب القانون الأمريكي والإنجليزي إلى إقرار أن الأصل

في التعويض هو التعويض النقدي، وأن التعويض العيني هو استثناء وذلك اعتماداً على نظرية العقد غير الكامل أو الناقص، والتي تتيح للدائن التعويض النقدي في حالة مخالفة التزاماته العقدية، وذلك في حالة الاستحالة العملية للتنبؤ بكافة الأحداث التي قد تطرأ في المستقبل، والتي قد تؤدي إلى إرهاقه في تنفيذ العقد؛ يبرر ذلك صعوبة التوقع بكافة الأحداث المستقبلية بالإضافة إلى أسباب اقتصادية، فالوقت والجهد والتكلفة التي سيتكبدها أطراف العقد تفوق المنافع المرجوة من هذا البحث عن كافة العوامل وإضافتها للعقد.

وعلى الرغم من أهمية هذه النظرية إلا أنه بمراجعة القانون الكويتي نجد أن نظرية الإخلال بالالتزام العقدي الكفؤ أو الفعال ليس لها محل إلا في حالات استثنائية، حيث تبني المشرع الكويتي التنفيذ العيني كقاعدة عامة وليس استثناء في حالة عدم تنفيذ المدين التزاماته العقدية، حيث تنص المادة ٢٨٠ على أنه: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره، نفذ جبراً عنه"، وفي التنفيذ العيني يعد التعويض النقدي خياراً متاحاً في بعض الحالات الاستثنائية، كحالة أن التنفيذ العيني مرهق للمدين أو أنه أصبح غير ممكن.

هذا التوجه من المشرع يتعارض مع المبادئ السائدة في القوانين الحديثة، كما يتعارض مع أدبيات التحليل الاقتصادي للقانون؛ حيث إن التنفيذ العيني له عيوب من الناحية الاقتصادية، فالعقود بطبيعتها غير مكتملة، ولا يمكن تخيل تضمنها لجميع الاحتمالات التي قد تظهر مستقبلياً بعد التعاقد، وعليه فإن إلزام الأطراف باللجوء للتنفيذ العيني كقاعدة عامة يترتب عليه آثار اقتصادية سلبية عديدة، وتتمثل أول هذه الآثار في غياب إمكانية استخدام الموارد استخداماً أمثل، بالإضافة إلى زيادة في نفقة التنفيذ وهدر للموارد، لأن المحاكم - في حالة التنفيذ العيني - ستكون مسؤولة عن الإشراف على هذا الالتزام والتأكد من تنفيذه بالكامل ومن جودة المبيع، هذا الأمر يدفعنا إلى ضرورة تعديل القانون الكويتي ليكون مواكباً للتغيرات الاقتصادية.

قائمة المراجع*

أولاً - المراجع العربية:

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول لسنة ١٩٣٣، ص ٦٥.
- فهد الزميع، التحليل الاقتصادي القانوني بين التجريد النظري والتطبيق العملي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والثلاثون، يونيو ٢٠١٢، ص ١٥٧-٢٢٢.
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني الخاص بالاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية.
- مشاعل عبد العزيز الهاجري " قلاع وجسور: الدراسات البينية وأثرها في الاتصال بين الحقول المعرفية (دراسة في القانون كحقل معرفي مستقل وعلاقته بعدها من العلوم) "، مجلة الحقوق، العدد ٣، السنة ٣١، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ١٧١-٢٤٠.
- يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد - دراسة مقارنة - الجزء الثاني - عقد التفاوض بحسن نية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- Anthony T. Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, The Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (Jan., 1978).

* ترتيب أبجدي؛ مع حفظ الألقاب العلمية.

- Benjamin E. Hermalin, Avery W. Katz, and Richard Craswell, law & Economics of Contracts.
- Benjamin Klein, the role of incomplete contracts in self-enforcing relationships, in the Economics of Contracts Theory and Practice, ed Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant
- Bhikhu Parekh, Jeremy Bentham: Ten Critical Essays, Routledge, 2012.
- Cento G. Veljanovski, Economic Principles of Law, Cambridge University Press 2007.
- Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 7 (Jun., 1980).
- Charles J. Goetz and Robert E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, Columbia Law Review, Vol. 77, No. 4 (May, 1977).
- City School District of the City of Elmira v. McLane Construction Co., 85 A.D.2d 749, 445 N.Y.S.2d 258 (1981).
- Colonial at Lynnfield v. Sloan, 870 F.2d 761 (1st Cir. 1989), <http://federal-circuits.vlex.com/vid/lynnfield-sloan-zipes-37252283>.
- D. Bradford Hardin Jr, Why Cost-Benefit Analysis? A question (and some answers) about the legal academy, Alabama Law Review, Vol 59, No 5, 2008.
- Daniel Friedmann, Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared in Contract Damages; Domestic and International Perspectives, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, Hart Publications, 2008.
- Donald Wittman, Economic Foundations of Law and Organization, Cambridge University Press 2006.
- Douglas North, Institutions, Institutional change and economic performance, Cambridge University Press, 1990.

- E. Allan Fransworth, Legal Remedies for Breach of Contract, Columbia Law Review, Vol 70, No 7 (1970).
- Ejan Mackaay, The Civil law of Contract; IN Contract law and economics, ed Gerrit De Geest, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Eric A. Posner, Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, Encyclopedia of law and economics, Vol. 3 (2000).
- Eric A. Posner, Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal, 2003, Vol. 112.
- Eyal Zamir & Barak Medina, Law, Economics and Morality, Oxford University Press.
- Florence Caterini, pre-contractual obligations in France and the United States, 2005, LLM Theses and Essays, Paper 7.
- Functional Law and Economics the search for self-neutral principles, Chicago & Kent Law Review, Vol 70.
- Gerald P. O'Driscoll Jr, Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980).
- Gunther Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, The Modern Law Review, Vol. 61, No. 1 (Jan., 1998).
- Hatzis, Aristides N., Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?. THE ARCHITECTURE OF EUROPEAN CODES AND CONTRACT LAW, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, pp. 159-191, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=661661> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.661661>.
- Henrik Lando & Caspar Rose, On the enforcement of specific performance in Civil Law countries, International Review of Law and Economics 24 (2004).

- Hugh Collins, The Law of Contract, Cambridge University Press, 2003, P.373.
- Jack Hirshleifer, the Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, 61 AM.E CON. REV.5 61 (1971)
- Jaffrey Harrison & Jules Theeuwes, Law and Economics, W.W. Norton Publication, 2008
- Jeffery L. Harrison, Law and Economics in a nut Shell, West, 2011.
- Jittery Marries, Law and Economics in a Nut Shell.
- Jody S. Kraus, A Critique of the Efficient Performance Hypothesis, 116 Yale Law Journal, 568 2006.
- John D. Calamari & Jospeh M. Perillo, The Law of Contracts, 4th Edition, West Group Publications, 1998.
- John N. Drobak & Douglass C. North, Legal change in economic analysis, in Jurgen G. Backhaus (Ed.), The Elgar Companion to Law and Economics 2nd Edition, Edward Elgar 2005.
- John Troyer, The Classical Utilitarians: Bentham and Mill, Hackett Publishing, 2003.
- Kimberly D. Krawiec and Kathryn Zeiler, Common Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories, 91 Virginia Law Review 1799 (2005).
- L.L Fuller & William R. Perdue Jr, The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal 1936.
- Laidlaw v. Oregon, 15 U.S.
- Lon L. Fuller & Melvin Aron Eisenberg, Basic Contract Law, 8th edition at p 228-230.
- Macaulay, "Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem?" Wisconsin L. Rev., 2004.
- Mark P. Gergen, John M. Golden & Henry E. Smith, The Su-

- preme Courts Accidental Revolution? The Test for Permanent Injunctions, Columbia Law Review, Vol 112 No 2, March 2012.
- M?rquez-Escobar, Pablo, (2010), Contract law and economics: cycles and equilibrium in the cannon of north american legal thought, UNIVERSIDAD JAVERIANA - BOGOT?, issue, <http://EconPapers.repec.org/RePEc:col:000441:009245>.
 - Melvin A. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, California Law Review, Volume 91 Issue 6, 2003.
 - Michael J. Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract, Harvard University Press.
 - Milton Friedman, The Swedes Get it Right, Reason Magazine, http://www.daviddfriedman.com/Academic/Coase_World.html, 1991.
 - Nash Rawls, A Theory of Justice, Harvard University Press, 1971.
 - Nicholas Mercuro & Timothy P. Ryan, Law, Econo (Ryan, 1984)mics and Public Policy, 1984, Jai Press.
 - Oliver Wendell Homes, Jr. The Path of Law, 10 Harvard Law Review 457, 1897.
 - Patrick Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford University Press 1985.
 - Paul G. Mahoney, Contract Remedies and Options Pricing, Journal of Legal Studies, Vol 24, No 1 (1995).
 - Paul G. Mahoney, Contract Remedies: General, encyclopedia of Law and Economics, Vol. 3 (2000).
 - Peter Linzer, On the Amorality of Contract Remedies--Efficiency, Equity, and the Second "Restatement" Columbia Law Review, Vol. 81, No. 1 (Jan., 1981).
 - Pierre Legrand, Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 3 (Winter, 1986).

- Qi Zhou, The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization, <http://ssrn.com/abstract=870748>.
- R. H. Coase, Essays on Economics and Economists, University of Chicago Press, 2012.
- Richard O. Zerbe Jr, Economic Efficiency in Law and Economics, Edward Elgar Publications, 2001.
- Richard Posner, Economic Analysis of Law, Boston, Little, Brown, 1972.
- Richard Posner, Utilitarianism, Economics and legal theory, Journal of legal studies, VIII (1), January 1979.
- Robert Cooter & Thomas Ulen, Law & Economics, prentice Hall, 2011.
- Robert L. Birmingham, Damage Measures and Economic Rationality: The Geometry of Contract Law, Duke Law Journal, Vol. 1969, No. 1 (Feb., 1969).
- Ronald Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol 3, 1960.
- Ronald M. Dworkin, Is Wealth a Value?, The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives (Mar., 1980), pp. 195-196.
- Samuel A. Rea, Jr, Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 13, No. 1 (Jan., 1984).
- Steven G. Medema & Richard O Zerbe, Jr, The Coase Theorm, in the Law and Economics Encycloepdia.
- Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press, 2004.
- Steven Shavell, Specific Performance versus damages for breach of contract, Discussion Paper No 532, John M. Olin Center of Law, Economics, and Business, Harvard University, 11/2005.

- Thomas J. Miceli, Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation, Oxford University Press, 1997.
- Thomas J. Miceli, The Economic Approach to Law.
- Timothy J. Muris, The Costs Of Freely Granting Specific Performance, Duke Law Journal, Vol 1982.
- Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, Michigan University Press.
- Vincy Fon & Francesco Parisi, Litigation and the Evolution of Legal Remedies: A Dynamic Model, Public Choice, Vol 116, No (2003).
- Williston, A, Treatise on the Law of Contracts, Mount Kisco, N.Y. Baker, Voorhis & co. 3rd, 1968.

ولاية الدولة في الرقابة على الأوقاف

الدكتور/ عصام خلف العنزي
أستاذ مساعد في قسم الفقه المقارن
والسياسة الشرعية - كلية الشريعة
والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

ملخص:

أخذ الوقف أهمية كبيرة في حياة المسلمين وخصوصاً إذا كان هذا الوقف للأعمال الخيرية، فكلما أُمِنَ الواقفون على أوقافهم ازداد الوقف، وكلما خشي الواقفون على أوقافهم انصرف الناس عن حبس أموالهم، لذلك كان للدولة دور مهم في بث الثقة في نفوس الناس وحماية الوقف من خلال إصدار التشريعات اللازمة لحمايته سواء تم اعتباره من الأموال العامة أو من الأموال الخاصة، وأيضاً من خلال الجهات التي تراقب وتدقق على الأوقاف، حيث كان للرقابة الشرعية التي يشرف عليها علماء متخصصون في علم الشريعة دور مهم في زيادة ثقة الناس بالمؤسسات الوقفية التي تشرف على أوقافهم، لذلك كان لزاماً الاهتمام بهذا الجانب وتطويره حتى يثق الناس بأن أوقافهم يصرف ريعها على ما وضعت لأجله.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن الوقف يعتبر أحد الموارد المالية المهمة للصرف على أوجه الخير والبر، مما جعله مساهماً رئيساً في نهضة الأمة وتنميتها عبر العصور، يقول الإمام النووي - رحمه الله - عند شرحه لوقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأرضه في خيبر: "وفي هذا الحديث دليل على صحة أصل الوقف، وأنه مخالف

لشوائب الجاهلية"^(١). أي أن الوقف مما اختص به المسلمون، ولم يعهده أهل الجاهلية قبل الإسلام.

وما قام به بعض الأمراء والسلاطين من محاولة الاستيلاء على الوقف، وتحجيم دوره تارة بفرض ضرائب على الأموال الوقفية، وتارة بإدخالها تحت إدارة الدولة، وتارة أخرى بتحويل غلاتها للسلطان أو لمن يرغب، دون اعتبار لشروط الواقف، حدا بالناس إلى العزوف عن الوقف؛ لعدم ثقتهم بتلك المؤسسات في إدارة شؤون الوقف.

أقول: إن هذه الممارسات لم تمنع بعض العلماء من التصدي لتلك الممارسات، وهو ما نستطيع أن نطلق عليه الرقابة الشرعية، التي تولى زمامها علماء أفذاذ، والتي عدّلت من بعض تلك الممارسات، وأعادت الثقة للناس في أوقافهم.

ومما زاد ثقة الناس في الوقف مرة أخرى بعض النماذج المشرقة والمتطورة لإدارات الوقف؛ كالأمانة العامة للأوقاف في الكويت، التي قدمت الوقف بحلة جديدة قام على الإشراف عليها علماء وسادة أفاضل، حيث واكبوا في إدارتهم لشؤون الوقف تطور الأفراد والمجتمعات، مما أسهم في خدمة أفضل للمجتمع. وهذا الأنموذج وغيره جعلنا نتساءل عن أهمية عمل الوقف في ظل ولاية الدولة، لأن هذا النموذج لم يكن ليحقق أهدافه إلا من خلال دعم الدولة، وتقديم التسهيلات الكثيرة له، فمن المهام التي قامت بها الدولة فرض الرقابة المالية والقانونية والإدارية؛ لكي تتأكد من تحقيق الوقف لأهدافه.

كما أن المتتبع لتاريخ الوقف يجد أن الوقف كان يؤدي دوره عندما وجد قضاة وعلماء يراقبون ويتابعون شؤون الوقف، وكلما ضعفت هذه الرقابة والمتابعة ضعف دور الوقف، وكلما قويت قوي دوره، فما الرقابة الشرعية المطلوبة؟ وكيف يتم تطويرها حتى تكون سياجاً منيعاً لحفظ الوقف من العابثين

(١) شرح صحيح مسلم ٨٦/١١، دار إحياء التراث العربي.

به؟

هذا ما حاولنا أن نجيب عليه في هذه الورقات، فإن أصبت فمن الله وحده، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان.

وقد قمت بتقسيم البحث إلى عدة مطالب:

المطلب الأول: ملكية الوقف.

المطلب الثاني: ولاية الدولة على شؤون الوقف.

المطلب الثالث: الرقابة الشرعية على الأوقاف.

والحمد لله رب العالمين،،،

﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نُسِيْنَا أَوْ أَخْطَاْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا
إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا
طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا
فَاَنْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾.

المطلب الأول ملكية الوقف

لقد أخذ الوقف حيزاً كبيراً في كلام الفقهاء، فلم يخل كتاب فقه - في الغالب - من أفراد باب للوقف يبين أحكامه وشروطه، كما أن انتقال ملكية الوقف أيضاً قد أخذ نقاشاً واختلافاً بين الفقهاء، وقبل استعراض هذا الخلاف أجد من الضروري ابتداء تعريف الوقف لغة واصطلاحاً:

أولاً - الوقف لغة:

الوقف في اللغة يأتي بعدة معانٍ، منها: السكون والحبس والمنع والإمساك والتأخير، يقال: وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً أي سكنت، ووقفت الدار: حبستها في سبيل الله، ووقفت الرجل عن الشيء وقفاً: منعته عنه، وتوقّف عن الأمر: أمسك عنه، ووقفتُ قسمة الميراث: أخرتُه^(١).

ثانياً - الوقف اصطلاحاً:

عرف الإمام السرخسي الوقف بأنه: حبس المملوك عن التملك من الغير^(٢).

وعرفه المالكية بأنه: إعطاء منفعة شيءٍ مدة وجوده لازماً، وبقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً^(٣).

وعرفه الشافعية بأنه: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود^(٤).

(١) المصباح المنير، مادة (وقف).

(٢) فتح القدير ٤١٨.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ٥٣٩/٢.

(٤) مغني المحتاج ٣٧٦/٢.

وعرفه الحنابلة بأنه: تحبّيس مالكٍ مطلق التصرف ماله المُنتفع به مع بقاء عينه، بقطع تصرفه وغيره في رقبته، ويصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى^(١).

ثالثاً - ملكية الوقف:

اختلف الفقهاء في ملكية العين الموقوفة إلى من تصير على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوقف ينتقل إلى ملك الله تعالى. وهو ما ذهب إليه الشافعية في الأظهر، والصاحبان من الحنفية، ورواية عند الحنابلة والظاهرية^(٢). ويقصد بملكية الله تعالى لأعيان الوقف حجز هذه الأعيان عن التصرف البشري، يقول الإمام الرملي: "ينفك الوقف عن اختصاص الآدميين"^(٣)، ويقول ابن عابدين: "المراد أنه لم يبق على ملكية الواقف، ولا انتقل إلى ملك غيره، بل صار على حكم ملك الله تعالى الذي لا ملك فيه لأحد سواه، وإلا فالكل ملك لله تعالى"^(٤). واستدلوا على ذلك بعدة أدلة:

أ - ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: "تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره"^(٥)، فينفك اختصاص الآدمي عن الوقف، فلا يباع ولا يوهب ولا يورث، فالصدقة تقتضي خروجه من ملك الواقف؛ لأن الوقف إزالة الملك عن الرقبة والمنفعة على وجه القربة^(٦).

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/٣٩٧.

(٢) فتح القدير ٥/٤١٩، حاشية ابن عابدين ٦/٥١٩-٥٢١، الحاوي ٩/٣٧٣، المحلى لابن حزم ١٤٢٠، مغني المحتاج ٢/٣٨٩، كشف القناع ٤/٢٥٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٠٨، المغني مع الشرح لابن قدامة ٦/٢٠٩، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٢/١١٦٧.

(٣) مغني المحتاج ٢/٣٨٩.

(٤) حاشية ابن عابدين ٦/٥٢١.

(٥) رواد البخاري في صحيحه، في كتاب الوصايا، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته، حديث رقم ٢٧٦٤.

(٦) المغني مع الشرح ٦/٢١١، فتح القدير ٥/٤٢٠.

ب - قياساً على العتق بجامع زوال الملك على وجه القرية، فكما يزول الملك عن رقبة العبد إلى الله تعالى والمنفعة للعبد، فكذلك الوقف يزول ملك الواقف إلى الله تعالى والمنفعة للموقوف عليه^(١).

القول الثاني: أن الوقف يبقى على ملك الواقف. وهو ما ذهب إليه المالكية وأبو حنيفة وزفر، وهو قول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، ولذلك عرّف الحنفية الوقف وفق هذا المعنى بأنه: "حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة ولو بالجملة"، وعرفه المالكية - كما ذكرناه سابقاً - بأنه: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً، وبقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً"^(٢).

إلا أن أصحاب هذا القول اختلفوا في حدود هذه الملكية، فقد وسع الإمام أبو حنيفة من هذه الملكية، فهو يقول: إن ملك الواقف على الوقف لا يزول إلا في حالتين، وهما: إذا حكم به الحاكم، أو علّقه الواقف بموته، فالواقف أو ورثته حق الرجوع عن الوقف، ومتى رجع هو أو ورثته ارتفع الوقف وأصبح كأن لم يكن، ويتصرفون في كل وجوه التصرف من بيع وهبة ورهن وغيرها من وجوه التصرف. أما المالكية، فقد ضيقوا هذه الملكية، فالواقف لا يحق له التصرف في العين الموقوفة بالبيع أو الهبة، ولا تورث عنه^(٣).

واستدلوا على بقاء ملك الواقف على العين الموقوفة بعدة أدلة، منها:

أ - قوله ﷺ لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : "حبس الأصل، وسبّل الثمرة"^(٤)، وفي رواية أخرى: "احبس أصلها، وسبّل ثمرها"^(٥). وهذا

(١) تحفة المحتاج ٦/٢٧٢-٢٧٣، بدائع الصنائع ٥/٣٣٠، المغني مع الشرح ٦/٢١١-٢١٢.

(٢) فتح القدير ٥/٤١٨-٤١٩، حاشية ابن عابدين ٦/٥١٩، الذخيرة ٦/٣٢٦، ٣٢٧، الفواكه الدواني ٢/٢٥٢، نهاية المطلب ٨/٣٤١، الإنصاف ٢/١١٦٧، الموسوعة الفقهية ٤٤/١٠٨، عقد الجواهر الثمينة ٣/٩٧٢، شرح حدود ابن عرفة ٢/٥٣٩.

(٣) الفواكه الدواني ٢/٢٥٢.

(٤) رواد البخاري في صحيحه، في كتاب الشروط، باب الوقف كيف يكتب؟ حديث رقم ٢٧٧٢.

(٥) رواد ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب من وقف، حديث رقم ٢٣٩٧.

يقتضي بقاء الملك للواقف، وتسجيل منفعتها للموقوف عليهم، فلا يوجد ما يدل على نقل ملكية الواقف.

ب - استدلووا بالقاعدة الفقهية: "بقاء ما كان على ما كان" ^(١)، فالواقف كان مالكا قبل الوقف، فتبقى ملكيته على الوقف حتى يثبت ما يزيلها، وحيث لم يثبت ذلك؛ فإن الوقف لا يزال على ملك الواقف ^(٢).

ج - أن الوقف نوع من أنواع القرب التي يتقرب بها العبد لربه، للثواب الحاصل منه، ولا يحصل الثواب إلا إذا كانت عين الوقف ملكاً للواقف وباقية على ملكه؛ لأن غرضه التصديق بغلته دائماً ^(٣)، فلا يتحقق التصديق الدائم عندما ينقطع الملك.

د - أن الواقف لم ينقطع تعلقه وملكه بالوقف، بدليل أن له ولاية التصرف عليه، وذلك بصرف غلاته لمستحقيها، وتعيين النظار والمشرفين عليه، فغاية الوقف صرف منافعه كالعارية ^(٤)، فالعارية بذل المنفعة مع بقاء ملك العين على يد صاحبها.

هـ - لا يمكن صرف الوقف إلى غير مالك؛ لأنه حينئذ يشبه السائبة، وهو منهى عنها ^(٥).

و - واستدل المالكية بأوقاف الصحابة، وهي مشهورة بالحرمين بشروطها وأحوالها، وقد منعوا فيها البيع والهبة ينقلها سلفهم عن خلفهم، مما يعتبر إجماعاً ^(٦).

(١) النخيرة ٣٢٨/٦.

(٢) فتح القدير ٤١٩/٥.

(٣) تبين الحقائق ٣٢٥/٣، فتح القدير ٤٢٠/٥.

(٤) فتح القدير ٤٢٢/٥.

(٥) المرجع السابق.

(٦) النخيرة ٤٢٣/٦، ٤٢٤.

القول الثالث: أن ملكية الوقف تنتقل إلى الموقوف عليه إن كان الموقوف عليه آدمياً معيناً، أو جمعاً محصوراً. وذهب إلى هذا القول: الحنابلة في ظاهر المذهب، والشافعية في قول^(١).

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة:

أ - أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف إلى من يصح تملكه، وهو الموقوف عليه، فيجب نقل الملك إليه؛ كالهبة تنتقل بها الملكية إلى الموهوب له^(٢).

ب - لو كان الوقف تملكاً للمنفعة المجردة دون خروجها من ملك الواقف؛ لأصبح الوقف غير لازم كالعارية^(٣).

ج - أن امتناع الموقوف عليه التصرف في الرقبة لا يمنع الملك؛ كأم الولد، فإنه يملكها ولا يملك التصرف في رقبتها^(٤).

ومرجع الخلاف بين الفقهاء كما يقول الإمام ابن تيمية: بسبب اعتقاد الفقهاء بأن الملك يعتبر جنساً واحداً يتماثل في أنواعه، وليس الأمر كذلك، بل الملك هو القدرة الشرعية، والشارع قد يأذن للإنسان في تصرف دون تصرف، ويملكه ذلك التصرف دون هذا، فيكون مالكاً ملكاً خاصاً، ليس هو مثل ملك الوارث، ولا ملك الوارث كملك المشتري من كل وجه، بل قد يفترقان^(٥).

فالقول أن الواقف يملك عين الوقف قول سديد، إلا أن هذا الملك هو من نوع خاص، فلا يحق للواقف التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما، ولكن يحق له نوع آخر من التصرف؛ كتعيين النظار والمشرفين على الوقف، وتعيين من يستفيد من هذا الوقف، فالواقف له نوع من التصرف في الوقف. وهذا التقسيم في الملكية ليس بغريب عن الفقه الإسلامي، فالفقهاء قسموا الملك إلى ملك

(١) كشف القناع ٢٥٤/٤، الإنصاف ١١٦٧/٢، نهاية المطلب ٣٤١/٨.

(٢) كشف القناع ٢٥٥/٤، المغني مع الشرح ٢١٢/٦.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المغني مع الشرح ٢١٢/٦، كشف القناع ٢٥٦/٤.

(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤٣/٣١.

تام^(١)، وملك ناقص^(٢)، ورتبوا عليها أحكاماً مختلفة، وقسموا الملكية إلى ملكية عامة، وملكية خاصة، ورتبوا عليها أيضاً أحكاماً مختلفة، فالملك ليس على درجة واحدة، وليس نوعاً واحداً^(٣).

ومما يترتب على الخلاف السابق بين الفقهاء في مرجعية ملك الوقف إلى من تصير: هل ترجع إلى ملك الله تبارك وتعالى، أم تبقى الملكية على ملك الواقف، أم تنتقل إلى ملك الموقوف عليهم؟ تظهر مسألة مهمة، وهي: هل الوقف يعتبر من الأموال العامة، أم من الأموال الخاصة؟

وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

هل الوقف يعتبر مالاً عاماً؟

إن مما يترتب على انتقال ملكية الوقف مدى اعتبار الوقف مالاً عاماً؛ لأن هذا الأمر له أهمية بالغة في معرفة حدود ولاية الدولة على الوقف، ولذلك كان من الضروري معرفة المال العام في القانون، والمصطلحات المرادفة له في الفقه الإسلامي.

المال العام في القانون:

نصت المادة (٨٧) من القانون المدني المصري على ما يلي:

"تعتبر أموالاً عامة: العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل، أو بمقتضى قانون أو مرسوم (بقرار جمهوري)، أو قرار من الوزير المختص.

وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم".

(١) الملك التام: هو الذي يخول صاحبه حق التصرف المطلق في الشيء الذي يملكه. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، د. نزيه حماد ٤٤١، دار القلم.

(٢) الملك الناقص: هو الذي لا يكون لصاحبه فيه كمال التصرف. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية ٤٤٢.

(٣) محاضرات في الوقف، للإمام محمد أبو زهرة ١٠٤، دار الفكر العربي.

وجاء أيضاً في نص المادة (٨٨) ما يلي:

"تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهوري)، أو بقرار من الوزير المختص، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة".

وقد تميز هذا القانون عن القانون القديم بأنه وضع معايير للمال العام، وقواعد تضبطه، فقد كان القانون المدني القديم - كما جاء في نص المادة (٩) منه- ينص في بيان مطول على ما يعتبر من الأموال العامة، عن طريق ذكر أمثلة لما يعتبر من المال العام دون تحديد أو قواعد تضبط المال العام.

ولكي يتحقق للمال وصف المال العام لا بد من توافر شرطين:

الشرط الأول: أن يكون مملوكاً للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أي لأحد أشخاص القانون العام؛ كوحدات الإدارة المحلية، والمؤسسات العامة. وقد ورد النص على ذلك في المشروع التمهيدي رقم (١١٩)؛ حيث جاء فيه:

"تعتبر أموالاً عامة: العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل، أو بمقتضى قانون أو مرسوم، وتخرج هذه الأموال عن التعامل، فلا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم".

غير أن لجنة المراجعة حذفت لفظ "المملوكة" من الفقرة الأولى، حيث كان الخلاف بين أهل القانون قائماً في شأن الوضع القانوني للدولة على أملاكها العامة، فيما إذا كانت مالكة لها بالمعنى الفني الدقيق، أم أنها تتولى حراستها فقط.

إلا أن الدستور قد حسم هذا الخلاف بإقرار حق الملكية للأموال العامة، بأن ورد النص في المادة (٣٠) منه على أن: الملكية العامة (وهي ملكية الأموال العامة) هي ملكية الشعب.

وأوضح التعديل الدستوري الجديد لهذه المادة أن: "الملكية العامة هي ملكية الشعب، وبأنها تتمثل في ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة"^(١). ويؤكد ذلك أيضاً أن عملية التخصيص للمنفعة العامة يجب أن تمر بمرحلتين:

الأولى: أن تنتقل الدولة أولاً المال الخاص إلى ملكيتها الخاصة، فيدخل الشيء في الملك الخاص للدولة.

الثانية: أن تخصص الدولة هذا المال للمنفعة العامة بطريق رسمي أو بطريق فعلي^(٢).

وعليه، فإن الشيء إذا كان مملوكاً لشخص طبيعي أو لشخص اعتباري خاص كشركة أو جمعية، فإنه لا يمكن أن يصبح شيئاً عاماً إلا إذا اكتسبت الدولة أولاً ملكية هذا الشيء بطريق من الطرق المقررة لكسب الملكية؛ كالعقد، أو الأيلولة للوفاة بدون وارث، أو بطريق نزع الملكية^(٣).

الشرط الثاني: أن يتم تخصيص المال للمنفعة العامة بالفعل، أي بحكم الواقع أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري، أو قرار من الوزير المختص.

ولما كانت الصفة العامة للمال ترتبط بتخصيصه للمنفعة العامة، فإن بقاء هذه الصفة يدور مع التخصيص وجوداً وعدماً، وهذا الارتباط واضح فيما قرره القانون بأن الأموال تفقد صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة كما جاء في نص المادة (٨٨) السابق^(٤).

(١) النظام القانوني للأموال العامة والخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص الاعتبارية ولهيات الموانئ المصرية، للدكتور أحمد محمود جمعة، ص ٩، ١٠، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ٢٠٠٩.

(٢) أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والفقه، للمستشار أسامة عثمان ٢٥، ٢٦، منشأة المعارف بالإسكندرية.

(٣) المرجع السابق ص ١٦.

(٤) الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة، للدكتور إبراهيم عبد العزيز شيجا، ص ١١٣، دار المطبوعات الجامعية.

وقد اعتمد القانون المصري تحديد المقصود "بالتخصيص للمنفعة العامة": التفسير الواسع الذي يضمن - بصفة عامة - الاحتفاظ بصفة المال العام للأموال التي تكون مخصصة لاستعمال الجمهور مباشرة، أو لخدمة المرافق العامة، فالأموال العامة في القانون المصري تضم طائفتين من الأموال:

الأولى: الأموال المخصصة للاستعمال المباشر للجمهور، مثل: الطرق والشوارع والجسور وشواطئ البحر والحمامات العامة وكتب المكتبات العامة، سواء أوجدتها الطبيعة بدون تدخل من الإنسان كالأنهار، أم كانت من تهيئة الإنسان كالحدائق العامة.

الثانية: الأموال المخصصة للمرافق العامة، مثل محطات وقاطرات السكك الحديدية، وكذلك بيوت العدالة؛ لتخصيصها لمرافق العدالة، وكذلك المدارس ومعاهد البحث العلمي بحكم تخصيصها لمرافق التعليم^(١).

وسوف أورد ثلاثة أمثلة لها علاقة بموضوع الوقف، وهي على النحو التالي:

المثال الأول - المساجد:

من ضمن الأمثلة التي تم النص عليها بأنها من الأموال العامة: العقارات ذات الغرض الديني، مثل المساجد^(٢). وقد جاء ذلك صريحاً في القانون المدني الأهلي القديم؛ حيث نصت الفقرة التاسعة على أن من الأموال العامة: "الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام، أو البر والإحسان، سواء أكانت الحكومة قائمة بإدارتها، أم بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها".

ومعنى ذلك: أن الجوامع التي لا تقوم الحكومة بالإشراف والإنفاق عليها لا تعتبر أموالاً عامة، بل من الأموال الخاصة، وإن كانت تعتبر وفقاً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(١) المرجع السابق ١١٤-١١٧.

(٢) أحكام التصرف في أملاك الدولة ١٩، ٢٠.

وأيضاً في القانون المدني الحالي، فإن حكم المساجد لم يتغير، إذ يتجه غالبية أهل القانون نحو اعتبار المساجد من الأموال العامة إذا قامت الدولة بإدارتها والصرف عليها، أما المساجد التي يقوم الأفراد بإنشائها والصرف عليها، فإنها لا تعتبر من الأموال العامة إلا إذا تنازل عنها أصحابها، وتم وضعها تحت سلطان الدولة فتولت إدارتها والإنفاق عليها من موازنتها الخاصة^(١).

وفي ذلك قضت محكمة النقض بتاريخ ١٥/٥/١٩٥٨، بأن شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة طبقاً لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدني القديم، هو أن تكون في رعاية الحكومة تدير شؤونها، وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة، ولذلك نص الحكم على ما يلي:

"فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية، وإنما بوصفها ناظرة عليها شأنها في ذلك شأن أي فرد من الأفراد يعهد إليه بإدارة شؤون الوقف، فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام"^(٢).

المثال الثاني - صناديق النذور:

من الأمثلة التي يضربها أهل القانون لتخصيص المنفعة العامة بمقتضى قرار وزاري: تخصيص أموال صندوق النذور للمنفعة العامة بقرار وزير الأوقاف رقم (٢٢) لسنة ١٩٧١، الصادر بشأن اللائحة التنفيذية لصناديق النذور التي ترد للمساجد والأضرحة التابعة لوزارة الأوقاف، حيث تنص المادة (٢) من هذا القرار على ما يلي:

"تخصص حصيلة صناديق النذور العامة في الأغراض الآتية:

أ - إصلاح المساجد والأضرحة وتأثيثها، ورعاية كل ما يتعلق بشؤونها.

(١) الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة ١٣٧، ١٣٨.

(٢) المرجع السابق ١٣٨.

ب - مكافآت العاملين الذين يبذلون مجهوداً غير عادي في مجال الدعوة الإسلامية.

ج - الاحتفالات الدينية والموائد.

د - إعانة العاملين بالمساجد والأضرحة في حالات الضرورة القصوى.

هـ - الإسهام في دعم صندوق التأمين الصحي بالوزارة، بما يعين على رعاية العاملين بالمساجد والأضرحة صحياً.

وتطبيقاً لأحكام هذا النص، فقد انتهت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة في ١/١/١٩٧٣، إلى اعتبار أموال صندوق النذور العام أموالاً عامة تخضع في صرفها للقواعد المالية التي تطبق في شأن المال العام، تأسيساً على أن المال المتبرع به، بعد أن تتم إجراءات التبرع، يخرج عن ملكية المتبرع، ويدخل في ملكية المتبرع إليه المساجد، أو وزارة الأوقاف باعتبارها المشرفة عليها، وفي كلتا الحالتين فإن المال يدخل في ملكية الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الإدارية (وزارة الأوقاف)، كما أن هذه الأموال خصصت للمنفعة العامة، وهي رعاية الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية وصيانتها وتأثيثها، وتشجيع نشر الدعوة الإسلامية، ومن ثم فقد توافرت في أموال صندوق النذور العام شرط المال العام^(١).

المثال الثالث - إدارة هيئة الأوقاف لأموال الوقف:

صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بشأن إلغاء الأوقاف الأهلية، وقصرها على جهات البر، ثم صدر القانون رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم وزارة الأوقاف، وأناط بوزارة الأوقاف إدارة الأوقاف الخيرية، والأوقاف التي لا يُعرف مستحقوها، والأوقاف التي ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، ثم صدر القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١ بإنشاء هيئة الأوقاف المصرية، ونص على أن: تختص الهيئة بإدارة واستثمار أموال الأوقاف الخيرية،

(١) النظام القانوني للأموال العامة والخاصة ١٢، ١٣.

باعتبارها نائباً عن وزير الأوقاف في هذا الشأن؛ لأن وزير الأوقاف كان يتولى إدارة أموال الأوقاف باعتباره ناظراً للوقف، وإذ يعتبر الوقف من أشخاص القانون الخاص، فإن ما يصدر من هيئة الأوقاف في نطاق إدارة الوقف لا يصدر منها بوصفها سلطة عامة، وإنما باعتبارها نائباً عن ناظر الوقف، ويترتب على ذلك أن قيام هيئة الأوقاف بإدارة أموال الوقف لا يخلع على أموال الأوقاف صفة المال العام، ولا يجعل من قراراتها قرارات إدارية، ولا تعتبر المنازعات التي تثور بشأنها منازعات إدارية، ومن ثم لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في تلك المنازعات.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ذلك بحكمها الصادر في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية"، بجلسة ١/٩/٢٠٠٥، حيث قررت أن أموال الأوقاف تعتبر بصريح المادة (٥) من القانون رقم (٨٠) لسنة ١٩٧١ بإنشاء هيئة الأوقاف أموالاً خاصة مملوكة للوقف، باعتباره - عملاً بنص المادة (٣/٥٢) من القانون المدني - شخصاً اعتبارياً، وهو يدخل بحسب طبيعته في عداد أشخاص القانون الخاص، ولو كان من يباشر النظر عليه شخصاً من أشخاص القانون العام، إذ يظل النظر - في جميع الأحوال - على وصفه القانوني مجرد نيابة عن شخص من أشخاص القانون الخاص، وفي هذا نصت المادة (٥٠) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف على أن: (يعتبر الناظر أميناً على مال الوقف، ووكيلاً عن المستحقين..).

ومن ثم، فإن قيام وزير الأوقاف إنما يكون كأبي ناظر من أشخاص القانون الخاص، وعلى ذلك، فإن النص المطعون به، وهو البند (ح) من المادة (١) من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥، في شأن الحجز الإداري المعدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٥٨، فيما تضمنه من النص على جواز اتباع إجراءات الحجز الإداري، عند عدم الوفاء بما يكون مستحقاً لوزارة الأوقاف من إجراءات الأعيان التي تديرها بصفتها ناظراً، مؤداه إلحاق نشاط هذه الأوقاف - في هذا النطاق - بالأعمال التي تقوم عليها المرافق العامة، واعتبارها من جنسها، وإخضاع تحصيلها دون مقتضى لتلك القواعد الاستثنائية التي تضمنها قانون الحجز الإداري، بما يخالف نص المادة (٦٥) من الدستور.

ذلك أن مبدأ الخضوع للقانون المقرر بها يفترض تقييد أشخاص القانون الخاص في مجال نشاطها، واقتضاء حقوقها بقواعد ووسائل هذا القانون دون غيرها، فلا يكون الخروج عليها إلا لضرورة وبقدَرها، فإذا انتفت تلك الضرورة - كما هو حال النص الطعين - فإنه يكون قد وقع في حماة المخالفة الدستورية، وأضافت المحكمة القول بأن القضاء بعدم دستورية نص البند (ح) من المادة (١) من قانون الحجز الإداري، من شأنه عدم جواز اتخاذ إجراءات الحجز المنصوص عليها في المادة (٢) من ذات القانون قبل المدعي، وبالتالي فإن الطعن عليها بعدم الدستورية أصبح لا محل له، حيث نصت المادة (٢) المشار إليها على أنه: (لا يجوز اتخاذ إجراءات الحجز إلا بناء على أمر مكتوب صادر من الوزير، أو رئيس المصلحة، أو المحافظ، أو المدير، أو ممثل الشخص الاعتباري العام، حسب الأحوال، أو مَنْ يُنْيِيهِ كُلٌّ مِنْ هَؤُلَاءِ فِي ذَلِكَ كِتَابَةً" (١)).

ويلاحظ من خلال هذه الأمثلة أن القانون اعتبر المساجد وصناديق النذور أموالاً عامة، مع أن الدولة لا تملك هذه الأموال، فالمساجد وإن كانت الدولة تقوم بالإشراف عليها وإدارتها والإنفاق عليها، إلا أن الدولة لا تملكها، ولذلك فإن الدولة لو أرادت تخصيص المساجد في غير النشاط الذي أنشئت من أجله، فإنها لا تستطيع أن تفعل ذلك، كما في الأموال العامة الأخرى؛ لأن الدولة لا تملك تلك المساجد، وإن كانت الدولة تستطيع أن تستبدل موقع المسجد إذا احتاجت إليه، بشرط توفير مكان آخر بديل عنه، كما سيأتي بيانه لاحقاً.

والأمر كذلك في موضوع صندوق النذور، فإن المتبرّع لم يملكه للدولة، وإنما قصد صرفه في أوجه البر والخير، والدولة يقتصر دورها على الإشراف على صرف هذه الأموال لمستحقيها.

إلا أن القانون عندما نظر إلى أموال الوقف، فإنه لم يعتبرها من الأموال العامة. وقد استندت المحكمة الدستورية في رأيها السابق إلى أن ما يصدر من هيئة الأوقاف في نطاق إدارة الوقف لا يصدر عنها بوصفها سلطة عامة، وإنما باعتبارها نائباً عن ناظر الوقف.

(١) النظام القانوني للأموال العامة والخاصة ٢٢-٢٤.

وعليه، فإن الأموال التي تديرها هيئة الأوقاف تعتبر مالاً خاصاً، فقد نصت المحكمة الدستورية في حكمها السابق على ما يلي: " .. وهو يدخل بحسب طبيعته في عداد أشخاص القانون الخاص، ولو كان من مباشر النظر عليه شخصاً من أشخاص القانون العام، إذ يظل النظر في جميع الأحوال - على وصفه القانوني - مجرد نيابة عن شخص من أشخاص القانون الخاص".

والناظر من أول وهلة يظن أن هناك تناقضاً بين الصور السابقة؛ إذ إن المساجد تعتبر وقفاً في الشريعة الإسلامية، والدولة إنما تدير هذا الوقف وتشرف عليه كما تدير الأموال الوقفية، فلا بد أن يكون لهما نفس الحكم. وهذا الأمر لا يبعد عما هو موجود في الفقه الإسلامي، الذي جعل للمسجد خصوصية تختلف عن باقي الأعيان الموقوفة، يقول الإمام ابن تيمية: "وأما المساجد ونحوه فليس ملكاً لمعين باتفاق المسلمين، وإنما يقال: هو ملك لله"^(١)، بل حتى القائلين بأن الوقف يبقى على ملك الواقف قد أعطوا المسجد حكماً يختلف عن الأعيان الموقوفة الأخرى، فلا يجوز بيعه أو هبته. ومما يخفف هذا الأمر أيضاً أن القانون في خصوص حماية المال العام قد أضاف إلى المال العام بُعداً آخر، وهو أن ما تديره الجهات العامة يعتبر مالاً عاماً وإن لم تكن الدولة تملكه، فقد جاء في الفصل الأول من القانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٩٣، بشأن حماية الأموال العامة، مادة رقم (٢) ما يلي:

"يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا القانون ما يكون مملوكاً أو خاضعاً بقانون لإدارة إحدى الجهات الآتية، أيّاً كان موقع تلك الأموال في داخل البلاد أو خارجها:

أ - الدولة.

ب - الهيئات العامة والمؤسسات العامة.

ج - الشركات والمنشآت التي تساهم فيها الجهات المبيّنة بالبندين السابقين

(١) مجموع الفتاوى ٢٣٣/٣١.

بنسبة لا تقل عن ٢٥٪ من رأسمالها بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، عن طريق شركات أو منشآت تساهم الدولة أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو غيرها من الأشخاص المعنوية في رأسمالها بنصيب ما، ويعتد في تحديد نسبة رأس المال المشار إليها بمجموع الحصص التي للدولة، أو غيرها من كافة الهيئات ذات الشخصية المعنوية العامة، أو الشركات المشار إليها.

فقانون حماية الأموال العامة أضاف بعداً آخر للمال العام، وهو إدارة إحدى الجهات العامة لمرفق ما، وهذا يعتبر إضافة جديدة على القانون المدني، كما أن قانون حماية الأموال العامة اعتبر مشاركة الدولة مع جهات أخرى وفق نسبة محددة يحيل المال إلى مال عام، وهو ما لم يكن موجوداً في القانون المدني أيضاً. وفي ضوء ما سبق، فإن مال الوقف لا يعتبر مالاً عاماً وإن أُسِيغَ عليه القانون الحماية التي للمال العام، وهذا من الأمور المستحسنة؛ لأن في ذلك حماية للأموال الوقفية، فعقوبة الاعتداء على المال العام دائماً ما تكون مغلظة، مما يزرع الكثير من الناس عن الاعتداء عليه.

وبقي أن نشير إلى أمر مهم، وهو: هل يعتبر المال العام كمصطلح يوازي ويرادف مصطلح "ملك الله" أم لا؟

قلنا سابقاً: إن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أن الوقف ينتقل إلى ملك الله تعالى، وقلنا: إن الفقهاء يقصدون بذلك انفكاك الوقف عن اختصاص الأدميين^(١)، أي أن الأدميين ليس لهم سلطة على أعيان الوقف، كما أنهم لا يستطيعون التصرف بها، وإنما لهم حق الانتفاع بريع هذه الأعيان. ومصطلح "ملك الله" يعبر عنه أحياناً "بملك جماعة المسلمين"، يقول الإمام ابن تيمية: "... وإنما يقال: هو ملك لله، وقد يقال: هو ملك لجماعة المسلمين^(٢)"، فالوقف - ولاسيما إذا كان خيراً - يشابه المال العام في أن كلاً منهما مبذول لجمهور الناس، كما أنهم لا

(١) نهاية المحتاج ٣٨٥/٥.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٣٣/٣١.

يملكون هذه الأعيان، فمن هذه الناحية يمكن أن نقول: إن "ملك الله تعالى" يشابه مصطلح "المال العام".

إلا إنني أعتقد - والله أعلم - أن مصطلح "ملك الله تعالى" يختلف عن مصطلح "المال العام" في عدة أمور:

١ - أن الدولة تملك شخصية اعتبارية على إثرها تستطيع إبرام العقود وفسخها، وهو ما لا نستطيع قوله في مصطلح "ملك الله تعالى".

٢ - أن الدولة تملك تغيير تخصيص المال العام إذا رأت مصلحة في ذلك، وتغيير شروط التخصيص، إلا أنها لا تملك ذلك في الوقف إلا في الحالات الضرورية، كما سيأتي بيانه في استبدال عين الوقف؛ لأن الوقف على ما شرطه الواقف، وقد نص الفقهاء على أن شرط الواقف كنص الشارع لا يملك أحد تغييره، فإذا قلنا: إن الوقف يبقى على ملك الله، فإن الدولة لا تملك تخصيصه، بخلاف مرافقها العامة.

٣ - أن الواقف إذا عين ناظرًا للوقف، فإن الوقف ينتقل إلى ملك الله، كما ذهب إليه بعض الفقهاء، وليس للدولة سلطة عليه، بل باتفاق أهل القانون فإن الوقف في هذه الحالة يعتبر مالا خاصًا، فلو كان مصطلح "ملك الله" يرادف مصطلح "المال العام"؛ لاعتُبر في هذه الحالة الوقف مالا عامًا، وهو ما لم يقل به أحد من أهل القانون.

٤ - أن الوقف إذا اعتبرناه يبقى على ملك الله، فإن الإنفاق عليه يكون من ريع الوقف، بخلاف المال العام، فإن الإنفاق عليه من مال الدولة.

وبالتالي أرى أن مصطلح "المال العام" يوازي مصطلح "بيت المال"، فبيت مال المسلمين يدخل في خزينة الدولة، ويصرف في مصالح الناس، وينتفع الناس جميعاً منه، كما هو الحال في المال العام.

المطلب الثاني

ولاية الدولة على شؤون الوقف

اختلفت نظرة الفقهاء في مدى ولاية الدولة على شؤون الوقف تبعاً لممارسات الدولة على الوقف، فذهب بعض الفقهاء إلى أن ولاية الدولة على الوقف تعتبر من أهم أسباب القضاء على استقلالية الوقف واستمراره، بل والاستيلاء عليه، مما أدى إلى انقطاع هذا المورد الذي كان يمد كثيراً من جهات الخير بالنفع.

فولاية الدولة على الوقف حملت من كانوا يرغبون في الوقف على أن يمسكوا أيديهم عن حبس الأموال؛ لأنهم يدركون أن الدولة تتصرف في الأموال الموقوفة وريعتها وفق ما تريد، لا وفق ما يريد الواقفون، كما أن تدخل الدولة وسيطرتها على كل المرافق أثبت فشلها في المحافظة على المال العام، وفي تحقيق النمو الاقتصادي وزيادة الدخل، مما اضطرها إلى الخصخصة؛ لأن القطاع الخاص أكثر حرصاً على المال وتثميراً له من القطاع العام^(١).

وذهب البعض الآخر إلى أن ولاية الدولة على الوقف فيه مصلحة للوقف، حيث يستفيد الوقف من قدرات الدولة، وما يتاح لها من خبرات وأدوات لإدارة الوقف.

وللوقوف على حقيقة الأمر نقول: إن الوقف لم يخل في القديم من ولاية الدولة عليه، سواء أكان من يمارس هذه الولاية السلطان نفسه، أو أن يعهد بها إلى آخرين؛ كالقاضي وغيره من النظار، يقول الإمام الماوردي: "وأما عن مشاركة السلطان للوقف، فإنها على ضربين: عامة وخاصة، فأما العامة فيبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم؛ ليجريها على سبيلها، ويمضيها على شروط واقفها إذا عرفها من أحد ثلاثة أوجه: إما من دواوين الحكام المندوبين لحراسة

(١) ولاية الدولة على الوقف.. المشكلات والحلول، ص ٢٢، ٢٦، أ. د. محمد الدسوقي، مقدم لمؤتمر الأوقاف الثاني - جامعة أم القرى.

الأحكام، وإما من دواوين السلطنة على ما جرى فيها من معاملة، أو ثبت لها من ذكر وتسمية، وإما من كتب قديمة تقع في النفس صحتها، وإن لم يشهد الشهود بها؛ لأنه ليس يتعين الخصم فيها، فكان الحكم أوسع منه في الوقوف خاصة.

وأما الوقوف الخاصة، فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها لوقفها على خصوم مُتَعَيَّنِينَ، فيعمل عند التشاجر فيها على ما تثبت به الحقوق عند الحاكم، ولا يجوز أن يرجع إلى ديوان السلطنة، ولا إلى ما يثبت من ذكرها في الكتب القديمة إذا لم يشهد بها شهود مُعَدَّلُونَ^(١).

ويقول ابن جماعة في تقرير عمل ولي الأمر في الوقف: "النظر في أوقاف البر والقربات، وصرفها فيما هي له من الجهات، وعمارة القناطر، وتسهيل سبل الخيرات"^(٢).

ويقول الإمام الجويني في حق ولي الأمر بأن يعهد ببعض الأمور إلى آخرين ما يلي: "واستنابة الإمام لأبد منها، ولا غنى عنها، فإن الإمام لا يتمكن من تولي جميع الأمور وتعاطيها، ولا يفي نظره لمهمات الخطة ولا يحويها، وهذه القضية بينة في ضرورات العقول، ولا يستريب اللبيب فيها.. حتى تكون الخطة بكلاءته مربوطة، فهو يراعاهم كأنه يراهم، وإن شط المزار، وتقاصت الديار"^(٣).

فإذا كان لولي الأمر سلطان على نفوس وأموال الرعية الخاصة، ألا يكون له ولاية على أموال الوقف التي وجدت للبر والخير لعامة المسلمين. فالوقف وإن كان في بدايته قرار فردي، إلا أن نفعه عامٌّ على الموقوف عليهم، مما يمكن الدولة من الإشراف والرقابة عليه، ونصوص الفقهاء تؤكد أن للدولة نظراً وولاية على الوقف، سواء أكان الناظر هو الإمام، أم مَنْ يُنْيِيهِ الإمام من قضاة أو غيرهم.

(١) الأحكام السلطانية، للماوردي ١٠٣، ١٠٤، دار الكتب العلمية.

(٢) تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، لابن جماعة ٦٧.

(٣) غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام الجويني ١١٦-١١٧، دار الدعوة.

فالاجتهد الإسلامي قد أقر لولي الأمر فرداً كان (رئيس دولة مثلاً)، أو جماعة (مجلساً نيابياً مثلاً)، أن يحد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح، أو يمنع بعض العقود أو الأشياء المباحة أصلاً إذا اقتضت ذلك مصلحة طارئة، كل ذلك بشرط أن يكون الهدف من هذه التصرفات تحقيق مصالح الجماعة بمعاييرها الشرعية؛ لأن من القواعد الشرعية: أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة^(١).

وقد يعترض البعض على هذا بأن الفقهاء اختلفوا فيمن له حق الولاية على الوقف إلى عدة آراء:

أولاً - المذهب الحنفي:

ففي ظاهر مذهب الحنفية أن الولاية للواقف، ثم لمن يوليه من بعده، فإن لم يعين أحداً فهي للقاضي^(٢).

ثانياً - المذهب المالكي:

منع المالكية الواقف من الولاية بالقدر الذي يتنافى مع الحيابة الصحيحة، ثم تكون الولاية لمن يشترط الواقف له الولاية، فإن أغفل الواقف أمر من يتولّى الوقف فينظر:

أ - إن كان الموقوف عليه غير معين، أو على معين لا يملك أمر نفسه، فالولاية للقاضي يُولي من يشاء.

ب - أما إن كان الموقوف عليه معيناً مالكاً أمر نفسه، فالولاية في الوقف إليه وإلى من يختاره متولياً على الوقف^(٣).

(١) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ١/٢١٧.

(٢) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين ٦/٦٣٣، ٦٣٤، دار الكتب العلمية.

(٣) الشرح الصغير، للرددير ٤/١١٦، ١١٧، دار المعارف، وعقد الجواهر الثمينة، لابن شاس ٣/٩٧٣، دار الغرب.

ثالثاً - المذهب الشافعي:

وأما الشافعية فذهبوا إلى أن الولاية للواقف لا تثبت إلا بالشرط عند إنشاء الوقف، فإن لم يشترط الولاية لنفسه وجعلها لغيره؛ كانت الولاية لمن شرطت له، فإن لم يجعلها لأحد، فقد اختلف الشافعية:

- أ - ذهب فريق إلى أن الولاية تبقى للواقف؛ لأن النظر يكون له بالشرط، فإذا لم يشترط لغيره، فهو لم يسقط حقه لأحد ينبغي له النظر.
- ب - وذهب فريق آخر إلى أن الولاية تنتقل إلى الموقوف عليه؛ لأنه صاحب الغلة، فهو صاحب الرعاية عليها، والولاية تابعة لها.
- ج - وقال فريق: إنها للحاكم؛ لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه، وحق من ينتقل إليه الوقف من بعده، فكان الحاكم أحق بولايته؛ لأنه الحافظ لحق كل من لا يستطيع حفظ حقه، ولأن الولاية على الوقف في هذه الحال شاغرة، والحاكم ولي من لا ولي له. وهذا هو الراجح في المذهب الشافعي^(١).

رابعاً - المذهب الحنبلي:

إن مذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية، فقد ذهبوا إلى أن الولاية لمن شرطه الواقف له، سواء أكان هو أم غيره، فإذا مات من شرطت له الولاية، أو لم تشترط لأحد؛ فإن الولاية لا تثبت للواقف بحال، إلا أنهم فرقوا بين حالتين:

- أ - إذا كان لجهة عامة أو على غير محصورين، فإن الولاية في هذا للحاكم.
- ب - أما إذا كان الوقف على آدمي معين محصور، سواء أكان عدداً أم واحداً، فالنظر للموقوف عليه؛ لأنه يختص بنفعه، فكان نظره إليه كملكه المطلق، وقيل: إن النظر يكون للحاكم^(٢).

(١) مغني المحتاج، للشربيني ٣٩٣/٢، دار إحياء التراث العربي.

(٢) كشف القناع، للبهوتي ٢٦٥-٢٦٩، دار الفكر.

فكلام الفقهاء هذا يبين أن الولاية للأفراد، سواء كان واقفاً أم موقوفاً عليهم، وليس للدولة، وإنما الدولة تتولى الوقف عند عدم وجود الأفراد، وبالتالي فإن ولاية الدولة ولاية ثانوية وليست أصلية، ومما يؤكد هذا أن الفقهاء قد نصوا على أن الولاية الخاصة عند وجودها مقدمة على الولاية العامة؛ لأنها أقوى منها، كما جاء في القواعد الفقهية: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" (١).

فمثلاً: متولي الوقف، ووصي اليتيم، وولي الصغير ولايتهم خاصة، وولاية القاضي بالنسبة إليهم عامة، وأعم منها ولاية إمام المسلمين، فولاية المتولي والوصي أقوى من ولاية القاضي، وولاية القاضي أقوى من ولاية إمام المسلمين، لأنه كلما كان أقل اشتراكاً كان أقوى تأثيراً وامتلاكاً، وكلما كانت الولاية مرتبطة بشيء مما فوقها في العموم، كانت الولاية العامة كأنها انفكت عما خصصت له الولاية الخاصة، ولم يبق لها إلا الإشراف، إذ القوة بحسب الخصوصية لا الرتبة. وبناء على هذا الأصل قال الزركشي: "ولهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص وأهليته" (٢).

أقول: إن كلام الفقهاء السابق لا ينفي أن الأصل في الولاية هو الدولة؛ لأن الواقف لو شرط الولاية لنفسه أو لغيره، فإن للحاكم أو للقاضي الحق في إلغاء هذه الولاية إذا لم تكن مستوفية للشروط التي نص عليها الفقهاء؛ كأن يكون الواقف له أهلية التبرع، بأن يكون حرّاً مالكاً بالغاً عاقلًا (٣)، وكذا فيما يتعلق بنظر الوقف، فإن الدولة تراقبهم وتحاسبهم لمعرفة إن كانت تصرفاتهم موافقة لحكم الشرع وشرط الواقف أم لا.

فالنظر وإن كان له ولاية مباشرة على الوقف، إلا أن هذا لا ينفي أن هناك ولاية للدولة على هذا الوقف، يقول الإمام البهوتي: "ولا نظر لحاكم مع الناظر، ويتوجه مع حضوره، لكن للحاكم النظر العام، فيعترض عليه، أي على الناظر

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي ٢٨٦، الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١٨٦.

(٢) الموسوعة الفقهية ١٥٧/٤٥، ١٥٨.

(٣) فتح القدير ٤١٨/٥.

الخاص، إن فعل ما لا يسوغ" ^(١). وهذا النظر يسمى نظر الإحاطة والرعاية ^(٢)، ومثل ذلك نظر الإمام في استبدال الوقف.

فالولاية كما يقسمها الفقهاء: إما ولاية عامة؛ كالإمامة الكبرى، وولاية القاضي، وإما ولاية خاصة، وهي تنقسم إلى ولاية على النفس، وولاية على المال، ومنها الولاية على نظارة الوقف، إلا أن الفقهاء نصوا على أن الولاية الخاصة تنتقل إلى الولاية العامة عند عدم وجود من يقوم بالولاية الخاصة؛ لأن السلطان ولي من لا ولي له ^(٣).

ونص الإمام البهوتي على أن الواقف إذا لم يجعل النظر لأحد عند إنشاء الوقف، وكان الوقف على جهة عامة، أو على غير محصورين؛ كالمساجد والقناطر والمساكن، فالولاية إلى حاكم المسلمين؛ لأنه ليس له متولٍّ معين يشرف عليه ويرعاه، وللحاكم أن ينيب فيه من شاء؛ لأن الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه، لتعدد ما نيظ به من واجبات، وألقي في عتقه من تكليفات ^(٤).

وأما ما يتعلق بأن الولاية الأخص أقوى من الولاية الأعم، فهذا ليس على إطلاقه؛ لأن للولاية الأعم سلطاتٍ ونفوذاً أقوى من الولاية الأخص، فصاحب الولاية الأعم له القدرة على عزل صاحب الولاية الأخص، فالولاية الخاصة قد تكون أقوى من وجه، والولاية العامة قد تكون أقوى من وجه آخر، فمثلاً جاء في المذهب الحنفي، نقلاً عن المولى أبي السعود، أنه صدر الأمر السلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله؛ قطعاً لما يلجأ إليه بعض الناس من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين.

(١) كشف القناع، للبهوتي ٢٧٣/٤.

(٢) نهاية المحتاج، للرملي ٤٠٠/٥، دار الكتب العلمية، مغني المحتاج، للشربيني ٢/٣٩٣، ولاية الدولة على الوقف.. المشكلات والحلول، د. عبد الله النجار، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف، جامعة أم القرى، شوال ١٤٢٧هـ.

(٣) الموسوعة الفقهية ١٥٧/٤٥.

(٤) المغني مع الشرح ٢٤٢/٦، كشف القناع ٤٥٦/٢، محاضرات في الوقف ٣٤٥، ٣٤٦.

وبناء على الأمر، صرح الفقهاء من بعده بعدم نفاذ مثل هذا الوقف شرعاً، وقد كانت النصوص في أصل المذهب صريحة في نفاذ وقف المدين ولو كان دينه محيطاً بجميع أمواله؛ لأن الدين إنما يتعلق بذمته لا بعين ماله^(١).

ويؤكد هذا الأمر ما نص عليه الفقهاء في شأن استبدال عين الوقف، فقد جاء في قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، بشأن الاستبدال في الوقف وأحكام أموال استبدال الوقف، ما يلي:

"الاستبدال: هو بيع عين الوقف وشراء عين أخرى بالبدل الذي بيعت به. وينقسم الاستبدال إلى قسمين:

- ١ - المناقلة: وتسمى المبادلة والمعاوضة، وهي استبدال عين الوقف بعين أخرى.
- ٢ - البيع: وهو بيع عين الوقف بالنقد، وشراء عين أخرى بتلك النقود.

– الحالات التي يجوز فيها الاستبدال:

- ١ - إذا نص الواقف على جواز استبداله، وتحققت الغبطة والمصلحة في ذلك، أما إذا نص الواقف على عدم الاستبدال فيعمل بشرطه، ولا يجوز استبداله إلا إذا قضت الضرورة الشرعية ذلك.
- ٢ - إذا تعطلت منافع الوقف تعطلاً كاملاً.
- ٣ - إذا تعطلت أكثر منافع الوقف بحيث تصير الاستفادة منه قليلة جداً.
- ٤ - إذا كانت إيرادات الوقف لا تغطي نفقاته.
- ٥ - إذا احتاج الوقف بيع بعضه لإصلاح الباقي.
- ٦ - إذا كان استبدال الوقف بريع يزيد على ريعه زيادة معتبرة، ويكون الاستبدال بالضوابط التالية:

- أ - أن يكون ذلك بإشراف هيئة محايدة.
- ب - أن يبنى الاستبدال على دراسة جدوى اقتصادية معتمدة.

(١) المدخل الفقهي العام ٢١٩.

٧ - إذا كان للمصلحة العامة الضرورية التي لا مناص منها، مثل: توسيع لمسجد، أو بناء جسر أو مدرسة، أو إنشاء طريق أو مقبرة، على أن يتم التعويض العادل للوقف.

إذا توافرت حالة من الحالات السابقة لجواز الاستبدال، فيجب مراعاة الضوابط التالية:

- ١ - أن يكون التصرف أمراً غير فردي، وبإشراف هيئة شرعية محايدة.
- ٢ - أن يكون الاستبدال بثمن المثل أو أعلى.
- ٣ - ألا تكون هناك تهمة أو محاباة في عملية الاستبدال.
- يملك قرار الاستبدال الجهة المسؤولة عن الوقف مباشرة بإذن الجهة المخولة قانوناً، حسب كل بلد^(١).

فهذا القرار يبين أن الجهة القانونية هي المخولة بالموافقة والإذن لناظر الوقف بالاستبدال، مما يجعل الولاية الخاصة في هذه الحالة ليست أقوى من الولاية العامة، كما أن القرار جعل من صلاحية ولي الأمر - بما يملكه من ولاية عامة - الانفراد بقرار الاستبدال دون الرجوع إلى ناظر الوقف إذا ما وجدت ضرورة لاستبدال عين الوقف، مما يجعل الولاية العامة أقوى من الولاية الخاصة في بعض الحالات، وفي هذا يقول المالكية: "إن الأرض المحبسة إذا انقطعت منفعتها جملة، وعجز عن عمارتها وكرائها، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبساً مكانها، ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب"^(٢).

ومنشأ الخلاف في هذه الولاية هل: هي تفويض أم توكيل؟ فإذا كانت تفويضاً فهي بمثابة التملك، ونازع الإمام السبكي في ذلك، واعتبر ذلك توكيلاً، وأفتى السبكي بأن للواقف والناظر من جهته عزل المدرس ونحوه إذا لم يكن مشروطاً في الوقف ولو لغير مصلحة؛ لأن ولاية المدرس إذا اعتبرت توكيلاً،

(١) أعمال منتدى قضايا الوقف الرابع ٣٨٩، ٣٩٠.

(٢) التاج والإكليل ٤٢/٦.

فإنه يحق للموكل عزل موكله، واعترض الزركشي وغيره على ذلك بأن العزل لا بد أن يكون لمصلحة وسبب معين، وبأنه لا يجوز للإمام إسقاط بعض الأجناد المثبتين في الديوان بغير سبب، فالناظر الخاص أولى، وأجيب بالفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذي هو فرض، ومن ربط نفسه بفرض لا يجوز إخراجه منه بلا سبب، بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات^(١).

وفرق بعضهم بين ولاية الإمام وولاية القاضي، فقالوا: إن عزل الإمام للناظر ينفذ خوفاً من فتنة مخالفة ولي الأمر، بخلاف القاضي فإنه لا ينفذ عزله للناظر.

وفرق بعضهم أيضاً بين الوظائف العامة والوظائف الخاصة، فقالوا: إن الإمام إذا عزل القاضي، فإنه لا يحتاج إلى بيان سبب عزله للقاضي، بخلاف القاضي إذا قام بعزل أصحاب الوظائف الخاصة؛ كالأذان والإمامة والتدريس ونحوه، فإن أربابها لا ينزلون من غير بيان السبب^(٢).

تولي وزارات الأوقاف شؤون الوقف:

أصبح من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، أن القاضي هو من يتولى شؤون الوقف، وهو من يعين الناظر ويعزلهم في حالة خيانتهم أو تضييعهم للوقف^(٣)، إلا أن القوانين المعاصرة أكلت هذه المهمة لوزارات الأوقاف أو لهيئات مستقلة تعنى بشؤون الوقف، فمن ذلك ما صدر في مصر عام ١٩٧١ قانون رقم (٨٠)، الذي أنشأ هيئة الأوقاف المصرية، وفي المملكة العربية السعودية تم إنشاء وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، وأسند إليها مهمة الإشراف على الأوقاف، وفي الكويت تم تأسيس دائرة الأوقاف عام ١٩٤٩م، ثم تم إنشاء وزارة للأوقاف في عام ١٩٦٢م، وخصصت

(١) نهاية المحتاج ٤٠٢/٥.

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حواشي الشرواني وابن القاسم ٢٩١/٦، ٢٩٢، دار صادر، ونهاية المحتاج ٤٠٢/٥.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١٨٧.

إحدى الإدارات للأوقاف، ثم تبع ذلك المرسوم رقم ٢٥٧ لسنة ١٩٩٣، لتشكيل مجلس الأمانة العامة للأوقاف، وذلك كهيئة ملحقة تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ولها مجلس خاص^(١).

وهذا الأمر لا يتعارض مع ما قرره الفقهاء من أن القاضي هو من يتولى هذه المهمة؛ لأن القاضي إنما هو نائب عن السلطان، فله أن يوكل هذه المهمة لمن يشاء، كما أوضحت ذلك نصوص الفقهاء السابقة، ويقول الإمام العز بن عبد السلام: "لأنه منوط به القيام بمصالح المسلمين، وتعارف المسلمون على أن نوابه بمثابته"^(٢).

يقول الإمام أبو زهرة: "ولو أردنا أن نطبق القواعد الفقهية على ما قد أعطي للقضاء الشرعي من حق إقامة النظر وعزلهم، لوجدنا أن سلطانه في ذلك لم يكن كاملاً، فبجواره وزارة الأوقاف لها حظ من ذلك السلطان معلوم، إذ إنه من المقرر فقهياً أن حق النظر في الأوقاف، التي لا يوجد للواقف شرط للنظر فيها، للحاكم ومن ينييه"^(٣).

فالعبرة ليست فيمن يتولى شؤون الوقف نيابة عن الإمام أو السلطان، وإنما العبرة في طريقة عمل وتنفيذ المتولي لشؤون الوقف. ولذلك كان لابد من بيان نطاق وحدود ولاية الدولة على الوقف.

حدود وضوابط تدخل الدولة في شؤون الوقف:

مما لا شك فيه أن تدخل الدولة في شؤون الوقف ينبسط وينقبض حسب تحقيق الوقف لأهدافه المنشودة والمشروطة من قبل الواقفين، فكلما حدثت

(١) موقع هيئة الأوقاف المصرية على شبكة الإنترنت. <http://hyatelawqaf-eg.orgx>.
موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية على شبكة الإنترنت. موقع الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت على شبكة الإنترنت www.awqaf.org/

(٢) فتاوى العز بن عبد السلام ١٥٢.

(٣) محاضرات في الوقف ٣٦١.

تجاوزات ومخالفات في إدارة الوقف كان تدخل الدولة أقوى وأكبر، وكلما خفت خف تدخل الدولة، ومما ينبغي التأكيد عليه أن صلاحية تدخل الدولة في شؤون الوقف محددة ومقيدة في الفقه الإسلامي بضوابط عديدة، فمن هذه الضوابط ما يلي:

١ - تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة:

وهذا من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، وتعني أن تصرفات الإمام التي تنعكس آثارها على الرعية ينبغي أن يراعي فيها تحقيق المصلحة حالاً ومآلاً، وإلا لزمّت المناقضة، مما يؤثر في إبطال التصرف على وجه التحقيق في حالة الخروج عن إطار ما رسمته الشريعة الإسلامية، كما أن التصرفات الصادرة عن الإمام منوطة بتحقيق المصلحة، فرعاية تلك التصرفات لمصالح الرعية تقتضي تقديم الأهم منها على ما هو دونه، وفق ميزان الشريعة الإسلامية الذي يوزن فيه تفاوت المصالح في الأهمية^(١)، ولذلك كان تصرف الإمام باستبدال الوقف أو بيعه أو إجارته مقيداً بوجود مصلحة ظاهرة كما تم بيانه.

فلا بد في تصرف الإمام أو من ينوب عنه أن يحقق مصلحة، فلا يصدر منهم قرارات أو قوانين لا فائدة منها، فضلاً عن إصدار قرارات تضر بالناس؛ فمثلاً: إذا تخير في الأسرى بين القتل، والرق، والمنّ والفداء، لم يكن له ذلك بالتشهي، بل بالمصلحة، حتى إذا لم يظهر وجه المصلحة حبسهم إلى أن يظهر^(٢). ويقول الإمام ابن نجيم: "وإذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ"^(٣).

وعرف الإمام الغزالي المصلحة بقوله: "أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة

(١) قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها الفقهية والقانونية في مجال المعاملات المعاصرة محمد محمود طلافحة، ٣١، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة في جامعة اليرموك في المملكة الأردنية الهاشمية.

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي ١٢١، دار الكتب العلمية.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ١٢٤، دار الكتب العلمية.

ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة، فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول، فهو مفسدة، ودفعه مصلحة^(١).

فالوقف وإن كان من العبادات والقربات، إلا أنه معقول المعنى، فهو يشتمل على مصالح وحكم يجب مراعاتها، وتصرفات الإمام يجب ألا تناقض هذه المصالح؛ حيث إن الوقف هو نوع من الصدقات وسدّ الخلات، وهو نوع من الصلات والهبات، يقول الإمام القرافي: "ولا يصح الشرع من الصدقات إلا المشتمل على المصالح الخالصة والراجعة"^(٢).

٢ - عدم مخالفة الشريعة الإسلامية:

وهذا الضابط يعتبر مقيداً للضابط الأول، فتحقيق المصلحة لا يمكن أن يتم عند مخالفة أوامر الشرع الحكيم، فأوامر الشارع هي المصلحة بذاتها، فالدولة في إصدار قراراتها إنما تكون في دائرة المصالح التي لم يأت الشارع باعتبارها أو إلغائها، وهو ما يسمى بالمصالح المرسل^(٣).

فالإمام أو من يمثله إنما وجد لكي يطبق شرع الله، وليسوس الناس بكتاب الله، وسنة نبيه محمد ﷺ، فإذا خالف ذلك لم تكن له طاعة واجبة؛ لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، كما قال ﷺ: "فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"^(٤).

(١) المستصفى، للغزالي ١/١٣٩، طبعة مصطفى الحلبي.

(٢) الذخيرة ٦/٣٠٢.

(٣) البحر المحیط، للزركشي ٦/٧٦، وزارة الأوقاف الكويتية.

(٤) مختصر صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب إذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة، رقم ١٢٢٦.

فالإسلام يريد أن تطبق تشريعاته، وهي تشريعات جاءت لحفظ البشر وإسعادهم أفراداً وجماعات، دافعة عن الناس الحرج والضيق والمشقة.

وهذا الأمر لا يمكن معرفته إلا بطريقتين:

- إما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة، كما كان في الصدر الأول من العهد الإسلامي.
- وإما ألا يكون عالماً مجتهداً، وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية في مخالفتها، إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم في الشريعة وموافقتهم^(١).

٣ - مراعاة شروط الواقف:

نص الفقهاء في قواعدهم على أن "نص الواقف كنص الشارع"^(٢)، أي أن شرط الواقف له من الاحترام والمحافظة عليه كما لنص الشارع، فلا يحرف ولا يبدل، فَرِيْعُ الوقف يُصرف في المصارف التي حددها الواقف، وحسب ما شرطه في طريقة توزيعه للريع.

يقول الإمام ابن عابدين: "إن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع، وهو مالك، فله أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية، وله أن يخص صنفاً من الفقراء، ولو كان الوضع في كلهم قرابة"^(٣).

ويقول ابن جزى: "إن المحسن (الواقف) إذا اشترط شيئاً وجب الوفاء بشرطه"^(٤).

ويقول الخطيب الشربيني: "والأصل فيها أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف، فإذا تلفظ الواقف في صيغة وقفه بحرف عطف

(١) المدخل الفقهي العام ٢٢٢.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم ٢٦٦/٥، دار الكتب العربية.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤.

(٤) القوانين الفقهية ٤٠٢.

يقتضي تشريكاً أو ترتيباً؛ عُمِلَ به، كأن يقول: وقفت على أولادي وأولاد أولادي، يقتضي التسوية في أصل العطاء والمقدار بين الكل، وهو جميع أفراد الأولاد وأولادهم: ذكرهم وأنثاهم، لأن الواو لمطلق الجمع، لا للترتيب كما هو الصحيح عند الأصوليين، ونقل عن إجماع النحاة" (١).

وقال البهوتي: "ويرجع إلى شرط واقف، ومثله استثناء ومخصص من صفة وعطف بيان ونحوه" (٢).

فعلى الإمام أو مَنْ يُنْبِئُهُ أَنْ يراعي نص الواقف وشرطه، حتى لا يخرج الوقف عن المصلحة التي أرادها الواقف، ما دام أن شرطه كان صحيحاً في نظر الشارع.

(١) مغني المحتاج ٢/٣٨٦.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٨/٢.

المطلب الثالث

الرقابة الشرعية على الأوقاف

إن الهدف الأساسي للرقابة هو منع وقوع الضرر على المجتمع، سواء أكان في الجانب الاقتصادي أم الاجتماعي أم السياسي، لذلك قامت الدولة بإنشاء أجهزة متعددة للرقابة؛ للتأكد من سلامة تطبيق القواعد والنظم واللوائح.

كما أن الرقابة أصبحت علماً يدرس في العلوم الإدارية والمالية العامة كسائر العلوم الأخرى، وهو قابل للتطور والتجديد؛ لأنه قائم على خبرات تراكمية من الممارسة والتطبيقات، وقد قلنا سابقاً: إن ولاية الدولة على الوقف هي ولاية إحاطة ورعاية، ونعني بذلك مراقبة الوقف، والتأكد من مدى قيام نظار الوقف بواجبهم، واستلام مستحقي الوقف للريع، والمحافظة على سلامة واستمرار الوقف، ولذلك أجد من الضروري معرفة ماهية الرقابة وأقسامها، ولاسيما الرقابة الشرعة منها؛ لأهميتها في موضوع الوقف.

تعريف الرقابة:

تم تعريف الرقابة بعدة تعريفات، منها: العمليات التي تستهدف ضمان سلامة التصرفات، والكشف الكامل عن الانحرافات، ومدى مطابقة التصرفات مع القوانين والقواعد النافذة^(١).

أقسام الرقابة:

تنقسم الرقابة إلى أقسام كثيرة، ومن أهمها ما يلي:

(١) الرقابة المالية العليا، فهمي محمود شكري ١٧، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، وانظر أيضاً في تعريف الرقابة: الرقابة على القطاع العام ومدى تأثيرها على استقلاله ٩٧، المكتب المصري الحديث، وكذلك الرقابة المالية في الإسلام، د. عوف الكفراوي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني.

أولاً - الرقابة المالية:

تتمثل الرقابة على العمليات المالية في مجموعة الإجراءات اللازمة للتحقق من أن عمليات الصرف والتحصيل للنفقات والإيرادات العامة تتم طبقاً لما هو مقرر في الموازنة من ناحية، وفي حدود التعليمات والقواعد والأحكام الموضوعة من ناحية أخرى، والغرض من ذلك اكتشاف الانحرافات والأخطار، أو نقاط الضعف، والعمل على علاجها، وتفاذي تكرار حدوثها^(١).

ويعتبر ديوان المحاسبة في دولة الكويت من أهم الأجهزة الداعمة لجودة الرقابة المالية للسلطة التشريعية في الدولة.

وتغطي الرقابة المالية لديوان المحاسبة الكويتي كافة الجهات من وزارات وإدارات ومصالح عامة وبلديات وهيئات ومؤسسات ذات شخصية معنوية عامة، وقد نصت المادة رقم (٧) من قانون إنشاء ديوان المحاسبة رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٤، على أن لديوان المحاسبة حق ممارسة نوعين أساسيين من الرقابة، وهما كالتالي:

أ - رقابة مسبقة أو وقائية:

وهي ذلك النوع من أنواع الرقابة التي تتم قبل الارتباط بمصرف معين، أو قبل إجراءات عمليات الصرف الفعلية، وهي نوع من أنواع الرقابة الاحترازية أو الوقائية.

ب - رقابة لاحقة:

وهي ذلك النوع من أنواع الرقابة التي تتم بعد الارتباط أو الصرف. وهذا النوع من أنواع الرقابة من الديوان يعتبر هو الأصل أو القاعدة^(٢).

(١) الاتجاهات الحديثة في مجال الرقابة، د. محمد السيد سرايا، ٧٥، الدار الجامعية، ١٩٨٦.

(٢) الرقابة في المنظمات والأجهزة العامة، د. فضل الفضلي، ١٥٠، ١٥١.

ثانياً – الرقابة القضائية والقانونية:

تعتبر الرقابة القضائية من أهم صور الرقابة، إذ يعد القضاء أكثر الأجهزة القادرة على حماية مبدأ المشروعية والدفاع عن الحقوق والحريات الفردية، إذا ما توافرت له الضمانات الضرورية التي تكفل له الاستقلال في أداء وظيفته، حتى يمكن أن تتحقق بشأه الحييدة المطلقة، وبالتالي يمكنه أن يقوم بالرقابة على أكمل وجه.

– خصائص الرقابة القضائية:

تتميز الرقابة القضائية بالخصائص التالية:

١ – الرقابة القضائية على خلاف الرقابة السياسية والإدارية، فهي لا تتحرك من تلقاء نفسها، وإنما لا بد من رفع دعوى أمام القضاء من ذوي الشأن، لكي يستند إليها القاضي في ممارسته للرقابة.

٢ – دور القاضي في فحص التصرف محل النزاع من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية، دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدى ملاءمة هذا التصرف.

٣ – لا يمكن لأحكام القضاء بعد أن تصبح نهائية أن تكون محلاً للنزاعة، بل تنفذ بالقوة إذا دعت الحاجة^(١).

فالرقابة القضائية من أقوى أنواع الرقابة، وخصوصاً فيما يتعلق بالوقف؛ لأن القاضي في السابق هو من كان ينوب عن الإمام في شؤون الوقف، وهو الأقدر على رعاية شؤون الوقف بما يملكه من سلطة وقوة ونفوذ، فهو يقوم بتوثيق وتسجيل وثائق الوقف، وهو من يعين ويعتمد النظار، ويحاسبهم على تقصيرهم، وهو من يشرف على توزيع غلة الوقف على مستحقيها، وهو من يفصل في منازعات الوقف، وغيرها من مهام ومسؤوليات. ومن أهم ما يقوم به

(١) الرقابة على أعمال الإجارة، د. محمود سامي جمال الدين ٢٤٥، ٢٤٦، مؤسسة دار الكويت.

القاضي في وقتنا الحاضر، أنه عند التنازع يتأكد من تطبيق القوانين واللوائح المنظمة للوقف.

فالرقابة القانونية على الوقف هي التأكد من تطبيق تلك النظم واللوائح التي فرضتها الجهات الرسمية في الدولة لتنظيم الوقف.

فالدولة تقوم بالإشراف على مؤسسة الوقف من خلال أجهزتها المتنوعة؛ للتأكد من قيامها بتطبيق النظم واللوائح التي وضعتها حفاظاً على سلامة هذه المنشأة، وحماية لأموال الواقفين، والتأكد من أن هذه المنشأة تؤدي دورها، وتحقق الأهداف التي من أجلها أنشئت هذه المؤسسة. ولذلك فرضت قوانين خاصة تنظم الوقف، ووضعت جهات إشرافية كديوان المحاسبة وغيره لمراقبة عملها.

ثالثاً - الرقابة الشرعية:

لم يعد دور الرقابة مقتصرًا على الجهات الحكومية، بل تطور علم الرقابة ليشمل أطرافاً أخرى، كمكاتب التدقيق المحاسبي الخارجي، وإدارة التدقيق الداخلي في المؤسسات، بالإضافة إلى نوع جديد من الرقابة في المؤسسات المالية الإسلامية التي ألزمت نفسها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في معاملاتها، وذلك من خلال هيئة الفتوى والرقابة الشرعية؛ للتأكد من سلامة المعاملات من الناحية الشرعية.

فالرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية وإن كانت حديثة مُقارنةً مع أنواع الرقابة الأخرى، وتحتاج إلى تطوير أعمالها، إلا أنها خطت خطوات واسعة وكبيرة يمكن لمؤسسات الوقف أن تستفيد منها، وتعمل على تطويرها فيما يتعلق بالوقف؛ لأن الوقف في حقيقته يعتبر من المسائل المالية، وإن كان فيه جانب تعبدى، فهو تقرب إلى الله في الجانب المالي.

وهذا الجانب الرقابي الشرعي أصبح له أهمية كبيرة في عصرنا الحاضر، إذ هو سبب رئيس في كسب ثقة المستثمرين، وجذب رؤوس الأموال للمشاريع

المراد إنشاؤها، كما أنه أحد الأسباب الرئيسية لثقة الناس في حثهم على وقف أموالهم، وبذلها في سبيل الخير ومنفعة المجتمع.

كما أن الرقابة الشرعية على الوقف ليست بدعاً من القول، فقد قام علماءنا- رحمهم الله- بهذا الدور في العصور السابقة، وقيامهم بذلك يعتبر رقابة شرعية، فلم يسمحوا للأمراء والسلاطين بالاستيلاء على الأوقاف، مما كان سبباً رئيساً في الحفاظ على الوقف. والملاحظ أن السلطين والأمراء لم يتمكنوا من الاستيلاء وتضييع الأوقاف إلا بعد أن ضعفت الرقابة الشرعية من قبل العلماء على الوقف. وسوف أسرد حادثة واحدة للدلالة على ذلك، وهو ما حدث مع الإمام النووي - رحمه الله - مع الظاهر بيبرس، كما نقلها الإمام السيوطي:

فقد سجل السيوطي في "حسن المحاضرة" طائفة كبيرة من المكاتبات التي جرت في هذا المقام بين الإمام النووي وهو بدمشق، وبين الظاهر بيبرس وهو بالقاهرة، فالظاهر بيبرس يحتج لفرض الضرائب بضيق الحال، وخشية المآل، والإمام النووي يحتج بفقر الرعية، وضيق الأمر عليها، ويقول في إحدى رسائله: "إن أهل الشام في هذه السنة في ضيق وضعف حال؛ بسبب قلة الأمطار، وغلاء الأسعار، وقلة الغلات والنبات، وهلاك المواشي، وأنتم تعلمون أنه تجب الشفقة على الرعية، ونصيحته (أي ولي الأمر) في مصلحته ومصلحتهم".

والعلماء كانوا من وراء الإمام النووي يؤازرونه ويؤيدونه، وقد رد الظاهر بيبرس هذه النصيحة رداً عنيفاً، وعيّرهم بموقفهم يوم كانت البلاد تحت سنابك الخيل في عهد التتار، وسكوتهم على الذل، وأنه كان أولى بهم أن يهبوا لمقاومتهم أو مناقشتهم.

ولكن الإمام النووي لا يضعف إزاء هذا التهديد، فيرد رداً قوياً مؤكداً نصحه، ومبيناً أنه ميثاق الله الذي أخذه على العلماء ليبينته، ويقول - رحمه الله - في ذلك: "وأما ما ذكر من كوننا لم ننكر على الكفار كيف كانوا في البلاد، فكيف يقاس ملوك الإسلام وأهل الإيمان وأهل القرآن بطغاة الكفار، وبأي شيء

كُنَّا نَذْكُر طغاة الكفار، وهم لا يعتقدون شيئاً من ديننا.. وأما أنا في نفسي، فلا يضرني التهديد، ولا يمنعي ذلك من نصيحة السلطان، فإني أعتقد أن هذا واجب عليّ وعلى غيري، وما ترتب على الواجب فهو خير وزيادة عند الله.. وأفوض أمري إلى الله، إن الله بصير بالعباد، وقد أمرنا رسول الله ﷺ أن نقول الحق حيثما كنا، وألا نخاف في الله لومة لائم، ونحن نحب السلطان في كل الأحوال، وما ينفعه في آخرته ودنياه".

وقد توالى الكتب على هذا النحو، الإمام النووي - رحمه الله - ثابت في قول الحق كالطود، والظاهر ببيرس لا ينتصح؛ لأن الضرائب ضرورية في نظره. ولقد اتجه إلى العلماء أنفسهم بدمشق مُطَرَحاً وراء ظهره شيخهم أولاً، ثم جمع فتاويهم في تأييد فرض الضرائب، وحضر إلى دمشق لذلك المقصد، ولكن الإمام النووي اشتد استمساكه، وندد بإكراهه العلماء، وقد أحضره الظاهر ببيرس في مجلسه بدمشق، ليكرهه كما أكره غيره، ولكنه في هذه المرة كان عنيفاً جداً، فقد قال للظاهر ببيرس في قوة الحق: "أنا أعرف أنك كنت في الرق للأمير بندقدار، وليس لك مال، ثم من الله عليك وجعلك ملكاً، وسمعت أن عندك ألف مملوك، وكل مملوك له حياصة من ذهب، وعندك مائة جارية، لكل جارية حُقٌّ من الحلي، فإن أنفقت ذلك كله، وبقيت الممالك بالبنود الصوف بدلاً من الحوائص، وبقيت الجواري بثيابهن دون الحلي، أفتيتك بأخذ المال من الرعية".

فغضب الظاهر غضباً شديداً، وقال للإمام النووي ناهراً: "أخرج من بلدي (أي دمشق)، فقال الإمام النووي: السمع والطاعة، وخرج إلى نوى بالشام، فقال العلماء: هذا من كبار علمائنا وصلحائنا وممن يُقْتَدَى بهم، فأعده إلى الشام، فرسم برجوعه، فامتنع الإمام النووي وقال: لا أدخل والظاهر بها، فمات الظاهر بعد شهر^(١).

(١) حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، لجلال الدين السيوطي ٩٧/٢ - ١٠٥، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، الطبعة الأولى، ١٩٦٨، محاضرات في الوقف ١٩-٢٢.

وأقصد من هذه الحادثة - وأمثالها كثير جداً - عدة أمور:

أولاً: أن الرقابة الشرعية - كما أسلفنا - ليست أمراً جديداً في الدولة الإسلامية، ولا سيما في الأمور المالية، ومن ضمنها الوقف، بل كانت الرقابة الشرعية تمارس من قبل العلماء والمجتمع جميعاً، من خلال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو ما نستطيع أن نطلق عليه بالرقابة الشرعية المجتمعية؛ لأن المسلمين جميعاً كانوا مطالبين بذلك.

ثانياً: أن الرقابة الشرعية لم تقتصر على أداء المجتمع لها، بل إن الدولة أوجدت الأجهزة المتخصصة للإشراف وتطبيق الرقابة الشرعية، وتمثل ذلك بإنشاء جهاز الحسبة الذي كان يراقب الأسواق، ويمنع أي ممارسات تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: أن العلماء كان لهم دور مهم في الحفاظ على الأوقاف، من خلال التصدي لمن تسول له نفسه الاعتداء على الوقف، بل إن العلماء كانوا يقومون بدور الرقيب على تصرف الحكام والقضاة، ولم يتم التعدي على الأوقاف إلا بعد أن ضعف العلماء عن القيام بدورهم.

رابعاً: أن طرق ووسائل الرقابة الشرعية متعددة ومتنوعة، ولا تقف عند أسلوب واحد، بل هي متطورة وقائمة على الخبرات المتراكمة، من خلال ممارستها والعمل بها. ولذلك نجد من الأهمية البالغة الحديث عن الرقابة الشرعية؛ لأنها هي العصب الرئيس الذي أعطى الناس الثقة بالحفاظ على أوقافهم، وتنفيذ شروطهم. وسوف نفصل القول في ذلك من خلال دراسة حالة عملية للرقابة الشرعية من واقع الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت، وهو ما يمثل حرص دولة الكويت على الاهتمام بالأوقاف، ولا سيما الرقابة الشرعية التي تم النص عليها في النظم واللوائح المنظمة لعمل الأمانة العامة للأوقاف، كما سيأتي بيانه.

دراسة حالة عملية للرقابة الشرعية من واقع الأمانة العامة للأوقاف

الرقابة الشرعية في الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت^(١):

تعتبر الأمانة العامة للأوقاف من المؤسسات القليلة التي مارست الوقف، وقدمته للناس بشكل حضاري جديد، ولذلك سوف نتخذ الأمانة العامة للأوقاف في الكويت نموذجاً لدراسة واقع الرقابة الشرعية في مؤسسات الوقف، وسبب اختياري للأمانة العامة للأوقاف يعود لعدة أسباب، منها:

١ - كما قلنا تعتبر الأمانة العامة للأوقاف في الكويت من الجهات التي لها دور بارز في خدمة الوقف، وما ينطبق عليها ينطبق على مؤسسات كثيرة للأوقاف، فهي تعتبر مرجعاً لعمل مؤسسات الوقف في العالم الإسلامي؛ حيث تم اختيار دولة الكويت ممثلة بالأمانة العامة للأوقاف لتكون المنسقة لجهود الدول الإسلامية في مجال الوقف على مستوى العالم الإسلامي، بموجب قرار وزراء الأوقاف في الدول الإسلامية، الذي انعقد بالعاصمة الأندونيسية "جاكرتا" في أكتوبر من سنة ١٩٩٧م.

٢ - اهتمام دولة الكويت بتطوير وحماية الوقف، ولاسيما في الجانب الرقابي، سواء الشرعي أو المالي أو الإداري، ويتضح ذلك من خلال المراسيم الصادرة بهذا الشأن، كما أوجدت جهات رقابية متعددة تراقب أعمال الوقف؛ كديوان المحاسبة، ومجلس الأمة، والهيئة الشرعية، وغيرها من الجهات.

٣ - الحجم الضخم للأموال الوقفية في الأمانة العامة للأوقاف، مما ساهم في تنوع وتوسع الأعمال التي تقوم بها، حيث تنوعت أنشطتها بين أنشطة أوقف

(١) هذه دراسة ميدانية لواقع الأمانة العامة للأوقاف استقيتها من خلال مقابلي لأعضاء الهيئة الشرعية في الأمانة العامة للأوقاف، ومقابلي للموظفين في الرقابة الشرعية في الأمانة، والجهات الخارجية التي تم تكليفها من قبل الأمانة، ومن خلال اللوائح والنظم في الأمانة العامة للأوقاف.

- أصحاب الأموال أموالهم عليها، وبين أنشطة استثمارية لتنمية أموال الوقف، مما يجعل الأمانة العامة للأوقاف نموذجاً للدراسة.
- ٤ - وجود لوائح واضحة ومحددة فيما يخص الاستثمار والصرف وغيرها من الأنشطة التي تزاولها الأمانة العامة للوقف.
- ٥ - تعاون الإخوة في الأمانة العامة للأوقاف، مما مكّني من الاطلاع والحصول على كثير من الوثائق المعتمدة لدى الأمانة العامة للأوقاف.
- أولاً - الرقابة الشرعية في الأمانة العامة للأوقاف من خلال النظم واللوائح المقررة فيها:**

- ١ - **تشكيل اللجنة الشرعية:** يوجد في الأمانة العامة للأوقاف لجنة شرعية مشكلة بقرار مجلس شؤون الأوقاف في اجتماعه الثالث والعشرين، الذي انعقد في ٢١ رمضان ١٤٢٠هـ، الموافق ٢٩ ديسمبر ١٩٩٩م، مكونة من خمسة أعضاء من المتخصصين في العلوم الشرعية، حيث تم تعيينهم لمدة سنتين قابلة للتجديد.
- ٢ - **نطاق عمل اللجنة:** تم تحديد عمل اللجنة الشرعية بأمور عديدة، منها:
- أ - أنها تختص بإبداء الحكم الشرعي في جميع المسائل التي تعنى بها الأمانة العامة للأوقاف من أعمال وتصرفات، بصفتها قائمة بأعمال النظارة على الوقف، سواء كانت هذه الأعمال أو الاستفسارات ترد إليها من مجلس شؤون الوقف، أو الأمين العام، أو أحد نوابه، أو الصناديق والمشاريع الوقفية، أو وحدات العمل في الأمانة، أو أي موضوعات تراها اللجنة.
- ب - تقوم اللجنة بالتثبت من شرعية ما تقوم به الأمانة والصناديق والمشاريع الوقفية من أعمال في المجالات الوقفية.
- ج - نص نظام الرقابة الشرعية على الأعمال المتعلقة بالوقف على أن هناك أعمالاً لا يجوز مباشرتها إلا من قبل اللجنة الشرعية، وهي:
- دراسة الموضوعات ذات الطبيعة الشرعية وإبداء الحكم الشرعي بها.

- دراسة التقارير التي يرفعها لها المراقب الشرعي وإبداء الرأي فيها.

٣ - الرقابة الشرعية: تنص اللوائح على أن للجنة الشرعية صلاحية واسعة في الرقابة الشرعية؛ حيث تهدف الرقابة التي تمارسها اللجنة إلى ما يلي:

أ - التأكد من مطابقة العمل للقواعد والأحكام الشرعية.

ب - بيان الحكم الشرعي في القضايا والمسائل المستحدثة في ضوء القواعد والضوابط الشرعية. ولتحقيق هذه الأهداف يحق للجنة الشرعية ما يلي:

أ - الرقابة المسبقة:

للجنة أن تمارس الرقابة المسبقة في الحالات التالية:

١ - مشروعات القوانين المتعلقة بالوقف التي تعدها الأمانة، أو يُستطلع رأيها فيها.

٢ - اللوائح المتعلقة بالوقف وأي قرارات خاصة به تتضمن قواعد عامة ترمع الأمانة إصدارها.

٣ - التصرفات الناقلة لملكية عقارات الوقف.

٤ - أي تصرف أو عمل يترتب عليه إسقاط حق من حقوق الوقف، أو أي تصرف أو عمل يؤدي إلى تحميل الوقف التزامات تخالف النظم واللوائح التي سبق أن أقرتها اللجنة.

٥ - العقود التي تنوي الأمانة إبرامها وتتعلق بالوقف، باستثناء العقود النمطية التي سبق للجنة الموافقة عليها.

٦ - قواعد تحديد الأولويات في الإنفاق من ريع الوقف وفقاً لشروط الواقفين.

ب - الرقابة اللاحقة:

تكون رقابة اللجنة لاحقة في غير الحالات الواردة في الفقرة السابقة.

أدوات الرقابة الشرعية:

١ - يحق للجنة أن تكلف عضواً أو أكثر من أعضائها، أو أن تكلف المراقب الشرعي، أو أحد معاونيه بأن يطلع على الوثائق والمستندات المتعلقة بأموال الوقف وأنشطته، كما أن للجنة أن تطلب صوراً من هذه الوثائق والمستندات، ولها على وجه الخصوص حق الاطلاع وطلب صورة من الوثائق والمستندات التالية:

أ - خطط وبرامج العمل.

ب - الميزانيات التقديرية، والحسابات الختامية، وتقارير مراقبي الحسابات.

ج - محاضر اجتماعات مجلس شؤون الأوقاف، ومجالس إدارات الصناديق والمشاريع الوقفية، واللجان العاملة في الأمانة.

د - التقارير المالية التي يعدها قطاع الاستثمار.

هـ - المشاريع والأنشطة والأعمال التي تزعم الصناديق والمشاريع الوقفية واللجان القيام بها.

و - المطبوعات والنشرات والأفلام والتسجيلات الصوتية وغيرها.

٢ - يحق للجنة أن تكلف عضواً أو أكثر من أعضائها، أو أن تكلف المراقب الشرعي، أو أحد معاونيه بزيارة إدارات ومكاتب ووحدات العمل في الأمانة والصناديق والمشاريع الوقفية واللجان؛ للتأكد من مطابقة العمل فيها للقواعد والأحكام الشرعية، وترفع اللجنة تقريراً بنتائج هذه الزيارات.

٣ - للجنة أن تدعو لحضور اجتماعاتها من ترى من المسؤولين والموظفين في الأمانة والصناديق والمشاريع الوقفية واللجان؛ للحصول منهم على المعلومات التي تُعين اللجنة في مباشرة المهام المنوطة بها، والتعرف على رؤيتهم وآرائهم في الموضوعات التي تدرسها.

٤ - تعين الأمانة بناء على اقتراح اللجنة مراقباً شرعياً أو أكثر، وذلك وفقاً لاحتياجات العمل.

وعلى المراقب الشرعي مباشرة المهام التالية:

- أ - الاطلاع على الوثائق والمستندات المتعلقة بمجالات العمل الوقفي التي تحددها له اللجنة؛ لفحصها ورفع تقارير إلى اللجنة بنتائج هذا الفحص.
- ب - زيارة وحدات العمل في الأمانة والصناديق والمشاريع الوقفية واللجان، وذلك وفقاً لبرنامج توافق عليه اللجنة الشرعية، ويرفع تقريراً إلى اللجنة بنتائج هذه الزيارات.
- ج - يكون حلقة الاتصال بين اللجنة والأمانة في الأمور المتعلقة بالرقابة الشرعية التي تمارسها اللجنة.
- د - نشر الوعي الشرعي بين العاملين في الأمانة والصناديق والمشاريع الوقفية واللجان.

اجتماعات اللجنة:

- ١ - يرأس جلسات اللجنة عضو يعينه مجلس شؤون الأوقاف من أعضاء المجلس، ويحق له التصويت، وصوته يرجح في حالة تساوي الأصوات، وفي حالة غيابه يتولى رئاسة الجلسة أكبر الأعضاء سناً.
- ٢ - يعين الأمين العام مقررًا للجنة ومساعدًا له عند الحاجة؛ لتلقي وحفظ جميع الوثائق ومستندات اللجنة، وتنظيم اجتماعاتها. ويُعدُّ مقرر اللجنة محاضر اجتماعاتها، ويضمنها أسماء الحاضرين، والموضوعات التي نظرتها، والقرارات التي خلصت إليها بالنسبة لكل موضوع.
- ٣ - يُنشأ باللجنة سجل يدون فيه المُقرَّر جميع الموضوعات المحالة إليها، أو التي تقرر اللجنة النظر فيها خلال اجتماعاتها.
- ٤ - يعد مقرر اللجنة بالاتفاق مع رئيسها جدول أعمال كل اجتماع.
- ٥ - تجتمع اللجنة ست مرات في السنة على الأقل، أو كلما اقتضت الحاجة، بناء على طلب من رئيسها، أو عضوين من أعضائها، أو الأمين العام.
- ٦ - توجه الدعوة لحضور اجتماع اللجنة مرفقاً بها المذكرات والوثائق المتعلقة بالموضوعات التي ستنظرها اللجنة قبل وقت كافٍ من موعد الاجتماع.

- ٧ - يشترط لصحة اجتماعات اللجنة حضور ثلاثة من أعضائها الشرعيين.
- ٨ - تعتمد محاضر اجتماعات اللجنة بتوقيعها من قِبَل كل من رئيس الاجتماع، ومقرر اللجنة، وجميع الأعضاء الحاضرين بعد التصديق عليها في الجلسة التالية، وترسل صورة منها إلى الأمين العام.
- ٩ - يقوم الأمين العام بتوزيع نسخ من محاضر اجتماعات اللجنة بعد اعتمادها، على رئيس وأعضاء شؤون الوقف.

إصدار القرارات:

- ١ - للجنة أن تطرح على مجلس شؤون الأوقاف رأيها في أساليب تطبيق الاجتهادات الشرعية المستحدثة التي تراها محققة لمصالح الوقف.
- ٢ - تصدر اللجنة توصياتها بأغلبية الأعضاء الحاضرين.
- ٣ - يُعد الامتناع عن التصويت رفضاً للموضوع محل التصويت.
- ٤ - تُعدُّ اللجنة تقريراً عن كل موضوع من الموضوعات المحالة إليها، وذلك خلال مهلة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إحالتها عليها. ويجب أن يتضمن تقرير اللجنة بياناً بالحكم الشرعي الذي تراه، ويوقع كل تقرير من قبل الأعضاء المشاركين في نظر الموضوع.
- ٥ - للقرارات التي تصدر عن اللجنة صفة الإلزام، وعلى الأمانة والصناديق والمشاريع الوقفية أن تنقيد بها، وللأمين العام أن يطلب من اللجنة إعادة النظر في أي مما يصدر عنها بكتاب مسبب، وللجنة في هذه الحالة إعادة بحث الموضوع، أو تأكيد ما صدر عنها.

واقع الرقابة الشرعية في الأمانة العامة للأوقاف:

- من خلال ما تم ذكره في النظم واللوائح المنظمة للعمل في الأمانة العامة للأوقاف، نرغب بذكر واقع الأمانة العامة للأوقاف في تطبيق تلك النظم واللوائح:
- ١ - تجتمع اللجنة الشرعية بشكل شبه أسبوعي لمناقشة الموضوعات التي تطرح عليها قبل إقدام الأمانة على تنفيذها، فتصدر اللجنة الشرعية قراراً

- بخصوص الموضوع الذي تمت مناقشته، ثم يرسل القرار إلى الأمين العام للأمانة، فيصدر بقرار منه إلى الجهة المعنية بالموضوع.
- ٢ - تقوم اللجنة الشرعية بدور الرقابة المسبقة، بحيث يعرض على اللجنة الشرعية كل الأمور التي ترغب الأمانة بعملها وتنفيذها.
- ٣ - يوجد للجنة مقرر يقوم- بالتنسيق مع رئيس اللجنة- بإعداد جدول الأعمال، وإعداد المحاضر، ومتابعة التصديق عليها من قبل اللجنة الشرعية.
- ٤ - تصدر اللجنة الشرعية تقريراً سنوياً عن جميع المشاريع والطلبات التي تم عرضها على اللجنة الشرعية مُذِلَّة بقرارات اللجنة، إلا أن هذا التقرير لا يتم فيه ذكر المخالفات التي وقعت فيها الأمانة.
- ٥ - يقوم الأمين العام برفع تقرير اللجنة الشرعية إلى مجلس شؤون الأوقاف للاطلاع عليه.
- ٦ - لا تقوم اللجنة الشرعية باختيار أعضاء منها أو من خارجها لمتابعة مهمة التدقيق والرقابة الشرعية، وإنما يتم تشكيل فريق التدقيق والرقابة الشرعية بقرار وزاري، وقد يتم فيه اختيار أعضائه من اللجنة الشرعية أو من خارجها.
- ٧ - مع وجود لائحة وضوابط لصرف ريع الوقف، إلا أن اللجنة الشرعية لا تستطيع التأكد من أن الصرف تم في طريقه الصحيح، فمثلاً يتم الموافقة على صرف مبلغ لجهة معينة، ويتم تسليمها المبلغ، ولا يعلم بعد ذلك هل قامت هذه الجهة بصرف المبلغ وفق ما أقرته اللجنة الشرعية أم لا. وغالبية المخالفات التي يتم اكتشافها تتم بمعرفة شخصية من أحد أعضاء اللجنة الشرعية أو من خارجها.
- ٨ - غالبية اجتماعات اللجنة الشرعية تكون لمناقشة صرف ريع الوقف على جهات مختلفة، والنظر في مدى انطباق ضوابط الصرف على هذه الجهات من عدمه.
- ٩ - لا توجد إدارة متخصصة في الرقابة الشرعية في الأمانة العامة للأوقاف، وإنما يوجد قسم داخل الإدارة القانونية يتبع له موظفان لمتابعة الأمور الشرعية، والسيطرة الكاملة في هذه الإدارة للإدارة القانونية.

١٠- لا يوجد في الأمانة العامة للأوقاف مراقبون شرعيون مؤهلون لعملية التدقيق الشرعي على أعمال الأمانة العامة، ولذلك صدر القرار الوزاري بتكليف بعض الأشخاص بمهمة التدقيق الشرعي من خارج الأمانة للتدقيق على أعمال الأمانة العامة للأوقاف، وتم تكليف الفريق من الأمين العام بتأسيس قسم للرقابة الشرعية، وكان من صلاحيات هذا الفريق: الرقابة على قطاع الأمين العام، إلا أن هذا الفريق كان تابعاً لإدارة الرقابة والتدقيق التي تتبع للأمين العام أيضاً.

وقد قام هذا الفريق بجهد مشكور؛ حيث بدأ بقطاع الاستثمار، وتم التالي:

١ - مراجعة أدلة الإجراءات في قطاع الاستثمار المالي والعقاري، وتبيين صدور دليل إجراءات الاستثمار من دون موافقة اللجنة الشرعية، وتم رده للجنة الشرعية، واعتمد منها.

٢ - تبيين عدم متابعة الاستثمارات من الناحية الشرعية، حيث قام قطاع الاستثمار بالاستثمار بالاستثمار في بعض الشركات المتوافقة من الناحية الشرعية، إلا أن هذه الشركات قد تتغير أحوالها، فتخرج من قائمة الشركات المتوافقة، وتستمر الأمانة في مساهمتها في هذه الشركات.

٣ - بعض الشركات المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية قد يكون لها إيرادات محرمة، فتحتاج إلى متابعتها لكي تتخلص الأمانة من هذه الإيرادات المحرمة.

وقد قام الفريق بمتابعة هذه المسائل، وإعطاء توصية مختصرة في مدى الاستثمار في هذا الاستثمار من عدمه، وبيان ما إذا كان هذا الاستثمار فيه إيرادات محرمة أم لا.

وهذه التجربة في الأمانة العامة للأوقاف لم يكتب لها الاستمرار؛ حيث انتهت بإحالة هذا الفريق من إدارة الرقابة والتدقيق إلى إدارة التخطيط، وقدم الفريق على إثر ذلك اعتذاره عن الاستمرار، بعد أن أمضى سنتين ونصف في عمله.

ثم صدر القرار الوزاري بإنفاضة مهمة التدقيق والرقابة الشرعية إلى اللجنة الشرعية، حيث تم اختيار ثلاثة أعضاء من اللجنة الشرعية للقيام بهذه المهمة، وتستغرق مدة التدقيق شهرين، بواقع يومين في الأسبوع، تقوم خلاله بالتدقيق على جميع أعمال الأمانة العامة للأوقاف.

مقارنة عن الرقابة الشرعية بين وجودها في النظم واللوائح، وبين تطبيقها على أرض الواقع، وأهم المقترحات لتطويرها:

إن الرقابة الشرعية في النظم واللوائح قد صيغت صياغة متقنة وجيدة، حيث أعطت اللوائح للجنة الشرعية صلاحيات واسعة، وألزمت الأمانة العامة للأوقاف بقراراتها، إلا أن لنا بعض الملاحظات على هذه النظم واللوائح تتمثل بالتالي:

١ - إن وجود اللجنة الشرعية في الهيكل التنظيمي للأمانة العامة للأوقاف تم وفق المرسوم الأميري، إلا أن اختيار أعضاء اللجنة الشرعية يتم وفق قرارات مجلس شؤون الأوقاف، وكما ذكرنا سابقاً، فإن اللجنة الشرعية لها حق الاطلاع على محاضر مجلس شؤون الأوقاف، وبالتالي لها حق الاعتراض على قرار مجلس شؤون الأوقاف إذا تم اتخاذ بعض القرارات التي يوجد فيها مخالفات شرعية؛ لأن قرارات اللجنة الشرعية - كما جاء في النظم واللوائح - ملزمة للأمانة العامة للأوقاف، ولذلك يفترض أن يتم تشكيل اللجنة الشرعية من الجهة نفسها التي تُشكّل مجلس شؤون الأوقاف؛ لسببين:

أ - حتى تكون اللجنة الشرعية لها استقلاليته التامة، بحيث لا تتأثر بمجلس شؤون الأوقاف، لأن لها سلطة في الرقابة عليه، إذ كيف تراقب على مجلس شؤون الأوقاف وهو الذي يقوم بتعيينها؟

ب - إعطاء الدعم الكافي والكامل للجنة الشرعية، إذ إن لها القوة نفسها التي لمجلس شؤون الأوقاف.

٢ - جاء في النظم واللوائح أن مجلس شؤون الأوقاف يقوم باختيار رئيس اللجنة الشرعية، فقد جاء في النظام الداخلي للجنة الشرعية المادة (٩) ما يلي:

"يرأس جلسات اللجنة عضو يعينه مجلس شؤون الأوقاف من أعضاء المجلس، ويحق له التصويت، وصوته يرجح في حالة تساوي الأصوات، وفي حالة غيابه يتولى رئاسة الجلسة أكبر أعضاء اللجنة سناً".
بل جاء في موقع الأمانة العامة للأوقاف (www.awqaf.org) فيما يتعلق بمجلس شؤون الأوقاف ما يلي:

"يُشكّل المجلس من بين أعضائه ومن غيرهم اللجان الدائمة التالية، التي تمارس الاختصاصات المبينة قرين كل منها كما جاء في نص المادة (١٢) من النظام الداخلي لمجلس شؤون الوقف:

"اللجنة الشرعية: تختص بإبداء الرأي الشرعي في أعمال الأمانة".

وكما جاء في الموقع نفسه: بأن مجلس شؤون الوقف يتشكل من:

- ١ - وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رئيساً.
- ٢ - أمين عام الأمانة العامة للأوقاف عضواً.
- ٣ - وكيل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية عضواً.
- ٤ - مدير عام مؤسسة التأمينات الاجتماعية عضواً.
- ٥ - مدير عام بيت الزكاة عضواً.
- ٦ - ممثل عن وزارة المالية لا تقل درجته عن وكيل وزارة مساعد يختاره الوزير المختص عضواً.
- ٧ - ممثل عن الهيئة العامة للاستثمار عضواً.
- ٨ - ثلاثة أعضاء من ذوي الخبرة والاختصاص يصدر بتعيينهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد قرار من مجلس الوزراء، بناء على ترشيح من وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية.

ولنا على هذا الأمر عدة ملاحظات، منها:

- أ - مع احترامنا للأشخاص الذين يشغلون هذه المناصب، سواء أكانوا الحاليين منهم أم السابقين، فإنه لا يصح أن يرأس اللجنة الشرعية

عضو من مجلس شؤون الوقف، إذ إن هذه اللجنة شرعية، وقد لا يوجد من بين أعضاء مجلس شؤون الوقف من هو متخصص بالمسائل والأمور الشرعية، كما هو واضح من قرار تشكيل مجلس شؤون الوقف، فضلاً عن رئاسته للجنة الشرعية، وهذا الأمر يؤدي إلى صحة عقد اجتماعات اللجنة الشرعية، لأنه يشترط حضور ثلاثة من أعضائها الشرعيين. وهذا يعني أنه يحق لغير الشرعيين الاشتراك في اللجنة.

ب - أن اللجنة الشرعية لها حق المراقبة والتدقيق على أعمال مجلس شؤون الوقف، وبالتالي هناك تعارض في عمل رئيس اللجنة الشرعية، فكيف يكون هو من يصدر القرار، وهو الذي يراقب عليه؟

ج - أن انضواء اللجنة الشرعية تحت كنف مجلس شؤون الوقف، حيث هو من يقوم بتشكيلها، وهي من تراقب عليه، يؤثر في استقلالية اللجنة الشرعية ككيان مستقل له حق المراقبة والتدقيق.

٣ - قلنا: إن اللوائح والنظم المنظمة لعمل اللجنة الشرعية أعطت الحق للجنة الشرعية بمراقبة وتدقيق أعمال الأمانة العامة للأوقاف، إلا أن الأمانة العامة للأوقاف تفتقر إلى وجود إدارة خاصة للرقابة الشرعية؛ إذ إن حجم الأموال التي تديرها الأمانة العامة للأوقاف يعتبر ضخماً مقارنة ببعض المؤسسات المالية الإسلامية، التي تلزم هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في تلك المؤسسات إداراتها بضرورة وجود مراقبين شرعيين يتابعون أعمال المؤسسة من الناحية الشرعية، ويقدمون تقارير عن أعمالهم لهيئة الفتوى والرقابة الشرعية، علماً بأن عمل المؤسسات المالية الإسلامية يقتصر على استثمار الأموال وتنميتها، فكيف إذا أضيف إلى هذا النشاط صرف ريع الوقف، والتأكد من أوجه الصرف بأنها مطابقة لشروط الواقف، وللسياسات العامة في الصرف في الأمانة العامة، فهذا بحاجة إلى جهاز إداري كامل لمتابعة مثل هذه الأمور، فلا يكفي أن تقوم اللجنة الشرعية بإجراء الرقابة والتدقيق الشرعي لمدة شهرين فقط، بل لابد أن تكون الرقابة بشكل دائم

ومستمر؛ حتى تتجنب الأمانة الوقوع في الأخطاء والمخالفات الشرعية، ولا أدل على ضرورة وجود هذا الجهاز من حجم المخالفات التي قام برصدها ديوان المحاسبة، حيث تنوعت بين صرف مبالغ في غير ما خصص لها، وعدم التزام الأمانة بالشروط التعاقدية مع جهات أخرى. وسوف أستعرض بعض هذه الملاحظات لتعلقها بالجانب الشرعي، وخصوصاً الرقابة الشرعية؛ للتأكيد على أهمية وجود إدارة للرقابة الشرعية في الأمانة العامة للأوقاف، حيث جاء في تقرير ديوان المحاسبة عن أعمال الأمانة العامة للأوقاف، فيما يتعلق بميزانية ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ما يلي:

أ - هناك مآخذ شابت تنفيذ الاتفاقية المبرمة بين الأمانة العامة للأوقاف ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بشأن مصرف المساجد، حيث لم تلتزم وزارة الأوقاف بإرسال تقارير ربع سنوية حسب الاتفاقية المبرمة بين الطرفين، كما أن الوزارة قامت بصرف بعض المبالغ من غير الالتزام بالاتفاقية الموقعة^(١).

ب - عدم اتخاذ الإجراءات الرقابية الكافية للتأكد من سلامة صرف مبالغ المنح والدعم المالي التي تقدمها الأمانة لبعض الجهات^(٢).

ج - عدم تقييد الأمانة ببعض أحكام لائحة ضوابط استثمار الأموال الوقفية.

د - عدم وجود لائحة داخلية معتمدة تنظم أعمال وإجراءات النظارة المشتركة، وتحدد سلطات ومسؤوليات القائمين عليها.

- (١) قامت الأمانة العامة للأوقاف بالرد على هذه الملاحظة، بأن هذه المآخذ سبق للديوان أن وجهها في تقاريره السابقة، وتم أخذ ملاحظاته والعمل بها، وأنها لم تالَ جهداً في حث الوزارة على تنفيذ الاتفاقية كما هي، وتمت مخاطبتها بهذا الشأن مرات عديدة.
- (٢) أفادت الأمانة في ردها، بأنه تم الحصول على تقارير مفصلة من بعض الجهات، وابتظار باقي التقارير، مع الأخذ بالاعتبار إيقاف صرف أي دفعات تالية لحين تسلم تقارير الدفعات السابقة، والتدقيق عليها.

فهذه الملاحظات وغيرها، وإن كان للأمانة العامة للأوقاف ردود عليها، إلا أنها توضح مدى أهمية وجود إدارة مستقلة للرقابة الشرعية تتابع أمور الوقف بشكل يومي، فإذا كان ديوان المحاسبة كجهة خارجية استطاع أن يرصد هذه الملاحظات، فكيف بجهاز تدقيق شرعي يشرف ويراقب بشكل يومي على أعمال الأمانة العامة للأوقاف؟!

وضرورة إنشاء مثل هذه الإدارة يتأكد من خلال تقليل هذه الملاحظات، مما يعزز ثقة الواقفين بدور الأمانة، واطمئنانهم على أوقافهم، وعدم تشويش صورة الأمانة من قبل من يريد سوءاً بها.

٤ - إن الرقابة الشرعية أصبحت علماً له قواعده وضوابطه، بل أصبح علماً يدرس وينال طالبه شهادة عند اجتيازه لهذا العلم، كما هو حادث وواقع في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ومقرها في مملكة البحرين، حيث استفادت من مهمة مدقق الحسابات الخارجي، وأضافت إليه ما يتعلق بجانب الرقابة الشرعية، فوجود إدارة الرقابة الشرعية في الأمانة العامة للأوقاف مهم؛ ولكن الأهم منه وجود مراقبين شرعيين مؤهلين لهذه المهمة العظيمة.

إن ذكر هذه الملاحظات لا يقلل من أهمية الدور الذي تقوم به الأمانة العامة للأوقاف، ولا يقلل من شأنها، وإنما هي محاولة مني لسد نقصها، وتطوير عملها، فكما ذكرت سابقاً؛ فإن الأمانة العامة للأوقاف تعتبر مرجعاً لباقي المؤسسات الوقفية.

الخاتمة وأهم التوصيات:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

إن الملامح الناجحة لتجربة الأمانة العامة للأوقاف في الكويت لتدعو إلى الفخر، وإلى تعميم هذه التجربة مع تطويرها وحمايتها، ومن أهم ما يعين على تطوير الوقف: الحرص على تطوير الرقابة الشرعية عليه، فإن الناس يثقون

بعلمائهم في متابعة الأمور الشرعية، لكي يتأكدوا من أنها تسير وفق ما يريده الله عز وجل، فما أوقف الناس أموالهم إلا ابتغاء رضا الله، ولا سيما بعد نقل الإشراف على الوقف من القضاء إلى وزارات الدولة.

كما أن مما يعين على تطوير الوقف: الاستفادة من إمكانات الدولة لخدمة الوقف، سواء في الجانب الإداري أو الإشرافي أو الرقابي، لكي يحصل الوقف على تسهيلات لا تحصل عليها كثير من المؤسسات، لكونها منطوية تحت جناح الدولة.

وإن من أهم النتائج التي توصلنا إليها:

- ١ - أن الوقف وإن لم يعتبر في نظر القانون من الأموال العامة؛ لكونه لا يقع تحت ملك الدولة، إلا أن قانون حماية الأموال العامة اعتبره مالا عاماً، على اعتبار أن الجهة التي تتولى إدارة شؤون الوقف جهة عامة.
- ٢ - أن انضواء الأوقاف تحت قانون حماية الأموال العامة يعطيها حماية كبيرة، وهو ما يؤدي إلى ثقة أكبر من الواقفين بأن أوقافهم لن تمس أو يُعتدى عليها.
- ٣ - أن الدولة لها ولاية على الأوقاف، سواء في تنظيمها أو حمايتها أو إدارتها أو الإشراف عليها، فلها أن تتخذ كل الوسائل التي تحافظ على الوقف وتنميته. وإن من أهم التوصيات التي توصلت إليها ما يلي:
- ١ - من الضروري أن تقوم الدولة بتغليظ عقوبة وتجريم كل من يتعدى على الوقف، على اعتبار أن الوقف يحقق مصلحة عامة للدولة، ويساهم في تنمية قطاعات مختلفة فيها.
- ٢ - ضرورة اهتمام الدولة بالرقابة الشرعية كمهنة تحتاج إلى رعاية وتطوير، فتقرر في المناهج الدراسية الجامعية هذا التخصص، لتخريج دفعات من الطلاب تحتاج إليهم المؤسسات على اختلاف أنواعها.
- ٣ - من الضروري تعيين هيئة للفتوى والرقابة الشرعية من العلماء الموثوق بهم تشرف وتراقب على أعمال الوقف، وتصدر تقريراً يبين مدى التزام أمانة

الوقف بالأحكام الشرعية، مما يعطي الثقة للناس بأن أوقافهم تحقق الهدف المقصود منها.

٤ - لا بد أن تكون هيئة الفتوى والرقابة الشرعية مستقلة عن الموظفين التنفيذيين، تتبع أعلى الهرم الإداري للوقف، ويتم تعيينها من الجهة التي تعين مجلس شؤون الوقف.

٥ - أن تستفيد الرقابة الشرعية في عملها من مهنة المدقق المحاسبي، إذ إن هناك شبهاً كبيراً في أهداف كل منهما.

٦ - أن يتم إنشاء جهاز رقابي شرعي في المؤسسات الوقفية، يقوم بمتابعة تنفيذ قرارات الهيئة، والتدقيق على شؤون الوقف، وأن يرفع تقارير بصورة دورية لهيئة الفتوى والرقابة الشرعية.

٧ - أن تهتم المؤسسة بجانب التدريب والتنقيف الشرعي للموظفين، وأن يساهم أعضاء هيئة الفتوى في هذا التدريب.

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا
إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا
طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا
فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾.

المصادر والمراجع

- ١ - أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والفقه للمستشار أسامة عثمان، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ٢ - أعمال منتدى قضايا الوقف الرابع - أبحاث ومناقشات المنتدى الرابع الذي نظّمته الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية والبنك الإسلامي للتنمية، الرباط، ٢٠٠٩.
- ٣ - الاتجاهات الحديثة في مجال الرقابة، د. محمد السيد سرايا، الدار الجامعية ١٩٨٦.
- ٤ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥ - الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، دار الفكر - دمشق - الطبعة الثانية ١٩٩٩.
- ٦ - الأشباه والنظائر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٩٩٣م.
- ٧ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ٢٠٠٤م.
- ٨ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٢م.
- ٩ - البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية ١٩٩٢م.
- ١٠ - التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل، للمواق، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية - ٢٠٠٣م.
- ١١ - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٩م.

- ١٢- الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، تونس ٢٠٠٨م.
- ١٣- الرقابة المالية العليا، فهمي محمود شكري، دار مجدلوي للنشر والتوزيع.
- ١٤- الرقابة المالية في الإسلام د. عوف الكفراوي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني.
- ١٥- الرقابة على أعمال الإجارة د. محمود سامي جمال الدين، مؤسسة دار الكويت.
- ١٦- الرقابة في المنظمات والأجهزة العامة د. فضل الفضلي
- ١٧- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد بن أحمد الدريد، دار المعارف، القاهرة.
- ١٨- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين ابن شاس، دار الغرب الإسلامي، ٢٠٠٣م.
- ١٩- الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النفراوي المكتبة العصرية، بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٥.
- ٢٠- القوانين الفقهية، محمد بن أحمد ابن جزي، دار الفكر، دمشق.
- ٢١- المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، علي بن أحمد ابن حزم، بيت الأفكار الدولية.
- ٢٢- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق ١٩٩٨م.
- ٢٣- المستصفي في علم الأصول، محمد بن محمد الغزالي، دار العلوم الحديثية، بيروت.
- ٢٤- المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، لبنان ناشرون، بيروت ٢٠٠١م.
- ٢٥- المغني والشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، موفق الدين. دار الفكر، بيروت ١٩٨٤م.
- ٢٦- النظام القانوني للأحكام العامة والخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص

- الاعتبارية ولهيات المواني المصرية، للدكتور أحمد محمود جمعة، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة الطبع ٢٠٠٩.
- ٢٧- الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة، للدكتور إبراهيم عبد العزيز شيجا، دار المطبوعات الجامعية.
- ٢٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت ١٩٩٧م.
- ٢٩- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية ١٣١٤هـ.
- ٣٠- تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، بدر الدين بن جماعة، طبعة رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الثانية ١٩٨٧.
- ٣١- تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حواشي الشرواني وابن القاسم لابن حجر الهيتمي، دار صادر، بيروت.
- ٣٢- الرقابة على القطاع العام ومدى تأثيرها على استقلاله، المكتب المصري الحديث
- ٣٣- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة لجلال الدين السيوطي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، الطبعة الأولى ١٩٦٨
- ٣٤- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين ابن عابدين، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م.
- ٣٥- شرح حدود ابن عرفة، محمد الأنصاري الرصاع، دار الغرب الإسلامي في تونس، الطبعة الأولى ١٩٩٣.
- ٣٦- شرح صحيح مسلم، يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي.
- ٣٧- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت ١٩٩٣م.
- ٣٨- غياث الأمم في التياث الظلم للإمام عبد الملك بن عبد الله الجويني، دار الدعوة، الاسكندرية.

- ٣٩- الفتاوى، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٦.
- ٤٠- شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، دار إحياء التراث العربي.
- ٤١- قاعدة تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وتطبيقاتها الفقهية والقانونية في مجال المعاملات المعاصرة، محمد محمود طلافحة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة في جامعة اليرموك في المملكة الأردنية الهاشمية.
- ٤٢- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت ١٩٩٢م.
- ٤٣- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد، طبع على نفقة ورثة عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الرياض، ٢٠٠٢م.
- ٤٤- محاضرات في الوقف للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.
- ٤٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٨م.
- ٤٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، دار الكتب العلمية
- ٤٧- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله الجويني، من إصدارات وزارة الأوقاف القطرية، ٢٠٠٧م.
- ٤٨- ولاية الدولة على الوقف المشكلات والحلول. د. عبد الله النجار بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف، جامعة أم القرى، شوال ١٤٢٧هـ.
- ٤٩- ولاية الدولة على الوقف المشكلات والحلول، أ. د. محمد الدسوقي مقدم لمؤتمر الأوقاف الثاني - جامعة أم القرى.
- ٥٠- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت ١٩٩٠م.

التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات في القضاء الإداري الفرنسي، "الثورة" التشريعية

الدكتور/ بلال عقل الصنديد
الأمانة العامة لمجلس الوزراء
دولة الكويت

ملخص:

كشفت التطبيقات القضائية للتدابير المستعجلة والاحتياطية في القانون الإداري الفرنسي - والتي تعرف أيضاً بقضاء الأمور المستعجلة أو بقضاء العجلة الإداري عن شوائب عديدة في (Le référé administratif) النصوص التي تنظم الإجراءات المتبعة أمام المحاكم وعن نواقص تحدّ من الصلاحيات المخصصة للقاضي في هذا الشأن. بقي الأمر كذلك إلى اليوم الذي صدر فيه القانون رقم ٥٩٧/٢٠٠٠ "بتاريخ ٣٠ يونيو (جوزيران) ٢٠٠٠، حيث صار الكلام جائزاً عن ثورة تشريعية في هذا المجال، فقد أدخل المشرع كثيراً من التعديلات الخاصة بالإجراءات المتبعة أمام قضاء الأمور المستعجلة ومنحه مزيداً من الصلاحيات الفاعلة ولا سيما في مجال حماية الحريات، وهو ما عرف بموجب القانون المذكور بتعبير الحريات (Le référé liberté) أي التدابير المستعجلة الخاصة.

دخلت هذه التدابير المستعجلة دائرة التطبيق القضائي بعد أن حددت أبرز شروطها الموضوعية المادة 2-521 L من قانون القضاء الإداري الجديد (Justice Administrative Code fe CJA) ويستمد من نص هذه المادة أنه يمكن لقاضي الأمور المستعجلة الإداري، في سبيل حماية الحريات المتعددة عليها من قبل الدولة، أن يتخذ خلال مدة لا تتعدى

الثمانى والأربعين ساعة، كافة التدابير الضرورية (toutes mesures) والمؤقتة (nécessaires) والتحفظية (provisoires) ومن ذلك وقف والإجراءات على الإدارة، وذلك كله يلزم اجتماع شروط موضوعية ثلاثة، هي: توفير عنصر العجلة الماسة Extreme، أو عنصر الطارئ المحدث urgence.

أن يكون تدخل القاضي في سبيل وقف آثار تصرف، قامت به جهة إدارية أو شخص من أشخاص القانون الخاص الذين يديرون مرفقاً عاماً وذلك عند ممارسة اختصاص خولهم إياه القانون، ويحمل في طياته اعتداءً جسيماً ومبالغاً فيه، ويتسم بعدم مشروعية واضحة Agissement administratif portant une atteinte grave et abusive et une illégalité manifeste fondamentale Liberté وجود حرية من الحريات الأساسية.

وفي سبيل تلمس الأهمية الحقيقية للتدابير المستعجلة الخاصة بالحريات والتحقق من صحة اعتبارها "ثورة" تشريعية من عدمه، كان لابد من البحث في أبرز الشروط المفروضة نصاً لإعمالها، مستفيدين في توضيح ذلك من أبرز التطبيقات القضائية في هذا الشأن.

على ضوء ذلك قسّمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث رئيسية: خصص المبحث الأول منها لمعالجة شرط (العجلة الماسة Extreme) وكرس المبحث الثاني لمحاولة توضيح المقصود بعبارة التصرفات Uegence Agissement الإدارية، التي تحمل اعتداءً جسيماً ومبالغاً فيه administratif وعدم مشروعية واضحة abusive et une illégalité manifeste والتي تمس بإحدى الحريات الأساسية، وهذه الأخيرة هي موضوع المبحث الثالث.

يقول المفكر الفرنسي جان جاك روسو "Jean-Jacques Rousseau" أن :
"الحرية بدون العدالة هي تناقض حقيقي".

«Une Liberté sans la Justice est une véritable contradiction»

وتؤكد المادتان الأولى والثانية من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطنة الصادر في ٢٨ أغسطس (آب) ١٧٨٩ أن: "الأشخاص يولدون وبيقون أحراراً ومتساوين في الحقوق... (و) الهدف من كل تجمع سياسي هو الحفاظ على الحقوق الطبيعية للإنسان التي لا تتقادم (بمرور الزمن)..."

«Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits....

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme»

تقديم :

لقد كشفت التطبيقات القضائية للتدابير المستعجلة والاحتياطية في القانون الإداري الفرنسي - والتي تعرف أيضاً بقضاء الأمور المستعجلة أو بقضاء العجلة الإداري (Le référé administratif) - عن شوائب عديدة في النصوص التي تنظم الإجراءات المتبعة أمام المحاكم، وعن نواقص تحد من الصلاحيات المعطاة للقاضي في هذا الشأن. فقد عانى المتقاضى كثيراً من بطء الإجراءات المرافقة لسير دعواه^(١)، الأمر الذي دفع البعض للقول أن هناك حياداً واضحاً "عن الغاية الأساسية التي وجدت من أجلها التدابير المستعجلة"^(٢). هذا من الناحية الإجرائية، أما من الناحية الموضوعية، شكى القاضي نفسه من وهن صلاحياته في اتخاذ بعض التدابير التي تخوله حماية جزء مهم من الحريات

(١) Fouletier Marjolaine; Le nouveau référé administratif; RFDA sept-oct. 2000; P. 963.

(٢) Casadei-jung M.-F.; Etude critique et comparative du référé administratif; Gaz. Pal. 1985, I, P. 279.

والحقوق التي يتمسك بها المدّعي، كما عانى أيضاً من عدم فاعلية بعض التدابير التي سمح له القانون بالحكم بها^(٣).

بقي الأمر كذلك حتى تاريخ ٣٠ يونيو (حزيران) ٢٠٠٠، اليوم الذي صدر فيه القانون^(٤) رقم ٥٩٧/٢٠٠٠ والذي قلب الطاولة على الإجراءات الوقتية

(٣) ROBERT J; La protection des libertés publiques par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat; Mélanges Chapus; Montchrestien 1992; P. 421

(٤) Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative aux procédures d'urgence devant les juridictions administratives; JO français 1er juillet 2000; P. 9948..

للتعرف على أبرز ملامح الظروف التي مهدت لصدور هذا القانون يراجع: **بلال عقل الصنديد**، نظرية "التعدي" في القضاء الفرنسي، تطورها والانقلاب عليها - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - ص (٢٧٣) - العدد الثاني - يونيو (حزيران) ٢٠٠٨. وملخص ذلك: أن النقاش حول حكم محكمة التنازع "Préfet de Police de Paris" هو ما مهد بشكل جدي لهذا التعديل التاريخي لقضاء الأمور المستعجلة الإداري. وفي التفاصيل أنه في ليل ٨ و٩/٨/١٩٩٧ رست باخرة، تعود ملكيتها إلى شركة ألمانية، في إحدى الموانئ الفرنسية بقصد البقاء بضع ساعات للتزود بالمستلزمات الضرورية لمتابعة السفر، كان من بين الموجودين على متنها شخصان من الجنسية المغربية حاولا النزول إلى الأراضي الفرنسية والبقاء عليها رغم أن أوراقهما الرسمية لا تسمح بذلك، فما كان من السلطات الفرنسية المختصة إلا أن اتخذت التدابير العملية التي منعتهما من ذلك، مستفيدة من حقها المنصوص عنه في المادة (٥) من المرسوم الصادر في ٢/١٠/١٩٤٥، غير أن هذه السلطات خالفت نص المادة (٣٥-٤) من المرسوم نفسه والتي تفرض على السلطات المختصة أن تحدد نقاط انتظار لائقة في الموانئ والمنافذ الحدودية؛ لينتظر فيها من وصل إلى الأراضي الفرنسية بشكل غير شرعي ريثما يتم ترحيله. في الواقع، أجبرت السلطات الفرنسية الشخصين المعنيين بالبقاء على متن الباخرة، ووضعت في نفس الوقت كل العقوبات العملية التي تمنع نزولهما إلى أرض المرفأ، وذلك لحين رحيل الباخرة المتوقع في ١٠/٨/١٩٩٧، نتيجة هذا الوضع قامت الشركة الألمانية برفع دعوى أمام قضاء الأمور المستعجلة العادي في باريس طالبة منه إجبار الإدارة الفرنسية على اتخاذ كل التدابير اللازمة لنقل الشخصين المعنيين إلى مراكز الانتظار المشار إليها في النص القانوني سابق الذكر، كما طلبت أيضاً إلغاء كل الإجراءات =

والتدابير المستعجلة لدى القضاء الإداري^(٥). بعد هذا التاريخ صار الكلام جائزاً

= والتدابير التي تحول دون تنفيذ ذلك. أسست الشركة دعواها على نظرية الفعل المادي التي تركز على وجود تعدد على الحريات الأساسية للأفراد أو على ملكيتها الخاصة للباخرة. La notion de la voie de fait تدخل المسافرين المغربيين في الدعوى وطالبا بتطبيق نظرية "الفعل المادي" بسبب منعهما من الاستفادة من أحكام المادة (٣٥) سابقة الذكر. اعتبر القاضي العادي أن تصرف الإدارة يشكل تعدياً على الحريات الأساسية للأفراد وتصرفها هذا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشكل تنفيذاً لأي سلطة أعطيت لها في هذا المجال، لم يرق هذا القرار لمحافظ باريس الذي لجأ إلى محكمة التنازع التي أيدت طلبه بإعلان عدم اختصاص القضاء العادي للنظر في القضية، فالمخالفة التي ارتكبتها الإدارة لا تشكل بنظر المحكمة تعدياً على الحريات الأساسية، وبالتالي يظل الاختصاص - وفق هذه الرؤية - معقوداً للقضاء الإداري لتصحيح الخلل. حولت القضية إلى القضاء الإداري فلم يجد المتقاضون في هذا القضاء ما يلبي رغبتهم في حفظ الحقوق المتنازع عليها بشكل فعال وسريع، ولم يبق لهم سوى اللجوء إلى أعمال أحكام المادة من قانون المحاكم الإدارية (CTACAA) التي تسمح للقاضي الإداري بوقف تنفيذ القرارات الصادرة عن الإدارة بشكل مؤقت ريثما يبت قاضي الأساس في مضمون الدعوى على ألا يتعدى القاضي في ذلك مهلة الثلاثة أشهر. وللأسف لم يكن تطبيق المادة (L.10) حلاً فعالاً للحالة المنظور فيها، وذلك لعدة أسباب... وهكذا بدأت المطالبات بتعزيز فعالية القضاء الإداري ولاسيما في مجال التدابير المستعجلة، ومنها تلك التي ترمي إلى حماية الحريات.

(٥) لقراءة شاملة حول الموضوع يراجع على سبيل المثال:

DUGRIP O.: Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives; JCP 22 décembre 1999; n° 51-52; P. 2281.

LABETOULLE D.; Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif; AJDA 1999; numéro spécial; P. 79.

Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence; RFDA sep-Oct. 2000; P. 941.

BOULISSET P.; Commentaire de la loi du 30 juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives; Annales des loyers n° 12; décembre 2000; P.1920.

Montpeillet I.; La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence; GP 8-9 septembre 2000; P. 25.

عن "ثورة" تشريعية^(٦) في هذا المجال، حيث أدخل المشرع على قضاء العجلة كثيراً من التعديلات الخاصة بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم، كما عزز الصلاحيات الممنوحة للقاضي المختص، ومن ذلك منحه صلاحيات جديدة في مجال حماية الحريات بصورة مستعجلة^(٧)، وهو ما عرف بموجب القانون

(٦) استعمل بعض الشراح لمشروع القانون في توصيفهم للأثار الإيجابية المنتظرة من القانون المرتقب عبارة "evolution"، وهي تعني "التطور" وذلك للتدليل على أهمية نصوصه ولاسيما في مجال حماية الحريات الأساسية والعامة. يراجع: DEYGAS e;forme attendue et redoutés administratifs une r[é]f[é]r[é]S.; La loi sur les r dures 1999; P. 3;Proc

كما استعمل البعض الآخر تعبير "الخطوة الأولى لجعل التدابير المستعجلة في القضاء الإداري أكثر فاعلية" Rouault (M-C) ; La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif; Dalloz 2001; n° 5; P. 398.

(٧) رغم التعديلات المهمة التي أدخلت في الأعوام (١٨٣٨، ١٩٢٦، ١٩٥٥ و ١٩٨٨) على النصوص المنظمة لقضاء الأمور المستعجلة الإداري في فرنسا، اعتبر القانون رقم ٢٠٠٠/٥٩٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣٠ نقطة تحول جوهرية في واقع التدابير المستعجلة والوقائية والتحفظية، وذلك لما أدخله من تعديلات مهمة ذات صلة بما يلي:

- الإجراءات الوقائية المتعلقة بإثبات الحالة والتحقق والإجراءات التحفظية (les référés: instruction, conservatoire et le constat d'urgence.)
- الإجراءات الوقائية والتحفظية في المرحلة التي تسبق انعقاد العقد (le référé-précontractuel).
- السلفة الوقائية (le référé provision) وهذا النوع من التدابير يخول قاضي الأمور المستعجلة الحكم بجزء أو بكل مبلغ الدين المتنازع به بشكل مؤقت ريثما تبث محكمة الأساس بأصل النزاع. يراجع بهذا الشأن بحثنا المنشور بعنوان "السلفة الوقائية" في القانون الإداري الفرنسي - مجلة الفتوى والتشريع في دولة الكويت - عدد ممتاز - صفحة ١٦٩ / يوليو ٢٠٠٦.
- ناهيك عن التعديلات التي طرأت على الشروط الموضوعية المتعلقة بصلاحيات قاضي الأمور المستعجلة الإداري في وقف نفاذ القرار الإداري (le référé suspension) سالف الذكر.

=

المذكور بتعبير (Le référé liberté). ونظراً لتعذر الترجمة الحرفية للعبارة، ولعدم وجود نظير لهذه التدابير في الأنظمة القضائية العربية، سيشار إليها طوال البحث بعبارة ((التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات)).

الواقع أن ((التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات)) دخلت دائرة التطبيق القضائي بعد أن حددت أبرز شروطها الموضوعية المادة 2-521 L من قانون القضاء الإداري الجديد CJA (Code de.) Justice Administrative، حيث يستمد من نصها أن هذا النوع من التدابير المستعجلة يسمح للقاضي الإداري، خلال مدة لا تتعدى الثماني والأربعين ساعة، باتخاذ كل التدابير (toutes mesures) الضرورية (nécessaires) والمؤقتة (provisoires) والتحفظية (conservatoires)، ومن ذلك وقف (suspension) القرار الإداري، أو فرض بعض التدابير والإجراءات على الإدارة (injonctions)، وذلك كله، يلزم اجتماع شروط موضوعية ثلاثة^(٨)، هي:

- توفر عنصر العجلة الماسة - أو عنصر الطارئ المحقق - Extreme - urgence.
- وذلك لوقف آثار تصرف، قامت به جهة إدارية أو شخص من أشخاص القانون الخاص الذين يديرون مرفقاً عاماً وذلك عند ممارسة اختصاص خولهم إياه القانون، ويحمل في طياته اعتداءً جسيماً ومبالغاً فيه، ويتسم بعدم مشروعية واضحة Agissement administratif portant une atteinte grave et abusive et une illégalité manifeste.
- على حرية من الحريات الأساسية Liberté fondamentale.

= - أما قضاء الأمور المستعجلة في مجال الحريات (le référé liberté) فهو ابتكار جديد لم يكن موجوداً قبل ٢٠٠٠/٦/٣٠ تاريخ صدور القانون ٢٠٠٠/٥٩٧ سالف الذكر.

(٨) وهذا ما اكده مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة، منها: C.E. 8 février 2001, G., n°229948- C.E. 19 avril 2002, H., n°245377

من أبرز المبررات التي دعت المشرع الفرنسي إلى إدخال ((التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات)) في منظومة القضاء الإداري الفرنسي، أن التطبيقات العملية لقضاء الأمور المستعجلة الإداري أثبتت عجزه عن اتخاذ التدابير اللازمة والسريعة لدفع الأخطار عن الحقوق الأساسية للمواطنين، وحماية حرياتهم المعتبرة عليها من قبل الإدارة، فلم يكن للمتضرر - والحال كذلك - إلا وسيلة اللجوء إلى القضاء العادي لتفعيل نظرية "الفعل المادي (La notion de la voie de fait) - التي تعرف أيضاً في بعض الترجمات بنظرية "التعدي" - عند توفر كامل شروطها^(٩). كان من شأن هذا الواقع أن يشعر المتقاضى بعدم جدوى القضاء الإداري في بعض الحالات؛ مما قلل الثقة به، وطرح الشكوك حول فاعليته في هذا الشأن، الأمر الذي استدعى تدخلاً من قبل المشرع لإعادة الأمور إلى مسارها الصحيح، وتعزيز الإجراءات والتدابير المستعجلة، الوقتية والتحفظية في القضاء الإداري، ومنها تلك المتعلقة بحماية الحريات الأساسية خاصة.

(٩) المبدأ، كما هو معروف في فرنسا وفي الدول التي تتبع نظامها القضائي، أن الجهات القضائية موزعة بين قضاء عادي يعقد اختصاصه لحل النزاعات التي تنشأ بين أشخاص القانون الخاص، سواء من الناحية المدنية (عقود - معاملات...) أو من الناحية الجزائية (جرائم وعقوبات...) أو للاحقة علاقات العمل (رب عمل - عمال - فصل تعسفي...) وقضاء إداري يختص بشكل عام في التصدي للنزاعات التي يكون أحد أشخاص القانون العام (الدولة - المؤسسات العامة - البلديات...) طرفاً فيها، وبخروج واضح عن هذا المبدأ، ظهرت نظرية التعدي - أي نظرية الفعل المادي - لتعامل الإدارة من خلالها معاملة أشخاص القانون الخاص، فتسقط عنها صفة السلطة العامة (La puissance publique) وتحاكم أمام القضاء العادي كجزء مبدئي للتعدي الجسيم والمبالغ فيه الذي تعدت من خلاله على إحدى الحريات أو الحقوق الأساسية للأفراد، دون أن يمكن ربط تصرفها بأي سند قانوني أو اختصاص يبرره، بهذا المعنى تركز القضاء العادي حامياً أساسياً لحقوق الأفراد من تجاوزات الإدارة المبالغ في عدم قانونيتها.

وفي سبيل تلمّس الأهمية الحقيقية للتدابير المستعجلة الخاصة بالحريات، والتحقق من صحة اعتبارها "ثورة" تشريعية من عدمه، كان لابد من البحث في أبرز الشروط المفروضة نصاً لإعمالها، مستفيدين - لتوضيح ذلك - من أبرز التطبيقات القضائية في هذا الشأن.

على ضوء ذلك قسّمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث رئيسية : خصّص المبحث الأول منها لمعالجة شرط (العجلة الماسة) Extreme Urgence - أو (الطارئ المحقق) حسب الترجمات المختلفة - وكرّس المبحث الثاني لمحاولة توضيح المقصود بعبارة التصرفات الإدارية Agissement administratif التي تحمل اعتداء جسيماً ومبالغاً فيه، وعدم مشروعية واضحة Portant une atteinte grave et abusive et une illégalité manifeste (الحريات الأساسية) Une liberté fondamentale، وهذه الأخيرة هي موضوع المبحث الثالث.

المبحث الأول شرط "العجلة الماسة" L'EXTREME URGENCE

ترجع جذور التدابير المستعجلة والمؤقتة Les procédures d'urgence إلى القضاء العادي وليس إلى القضاء الإداري، وقد نشأت في الأساس لتبلي - بشكل سريع وفعال - متطلبات الضرورة المرتبطة بعنصر العجلة، من خلال الحكم بتدابير تحفظية ومؤقتة من شأنها أن تحمي الممتلكات والحقوق الفردية وتحافظ على الإثباتات المرتبطة بها، وذلك لحين الفصل في أصل الدعوى الموضوعية من قبل محكمة الأساس، وعلى ضوء ذلك اعتبر عنصر (العجلة L'urgence) - أو عنصر (الطوارئ) حسب بعض الترجمات - من "المفاهيم الأساسية والضرورية التي تبرر اتخاذ أي تدبير مؤقت أو احتياطي"^(١٠) في القضاء العادي، الأمر الذي كرره الباحثون في هذا المجال^(١١).

كما هو الحال في القضاء العادي، يظهر تأثير عنصر (العجلة) في قضاء الأمور المستعجلة الإداري على أكثر من وجه، فالإجراءات والمهل المتبعة في هذا النوع من التقاضي عادة ما تكون قصيرة ولا تعرقها الشكليات والإجراءات المعقدة^(١٢). كما أن مبدأ تعددية القضاة الذي تستلزمه إجراءات التقاضي العادية يختفي في قضاء الأمور المستعجلة لمصلحة وجود قاضي منفرد يبت في

(١٠) GIVERDON (C); Procédure ; Juris.-clas.; fasc. 233, n° 10

(١١) يراجع على سبيل المثال:

Cezar-Bru Ch. et autres ; Jurisdiction du Président du Tribunal; tome I; Des référés; 1970; p.35.

Guizard ; Le juge des référés; Th. Montpellier 1923; 51.

(١٢) يراجع في هذا الإطار:

Dugrip O.; Les procédures d'urgence dans les juridictions administratives; Thèse Paris II 1986.

CHEVALLIER-GOVERS C.; Le président du tribunal administratif au secours de la célérité de la justice administrative; GP 16-17 juin 2000; P. 3.

المسألة المطروحة عليه دون أن يدخل في أساس الموضوع ودون أن يعرقله في عمله عبء إقناع القضاة الآخرين أو التداول معهم كما هو الحال في محاكم الأساس^(١٣).

الواقع، أن عنصر (العجلة) شكّل تقليدياً "روح التدابير المؤقتة والمستعجلة في القضاء الإداري"^(١٤)، وهو "السمة الأساسية"^(١٥) التي تميزها عن غيرها من التدابير والإجراءات القضائية، إلا أنه ومع مرور الزمن وتبدّل المفاهيم، تخلّى المشرّع الفرنسي عن هذا العنصر كشرط موضوعي للحكم ببعض التدابير المستعجلة، لكن هذا التخلي الجزئي لم يبلغ المدى الذي يسمح بالقول أن هناك تحولاً جذرياً في المسار الذي سلكه القضاء الإداري الفرنسي في كثير من أحكامه، والذي أكد من خلاله الثبات على خطه في التحقق من وجود شرط (العجلة) قبل الحكم بأي تدبير مؤقت أو تحفظي^(١٦).

ورغم التخلي الجزئي واللافت عن هذا الشرط في القانون رقم ٥٩٧/٢٠٠٠ سابق الذكر، فيما يتعلق ببعض التدابير المؤقتة والتحفظية^(١٧)، بقي الحكم في البعض الآخر - أي التدابير المسمّاة "التدابير الطارئة أو المستعجلة" Les référés d'urgence^(١٨)، ومنها التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات - رهن توفر حالة (عجلة ماسة) "يقع عبء إثباتها بموجب نص المادة (R.522-1) من

(١٣) HAIM (V) ; L'écrit et le principe du contradictoire dans la procédure administrative contentieuse; AJDA 1996; P. 715.

(١٤) Auby J.-P. et Drago R.; Traité de contentieux administratifs; 3ème édit. 1984 tome II; P.47.

(١٥) **عنيسي (ي):** قضاء الأمور المستعجلة الإداري، رسالة دبلوم - الجامعة اللبنانية، بيروت، سبتمبر ٢٠٠١، ص ١٨.

(١٦) CHAPUS (R); Rapport de synthèse; Gaz. Pal. 6 juin 1985; P.317

(١٧) Le référé instruction, le référé provision, le constat d'urgence, le référé pré-contractuel et les référés spéciaux.

(١٨) Les référés d'urgence: le référé-conservatoire, le référé-suspension et le référé-liberté.

قانون القضاء الإداري الجديد CJA على من يدعيها^(١٩). وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة^(٢٠).

اتفق الذين كتبوا بشأن التدابير المستعجلة، من فقهاء وشرّاح ومعلقين ومفوضي حكومة^(٢١)، على وجوب أن تكون حالة (العجلة) التي تبرر اتخاذ التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات "عجلة ماسة أو محدقة". ومن جانبه بيّن القضاء الإداري الفرنسي، في معرض تطرقه لعبارة (العجلة الماسة) بأن "الحكم بالتدابير الخاصة بالحريات يفرض وجود تعدّد جدّي على الحرية موضوع الحماية؛ مما يحتم الضرورة في الاستعجال باتخاذ التدابير التي تمنع أو تكف الضرر أو التي تحافظ على الحرية المعتبرة عليها^(٢٢)". بمعنى أن هناك حاجة ضرورية وعاجلة لاتخاذ التدابير المناسبة في وقت لا يتجاوز مهلة

Bachelier G.; Le référé-liberté; RFDA mars-avril 2002; P. 261. (١٩)

C.E. 23 mars 2001, Société Lidl, n°231559. (٢٠)

C.E. 10 novembre 2004, M. Yusuf B... et Mlle Anne-Marie R..., n°273847.

C.E. 23 janvier 2004, M. K..., n°253290- C.E. 12 février 2007, Mme X..., n°301352.

Touvet L.; Le référé-suspension et le référé-liberté fondamentale; Conclusion sous CE 19 janvier 2001 Confédération nationale des radios libres et CE 18 janvier 2001 Commune de Venelles (Bouches-du-Rhône); RGCT n° 16 mars - avril 2001; P.780 et CJEG n° 575 avril 2001; P.16. (٢١)

Collin P. et Guyomar M.; Le droit de mener une vie familiale normale constitue une « liberté fondamentale » au sens des dispositions de l'article L.521-2 du Code de justice administrative; Notes sous CE sect. 30 octobre 2001; Ministre de l'intérieur c./ Mme Tliba; req. n° 238211; AJDA 20 décembre 2001; P. 1054.

Ghevoontian R.; Le référé-liberté: une procédure prometteuse; Note sous CE 24 février 2001; Dalloz 2001; n° 22; P. 1748. (٢٢)

Salma S. et Morri J. note sur CE 12 janvier 2001; Mme Hyacinthe; n° 229039; D. 2001; P. 526. DA avril 2001; P.33 et AJDA 20 juillet 2001; P. 589.

Vandermereen R.; La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif; AJDA 20.

الثمانى والأربعين ساعة المنصوص عليها في المادة (1-522.R) من قانون القضاء الإداري الجديد^(٢٣).

وفي هذا النطاق، يلاحظ أن قضاء الأمور المستعجلة تصدى لمسألة التحقق من حالة (العجلة الماسة) من باب تحليله للوقائع؛ ليستنتج منها وجودها من عدمه، وليستنتج درجة الاستعجال في اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الحرية موضوع النزاع، كما تصدى القاضي لمسألة تقييم تصرفات الأطراف في الدعوى في المرحلة التي سبقت المسار القضائي أو خلاله، وذلك لتقدير مدى استعجالهم أو تراخيهم في طلب التدابير المستعجلة، بما قد يوفّر بعض الدلالات على وجود أو نفي حالة الاستعجال المرتبطة بالنزاع.

فقد حكم قاضي الأمور المستعجلة الإداري بأن هناك (عجلة ماسة) تستوجب اتخاذ كل التدابير الضرورية التي تحمي الحريات الأساسية للمتقاضي في الحالة التي ثبت فيها أن الإدارة امتنعت عن تسليم إيصال لشخص تقدم بطلب للجوء السياسي، مما يجعله - بشكل جدي - عرضة لبعض الإجراءات والتدابير الإدارية التي قد تؤدي إلى ترحيله عن الأراضي الفرنسية^(٢٤). وكذلك الحال فيما يتعلق بثبوت تراخي موظف حكومي بدراسة ملف أجنبي طلب تمديد إقامته على الأراضي الفرنسية بشكل استثنائي يسمح به القانون، الأمر الذي يجعل الشخص المعني أمام خيارين: إما الرحيل العاجل عن فرنسا رغم حاجته الماسة للبقاء على أراضيها، أو الإقامة فيها بصورة غير شرعية، وفي كلتا الحالتين هناك ضرر محقق سيقع على عاتق هذا الشخص^(٢٥). وفي تطبيق قضائي آخر حكم أن (العجلة الماسة) تتوفر في حالة تساهل أو امتناع الإدارة

(٢٣) C.E. 28 février 2003, commune de Pertuis, n°254411- C.E. 16 juin 2003, Mme H.-K., n°253290- C.E. 9 mars 2007, M.G... et section française de l'Observatoire international des prisons, n°302182.

(٢٤) CE 12 novembre 2001; Ministre de l'Intérieur c./ Mlle Béchar; n° 239794.

(٢٥) CE 2 avril 2001; Ministre de l'Intérieur c./ Consorts Marcel; n° 231965; DA juin 2001; P. 31.

عن إعادة جوازات السفر وبطاقات الهوية لمجموعة من المواطنين الذين سحبت منهم في ظروف معينة، الأمر الذي يمكن أن يعرقل المسار الطبيعي لحياتهم اليومية، ويعرضهم لكثير من العواقب والمخاطر التي هم بالغنى عنها^(٢٦). إضافة إلى كل ما سبق، اعتبر القاضي أن هناك (عجلة ماسة) للتصدي لقرار إقفال مؤسسة تجارية في الوقت الذي يرتفع فيها "حجم المبيعات إلى حد مرتفع"^(٢٧)، أو في الوقت الذي يكون فيه الوضع المالي للمؤسسة في حال جيدة^(٢٨)، وكذلك الحال بشأن التصدي لقرار منع الدخول إلى مؤسسة معينة خلال فترة زمنية طويلة من النهار^(٢٩). كما أن المصلحة التي تقتضيها حاجة المدعي الماسة للسكن أو لفتح مؤسسته التجارية تجعل من طلبه محققاً لعنصر (العجلة الماسة)^(٣٠).

وعلى العكس فقد وجدت المحاكم أن عنصر (العجلة الماسة) لا يتوفر في كثير من الحالات التي يمكن تصنيفها ضمن ثلاث خانات أساسية، وفق ما يلي:

فمن جهة أولى ينتفي (عنصر العجلة) حين يتضح من الوقائع وجود ظروف أو أحداث من شأنها أن تنفي ضرورة الاستعجال باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على الحقوق والحريات موضوع النزاع، فقد اعتبر القضاء الإداري الفرنسي أن قيام الإدارة بتأمين مكان للصلاة لجمعية إسلامية يكون بديلاً عن البناء المتصدع الذي جرت العادة أن تقام فيه الصلاة، والذي قررت الجهة المختصة هدمه حفاظاً على السلامة العامة، من شأنه أن ينفي (العجلة الماسة) عن

CE 21 août 2001; Mme Manifold; n° 237385. (٢٦)

C.E. 16 août 2004, ministre de l'intérieur, n° 271148. (٢٧)

C.E. 2 juillet 2003, société Outremer Finance Limited, n°254536. (٢٨)

C.E. 26 novembre 2004, commune de Wingles, n°274226. (٢٩)

C.E. 31 mai 2001, commune d'Hyères-les-Palmiers, n°234226. (٣٠)

C.E. 27 septembre 2002, SCI Stephaur, n°243338.

C.E. 25 octobre 2002, Mme Hélène X..., 249568

C.E. 14 mars 2003, commune d'Evry, n°254827

C.E. 30 janvier 2009, M. B..., n°324344.

موضوع الطلب المستعجل الذي تقدمت به الجمعية المعنية لوقف هدم المبنى؛ ذلك لأن "المبنى البديل يوفر للمسلمين - مواطنين وغير مواطنين - موقعاً مناسباً للصلاة داخله، مما يدفع الادعاء بعدم احترام السلطات الفرنسية لحريتهم بالعبادة وممارسة شعائرهم الدينية المكفولة بموجب النصوص الدستورية والقانونية الفرنسية" (٣١).

ومن جهة ثانية فإن تصرفات المتقاضي ومدى مساهمته في الآثار السلبية الناتجة عن تصرفات الإدارة موضوع شكواه من شأنها أن تنزع صفة (العجلة الماسة) عن طلباته (٣٢). فقد انتهى القضاء إلى أن خطأ المدعي المتمثل بتراخيه عن إصدار أو تجديد جواز سفره لا يخول القاضي بإجبار الجهة المسؤولة على وجوب اتخاذ الإجراء المناسب الذي يسمح للمدعي بالمحافظة على حقه الأساسي في حرية الانتقال إلى خارج الحدود الفرنسية (٣٣). وهذا ما ينطبق أيضاً على تقاعس والد أجنبي عن استصدار إقامة قانونية لمولوده الجديد تخوله البقاء على الأراضي الفرنسية بصورة شرعية (٣٤)، وكذلك الأمر بشأن القبول الضمني المتمثل بعدم اعتراض المدعي على قيام الإدارة ببعض النشاطات العمرانية على عقار يخصه، رغم أنها اتبعت في ذلك إجراءات مشكوك في مشروعيتها (٣٥). وهذا ما ينطبق على سكوت المدعي غير المبرر عن قيام جهة حكومية بإنشاء بعض الأبنية على أرضه دون أن تستعملها أو تستفيد منها للمصلحة العامة (٣٦)، وكذلك فيما يتعلق بتجاهل المدعي لقرار إقفال محطته

(٣١) CE 10 août 2001 ; Association la mosquée; n° 237004.

(٣٢) - C.E. 3 janvier 2003, ministre de l'intérieur c/ société Kerry, n°253001- C.E. 7 février 2006, M. A..., n°289835.

- C.E. 28 mars 2008, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, n°314368.

(٣٣) C.E. 13 septembre 2004, MM. Salif et Yayah S..., n° 271609,271707. CE 9 janvier 2001; Deperthes; n° 228928; DA avril 2001; P. 33

(٣٤) C.E. 23 décembre 2005, Mme Edith C..., n°288307.

(٣٥) CE 22 oct. 2001; Gonidec, n° 239165.

(٣٦) CE 21 août 2001; Mme Maniford; n° 237385.

الإذاعية الذي أحيط به علماً منذ فترة ليست وجيزة سبقت تنفيذه^(٣٧). وفي حكم - أحدث نسبياً - اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية في مدينة "نانت" (Nantes) التي حكمت من خلال التدابير المستعجلة لصالح أجنبي يطلب اللجوء السياسي إلى فرنسا، لا يتفق مع صحيح القانون؛ وذلك لأن فعل المدعي العمدي الذي لم يخول الجهة الإدارية من أخذ بصمات أصابعه، يعتبر خطأ جسيماً من قبله يستوعب أي خطأ للإدارة في مجال إبعاده عن الأراضي الفرنسية، أو رفض طلبه باللجوء السياسي^(٣٨).

ومن جهة ثالثة اعتبر القضاء أن حالة (العجلة الماسة) تنتفي عند تقصير المدعي في إثبات تحققها في وقائع النزاع، وكذلك عند تراخيه بإثبات مدى خطورة الآثار الناتجة عن هذه الحالة، فقد رفض القاضي الحكم للمدعي بما طلب من اتخاذ تدابير مؤقتة ومستعجلة؛ لأنه لم يثبت أن تقصير الإدارة في رفع الأنقاض الناتجة عن بعض الأشغال العامة من شأنه أن يضر جدياً في مصلحته، "فحين يكتفى المدعي بالطلب من القاضي باتخاذ كل التدابير الضرورية لدرء خطر محقق أو رفعه عنه، دون أن يبين أي عنصر موضوعي أو ملموس يثبت وجود حالة تبرر اتخاذ مثل هذه التدابير، من شأن ذلك أن ينفي صفة (العجلة الماسة أو المحدقة) عن الوقائع التي أسس عليها طلباته"^(٣٩).

ويضاف إلى كل ما سبق أن القاضي الإداري، في أحكام تسترعي الانتباه، أكد وجوب النظر - ليس فقط إلى آثار التعدي على الحريات الأساسية بالنسبة للأشخاص والتي هي دائماً سلبية بنظرهم - إنما أيضاً وجوب الأخذ بالاعتبار متطلبات المصلحة العامة التي تبرر اتخاذ التصرف الإداري موضوع التعدي، أو تخفف من وطأة عدم مشروعيته. وبناء على ذلك فإن الحفاظ على "المصلحة

(٣٧) CE 26 mars 2001; Association radio « 2couleur »; n° 231736.

(٣٨) CE, ord. réf., 2 novembre 2009, Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ Mme Tekle Gikidan, n° 332890.

(٣٩) CE 23 mars 2001; Société Lidl; n° 231559; BJD 2/2001; P. 111.

العامة^(٤٠) " و "أمن المقيمين في عمارة سكنية^(٤١) " وكذلك " احترام مقتضيات المصلحة العامة في قانون العمل^(٤٢) " غلبت في المفاضلة القضائية على كل أثر سلبي نتج عن التعدي على حريات وحقوق أخرى، وفي هذا الإطار أكد مجلس الدولة الفرنسي حكم قاضي الأمور المستعجلة الإداري في مدينة فارساي "Versaille" الذي اعتبر أن "النشاط الاقتصادي في مؤسسة تجارية خاصة، والتي يعتبر نشاطها مهماً في مسار الحركة والمنفعة الاقتصادية، تفوق أهمية حماية استمراريته على رعاية حقوق العمال المضربين عن العمل" والذين كانوا عرضة لبعض الإجراءات والتدابير الإدارية التي اتخذها المحافظ بحقهم^(٤٣). وبالرؤية نفسها ولكن بمنطق معاكس، وفي حكم خاص بحق التجمع، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن حرمان أحد الأحزاب الفرنسية (الجبهة الوطنية Front National) من إقامة فاعلية شعبية معينة، يعتبر مساساً بحريتي الاجتماع والتجمع خاصة أنه "ليس هناك أي ضرورة يتطلبها النظام العام تبرر قرارات المنع^(٤٤)" التي اتخذتها الإدارة المحلية المعنية.

(٤٠) C.E. 27 novembre 2002, SCI Résidence du théâtre, n°251898- C.E. 26 mai 2003, Gaz de France, n°251726.

(٤١) C.E. 9 décembre 2004, commune de Béziers, n°274852.

(٤٢) C.E. 9 décembre 2003, Mme Céline X. et autres, n°262186.

(٤٣) CE, ord., 27 oct. 2010, M. Stéphane L. et autres, req. n° 343966.

(٤٤) CE, 19 août 2002, Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL).

المبحث الثاني

تصرف إداري يحمل في طياته اعتداء جسيماً ومبالغاً فيه وعدم مشروعية واضحة

Agissement administratif portant une atteinte grave et abusive et une illégalité manifeste

يرتكز الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا على مسلّمة أساسية ومبدئية مفادها أنه ليس كل تصرف من تصرفات الإدارة - وإن نتج عنه مساساً بإحدى الحريات الأساسية- من شأنه أن يحقق اختصاص القضاء المستعجل الإداري في اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الحريات الأساسية^(٤٥). فقد اشترطت المادة (L.521-2) من قانون القضاء الإداري الجديد أنه لا يمكن الحكم بأي تدبير مستعجل - مؤقت أو تحفظي - في مجال الحريات الأساسية إلا على أثر "تصرف إداري يحمل في طياته اعتداء جسيماً ومبالغاً فيه وعدم مشروعية واضحة، قام به شخص عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص يدير مرفقاً عاماً بمناسبة تنفيذ الصلاحيات الممنوحة له قانوناً".

بمعنى آخر يعتد فقط في هذا الإطار بكل قرار أو فعل أو امتناع إداري مبالغ في عدم مشروعيته، اتخذ بمناسبة تنفيذ إحدى الصلاحيات الممنوحة قانوناً للأشخاص المشار إليهم فيما سبق، وفي هذا الإطار من المفيد الإضاءة على الفارق بين تصرف الإدارة الذي يمكن معه إعمال نظرية الفعل المادي^(٤٦) La notion de voie de fait وبين التصرف المعتقد به في مجال

(٤٥) Ghevontian R.; Le référé-liberté: une procédure prometteuse; Note sous CE 24 février 2001; Dalloz 2001; n° 22; P. 1748.

Salma S. et Morri J. note sur CE 12 janvier 2001; Mme Hyacinthe; n° 229039; D. 2001; P. 526. DA avril 2001; P.33 et AJDA 20 juillet 2001; P. 589.

(٤٦) لا نتفق مع بعض الكتّاب الفرنسيين الذي كتبوا في معرض تعليقهم على مشروع القانون الذي أصبح فيما بعد القانون رقم (٥٧٩/٢٠٠٠) أن "التدابير المستعجلة في =

البحث. فالنظرية الأولى تشترط أن يكون الضرر ناتجاً عن فعل مادي تقوم به الإدارة، رغم عدم إمكانية ربطه بأي سند قانوني أو صلاحية أو اختصاص يكون لها في هذا الشأن، بينما في تطبيق "التدابير المستعجلة في مجال الحريات" يشترط أن يكون الفعل أو التصرف الذي قامت به الإدارة هو من صلب اختصاصاتها، واتخذ في معرض تنفيذ الصلاحيات.

من اللحظة الأولى لصدور القانون رقم ٥٧٩/٢٠٠ المشار إليه، ظهر التساؤل حول التفسير الذي يمكن أن يعطى لتعبير "الاعتداء الجسيم المبالغ فيه وبعدم مشروعيتها"، فانبرى السيد فاندرميرين Vandermereen ليصف عدم المشروعية المقصودة بأنها تقع في حد وسطي بين التصرف أو القرار غير المشروع الذي يخضع في الرقابة عليه إلى صلاحيات محاكم الأساس الإدارية من جهة، وبين الاعتداء الجسيم الذي لا يمكن ربطه بأي سلطة أو صلاحية للإدارة التي تحاسب في هذه الحالة أمام القضاء العادي وليس أمام القضاء الإداري تطبيقاً لنظرية الفعل المادي La notion de voie de fait، من جهة أخرى^(٤٧).

وعلى نهج الواقعية و"البراغماتية" امتنع قاضي الأمور المستعجلة الإداري في هذا الإطار من أن يضع لائحة بالتصرفات التي يمكن أن تفعل

= مجال الحريات هي الوجه الآخر لنظرية الفعل المادي، إنما أمام القضاء الإداري"، ونحن نعتقد أن كلا التدبيرين مكمل للآخر لأنهما يختلفان في العمق لناعية تحقق بعض شروطهما الموضوعية: يراجع في هذا الإطار: **بلال عقل الصنديد**، نظرية "التعدي" في القضاء الفرنسي، تطورها والانقلاب عليها - مجلة الحقوق- جامعة الكويت - ص. (٢٧٣) - العدد الثاني/ يونيو (حزيران) ٢٠٠٨. ويقصد بنظرية التعدي ما يعرف في كثير من الكتب الفقهية العربية بنظرية "الفعل المادي".

ROUAULT (M- C); Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives: un pas vers l'institution d'un véritable juge administratif de l'urgence; LPA. 3 août 1999; n°153; P. 9.

Vandermereen R.; La réforme des procédures d'urgence devant le juge (٤٧) administratif; AJDA 20.

اختصاصه في مجال البحث^(٤٨). فبعد أن ينظر في وقائع كل حالة على حدة، يقوم باستنتاج مدى الجسامة والمبالغة في عدم المشروعية المتحققة في اللحظة التي يحكم بها^(٤٩)، معتمداً في ذلك على بعض المعايير والأسس التي يمكن جمعها تحت مظلة أربعة عناوين رئيسية هي :

- واقع النزاع وتصرفات أطرافه.
- طبيعة العمل أو التصرف الإداري بذاته.
- أثر التصرف الإداري المشكو منه على الحرية موضوع النزاع.
- الأخذ بالاعتبار مقارنة المشرع للحريات موضوع النزاع.

فمن ناحية أولى، تفحص القاضي الوقائع أو تصرفات الخصوم ليستنتج منها أن هذه الحالات لا تستدعي اتخاذ أي من التدابير المستعجلة الممكن اتخاذها في مجال الحريات، واكتفى بهذا الإطار، من خلال تعابير مختصرة وغير مفصلة، بالإشارة إلى أن دراسته للوقائع تثبت أن تصرف الإدارة لا يبرر إعمال "التدابير المستعجلة في مجال الحريات"^(٥٠). وهذا بالفعل ما ورد في الحكم الصادر بشأن قرار رفض تسليم إيصال يتعلق بطلب أحد الأشخاص للجوء السياسي إلى فرنسا^(٥١). وكذلك الحال فيما يتعلق بقرار رفض تجديد إقامة على الأراضي الفرنسية^(٥٢) ورفض تجديد جواز سفر^(٥٣)، وفيما يتعلق

(٤٨) C.E. 28 février 2001, M. Robert C..., n°229163 - C.E. 4 octobre 2004, société Mona Lisa Investissements et autres, n°264310.

(٤٩) C.E. 8 juin 2005, commune de Houilles, n°281084.

(٥٠) C.E. 17 avril 2002, M. M..., n° 245283.

C.E. 16 août 2004, ministre de l'intérieur, n° 271148.

(٥١) CE 12 novembre 2001; Ministre de l'Intérieur c./ Mme Farhoud ; n° 23979 et CE 12 janvier 2001; Mme Hyacinthe; n° 229039; D. 2001; P. 526. DA avril 2001; P.33 et AJDA 20 juillet 2001; P. 589; note Salma S. et Morri J.

(٥٢) CE 8 novembre 2001; Kaigisiz; n° 239734.

(٥٣) CE 9 janvier 2001; Deperthes; n° 228928; DA avril 2001; P. 33

بقرار الإقفال المؤقت لإحدى الجمعيات التي تعنى بالمعوقين^(٥٤). وكذلك فيما يتعلق بوضع الركاب الناتج عن بعض الأشغال العامة أمام أحد المتاجر^(٥٥). وفي حكم حديث، أكثر وضوحاً، لم يتفق مجلس الدولة-الذي انعقد كمحكمة تمييز إدارية- مع ما ذهب إليه المحكمة الإدارية باجبارها إدارة مدرسة حكومية - بصورة عاجلة- على تعيين مساعد متخصص لمعاونة طالب من ذوي الاحتياجات الخاصة، ويظهر من وقائع القضية أن الطالب (Théo)، وهو من ذوي الاحتياجات الخاصة، كان يعاونه في المدرسة شخص "متخصص في المساعدة المدرسية" (AVS) Auxiliaire de vie scolaire تعيينه المدرسة الحكومية لهذا الغرض. ونتيجة لاستقالة هذا الشخص من منصبه حرم الطالب من كل مساعدة كان يقدمها له، مما دفع نويه للجوء إلى قضاء الأمور المستعجلة الإداري لإجبار الإدارة - من خلال تفعيل المادة (L.521-2) من قانون القضاء الإداري الجديد - على تعيين بديل للشخص المستقيل على وجه السرعة، وقد لبّت المحكمة الإدارية هذا الطلب، إلا أن مجلس الدولة رفض هذا التوجه القضائي على اعتبار أن "الإدارة في المدرسة الحكومية المعنية بذلت جهداً واضحاً لتعيين بديل للمستقيل ولم توفق بذلك، يضاف إلى أن الطالب لا يدخل ضمن الفئة السنوية للخاضعين للتعليم الإلزامي"، وبالتالي خلص الحكم إلى أن "تصرف الإدارة هذا لا يشكل مساساً جسيماً في حقوق وحرّيات المدعي الأساسية"^(٥٦).

ومن ناحية ثانية، فقد كانت نظرة القاضي إلى طبيعة وماهية القرار أو التصرف موضوع النزاع هي الدافع والمحرك الرئيسي له للحكم بالتدابير المستعجلة في مجال الحريات من عدمه، حتى أن بعض قضاة الأمور

(٥٤) TA Dijon; 2 mars 2001; Préfet de l'Yonne; n° 010750; AJDA 20 septembre 2001; P. 783; note Laidié Y.

(٥٥) CE 23 mars 2001; Société Lidl; n° 231559; BJD 2/2001; P. 111.

(٥٦) CE 15 décembre 2010, Ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la vie associative, n° 34472

المستعجلة ذهبوا في نصرة الحريات إلى مرحلة جعلتهم يتخطون مرحلة النظر إلى طبيعة التصرف الإداري المشكو منه إلى البحث في الأسباب والدوافع التي تقف وراءه أو ترتبط به. بمعنى آخر إذا كانت طبيعة التصرف الإداري لا يشوبها - قانوناً - أي شائب يبرر للقاضي الحكم بالتدابير المستعجلة المتعلقة بالحريات، انصرف بعض القضاة للبحث في مشروعية مبررات وأسباب التصرف أو القرار الذي يمس الحرية الأساسية موضوع النزاع، وعليه فقد حكم أنه إذا كان لا يمكن اعتبار قرار الإدارة بإقالة أحد الموظفين من القرارات التي تمس أساساً - حسب طبيعتها - بالحريات العامة فإنه "لا شيء يمنع عند البحث في المبررات أو الأسباب التي دفعت إلى اتخاذ مثل هذا القرار أن يستنتج مساسه بإحدى الحريات الأساسية"^(٥٧)، وهذا ما حكم به قاضي الأمور المستعجلة بشأن قرار رفض إجازة مرضية لأحد العاملين في القطاع العام^(٥٨)، وبشأن القرارات التنظيمية التي اتخذتها الإدارة فيما يتعلق بحرية الاستثمار، وحرية استعمال الأملاك الخاصة، وحرية التعاقد^(٥٩).

ومن ناحية ثالثة، فإن القاضي اعتمد في قياسه لمدى عدم مشروعية التصرف المشكو منه على تقديره للنتائج والآثار المترتبة عليه بشأن الحرية المطلوب حمايتها، وفي هذا الإطار فقد حكم بأن التصرف الذي أخبرت من خلاله الإدارة بحرية الشخص بالعيش مع أسرته، والذي لا يمكن وقف تنفيذ قضائياً - هو تصرف مبالغ في عدم مشروعيته لعدم وجود أي حماية قضائية للمتضرر غير التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات^(٦٠)، وهذا ما حكم به أيضاً

(٥٧) CE 28 février 2001; Casanovas; RFDA 2001; P. 399; conclusion Fombeur et AJDA 20 novembre 2001; P. 971; note Legrand I. et Laetitia J.

(٥٨) CE 28 mai 2001; Raut; n° 230888.

(٥٩) CE 12 novembre 2001; Commune de Montreuil-Bellay ; n° 122001.

(٦٠) C.E. 5 mars 2002, F., n°243725.

بخصوص قرار طرد أجنبي من الأراضي الفرنسية، لما يشكله هذا التصرف من آثار سلبية على حياة المطرود واستقراره الأسري^(٦١).

ومن ناحية رابعة وأخيرة، فإن القاضي أخذ بالاعتبار مقارنة المشرع إلى الحريات موضوع النزاع، بمعنى أنه تفحص الحالة المعروضة عليه من خلال التشريعات المتعلقة بها، آخذاً بالاعتبار القيود التي يضعها المشرع ذاته على ممارسة هذه الحريات، أو على العكس ينظر إلى الأبواب التشريعية الأخرى التي تفتحها النصوص القانونية أمام المدعي للوصول إلى مراده، رغم وجود التصرف الإداري المشكو منه. وبناء على ذلك نلاحظ تمسك القاضي بالقيود التي وضعها المشرع على حرية ممارسة التجارة دون ترخيص أو تلك القيود الخاصة بممارسة المهن، وذلك على حساب طلب المدعي منه اتخاذ التدابير العاجلة التي تخوله ممارسة بعض الأعمال^(٦٢). وكذلك الحال بالنسبة لحرية ممارسة العمل في مفاضلتها مع القيود التشريعية في هذا الشأن^(٦٣)، والمنطق نفسه ينطبق في شأن القوانين الخاصة بالتنظيم المدني، حيث اعتبر القاضي أن حرية الشخص في تملك عقار والبناء عليه، تحدّها حقوق أخرى للغير وقيود تفرضها متطلبات المنظر الحضري العام^(٦٤). وكذلك اعتبر القاضي في مقاربتة

(٦١) CE 30 octobre 2001: Ministre de l'intérieur c./ Mme Tliba; req. n° 238211; RFDA 2001; mars-avril 2002; concl. De Silva- C.E. 30 octobre 2001, ministre de l'intérieur c/ Mme Nabiha X..., n°238211- C.E. 5 mars 2002, X..., n°243725.

(٦٢) C.E. 1^{er} mars 2002, M. Xavier B..., n°243651 - - C.E. 25 avril 2002, société Saria Industries, n°245414 C.E. 29 avril, département du Var, n°266902: C.E. 4 novembre 2004 - C.E. 4 octobre 2004, société Mona Lisa investissement et autres, n°264310.

(٦٣) C.E. 3 mai 2005, confédération française des travailleurs chrétiens, n°279999 - C.E. 4 octobre 2004, société Mona Lisa Investissements et autres, n°264310.

(٦٤) C.E. 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, 239840- C.E. 12 novembre 2001, commune de Montreuil-Bellay, n°239840 - C.E. 11 octobre 2001, commune de Saint-Bauzille-de-Putois, n°238869.

للنزاع المطروح عليه أن المتطلبات التشريعية الخاصة بحماية الصحة العامة تستحق الرعاية أكثر من مطالبات المدّعي المشروعة والمرتبطة بهذا الشأن^(٦٥). تبقى الإشارة إلى أن أي تصرف أو قرار إداري - وإن كان غير مشروع - ليس فيه مساس بإحدى الحريات الأساسية بشكل مباشر، لا يعتبر مبالغاً في عدم مشروعيته، هذا ما ذهب إليه قاضي الأمور المستعجلة الإداري بالنسبة لقرار رفض رئيس المجلس البلدي لأحد التجمعات السكنية بدعوة أعضاء المجلس للاجتماع، باعتبار أن هذا القرار "لا يمس بحرية التعبير الخاصة بأعضاء المجلس البلدي، كما لا يمس بحق الانتخاب وحق التمثيل الشعبي" التي تصنف جميعها على أنها من الحريات الأساسية^(٦٦). هذا ما يقودنا للبحث في تحديد الحريات الأساسية التي يشملها تطبيق التدابير المستعجلة في مجال الحريات.

C.E. 29 avril 2004, département du Var, n°266902.

(٦٥)

CE sect.18 janvier 2001; Commune de venelles; AJDA 2001; chron. Guyomar et Collin; P. 153. RFDA 2001; concl. Touvet P. 378 et note M. Verpeaux; P. 681

(٦٦)

المبحث الثالث

المساس بإحدى " الحريات الأساسية "

L'ATTEINTE A UNE LIBERTE FONDAMENTALE

لعل أبرز ما يجب معرفته لتطبيق التدابير المستعجلة في مجال الحريات هو ماهية ونطاق الحريات التي تشملها النصوص المنظمة لهذه التدابير. الواقع أن هذه المسألة ليست بالسهولة التي يمكن أن يتصورها البعض، ذلك لأن تجربة نظرية " الفعل المادي " التي تطبق في القضاء العادي لحماية الحريات الأساسية والملكيات الخاصة المعتدى عليها من قبل الإدارة، لم تكن واضحة المعالم بشأن تحديد الحريات المشمولة بهذه الحماية، فلم يتفق الفقه ولا الاجتهاد في هذا المجال على وضع لائحة أو حتى معايير موحدة تسهل من عملية تحديد الحريات الأساسية موضوع الحماية القضائية^(٦٧). وقد وجد المشتغلون في القانون أنفسهم أمام العديد من التعابير المتقاربة والمتشابهة في المعنى وفي الاصطلاح مما سبب باختلاط المفاهيم في هذا المجال.

فمن جهة، نقرأ في نص المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي أنه يعود للقانون وحده حق تنظيم ممارسة الحريات العامة (Les libertés publiques)، الأمر الذي يعطي - بلا شك - هذا النوع من الحريات أهمية خاصة ورعاية دستورية متميزة، مما قد يسهل معه اعتبارها حريات أساسية تدخل ضمن نطاق البحث.

ومن جهة أخرى فإن كثيراً من الحريات تم إدخالها من قبل المحكمة الدستورية^(٦٨) ومجلس الدولة الفرنسيين، في خانة ما سمي " المبادئ الأساسية

(٦٧) يراجع في هذا الإطار:

HAMON F. et MAISL H.; L'urgence et la protection des libertés contre l'administration; D. 1982.ch.50.

COLLIARD C.-A.; Libertés publiques; Dalloz 1989; P. 169.

HIERRY D. THIERRY D.; La jurisprudence Eucat dix ans après; sa portée sur la théorie de la voie de fait; Concl. sous TC 9 juin 1986; Eucat; AJDA mai-juin 1997; P. 524.

DC du 16 juillet 1971.

(٦٨)

التي نصت عليها قوانين الجمهورية "Principes fondamentaux reconnu par les lois de la République"، ومن المعروف في الفقه الفرنسي أن هذا المفهوم ينسب إلى ثلاثة مصادر أساسية: فقد أشير إليه بداية بشكل غير مباشر في إعلان حقوق الإنسان والمواطنة الفرنسي لعام ١٧٨٩، ومن ثم في مقدمة الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦؛ حيث ورد إضافة إلى نفس التعبير لائحة ببعض "المبادئ الضرورية والمهمة للعصر"، ويشار أخيراً في هذا الإطار إلى دستور عام ١٩٥٨ بمقدمته ونصوصه^(٦٩).

كما يمكن الإشارة أيضاً إلى كثير من ((المبادئ والحقوق العامة التي تستلزم حماية خاصة وفعالة)) والتي تناولتها - بشكل أو بآخر - الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، والتي عدد بعضاً منها إعلان حقوق الإنسان والمواطنة الفرنسي لعام ١٧٨٩، حيث نص في مادتيه الأولى والثانية أن: "الأشخاص يولدون وبقون أحراراً ومتساوين في الحقوق... (و) الهدف من كل تجمع سياسي هو الحفاظ على الحقوق الطبيعية للإنسان التي لا تتقادم (بمرور الزمن)... وهذه الحقوق هي: الحرية، الملكية، الأمن، مقاومة الاضطهاد".

ويضاف إلى ما سبق بعض الحقوق والمبادئ والحريات التي وضعها النتائج القضائي والقانوني في خانة الحريات الأساسية بشكل واضح وفي أكثر من مناسبة^(٧٠). ويبقى السؤال مطروحاً ومشروعاً: هل تدخل كل هذه الحريات والحقوق والمبادئ بشكل قاطع في خانة "الحريات الأساسية" التي يعنى بحمايتها قضاء الأمور المستعجلة من خلال التدابير الخاصة بالحريات؟ خاصة

(٦٩) يراجع لمزيد من التفاصيل: http://www.u-picardie.gr/labo/curapp/revues/root/31/domenico_menna/pdf_4a07e0101bb41/domenico_menna.pdf

(٧٠) يراجع لمزيد من التفاصيل البحث المعمق المنشور حول دور القضاء الإداري الفرنسي في تكريس المبادئ العامة ذات الحماية الخاصة،

http://ar.jurispedia.org/index.php/%D8%A3%D8%B3%D9%84%D9%88%D8%A8_%D9%86%D8%B4%D8%A3%D8%A9_-D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D8%AF%D8%A3

أن مجلس الدولة الفرنسي، وفي أكثر من حكم، ركّز على وسم الحرية المهددة "بالأساسية" لتفعيل الحماية القضائية المرجوة^(٧١).

في هذا السياق اعتبر العميد فافورو Favoreu أن تعبير (الحريات العامة) المنصوص عليها في المادة (٣٤) من الدستور هو تعبير قريب من عبارة (الحريات الأساسية)، ويتابع بالقول أن ((عدم النص عليه بشكل واضح في المادة (L.521-2) سابقة الذكر هو إشارة ضمنية من قبل المشرع بأن التعبير الذي استعمله هو أوسع وأشمل من عبارة (الحريات العامة) بما يفيد اشتماله لها))^(٧٢).

ومن جانبها اعتبرت الأستاذة فامبور Fombeur في معرض تعرضها لموقف مفوض الحكومة توفيه Touvet من هذه المسألة^(٧٣)، أن الحريات الدستورية Les libertés constitutionnelles هي أشمل من الحريات الأساسية^(٧٤). وعليه فإن على المهتم في البحث عن الحريات الأساسية "أن يتقصى عنها في نطاق أوسع يضم الحريات والحقوق الدستورية والاتفاقية"، ذلك على الرغم من أنه، وفق بعض فقهاء القانون العام^(٧٥)، لا شيء يمنع أن نرى في التطبيقات القضائية حريات وصفها القاضي بالأساسية وهي لا تدخل

(٧١) C.E. 28 février 2003, commune de Pertuis, n°254411A --C.E. 27 juin 2002, centre hospitalier général de Troyes, n°248076- C.E. 20 décembre 2005, M. M..., n°288253.

(٧٢) Favoreu L.; La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés; Dalloz 2001 n° 22; P.1739.

(٧٣) Touvet L.; Le référé-suspension et le référé-liberté fondamentale; Conclusion sous CE 19 janvier 2001 Confédération nationale des radios libres et CE 18 janvier 2001 Commune de Venelles (Bouches-du-Rhône); RGCT n° 16 mars - avril 2001; P.780 et CJEG n° 575 avril 2001; P.161.

(٧٤) Fombeur; Conclusions sous CE 28 février 2001; Casanovas; RFDA 2001; P.399.

(٧٥) Collin P. et Guyomar M.; Chronique; AJDA décembre 2001; P. 155.

أساساً في خانة الحريات الدستورية أو الاتفاقية^(٧٦). وهذا ما أشارت إليه بشكل غير مباشر مفوض الحكومة الأستاذة فامبور Fombeur في تعليقها على حكم Casanova باعتبارها أنه ((من الصعب القول أن لائحة الحريات التي أشار إليها القضاء الدستوري هي وحدها المعتمدة في القضاء الإداري لأن مرامي وأهداف وتطبيقات كل منهما يختلف عن الآخر))^(٧٧).

ومن جهة أخرى، فقد ذهب بعض الأحكام إلى إعطاء صفة (الأساسية) للحريات التي تلبي شرطين أساسيين يفرضان من ناحية أن تكون الحرية "ضرورية" *necessaire* للأفراد، ومن ناحية أخرى أن تكون النصوص القانونية أوجبت "حماية" *Protection* مميزة لها^(٧٨). هذا ما جعل السيد ستيرن *Stirn*، في معرض توزيعه للحريات على أكثر من درجة، أن يقوم بإعطاء (الدرجة الأولى) للحريات الأساسية وذكر منها: حرية الاتصال، حرية التجمع وحرية اللجوء السياسي باعتبارها من الحريات المحمية قانوناً وقضاء^(٧٩)، الأمر الذي أكدته بعض الكتابات في هذا الشأن^(٨٠).

يتضح إذا أن الفقه قد اختلف في تفسيره للحريات الأساسية المشمولة بحماية قضاء الأمور المستعجلة الإداري. وفي محاولة منه لتوحيد المفاهيم وبيان المعايير التي يجب اعتمادها من قبل القاضي في هذا الشأن، أشار

(٧٦) Collin P. et Guyomar M. ; Le droit de mener une vie familiale normale constitue une « liberté fondamentale » au sens des dispositions de l'article L.521-2 du Code de justice administrative; Notes sous CE sect. 30 octobre 2001; Ministre de l'intérieur c./ Mme Tliba; req. n° 238211; AJDA 20 décembre 2001; P. 1054.

(٧٧) CE 28 février 2001; Casanovas; RFDA 2001; P. 399; conclusion Fombeur et AJDA 20 novembre 2001; P. 971.

(٧٨) CE 23 novembre 1951; Alpines; Rec. 533.

(٧٩) Strin; Les libertés en question; Montchrestien; 3e édit.; Oct. 2000; P. 63.

(٨٠) Touvet; Première applications des nouvelles procédures de référé; Conclusions sous CE Sect. 18 janvier 2001; Commune de Venelles; RFDA mars-avril 2001; P. 378 et Odent; cité par MM. Collin P. et Guyomar M.; Chronique générale de jurisprudence administrative française; février 2002; P. 153.

مفوض الحكومة دي سيلفا De Silva إلى ضرورة اعتماد طريقة عملية تنظر إلى طبيعة الحرية بذاتها وطبيعة المصالح والأهداف المرتبطة بحمايتها، "فالحق بإقامة حياة عائلية مستقرة هي حرية أساسية لأن حمايتها تحقق عدة أهداف اجتماعية، إنسانية ونفسية معتبرة، وهي مرتبطة مباشرة بنص المادة (الثامنة) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٨١)". وقد أكدت فيما بعد هذا الاتجاه أحكام مهمة صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي، اعتبر فيها أن "التصرف الإداري المستند إلى القرار المنظم لمسألة إبعاد المقيمين بصورة غير شرعية إلى خارج الحدود الفرنسية، يجب أن ينظر إليه من قبل القضاء من خلال الآثار التي يتركها هذا التصرف أو التدبير الإداري على المبعد وعلى استقرار حياته"^(٨٢).

وفي هذا الإطار، يتضح من التطبيقات القضائية الفرنسية للتدابير المستعجلة الخاصة بالحرية أن القاضي قد وسع مفهوم الحماية المقررة للحرية لتشمل الحرية والحقوق المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية وفي الدستور، وعلى ضوء ذلك فقد اعتبر "حرية أساسية" مبدأ التعبير الحر عن التوجهات والآراء المختلفة^(٨٣)، كما اعتبر كذلك الحق الدستوري للأجنبي باللجوء السياسي إلى فرنسا وحقه باتخاذ صفة اللاجئ^(٨٤)، وكذلك حقه بالإقامة على الأراضي الفرنسية إذا ما خشي من تعذيب أو من ملاحقات

(٨١) CE sect. 30 octobre 2001; Ministre de l'Intérieur c./ Mme Tliba; n° 238211; RFDA mars-avril 2002; P. 324; Concl. De Silva. Et en ce sens voir aussi: BACHELIER (G); Le référé-liberté; RFDA mars-avril 2002; P.261.

(٨٢) C.E. 21 février 2005, M. A..., n°277520- C.E. 21 septembre 2007, Mme N..., n°309532.

C.E. 14 janvier 2005, Mme Luzeyido B..., n°276123.

(٨٣) CE 24 février 2001; Tibéri; n° 230611; RFDA 2001; P. 629; note Maligner et D. 2001; P. 1748; note Ghevontian.

(٨٤) CE 12 janvier 2001; Mme Hyacinthe; n° 229039; D. 2001; P. 526. DA avril 2001; P.33 et AJDA 20 juillet 2001; P. 589; note Salma S. et Morri J. Voir aussi CE 2 mai 2001; Ministre de l'Intérieur c./ M. et Mme Dziri; n° 232997.

سياسية في بلده الأصلي وفق ما نصت عليه المادة (٣٣) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان^(٨٥)، وبالمناطق نفسه اعتبرت حرية أساسية، الحريات التي كفلها الدستور واتفاقيات حقوق الإنسان الخاصة بحرية التعبير عن الرأي^(٨٦) وحرية الانتخاب^(٨٧) وحرية التنقل^(٨٨) وحرية استعمال الأملاك الخاصة^(٨٩). كذلك الحال فيما يتعلق بحرية التعاقد والاستثمار في التجارة والصناعة^(٩٠) والحرية النقابية^(٩١) حرية العمل^(٩٢) وحرية الإضراب^(٩٣).

وبالمقابل فقد أخرج القضاء المستعجل بعض الحقوق والحريات من نطاق الحريات الأساسية المحمية من خلال التدبير موضوع البحث، وذلك على سند من عديد من المبررات الموضحة في كل قرار على حدة. فحرية المواطن الفرنسي بإدخال أطفال متبنين - وفق قانون أجنبي - إلى الأراضي الفرنسية ليست حرية أساسية تدخل في نطاق تطبيق التدابير المستعجلة في مجال الحريات، ذلك لأن أحكام القانون في الدولة الأجنبية في هذه الحالة لا تتطابق ولا تنسجم مع أحكام القانون الفرنسي المعني بهذه المسألة^(٩٤). كما أنه ليس

(٨٥) CE 27 mars 2001; Ministre de l'Intérieur c. Djalout; n° 231735; DA mai 2001; P. 25 et CE 15 octobre 2001; Ministre de l'Intérieur c./ Hamani; n° 238934.

(٨٦) CE 28 février 2001; Casanovas; RFDA 2001; P. 399; conclusion Fombeur et AJDA 20 novembre 2001; P. 971; note Legrand I. et Laetitia J.

(٨٧) CE 7 février 2001; Commune de Pointe-à-pitre; n° 229921 et CE 2 mars 2001; Dauphine; n° 230798.

(٨٨) CE 2 avril 2001; Ministre de l'Intérieur c./ Consorts Marcel; n° 231965; DA juin 2001; P. 31 et CE 9 janvier 2001; Deperthes; n° 228928; DA avril 2001; P. 33 et CE 8 novembre 2001; Kaigisiz; n° 230888; Rec. T.

(٨٩) CE 23 mars 2001; Société Lidl; n° 231559; BJD 2/2001; P. 111.

(٩٠) CE 12 novembre 2001; Commune de Montreuil-Bellay; n° 122001.

(٩١) CE 18 octobre 2001; Syndicat départemental Interco 33 CFDT; n° 239082.

(٩٢) CE 18 mai 2001; Meyet et Bouget; n° 233815.

(٩٣) TA Nantes, ord. 2 avril 2001, Syndicat Sud-CRC services santé-sociaux Loire-Atlantique, DA. 2001, com. n° 155, note D. Tania-Marie. TA Orléans; ord. 11 décembre 2001, M. Bennis, AJFP 2002, p. 39.

(٩٤) CE 19 novembre 2001; Commune de Escueillens; n° 241074.

هناك من مسوغ مبرر " لاعتبار حرية الدخول إلى أحد الفروع التخصصية في الجامعة^(٩٥) أو حق الانضمام لإحدى اللجان العلمية فيها، من ضمن الحريات الأساسية التي تستحق الحكم بالتدابير الخاصة بالحريات من قبل قضاء الأمور المستعجلة الإداري^(٩٦). وكذلك الحال بالنسبة لحرمان الأجنبي، المقيم بصفة غير شرعية على الأراضي الفرنسية، من ممارسة عمل حكومي فيها^(٩٧). وكذلك فيما خص الحق بممارسة رياضة معينة أو المشاركة في مسابقة رياضية^(٩٨).

الخلاصة:

لا شك في أن التدابير المستعجلة في مجال الحريات شكلت " ثورة " تشريعية في كل أطوارها: بداية من التفكير بها وانتقالا إلى نشأتها وتنظيمها بالنص وانتهاء بتطبيقاتها القضائية، دون أن ننسى في كل ذلك أهمية أهدافها الأساسية بحماية موضوع غفل عنه قضاء الأمور المستعجلة الإداري في فرنسا مدة طويلة من الزمن.

إلا أنه يعاب على النصوص التشريعية المتعلقة بهذا الشأن، بعض الغموض والعمومية التي احتوتها، وذلك رغم نبل الأهداف التي استهدفتها^(٩٩). وفي هذا الإطار، لابد من الإشارة إلى أن تحقق أو عدم تحقق الغاية التي وجدت من أجلها هذه التدابير المستعجلة هو أمر مرهون في كل الأحوال برؤية القاضي الإداري الفرنسي، وبكيفية تطبيقه للنصوص على الحالات المعروضة عليه، فتفسير

(٩٥) CE 12 septembre 2001; Mme Langard; n° 238106.

(٩٦) CE 24 janvier 2001; Université de Paris VIII Vincennes-Saint-Denis; n° 229501.

(٩٧) CE 5 mars 2001 ; Préfet Hérault c./ Hajjaj; n° 230873.

(٩٨) CE 22 octobre 2001; M. Caillat; n° 239194.

(٩٩) قد يكون مفيداً الاطلاع على بعض الكتابات الفرنسية المهمة والتميزة التي تناولت " اللغة القانونية " التي تصاغ فيها النصوص والأحكام التي تتعلق بعمل القضاء

الإداري ولاسيما في مجال قضاء الأمور المستعجلة، ومن ذلك على سبيل المثال:

LE BAUT-FERRARESE B.; Les procédures d'urgence et le langage du droit;

RFDA mars-avril 2002; P.296.

العبارات الغامضة والعامة التي صيغت بها المادة (L.521-2) من قانون القضاء الإداري الجديد CJA، وكيفية إسقاطها على وقائع الدعوى، له بالغ الأثر على فاعلية ونجاح المرامي التي قصدتها المشرع من وراء النص، فكيف نظر - وسينظر - القاضي إلى عنصر العجلة الماسة أو عنصر الطارئ المحقق Extreme Urgence؟ وكيف تعامل - وسيتعامل - مع الحالة والآثار المتأتية عن ذلك؟ كما أنه كيف قرر - وسيقرر - فاعلية وأحقية الحكم بالتدابير mesures nécessaires والمؤقتة provisoires والتحفظية conservatoires المطلوبة واللازمة لحماية الحريات الأساسية les libertés fondamentales المعتبرة عليها؟ وكيف حدد - وسيحدد - ماهية هذه الحريات؟ كما أنه كيف تصدى - وسيتصدى - للمقصود بعبارة "التصرف الإداري الذي يحمل في طياته اعتداء جسيماً ومبالغاً فيه وعدم مشروعية واضحة" ؟ administratif Agissement portant une atteinte grave et abusive et une illégalité manifeste. كل ذلك يتطلب رصداً مستمراً للقضاء الإداري الفرنسي، يبحث في مدى تبدل وتطور نظرته العامة في هذا المجال...

إلا أنه مما لا شك فيه أن الرصد المشار إليه، سيكشف بعض التباين في وجهات النظر القضائية، لكن الأمر لا بد له أن ينتهي مع مرور الزمن وتراكم التجارب القضائية والفقهية باتجاه حماية فاعلة وأكيدة لكل الحريات الأساسية، وذلك تحت طائلة فشل "الثورة" التشريعية التي أتت بالتدابير المستعجلة في مجال الحريات بهدف حماية واسعة وفاعلة لحقوق وحريات الأفراد والجماعات. وتحت طائلة تحقق مقولة المفكر الفرنسي جان جاك روسو Jean-Jacques Rousseau " أن : «الحرية بدون العدالة هي تناقض حقيقي».

التخوف من فشل هذه "الثورة" التشريعية يأتي إذا سيطرت وعمّمت بعض الأفكار التي تتمسك وتنادي بمبدأ "المحافظة على المصلحة العامة" رفضاً لأي إجراء أو تدبير يحكم به القاضي على حساب هذا المبدأ حتى لو كان الحكم لصالح حماية الحريات الأساسية. وفي هذا الصدد، اعتبر البعض ((أن التعديلات التي أدخلت على التدابير المستعجلة في القضاء الإداري في مجال

حماية الحريات تشكل خطراً على المصلحة العامة... خاصة لجهة المساواة غير الدستورية بين الفرد والدولة^(١٠٠) وهذا ما يتلاقى مع التساؤلات التقليدية لبعض الكتاب القانونيين الذين تناولوا بجديّة مسألة قدرة القضاء الإداري على فرض "حكمه وسلطته" على حساب حكم وسلطة الإدارة^(١٠١).

من جهة أخرى، وبمنطق معاكس للمنطق السابق، تتواضع أهمية التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات - موضوع البحث - ويخشى من فشل "ثورتها" التشريعية، إذا أسس على الحكم الصادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي اعتبرت فيه أن ((الدولة الفرنسية لم تؤمن من خلال التدابير المستعجلة الخاصة بالحريات المنصوص عليها في المادة "521-2 CJA" حماية فعّالة لحرية فرد طلب اللجوء السياسي إلى فرنسا))^(١٠٢)، حيث أن قضاء الأمور المستعجلة لم يستطع في هذا المجال التصدي لقرار رفض السلطات الفرنسية منح اللجوء السياسي ولقرار الإبعاد المتخذ بحق الشخص المعني، بما يخالف أحكام المادة (٣) من اتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية التي تحظر على الدول الأعضاء اتخاذ أي تصرف أو إصدار أي قرار من شأنه أن يعرض الشخص الموجود على الأراضي الأوروبية لخطر التعذيب أو المعاملة السيئة من خلال إبعاده إلى أي بقعة في العالم.

يبقى الأمل معقوداً أن تنال الحريات - ولاسيما الأساسية منها - مزيداً من الرعاية القانونية، الواقعية، والقضائية في كافة أقطار الأرض، وذلك حتى يبقى الإنسان - أينما وجد - بالفعل وليس بالقول "حراً، حراً حراً"...

والله ولي التوفيق

MARCHAND Y.; Le nouveau référé administratif un danger pour l'intérêt (١٠٠) général; RGCT n°9; janvier-février 2000; P. 89.

RIVERO J ; Le juge administratif français un juge qui gouverne; D. 1961. Ch. (١٠١) 21.

WALINE J; L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle; RDP 1984; P. 1328.

CEDH, arrêt Gehbremedhin (n25389/05), 26 avril 2007.

(١٠٢)

وضع الجوائح في الفقه الإسلامي والقانونين الأردني والكويتي "دراسة فقهية قانونية مقارنة"

الدكتور/ أحمد شحادة بشير الزعبي*
المحامي الدكتور/ عامر محمود الكسواني**

ملخص:

يتناول هذا البحث مسألة ضمان تلف الثمار التي تباع على أصولها، بعد بدو صلاحها منفردة عن أصلها، وبعد التخلية بين المشتري والثمرة، وقبل إمكان الجاذب، ولم يكن التلف بتقصير من أحد العاقلين في الفقه الإسلامي والقانونين المدنيين الأردني والكويتي، وعلاقة هذا البيع بنظرية الظروف الطارئة في القوانين الوضعية.

وبين الباحثان آراء الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم في هذا الموضوع، وخلصت الدراسة إلى أن ضمان التلف في هذه الصورة على المشتري، والله تعالى أعلم.

(*) أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله المساعد، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، المملكة الأردنية الهاشمية.

(**) أستاذ القانون المدني المساعد، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، المملكة الأردنية الهاشمية.

المقدمة :

الحمد له رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد الصادق الوعد الأمين، وعلى آله وصحبه الغر الميامين، وعلى التابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فمن نافلة القول إن الشريعة الإسلامية الغراء جاءت لتنظيم علاقة الإنسان مع ربه، وعلاقة الإنسان مع أخيه الإنسان، ولهذا كان من أساسيات وبعثيات التشريع الإسلامي في أحكام المعاملات عموماً مراعاة فصل النزاع والخصومة - إن وقعت - والحيولة دون وصول الأمور إلى المنازعة أصلاً، إضافة إلى رفع الغرر والغبن والظلم عن المتعاملين.

ولهذا نجد فقهاءنا الأعلام يشترطون الشروط ويقعدون القواعد ويفصلون الأحكام، في عقود المعاوضات وغيرها من أجل بيان الحقوق والواجبات، حتى لا تثور الخلافات قبل إبرام العقد وبعده، وقبل التسليم وبعده.

ونظراً لما قد ينشأ من اختلافات بين المتعاقدين، بعد إبرام العقد وقبل الانتهاء من تبعاته، نشأ ما يسمى عند فقهاء القانون الوضعي بنظرية الظروف الطارئة، وهذا المسمى لم يعرفه فقهاءنا الإسلامي العريق، وإنما بحثوا أحكامه وفصلوا فيها القول في موضوعات شتى من أبواب الفقه الإسلامي؛ أهمها: أحكام الجوائح، وفسخ الإجارة بالأعذار، وتغير قيمة النقود.

وعلى ما هو معروف عن فقهاءنا الإسلامي من سعة الأفق، وبعد في النظر، وتعدد في وجهات النظر، وتباين في الآراء والأقوال، تبعاً لطبيعة العقل البشري، وظنية النصوص الشرعية، كان هناك اختلاف واسع في هذه الأحكام وفي غيرها، فكان هناك خلاف بين علمائنا حول بعض أحكام الجوائح والأعذار وتغير قيمة النقود، كما اختلف فيها أهل القانون الوضعي.

وكان من أهم الموضوعات الفقهية التي استدلت بها الفقهاء المعاصرون وشرح القانون لتقرير وتأصيل نظرية الظروف الطارئة شرعاً مسألة "وضع الجوائح"، فكتبتنا هذا البحث ليتناول هذا الموضوع وآراء الفقهاء فيه، وما ذهب إليه المقننان الأردني والكويتي، وليبين مدى دقة تأصيل هذه النظرية بناءً على أحكام وضع الجوائح.

وقد بدأنا البحث بمقدمة بينا فيها طبيعة البحث، وكيفية عرضنا للموضوع، ثم أتبعنا المقدمة بثلاثة مباحث ذكرنا في المبحث الأول بعض الأمور التي تتعلق بالجوائح، وهي بيان معنى الجائحة لغة واصطلاحاً، والمصطلحات المرادفة للجائحة، ثم ذكرنا مواطن الاتفاق في أحكام الجوائح محررين محل البحث والنزاع، ثم جعلنا المبحث الثاني لبيان آراء العلماء في المسألة المتنازع فيها من مصادرهم وكتبهم المعتمدة، وذكرنا فيه أدلة القوم في ثلاثة فروع؛ الأول لأدلة الحنابلة والمالكية، وخصصنا الثاني لأدلة المالكية على التخصيص بالثلث، أما الفرع الثالث فكان لبيان أدلة الجمهور، ثم عقبنا جميع ذلك كله بالرأي الراجح، وسبب اختياره، أما المبحث الثالث فخصصناه لبيان موقف القانون الوضعي في هذه المسألة من خلال استعراض موقف القانونيين الأردني والكويتي خصوصاً، وأن القانونيين الوضعيين المذكورين يعتبران الفقه الإسلامي مصدراً رئيساً من مصادرهما التشريعية.

كما أننا قد التزمنا بعزو كل قول إلى صاحبه - إن استطعنا - وببيان آراء المذاهب والقوانين من مصادرهما المعتمدة، ولا ننقل نقلاً من مذهب إلا من كتب ذلك المذهب، ولا قولاً لرجل إلا من كتابه خاصة - إن كان له كتاب - إلا في حالات نادرة.

ثم إننا لم نفرد الأدلة في مبحث، ثم نناقشها في مبحث مستقل، وإنما كنا نذكر الدليل ونناقشه مباشرة، فنبين وجه الاستدلال منه ونناقش الدليل ونبين ما يرد عليه من اعتراضات، حتى لا نثقل على القارئ الكريم، والله الهادي إلى سواء السبيل.

وأخيراً، فهذا جهد المقل، وهذه بضاعتنا المزجاة؛ فإن وفقنا فيما كتبنا فالفضل لله وحده، وإن كانت الأخرى قمنا ومن الشيطان، وحسبنا أجر المجتهد المخطئ، ونسأل المولى عز وجل أن يجعله في ميزان حسناتنا يوم القيامة، وأن يغفر لقارئه وكتابه، إنه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الباحثان

المبحث التمهيدي التعريف بالجائحة والألفاظ ذات الصلة

سننتطرق في هذا المبحث إلى بيان تعريف الجائحة في اللغة واصطلاحات الفقهاء والألفاظ ذات الصلة، وبيان آثار الجوائح، وتحرير محل البحث؛ وذلك ضمن مطالب أربعة:

المطلب الأول تعريف الجوائح

لم تتفق كلمة المذاهب على تسمية ما أصيب من الثمرة على أصولها بالجائحة، فبينما نجد هذا اللفظ هو المستعمل عند السادة المالكية والحنابلة، نجد أن السادة الحنفية استعملوا لفظ الآفة، أما السادة الشافعية فبالإضافة إلى لفظ الجوائح استعملوا: التلف، والآفة، والعاهة، وعلى أي فلا مشاحة في الاصطلاح، وسنتناول - هنا - تعريف الجائحة لغة واصطلاحاً، ثم نبين معاني المفردات الأخرى ذات الصلة، والله تعالى وحده المستعان.

أولاً - الجائحة لغة:

الجائحة في اللغة: المصيبة المستأصلة^(١)، أو المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتأحه كله^(٢)، وجاء في الغريب لابن سلام: "الجائحة؛ فإنها المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتأحه كله"^(٣)، وقال ابن منظور في لسان العرب: "الجوح: الاستئصال ...، والجوحة والجائحة: الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال"^(٤)، وقال الإمام الزمخشري: "الجائحة: اسم فاعلة من جأحته تجوحه: إذا

(١) لسان العرب، كتاب الحاء، فصل الجيم، مادة (جوح)، (٢ / ٤٣١)، شرح الزرقاني (٣ / ٣٤٠).

(٢) المعجم الوجيز (١٢٥).

(٣) الغريب لابن سلام (٢ / ٦٠).

(٤) لسان العرب، كتاب الحاء، فصل الجيم، مادة (جوح)، (٢ / ٤٣١).

استأصلته، وهي المصيبة العظيمة التي في المال التي تهلكه" ^(١)، وقال الإمام النووي: "جأهم الدهر يجوحهم، واجتاحهم الزمان: إذا أصابهم بمكروه عظيم" ^(٢)، وقال ابن الأثير: "والاجتياح من الجائحة وهي: الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها" ^(٣).

ثانياً - الجائحة في اصطلاح الفقهاء:

أ - الجائحة عند المالكية: قال ابن عرفة: "الجائحة: مأخوذة من الجوح وهو الهلاك، واصطلاحاً: ما أئلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه" ^(٤)، وعرفها أبو الحسن المالكي: "وهي ما يستطاع دفعه؛ كالبرد والريح والجيش" ^(٥)، وقال النفراوي: "الجوائح جمع جائحة، وهي مأخوذة من الجوح وهو الاستئصال والهلاك، وهي: كل ما لا يستطاع دفعه كسماوي وجيش" ^(٦).

ب - الجائحة عند الحنابلة: قال ابن تيمية: "فالجائحة هي: الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد، مثل الريح والبرد والحر والمطر والجليد والصاعقة ونحو ذلك" ^(٧)، أما ابن قدامة فقال: "الجائحة: كل آفة لا صنع للآدمي فيها؛ كالريح والبرد والجراد والعطش" ^(٨)، وبمثل هذا أيضاً عرفها البهوتي، فقال: "وهي ما لا صنع للآدمي فيها؛ كريح ومطر وتلج وبرد" ^(٩).

- (١) الفائق في غريب الحديث، الجيم مع الواو، مادة (جوح)، (٢ / ٢١٠).
- (٢) تهذيب الأسماء واللغات، الجزء الأول من القسم الثاني، مادة جوح، (٣ / ٥٧).
- (٣) النهاية في غريب الحديث (١ / ٣١٢).
- (٤) كما في حاشية الدسوقي (٣ / ١٨٢)، وبمثل تعريف ابن عرفة عرفها الإمام الزرقاني في شرحه على موطأ مالك (٣ / ٣٤٠).
- (٥) كفاية الطالب (٢ / ٢٨١).
- (٦) الفواكه الدواني (٢ / ١٢٩)، وانظر: التمهيد لابن عبد البر (٢ / ١٩٨)، مواهب الجليل (٤ / ٥٠٧)، حاشية العدوي (٢ / ٢٨١).
- (٧) مجموع الفتاوى (٣٠ / ٢٧٨).
- (٨) المغني (٤ / ٨٦).
- (٩) كشف القناع (٣ / ٢٨٥).

ج - **الجائحة عند الشافعية:** اختلفت عبارة الإمام الشافعي في الجائحة، وهل تكون بفعل السماء فقط، أم تكون بفعل الآدميين - أيضاً -، إلا أن معظم رجال المذهب ومحققيه قصروها على المعنى الأول، ولم أرَ لأي منهم تفسيراً لاختلاف قولي الإمام - رحمه الله -، وهذه هي أهم أقوالهم: قال الإمام الشافعي في الأم: "وجماع: الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي"^(١)، وقال في موضع آخر في الأم - أيضاً -: "والجائحة من المصائب كلها من السماء أو من الآدميين"^(٢)، وقال الإمام أبو القاسم الرافعي: "الجوائح كالحر والبرد والجراد والحريق"^(٣)، وقال الإمام النووي: "الجائحة من حر أو برد أو جراد أو حريق"^(٤)، وقال ابن حجر الهيتمي: "الجائحة: وهي العاهة والآفة؛ كالرياح والشمس"^(٥).

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة

بالإضافة إلى ذكر مصطلح الجائحة ذكر الفقهاء للدلالة على معناها الألفاظ التالية:

الآفة: قال العلامة ابن منظور: "الآفة: العاهة"^(٦)، وقال الفيومي: "الآفة: العاهة، وقد إيف الزرع - على ما لم يسم فاعله -؛ أي: أصابته آفة فهو مئوف على وزن معوف"^(٧).

(١) الأم (٣ / ٥٨).

(٢) الأم (٦٠).

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز - بحاشية المجموع - (٩ / ١٠٠).

(٤) روضة الطالبين (٣ / ٥٦٤).

(٥) حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج (٤ / ٤٦٩).

(٦) لسان العرب (٩ / ١٦).

(٧) مختار الصحاح للرازي (١ / ١٣).

التلف: تلف تلفاً أي هلك^(١)؛ قال الرازي: "التلف: الهلاك، ورجل متلاف: أي كثير الإلتلاف لماله"^(٢)، وقال ابن الأثير: "والتلف الهلاك"^(٣)، وقال ابن منظور: "التلف: الهلاك والعطب في كل شيء"^(٤).

العاهة: جاء في مختار الصحاح "العاهة: الآفة، يقال: عَيْهَ الزَّرْعُ على ما لم يسمَّ فاعله فهو معيوه"^(٥)، وفي الغريب لابن سلام: "والآفة: العاهة تصيبه"^(٦)، وقال الزمخشري: "العاهة وهي: الآفة"^(٧)، وفي النهاية لابن الأثير: "العاهة: الآفة التي تصيب الثمار فتفسدها"^(٨).

المطلب الثالث

آثار الجوائح

اعلم -رحمك الله- أن موضوع الجوائح متشعب الأطراف، متعدد الأحكام، كثير الآثار، فله من الآثار ما يتعلق بالزكاة؛ هل تسقط الزكاة إذا أجيحت الثمرة أم لا؟ كما أن لها من الآثار ما يتعلق بالبيع، وهل هي من ضمان البائع أو المشتري، وتتعلق كذلك بالإجارة هل تفسخ الإجارة بعد الجائحة أم يحط من قيمة التعاقد؟ وكذلك لها آثارها في الغصب والوديعة والصداق^(٩)، ولكننا سنقتصر بحثنا على الجوائح في بيع الثمرة على أصلها، والله الهادي إلى سواء السبيل.

- (١) المعجم الوجيز (٧٦).
- (٢) مختار الصحاح للرازي (١ / ٣٣).
- (٣) النهاية في غريب الحديث لابن الأثير (٤ / ٤٦).
- (٤) لسان العرب، مادة تلف، (٩ / ١٨).
- (٥) (١ / ١٩٤).
- (٦) (١ / ٢٣٣).
- (٧) الفائق (٣ / ٣٧).
- (٨) النهاية في غريب الحديث (٢ / ٣٢٤).
- (٩) انظر: الموسوعة الفقهية، مصطلح (جائحة).

المطلب الرابع تحرير محل النزاع

هناك صور من الجوائح لم يختلف فيها الفقهاء، وهناك صور وقع فيها خلاف، وسنذكر الصور التي اتفق عليها الفقهاء، حتى نخرجها من محل النزاع، ثم نحرر محل الخلاف.

من الصور التي اتفق عليها الفقهاء ما تكون فيه الجائحة من ضمان المشتري، ومنها ما يكون من ضمان البائع^(١):

- ١ - فإذا كانت الجائحة بتقصير من البائع؛ في الحفظ أو السقي أو في أي شيء من واجباته - عرفاً أو شرطاً -، فهي من ضمانه ولا شيء على المشتري.
- ٢ - وإن كانت الجائحة بتقصير من المشتري، فهي من ضمانه، ولا يحط عن البائع شيء.
- ٣ - في بيع الثمار قبل بدو صلاحها؛ إن أصابت الثمرة جائحةً فهلك، فهي من ضمان البائع، ولا شيء على المشتري.
- ٤ - وفي بيع الثمار بعد بدو الصلاح، وأمنها من العاهة، ومرور زمن يستطيع المشتري جذاذها فأخر الجذاذ، فالجائحة من ضمان المشتري.
- ٥ - إذا بيع قبل أو بعد بدو الصلاح بشرط القطع، فلم يقطعه حتى هلك، فعلى المشتري.

(١) انظر: شرح معاني الآثار (٣٤/٤)، حاشية الدسوقي (١٨٥/٣)، مختصر خليل (١/١٩٢)، القوانين الفقهية (١٧٣)، الشرح الكبير للدردير (١٨٤/٣)، الحاوي الكبير (٢٥٠/٦)، الوسيط (١٩٢/٣)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي مع حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي (٤٦٩/٤)، فتح الباري (٥٠١/٤)، الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة المقدسي (٧/٢)، كشف القناع (٢٨٤/٣)، الفروع لابن مفلح (٤/٥٨)، المغني لابن قدامة (٢٣٤/٤)، الجوائح وأحكامها لدكتور سليمان بن إبراهيم الثنيان (١٧٧).

- ٦ - إذا وقعت الجائحة قبل تسليم الثمار أو قبل التخلية فهي من ضمان البائع.
 - ٧ - إذا بيعت الثمار مع أصولها، فلا جائحة فيها، وتكون من ضمان المشتري.
 - ٨ - لا خلاف بينهم في أن الثمرة إذا أجيحت بعد الجذاذ، أنها من ضمان المشتري.
 - ٩ - إذا كان البيع للشجر، وأجيحت الثمرة فهي من ضمان المشتري؛ لأن الثمرة تبع للمقصود من البيع (الشجر)، وليست مقصودة في البيع أصالة.
- ومحل الخلاف بين العلماء في الجائحة هو: في ما إذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها، منفردة عن أصلها، وبعد التخلية بين المشتري والثمره، وقبل إمكان الجذاذ، ولم تكن الجائحة بتقصير^(١) من أحد العاقلين^(٢).

(١) قلت: قصر الدكتور الثنيان هذا القيد على العطش، فقال: "بجائحة غير العطش"، وعندنا أن ذلك قصور في القيد، وأن الأولى ما ذكرناه؛ لاتفاق العلماء على أن كل ما كان من واجبات البائع كالحفظ والسقي، فقصر فيه فهو من ضمانه، فقصره على العطش غير سديد، والله تعالى أعلم.

(٢) انظر: الوسيط للغزالي (٣ / ١٩٣).

المبحث الأول آراء الفقهاء في المسألة وأدلتهم

يبين هذا المبحث آراء الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم في مطلبين؛ الأول للآراء والثاني للأدلة.

المطلب الأول آراء الفقهاء

ذهب الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة آراء^(١):

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء^(٢)؛ الحنفية^(٣)، والشافعية في الجديد^(٤)، والظاهرية^(٥)، والأباضية^(٦)، والإمام ابن شهاب الزهري^(٧)، والإمام الطبري^(٨)،

(١) المشهور من تقسيمات العلماء لهذه المسألة قصرها على رأيين، والتقسيم الذي أوردته هو المذكور في الموسوعة الفقهية، مصطلح (جائحة). وهذا التقسيم أدق مما هو متعارف عليه.

(٢) عون المعبود (٩ / ١٦٣).

(٣) مختصر اختلاف العلماء (٣ / ١٠١ وما بعدها)، شرح معاني الآثار (٤ / ٣٤ بعدها).

(٤) الأم (٣ / ٥٦ بعدها)، الوسيط للغزالي (٣ / ١٩٢)، فتح العزيز شرح الوجيز للإمام

الرافعي (٩ / ١٠٢)، روضة الطالبين (٣ / ٥٦٢)، شرح النووي على صحيح مسلم

(١٠ / ٢١٦)، الحاوي الكبير للماوردي (٦ / ٢٤٧)، إرشاد الفقيه إلى أدلة التنبيه

(٢ / ٢٤)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٤ / ١٦).

(٥) المحلى لابن حزم (٨ / ٣٨٤)، الاستذكار (٧ / ١١٠).

(٦) شرح كتاب النيل وشفاء العليل للعلامة محمد بن يوسف أطفيش (٨ / ١١٠).

(٧) روى الإمام البخاري في صحيحه، قال: "وقال الليث: حدثني يونس عن ابن شهاب

قال: لو أن رجلاً ابتاع ثمرًا قبل أن يبدو صلاحه، ثم أصابته عاهة كان ما أصابه على

ربه". صحيح البخاري - بشرح ابن حجر - (٤ / ٥٠١ كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار

قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع، حديث رقم ٢١٩٩).

(٨) المرجع السابق، المكان نفسه.

والليث ابن سعد^(١)، وسفيان الثوري^(٢)، وعمر بن دينار^(٣)، وإليه ذهب من الصحابة الكرام سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه^(٤).

حيث قالوا بعدم وجوب وضع الجائحة عن المشتري، وإنما باستحباب ذلك فقط؛ قال الصنعاني: "وقد اختلف العلماء في وضع الجوائح؛ فذهب الأقل إلى أن الجائحة إذا أصابت الثمر جميعه أن يوضع الثمن جميعه، وأن التلف من مال البائع عملاً بظاهر الحديث، وذهب الأكثر إلى أن التلف من مال المشتري، وأنه لا وضع للجائحة إلا ندباً"^(٥).

الرأي الثاني: للحنابلة^(٦)، والشافعي في القديم^(٧)، وبه قضى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه^(٨)، حيث أوجبوا وضع الجائحة عن المشتري مطلقاً، في القليل والكثير، وأنها من ضمان البائع، إلا ما جرت العادة بتلف مثله؛ كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه^(٩).

الرأي الثالث: للمالكية^(١٠)، حيث فصلوا في الجائحة؛ فإن كانت دون الثلث

- (١) الحاوي الكبير (٦ / ٢٤٦)، بداية المجتهد (٢ / ١٨٩)، فتح الباري (٤ / ٣٩٨).
- (٢) بداية المجتهد (٢ / ١٨٩).
- (٣) الأم (٣ / ٥٩).
- (٤) المرجع السابق، المكان نفسه.
- (٥) سبل السلام (٣ / ٨٩).
- (٦) المغني (٤ / ٢٣٤)، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة المقدسي (٤ / ٨١)، فتاوى ابن تيمية (٣٠ / ٢٦٨)، المبدع (٤ / ١٧٠)، الروض المربع شرح زاد المستنقع (٣٧٠).
- (٧) روضة الطالبين (٣ / ٥٦٢)، الحاوي الكبير (٦ / ٢٤٦)، إرشاد الفقيه (٢ / ٢٤)، حلية العلماء (٤ / ٢١٦)، المغني، المكان السابق نفسه، نيل الأوطار (٥ / ٢٦٠).
- (٨) كما رواه عنه الإمام مالك، انظر: شرح الزرقاني على موطأ مالك (٣ / ٣٤١).
- (٩) المغني، المكان السابق.
- (١٠) المدونة الكبرى (١٢ / ٢٥ وما بعدها)، الموطأ (٢ / ٦٢١)، مختصر خليل (١ / ١٩١)، الذخيرة للقرافي (٥ / ٢١٢)، التمهيد (٢ / ١٩٧)، الاستنكار (٧ / ١٠٨)، الكافي لابن عبد البر (١ / ٣٣٤)، بداية المجتهد (٢ / ١٩١)، حاشية الدسوقي على =

فهي من ضمان المشتري (كجمهور الفقهاء)، وإن زادت عن الثلث فهي من ضمان البائع (كالحنابلة)؛ هذا في الثمار، أما البقول؛ ففي قول ضعيف - عندهم - لا يوضع فيه شيء، والراجح عندهم أنها كالثمار^(١).

المطلب الثاني

الأدلة

لما كان المذهب المالكي والحنبلي يريان وضع الجوائح في الجملة، فإنني أثرت إفراد أدلتهما في مطلب مستقل، وأدلة المالكية على تحديد الوضع بالثلث في مطلب، ثم أدلة الجمهور في مطلب ثالث.

الفرع الأول

أدلة المالكية والحنابلة

استدل المالكية والحنابلة (على أصل مشروعية وضع الجوائح) بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والقواعد الفقهية.

أولاً - الأدلة من القرآن الكريم:

استدل القائلون بوضع الجوائح بقوله تعالى^(٢): ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا

= الشرح الكبير (١٨٢/٣)، التاج والإكليل (٥٠٤ / ٤)، الفواكه الدواني (١٣٠ / ٢)، مواهب الجليل (٥٠٦ / ٤)، نيل الأوطار، المكان السابق.

(١) بداية المجتهد (١٩١ / ٢).

(٢) فتاوي ابن تيمية (٢٦٨ / ٣٠). النظريات الفقهية للديني (١٥٧).

(٣) الآية (١٨٨) من سورة البقرة.

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا^(١).

قال فضيلة أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي في تفسيره الآية (١٨٨) من سورة البقرة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ أي يأكل بعضكم مال بعض بغير وجه مشروع، والمراد بالأكل الأخذ والاستيلاء... والباطل في اللغة الذاهب أو الزائل^(٢)، والمراد به هنا الحرام شرعاً؛ كالسرقة والغصب، ويشمل كل ما أخذ دون مقابل، أو دون رضا من صاحبه، أو أنفق في غير وجه حقيقي نافع^(٣).

وجه الاستدلال: إن ما أتت عليه الجائحة من الثمار أو الزروع المباعة ينبغي أن يحط من الثمن^(٤)، أو بعبارة أخرى: إن الثمن مقابل الثمرة، فإذا كان الثمن لا يساوي القيمة الحقيقية للثمرة، فالفرق بينهما أكل لأموال الناس بالباطل، وهو ما نهى عنه النص القرآني.

(١) الآية (٢٩) من سورة النساء.

(٢) انظر: تفسير الفخر الرازي (١٢٨/٢)، تفسير القرطبي (٢٦/٢)، زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي (١٩٤/١)، وقال الإمام الزمخشري في الكشاف: "الباطل: بالوجه الذي لم يبيحه الله ولم يشرعه" (٢٣١/١).

(٣) قال الإمام القرطبي في تفسيرها: "والمعنى: لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا: القمار والخداع والغصب وجدد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكة، أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس مالكة؛ كمهر البغي وحلوان الكاهن وأثمان الخمر وغير ذلك" القرطبي (٢/٢٢٦)، وانظر: التفسير المنير للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر - بيروت، دار الفكر - دمشق، (٢/١٦٢). وانظر تفسير الآية في: الأساس في التفسير، سعيد حوى، دار السلام، ط ٣، (ج ١ / ص ٤٣٤)، تفسير المراغي (١/ ٨٠).

(٤) انظر: الدريني، النظريات الفقهية (١٥٧).

جواب الاستدلال: قلت: ويجب على هذا الاستدلال بأن الأمة مجمعة على حرمة أكل أموال الناس بالباطل، وليس في هذا نزاعنا، وإنما النزاع في دخول محل الخلاف في عموم هذه الآية، فإثبات هذا دونه خرق القتاد.

ولا أطيل النفس في الرد على هذا الدليل، ولا أتعب نفسي به، فقد كفانيها الإمام القرطبي - رحمه الله تعالى -؛ فقال: "وهذه الآية متمسك كل مؤلف ومخالف في كل حكم يدعونه لأنفسهم بأنه لا يجوز؛ فيستدل عليه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾، فجوابه أن يقال له: لا نسلم أنه باطل حتى تبينه بالدليل، وحينئذ يدخل في هذا العموم؛ فهي دليل على أن الباطل في المعاملات لا يجوز، وليس فيها تعيين الباطل" (١).

قلت: على أن المنعم النظر في آية النساء (٢)، التي استثنت التجارة من عموم الحكم، قد يستنتج عدم دخول الجوائح في هذه الصورة في عموم هذه الآية، ذلك أن النص استثنى التجارة، فما يستحقه أحد العاقدین بالعقد ليس أكلاً للمال بالباطل؛ لأنه تجارة عن تراض، وإن ظن الناظر لأول وهلة أن ما يأخذه البائع من المشتري لم يكن مقابل ثمرة؛ وذلك للزوم عقد البيع الصحيح الذي تراضى فيه الطرفان، فدلّت الآية على أن الالتزام بالعقد أولى، والله تعالى أعلم (٣).

(١) تفسير القرطبي (٢ / ٢٦)، وعبارة القرطبي - هذه - قد سبقه إليها الإمام ابن العربي المالكي في أحكام القرآن (١ / ٩٧).

(٢) وهي قوله: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدُوًّا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا﴾.

(٣) خطر لي هذا القول أثناء كتابة الاستدلال والردود، فإن يكن صواباً فمن فضل الله تعالى ورحمته، وإن كانت الأخرى فمني ومن الشيطان، وما أبرئ نفسي وإن قصدت الإحسان؛ لكن أورد الإمام الجصاص - من أئمة الحنفية - ما يدل على هذا، فقال: "فاستثنى من الجملة ما وقع من التجارة بتراض منهم به، ولم يجعله من الباطل"؛ أحكام القرآن للجصاص (١ / ٢٥١)، على أنني لم أنكر ما ذكرته على أنه دليل على أن الجوائح - في هذه الصورة - لا توضع، لأنه لا ينص على المسألة بعينها، ولكن يستأنس به، والله تعالى أعلم.

فإن قيل: لم لم تجعلوا حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها كالحكم هنا؟ قلنا: تختلف هذه الصورة عن صورة البيع قبل بدو الصلاح، ذلك أن البيع قبل بدو الصلاح، الثمرة فيه معدومة، وهي ليست معدومة هنا، أي لم يعط البائع المشتري شيئاً مقابل الثمن، وهذا ما عبر عنه المصطفى - صلى الله عليه وسلم - بقوله في الحديث الصحيح: "أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟" (١)، وفي هذه الصورة المبيع موجود؛ لكنه تلف قبل أن يجزه المشتري، والله أعلم.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية: واستدلوا من السنة بالأحاديث التالية:

١ - بما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن سيدنا جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟" (٢).

٢ - وبما رواه الشيخان أيضاً وغيرهما عن سيدنا أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع الثمر حتى تزهي، فقليل: وما تزهي؟ قال: حتى تحمر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟" (٣).

(١) متفق عليه، وسيأتي تخريجه بعد قليل.

(٢) البخاري بشرح ابن حجر، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٤/ ٤٦٩ رقم ٢١٩٦)، ومسلم -بشرح النووي-، كتاب المزارعة والمساقاة، باب وضع الجوائح (١٠/ ٢١٧ حديث رقم ١٥٥٤).

(٣) البخاري -مع فتح الباري- كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع، (٤/ ٥٠١ حديث رقم ٢١٩٨)، ومسلم كتاب المزارعة والمساقاة، باب وضع الجوائح (١٠/ ٢١٧ حديث رقم ١٥٥٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٠٤) كما رواه الإمام مسلم بعدة روايات عن سيدنا أنس رضي الله عنه؛ منها: أن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي، قالوا: وما تزهي، فقال: إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك؟ وانظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (٣/ ١٢٧).

٣ - وبما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: "أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بوضع الجوائح" (١).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث (٢):

١ - دلت هذه الأحاديث بمنطوقها على أن الثمرة إذا أجيحت، لم يستحق البائع من الثمن شيئاً؛ ذلك أنه إنما يستحق الثمن مقابل المبيع - وهو هنا الثمرة - فإذا منعت الثمرة منع الثمن.

٢ - ثم إن عبارة الحديث صريحة في الحرمة: "لا يحل".

٣ - ثم أكد هذا الحديث بصيغة الاستفهام الاستنكاري: "بم تأخذ مال أخيك؟"؛ قال ابن قدامة: "وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه" (٣).

٤ - وحديث سيدنا جابر - رضي الله عنه - الثاني، واضح الدلالة في الأمر بوضع الجوائح، والأمر للوجوب.

مناقشة الاستدلال: ونازع الفريق الأول في هذا الاستدلال، فقالوا: إننا لا نخالف في أن هذا الحديث يدل على التحريم، فهذا واضح من النص، ولكننا لا نحمله على هذه الصورة، وإنما:

- نحمله على ما إذا بيعت الثمرة قبل بدو الصلاح، وهذا ما ترجم له إمام المحدثين الإمام البخاري في صحيحه، فقال في كتاب البيوع: "باب إذ باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من (٤) البائع" (٥)، وقال الإمام ابن حجر: "إنما ورد وضع الجائحة فيما إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع" (٦).

(١) صحيح الإمام مسلم بشرح النووي (١٠ / ٢١٧ رقم ١٥٥٥).

(٢) انظر: النظريات الفقهية للدكتور الدريني (١٥٨)، الجوائح وأحكامها للدكتور الثنيان (١٨١).

(٣) المغني (٤ / ٢٣٤).

(٤) المعنى أنها من ضمان البائع.

(٥) صحيح البخاري مع فتح الباري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع (٤ / ٥٠١).

(٦) فتح الباري (٤ / ٥٠٢).

- أو نحمله على ما إذا أجيحت الثمرة قبل التسليم، قال الطحاوي: "أما حديث جابر الثاني^(١) فمعناه غير هذا المعنى، وذلك أنه ذكر فيه البيع ولم يذكر فيه القبض، فذلك - عندنا - على البياعات التي تصاب في أيدي بائعيها قبل قبض المشتري لها، فلا يحل للباعة أخذ أثمانها، لأنهم يأخذونها بغير حق"^(٢).

- وقالوا: إن الأمر بوضع الجوائح محمول على النذب^(٣)؛ قال ابن الأثير في النهاية: "وفي رواية: وأمر بوضع الجوائح" هذا أمر نذب واستحباب عند عامة الفقهاء، لا أمر وجوب"^(٤).

- إلا أن الإمام أبا جعفر الطحاوي من أئمة الحنفية، حمل الحديث على جوائح الأرض الخراجية؛ فقال: "أما هذه الآثار المروية عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - التي ذكرتموها فمقبول صحيح على ما جاء، ولسنا ندفع من ذلك شيئاً لصحة مخرجه، ولكننا نخالف التأويل الذي تأولها عليه أهل المقالة الأولى، ونقول إن معنى الجوائح المذكورة فيها هي الجوائح التي يصاب الناس بها ويحتاجهم في الأرضين الخراجية التي خراجها للمسلمين، فيوضع ذلك الخراج عنهم واجب لازم؛ لأن في ذلك صلاحاً للمسلمين، وتقوية لهم في عمارة أراضيهم، فأما في الأشياء المبيعات فلا"^(٥).

والحق أن أبا جعفر - رحمه الله - أبعد النجعة، وأسرف في هذا التأويل - والأمر لا يقتضي ذلك البعد -، ذلك أنه لم يكن في ذلك الوقت عندهم أراض خراجية، والأحاديث كانت تدل على خلاف حاصل بين الصحابة^(٦).

(١) وهو قوله ﷺ: "لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟".

(٢) شرح معاني الآثار (٤ / ٣٥).

(٣) صحيح الإمام مسلم -شرح النووي- (١٠ / ٢١٦)، الموسوعة الفقهية.

(٤) النهاية في غريب الحديث (١ / ٣١٢)، وإلى هذا ذهب -أيضاً- الفيومي في المصباح المنير (٤٤).

(٥) شرح معاني الآثار (٤ / ٣٥).

(٦) وإن كنا نوافق الإمام أبا جعفر -رحمه الله-، على ما ذهب إليه من وضع الخراج عن =

- وحمل الزمخشري هذه الأحاديث على وضع الزكاة عن الثمار التي أجيحت؛ فقال: "ومنه حديثه: "إنه أمر بوضع الجوائح" وتقديره: بوضع ذوات الجوائح، أي بوضع صدقات ذات الجوائح؛ فحذف الاسمان" (١).

استدلال الدكتور الدريني: واستدل فضيلة الأستاذ الدكتور فتحي الدريني (٢) لهذا الرأي، بحديثين آخرين، انفرد بالاستدلال بهما عن جميع العلماء الذين قالوا بوجوب وضع الجائحة - في هذه الصورة - وإنما أفردتهما بالذكر؛ لأنهما مستند من قال باستحباب وضع الجائحة، أما الحديثان؛

فالأول: ما أخرجه الإمام البخاري بسنده عن عمرة بنت عبد الرحمن - رضي الله عنها - قالت: "سمعت عائشة - رضي الله عنها - تقول: سمع رسول - صلى الله عليه وسلم - صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم، وإذا أحدهم يستوضع الآخر ويسترفقه (٣) في شيء، وهو يقول: لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: أين المتألي (٤) على الله لا يفعل المعروف؟ فقال: أنا يا رسول الله، وله أي ذلك أحب" (٥).

والثاني: ما رواه الإمام مالك في الموطأ (٦) عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمة عمرة بنت عبد الرحمن، أنه سمعها تقول: ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فعالجه وقام فيه حتى تبين له

= أهل الأرض الخراجية؛ إذا أجيحت؛ لأن هذا هو الذي تقتضيه عدالة الإسلام، ولكننا نخالفه في تأويله الحديث بهذا الشكل، والله تعالى أعلم.

- (١) الفائق في غريب الحديث (١ / ٢١٠).
- (٢) النظريات الفقهية (١٦٨).
- (٣) يستوضع: يطلب منه الوضعية، أي الحطيطة من الدين، ويسترفقه: يطلب منه الرفق به.
- فتح الباري (٥ / ٣٨٦).
- (٤) المتألي: الحالف المبالغ في اليمين. فتح الباري (٥ / ٣٨٦).
- (٥) صحيح البخاري - بشرح ابن حجر - كتاب الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح (٥ / ٣٨٥ رقم ٢٧٠٥).
- (٦) الحديث: رواه الإمام مالك في الموطأ - بشرح السيوطي - (٢ / ١٢٦).

النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له، أو أن يقيه، فحلف ألا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله - ﷺ - فذكرت ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: "تألى ألا يفعل خيراً، فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله: هو له" (١).

وجه الاستدلال:

١ - قوله ﷺ: "أين المتألي على الله ألا يفعل المعروف؟" استفهام يفيد الإنكار، وهو يفيد المنع والتحريم.

٢ - سمى الشارع وضع الجوائح أو الإقالة من العقد على الثمار التي أصيبت بها معروفاً مأموراً به، والأمر بالمعروف واجب لقوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (٢).

٣ - فهم الصحابي - رضي الله عنه - لتعنته، على أنه يفيد التحريم، ولذا أجاب النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى ما رغب فقال: "هو له يا رسول الله"، أي: له الحط من الثمن أو الفسخ.

الرد على استدلال الدكتور الدريني:

أقول: إن استدلال الدريني هذا استدلال غير سليم؛ ذلك أنه خلاف ما استدل به أهل العلم حتى ممن يوجب وضع الجائحة -في هذه الصورة-؛ فهذا هو ابن عبد البر يقول عن هذا الحديث (٣): "وفيه دليل على أن لا جائحة يقام بها ويحكم بإلزامها البائع" (٤).

(١) قال الإمام الزرقاني: "وجمع عياض بين الرويتين، بأن يكون سمع أصواتهما ولم يتبين كلاهما، فجاءت أم المشتري فأخبرته فخرج" شرح الزرقاني (٣ / ٢٤٠).

(٢) الآية (١٠٤) من سورة آل عمران.

(٣) الرواية التي رواها الإمام مالك.

(٤) التمهيد (١٣ / ١٥٠).

أما قوله: إن الأمر بالمعروف واجب، فلا يصح؛ لأن حكم الأمر بالمعروف شيء، وحكم ما يؤمر به شيء آخر، فالأمر بالمعروف واجب كما هو مقرر ومعروف، ولكن ليس كل ما يؤمر به يكون واجباً، وبيان ذلك: أن أوامر الشارع - كما هو مقرر في علم الأصول - إما على سبيل الحتم والإلزام فهي الفرض والواجب، وإما على سبيل النذب فهي المندوب، وكلاهما معروف يؤمر به، وهذا ما يدل عليه معنى المعروف، قال الجرجاني: "المعروف: كل ما يحسن في الشرع"^(١)، وقال الإمام النووي: "المعروف: الإحسان والبر، اسم جامع للخير، وأصله الطاعة"^(٢).

ولتوضيح ذلك أقول: إن من يحث صاحبه على صلاة الفجر هو أمر بالمعروف، ومن يحثه على صلاة الضحى هو أمر بالمعروف أيضاً.

ثم إن القول بأن ما فهمه الصحابي هو الوجوب غير مسلم أيضاً، فلو كان واجباً لبين النبي - صلى الله عليه وسلم - مقدار الحط، ولسأل عن مقدار الجائحة، إلى غير ذلك من أمور^(٣).

كما أن إنكار النبي - صلى الله عليه وسلم - للتعنت والتألي وليس لعدم الوضع؛ إذ لو كان إنكاره - ﷺ - لعدم الوضع لبين مقدار الوضع، وصفته وكيفيته.

ومما يؤكد أن الوضع للاستحباب لا للوجوب، ما رواه الإمام البخاري في صحيحه بعد حديث: "أين المتألي على الله ألا يفعل المعروف؟" مباشرة عن الأعرج قال: "حدثني عبد الله بن كعب بن مالك عن كعب بن مالك أنه كان له على عبد الله بن أبي حرد الأسلمي مال، فلقيه فلزمه حتى ارتفعت أصواتهما، فمر بهما النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا كعب - فأشار بيده كأنه يقول النصف-؛ فأخذ نصف ما له عليه وترك نصفاً"^(٤).

(١) التعريفات (١/ ٢٨٣).

(٢) تحرير ألفاظ التنبيه (٢٣٨).

(٣) وسيأتي -بإذنه تعالى- مزيد من بيان وتفصيل لهذين الحديثين، وأوجه الاستدلال بهما، عند الكلام على أدلة الطرف الآخر.

(٤) البخاري مع الفتح، كتاب الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح (٥/ ٣٨٥ رقم ٢٧٠٦).

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أشار على كعب بالوضع من الدين، ومعلوم ضرورة أن الوفاء يجب أن يكون بكامل المال، وإشارة النبي - صلى الله عليه وسلم - لسيدنا كعب - رضي الله عنه - بوضع نصف الدين من باب الندب.

إضافة إلى أن مالكا وابن حبان روى هذا الحديث دون استفهام؛ فرواه الإمام مالك في الموطأ بلفظ: "تألي ألا يفعل خيراً"^(١)، وابن حبان بلفظ: "آلى أن لا يصنع خيراً ثلاث مرات، فبلغ ذلك صاحب التمر"^(٢)، فبطل بذلك قول الدكتور الدريني: إن الاستفهام يفيد التحريم.

ثالثاً: الإجماع: والذي ادعى الإجماع في هذا هو شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله تعالى- إلا أنه لم يذكر هذا الإجماع صراحة، ولكنه هو المقصود من عبارته، وسأذكرها كاملة ثم أجيب على استدلالاته منها؛ قال شيخ الإسلام: "ولهذا كان فقهاء الحديث يؤصلون أصلاً بالنص ويفرعون عليه، لا ينازعون في الأصل المنصوص ويوافقون فيما لا نص فيه، ويتولد من ذلك ظهور الحكم المجمع عليه لهيئة الاتفاق في القلوب، وإنه ليس لأحد خلافه، وتوقف بعض الناس في الحكم المنصوص، وقد يكون حكمه أقوى من المتفق عليه، وإن خفي مدركه على بعض العلماء فليس ذلك بمانع من قوته في نفس الأمر حتى يقطع به من ظهر له مدركه، ووضع الجوائح من هذا الباب؛ فإنها ثابتة بالنص، وبالعمل القديم الذي لم يعلم فيه مخالف من الصحابة والتابعين، وبالقياس الجلي، والقواعد المقررة، بل عند التأمل الصحيح ليس في العلماء من يخالف هذا الحديث على التحقيق، وذلك أن القول به هو مذهب أهل المدينة قديماً وحديثاً، وعليه العمل عندهم من لدن رسول الله إلى زمن مالك وغيره، وهو مشهور عن علمائهم؛ كالقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد القاضي ومالك وأصحابه، وهو مذهب فقهاء الحديث؛ كالإمام أحمد وأصحابه وأبي عبيد والشافعي في قوله القديم، وأما في القول الجديد فإنه علق القول به على ثبوته لأنه لم يعلم صحته،

(١) سبق تخريجه.

(٢) نقلاً عن فتح الباري (٥ / ٣٨٦).

فقال رضي الله عنه: لم يثبت عندي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر بوضع الجوائح، ولو ثبت لم أعدّه، ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعتها في القليل والكثير، فقد أخبر أنه إنما يجزم به لأنه لم يعلم صحته وعلق القول به على ثبوته، فقال لو ثبت لم أعدّه، والحديث ثابت عند أهل الحديث، لم يقدح فيه أحد من علماء الحديث، بل صححوه ورووه في الصحاح والسنن؛ رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه والإمام أحمد، فظهر وجوب القول به^(١).

مناقشة ابن تيمية: والجواب على كلام ابن تيمية يقتضي التفصيل، وسأذكر الرد في نقاط:

- ١ - أما ادعاء الإجماع فسهل، ولكن دون إثباته أهوال وأهوال، وكيف الإجماع؟ والقائلون بعدم وجوب وضع الجوائح أكثر ممن قالوا بالوجوب.
- ٢ - ثم متى كان إجماع أهل المدينة حجة معتبرة عند الحنابلة عموماً وعند الإمام ابن تيمية خصوصاً، حتى يستدل به^(٢).
- ٣ - على أن القول بأن العمل بوضع الجوائح، لم يعلم له مخالف من الصحابة والتابعين، مردود:
- بما رواه الشافعي في الأم^(٣) عن سيدنا سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - وعن عمرو بن دينار^(٤)، وبما رواه الإمام البخاري في صحيحه^(٥) عن الإمام محمد بن شهاب الزهري رحمهما الله تعالى.
- ٤ - ثم إن القول بأن وجوب وضع الجوائح هو عمل أهل المدينة، وبأنه المشهور

(١) فتاوي ابن تيمية (٣٠ / ٢٧٠).

(٢) نعم، ورد عن ابن تيمية ما يشعر بحجية أهل المدينة بالعمل القديم، ولكن حدده بما قبل مقتل عثمان - رضي الله عنه -، وهذا راجع إلى إجماع الصحابة. انظر: فتاوي شيخ الإسلام (٢٠ / ٣٠٨)، أصول مذهب الإمام أحمد (٢٩٩).

(٣) الأم (٣ / ٥٩).

(٤) عمر بن دينار المكي، أحد الأعلام، تابعي روى عن ابن عباس وابن الزبير وابن عمر وابن عمرو بن العاص وغيرهم من الصحابة. انظر: تهذيب التهذيب (٨ / ٢٨).

(٥) فتح الباري (٤ / ٥٠١).

عن علمائهم قول غير مسلم، مردود بما رواه الإمام البخاري في صحيحه عن الإمام الزهري، والإمام الزهري أعلم بعمل أهل المدينة من الإمام مالك، وأقرب إلى عهد الصحابة الكرام منه، وإليك ما قاله الإمام مالك في شيخه ابن شهاب الزهري: "ما أدركت بالمدينة فقيهاً محدثاً غير واحد، قلت^(١): من هو؟ قال: ابن شهاب الزهري"^(٢).

٥ - ثم إن مالكا نفسه - عليه رحمة الله - لم يدع الإجماع أو إجماع أهل المدينة، للاستدلال على ما ذهب إليه من القول بوضع الجوائح^(٣)، وإنما كان استدلاله بالحديث، وحتى أتباعه لم يستدلوا بالإجماع، ولم أر (فيما أطلعت عليه) هذا الادعاء لغير شيخ الإسلام، فمن أين جاء به؟ وما هو مصدره؟

٦ - وعلى فرض أنه كان مستندهم عمل أهل المدينة؛ فلم يضطرب أهل مذهب من المذاهب كما اضطربت أقول المالكية في هذا، فاختلّفوا في جائحة الآدمي مما لا يقدر على دفعه كالجيش، ثم اختلفوا في جائحة الآدمي مما يقدر على دفعه كالسارق والغاصب، واختلفوا أيضاً في مقدار الجائحة أهو ثلث الثمر أم ثلث القيمة؟ كما اختلفوا في البقول أتدخل مع الثمار أم لا؟ واختلفوا في جائحة العطش أيراعي الثلث فيها أم لا؟

أقول: فلو أنهم صدروا في أقوالهم هذه عن عمل متأثر لما أدى إلى هذا الاختلاف، ولكان العامة - فضلاً عن المجتهدين - يعرفون هذه التفصيلات فلا يقع فيها خلاف، والله تعالى أعلم.

٧ - أما إلزام الشافعي بقول أو برأي لم يقله بناءً على قولته المشهورة: "إذا صح الحديث فهو مذهبي"، فليس بلازم، ولبيان ذلك أقول: يجب أن نفرق في هذه المسألة بين حالتين:

(١) القائل هو ابن أخت مالك، وهو الإمام مطرف بن عبد الله أبو مصعب المدني.

(٢) طبقات ابن سعد - القسم المتمم (١٦٧).

(٣) انظر: المدونة الكبرى (١٢ / ٢٥)، الموطأ - بشرح السيوطي - (٣ / ١٢٦).

- أن يكون الحديث الضعيف الذي استدل به الإمام هو الدليل الوحيد في المسألة.

- أن يكون ثمة أدلة أخرى في المسألة.

ففي الحالة الأولى يصح هذا الكلام، وأمثلة له بكراهة الوضوء بالماء المشمس عند الإمام الشافعي، حيث رجح الإمام النووي - رحمه الله تعالى - شيخ المذهب عدم الكراهة، لمقولة الشافعي تلك^(١).

أما الحالة الأخرى، فتختلف عن الحالة الأولى، وذلك لوجود أدلة أخرى؛ ومثاله أحاديث وضع الجوائح.

وعلى كلتا الحالتين، فلا نقبل هذا التخريج من أي شخص كان، مهما بلغ شأوه في العلم، بل نقبله من علماء المذهب، بل ومن أهل التخريج فيه، فإن من المذهب رجلاً هم أساطين في العلم، تفسيرا وحديثاً وفقهاً ولغة، يقبلون ما هو صحيح، ويردون ما كان قابلاً للرد، ولا أدل على ذلك من رجوعهم في الفتوى عن الجديد إلى القديم في سبع عشرة مسألة - على خلاف بينهم في عددها -^(٢).

٨ - ثم لا أدري كيف فهم شيخ الإسلام من الإمام الشافعي أنه علق القول بالعمل بالجوائح على صحة الحديث، وأن الذي منع الإمام الشافعي من القول بوضع الجوائح هو عدم تأكده من صحة الحديث، وعبارته في الأم واضحة وضوح الشمس في رابعة النهار؛ إذ قال: "ولو ثبت الحديث في وضع الجائحة لم يكن في هذا حجة"^(٣).

(١) انظر في مسألة الماء المشمس: المجموع للنووي (١/٨٧)، روضة الطالبين للنووي (١/١١)، فتح العزيز للرافعي (١/١٢٩)، المهذب للشيرازي بتحقيق أستاذنا الدكتور محمد الزحيلي (١/٤٠)، التنبيه للشيرازي بتحقيق عماد الدين أحمد حيدر (١/١٣).

(٢) انظر: الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية من المسائل والضوابط والقواعد الكلية، تأليف السيد علوي ابن أحمد بن عبد الرحمن السقاف (٤٥)، الإمام الشافعي في مذهبية القديم والجديد، للدكتور أحمد نراوي عبد السلام (٤٤٤).

(٣) الأم (٣/٥٨).

رابعاً - القياس: واستدلّاهم بالقياس من وجهين:

الأول: قياس الجوائح في هذه الصورة على المبيع الذي على البائع فيه حق توفية؛ ذلك أن الأصل أن ضمان المبيعات بعد القبض تكون على المشتري^(١)، ولما كانت تخلية البائع بين المشتري والثمرة ليست قبضاً تاماً، بدليل وجوب السقي على البائع، فيبقى ضمانه على البائع، قياساً على المبيعات التي بقي فيها حتى توفية.

ويجاب على هذا القياس؛ بأنه وإن كان السقي لا زال على البائع، فإن كل شيء يقبض بحسبه والتخلية في الثمار قبض، وسأكتفي بنقل نص من نصوص الحنابلة في هذا، للعلامة أبي المواهب الحسين ابن محمد العكبري الحنبلي؛ قال: التخلية تقوم مقام القبض في جميع المبيعات، وينتقل بها المبيع من ضمان البائع إلى ضمان المشتري، خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن التخلية حصلت بين المبيع والمشتري، فحصل من ضمانه، دليله: ما لا ينقل^(٢)(٣). قال الإمام الماوردي: "ولأن قبض الثمرة ملحق بمنافع الدار المستأجرة؛ لأن العرف في الثمار أن تؤخذ لقطة بعد لقطة، كما تستوفى منافع الدار مدة بعد مدة، فلما كان تلف الدار المستأجرة قبل مضي المدة مبطلاً للإجارة وإن حصل التمكين، وجب أن يكون تلف الثمرة المبيعة مبطلاً للبيع، وإن حصل التمكين"^(٤).

وأجاب الإمام الشافعي على هذا القياس بما مقتضاه أنه قياس مع الفارق، واليك نصه: "الدار تكتري سنة ثم تنهدم من قبل تمام السنة، مخالفة للثمرة تقبض، من قبل أن سكنها ليس بعين ترى، وإنما هي بمدة تأتي، فكل يوم منها يمضي بما فيه، وهي بيد المكتري يلزمه الكراء فيه وإن لم يسكنها إذا خلى بينه وبينها، والثمرة إذا ابتيعت وقبضت وكلها في يد المشتري يقدر على أن يأخذها

(١) بداية المجتهد (٢ / ١٨٩).

(٢) قال محقق الكتاب: "حيث اتفقوا على أن القبض فيه بالتخلية". الحاشية (٤).

(٣) رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء (٢ / ٦٩١).

(٤) الحاوي الكبير (٦ / ٢٤٧).

كلها من ساعته، ويكون ذلك له، وإنما يرى تركه إياها اختياراً لتبلغ غاية يكون له فيها أخذه قبلها" (١).

أقول على أن من ينعم النظر في هذا القياس يجد أنه حجة لأصحاب القول الآخر - وهو حمل الوضع على ما إذا بيعت الثمار قبل بدو الصلاح -؛ فإن الثمرة قبل بدو الصلاح أقرب إلى منافع الإجارة من الثمرة بعد بدو الصلاح، بجامع أن كلاهما لم يظهر بعد، أما الثمرة بعد بدو صلاحها فهي موجودة كما قرر ذلك الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - والله تعالى أعلم.

خامساً - القواعد الفقهية:

واستدل القائلون بوجوب الوضع، بالقواعد الفقهية، وأهمها:

أولاً: الضرر يزال (٢): وجه الاستدلال: أن الضرر غير المستحق، تجب إزالته شرعاً إذا وقع، وذلك لأنه ظلم وضرر، أيّاً كان منشؤه (٣).

قلت: ويجب على هذا الاستدلال بأن الضرر لا يزال بمثله.

ثانياً: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة: ووجه الاستدلال كما يقول الأستاذ الدكتور الدريني: "والمدين بالالتزام المرهق، نتيجة لعذر طارئ، واقع في الحاجة التي تقرب من الضرورة، فيجب رفع الضيق عنه، ولو استثناءً من قواعد الشرع" (٤).

والجواب: أنه لا علاقة لهذه القاعدة في البيوع، وإنما هي استثناء من قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"، وأن الحاجة (وهي قسم من أقسام المصالح؛ إذ قسم العلماء المصلحة إلى ضرورية وحاجية وتحسينية) قد تعطى حكم ما فوقها وهي الضرورة، ولا علاقة بين الضرورة وما نحن فيه؟

(١) الأم (٣ / ٥٨)، وانظر: الحاوي (٦ / ٢٥٠).

(٢) انظر: قواعد رفع الضرر في: الأشباه والنظائر للسيوطي (٥٩)، ولابن نجيم الحنفي (٩٤)، القواعد الفقهية على المذهبين الحنفي والشافعي (١٨٧).

(٣) النظريات الفقهية للدريني (١٦٥).

(٤) المصدر السابق، المكان نفسه.

ولماذا افترض الأستاذ الكريم، أن المشتري -إذا أجيحت الثمرة- وقع في الحاجة التي تقرب من الضرورة، ولو افترضنا العكس؛ كأن تشتري الحكومة -مثلاً- المحاصيل الزراعية من صغار المزارعين، فهل يطبق الأستاذ الفاضل هذه القاعدة هنا؟ ويقول بأن الحكومة وقعت في الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة؟

ثالثاً: درء المفسد أولى من جلب المصالح: وجه الاستدلال: أنه إذا تعارض مفسدة ومصلة، فإننا نراعي درء المفسدة، وفي هذه الحالة، تعارض مصلحة إمضاء العقد مع المفسدة المترتبة على المشتري، فتقدم مصلحة المشتري بدفع الضرر المترتب عليه.

وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور الدريني: "وبينا أنفاً، أنه تعارض في مسألتنا هذه أصلاً، مصلحة الأصل التي يقتضيها وجوب إيفاء العقد، والمفسدة أو الضرر الناتج عن الظرف الطارئ، وهو بين، وغير مستحق، فيقدم دفع الضرر الراجح غير المستحق، بالفسخ أو بالتعديل حسب الأحوال"^(١).

ويجاب على هذا الاستدلال بمثل الإجابة على القواعد السابقة، بيد أنني أريد أن أضيف شيئاً هنا، فأقول: إن رفع الضرر في الشريعة الإسلامية، لا يعني أن أرفع الضرر عن زيد، لألحقه بعمره كما فعل المستدلون بهذه القواعد، فالضرر لا يزال بمثله كما هو ثابت.

ثم إنه في مسألتنا هذه لم يتعارض أصلاً، كما قال الدكتور الدريني، بل تعارض ثلاثة أصول، وهي مصلحة إيفاء العقد الثابتة بقوله تعالى: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أََوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، ومصلحة البائع في إبقائه أيضاً، ومصلحة المشتري في فسخه أو تعديله، ومن الثابت أصولياً أننا ندفع المفسدة إذا ساوت المصلحة أو إذا زادت عليها، أما إذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة فلا شك

(١) المصدر السابق، المكان نفسه.

(٢) جزء من الآية (١) من سورة المائدة.

في تقديم المصلحة، ولا أدل على ذلك من تشريع الجهاد، المفوت لمصلحة الحياة مقابل مصلحة حفظ الأديان.

وعليه، فإن إعمال القواعد يقضي بلزوم البيع، لتعارض مصلحتين مع مفسدة واحدة، علماً بأن تعارض مصلحتي البائع والمشتري متساوية، وإنما جاءت مصلحة إمضاء العقد مع البائع، فتقدم مصلحته وتكون الجائحة على المشتري، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني

أدلة المالكية على التحديد بالثلث

الحق أنه لا يوجد دليل نصي من كتاب أو سنة تحدد الجائحة بالثلث، وفي هذا يقول الإمام أبو داود: "لم يصح في الثلث شيء عن النبي ﷺ، وهو رأي أهل المدينة"^(١)، وعلى أي فإنني سأستعرض ما قاله أئمة المالكية في هذا الشأن، وأناقشه مناقشة علمية، والله وحده المسؤول التيسير والتمام.

على أنني أود الإشارة إلى اختلاف قول المالكية أنفسهم في الثلث، وهل هو أن يجاح ثلث الثمرة أم ثلث القيمة؟ قال ابن القاسم: يعتبر الثلث بالكيل، وأشهب بالقيمة، وموضع اختلافهم فيما إذا كان الثمر نوعاً واحداً، أو لا تختلف قيمة بطونه، أما إذا كان الثمر أنواعاً مختلفة القيم، أو بطوناً مختلفة القيم أيضاً، فاتفقت كلمتهم على اعتبار القيمة^(٢).

والواقع أن استنادهم على مطلق التحديد^(٣) كان مبنياً على مقدمتين:

العادة جرت بأن حكم القليل يختلف عن حكم الكثير، فيتسامح في القليل ما لا يتسامح بغيره.

أقول: وهذا الكلام موضع اتفاق عند كل من قال بوضع الجوائح، وفي هذا

(١) سنن أبي داود (٣ / ٢٥١ رقم ٣٣٧٤)، وانظر: نيل الأوطار (٥ / ٢٦٠).

(٢) بداية المجتهد (٢ / ١٩١)، وانظر: المدونة الكبرى (١٢ / ٢٦).

(٣) بغض النظر عن المقدار.

يقول ابن قدامة: "ظاهر المذهب أن لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا ما جرت العادة بتلف مثله؛ كالشيء اليسير الذي لا ينضب فلا يلتفت إليه" (١)، ويقول ابن رشد الحفيد: "والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح، وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً، بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير؛ إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق" (٢).

فإذا ثبت هذا، فلا بد من وضع قيد يحدد هذا القليل المتفق على إسقاطه، لئلا يثور التنازع، ويقول ابن رشد: "وأيضاً فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير" (٣).

فهاتان المقدمتان كانتا مبرراً للتحديد، ولكن ما هي مبررات التحديد بالثلث؟ أولاً: إن الشرع قد اعتبر الثلث في أكثر من موضع، كما ذكر ذلك الإمامان ابن رشد (٤) وابن قدامة (٥) - عليهما رحمة الله -، حتى روي عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - قوله: "إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة" (٦)، فيكون دليل القوم القياس.

ثانياً: لأن الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة؛ بدليل قول النبي ﷺ في الوصية: "الثلث والثلث كثير" (٧)؛ قال ابن قدامة - رحمه الله -: قيل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به" (٨).

- (١) المغني (٤ / ٢٣٤).
- (٢) بداية المجتهد (٢ / ١٩١).
- (٣) بداية المجتهد (٢ / ١٩١).
- (٤) المصدر السابق، المكان نفسه.
- (٥) المغني (٤ / ٢٣٥).
- (٦) المصدر السابق، المكان نفسه.
- (٧) متفق عليه؛ البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث البنات (١٢ / ١٥ رقم ٦٧٣٣)، وفي عدة مواضع من صحيحه، ومسلم كتاب الوصية، (١١ / ٧٦ رقم ١٦٢٨).
- (٨) المغني (٤ / ٢٣٥).

مناقشة قول المالكية: ويناقش رأي السادة المالكية من محورين - مع الاختصار-؛ هما:

- قياسهم الثلث في الجوائح على غيره من الأحكام التي اعتبر الشارع فيها الثلث.

- قولهم بأن الثلث هو الفاصل بين القليل والكثير؛ فال ابن عبد البر: "وأما اعتبار مالك في مقدار الجائحة الثلث؛ فلأن ما دونه عنده في حكم التافه الذي لا يسلم منه بهذه"^(١).

أما المحور الأول وهو القياس، فلا أجد عبارة أبلغ ولا أخصر من عبارة الإمام ابن رشد القرطبي، ترد على هذا القول، وعبارته: "والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس"^(٢).

وأما الجواب على المحور الثاني، فأتركه للإمام الماوردي - رحمه الله - حيث قال: "فالتلث جعله النبي - ﷺ - في حكم ما دونه في جواز الوصية به، وأنت جعلته في حكم ما زاد عليه، فقد خالفت ما تعلقت به، ومعنى قوله: "والتلث كثير"، أي كثير القليل، لأجل أنه ملحق بما هو أقل منه"^(٣).

والذي يناقض ما قاله المالكية، قول القرافي في الذخيرة: "لا تحديد فيها إن كانت بسبب العطش، بل توضع مطلقاً"^(٤)، وقول ابن عبد البر في الاستنكار: "قال مالك: والبقول والكراث والجزر والبصل والفجل وما أشبهه، إذا اشتراه رجل فأصابته جائحة، فإنه يوضع عن المشتري بكل شيء أصابته الجائحة قل أو كثر ..."^(٥).

(١) الاستنكار (٧ / ١٠٩).

(٢) بداية المجتهد (٢ / ١٩١).

(٣) الحاوي الكبير (٦ / ٢٤٩).

(٤) الذخيرة (/ ٢١٣).

(٥) الاستنكار (٧ / ١١٠).

أو ليس المشتري قد دخل على هذا الشرط بالعادة، ولم يدخل بالنطق كما قال ابن رشد؟ ثم أليست الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير؟ أو ليس القليل في حكم التافه كما قال ابن عبد البر؟ فلم يخالف المالكية قولهم هنا؟

المطلب الثالث أدلة الجمهور

واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالسنة والقياس والمعقول.

أولاً: الاستدلال بالسنة: واستدلوا من السنة بعدة أحاديث:

الحديث الأول: ما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن سيدنا أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أنه قال: "أصيب رجل في ثمار ابتاعها، وكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: "تصدقوا عليه"، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ: "خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك" (١).

وجه الدلالة: ووجه الدلالة في حديث أبي سعيد - رضي الله عنه - واضحة على عدم وجوب وضع الحوائج؛ إذ لو كانت من ضمان البائع لما أحوج المشتري إلى الصدقة، بل يجعل الضمان على البائع، ويضع الجائحة عن المشتري (٢)، وقال ابن عبد البر عن حديث أبي سعيد: "وهذا الحديث وحديث عمرة يدلان على أن رسول الله - ﷺ - لم يقض بوضع الجائحة في قليل ولا كثير" (٣).

وأجيب على هذا الاستدلال بعدة أجوبة؛ منها:

- يمكن أن يكون البائع عديماً، فلم يقض عليه بجائحة (٤).

(١) صحيح مسلم - بشرح النووي - كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين (١٠ / ٢١٩).

(٢) الحاوي (٦ / ٢٤٨).

(٣) التمهيد (١٣ / ١٥٣).

(٤) بداية المجتهد (٢ / ١٩٠).

- أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة^(١).
- أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه جائحة؛ كأن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب^(٢).
- ويحتمل أن يكون النقصان ليس من الجائحة، وإنما لأمر آخر؛ كسرقة أو نقصان في السعر، وما إلى ذلك^(٣).
- كما يحتمل أن يكون الحديث قبل النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها^(٤).

ولكن هذه الاعتراضات غير مسلمة؛ لأنه لو كان البائع عديماً لوجب المال في ذمته، وما هو الدليل على أن مقدار الجائحة في هذه الأحاديث دون ما تجب فيه جائحة، أو في غير الوقت الذي تجب فيه جائحة، أو أنها من سرقة أو نقصان سعر؟

كما أن هذه الاعتراضات ترد على جميع الأدلة التي استدلت بها الطرفان.

الحديث الثاني: واستدلوا أيضاً بما أخرجه الإمام البخاري بسنده عن عمرة بنت عبد الرحمن - رضي الله عنها - قالت: "سمعت عائشة - رضي الله عنها - تقول: سمع رسول الله - ﷺ - صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم، وإذا أحدهم يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء، وهو يقول: لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله - ﷺ - فقال: "أين المتألي على الله لا يفعل المعروف؟" فقال: "أنا يا رسول الله، وله أي ذلك أحب"^(٥).

(١) المصدر السابق، المكان نفسه.

(٢) المصدر السابق، المكان نفسه.

(٣) فتاوي ابن تيمية (٣٠ / ٢٧٣)، أعلام الموقعين (٢ / ٢٥٨)، نيل الأوطار (٥ / ٢٦٠).

(٤) فتاوي ابن تيمية، المكان السابق.

(٥) البخاري - بشرح ابن حجر -، كتاب الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح؟ (٥ / ٣٨٥ رقم ٢٧٠٥)، ومسلم - بشرح النووي - (١٠ / ٢٠ رقم ١٥٥٧).

ووجه الدلالة من هذا الحديث ظاهرة؛ إذ لم يأمره الرسول الكريم بالخط، وإنما رغبة به ترغيباً، فقد جاء في رواية ابن حبان لهذا الخبر كما ذكر الإمام ابن حجر: "آلى أن لا يصنع خيراً ثلاث مرات، فبلغ ذلك صاحب التمر" (١)، وقال ابن حجر في تعليقه على هذا الحديث: "وفي هذا الحديث الحض على الرفق بالغريم، والإحسان إليه بالوضع عنه" (٢).

الحديث الثالث: وما رواه الإمام مالك في الموطأ (٣) عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن، أنه سمعها تقول: "ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله - ﷺ - فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له، أو أن يقيه، فحلف ألا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله - ﷺ - فذكرت ذلك له، فقال رسول الله - ﷺ -: "تألى ألا يفعل خيراً"، فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله - ﷺ - فقال: يا رسول الله: هو له (٤).

وأما هذا الحديث، فموضع الدلالة فيه من وجهين - كما ذكر ذلك الإمام الماوردي -: "أحدهما: أن النبي - ﷺ - أخرج الحط عن المشتري مخرج الخير والفضل لا مخرج الوجوب والحثم.

والثاني: أنه لم يجبر البائع على الحط عن المشتري حتى بلغ البائع ذلك فتطوع بحطه عنه، ولو كان واجباً لأجبره عليه" (٥).

وقال الإمام ابن عبد البر: "ليس في حديث عمرة ما يدل على إيجاب وضع الجائحة، وإنما فيه الندب إلى الوضع" (٦).

(١) فتح الباري (٥ / ٣٨٦).

(٢) المصدر السابق، المكان نفسه.

(٣) الحديث: رواه الإمام مالك في الموطأ - بشرح السيوطي -، كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع (٢ / ١٢٦).

(٤) قال الإمام الزرقاني: "وجمع عياض بين الرويتين، بأن يكون سمع أصواتهما ولم يتبين كلامهما، فجاءت أم المشتري فأخبرته فخرج"، شرح الزرقاني (٣ / ٣٤٠).

(٥) الحاوي (٦ / ٢٤٨)، وانظر: الأم (٣ / ٥٧).

(٦) الاستذكار (٧ / ١٠٨).

وأجيب على هذا الحديث بأنه مرسل، قال الإمام الشافعي: "وحديث مالك عن عمرة مرسل، وأهل المدينة ونحن لا نثبت مرسلًا"^(١) لكنه يرد على هذا الاعتراض بأنه موصول من روايتي البخاري ومسلم^(٢).

الحديث الرابع: ما رواه البخاري ومسلم عن سيدنا أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ: "نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، فقليل له وما تزهي؟ قال: "حتى تحمر، فقال: أرايت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟" (٣).

وجه الاستدلال: قال الإمام الماوردي في توجيهه: "فَمَوْضِعُ الدَّلَالَةِ مِنْهُ هُوَ أَنَّهُ لَوْ كَانَتِ الْجَائِحَةُ مَضْمُونَةً عَلَى الْبَائِعِ لَمَا اسْتَضَرَّ الْمُشْتَرِي بِالْجَائِحَةِ قَبْلَ بُدْؤِ الصَّلَاحِ، وَلَمَّا كَانَ لِنَهْيِهِ عَنْهُ حِفْظًا لِمَالِ الْمُشْتَرِي وَجْهًا؛ لِأَنَّهُ مَحْفُوظٌ إِنْ تَلَفَ فِي الْحَالَيْنِ بِالرُّجُوعِ عَلَى الْبَائِعِ، فَلَمَّا نَهَى عَنِ الْبَيْعِ فِي الْحَالِ الَّذِي يَخَافُ مِنَ الْجَائِحَةِ فِيهَا؛ لِأَنَّ لَا يَأْخُذُ مَالِ الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ حَقٍّ، عَلِمَ أَنَّ الْجَائِحَةَ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَى الْبَائِعِ، وَأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ فِيمَا صَحَّ بَيْعُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي" (٤).

واعترض ابن تيمية على هذا التوجيه، من أربعة أوجه^(٥):

الأول: أن البيع المطلق لا ينصرف إلا إلى البيع الصحيح.

(١) الأم (٣ / ٥٧).

(٢) قال الإمام ابن حجر - رحمه الله - عن حديث عمرة بأنه من رواية الشافعي عن مالك مرسلًا، ورواه: "البيهقي من طريق حارثة ابن أبي الرجال عن أبيه عن عمرة عن عائشة موصولاً، وقال: حارثة ضعيف، وهو في الصحيحين من طريق يحيى بن سعيد بن عمرة عن عائشة مختصراً"، تلخيص الحبير - بحاشية المجموع للنووي (٩ / ١٠٤).

(٣) البخاري - مع الفتح - كتاب البيوع، باب إذا باع الثمرة قبل أن يبدا صلاحها (٤ / ٥٠١)، مسلم - بشرح النووي -، كتاب المساقاة والمزارعة، باب وضع الجوائح (١٠ / ٢١٧ رقم ١٥٥٥).

(٤) الحاوي (٦ / ٢٤٨).

(٥) مجموع الفتاوى (٣٠ / ٢٧٣).

الثاني: أنه أطلق بيع الثمرة، ولم يقل قبل بدو صلاحها، فأما تقييده ببيعها قبل بدو صلاحها فلا وجه له.

الثالث: أنه قيد ذلك بحال الجائحة، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لا يجب فيه ثمن بحال.

الرابع: أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون، فلو كان الثمر على الشجر مقبوضاً، لوجب أن يكون مضموناً على المشتري في العقد الفاسد.

إلا أنه يرد على اعتراض شيخ الإسلام - رحمه الله تعالى - بأن هذا الحمل متعين للجمع بين الأحاديث والروايات في هذا الموضوع؛ أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن أبي اسحق النجراني؛ قال: قلت لعبد الله ابن عمر: أسلم^(١) في نخل قبل أن تطلع؟ قال: لا، قلت: لم؟ قال: إن رجلاً أسلم في عهد رسول الله - ﷺ - في حديقة نخل قبل أن تطلع، فلم تطلع شيئاً ذلك العام؛ فقال المشتري: هو لي حتى تطلع، وقال البائع: إنما بعثك النخل هذه السنة؛ فاختمنا إلى الرسول - ﷺ - فقال رسول الله - ﷺ - للبائع: "أخذ من نخلك شيئاً؟" قال: لا، قال رسول الله - ﷺ -: "فبم تستحل ماله؟" أردد عليه ما أخذت منه، ولا تسلموا^(٢) في نخل حتى يبدو صلاحه^(٣).

الحديث الخامس: أقول: ويمكن أن يستدل لهذا القول بما أخرجه الإمام الترمذي^(٤) وغيره^(٥) عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله - ﷺ - قال:

(١) أي: أسلم؟

(٢) السلم: عقد على موصوف في الزمة ببدل يعطى عاجلاً، انظر: تهذيب الأسماء واللغات للإمام النووي (ق ٢ / ج ١ / ص ١٥٥).

(٣) الكتاب المصنف لابن أبي شيبة (٦ / ١٥ حديث رقم ٢٩٠٩٨).

(٤) الترمذي - بشرح ابن العربي (٥ / ٢٤٣).

(٥) سنن البيهقي (٤ / ٢٩)، وقال ابن حجر في بلوغ المرام: "رواه الخمسة، وصححه الترمذي وابن خزيمة والحاكم" بلوغ المرام بشرح الصنعاني (٣ / ٢٩).

"لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك".

وجه الاستدلال: والاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الأول: النهي عن ربح ما لم يضمن؛ ذلك أن منافع الثمرة تكون للمشتري، فلو ارتفع سعر الثمار فيما بين التخلية وقبل إمكان الجذاذ، فلا شك أن الربح كله للمشتري، فكيف يجعل الربح للمشتري والضمان على البائع؟ ويؤيد هذا الاستدلال ما ورد من قواعد فقهية، مثل قاعدة: "الخراج بالضمان"^(١).

والثاني: قوله: "ولا بيع ما ليس عندك"؛ وذلك أنه يجوز للمشتري بيع الثمرة التي اشتراها وخليت له؛ فإن كانت التخلية ليس بقبض فلا يجوز له بيعها، لأنها ليست عنده، وأنتم لا تقولون بذلك، وإن كانت التخلية قبضاً، فالمبيع بعد القبض من ضمان المشتري، والله تعالى أعلم.

ثانياً: القياس: أما استدلالهم بالقياس فمن وجهين:

الأول: بقياس التخلية في بيع الثمار على التخلية في بيع العقار؛ بجامع أن المشتري لأيهما - الثمار والعقار - يجوز له التصرف بالمبيع بيعاً وهبة ووصية؛ فكانت التخلية كافية في نقل الضمان، كسائر المبيعات المقبوضة^(٢).

وأجيب على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق، ذلك لانتهاء علائق البائع في تسليم العقار، وعدم انتهائها في تسليم الثمرة؛ لبقاء السقي على البائع^(٣).

(١) وهي المادة (٨٥) في مجلة الأحكام العدلية انظر هذه القاعدة: المدخل الفقهي "القواعد الكلية - المؤيدات الشرعية" للأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكردي (١٠٥)، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي (٤٢٠)، وهذه القاعدة هي نص حديث شريف، قال عنه ابن حجر: "رواه الخمسة، وضعه البخاري وأبو داود، وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن جارود وابن حبان والحاكم وابن القطان" بلوغ المرام - مع سبل السلام للصنعاني - (٣ / ٥٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥ / ٢٤٧)، الحاوي الكبير (٦ / ٢٤٨)، مغني المحتاج (٢ / ٩١).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠ / ٢٧٥).

ويرد على هذا الاعتراض بأن علائق البائع انتهت عن الثمرة كالعقار تماماً، وما توهمه شيخ الإسلام من بقاء علائق البائع بالثمرة غير سليم؛ لأن علائق البائع من سقي وغيره بقيت للأرض والشجر وليست للثمر، الذي هو محل المعاوضة كما العقار، والله تعالى أعلم.

الثاني: وأما الوجه الآخر للقياس فهو قياس الثمار على غير الثمار، في هلاك ما دون الثلث - وذلك ما ذكره الإمام الماوردي واعترض عليه وأجاب على الاعتراض؛ إذ قال: "إن كل ما كان مضموناً على المشتري فيما دون الثلث، كان مضموناً عليه فيما زاد على الثلث، قياساً على غير الثمار؛ فإن قال مالك: إن ما دون الثلث يلقطه الطير وتنتشره النحلة غالباً، فضمنه المشتري للعرف فيه، وليس كذلك ما زاد على الثلث وبالجائحة، قيل: هذا غلط؛ لأن ما يكون من ضمان أحد المتبايعين، لا يقع الفرق فيه بين تلف قليله أو كثيره بعرف معتاد أو غيره" (١).

قلت: بيد أن هذا القياس وإن كان متجهاً على المالكية فلا يرد على الحنابلة؛ لأن المالكية هم أصحاب هذا القول (وضعها عن المشتري فيما زاد عن الثلث) دون الحنابلة.

ثالثاً: وجوب الوفاء بالعقد:

على أنني أرى الاستدلال لمذهب الجمهور، بأصل وجوب الوفاء بالعقد، ذلك أن الأصل في العقود للزوم (٢)، وذلك لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٣).

قلت: والعدول عن هذا الأصل لا يكون بدليل محتمل؛ ذلك أن "الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال"، والأحاديث التي أوردها القائلون

(١) الحاوي الكبير (٦ / ١٤٩).

(٢) العقود المسماة، لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي (٣٢).

(٣) جزء من الآية (١) من سورة المائدة.

بالوجوب والقائلون بالاستحباب كلها لم تسلم من نقد، فوجب الرجوع إلى الأصل، والله تعالى أعلم.

رابعاً - الجمع والتوفيق بين الأدلة:

ثم إنني أرى أن المسألة يجب أن تؤخذ من جميع أطرافها، وأن تكيف بناءً على جميع ما ورد فيها من نصوص وآثار، فأقول: هاجر رسول الله - ﷺ - إلى المدينة المنورة، وكان أهلها يتعاملون بمعاملات، منها ما هو صحيح، ومنها ما ليس كذلك، من مثل بيع الحصة والمامسة وبيع حبل الحبل وبيع الثمار قبل بدو صلاحها، وما إلى ذلك من أمور.

يدل على ذلك ما رواه الإمام مسلم في صحيحه: "نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الحصة وعن بيع الغرر"^(١)، وما رواه الدارقطني عن سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما؛ قال: "نهى النبي - ﷺ - أن يباع ثمر حتى يطعم، أو صوف على ظهر، أو لبن في ضرع، أو سمن في لبن"^(٢)

ومنها ما رواه البزار عن أبي هريرة - رضي الله عنه -: "أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع المضامين"^(٣)، والحديث وإن كان ضعيفاً، إلا أن الإمام الحافظ ابن حجر قال: "وفي الباب عن ابن عمر أخرجه عبد الرزاق بإسناد قوي، والحديث دل على عدم صحة بيع المضامين والملاقيح، وقد تقدم وهو إجماع"^(٤).

أما ما يتعلق بموضوعنا فهو ما ذكره الإمام الصنعاني^(٥) عن سيدنا زيد بن ثابت - رضي الله عنه -؛ أنه قال: "قدم النبي - ﷺ - المدينة، ونحن

(١) نيل الأوطار (٥/٢٢٨).

(٢) سبل السلام (٣/٢٥) قال ابن حجر: وأخرجه أبو داود في المراسيل لعكرمة، وأخرجه أيضاً موقوفاً على ابن عباس بإسناد قوي، ورجحه البيهقي، المكان السابق.

(٣) المضامين: ما في بطون الإبل. والملاقيح: ما في ظهور الجمال سبل السلام (٣/٥٩).

(٤) سبل السلام (٣/٥٩).

(٥) بلوغ المرام مع سبل السلام (٣/٥٩).

(٦) سبل السلام (٣/٨٩).

نبتاع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، وسمع خصومة فقال: ما هذا؟ فذكر الحديث وأنه نهى عن بيعها قبل بدو صلاحها" (١).

نقول: وحديث الأمر بوضع الجوائح يحمل على هذا المحمل، ولا نقول هذا الكلام مجازفة، فاقتران الحديث بالنهي عن بيع السنين فيه أكبر إشارة إلى هذا، واقتران النهي عن بيع السنين مع الأمر بوضع الجوائح، جاء في رواية الشافعي لهذا الحديث، كما جاء في مسند أبي عوانة، فرواه عن سيدنا جابر رضي الله عنهما: "أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح" (٢)، فضلاً عن كثير من الروايات التي تشير إلى منع بيع الثمرة حتى تحمر وتصفّر، أو حتى تزهر (٣).

وهو الذي جعل الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - يتردد في اعتباره هذا الحديث، واليك نصه: "قال الشافعي: سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيراً في طول مجالستي له، لا أحصى ما سمعته يحدثه من كثرتة، لا يذكر فيه: "أمر بوضع الجوائح" لا يزيد على أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع السنين" ثم زاد بعد ذلك "وأمر بوضع الجوائح" قال الشافعي: قال سفيان وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاماً قبل وضع الجوائح لا أحفظه، فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح؛ لأنني لا أدري كيف كان الكلام" (٤).

(١) لم أجد الحديث باللفظ الذي ذكره الإمام الصنعاني، ولكنه في صحيح الإمام البخاري عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - قال: "كان الناس في عهد رسول الله - ﷺ - يتابعون الثمار، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيه، قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مرض، أصابه قشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله - ﷺ - لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: فإذا لا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم". صحيح البخاري - بشرح ابن حجر - (٤/٤٩٥ رقم ٢١٩٣).

(٢) مسند أبي عوانة (٣/٣٣٥).

(٣) منها حديث سيدنا أنس - رضي الله عنه - الذي أوردته في الصفحة (٣٤) من هذا البحث.

(٤) الأم (٣/٥٧).

ويؤيد هذا الحديث الذي خرج به ابن أبي شيبة في مصنفه، والذي سبق إيراد.

وبذلك يتبين لنا صحة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من عدم وجوب وضع الجائحة في هذه الصورة؛ وذلك لما ذكرت من أدلتهم ومناقشتهم في معرض الاستدلال والمناقشة وسلامتها عن النقض، وللجمع والتوفيق بين الأدلة، والتي لن أتطرق لذكرها وإعادتها، خوف الإطالة والتكرار، والمقصود بيان الحق في هذه المسألة، وما ذكرته قبل من أدلة وترجيحات يغني عن ذكرها هنا.

المبحث الثالث

وضع الجائحة في القوانين الوضعية

قبل أن نشرع في الكلام عن أحكام هذا البيع في القوانين الوضعية (والأردني والكويتي على وجه الخصوص) ينبغي علينا أن نقرر فرقاً مهماً وجوهرياً بين كل من التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

وهو أن الفقه الإسلامي كان يدرس كل مسألة - بجميع أبعادها - على حدة، فيبين الحكم الشرعي فيها، ولم يُعَنَّ بدراسة الأحكام على شكل نظريات عامة كما هو شأن القوانين الوضعية، ولهذا نجد أن الشريعة الإسلامية الغراء عالجت الجائحة من خلال بيان وضعها وما يتعلق بكل مسألة وظرفها مستقلة عن غيرها، أما القانون المدني سواء في الأردن أو الكويت فنراهما يعالجان نفس هذه المسألة ضمن القواعد العامة للبيع، وتحت باب نظرية ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة.

وعليه فإن دراسة هذه المسألة ينبغي أن ينظر لها من منطارتين؛ الأولى: قواعد البيع العامة، وهل تسليم الثمار بادية الصلاح على أصولها يعد تسليمًا تاماً، والزاوية الأخرى التي ينبغي النظر لهذه المسألة من خلالها: مدى انطباق نظرية الظروف الطارئة على هذا البيع، وهل يستطيع أحد المتعاقدين الاستفادة من شروط هذه النظرية إذا ما حلت جائحة بالثمرة؟ وهو ما سنتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

وضع الجوائح حسب قواعد البيع العامة

ذكرنا فيما سبق أن هذه المسألة ينبغي أن تدرس في القانونين الأردني والكويتي ضمن الأحكام العامة للبيع، ويتفرع عنها ما هو مقرر قي هذين القانونين في أحكام البيع من جواز بيع الأشياء المستقبلية بما في ذلك بيع الثمار على أصولها، شريطة انتفاء الغرر؛ حيث تنص المادة ١٦٠/١ من القانون المدني الأردني وتقابلها المادة ١٣١ من القانون الكويتي على: "يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر"، وقاعدة القوة

الملزمة للعقد والتي درج الفقه على التعبير عنها بقاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين" شريطة عدم وجود أية ظروف طارئة تمنع أو تجعل تنفيذ الالتزامات مرهقة على عاتق أحد أطراف العقد، حيث تنص المادة ٢٠٢/١ من القانون المدني على: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"^(١)، ولكن المادة ٢٠٥ من القانون نفسه جاءت للتخفيف من حدة المادة ٢٠٢ / ١ فنصت على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية - وإن لم يصبح مستحيلاً - صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"^(٢).

فقاعدة جواز بيع الاشياء المستقبلية ومن ضمنها بيع الثمار، تقرر أنه من الجائز شرعاً وقانوناً إجازة بيع الأشياء المستقبلية بما في ذلك الثمار^(٣)، ليس هذا فحسب بل إن هذه القاعدة تقرر أيضاً أن بيع الثمار من قبيل البيوع الباتة

- (١) تقابل المادة رقم ١٣١ من القانون المدني الكويتي كما تقابل المواد ١٣١ مدني مصري و ١٣١ مدني ليبي و ١٣٢ مدني سوري والمادتين ١٢٦ و ١٢٩ مدني عراقي و ١١٧ مدني سوداني و ١٨٨ موجبات وعقود لبناني و ٦٦ مدني تونسي.
- (٢) تقابل المادة رقم ١٤٦ من القانون المدني الكويتي، والمواد ١٤٧ مدني مصري، و ١٤٧ مدني ليبي، و ١٤١ مدني سوري، و ١٤٦ مدني عراقي، و ١٣٧ مدني سوداني.
- (٣) بهذا المعنى انظر كلاً من: القاضي أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، غير مذكور دار النشر طبعة ١ عام ١٩٨٧، ص ٣٢٤، وكذلك انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، طبعة ١ عام ١٩٧٤، ص ٣٨٣، وكذلك د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة عام ٢٠٠٧ ص ٩٧ والهامش رقم ١، وكذلك د. ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة عام ٢٠٠٨ ص ٢٢٦ وما بعدها، وكذلك انظر: د. سليمان مرقس، في العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، المنشورات الحقوقية، صادر، بيروت ١٩٩٠، ص ١٨٧ وما بعدها، وكذلك د. عبد الحق صافي، عقد البيع، غير مذكور دار النشر، طبعة ١ عام ١٩٩٨.

والناجزة، وليست من البيوع الموصوفة أو المعلقة على شرط واقف، وهذا يعني وجوب أن يقوم المشتري بتعجيل دفع الثمن كأحد الالتزامات المفروضة عليه^(١)، وبالمقابل يلتزم البائع بتمكين المشتري من جذ الثمار^(٢) بعد أن يتم نضجها وجذها وهو ما يفرض على البائع التزاماً آخر هو العمل على إنضاج الثمار المبيعة والمحافظة عليها لحين جنيها من جانب المشتري.

فمن المتصور إذن أن يتم بيع الثمار بالمطلق سواء أكانت ما تزال على أصولها أم ما نضج منها وتم جنيها، حيث يتم تسليم الموجود منها عن طريق التخلية للمشتري وقت إبرام عقد البيع.

ولكن من غير المتصور أن يتم التسليم والقبض والتخلية للمشتري عن الثمار التي لم توجد بعد أو التي لم تخلق، وإلا كنا بصدد عقد من عقود الغرر التي لا يعلم فيها أحد طرفي العقد مقدار ما سيأخذ كمقابل لما سيعطي، وهو من البيوع غير الجائزة لا شرعاً ولا قانوناً.

ولقد أجاب سيد الخلق - صلى الله عليه وسلم - على التساؤل السابق مبيناً أن الظروف الطارئة والمسمأة شرعاً بـ "الجائحة"، ليس لها أدنى أثر بالنسبة للمشتري حيث يقع حراماً على البائع أخذه أي جزء من الثمن المعادل أو المقابل لخسارة المشتري للثمار التي لم تخلق والتي تلفت أو هلكت بفعل الجائحة؛ حيث قال - صلوات الله وسلامه عليه - موجهاً كلامه الشريف للبائع: "فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً"، مفسراً كلامه الشريف ومبيناً علة التحريم بقوله متسائلاً: أرايت إن منع الله الثمرة؟.

(١) انظر: نص المادة ٥٢٢ من القانون المدني الأردني والتي تنص على: "على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولاً وقبل تسليم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك"، وكذلك انظر: المادة ٥٢٦ من القانون المدني التي تنص على: "يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغير ذلك".

(٢) انظر: المادة ٤٨٨ من القانون المدني الأردني التي تنص على: "يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجزئاً من كل حق آخر، وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه".

ولقد أخذ المقتن الأردني والكويتي وجمهور فقهاء القانون المدني بما انتهى إليه الفقه الإسلامي في معظم الأحكام المتعلقة بهذه المسألة، فوضع المقتنان الأردني والكويتي مجموعة من الأحكام التي تعالج أثر الجائحة أو الظروف الطارئة - وفقاً للتسمية الوضعية - في بيع الثمار غير المخلقة بعد بما يلي:

- بيع الثمار غير المخلقة غير جائز؛ لأنه بيع معدوم بسبب انعدام محله وفقاً لنص المادة (٤٦٦) والتي تنص على: "١ - يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة، ٢- يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له، وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه".

- بيع الثمار غير المخلقة غير جائز أيضاً كونه بيع يستحيل فيه التسليم سواء الفعلي أو الحكمي أو التخلية وفقاً لنص المادة (٤٩٤) والتي تنص على: "١- يتم تسليم المبيع إما بالفعل أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الإذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته. ٢- ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ويختلف باختلاف حاله"، وحيث إن محل عقد بيع الثمار غير المخلقة مستحيل، فإن مؤدى ذلك اعتبار هذا العقد باطلاً طبقاً لنص المادة ١٥٩ من القانون المدني الاردني^(١).

- بيع الثمار غير المخلقة غير جائز أيضاً كونه بيع فيه غرر وجهالة فاحشة ومدعاة للتنازع والخلاف، حيث لا يعلم المشتري مقدار ما سيأخذ مقابل الثمن الذي يلتزم بدفعه للبائع، وبالتالي وطبقاً لنص المادة ١٦٠ من القانون المدني لا يجوز أن يكون محل المعاوضات المالية ومنها عقود البيع شيئاً مستقبلاً كالثمار غير المخلقة إلا إذا انتفى الغرر، وحيث إن الغرر غير منتفٍ هنا فبالنتالي لا يجوز البيع ويعتبر باطلاً.

(١) تقابل المادة ١٣٠ من القانون الكويتي، وكذلك كلا من المادة ١٣٢ مدني مصري، و١٣٢ مدني ليبي، و١٣٣ مدني سوري، و١٢٧ مدني عراقي، و١١٨ مدني سوداني، و١٩١ موجبات وعقود لبناني.

- أما بيع الثمار بعد خلقها فهو بيع جائز وصحيح سواء أكان ذلك قبل بيان صلاحها ونضجها أم بعده، شريطة أن يتم قطفها أو قطعها على حالها فهو بيع صحيح؛ لتوافر جميع أركان صحة العقد من محل وسبب وتراض، وهو صحيح أيضاً لتوافر صحة محله باعتباره موجوداً وقابلاً للتسليم سواء أكان هذا التسليم فعلياً عينياً أم كان حكماً من خلال التخلية.

المطلب الثاني

مدى انطباق نظرية الظروف الطارئة على هذا البيع

وفيما يتعلق بموضوع هذه الدراسة نجد أن هناك نوعاً من الترابط والتلازم بين القاعدتين السابقتين؛ المحددة لوضع الجوائح في القانون الوضعي، حيث يظهر هذا الترابط والتلازم من خلال استعراض ما تقضي به هاتان القاعدتان فيما يتعلق ببيع الثمار على أصولها، وأثر حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة على مراكز أطراف هذا البيع.

- إذا حدثت ظروف استثنائية غير متوقعة ولم يكن بالإمكان توقعها بعد تمام بيع الثمار على أساس أنه بيع مستقبلي جائز وصحيح وبات، فلا يوجد ما يمنع (قانوناً) من الأخذ بفكرة الظروف الطارئة على هذا البيع، وبالتالي تطبيق نص المادة ٢٠٥ من القانون المدني السابق الإشارة إليها، واعتبار هذه الجائحة من قبيل الظروف الاستثنائية^(١)، وبالتالي أيضاً تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ إذا ما توافرت الشروط التالية:

(١) تم تطبيق نظرية الظروف الطارئة في المملكة لأول مرة بصدور القانون المدني لسنة ١٩٧٦ وتضمنه لنص المادة ٢٠٥ المشار إليه في المتن، حيث لم تكن هذه النظرية مطبقة في أحكام المجلة (المستمدة غالباً من الفقه الحنفي) التي كانت لا تزال سارية المفعول في المملكة، انظر لمزيد من التعمق: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ١١٩/ ٧٦ المنشور في العدد ٤ على الصفحة رقم ١٢٤٦ وما بعدها من مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٩.

١ - أن تكون هذه الظروف استثنائية بمعنى اعتبارها كآلآفة السماوية^(١) التي لا دخل ولا إرادة ولا قدرة للإنسان عليها، وهذا يعني أن تكون واقعة بفعل الطبيعة؛ كالزلازل والفيضانات والبراكين والتجمد والبرد والجراد والآفات الحشرية الأخرى كدودة الأرض أو دودة الزرع وغيرها، أو صدور قوانين جديدة لم تكن في حسابان طرفي العقد عند إبرامه^(٢).

٢ - أن تكون هذه الظروف الاستثنائية عامة^(٣) بمعنى ألا تختص بأحد طرفي العقد؛ كواقعة إفلاس مثلاً أو مرضه أو إضراب عماله أو حتى موته الفعلي أو الحكمي، ولا يشترط لاعتبار هذه الحوادث الاستثنائية عامة أن تشمل كافة أرجاء الدولة بل يكفي أن تقع وتؤثر في المراكز القانونية لفئة معينة من فئات المجتمع؛ كالمزارعين أو التجار أو الصناع، أو أن تقع في أقليم معين من أقاليم الدولة.

٣ - أن تكون هذه الظروف الاستثنائية غير متوقعة بمعنى ألا يكون بمقدور طرفي العقد توقعها أو التنبؤ بحدوثها، والمعيار المتبع في مدى اعتبارها غير متوقعة هو معيار الرجل العادي وليس الحريص أو الدقيق أو الخبير، حيث يكفي لاعتبار هذه الظروف غير متوقعة ألا يكون بمقدور الرجل العادي توقع حدوثها، وألا تكون لحظة إبرام العقد داخلة في حساباته وتفكيره وتوقعاته، وفقاً لما يراه قاضي الموضوع من خلال ما له من سلطة تقديرية، كون أن

(١) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٨٥/٤٦١ المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٧ على صفحة ١٣٣٦ وما بعدها.

(٢) اعتبرت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في الطعن رقم ٢٦٣/٢٦ ق السنة ١٤ أن صدور قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨/١٩٥٢ من قبيل الحادث الاستثنائي الذي يبرر تطبيق القاضي لنظرية الظروف الطارئة، انظر: مجموعة النقض، ص ٣٧ رقم ٣.

(٣) انظر: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٩٩/١١٠٢ لسنة ٢٠٠٠ غير مذكور رقم العدد على الصفحة ٢٦١٢، مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

الأمر برمته يتعلق بمسألة من مسائل الواقع التي يتحكم بها ويستنبطها القاضي الناظر في النزاع.

٤ - أن تكون هذه الظروف الاستثنائية خارجة عن دائرة دفعها، بحيث تكون عسيرة عن الالتفات عنها ودفعها، بحيث لو كان بمقدور أحد طرفي العقد دفعها أو اتقاء شرها أو تجنب مخاطرها الناجمة عنها - حتى ولو بذل في سبيل ذلك بعض الجهد المعقول - فعندئذ لا نكون أمام ظروف طارئة، وبالتالي لا مجال لانطباق أحكامها، والمعيار المتبع في هذا الصدد هو معيار الرجل العادي وليس الرجل الحريص أو الخبير وفقاً لما يراه قاضي الموضوع من خلال ما له من سلطة تقديرية، كون أن الأمر برمته يتعلق بمسألة من مسائل الواقع التي يتحكم بها ويستنبطها القاضي الناظر في النزاع.

٥ - أن نكون بصدد عقد من العقود المتراخية من جهة التنفيذ، بمعنى أن نكون بصدد عقد من العقود الذي يلعب الزمن دوراً كبيراً في تنفيذها، بحيث يكون هناك فاصل زمني بين إبرامه وتنفيذه^(١)، ويصدق هذا الشرط على طائفة العقود المستمرة، وكذلك على العقود الفورية إذا تراخى تنفيذها كعقد بيع الثمار الذي هو بطبيعته عقد فوري وبات ولكن تراخى تنفيذه فعندئذ لا مندوحة من انطباق أحكام نظرية الظروف الاستثنائية عليه إذا حدثت خلال عملية تنفيذه حوادث استثنائية عامة غير متوقعة ولا يمكن دفعها وفقاً لما تقدم.

٦ - أن يترتب على هذه الظروف جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً على المدين به، ويكون

(١) انظر: قرار تمييز حقوق رقم ٩٢/١٠١٣ المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣ ص ٤١٣ والتي تقول فيه محكمة التمييز: "فإن كان الالتزام قد نفذ، فلا مجال للقول بانطباق نظرية الظروف الاستثنائية وعليه فلا يطبق حكم المادة ٢٠٥ مدني إذا نفذ الالتزام قبل إقامة دعوى التعويض عن الخسارة التي لحقت بالمتعهد من جراء الظروف الطارئة" وكذلك انظر: بنفس المعنى المتقدم القرار رقم ٢٠٢٥/٩٩ فقرة ٣ لسنة ٢٠٠٠ مجلة نقابة المحامين غير مذكور رقم العدد ص ٩٥٤ منشورات موقع التشريعات الأردنية.

ذلك إذا أدى هذا التنفيذ إلى معاناته من خسارة فادحة^(١)، أما إذا ترتب على هذه الظروف جعل الالتزام مستحيلاً فلا تنطبق أحكام نظرية الظروف الاستثنائية بل تنطبق أحكام نظرية القوة القاهرة^(٢) وبالتالي ينقضي الالتزام برمته، والمعيار المتبع في تقدير مدى اعتبار صيرورة الالتزام مرهقاً هو معيار المدين العادي أو المتوسط، بمعنى يكفي لانطباق هذا الشرط - وبالتالي انطباق أحكام نظرية الظروف الاستثنائية - أن يكون تنفيذ الالتزام مع وقوع الظروف الاستثنائي يرهق المدين العادي ويهدد بخسارة فادحة بصرف النظر عن ملاءته المالية.

- أثر توافر الشروط السابقة:

يترتب على توافر شروط نظرية الظروف الطارئة وجوب قيام القاضي بالتدخل لإعادة التوازن بين مراكز طرفي عقد البيع من خلال قيامه برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بما يتفق مع قواعد العدالة والإنصاف وتحقيق التوازن المطلوب بين مراكز الخصوم.

والقاضي في سبيله للتدخل - وفقاً لما تقدم - يمكنه التخفيف من غلواء وشدة التزام المدين الذي أصبح تنفيذ الالتزام مع وجود الظرف الاستثنائي

(١) انظر: لتأكيد هذا المعنى قرار تمييز حقوق رقم ١١٧/٧٩ فقرة ١٠ لسنة ١٩٧٩ عدد ٤ مجلة نقابة المحامين الأردنيين ص ١٢٣٤.

(٢) تتفق نظرية الظروف الطارئة مع نظرية القوة القاهرة في أنهما يتضمنان عنصري المفاجأة والحتم، ولكنها تختلف عنها في الأثر المترتب عن كل منهما، فبينما القوة القاهرة تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، نجد أن الظرف الطارئ يجعل الالتزام مرهقاً فقط بحيث يتجاوز سعة وقدرة المدين به دون أن يصل إلى درجة الاستحالة، وهو ما يؤدي بدوره إلى اختلاف نظرية القوة القاهرة عن نظرية الظرف الطارئ في أن القوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام برمته وبالتالي تفضي إلى تحميل الدائن تبعة ذلك بالكامل، بينما الظرف الطارئ يفضي إلى جعل الالتزام مرهقاً فقط وبالتالي يؤدي هذا إلى تحميل تبعة ذلك إلى كل من الدائن والمدين، انظر: بهذا المعنى القاضي أنور العمروسي، المرجع السابق، ص ٣٦٩ وما بعدها.

مرهقاً، أو زيادة الالتزامات الملقاة على عاتق الدائن؛ مما يؤدي بالتالي إلى التخفيف عن المدين صاحب الالتزام المرهق فيتوازن مركزه مع مركز الدائن، أو الحكم بوقف تنفيذ الالتزام برمته لفترة زمنية ولحين انقضاء الظرف الاستثنائي الذي جعل إلزام المدين مرهقاً شريطة ألا يؤدي هذا الوقف إلى الإضرار الجسيم بمصالح الدائن حيث لا ضرر ولا ضرار.

ومهما كان تدخل القاضي للحد من شدة التزام المدين بفعل الظرف الاستثنائي سواء أكان بالتخفيف منه أم بزيادة التزامات الدائن أم حتى بالوقف المؤقت للالتزام برمته، فإن القانون المدني جعل قرار القاضي في ذلك وسلطته في التدخل وتعديل مراكز طرفي العقد من الأمور الداخلة في مفهوم النظام العام بمعنى عدم جواز اتفاق الأفراد على ما يخالفها أو عكسها.

ومن خلال استعراض شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانونين الأردني والكويتي على هذا النوع من البيوع، فإننا نرى أن الجائحة أو هلاك الثمرة يختلف من صورة لأخرى، وعليه يختلف الحكم؛ فالصقيع والثلج والانجماد في الأردن أمر يتوقعه كل مزارع - بالنسبة للزراعة الشتوية -، بخلاف هذه الأمور في الكويت فهي غير متوقعة، وعليه فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة (قانوناً) على الجائحة بسبب الصقيع والثلج والانجماد على المعاملات في الأردن، ولكنها تطبق في الكويت.

وإذا كانت الجائحة أو هلاك الثمار بسبب الحر الشديد فتنتطبق شروط النظرية على هذا البيع في الأردن دون الكويت.

أما إذا كان الهلاك بسبب زلزال أو بركان فيستطيع الطرف المضرور من هذا البيع الاستفادة من هذه النظرية لدى كل من القانونين الأردني والكويتي.

على أنه مما يجدر ذكره أن تدخل القاضي بسبب طروء الظرف الطارئ الذي أذهب الثمرة كلاً أو بعضاً؛ ليعدل من العقد، أو يغير من شروطه ليس من أحكام الشريعة الإسلامية في شيء؛ ذلك أن الشريعة إما أن تعتبر البيع صحيحاً والتسليم تاماً فتكون تبعة الهلاك على المشتري، وإما أن يكون البيع باطلاً - كما

في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح -، أو أنه لم تتم التخلية بين المشتري وبين الثمرة - أي أن التسليم لم يتم - فتكون تبعة الهلاك على البائع؛ أما تدخل القاضي بتعديل العقد فهو مما لم يرد في الشريعة الإسلامية.

وحتى على رأي الحنابلة والمالكية في مسألة هلاك الثمرة بعد بدو صلاحها فهؤلاء لم يجيزوا للقاضي التدخل في العقد على نحو ما رأيناه في القوانين الوضعية بل جعلوا الضمان على البائع، ولا شك بأن تدخل القاضي في العقد على خلاف ما اتفق عليه العاقدان فيه إرباك للقضاء، وفيه أكل لأموال الناس بالباطل؛ إذا ما حكم القاضي بخلاف ما اتفق عليه العاقدان.

وما ذكرناه من عدم جواز تدخل القاضي في العقد ينطبق على مسألة بيوع الثمار، ولا شأن لنا في غيرها من العقود؛ كعقود التوريد، أو في حالات انهيار العملة أو تغير قيمة النقود، فمن الممكن أن تسمح الشريعة الإسلامية بالتدخل حسب نظرية الظروف الطارئة، ولكن هذا بحاجة إلى دراسة فقهية ليس هذا مجالها.

على أنه لا مانع في الشريعة الإسلامية من التسامح وحسن التقاضي؛ كما ورد في قوله عليه الصلاة والسلام: "يا كعب - فأشار بيده كأنه يقول النصف -؛ فأخذ نصف ما له عليه وترك نصفاً"^(١)، على ما سبق وبيناه سابقاً.

نتائج البحث:

بعد هذه الجولة الفقهية القانونية في هذه القضية نخلص إلى النتائج التالية:

- ١ - اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية - وبه أخذ القانونان المدنيان الأردني والكويتي - على أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بيع باطل؛ لأنه من بيوع الغرر.

(١) البخاري مع الفتح، كتاب الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح (٥) / ٣٨٥ رقم (٢٧٠٦).

- ٢ - واتفقوا على أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بيع صحيح إذا اشترط جُذ الثمرة في الحال.
- ٣ - اختلف الفقهاء في ضمان الجائحة.... فذهب الجمهور إلى أنها من ضمان البائع، وبه أخذ القانونان المدنيان الأردني والكويتي.
- ٤ - لم يفرق الفقه الإسلامي في حصول الجائحة بين أن يكون الهلاك بفعل متوقع أو ممكن الدفع أو غيره؛ فإذا حصلت الجائحة؛ فإن كان التسليم صحيحاً كان الهلاك من ضمان المشتري، وإن لم يحصل التسليم كان الهلاك من ضمان البائع. بخلاف القوانين الوضعية التي منحت القاضي حق التدخل في العقد؛ في حال انطبقت شروط الظروف الطارئة أو القوة القاهرة على العقد.
- ٥ - وكما رأينا في ثنايا البحث وفي النتائج، فإنه لا يجوز أن يستدل بأحكام الجوائح أو بيع الثمار على أصولها على مشروعية نظرية الظروف الطارئة؛ بل ينظر لتأصيل النظرية إلى أدلة أخرى.

المصادر والمراجع

فيما يلي قائمة بجميع المصادر والمراجع التي أفدنا منها، وقد رتبنا المراجع حسب الترتيب الهجائي لأسماء الكتب، بغض النظر عن اسم المؤلف أو تاريخ وفاته، وإن استوى الكتابان في الاسم، راعينا الترتيب الهجائي لاسم المؤلف، والتزمنا بأن نذكر كل ما يتعلق بالكتاب من معلومات، كاسم المؤلف والمحقق، ورقم الطبعة وسنة الطبع، ودار النشر ومكانها، إلا أن يكون الكتاب خالياً من هذه المعلومات.

١ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام: للإمام العلامة الحافظ الفقيه المجتهد القدوة شيخ الإسلام الشيخ تقي الدين أبي الفتح الشهير بابن دقيق العيد المتوفي (٧٠٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٢ - أحكام القرآن: للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي (٣٧٠هـ)، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، طبع بمطبعة الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة (١٣٣٥هـ).

٣ - أحكام القرآن: للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الفكر.

٤ - إرشاد الفقيه إلى أدلة التنبيه: للإمام إسماعيل بن كثير الدمشقي، تحقيق بهجة يوسف حمد أبو الطيب، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م).

٥ - الأساس في التفسير: الشيخ سعيد حوى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط٣، (١٤١٢ - ١٩٩١).

٦ - الاستذكار: للإمام يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري الأندلسي (٣٦٨ - ٤٦٣هـ)، تحقيق: حسان عبد المنان و د. محمود أحمد القيسية، مؤسسة النداء، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م).

٧ - الأشباه والنظائر في الفروع: للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١هـ)، دار الفكر.

- ٨ - **الأشباه والنظائر**: تأليف العلامة زيد الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي المتوفي (٩٧٠هـ) تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر تصوير عن الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- ٩ - **أصول مذهب الإمام أحمد**: دراسة أصولية مقارنة، الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- ١٠ - **أعلام الموقعين عن رب العالمين**: للإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١١ - ١٩٩١).
- ١١ - **الأمم**: للإمام محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م).
- ١٢ - **الإمام الشافعي في مذهبيه القديم والجديد**: تأليف الدكتور أحمد نحراوي عبد السلام الأندونيسي، ط ١، (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- ١٣ - **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٢٠ - ٥٩٥هـ)، دار القلم، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- ١٤ - **بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام**: لابن حجر العسقلاني، مع شرحه: سبل السلام للصنعاني، دار الفكر، الطبعة الأولى (١٤١١ هـ - ١٩٩١م).
- ١٥ - **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة**: للإمام أبي الوليد ابن رشد القرطبي المتوفي (٥٢٠هـ)، وضمنه المستخرجة المعروفة بالعتبية لمحمد العتبي القرطبي، (ت ٢٥٥هـ)، تحقيق الأستاذ: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، (١٩٨٤م).
- ١٦ - **التاج والإكليل لمختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة**: للإمام محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدي أبي عبد الله (٨٩٧هـ)، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٨ هـ.

- ١٧- تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقه: للإمام الجليل العلامة محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: الشيخ عبد الغني الدقر، دار القلم- دمشق، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- ١٨- تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي: للإمام ابن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي.
- ١٩- التعريفات: للإمام علي بن محمد بن علي الجرجاني (٧٤٠ - ٨١٦هـ)، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م).
- ٢٠- التعليق على نصوص القانون المدني المعدل: د. أنور العمروسي، غير مذكور دار النشر، طبعة عام ١٩٨٧م.
- ٢١- تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب: للإمام محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الري نفع الله به المسلمين (٥٤٤ - ٦٠٤هـ)، قدم له فضيلة الشيخ خليل محيي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت- لبنان (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).
- ٢٢- تفسير القرطبي المعروف بالجامع لأحكام القرآن: للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العملية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- ٢٣- تفسير المراغي: تأليف الأستاذ أحمد مصطفى المراغي، دار الفكر.
- ٢٤- التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج: للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر- بيروت، دار الفكر- دمشق، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- ٢٥- التلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير: للإمام ابن حجر العسقلاني المتوفى (٨٥٢هـ)، دار الفكر.
- ٢٦- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري (٣٦٨ - ٤٦٣هـ)، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي

ومحمد بن عبد الكبير البكري، دار النشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب (١٣٨٧هـ).

٢٧- **التنبية في الفقه الشافعي:** للإمام أبي إسحاق الفيروزي أبادي الشيرازي، تحقيق عماد الدين أحمد حيدر، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، عالم الكتب - بيروت.

٢٨- **تهذيب الأسماء واللغات:** للإمام أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، إدارة الطباعة المنيرية، دار الكتاب العلمية، بيروت - لبنان.

٢٩- **تهذيب التهذيب:** للإمام ابن حجر العسقلاني، دار صادر.

٣٠- **الجوائح وأحكامها:** الدكتور سليمان بن إبراهيم الثنيان، كلية الشريعة بالرياض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م).

٣١- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:** للعالم العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، مع تقارير العلامة المحقق سيدي محمد عlish شيخ السادة المالكية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٣٢- **حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الرباني:** للإمام علي الصعدي العدوي المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، (١٤١٢هـ).

٣٣- **الحاوي الكبير:** للإمام أبي الحسن علي بن حبيب الماوردي (٣٦٤هـ - ٤٥٠هـ) تحقيق: الدكتور محمود مطرجي، ومساعدة: ياسين ناصر محمود الخطيب بكتاب الزكاة، والدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل بكتاب النكاح، والدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

٣٤- **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء:** تأليف سيف الدين أبي بكر محمد بن

- أحمد الشاشي القفال، تحقيق: الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الأولى (١٩٩٨م).
- ٣٥- الذخيرة: للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفى (٦٨٤ - ١٢٨٥هـ)، تحقيق الأستاذ: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى.
- ٣٦- رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء: تخريج الشيخ أبي المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي (من علماء القرن الخامس الهجري)، تحقيق ودراسة: الدكتور خالد بن سعد الخشلان وناصر سعود السلامة، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، (١٤٢١هـ).
- ٣٧- الروض المربع شرح زاد المستنقع: للإمام البهوتي، تحقيق عماد عامر، دار الحديث - القاهرة، ط ١، (١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
- ٣٨- روضة الطالبين وعمدة المفتين: للإمام أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ - ١٩٩١م).
- ٣٩- زاد المسير في علم التفسير: للإمام أبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن الجوزي البغدادي (٥٠٨ - ٥٩٧هـ). المكتب الإسلامي بيروت، دمشق، الطبعة الرابعة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
- ٤٠- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام: للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، دار الفكر لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- ٤١- سنن أبي داود: للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٠٢ - ٢٥٧هـ)، دار الجيل بيروت - لبنان (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- ٤٢- سنن الترمذي بشرح ابن العربي: "عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي"، دار الفكر - بيروت.
- ٤٣- السنن الكبرى: للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي

- المتوفى (٤٥٨ هـ)، وبذيله الجواهر النقي للعلامة علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني المتوفى (٧٤٥ هـ)، ويليهِ فهرس الأحاديث للدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة بيروت - لبنان (١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م).
- ٤٤ - شرح الزرقاني: للإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى (١١٢٢ هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى (١٤١١ هـ).
- ٤٥ - الشرح الكبير على متن المقنع بحاشية المغني: للإمام شمس الدين ابن قدامة المقدسي، دار الفكر بيروت (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م).
- ٤٦ - الشرح الكبير: للإمام سيدي أحمد الدردير أبي البركات، تحقيق محمد عlish، دار الفكر - بيروت.
- ٤٧ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل: للعلامة محمد بن يوسف أطفيش، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).
- ٤٨ - شرح معاني الآثار: للإمام أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبي جعفر (٢٢٩ - ٣٢١ هـ)، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى (١٣٩ هـ).
- ٤٩ - صحيح الإمام مسلم - بشرح الإمام النووي: للإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الناشر مؤسسة مناهل العرفان - بيروت، توزيع مكتبة الغزالي - دمشق.
- ٥٠ - صحيح البخاري مع فتح الباري: حقق أصلها عبد العزيز بن باز، ورقم كتبها وأبوابها وأحاديثها محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م).
- ٥١ - الطبقات الكبرى - القسم المتمم لتابعي أهل المدينة ومن بعدهم: دراسة وتحقيق الدكتور زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة الثانية (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م).
- ٥٢ - عقد البيع، د. عبد الحق صافي، غير مذكور دار النشر، طبعة ١ عام ١٩٩٨ م.

٥٣- العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني: للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق، ط ١، (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).

٥٤- عون المعبود: للإمام محمد شمس الحق العظيم أبادي أبي الطيب، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية (١٤١٥هـ).

٥٥- الغريب لابن سلام.

٥٦- الفائق في غريب الحديث: للعلامة جابر الله محمود بن عمر الزمخشري المتوفى (٥٨٣هـ)، وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م).

٥٧- فتاوي ابن تيمية المعروف بكتب ورسائل وفتاوي ابن تيمية في الفقه: للإمام أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبي العباس (٦٦١ - ٧٢٨هـ)، تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية.

٥٨- فتح الباري شرح صحيح البخاري: للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣ - ٨٥٢هـ) حقق أصلها عبد العزيز بن باز، ورقم كتبها وأبوابها وأحاديثها محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ - ١٩٨٩م).

٥٩- فتح العزيز شرح الوجيز - بحاشية المجموع للنووي -: وهو الشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى (٦٢٣هـ)، دار الفكر.

٦٠- الفروع: للإمام محمد بن مفلح المقدسي أبي عبد الله (٧١٧ - ٧٦٢هـ)، حققه أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ).

٦١- الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية من المسائل والضوابط والقواعد

- الكلية: تأليف السيد علوي ابن أحمد بن عبد الرحمن السقاف، الطبعة الثانية (١٣٥٣هـ - ١٩٣٤م)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ٦٢- الفواكه الدواني: للإمام أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (ت ١١٢٥هـ) دار الفكر- بيروت (١٤١٥هـ).
- ٦٣- في العقود المسماة، د. سليمان مرقس، عقد البيع، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، المنشورات الحقوقية دار صادر، بيروت ١٩٩٠م.
- ٦٤- القواعد الفقهية على المذهبين الحنفي والشافعي: تأليف الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريف والنشر، الطبعة الأولى (١٩٩١م).
- ٦٥- القوانين الفقهية لابن جزي: للإمام محمد بن أحمد جزئ الكلي الغرناطي المالكي، (٦٩٣ - ٧٤١هـ).
- ٦٦- الكافي في فقه ابن حنبل: للإمام عبد الله بن قدامة المقدسي أبي محمد، تحقيق زهير الشاويش، دار النشر المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الخامسة (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- ٦٧- الكافي في فقه أهل المدينة المالكية: للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي المتوفى (٤٦٣هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م).
- ٦٨- كشف القناع عن متن الإقناع: للشيخ فقيه الحنابلة منصور بن يونس إدريس البهوتي، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر للطباعة والنشر (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م).
- ٦٩- الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: للإمام أبي القاسم جار الله محمود ابن عمر بن محمد الزمخشري (٤٦٧ - ٥٣٨هـ)، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م).

- ٧٠- **كفاية الطالب:** للإمام أبي الحسن المالكي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت (١٤١٢هـ).
- ٧١- **لسان العرب:** للإمام جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر- بيروت.
- ٧٢- **المبدع:** للإمام إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبي إسحاق (٨١٦ - ٨٨٤هـ)، دار النشر المكتبة الإسلامية - بيروت، المتوفى (١٢٥٥هـ) والمنتقى للإمام مجد الدين أبي البركات عبد السلام ابن تيمية المتوفى (٦٥٢هـ)، ضبط وتصحيح محمد جميل العطار، دار الفكر بيروت- لبنان (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).
- ٧٣- **المجموع شرح المذهب:** للإمام أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر - بيروت.
- ٧٤- **المحلى بالآثار:** للإمام الجليل المحدث الفقيه الأصولي أبي محمد علي بن محمد بن أحمد بن سعد بن حزم الأندلسي، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ٧٥- **مختار الصحاح:** للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، إخراج دائرة المعاجم في مكتبة لبنان (١٩٨٦م)، مكتبة لبنان- بيروت.
- ٧٦- **مختصر اختلاف العلماء:** للإمام أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الجصاص المتوفى (٣٢١هـ)، تحقيق عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية - بيروت الطبعة الأولى (١٤١٧هـ).
- ٧٧- **مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة:** للإمام خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، تحقيق أحمد علي حركات، دار الفكر- بيروت، سنة النشر ١٤١٥هـ.
- ٧٨- **المدخل الفقهي "القواعد الفقهية - المؤيدات الشرعية":** للدكتور أحمد الحجي الكردي، مطبعة جامعة دمشق، (١٤٠٦ - ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦ - ١٩٨٧م) مقرر على طلبة السنة الثالثة بكلية الشريعة في جامعة دمشق.
- ٧٩- **المدونة الكبرى:** للإمام مالك بن أنس الإصبحي إمام دار الهجرة، دار صادر.

- ٨٠- مصادر الالتزام، د. أنور سلطان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة عام ٢٠٠٨م.
- ٨١- مصادر الالتزام، د. عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية، عام ١٩٧٤م.
- ٨٢- المصباح المنير: للعالم العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، مكتبة لبنان (١٩٨٧م).
- ٨٣- المصنف " الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ": للإمام أبي بكر عبد الله ابن محمد بن أبي شيبه الكوفي العبسي (ت ٢٣٥هـ)، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، ط ١، دار الكتب العلمية- بيروت.
- ٨٤- المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية، (١٤١١هـ- ١٩٩٠م).
- ٨٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب عين أعيان علماء الشافعية في القرن السابع الهجري، على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي من أعلام علماء الشافعية في القرن السابع الهجري، دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان.
- ٨٦- المغني على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن أحمد: للإمام موفق الدين ابن قدامة، دار الفكر بيروت (١٤١٤هـ- ١٩٩٤م).
- ٨٧- المذهب في فقه الإمام الشافعي: للإمام أبي إسحاق الشيرازي (٣٩٣- ٤٧٦هـ)، تحقيق وتعليق الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، دار القلم- دمشق، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ- ١٩٩٢م).
- ٨٨- مواهب الجليل: للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي (٩٠٢- ٩٥٤هـ)، دار الفكر- بيروت الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ).
- ٨٩- الموسوعة الفقهية الكويتية: جماعة من العلماء بإشراف وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٩٠- الموطأ - بشرح الإمام السيوطي - المعروف بتنوير الحواكك شرح على موطأ مالك: للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

- ٩١- النظريات الفقهية: الدكتور فتحي الدريني، مقرر على طلبة السنة الرابعة - كلية الشريعة في جامعة دمشق، مطبعة خالد بن الوليد (العام الدراسي ١٤٠١-١٤٠٢هـ / ١٩٨١-١٩٨٢م).
- ٩٢- النهاية في غريب الحديث لابن الأثير.
- ٩٣- نيل الأوطار شرح منتنقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار: للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني.
- ٩٤- الوجيز في شرح القانون المدني الأردني: الجزء الأول، د. ياسين الجبوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م.
- ٩٥- الوسيط: للإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد (٤٥٠-٥٠٥هـ)، تحقيق أحمد محمود إبراهيم،
- ٩٦- الوسيط، عقدي البيع والمقايضة: د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء السادس.

ماهية الحقوق المدنية للجنين

"دراسة مقارنة"

(القسم الأول)

أ. د. خالد جمال أحمد حسن
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة أسيوط

ملخص:

لقد حرصت خلال هذا البحث على إيجاد تصور متكامل ومفصل لكافة الحقوق المدنية التي يجب أن يحظى بها الجنين، منذ بداية تكوينه بوصفه نطفة ملحقة ثم مروراً بالمراحل المتعاقبة بعدها (مثل مرحلة العلقة ومرحلة المضغة ومرحلة تكوين العظام والاكتماء باللحم ومرحلة نفخ الروح) إلى ما قبل خروجه من بطن أمه، مستلهمين جميع هذه الحقوق من ذلك المصدر الصافي والكافي، ألا وهو الشريعة الإسلامية الغراء التي أولت الجنين عناية تتسم بالكمال ليس فقط من تاريخ بدء تكوينه ونشأته بوصفه نطفة مخصبة بل حتى من قبل أن يضحى هذا الجنين في الرحم شيئاً مذكوراً.

(١) إذ يحمى القانون المدني الكويتي أنه أورد بين نصوصه نصاً واحداً (صحيح أن هذا النص غير كاف في معرض العناية بحقوق الجنين وما يتصل بهذا الجنين من أحكام أخرى، فضلاً عن كونه نصاً مجملاً يفتقر إلى مظاهر البيان والتفصيل لكل حق من

المقدمة :

لم تول القوانين المدنية المعاصرة - إلا ما نزر^(١) - أى قدر من العناية والرعاية بالجنين، على الرغم من أهمية مثل هذا الكائن الذى يعد نواة وبداية حقيقية للوجود البشرى للإنسان فى رحم الأم^(٢)، مكثفة فقط بمجرد الإحالة على ما عساه أن يصدر فيما بعد من قوانين خاصة تتولى تنظيم كافة القواعد والأحكام المتعلقة بالجنين وتورد - من ثم - بياناً تفصيلياً لكافة حقوقه

= حقوق الجنين التي اعترف له بها، إلا أنه - دون أدنى شك - يفضل غيره من القوانين المدنية الأخرى - كالقانون المدني المصري ومن هذا حذوه في هذا الخصوص - التي خلت من هذا القدر الضئيل وغير الكافي من مستوى العناية بالجنين) عرج على نحو مجمل على بعض حقوق الجنين، حيث نصت المادة العاشرة منه على أن:

"١- الحمل المستكن أهل لشبوت الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول وذلك بشرط تمام ولادته حياً".

٢- ومع ذلك تجوز له الهبة الخالصة، وتجب عليه الالتزامات التي تقتضيها إدارة ماله".

(١) ذلك أن الجنين مستقره وقراره يكون دائماً داخل الرحم سواء أكانت بداية وجوده وتكوينه قد تحققت له ابتداءً داخل الرحم كما هو الحال في التلقيح الطبيعي (أي من خلال اللقاء الشرعي بين الزوجين الذي تتخصب على إثره مباشرة البويضة الأنثوية من الحيوان المنوي الذكري) أو في التلقيح الصناعي الداخلي (الذي يتم فيه التخصيب داخل الرحم عن طريق التدخل الطبي حيث يجرى حقن الحيوان المنوي الذكري بالبويضة الأنثوية داخل الرحم مع إضافة بعض المواد الكيماوية التي تساعد على عملية التلقيح بينهما أو تعمل على تنشيط ذلك)، أم كانت قد تحققت خارج الرحم عن طريق التلقيح الصناعي الخارجي أو ما يشيع تسميته لدى جل الفقهاء "بطفل الأنبوب" والذي أميل إلى أن يخلع عليه وصف "جنين الأنبوب" بوصفه التعبير المتناغم مع الحقيقة والواقع والأقرب في الدلالة على هذا الكائن بوصفه جنيناً وليس طفلاً.

(٢) إذ تنص المادة ٢٩ مدني مصري على أن: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهى بوفاته وذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن الحمل المستكن والمفقود والغائب".

المدنية^(١) في المستقبل، ولكن منذ ذلك الحين (أي من تاريخ سن تلك القوانين المدنية) لم تصدر حتى الآن مثل هذه القوانين الخاصة لمعالجة الوضع القانوني للجنين ومبينة كافة حقوقه.

وقد سعت خلال هذا البحث، إسهاماً مني مع من سبقني في بذل مساعٍ من هذا النوع^(٢)، إلى إيجاد تصور متكامل ومفصل لكافة الحقوق المدنية التي يجب أن يحظى بها الجنين، مستلهماً كافة جوانبه من ذلك المصدر الكافي الصافي، ألا وهو الشريعة الإسلامية الغراء التي أولت للجنين عناية تتسم بالكمال ليس فقط من تاريخ بدء تكوينه ونشأته كنطفة أمشاج (أي كنطفة مخصبة) بل حتى من قبل أن يضحى هذا الجنين في الرحم شيئاً مذكوراً.

وقد عمدت إلى تقسيم هذا البحث إلى فصول ثلاثة: مخصصا الفصل الأول منه لمعرفة معنى الحق ومعنى الجنين، وما يمر به هذا الكائن البشري من مراحل متعاقبة في نموه وتطوره، فضلاً عن بيان دلالة الحقوق المدنية كاصطلاح مقابل لما درج الفقه على تسميته بالحقوق السياسية، ثم تناولت الأهلية التي يتمتع بها هذا الجنين منذ بداية تكوينه إلى حين تمام نموه وتطوره وقبل ميلاده كاملاً حياً، بالإضافة إلى بيان الطبيعة القانونية لما يثبت له من حقوق، ثم تناولت في الفصل الثاني ما يثبت للجنين من حقوق قبل مرحلة نشأته ووجوده كنطفة مخصبة، وأخيراً تناولت - جملة وتفصيلاً - كافة ما يتمتع به الجنين من حقوق منذ مرحلة تكوينه كنطفة مخصبة.

خطة البحث:

مقدمة البحث :

(١) فهناك العديد من البحوث التي عنيت بدراسة الأحكام المتعلقة بالجنين - والتي سيرد ذكرها في مواضعها من هذا البحث - تتلاقى في مساعيها وجهودها بهدف معالجة كافة الجوانب القانونية المتعلقة بالجنين والوصول - من ثم - إلى نظام قانوني متكامل لهذا الكائن البشري.

الفصل الأول : ماهية الجنين وحقوقه المدنية قبل صيرورته نطفةً أمشاجاً.

المبحث الأول : ماهية الجنين.

المطلب الأول : معنى الجنين ومراحل تطوره.

المطلب الثاني : معنى الحقوق المدنية.

المطلب الثالث : أهلية الجنين.

المطلب الرابع : الطبيعة القانونية للحقوق المدنية للجنين.

المبحث الثاني : حقوق الجنين قبل مرحلة وجوده نطفةً أمشاجاً.

المطلب الأول : حسن اختيار الزوجة.

المطلب الثاني : حسن اختيار الزوج.

المطلب الثالث : الحض على التباعد في الزواج طمعاً في تحسين النسل.

المطلب الرابع : بناء العلاقة الزوجية على المودة والرحمة.

الفصل الثاني : حقوق الجنين منذ مرحلة وجوده نطفةً أمشاجاً

المبحث الأول : حق الجنين في الحياة.

المبحث الثاني : حق الجنين في النمو بصورة طبيعية وسليمة داخل الرحم.

المبحث الثالث : حق الجنين في النسب.

المبحث الرابع : حق الجنين في الميراث والوصية والوقف.

المبحث الخامس : حق الجنين في الهبة والشفعة والاستفادة من التأمين.

الخاتمة.

أهم المراجع.

الفصل الأول

ماهية الجنين وحقوقه المدنية قبل صيرورته نطفة أمشاجاً

المبحث الأول ماهية الجنين

المطلب الأول معنى الجنين ومراحل تطوره

الفرع الأول معنى الجنين لغةً واصطلاحاً

يقصد بالجنين لغةً أنه " الولد ما دام في البطن"^(١)، وجمعه أجنة، وهو مشتق من الاجتنان وهو الاستتار^(٢)، يقال جن يجن جنناً واجتناناً أي استتر، وقد سمي الجنين جنيناً لاستتاره في بطن أمه، وسمي الجن جنناً لاستتارهم

(١) ومما تجدر ملاحظته أنه لا غرابة في التعبير عن الرحم بالبطن في هذا التعريف أو غيره من تعريفات الجنين، سواء في محيط المعنى اللغوي للجنين أو من حيث معناه الاصطلاحي، فهذا أمر جائز - في اعتقادي - على أساس أنه يعد من باب إطلاق الكل على الجزء، ذلك أن الرحم جزء من البطن، فهو يقع أسفل منها، ومن أجل ذلك نجد أن تخصص النساء والتوليد يعد من فروع وتخصصات قسم الباطنة العامة في كل كليات الطب على مستوى العالم كله، الأمر الذي يقطع باتصالهما اتصالاً وثيقاً.

(٢) انظر في ذلك: إلى كل من: "مختار الصحاح" دراسة وتقديم دكتور/عبد الفتاح البركاوي، دار المنار، ص ٧٢، " القاموس المحيط " للفيروز أبادي، ص ٢٠٧، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب.

واختفائهم عن أعين الناس، كما سمي المجنون مجنوناً لاستتار عقله وغيابه عن صاحبه.

أما عن المعنى الاصطلاحي للجنين فلم يشذ عن حقيقة دلالاته ومعناه اللغوي، فقد عرفه القرطبي وهو بصدد تفسير قول الله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾^(١)، بنفس معناه اللغوي قائلاً إن الجنين: "هو الولد مادام في البطن"^(٢).

ويمكننا أن نعرفه بأنه: "الكائن البشري"^(٣)، نو الأصل

(١) الآية رقم ٣٢ من سورة النجم.

(٢) الجامع لأحكام القرآن" للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، المتوفي عام ٦٧١هـ، ج ١٧، ص ١١٠، طبعة دار الكتب.

(٣) فهو خلق من خلق الله - عز وجل - الذي شاءت إرادته - سبحانه وتعالى - أن يتألف من نطفة أمشاج، أي من نطفة مكونة من مائين مختلطين هما ماء الرجل وماء المرأة (فالمشج والمشيج هو الشيء المختلط بعضه في بعض، فقد روي عن سيدنا عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال في قول الله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ﴾ يعني من ماء الرجل وماء المرأة إذا اجتماعا واختلطا، ثم ينتقل بعد ذلك من طور إلى طور، وحال إلى حال، وقال عكرمة ومجاهد رضي الله عنهما: الأمشاج هو اختلاط ماء الرجل بماء المرأة، انظر في ذلك إلى: "مختصر تفسير ابن كثير" اختصار وتحقيق الاستاذ الدكتور محمد علي الصابوني، المجلد الثالث، ص ٥٨٠، الطبعة الرابعة عام ١٤٠١هـ-١٩٨١م، دار القرآن الكريم، بيروت - لبنان. وصدق الله العزيز الجليل إذ يقول: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَبْعًا بَصِيرًا﴾ (آية رقم ٢ من سورة الإنسان) وقال أيضاً: ﴿أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَّاءٍ مَهِينٍ﴾ (١٠) فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (٢١) إِلَى قَدَرٍ مَعْلُومٍ (٢٢) فَقَدَرْنَا فَنِعْمَ الْقَدِيرُونَ﴾ (الآيات ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣ من سورة المرسلات)، وقال أيضاً: ﴿وَالْمُطَفَّتْ بَرْصَصَ بِنَفْسِهِنَّ ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة)، ويقول أيضاً: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ﴾ (٥٨) أَسْتَرْخَفُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ﴾ (الآية ٥٨، ٥٩ من سورة الواقعة)، فالجنين خلق الله - عز وجل - فهو - سبحانه وتعالى - يخلقه من مني الرجل الذي يصب في رحم المرأة، ويعجب الحق - تبارك وتعالى - من خلقه محاججاً إياهم في قضية الخلق والبعث في الآيتين =

الترابي^(١) الناتج عن عملية التلقيح أو الإخصاب بين الحيوان المنوي الذكري

= السابقتين من سورة الواقعة قائلاً لهم في قضية الخلق: هل رأيتم ما تمنون أي ما تصبونه من المني في أرحام النساء، هل أنتم الذين تصورون منه الإنسان أم نحن الخالقون المقدرين المصورون له. (انظر في ذلك: "الجامع لأحكام القرآن" للإمام القرطبي، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، ج ١٧، ص ٢١٦، طبعة عام ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م، مصورة عن طبعة دار الكتب، الناشر دار الكاتب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة).

(١) ذلك أن مبدأ الإنسان ومنشأه من التراب، لأن الله - عز وجل - خلق أبانا آدم - عليه السلام - والذي يمثل أصلاً لكل البشر من تراب، ثم خلق نسله وذريته منه (أي من آدم عليه السلام، لذلك فالبشر جميعاً يرتدون إلى التراب الذي منه خلق أصلهم، ويقول العلامة الإمام الفخر الرازي في تفسيره العظيم "التفسير الكبير" بشأن قول الله تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين" أن قول الله تعالى فيه وجهان: أحدهما أنا خلقنا أصلكم وهو آدم عليه السلام من تراب، لقوله تعالى: "كمثل آدم خلقه من تراب" وقوله "منها خلقناكم" أي من تراب الأرض، والثاني: إن خلقه الإنسان من المني ودم الطمث وهما إنما يتولدان من الأغذية، والأغذية إما حيوان أو نبات، وغذاء الحيوان ينتهي قطعاً للتسلسل إلى النبات، والنبات إنما يتولد من الأرض والماء ("التفسير الكبير" للإمام الفخر الرازي، المجلد الثاني عشر، الجزء الواحد والعشرون، ص ٧، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي بيروت-لبنان).

ولذا نجد أن القرآن الكريم يعبر تارة بطريقة غير مباشرة عن الطبيعة الترابية في خلق الإنسان من خلال رده إلى أصله ذي الطابع الترابي وذي المنشأ الطيني ألا وهو سيدنا آدم - عليه السلام - الذي خلقه الله من تراب، فآله - عز وجل - خلقنا من نفس واحدة تمثل الأصل الأول والمنشأ الرئيسي في خلق الناس جميعاً ألا وهي نفس سيدنا آدم - عليه السلام - وعلى نبينا الصلاة والسلام، ثم خلق من هذه النفس أمناً حواء، ثم خلق من آدم وحواء خلقاً كثيراً متتابعاً بعضه من بعض إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (الآية رقم ١ من سورة النساء)، وقد ورد أن سيدنا آدم - عليه السلام - قد بقي في الأرض إلى أن صار أولاده وأولاد أولاده أربعين ألفاً "جاء ذلك في كتاب تاريخ الأنبياء" للعلامة الشيخ أبي عبد الله البوعبدلي، ص ٩٢، دراسة وتحقيق دكتور/ مختار بو عناني، الطبعة الأولى عام ١٤١٦هـ/١٩٩٦م، وهران - الجزائر.

وقد يعبر الحق - تبارك وتعالى - تارة أخرى عن الأصل الترابي أو الطبيعة الطينية في =

والنطفة الأنثوية أيا كانت طبيعته (أي سواء أكان تلقيحاً طبيعياً أم تلقيحاً صناعياً)^(١) ما بقي في الرحم طوال مدة الحمل^(٢).

= الإنسان بصورة مباشرة دون وساطة، وفي ذلك يقول جل في علاه: ﴿يَتَأَيَّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنٰكُمْ مِّن تُرَابٍ﴾ (آية ٥ من سورة الحج)، ويقول أيضاً: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ﴾ (آية رقم ١٢ من سورة المؤمنين).

(١) فقد يتم التلقيح بين الحيوان المنوي الذكري والبويضة الأنثوية تلقيحاً طبيعياً Une Conception naturelle أي عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل و المرأة، وهذا هو المعتاد والغالب، وقد يتم في بعض الأحيان - لاسيما عند وجود ضعف في الخصوبة لدى أحد الزوجين أو كليهما اللجوء إلى الإنجاب أو التلقيح الصناعي La conception artificielle، سواء أكان هذا التلقيح الصناعي داخل الرحم فيسمى بالتلقيح الصناعي الداخلي (حيث يقوم الطبيب بزرع السائل المنوي الذكري بعد تنشيطه ببعض المواد الكيميائية المنشطة برحم المرأة) أم كان تلقيحاً صناعياً خارج الرحم يتم فيه الإخصاب خارج الرحم في أنبوب طبي مخصص لذلك، وهو ما يسمى بطفل الأنابيب أو التلقيح الصناعي الخارجي.

(٢) لأن الحمل إذا خرج من الرحم في نهاية مدة الحمل انتفى عنه وصف الجنين أو الحمل وأصبح وليداً أو مولوداً (ذكر أو أنثى) إن خرج حياً، أو صار سقطاً إن خرج ميتاً. انظر في نفس معنى تعريفنا للجنين إلى كل من:

- أ. د. هلالى عبد الله أحمد في مؤلفه "التزامات الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائي والإباحة" حيث يعرف سيادته الجنين قائلاً: "إن الجنين يطلق على الولد ما دام في رحم الأم" ص ٢١، طبعة عام ١٩٩٦، دار النهضة العربية بالقاهرة.

- ويعرف الأخ الفاضل الدكتور عبد الحميد عثمان محمد الجنين بأنه: "الكائن الذي يتخلق في الرحم من النطفة الأمشاج لوقت معدود أو أمر معلوم" وذلك في مؤلفه "أحكام الأم البديلة" الرحم الظئر "بين الشريعة والقانون" دراسة تحليلية، طبعة عام ١٩٩٦م، دار النهضة العربية.

- ويعرفه الدكتور/عبد العزيز محمد محسن بأنه: "بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية" وذلك في مؤلفه "الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" دراسة مقارنة، ص ١٦، طبعة عام ١٩٩٣، دار البشير للنشر والتوزيع بالقاهرة. ويبدو لي أن هذا التعريف مع وجاهته - محل نظر لأنه خلط بين الأصل أو المصدر المتمثل في البويضة الملقحة بالمنوي وبين الجنين الذي يعد كائناً أو خلقاً متقرباً وناتجاً منهما، وبالتالي ينبغي في التعريف أن يبرز الجنين كخلق جديد يخرج الله - عز وجل - بحوله وطوله من تلاقي النطفة الذكرية بالبويضة الأنثوية.

الفرع الثاني مراحل تطور الجنين

لقد كشف لنا القرآن الكريم عن مراحل تطور الجنين منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج إلى أن ينفخ فيه الروح في أسلوب بياني معجز حيث يقول الله عز وجل: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ۖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ۝ ١٣ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾^(١) ليرز لخلقه طلاقة قدرته في الخلق والتصوير.

أولاً - مرحلة النطفة:

والنطفة التي يكون منها الولد والنطف بمعنى الصب، والنطف: هو القطر، يقال نطف الماء ونطف الجب والكوز وغيرهما ينطف وينطف نطفاً ونطوفاً ونطافاً ونطفاناً: أي قطر، والقرية تنطف أي تقطر، ونطاف الماء سيلانه، ونطف الماء ينطف إذا قطر قليلاً قليلاً^(٢).

وقد استعمل القرآن الكريم لفظ النطفة في مواضع كثيرة بمعنى الماء المهيئ الذي يمثل أصلاً مباشراً في خلق ذرية آدم عليه السلام (حيث خلق الله آدم من طين وخلق ذريته من نطفة أو ماء مهين، وصدق الله إذ يقول في ذلك: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا وَمَا تَحْمِلُ مِنْ أُنْثَى وَلَا تَضَعُ إِلَّا بِعِلْمِهِ﴾^(٣)، قال سعيد عن قتادة قال: يعني آدم عليه السلام، والتقدير على هذا: أن الله خلق أصلكم من تراب، ثم أخرج ذريته من نطفة، أي أخرجكم من ظهور آبائكم^(٤) حيث يقول الحق تبارك وتعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ

(١) الآيات رقم ١٢، ١٣، ١٤ من سورة المؤمنون.

(٢) لسان العرب لابن منظور، ج ٩، ص طبعة دار صادر. بيروت. لبنان. ٣٣٥.

(٣) الآية رقم ١١ من سورة فاطر.

(٤) تفسير القرطبي - المرجع السابق المجلد السادس، العدد ٥٩ - ص ٥٥٧١، طبعة دار الغد العربي بالقاهرة.

الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴿٥﴾ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴿١﴾
ويقول أيضاً: ﴿أَوَلَمْ يَرِ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ
مُّبِينٌ﴾ (٢)، ويقول أيضاً: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ

(١) الآيات رقم ٥، ٦، ٧ من سورة الطارق. وقد جاء بشأن هذه الآيات أن الله تعالى يخاطب بني آدم قائلاً لهم: "فلينظر الإنسان أي: ابن آدم، "مم خلق" وجه الاتصال بما قبله توصية الإنسان بالنظر في أول أمره وسيرته الأولى، حتى يعلم أن من أنشأه قادر على إعادته ومجازاته، فيعمل ليوم الإعادة والجزاء ولا يملئ على حافظه من الملائكة إلا ما يسره، "ومم خلق" استفهام أي من أي شيء خلق، ثم قال جل في علاه "خلق" وهو جواب الاستفهام "من ماء دافق" أي من المني، والدفق هو الصب، أقول دفقت الماء أدفقه دفقا أي صببته، فهو ماء دافق: أي مدفوق أي مصبوب في الرحم، وقال الزجاج أي من ماء ذي اندفاق، والدافق هو المندفق بشدة قوته (انظر إلى تفسير القرطبي - المجلد العشرون، ص ٤، طبعة مصورة من دار الكتب، الناشر دار الكتب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة عام ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م).

(٢) الآية رقم ٧٧ من سورة يس. قال ابن عباس - رضي الله عنهما - أن المقصود بالإنسان في هذه الآية الكريمة هو عبدالله بن أبي، وقال سعيد بن جبير: هو العاصي بن وائل السهمي، وقال الحسن: هو أبي بن خلف الجمحي، وقاله ابن إسحاق ورواه ابن وهب عن مالك، وعلى أية حال أيا كان المخاطب في هذه الآية فإن خصوصية السبب - كما هو معروف - لا تمنع من عمومية الحكم، الأمر الذي يجعل الخطاب موجهاً إلى من نزلت الآية بسببه ولغيره من الناس إلى أن تقوم الساعة، حيث يقول له ولغيره: "إنا خلقناه من نطفة" وهو اليسير من الماء، نطف إذا قطر، " فإذا هو خصيم مبين" أي مجادل في الخصومة، فقد روي أن واحداً من أهل الكفر والضلال على أي من الأقوال سالفة الذكر أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - بعظم حائل فقال يا محمد: أترى أن الله يحيي هذا بعد ما رم؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "نعم وبيعتك الله ويدخلك النار"، ثم نزل قول الله تعالى: ﴿وَصَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُعِى الْعِظَمُ وَهِيَ رَمِيمٌ﴾ (٧٨) قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ ﴿٧٩﴾ آتين ٧٨-٧٩ من سورة يس (تفسير القرطبي، المجلد السادس، العدد ٦٠، ص ٥٦٦٣، طبعة دار العربي العباسية. القاهرة).

وإذا كانت الآية الكريمة سالفة الذكر قد نزلت في واحد من بني آدم ممن أنكر البعث والنشور بعد الموت إلا أنها تصلح لمخاطبة من سواه أيضاً من البشر إلى قيام =

سَمِيعًا بَصِيرًا^(١)، ويقول أيضاً: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ (٣٦) أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُُمْتَعًى^(٢).

ويستقر الرأي لدى غالبية المفسرين على أن هذه النطفة التي تكون بداية للخلق هي النطفة التي تتكون من ماء الرجل والمرأة على حد سواء، واستشهدوا في ذلك بما ورد في السنة النبوية المطهرة من أحاديث تؤكد هذا المعنى، حيث جاء فيها ما يفيد بأن الجنين يتكون من النطفة الممتزجة والمؤلفة من ماء الرجل

= الساعة، لأن خصوصية السبب لا تمنع من عمومية الحكم، فالحق يعجب ويستنكر على أولئك الذي ينكرون قدرته - جل وعلا - على إعادة الخلق وبعثهم بعد موتهم، لأن إنكارهم هذا وتكذيبهم دليل بين على فساد فطرتهم ونقص عقولهم ووهن تفكيرهم، لأن العقل والمنطق يقضيان بأن الذي يقدر على الابتداء والإنشاء والخلق يقدر من باب أولى على الإعادة والإحياء والبعث، بل إن ذلك أهون عليه، وصدق الله إذ يظهر لهم ذلك المعنى في بيان معجز واستدلال ساطع الحجة: ﴿قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ﴾ (آية رقم ٩٨ من سورة يس). ويقول أيضاً: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَبْدَأُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ وَهُوَ أَهْوَتْ عَلَيْهِ﴾ (الآية رقم ٢٧ من سورة الروم).

كما يسخر الله عز وجل من ذلك الإنسان - ومن على شاكلته - الذي يكذب بالبعث ولا يصدق به، فأنى له هذا الموقف الخالي من أمارات التدبير والتذكر وقد خلقه الله من عدم فلم يك من قبل شيئاً مذكوراً، إذ يقول جلت قدرته: ﴿وَيَقُولُ الْإِنْسَانُ أَإِذَا مَا مِتُّ لَسَوْفَ أُخْرَجُ حَيًّا ۖ أَوَلَا يَذْكُرُ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ قَبْلُ وَلَمْ يَكُ شَيْئًا﴾ (الآيتان ٦٦، ٦٧ من سورة مريم) ثم بين على الفور عاقبة أمرهم فقال عز من قائل: ﴿فَوَرَبُّكَ لَنَحْشُرَنَّهُمْ وَالشَّيَاطِينَ ثُمَّ لَنُحْضِرَنَّهُمْ حَوْلَ جَهَنَّمَ جِثِيًّا﴾ (٦٨) ثُمَّ لَنَنْزِعَنَّ مِنْ كُلِّ شِيعَةٍ أَيُّهُمْ أَشَدُّ عَلَى الرَّحْمَنِ عُنِيًّا (٦٩) ثُمَّ لَنَحْنُ أَعْلَمُ بِالَّذِينَ هُمْ أَوْلَىٰ بِهَا صِلَاً﴾ (الآيات ٦٨، ٦٩، ٧٠ من سورة مريم).

(١) الآية رقم ٢ من سورة الإنسان.

(٢) الآيتان ٣٦، ٣٧ من سورة القيامة. "أيحسب الإنسان" أي أظن ابن آدم "أن يترك سدى" فيه قولان: أحدهما أي أن يخلو مهملاً فلا يؤمر ولا ينهى، قاله ابن زيد ومجاهد، ومنه قولهم: إبل سدى: أي ترعى بلا راع، والثاني: أيحسب الإنسان أن يترك في قبره كذلك أبداً دون أن يبعث، ومن ذلك قول الشاعر:

فأقسم بالله جهد اليمين ما ترك الله شيئاً سدى

وماء المرأة، وذلك في معرض بيان النبي - صلى الله عليه وسلم - لسبب اكتساب الجنين وصف الذكورة أو وصف الأنوثة " إذا غلب ماء الرجل يكون الولد ذكراً وإذا غلب ماء المرأة يكون أنثى " (١).

ويؤكد ذلك ما ذكره الإمام القرطبي في تفسيره لقول الله تعالى: "خلق من ماء دافق، يخرج من بين الصلب والترائب" حيث يقول: "يخلق من ماء الرجل الذي يخرج من صلبه العظم والعصب، ومن ماء المرأة الذي يخرج من ترائبها اللحم والدم، قاله الأعمش، وقد قيل إن الماء ينزل من الدماغ سواء في المرأة أو في الرجل، وهذا لا يعارض قول الله تعالى: "من بين الصلب والترائب"، لأن الماء إن نزل من الدماغ فإنه يمر بين الصلب والترائب، بل قيل إن النطفة من جميع أجزاء البدن (سواء في المرأة أو في الرجل)، ولذلك يشبه الولد - سواء أكان ذكراً أم أنثى - والديه كثيراً في كثير من أجزاء جسمهما، كما يلزم غسل جميع الجسد عند خروج المني، ويجد المكثّر من الجماع وجعا في الظهر وصلبه، وليس ذلك إلا لخلو صلبه عما كان محتبساً به من ماء (٢).

ثانياً - مرحلة العلق: دلالة العلق لغة واصطلاحاً:

لقد جاء في المعجم الوجيز أن العلق من علق الشيء بشيء: أي نشب فيه واستمسك به، يقال علق فلان فلاناً، وعلق به: أي تمكن حبه في قلبه، ويراد بها الدم الغليظ أو الجامد، وهي طور من أطوار الجنين أو قطعة الدم التي يتكون منها هذا الجنين (٣)، ولا يختلف المعنى الاصطلاحي للعلق عن حقيقة معناها

(١) التفسير الكبير للفخر الرازي، ج ٢٩، ص ٢٣٦، الطبعة الثالثة دار إحياء التراث العربي بيروت. لبنان.

(٢) تفسير القرطبي، ج ٨، العدد ٧٧، ص ٧٢٨٥، طبعة دار الغد العربي، العباسية القاهرة.

(٣) انظر إلى: "المعجم الوجيز" ص ٤٣٠، ٤٣١، مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى عام - ١٤هـ - ١٩٨٠م، وفي نفس هذا المعنى انظر إلى: "المعجم الوسيط" ص ٦٢٢، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، طبعة دار الدعوة.

اللغوي، فمنهم من يعرفها بأنها: "الدم الجامد، والعلق هو الدم العبيط أو الطري، وقيل هو الشديد الحمرة"^(١)، ومنهم من يعرفها بأنها: "قطعة من الدم جامدة متكونة من المني"^(٢)، أو هي "الدم الجامد بأن أحلنا النطفة البيضاء إلى علقه حمراء"^(٣).

ويمكننا أن نعرفها بأنها: "الجرثومة التوتية"^(٤) التي تعلق بجدار الرحم بعد أن تحولت من نطفة بيضاء حرة الحركة في فراغ الرحم إلى علقه حمراء (أو دم جامد شديد الحمرة) ملتصقة بجدار الرحم^(٥)، ولقد سميت العلقه بهذا الاسم نتيجة لتعلقها والتصاقها بجدار الرحم^(٦).

= وقد جاء في كلمات القرآن تفسير وبيان أن العلق: "هو دم جامد استحال إليه المني" انظر في ذلك: "كلمات القرآن تفسير وبيان" لفضيلة الشيخ محمد حسنين مخلوف، ص ٤٢٩، طبعة دار المعارف القاهرة ١٩٥٦م، "الطفل في نظر الشريعة الإسلامية" للدكتور محمد بن أحمد الصالح، ص ٢٧٠، مجلة أضواء الشريعة تصدرها كلية الشريعة بالرياض، السعودية عام ١٤٠٠هـ.

(١) تفسير القرطبي ج ١٢، ص ٦، طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب، طبعة عام ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م الناشر دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة ومثله في ذلك الفخر الرازي في التفسير الكبير، ج ٢٣، ص ٨، والتفسير الواضح" للدكتور محمد محمود حجازي، المجلد الثاني الجزء ١٨، ص ٩، الطبعة الحادية عشرة، عام ١٤٠٦هـ - ١٩٧٦م، الناشر دار التفسير.

(٢) تفسير أبي السعود للإمام الشيخ محمد بن محمد العمادي المتوفي عام ٩٥١هـ - ج ٤، ص ٤.

(٣) تفسير أبي السعود، ج ٤، ص ٣٦.

(٤) وذلك يرجع إلى كونها عبارة عن مجموعة من الخلايا التي تتخذ لنفسها شكلا يشبه شكل التوتة.

(٥) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٥٨.

(٦) انظر في نفس المعنى: د. حامد أحمد حامد - المرجع السابق - ص ١٠٤، حيث يقول سيادته: "وسميت كذلك لأن خلايا الكرة الجرثومية تبقى عالقة بجدار الرحم، وقد ثبتت جنورها من الخلايا المغذية بباطن الرحم بعد ساعات من الانغراز".

= "وبعد تمام الالتصاق والانغراز يتم للعلق الاستقرار بجدار الرحم عن طريق:

ثالثاً - مرحلة المضغة: دلالة المضغة لغة واصطلاحاً:

جاء في المعجم الوجيز مضغ الطعام وغيره أي: طحنه بأسنانه ولاكه بلسانه، والمضغة هي القطعة الصغيرة من اللحم وجمعها مضغ^(١).

وجاء في مختار الصحاح أن مضغ الطعام من باب قطع ونصر، والمضغة قطعة لحم، وقلب الإنسان مضغة من جسده^(٢).

ولا يختلف المعنى الاصطلاحي للمضغة عن حقيقة معناها اللغوي، غاية ما هنالك أن المعنى الاصطلاحي للمضغة يكشف لنا عن حقيقة التحول الخلقي الذي حدث للمضغة من دم متجمد عالق في جدار الرحم كعلقة، إلى كائن حي جديد كقطعة من اللحم بقدر ما يمضغه الإنسان من لحم أو غيره تسمى مضغة، تطراً عليه خلال مرحلته أعراض التخلق ومظاهر التصوير والتكوين فيعرفها البعض بأنها: "الكائن الحي الذي يتخلق وينمو داخل الرحم واستحالت إليه العلقه"^(٣)، ويمكننا أن نعرفها بأنها: "القطعة من اللحم قدر ما يمضغه الإنسان من لحم وغيره، والتي تطراً عليها أعراض التخليق والتصوير على إثر تحولها من دم متجمد (أي من علقه)"^(٤).

= أ - تكوين الزغابات (الكوريونيه) التي تنشأ من الخلايا المغذية.

ب - تكوين المعلق أو الساق التي تعلق الجنين بالكوريون.

ج - ضمان التغذية والتروية.

حيث تتغذى العلقه على الدم الوارد من الأوعية الدموية للرحم، والغدد اللبنية الرحمية التي يبلغ عددها خمسة عشر ألف غدة، وتتكاثر خلايا العلقه التي يبلغ عددها مائة خلية، ليصل طولها إلى ٢,٥ : ٤,٥ ملليمتر بعد اليوم الخامس والعشرين.

(١) المعجم الوجيز " إصدار مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، ص ٥٨٤.

(٢) مختار الصحاح " للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ص ٦٢٦، عنى بترتيبه محمود خاطر، مراجعة لجنة من مركز تحقيق التراث بدار الكتب المصرية، طبعة دار القلم، بيروت. لبنان.

(٣) أ. د. عبد الحميد عثمان - المرجع السابق - ص ٢٧.

(٤) إذ يتحول الدم المتجمد ذاته إلى قطعة لحم بقدر ما يمضغه الإنسان.

رابعاً - مرحلة إنشاز العظام وإكسائها باللحم:

لقد جاء في لسان العرب أن نشز الشيء ينشزه نشوزاً أي ارتفع، ولذا يقال تل ناشز أي مرتفع، وجمعه نواشز، ويقال قلب ناشز إذا ما ارتفع هذا القلب عن مكانه من الرعب، وأنشزت الشيء إذا رفعته عن مكانه، ونشز الرجل ينشز إذا كان قاعداً فقام، وإنشاز عظام الميت أي رفعها إلى مواضعها وتركيب بعضها على بعض، والإنشاز بالنسبة للعظام يعني نقلها إلى مواضعها، وقيل معناه تركيب العظام بعضها على بعض^(١).

وقد كشف لنا القرآن الكريم عن هذه المرحلة من مراحل الجنين منذ زمن بعيد في بيان معجز وتوضيح مبهر قبل أن يهتدي إلى كنهها العلم الإنساني، حيث نزلت عدة آيات قرآنية خالدة تصف لنا حقيقة هذا الطور من أطوار الجنين كحلقة من حلقات النمو الرباني للجنين في رحم الأم، نذكر من ذلك قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنْشِرُهَا ثُمَّ نَكْسُوها لَحْمًا﴾^(٢).

(١) لسان العرب لابن منظور، ج ٥، ص ٤١٧٨، طبعة دار صادر. بيروت-لبنان.

(٢) الآية ٢٥٩ من سورة البقرة وقد نزلت الآية الكريمة لتحكي لنا قصة ذلك الرجل الذي تساءل متعجباً مع نفسه عن كيفية إحياء الله - عز وجل - للموتى بعد فنائهم، فخطبه الله - عز وجل - بعد أن أماته ثم أحياه بهذا الخطاب الذي يكشف له ولغيره عن طلاقة قدرة المحي المميت الذي إذا أراد شيئاً أن يقول له كن فيكون، فأيقن ذلك العبد بأن الله على كل شيء قدير، إذ يقول الله عز وجل: ﴿أَوْ كَالَّذِي مَرَّ عَلَى قَرْيَةٍ وَهِيَ خَاوِيَةٌ عَلَى عُرُوشِهَا قَالَ أَنَّى يُحْيِي هَذِهِ اللَّهُ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةَ عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُ قَالَ كَيْفَ لَيْتَ يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالَ بَلْ لَيْتَ مِائَةَ عَامٍ فَانْظُرْ إِلَى طَعَامِكَ وَشَرَابِكَ لَمْ يَسْنَخْهُ وَانْظُرْ إِلَى حِمَارِكَ وَلِنُفِئَهُ لِنَاسٍ وَأَنْظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنْشِرُهَا ثُمَّ نَكْسُوها لَحْمًا فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ قَالَ أَعْلَمُ أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ (الآية ٢٥٩ من سورة البقرة). وإذا كان الخطاب في الآية موجهاً إلى العبد الذي تساءل عن قضية الموت والبعث، إلا أنه موجه أيضاً إلى كل من يقف موقفه إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، عملاً بالقاعدة الأصولية الشهيرة التي تقضي بأن: "خصوصية السبب لا تمنع من عمومية الحكم".

وننشزها أي نرفع بعضها إلى بعض، وأصل النشوز الارتفاع، ومنه النشيز اسم للموضع المرتفع من الأرض، ومنه نشوز المرأة لارتفاعها عن طاعة الزوج^(١).

كما يقول الله عز وجل: ﴿...فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا﴾^(٢)، أي جعلنا غالب المضغة ومعظمها

(١) تفسير الماوردي المسمى "النكت والعيون" للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري المولود عام ٣٦٤ هـ - المتوفى عام ٤٥٠ هـ، ج ١، ص ٢٢٦، الطبعة الأولى عام ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م، تحقيق الشيخ خضر محمد خضر، راجعه وعلق عليه اللجنة العلمية بدار الصفوة، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع بالقاهرة. وقد جاء نفس هذا المعنى في تفسير الشيخ عبدالحميد كشك المسمى "في رحاب التفسير" حيث يقول فضيلته رحمه الله تعالى: "كيف ننشزها أي كيف يرفعها الله من الأرض ويعيدها إلى أماكنها بترتيب ونظام، ثم يكسوها لحما أصله من الخلايا التي قامت بتكوين الأنسجة التي قامت بتكوين الأعضاء"، ج ١، ص ٥٠٥، طبعة المكتب المصري الحديث، كما أشار إليه الألوسي في تفسيره المسمى "روح المعاني" حيث يقول "كيف ننشزها" بالزاي المعجمة من الإنشاز وهو الرفع، وقال الكسائي: نلينها ونعظمها، وقيل ننشزها (بالراء) من أنشر الله تعالى الموتى أحياء، "ثم نكسوها لحما" أي نسترها به كما نستر الجسد باللباس" ج ٣، ص ٢٣، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

(٢) الآية رقم ١٤ من سورة المؤمنون. ويعجبني في مقام إبراز بديع صنع الله - عز وجل - لعظام الإنسان الذي يشعرك بالعظمة الربانية في الخلق والإنساني، ما ذكره الأستاذ الحكيم الشيخ طنطاوي جوهرى في كتابه المسمى "الجواهر في تفسير القرآن الكريم المشتمل على عجائب بدائع المكونات وغرائب الآيات الباهرات" حيث يقول: "وهناك تجد أجهزة الجسم الإنساني مفصلة موضحة مبدعة أيما إبداع، بحيث تجد بينها وبين ما في المدن من الصناعات موافقة تامة، فكما أن في المدن من يصنعون اللبن (أي الطين قبل إحراقه) ويحرقونه فيصير آجر، هكذا جسم الإنسان فيه قوى أودع مبدع الكون الحكيم بها ما يصور من المادة الدموية عظاما صلبة، فهي هي هذه العظام المتينة قام بها الجسم الإنساني كما يقوم البيت بالآجر إذا بني به، ولكن آجر البيت قد صنعناه بطرق معروفة مشاهدة حيث خلطنا التبن بالتراب ومزجناهما بالماء ووضعناهما في قالب خاص ثم جففنا ذلك في الشمس فصار لبنا جمع لبنة، ثم وضعنا ذلك اللبن بعضه على بعض بهيئة خاصة وأوقدنا عليه النار =

أو كلها عظاماً بأن صلبناها (أي جعلناها صلبة قوية) وجعلناها عماداً للبدن على هيئات وأوضاع مخصوصة تقتضيها الحكمة، فكسونا العظام المعهودة لحماً من بقية المضغة أو مما أنبتنا عليها بقدرتنا مما يصل إليها، أي كسونا كل عظم من تلك العظام ما يليق به من اللحم على مقدار لائق به وهيئة مناسبة له^(١)، وقد استعمل لفظ الكسوة في قوله تعالى ﴿فَكَسَّوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا﴾ لأن اللحم يستر العظم فجعل كالكسوة له^(٢)، وقد جمعت كلمة العظام في الآية الكريمة بخلاف الألفاظ المعبرة عن المراحل الأخرى من نمو الجنين وتطوره نظراً لتعددتها واختلافها^(٣).

ويثور التساؤل حول مدى وجود فاصل زمني - متباعد أو متقارب - بين تكوين العظام وكسوتها باللحم، أو بمعنى آخر هل هذه المرحلة بشقيها (أي تكوين العظام وكسوتها باللحم) تحققت في وقت واحد لا يتخلله ترتيب أو تعقيب فيما بين هذين الشقين أم لا؟

= أياً ما وليالي حتى احترق ثم بنينا به المنزل، أما العظام في جسم الإنسان فإننا ألفيناها صلبة بلا عمل منا ولا نار أوقدناها، بل الأمر فيها عجيب فإنها صارت صلبة منظمة مرة واحدة" ج ١١، ص ١٠٣، الطبعة الثانية عام ١٣٥٠هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

(١) تفسير أبي السعود المسمى "إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم" لقاضي القضاة أبي السعود محمد بن محمد العمادي المتوفى عام ٩٥١هـ، ج ٦، ص ١٢٦. ط ٢، عام ١٤١١هـ-١٩٩٠م، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان.

(٢) ولعل هذا المعنى هو ذاته ما أشار إليه أيضاً العلامة أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي في تفسيره "روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني" ج ١٨، ص ١٤ حيث يقول: "وجمع العظام دون غيرها مما في الأطوار لأنها متغايرة هيئة وصلابة بخلاف غيرها (كالعقطة والمضغة مثلاً) ألا ترى عظم الساق وعظم الأصابع وأطراف الأضلاع، وعدة العظام مطلقاً على ما قيل مائتان وثمانية وأربعون عظماً هي عدة رحم بالجمل الكبير، وجعل بعضهم هذه عدة أجزاء الإنسان والله أعلم".

(٣) انظر: روح المعاني للألوسي، ج ١٨، ص ١٤.

يرى البعض أن طور خلق العظام وكسوتها باللحم مشترك في لحظة التكوين والخلق، فالله - سبحانه وتعالى - جعل تكوين العظام واللحم مرتبطين بعضهما مع بعض، وهذا لا ينافي التعبير القرآني الوارد في قوله تعالى: ﴿فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا﴾ لأن الفاء كما أنها موضوعة في لغة العرب لإفادة التعقيب فهي موضوعة أيضاً للبيان والتفصيل، وإن لم يكن هناك ترتيب ولا تعقيب في الدلالة، ونظير ذلك ما قاله بعض المفسرين في قوله تعالى: ﴿فَتَوَبُّوا إِلَىٰ بَارِيكُمْ فَاقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ فإن القتل غير متأخر عن التوبة، وإنما هو شيء ملابس لها ومختلط بها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَأَنْتَقِمْنَا مِنْهُمْ فَأَعْرَفْنَاهُمْ﴾ فليس هناك ترتيب ولا تعقيب بين الانتقام والإغراق وإنما وقع الإغراق تفسيرا للانتقام^(١).

والذي أعتقده أن ثمة فاصلاً زمنياً - ولو كان قريباً غير متباعد - بين شقي هذا الطور من أطوار الجنين (أي بين تكوين العظام وكسوتها باللحم) ولعل هذا النظر هو ما أثبتته العلم الطبي الحديث حيث يقطع الأطباء المتخصصون في علم التشريح بتكوين العظام قبل اكتسائها باللحم، ومن ثم فهم يؤكدون على وجود فترة زمنية تفصل بين شقي هذه المرحلة من مراحل الجنين^(٢).

خامساً - مرحلة نفخ الروح:

ينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن إن نسبة النفخ إلى أنه كان من روح الله لا يعني الظاهر من دلالاته من اعتبار روح الإنسان جزءاً من روح الله، فهذا محال تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، ذلك أننا رأينا سلفاً أن روح الله في قوله تعالى:

(١) أ.د. محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٦٩.

(٢) فقد أثبتت الأبحاث الميكروسكوبية أن تطور الجنين داخل رحم الأم يتم كما وصفته آيات القرآن، فأولاً تتكون الأنسجة الغضروفية التي تتحول إلى عظام الجنين، ثم تكون بعدها خلايا العضلات ثم تتجمع مع بعضها وتتكون لتلتف حول العظام (انظر في ذلك: ejabat.google.com/ejabat/thread%3Ftid...).

﴿فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي﴾^(١) قديمة خالقة باقية بعكس روح الإنسان فهي مخلوقة حادثة فانية، إنما الدلالة الحقيقية أن إضافة روح الإنسان إلى روح الله تعالى في الآيات سالفه الذكر وغيرها من الآيات المماثلة^(٢) إنما هي إضافة أعيان منفصلة عنه - سبحانه وتعالى - على سبيل التشريف والفضل منه لمخلوقه البشري، كأن تقول عبد الله وبيت لله للتشريف وإعلاء المنزلة، كما أنه - من ناحية أخرى - يمكن حمل المقصود من القول الإلهي ﴿وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي﴾ أي نفخت فيه بأمرى للملك بإتيان فعل النفخ، ولله المثل الأعلى فإن الرئيس المباشر في أي عمل إداري حينما يتم إنجاز عمل بناء على توجيهاته وأوامره، يقول قمنا وفعلنا كذا وكذا، رغم أن العمل في الحقيقة كان من جهة المرؤوس، لكن لأنه كان بتوجيهات الرئيس ووفق تعليماته صحت نسبته إليه باعتباره الأمر بإتيانه.

أما بالنسبة لماهية وطبيعة النفخ وهل وقع من الملك بحسب المعنى الحقيقي للنفخ والمتعارف عليه في العرف والمتمثل في إجراء الريح من الفم أو من غيره في تجويف جسم صالح لإمساك هذا الريح والاحتفاظ به، أم أن له معنىً مجازياً يغير معناه الحقيقي تتحقق من خلاله إفاضة ما به الحياة بالفعل في المادة القابلة لها وهي جسم الإنسان دون حدوث نفخ حقيقي؟

هناك من رأي من قدامى أطباء المسلمين "أن النفخ في الروح معناه نفخ أجزاء الريح في تجاويف الجسم، ذلك أن الرئة تشبه المنفاخ الذي في باطنه حوصلة فارغة عنقها مندمج في عنق المنفاخ يدخل الهواء فيها عند تجافي جذرائه"^(٣)، وقد ذكر الإمام الفخر الرازي ذات المعنى قائلاً: "إن لنفخ إجراء

(١) الآية رقم ٧٢ من سورة ص.

(٢) من ذلك قول الله تعالى: ﴿وَمِمَّنْ أُنْتُبِتَ عِمْرَانُ الَّذِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا فَنَفَخْنَا فِيهِ مِنْ رُوحِنَا وَصَدَقَتْ بِكَلِمَتِ رَبِّهَا وَكُنْتُمْ مِنْ الْغَافِلِينَ﴾ (الآية رقم ١٢ من سورة التحريم).

(٣) انظر في ذلك: إلى د. محمد أحمد الإسكندراني في كتابه "كشف الأسرار النورانية"، مشار إليه لدى الشيخ. محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٩٩.

الريح في تجاويف جسم آخر، وظاهر هذا اللفظ يشعر بأن الروح من الريح إلا لما صح وصفها بالنفخ" (١).

ويرى البعض الآخر أن النفخ في الروح له معنى مجازي إذ حقيقة النفخ مستحيلة من هذا المقام، لأن النفخ معناه الحقيقي إجراء الريح من الفم أو غيره في تجويف جسم صالح لإمساكه والاحتفاظ به، وهذا المعنى غير معقول صدوره من الله سبحانه وتعالى، لذلك يرى ضرورة تفسير النفخ بذلك المعنى الذي يطراً على البدن فيجعله إنساناً متميزاً بما ميزه الله به على سائر المخلوقات (٢) أو بمعنى آخر أن يحمل النفخ على معنى يدل على الإفاضة بشيء معين في جسم الإنسان على نحو يحقق فيه معنى الحياة دون حدوث نفخ حقيقي (٣).

المطلب الثاني معنى الحقوق المدنية

لا جرم أن استقراء النظريات الفقهية التي سبقت في شأن فكرة الحق يكشف عن شدة احتدام الخلاف الفقهي حولها، لدرجة أنه لم يحتدم هذا الخلاف في أمر مثلما حدث في خصوص معنى الحق؛ بغية الوقوف على

(١) الإمام الكبير الفخر الرازي في تفسيره "التفسير الكبير"، ص ١٨٢، المجلد العاشر، جزء رقم ١٩، طبعة ٣، دار إحياء التراث العربي ببيروت - لبنان.

(٢) الشيخ محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٩٩.

(٣) العلامة الإمام الألوسي البغدادي "روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني"، ص ٣٦، المجلد الرابع عشر.

وقد ذكر الألوسي نقلاً عن حجة الإسلام الإمام أبي حامد الغزالي هذا المعنى المجازي للنفخ قائلاً: "عبر بالنفخ الذي يكون سبباً لاشتعال فتيلة القابل من الطين الذي تعاقبت عليه الأطوار حتى اعتدل واستوى واستعد استعداداً تاماً بنور الروح، كما يكون سبباً (أي النفخ) لاشتعال الحطب القابل للاشتعال مثلاً بالنار رغم انفصال النفخ عن نتيجته ومسببه وهو ذلك الاشتعال، وقد يكنى بالسبب عن الفعل المستفاد الذي يحصل منه على سبيل المجاز وإن لم يكن الفعل المستفاد على صورة الفعل المستفاد منه" راجع "روح المعاني" للألوسي، ص ٣٦، ٣٧، المجلد الرابع عشر.

حقيقته وكنهه، مما حدا بالبعض مثل الفقيه "دوجي" إلى إنكار وجود فكرة الحق ذاتها، فراح بنفسه من مؤنة البحث حول مضمون تلك الفكرة، وهذا أمر منتقد لأن المنطق والعقل يمليان - عند وجود مشكلة ما - إلى ضرورة التعرض لها بالبحث والدراسة للوصول إلى حل لها، وليس الهروب كلية من مجابقتها عن طريق إنكارها أو عدم الاعتراف بها.

وسنحاول - دون خوض في تفاصيل كثيرة - أن نخرج سريعاً على النظريات الرئيسية التي أثمرت عنها مساعي الفقهاء وجهودهم للوقوف على دلالة الحق، سواء ما كان منها ممثلاً للاتجاه التقليدي في تعريف الحق أو ما كان منها معبراً عن الاتجاه الحديث في معنى الحق.

ولعل من النظريات التقليدية التي ظهرت في الفقه القديم "نظرية سلطة الإرادة" *La théorie du pouvoir de la volonté* التي تزعمها الفقيه الألماني "سافيني"، حيث يعرف الحق بأنه سلطة إرادة الفرد. "Le pouvoir de la volonté de l'individu" وهو بذلك المعنى يجعل من الإرادة جوهرًا كامناً لفكرة الحق، مما يجعل فكره وتصوره امتداداً لفلسفة "هيجل".

كما تزعم الفقيه الألماني "إيهرنج" نظرية أخرى تسمى "نظرية المصلحة" *La théorie d'inérêt* تعرف الحق بأنه: "مصلحة يحميها القانون" جاعلاً بذلك من المصلحة جوهرًا أساسياً لفكرة الحق، كما ظهرت في الفقه التقليدي أيضاً نظريات مختلطة حرص أنصارها ومشايعوها على إيجاد تصور مختلط يمزج فيه بين عنصري المصلحة والإرادة في بيان معنى الحق، مع وجود قدر ظاهر من التفاوت بينها من حيث تفضيل أحد هذين العنصرين على حساب الآخر، حيث إن منها من غلب عنصر المصلحة على عنصر الإرادة^(١).

(١) إذ يرون أن المصلحة تمثل العنصر الأول الأساسي والجوهري في فكرة الحق، في حين تمثل الإرادة العنصر الثاني من حيث المرتبة باعتباره يمثل الوسيلة النموذجية لإعمال المصلحة بوصفها الغرض العملي للمصلحة، ولذا فهم يعرفون الحق بأنه: "مصلحة تحميها سلطة إرادة الإنسان، أو هو مصلحة شخص أو مجموعة من =

ومنها من غلب عنصر الإرادة على عنصر المصلحة^(١) بل إن منها من يرى أن هذين العنصرين لا يمثلان أصلاً عنصراً أساسياً لفكرة الحق^(٢).

ثم ظهرت في الفقه بعد ذلك نظريات جديدة تمثل تعبيراً عن الاتجاه الحديث في تعريف الحق تستهدف الكشف عن جوهر الحق وبيان خصائصه التي تميزه عن غيره، نذكر منها سبيل المثال "نظرية المشروعية" La théorie de la légitimité للفقيه الإيطالي "باربيرو" والتي يرى فيها وجود عناصر ثلاثة لفكرة الحق: العنصر الأول: عنصر السلوك، والعنصر الثاني عنصر المصلحة، والعنصر الثالث: عنصر المشروعية، ولذا فهو يعرف الحق بأنه: "مشروعية مسلك يستهدف تحقيق مصلحة"، "ونظرية الانتماء والسلطة" للفقيه البلجيكي "دابان"، والتي يرى فيها أن للحق عناصر أربعة: هما عنصر الانتماء والسلطة، وعنصران خارجيان هما: وجود الغير والحماية القانونية، ولذا فهو يعرف الحق على أنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية، فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون بانتمائه إليه، سواء بوصفه مالكا له أو باعتباره شيئاً مستحقاً له في ذمة الغير"^(٣).

= الأشخاص تحميها سلطة يعترف بها القانون للإرادة في تمثيل هذه المصلحة أو حمايتها (انظر: أ. د. عبد الحي حجازي "المدخل لدراسة العلوم القانونية" الجزء الثاني "الحق وفقا للقانون الكويتي" دراسة مقارنة مطبوعات جامعة الكويت، بند ٨٢، ص ٨٩، أ. د. نبيل إبراهيم سعد "المدخل إلى القانون، نظرية الحق، ص ٢٩، طبعة عام ٢٠٠١، منشأة المعارف بالإسكندرية).

(١) إذ يرون أن الحق يرتكز في المقام الأول على عنصر الإرادة التي تحركها وتحكمها المصلحة، فالإرادة هي جوهر الحق وليست المصلحة، ولذا فهم يعرفون الحق بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية يعترف بها القانون ويحميها لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة معينة (أ. د. نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص ٢٩).

(٢) إذ يرى أنصار هذا الرأي أن الحق عبارة عن سلطة وكفى، لا تتوقف هذه السلطة من حيث نشوئها لا على الإرادة ولا على المصلحة التي تستعمل هذه الإرادة في خدمتها، ومن أجل ذلك فهما لا يمثلان جوهرًا أو عنصراً من عناصر الحق (انظر في ذلك المعنى إلى: أ. د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٨٤، ص ٩٠، ٩١).

(٣) أ. د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٨٧: ١١٢، ص ١٩٠-١١١.

وفي إطار هذه العناصر الأساسية لفكرة الحق التي أبرزها الفقيه "دابان" نختار بعض التعريفات الفقهية الحديثة التي تدور في فلك هذه العناصر، منها ما ذهب إليه البعض من تعريف الحق على أنه: "استئثار شخص بقيم أو أشياء معينة استثنائاً يكفل له التسلط والاقتضاء بهدف الوصول إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون، لأنها ذات قيمة اجتماعية"^(١)، أو هو "الاستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر"^(٢).

وقد درج الفقهاء على تقسيم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق غير سياسية أو ما يسمى بالحقوق المدنية، ويقصد بالحقوق السياسية Les droits politiques تلك الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضواً في جماعة سياسية، وذلك بقصد مشاركته في إدارة شؤون المجتمع الذي ينتمي إليه^(٣). وهذه الحقوق لا يتمتع بها إلا رعايا الدولة دون الأجانب مثل حق الانتخاب، وحق الترشيح، وحق تولي الوظائف العامة.

في حين يقصد بالحقوق المدنية Les droits civils تلك الحقوق التي تثبت للشخص بصفته شخصاً، وهي تشمل جميع الحقوق التي لا تدخل ضمن طائفة الحقوق السياسية^(٤).

(١) أ. د. شمس الدين الوكيل "مبادئ القانون - بند ١٨٤، ص ٣٠١، الطبعة الأولى عام

١٩٦٨م، منشأة المعارف بالإسكندرية. وقرب ذلك: أ. د. توفيق حسن فرج "المدخل

للعلوم القانونية، ص ١٧٤، الطبعة الثانية عام ١٩٨١م، مؤسسة الثقافة الجامعية

بالإسكندرية، حيث يعرف بأنه "استئثار بشيء أو بقيمة استثنائاً يحميه القانون".

(٢) أ. د. نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص ٤٠.

(٣) أ. د. نعمان محمد خليل جمعة "دروس في المدخل للعلوم القانونية"، ص ٣١٩،

٣٢٠، طبعة عام ١٩٨٠م، أ. د. عبد الفتاح عبد الباقي "نظرية الحق ط ٢، عام

١٩٦٥م، بند ١٠، ص ١٤.

(٤) ذلك أنه إذا كان من الفقه من ذهب إلى أن الجنين لا يعد شخصاً كما لا يعد شيئاً،

ودعا إلى البحث له - من ثم - عن وصف قانوني خاص بعيد عن نطاق الأشياء أو

الأشخاص، لا سيما وأن القانون لا يعرف إلا طائفتين: هما الأشياء والأشخاص، إلا

ونظراً لأن الجنين يعد شخصاً لا شيئاً^(١) فله صلاحية التمتع بالحقوق المدنية التي تتناسب مع طبيعته ككائن حي (يمثل بداية للكائن البشري منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج وخلال مراحل نموه المتعاقبة إلى ما قبل خروجه من الرحم بشراً سوياً) داخل الرحم.

المطلب الثالث أهلية الجنين

لقد اختلف الفقهاء حول ثبوت الشخصية القانونية للجنين ما بين معترف ومنكر، بحسب النظر إلى الجنين ككيان مستقل أو منفصل عن أمه، فتكون له شخصية قانونية مستقلة عنها، أو باعتباره جزءاً منها وتابعاً لها في غذائه وتنفسه، فيذوب لذلك في شخصية أمة ولا يتمتع - مع انتفاء وجوده الذاتي والمستقل عنها - بشخصية قانونية مستقلة، إلى أن استقر الرأي الراجح على ثبوت الشخصية القانونية للجنين، على أساس أن الشخصية القانونية لا تعدو

= أن منهم من يرى - وبحق - أن الجنين عبارة عن شخص محتمل أو شخص كامن Une personne potentielle قد يوجد وقد لا يوجد، وإذا كان قبل وجوده لا يعد شخصاً كاملاً، إلا أنه واجب الاحترام كالشخص الكامل منذ لحظة تكوينه في الرحم كنطفة أمشاج.

Voir.G CORNU: " Droit civil" T:2;N: 306.

مشار إليه لدى: أ. د. محمد المرسي زهرة " المركز القانوني للجنين " ص ٨٥، مجلة المحامي بالكويت، السنة الثالثة عشرة، أعداد أبريل ومايو ١٩٩٠م.

(١) ذلك أنه وإن كان صحيحاً أن مقتضى القياس ألا يعترف للجنين بالشخصية القانونية، ما دام أنه لا يزال حملاً مستكناً في بطن أمه، ولم تتحقق له الولادة حياً كوصف لازم في بدء الشخصية القانونية كأصل عام، ولم يزل جزءاً من أمه ينتقل بانتقالها ويقر بقرارها وكأنه أحد أعضائها التي لا تنفصل عنها، إلا أنه من وجه آخر يعد مستقلاً عنها، لأنه منفرد بالحياة عنها، وهو قاب قوسين أو أدنى من الانفصال عنها ليصير إنساناً كاملاً الإنسانية وقائماً بذاته، لذا ينبغي الاعتراف له بقدر من الشخصية القانونية على نحو يحقق له الصلاحية اللازمة لكسب الحقوق المقررة له قانوناً.

عن كونها تعبيراً عن مجرد الصلاحية لاكتساب الحق وليست الاكتساب الفعلي للحق، ولا الصلاحية لاكتساب كل الحقوق، ولكن تكفي الصلاحية لاكتساب الحق ولو كان هذا الحق محدداً في مداه ونوعه، وطالما أن القانون يعترف للجنين بالصلاحية لاكتساب الحقوق بطريق الميراث أو الوصية، فإنه من اللازم الاعتراف له بالشخصية القانونية التي تؤهله لتلقي هذه الحقوق، بل إنه ما دام أن كل إنسان لابد أن يمر بمرحلة الجنين، فإن بدء الشخصية القانونية للإنسان لا بد وأن يتحقق مع بدء تكوين الجنين في بطن أمه، وذلك حتى يضحى الاعتراف للجنين بهذه الشخصية القانونية هو الأصل وليس الاستثناء^(١).

(١) انظر في ذلك: أ. د. منصور مصطفى منصور "المدخل للعلوم القانونية"، المجلد الثاني، ص ١٠٨، طبعة عام ١٩٦١، أ. د. حسن كيرة "المدخل إلى القانون" بند ٢٦٧، ص ٧٢٦، طبعة عام ١٩٧٤م منشأة المعارف بالإسكندرية. ومما تجدر الإشارة إليه أن من الفقهاء من يرى أن اكتساب الجنين للشخصية القانونية استثناء من القاعدة العامة التي تجعل من بداية خروج الجنين كاملاً حياً من بطن أمه بداية لثبوت الشخصية القانونية (انظر في ذلك إلى كل من: أ. د. إسماعيل غانم "محاضرات في نظرية الحق" ص ١٨٠، طبعة عام ١٩٦٦م القاهرة، أ. د. أحمد سلامة "المدخل لدراسة القانون"، نظرية الحق، بند رقم ٨، ص ١٤٨، طبعة عام ١٩٩٥م، أ. د. عبد الفتاح عبد الباقي "نظرية الحق" بند رقم ٣٨، ص ٩٥، الطبعة الثامنة عام ١٩٦٥م، أ. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله "دروس في مقامة العلوم القانونية، نظرية الحق، بند رقم ٩١، د. همام محمد محمود "مبادئ القانون" المدخل للقانون، ص ١٥٠، منشأة المعارف بالإسكندرية، وهذا الاستثناء كما يرى البعض لا ينبغي التوسع فيه، بل يجب تفسيره في أضيق الحدود، بحيث تقتصر شخصية الجنين على الصلاحية لكسب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الميراث والوصية، دون الحقوق التي تحتاج إلى قبول لكسبها مثل الهبة، انظر في ذلك إلى كل من: أ. د. عبد المنعم البدر وادي "المدخل للعلوم القانونية" ص ٥٤٥، طبعة عام ١٩٦٦م، دار النهضة العربية، أ. د. جميل الشرقاوي "دروس في أصول القانون (المدخل لدراسة القانون)"، بند ١٠٤، ص ٢٦٤، أ. د. عبد الرزاق السنهوري، أ. د. حشمت أبو ستيت "أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون" بند ٢٢٢، ص ٢٧٦، هامش رقم ١، طبعة عام ١٩٣٨م مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.

بيد أنه يراعي أن الشخصية القانونية للجنين ناقصة وليست كاملة، ويرجع نقصان الشخصية القانونية للجنين إلى أن أهلية الوجوب لديه ليست كاملة فهي مقصورة على صلاحيته فقط لاكتساب الحقوق دون التحمل بالواجبات كأصل عام، وذلك على أساس أن لأهلية الوجوب عنصرين: عنصر إيجابي يتمثل في صلاحية الشخص لكسب الحقوق، وعنصر سلبي يتمثل في صلاحيته للتحمل بالالتزامات، ولا يتصور أن يثبت للجنين إلا العنصر الإيجابي من هذه الأهلية، إذ لا يعقل والجنين لم يزل في رحم أمه أن يتحقق في جانبه أحد المصادر المنشئة للالتزامات^(١).

الوصاية على الحمل المستكن:

لقد أجاز القانون للأب أو للمتبرع أن يقيم وصياً مختاراً على الحمل المستكن ليتولى رعاية أمواله والمحافظة عليها، وإذا لم يكن له وصي مختار وجب على المحكمة تعيين وصي على هذا الحمل، ويظل محتفظاً بوصايته حتى بعد الولادة ما لم تعين المحكمة وصياً آخر غيره، م ٢٨، ٢٩ من قانون الولاية على المال المصري^(٢).

(١) انظر في ذلك: أ. د. عبد الفتاح عبد الباقي "نظرية الحق"، بند رقم ٣١، ص ٧١، طبعة عام ١٩٥٧، أ. د. محمد حسام محمود لطفي "المدخل لدراسة القانون في ضوء رأي الفقه وأحكام القضاء"، الكتاب الثاني، نظرية الحق، ص ١٠٠، الطبعة الثالثة عام ١٩٩٣ م.

(٢) إذ تنص المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال المصري الصادر بالمرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م على أنه: "يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن، ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣". "ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه". كما نصت المادة ٢٩ من ذات القانون على أنه: "إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره".

وإذا كان القانون قد أوجب تعيين وصي للحمل المستكن من قبل المحكمة في حالة عدم وجود وصي مختار من قبل الأب أو المتبرع، إلى أن تتم ولادته فيجري تثبيته كوصي على المولود أو أن يتم تعيين وصي آخر بدلاً منه، فإنه لم يوضح سلطات مثل هذا الوصي خلال مدة الحمل، هل تكون مقصورة على مجرد الرعاية والحفظ كمجرد أمين على هذه الأموال إلى أن يولد الجنين فيمتلك المولود هذه الأموال ويصير الوصي وصياً على المولود لا على الحمل فيصبح له سلطات الأوصياء هذا ما لم تستبدله المحكمة بوصي آخر، أم أنه تكون له منذ بداية اختياره من قبل الأب أو المتبرع صلاحيات الأوصياء فتكون له إدارة أموال الحمل المستكن واستثمارها؟.

أرى من وجهة نظري أن تجعل للوصي على الحمل المستكن سلطات الأوصياء عموماً حتى يتسنى له إدارة أموال هذا الحمل واستثمارها بما يعود بالنفع له إذا ولد حياً أو على ذي المصلحة إذا ولد ميتاً، لا سيما وأن هذا الوصي قد تستمر وصايته بعد الولادة ما لم تعتمد المحكمة إلى اختيار وصي آخر بدلاً منه.

المطلب الرابع

الطبيعة القانونية لحقوق الجنين

يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية لما يثبت للجنين من حقوق خلال مدة الحمل، هل هي من الحقوق الحالة والموجودة غير أن زوالها معلق على شرط فاسخ، ألا وهو ولادة الجنين ميتاً، أم أنها من الحقوق المستقلة غير الموجودة، بيد أن وجودها معلق على شرط واقف، ألا وهو ولادة الجنين وانفصاله كاملاً

= " ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما، وتعرض الوصية على المحكمة لتثبيتها".

ولعل هذا عين ما نص عليه قانون الولاية على المال البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٦م، في المادتين ٢٣، ٢٤ منه.

حيّاً من بطن أمه، أم إنها من الحقوق الاحتمالية التي ينصب الاحتمال فيها على تحقق مسألة جوهرية وأصلية وليست عارضة ومؤقتة، ألا وهي ولادة الجنين حيّاً، أم أنها حقوق ذات طابع خاص، وذلك كله على التفصيل الآتي:

١ - الرأي الأول - حقوق الجنين معلقة على شرط واقف:

يرى أنصار هذا الرأي أن حقوق الجنين خلال مدة حمله مجرد حقوق مؤقتة، أي حقوق معلق وجودها على شرط واقف Une condition suspensive، ويسمى الحق حينئذ بالحق الشرطي^(١) Le droit conditionnel، لأنه حق مشروط في وجوده واكتساب صاحبه له وهو الجنين - على واقعة مستقبلية un fait futur غير محققة الوقوع (أي قد تقع وقد لا تقع) ألا وهي واقعة ولادة الجنين كاملاً وانفصاله حيّاً عن بطن أمه^(٢)، بحيث إذا ولد الجنين حيّاً اكتسب هذه الحقوق ليس فقط من تاريخ الولادة ولكن من تاريخ وفاة مورثه، أما إذا ولد ميتاً اعتبر الجنين كأن لم يكن وأعيد توزيع ما أوقف له على باقي ورثة المورث، وليس على ورثة الجنين، وذلك إعمالاً لفكرة الأثر الرجعي للشرط الواقف L'effet rétroactif de la condition suspensive، سواء من حيث تحققه ووجوده أو من حيث انتفائه وتخلفه.

بيد أن هذا الرأي قد تعرض للنقد من زاويتين: أولاًهما: إن التعليق في الشرط الواقف تعليق إرادي، أي من صنع طرفي العقد، في حين أن التعليق الوارد بشأن اكتساب الجنين للحقوق الموقوفة له من صنع القانون، وثانيهما أن الأمر المعلق عليه وجود الحق كشرط واقف هو عنصر عرضي، كان من الممكن

(١) ويعرف البعض هذا الحق الشرطي (أي المعلق على شرط واقف) بأنه: "حق تكاملت جميع أركانه القانونية، ومع ذلك لا يوجد حتى تتحقق واقعة إضافية مستقبلية غير محققة الوقوع اشتراطها الطرفان وعلقا على تحققها وجود الحق" (أ. د. عبد الحي حجازي "المدخل لدراسة القانون" ج ٢، الحق، بند ٤٠١، ص ٣٧١، ٣٧٢).

(٢) أ. د. عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ٢٦٨، ص ٣٩١، أ. د. محمد حسام لطفي - المرجع السابق - ص ١٠١.

وجود الحق بدونه لولا اشتراطه من جانب طرفي العقد، في حين أن حق الجنين لا يتصور وجوده بدون شرط ولادته حياً، ومن ثم فهو عنصر أصيل في وجود هذا الحق، فلا ينبغي معاملته معاملة العنصر العرضي في الشرط الواقف، الأمر الذي يمنع من إضفاء وصف الحقوق المعلقة على شرط واقف على حقوق الجنين^(١).

٢ - الرأي الثاني - حقوق الجنين حقوق معلقة على شرط فاسخ:

يرى البعض أن حقوق الجنين حقوق معلقة على شرط فاسخ، أي حقوق حالة وموجودة، لكن وجودها معلق على شرط فاسخ ألا وهو عدم ولادة الجنين حياً، ومن ثم إذا ولد الجنين ميتاً اعتبر الجنين كأن لم يكن، وأعيد توزيع ما كان موقوفاً له بين ورثة مورثه وليس بين ورثته هو كجنين^(٢).

بيد أن هذا الرأي - مع وجاهته - محل نظر، إذ لم يسلم من النقد من زاويتين: فمن ناحية يؤدي التسليم به إلى نتيجة تجافي حقيقة الواقع، ذلك أن الحق المشروط بشرط فاسخ هو حق حال وموجود، لكن يكون معلقاً على شرط فاسخ^(٣)، بعكس حقوق الجنين، فهي ليست حقوق حالة وموجودة وزاؤها معلق على تحقق شرط فاسخ وهو ولادة الجنين ميتاً، وإنما هي حقوق غير موجودة أصلاً، نظراً لأن وجودها في ذاته معلق على ولادة الجنين حياً، ومن ناحية أخرى فإن الشرط الفاسخ يكون دائماً عنصراً عرضياً من صنع طرفي العقد مثله في ذلك مثل الشرط الواقف، في حين أن شرط ولادة الجنين حيا هو شرط من صنع القانون وليس لإرادة الأفراد دخل فيه^(٤).

(١) انظر عرض ذلك الرأي لدى: الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٤٣٣، ص ٣٩٤.

(٢) انظر في ذلك إلى: أ. د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٤٣٤، ص ٣٩٤، ٣٩٥.

(٣) انظر في ذلك إلى: أ. د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٤٣٤، ص ٣٩٤، ٣٩٥.

(٤) انظر في ذلك إلى: عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٤٣، ص ٣٩٥، ٣٩٦.

٣ - الرأي الثالث: حقوق الجنين حقوق احتمالية:

يرى البعض أن حقوق الجنين حقوق مستقبلية (أي ليست حالة وغير موجودة)، احتمالية (أي غير مؤكدة) ينصب الاحتمال فيها على عنصر أصيل وهو ولادة الجنين حياً، إذ لا يتصور وجود الحق بدون تحققه، وأنه إذا كان الحق الاحتمالي - وفقاً لمنطق النظرية التقليدية - عند تحقق العنصر الأصيل الذي كان ينقصه يضحى موجوداً بأثر فوري مباشر منذ لحظة توافر هذا العنصر، دون أن يكون له أثر رجعي، إلا أنه يقوى لدى الفقه اتجاه حديث يجيز ارتداد وجود الحق الاحتمالي إلى الماضي على إثر تحقق عنصره الأصيل^(١).

(١) انظر في هذا المعنى: أ. د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٤٣٥، ص ٣٩٥، ٣٩٦.

المبحث الثاني حقوق الجنين قبل صيرورته نطفةً أمشاجاً

تمهيد وتقسيم:

لقد أثبتت الشريعة الإسلامية للجنين حقوقاً ليس فقط منذ بداية نشأته ووجوده في رحم الأم نطفةً أمشاجاً، بل حتى من قبل أن ينعم بهذا الوجود بوصفه كائناً حياً في الرحم، أي وهو لم يزل بعد في مرحلة العدم، من قبل أن يصير في رحم الأم شيئاً مذكوراً.

وتتجلى معالم اهتمام تلك الشريعة الغراء بحقوق الجنين قبل وجوده ونشأته من خلال عنايتها الفائقة وسعيها الدؤوب إلى تهيئة كافة العوامل الوراثية والبيئية التي تسهم بدور إيجابي في تكوين الجنين وسلامة نموه وتطوره-حينما ينعم بالوجود - في ظل أجواء صحية بدنياً ونفسياً، والبعد به عن الأجواء المؤدية إلى إضعافه والنيل من سلامته البدنية والنفسية، لا سيما بعد أن أثبت الواقع الاجتماعي والواقع العلمي بدراساته المستفيضة ما للوراثة والبيئة الاجتماعية من آثار حاسمة في تكوين الجنين ونشوئه، وما لها من انعكاسات إيجابية وسلبية في جميع الجوانب الجسدية والنفسية للجنين^(١).

ومن أجل تمكين الجنين من التمتع بالإعداد السليم والصحيح بدنياً ونفسياً، فقد حض الإسلام على حسن اختيار أي من الزوجين للآخر بالصورة

(١) انظر في المعنى نفسه: د. فاخر عاقل "علم النفس التربوي" ص ٤٥ وما بعدها، الطبعة الحادية عشرة، عام ١٩٨٥م، دار العلم للملايين بيروت لبنان - حيث يقول إن أغلب الصفات تنتقل من الآباء والأمهات والأجداد إلى الأبناء كالذكاء، واضطراب السلوك، وانفصال الشخصية، والأمراض العقلية والانضباط الذاتي، وصفات التسامح والمرونة، حيث يكونون وسطاً مساعداً لانتقال هذه الصفات إلى الأبناء، أو يكون لدى الأبناء استعداد لاكتساب هذه الصفات، هذا بالإضافة إلى ما للعادات والتقاليد من انعكاسات على الأبناء بسبب تكرارها أمام ناظرهم.

التي تهىء للأجنة المحتمل تكوينها من نطفهما أسباب القوة وراثياً وبيئياً، فدعا إلى انتقاء أي من الزوجين من أسرة كريمة المنبت أو الأصل (أي أسرة من نسل صالح) ومن بيئة طاهرة العيش نقية المنشأ (أي من بيئة صحية لنمو الطفل في أجواء مناخها)، ودعا إلى توخي التباعد بين الزوجين في درجة القرابة طمعاً في نسل قوي غير ضعيف ليس عرضة لاحتمال انتقال الأمراض الوراثية المنتشرة في عائلة الزوجين إليهما، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول حسن اختيار الزوجة

نظراً للتأثير البالغ للأم على أبنائها سواء من الناحية الوراثية (حيث تنتقل بالوراثة كثير من صفاتها إلى أبنائها وذريتها) أو من الناحية البيئية (حيث يقلد الأبناء أمهاتهم فتنتقل إليهم سلوكياتهن وعاداتهن بحسنها وقبحها بطريق المحاكاة والتقليد^(١))، فقد حرص الإسلام على التأكيد على حسن اختيار الزوجة رفيقة الزوج في دربه الطويل خلال حياته الزوجية والأم المحتملة لأولاده في المستقبل القريب ومنشئة الأولاد عضواً ونفسياً منذ أن يكونون أجنة في الأرحام، فدعا الشباب المقبل على الزواج إلى حسن انتقاء الزوجة شريكة الحياة، فيتخيرها من أحسن النساء أصلاً ومنبتاً (أي ذات العرق الأصيل والسلالة الطيبة) ومن أحسن النساء بيئة ونشأة (أي ذات البيئة الدينية الصحيحة)، لأن مثلها مثل النبتة أو البذرة الطيبة إذا أثمرت أخرجت - بإذن ربها - نباتاً طيباً، ويتجنب المرأة ذات الأصل الفاسد والعرق الخبيث، أو ذات البيئة الفاسدة والنشأة المنسلخة من مبادئ الدين وتعاليمه^(٢)، لأنها ستكون

(١) وصدق أمير الشعراء أحمد شوقي إذ يقول في ذلك:

الأم مدرسة إذا أعددتها أعددت شعباً طيب الأعراق

(٢) فلا يخفى عن ذي الفطنة تأثير العامل الوراثي في سلوكيات الفرد والذي يعبر عن موروثاته من آباءه وأجداده، حيث ينشأ في كثير من الأحيان مفطوراً على بعض الصفات الموروثة التي يجد نفسه منساقاً إليها بطبعه وغريزته دون أن يستطيع =

أشبه بالنبتة الخبيثة، لا تخرج إلا نكداً وشوكاً، وصدق الهادي البشير إذ يقول ناصحاً شباب الأمة المقبل على الزواج بمراعاة ذلك قائلاً: "تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء" (١) أي من يكافئونكم خلقاً وديناً ورشاداً، ويقول أيضاً: "تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس" (٢).

فها هو رسول الله - صلى عليه وسلم - القدوة الطيبة والأسوة الحسنة عندما أراد الزواج تخيّر لنفسه خير النساء عراقية وأصلاً، وأفضلهن بيئة و نشأة، ألا وهي السيدة خديجة بنت خويلد رضي الله تعالى عنها، فأنبتت له خير الذرية وأطهرها السيدة فاطمة والسيدة رقية والسيدة أم كلثوم، ثم تخيّر الإمام علي - رضي الله تعالى عنه - أظهر النساء السيدة فاطمة فأنجبت له سيدي شباب أهل الجنة وسبطا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الإمامين الجليلين الحسن والحسين، فضلاً عن السيدة زينب.

وقد حذر النبي - صلى الله عليه وسلم - من الانخداع بالجمال الظاهري (وإن بدا هدفاً وغاية جائزة القصد مباحة المسعى شرعاً وديناً) وترك الاهتمام بالأصل والمنبت، لما له من عواقب وخيمة وشرور مستطيرة على الزواج

= مقاومة الجنوح إليها، والميل إلى فعلها (سواء ما كان منها حسناً أو قبيحاً، ثم حينما يفتش في الأمر يجد أن مثل هذه الصفات كانت من الصفات اللصيقة بأبيه أو بأمه أو بجده أو جدته لأبيه أو لأمه، حتى أضحت طبعاً موروثاً عنهم وفي الوقت نفسه لا نستطيع تجاهل أثر عامل البيئة على تنشئة الفرد سلوكاً وخلقاً، إيجاباً وسلباً، فالفرد الذي ينشأ في بيئة صالحة وإطار اجتماعي رشيد يستقيم أمره وتنضبط سلوكياته وتتسامى أخلاقه، بعكس الفرد الذي يولد في بيئة فاسدة ووسط اجتماعي موبوء، يعوج سلوكه وتسوء أخلاقه ولا يستقيم أمره، وكل من الوراثة والبيئة عاملان متوازنان ومتكاملان في بناء وتكوين شخصية الإنسان إن خيراً فخير وإن شراً فشر، يتقاسمان الدور في التأثير على كيان الفرد وتكوين معالم شخصيته

(١) سنن ابن ماجه، ج ١، رقم الحديث ١٩٦٨، ص ٦٣٣.

(٢) رواد الحاكم في المستدرک، ج ٢، ص ١٦٣.

والنسل^(١)، حيث يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إياكم وخضراء الدمن"، قالوا: يا رسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: " المرأة الحسنة في المنبت السوء"^(٢)، كما قال أيضاً في حديث آخر: "...ولأمة سوداء"^(٣) ذات دين أفضل^(٤).

وكيف لا يعنى الإسلام بالحض على حسن اختيار الزوجة وهي خير متاع الدنيا، وخير ما استفاده المؤمن من دنياه بعد تقوى الله عز وجل، وخير أسوة وقدوة للأبناء، حيث يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الدنيا متاع، وليس من متاع الدنيا شيء أفضل من المرأة الصالحة"^(٥)، ويقول أيضاً: "ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيراً من زوجة صالحة، إن أمرها أطاعته، وإن نظر إليها سرته، وإن أقسم عليها أبرته، وإن غاب عنها نصحتة في نفسها وماله"^(٦).

(١) فكم من بيوت هدمت وأسر شردت (وكثيراً ما تطالعنا الصحف بقصص واقعية مأساوية في هذا وبذلك الخصوص) لأن الزوج لم يبال إلا بجمال صورة المرأة وحسن منظرها وشكلها فافتتن بها ونسى أن يفتش عن منشئها ومخبرها، وكيف أخلاقها وأخلاق أسرتها وأهلها، فكانت وبالاً عليه وعلى أولادها، فحولت حياته جحيماً وكانت عوناً للشيطان عليه، فحملته على المعاصي وقادته إلى الذنوب والآثام فخربت عليه دينه وضيعت عليه دنياه.

(٢) أخرجه القضاعي في مسند الشهاب (انظر ذلك: "مسند الشهاب" للقاضي أبي عبد الله محمد بن سلامة القضاعي، ج ٢، رقم الحديث ٩٥٦، ص ٩٦، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، طبعة مؤسسة الرسالة)، كما في مكارم الأخلاق - المرجع السابق، ص ٣٠٤.

(٣) وجاء الحديث بلفظ آخر " ولأمة خرماء " أي مقطوعة بعض الأنف ومتقوبة الأنف، أي أفضل من الحرة البيضاء متى كانت الأمة ذات دين والحرة غير متدينة.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه، ج ١، رقم الحديث ١٨٥٩، ص ٥٩٧.

(٥) سنن ابن ماجه، ج ١، رقم الحديث ١٨٥٥، ص ٥٦٩، كما رواه مسلم في صحيحه بلفظ " الدنيا متاع وخير متاع الزوجة الصالحة "، (انظر صحيح مسلم - المرجع السابق - رقم الحديث ١٤٦٧، ص ٦٣٦).

(٦) سنن ابن ماجه، ج ١، رقم الحديث ١٨٥٧، ص ٥٦٩.

إن الإسلام دين الله - عز وجل - خالق البشر، العليم بما يموج في النفوس وما تميل إليه الأفئدة والقلوب، ولذا يستحيل أن تتضاد أحكامه ومبادئه مع المقاصد السوية والغايات النبيلة في الزواج، ولذا فهو لا يمانع أن ينشد الشباب في زواجهم حسب المرأة ونسبها، وراثها وغناها، وحسنها وجمالها، إلى جانب دينها وخلقها، لكن يوجهه أن يجعل لهذا المقاصد المشروعة درجات وأولويات، بحيث يكون القصد الأساسي والغاية الأولى في دين الزوجة وخلقها وحسن منبتها ومنشأها، وتكون المقاصد الأخرى في رتب تالية أو درجات لاحقة أو حتى على الأقل في درجات متساوية أو متوازية مع تقوى المرأة وصالحاتها، وهذا توجيه حكيم ونصح رشيد جمعه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في عبارات حكيمة وألفاظ ناطقة بليغة، حيث يقول: "تنكح المرأة لأربع لمالها ولجمالها، ولدينها، ولحسبها، فاظفر بذات الدين تربت يداك" (١).

ذلك أن الجمال - مع أهميته وحاجة الرجل إلى تحلي المرأة به - يزهو (لاسيما في أول الشباب) ويخبو ويذبل (خاصة في أيام الشيخوخة)، والمال يغدو ويروح، والحسب والنسب يرتفع وينخفض، ولا يبقى ويدوم في المرأة (أو حتى الرجل) إلا الخلق والدين، فهو وحده الذي يصمد ويبقى شامخاً رغم مصائب الدهر ونوائبه، بل ويضفي على المرأة عوضاً عما حرمتها من بعض المباهج التي ينشدها الرجال في النساء، فيكسوها جمالاً في وقارها وبهاءً في عفتها وطهرها، حتى وإن بلغت من العمر أرذله ومضى معه بريق جمال الصورة والمظهر، ويمنحها شموخاً وعزة، وإن لم تكن ذات حسب ونسب، ويبسط لها رداء الثراء والغنى في نفسها وقلبها وإن بلغ بها الفقر في المال مبلغه (٢).

(١) متفق عليه (صحيح مسلم - المرجع السابق - رقم الحديث ١٤٦٦، ص ٦٣٤، رواه ابن ماجه بلفظ "تنكح النساء لأربع..." سنن ابن ماجه، ج ١، رقم الحديث ١٩٥٨، ص ٥٩٧. فاظفر: أي فاطلب أيها المسترشد ذات الدين حتى تفوز بها، وتربت يداك: من ترب إذا افتقر فلصق بالتراب).

(٢) ولقد روى عن الإمام جعفر الصادق - رضي الله عنه - أنه قال: "إذا تزوج المرأة لجمالها أو مالها وكل إلى ذلك، وإذا تزوجها لدينها رزقه الله الجمال والمال" =

ولذلك حذرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من أن ننساق وراء الجمال أو المال أو الحسب فنجعله الغاية المثلى، بل والوحيدة في الزواج ونتساهل أو نغض الطرف عن الخلق والدين (فاجتماع كل هذه الغايات مع الدين عين الكمال البشري لكن قلما يتحقق أو يتوافر في المرأة)، لأنه يؤدي إلى الهلكة ويوصل إلى النقيض من القصد، والواقع يصدق ذلك ويؤيده^(١) وفي ذلك يقول: "من تزوج امرأة لعزها لم يزد الله إلا ذلاً، ومن تزوجها لمالها لم يزد الله إلا فقراً، ومن تزوجها لحسنها لم يزد الله إلا دناءة، ومن تزوج امرأة لم يتزوجها بها إلا ليغض بصره أو ليحصن، فرجه، أو يصل رحمه، بارك الله له فيها، وبارك لها فيه"^(٢) وقال صلى الله عليه وسلم: "لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدين ولأمة سوداء ذات دين أفضل"^(٣).

(انظر في ذلك: الفروع من الكافي للكليني، ج ٥، باب ٣ فضل من تزوج ذات الدين، ص ٣٣٣، الطبعة الثالثة، عام ١٤٠١هـ. دار التعارف). ذلك أن الغنى الحقيقي غنى النفس والقلب وليس الغنى قصراً على الثراء والمال، وصدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ يقول: "ليس الغنى عن كثرة العرض ولكن الغنى غنى النفس" (رواه ابن ماجة في سننه، ج ٢، رقم الحديث ٤١٣٧، ص ١٢٨٦).

(١) فصلاح البيوت وصلاح نريتها بصلاح نسائها وتقواهن، والعكس صحيح.
(٢) انظر في ذلك إلى: "مجمع الزوائد ومنبع الفوائد" للشيخ الإمام علي بن أبي بكر الهيثمي، ج ٤، ص ٢٥٤، طبعة عام ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، دار الريان للتراث بالقاهرة، ودار الكتاب العربي بيروت. لبنان

(٣) رواه ابن ماجة في سننه، ج ١، رقم الحديث ١٨٥٩، ص ٥٩٧.
يرديهن: من الردي وهو الهلاك والموت، لأن الحسن في المرأة إن لم يكن مصحوباً بالتواضع أُردي صاحبته إلى الغرور والكبرياء وكلاهما مهلك، ويطغيهن: يجعلهن يجاوزن حدود الشرع بارتكاب المعاصي والآثام، وخرماء: أي مقطوعة بعض الأنف ومتقوبة الأنف، والمعنى أن الأمة الخرماء متى كانت ذات الدين فهي أفضل من الحرة التي لا خلاق لها ولا دين.

ولعل الصحف تطالعنا كل يوم بقصص واقعية لأزواج كانت أهدافهم من الزواج مجرد المال فافتقروا بعد غنى، وأزواج كانت بغيتهم المفاخرة بالحسب والنسب فذلوا =

وقد روي عن الإمام جعفر الصادق - رضي الله عنه - أنه قال: إذا تزوج الرجل المرأة لحسنها أو لمالها وكل إلى ذلك، وإن تزوجها لدينها وفضلها رزقه الله الجمال والمال، ثم نهى عن أن ينكح الرجل المرأة لمالها أو لجمالها، وقال: مالها يطغيها، وجمالها يردبها، فعليك بذات الدين^(١).

وينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن أن تكليف الإسلام للرجل بحسن انتقاء الزوجة ليس مجرد تكليف يستهدف رعاية صالح هذا الرجل بوجه خاص وصالح المجتمع الذي يعيش فيه بوجه عام (لتخرج له سواعد نقية صالحة تبني وتعمّر)، بل وأمانة في عنقه حيال أبنائه وذريته، ذلك من أهم وأبرز حقوق الولد على والده أن يحسن موضعه فيختار له أمّاً صالحة؛ لينهل من معينها وراثياً وبيئياً، وصدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ يقول في ذلك: "حق الولد على والده أن يحسن موضعه، وأن يحسن اسمه وأدبه"^(٢).

وقد حذرنا الإسلام من الزواج من الحمقاء أو المجنونة أو غيرهما من النسوة اللائي يحملن صفات يمكن انتقالها إلى ذرياتهن أو تشكل خطراً على حسن تربية الأولاد، ولا يقدرن على أداء مقتضيات التربية لهؤلاء الأولاد الذين

= بعد عز وهانوا بعد رفعة، وكم من نسوة بغين على أزواجهن بسبب اغترارهن بجمالهن، حتى جعلوهم أسراء لهن، فأضحت آلاء الله لهن كالجمال والحسب والنسب نقمة عليهن وعلى أزواجهن ومصادر شقاء وتعاسة.

(١) انظر في ذلك إلى: مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل "للحاج ميرزا حسين النوري الطبرسي، ج ١٤، باب النكاح، ص ١٧٥، الطبعة الثانية عام ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث.

(٢) انظر في ذلك إلى: "معجم الشيوخ" للإمام أبي الحسين الصيداوي، تحقيق عمر عبدالسلام تادمرى، ص ٣٢٠، طبعة أولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الإيمان، طرابلس، ذلك أن الرجل الذي لا يحسن اختيار زوجته يضر بأولاده مع إضراره بنفسه أيضاً، ويكون سبباً في ضياعهم وفسادهم، وهذا إثم عظيم وذنب كبير، فهي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "كفى بالمرء أن يضيع من يقوت" (رواه أبو داود وغيره). انظر في ذلك إلى: "منهل الواردين شرح رياض الصالحين" للإمام النووي شرح الدكتور صبيحي الصالح، ج ١، رقم الحديث ٢٩٣، ص ٢٣٩.

هم عماد المستقبل وعدته، فقد روي عن الإمام علي - رضي الله تعالى عنه - أنه قال: "إياكم وتزويج الحمقاء، فإن صحبتها بلاء، ولدها ضياع"^(١)، ولما سئل الإمام جعفر الصادق عن الزواج بالمجنونة إذا أعجب المرء بجمالها، حذر من مثل هذا الزواج مخافة انتقال الجنون إلى نسلها، فضلاً عن خطورة وجودها مع هؤلاء الأبناء، حيث يكون مصيرهم إلى الضياع وفقدان حسن التربية، حيث أجابه قائلاً: "لا ولكن إن كانت عنده أمة مجنونة فلا بأس أن يطأها ولا يطلب ولدها"^(٢).

وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "اجتنبوا في النكاح أربعة: الجنون، والجذام، والبرص، والقرن"^(٣). كما روي عن سعيد بن المسيب

(١) انظر في ذلك إلى: "الفروع من الكافي" لأبي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي، ج ٥، باب كراهية تزويج الحمقاء، ص ٣٥٤، الطبعة الثالثة عام ١٤٠١، دار صعب، دار التعارف بيروت. لبنان.

(٢) انظر في ذلك إلى كل من: "وسائل الشيعة" تأليف الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي، المجلد الرابع عشر، الجزء السابع، كتاب النكاح، ص ٥٧، عنى بتصحيحه وتحقيقه وتذييله الشيخ عبد الرحمن الرياني الشيرازي، الطبعة السادسة، عام ١٣٠٣هـ، طبعة المطبعة الإسلامية بطهران إيران، "الفروع من الكافي" تأليف الشيخ أبي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي، ج ٥، كتاب النكاح، ص ٣٥، الطبعة الثالثة عام ١٤٠١هـ، دارصعب، دار التعارف بيروت. لبنان.

(٣) رواد الدار قطني في سننه-المرجع السابق-ج ٣، كتاب النكاح، رقم الحديث ٨٠، ص ٢٦٦.

والقرن (بفتح القاف وسكون الراء) لغة هو مادة صلبة ناتئة بجوار الأنف في رؤوس البقر والغنم ونحوها، وفي كل رأس قرنان غالباً، ومن رأس الإنسان والشيطان جانبه وموضع القرن منه، والقرناء من الحيات: هي التي لها لحمتان في رأسها كأنها قرنان (المعجم الوسيط، معجم صادر عن مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية، ج ٢، ص ٧٣١، طبع على نفقة إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر).

(٤) ولكنني لست مع الدلالة اللغوية لكلمة القرن المذكورة في الحديث، وأؤيد تلك الدلالة التي وردت لهذه الكلمة ببعض كتب الحديث، وبعض كتب الفقه، فقد أورد البهقي في كتابه السنن الكبرى أن المرأة القرناء هي العفلاء (السنن الكبرى، ج ٥، ص ٢١٥) =

أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: "أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسخها فلها صداقها (وذلك بما استحل من فرجها)، وذلك لزوجها غرم على وليها" (١).

كما ذكر الشعبي عن سيدنا علي - رضي الله عنه - أنه قال: "إذا تزوج المرأة فوجدها بها جنوناً أو برصاً أو جذاماً أو قرناً، فدخل بها فهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق" (٢).

وقد سئل الإمام جعفر الصادق - رضي الله عنه - عن رجل تزوج المرأة فوجد بها قرناً؟ قال: هذه لا تحبل من ينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها، قيل له: فإن كان قد دخل بها؟ قال: إن كان قد علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضي بها، وإن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسكها، وإن شاء سرحها إلى أهلها، ولها ما أخذت منه بما استحل من فرجها" (٣).

ولعل مما يساعد على حسن اختيار الزوجة مراقبة الرجل من بعيد لسلوكيات من ينوي الزواج بها، حتى إذا رأى من جميل أخلاقها ما يدعو له لنكاحها تزوجها، مثلما كان يفعل بعض صحابة رسول الله - صلى الله عليه

= والعفلاء من العفل (بفتح العين وسكون الفاء) وهو شحم خصيتي الكبش وما حوله، ومن العفل (بفتح العين والفاء) وهو شيء مدور يخرج من رحم المرأة، ولذا فالمرأة العفلاء: هي المرأة الضيقة الفرج من ورم يحدث بين مسلكيها - أي مسلكي القبل والدبر - (انظر المعجم الوسيط، ج ٢، ص ٦١٢).

وقد قيل أن القرن شيء يبرز في الفرج كقرن الشاة، والعفل لحم في الفرج لا يخلو من رشح على ما قيل، وفي بعض الروايات عن آل بيت النبي - صلى الله عليه وسلم - أن القرن والعفل شيء واحد (انظر في ذلك: "فقه الإمام جعفر الصادق" تأليف محمد جواد مغنية، ج ٥، ص ٢٦٦، الطبعة الخامسة عام ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، دار الجواد، دار التيار الجديد، بيروت. لبنان).

(١) نكره البيهقي في سننه، ج ٧، كتاب النكاح، ص ٢١٤.

(٢) نكره البيهقي في سننه، ج ٧، كتاب النكاح، ص ٢١٥.

(٣) انظر في ذلك: "فقه الإمام جعفر الصادق" - المرجع السابق - ص ٢٧٦.

وسلم - الكرام، فهذا هو سيدنا جابر بن عبد الله يروي لنا قصته في الزواج من مخطوبته، حيث يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"، قال: فخطبت جارية فكنت أتحبها لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها"^(١).

المطلب الثاني حسن اختيار الزوج

إن دور الأب في التأثير على الجنين وإن تصاغر أمام دور الأم (ذلك أن الجنين يقر في رحم الأم يتغذى من دمها ويتفاعل مع ظروفها النفسية والعضوية إيجاباً وسلباً)، إلا أنه يسهم مع دور الأم بقدر كبير في التأثير على الجنين، سواء تحقق هذا التأثير بصورة مباشرة من خلال انتقال كثير من صفات الآباء والأمهات إلى الأبناء (أو ما يسمى بعامل الوراثة) أو بطريق غير مباشر من خلال إسهامات كل من الأب والأم في التأثير على سلامة وصحة الجنين داخل الرحم إيجاباً وسلباً، بحكم ظروفهما الاجتماعية والاقتصادية والدينية والثقافية، وما لهذه الظروف من انعكاسات نفسية وصحية على نفسيهما، ثم ارتداد أثر هذه الظروف على جنيهما، لا سيما وقد أثبتت الدراسات العلمية مدى التأثير الذي يلعبه الوالدان بصفة عامة، والأم على وجه الخصوص في البناء العضوي والنفسي للجنين^(٢).

- (١) رواه أبو داود في سننه، المجلد الأول، الجزء الثاني، رقم الحديث ٢٠٨٢، ص ٢٢٨، ٢٢٩. ولعل هذا السلوك الجميل من سيدنا جابر يصلح قدوة طيبة وأسوة حسنة، لأنه يحقق مصلحتين: مصلحة الخاطب في مراقبة مخطوبته من بعيد فيراها على حقيقتها دون تكليف أو تصنع، ومصلحة الأسرة والبنت فلا يكثر الدخول على بيت خطيبته؛ فيكون عوناً لأهل القيل والقال على أسرة هذه الخطيبة، وقد يكون عوناً للشيطان إذا جلس مع مخطوبته بغير محرم، أو جاوز في سلوكه معها السلوك الإسلامي الصحيح، فيقع الجميع في دائرة الحرام، أو يحومون حوله ليقعوا فيه.
- (٢) انظر في نفس المعنى: د. فاخر عاقل - المرجع السابق - ص ٤٦، ٤٧.

لذلك فقد حرص الإسلام على حث ولي البنت أن يحسن اختيار زوج ابنته فيختار لها زوجاً صالحاً ذا خلق ودين، لا سيما وأنه بعد صيرورته زوجاً لابنته فسوف يكون له تأثيره الكبير ليس فقط على مستقبل حياة ابنته، بل وعلى ذريتها منه، لأن للأب دوراً بارزاً في تنشئة الأبناء وإعدادهم عضواً ونفسياً، ولذا ينبغي انتقائه من سلالة طيبة وأصل عريق، وهذا لا يمكن التثبت منه إلا بالوقوف على جذور الأسرة التي ينتمي إليها الشخص الذي يرغب في الزواج، ومدى اشتهاها بالتقوى والصلاح أو افتقارها إليهما (وهذا ما يعبر عن الجانب الوراثي في تكوين شخصية الإنسان)، هذا فضلاً عن معرفة المحيط الاجتماعي الذي نشأ فيه هذا الشخص بكل معالمه دينياً واقتصادياً وثقافياً... إلخ (والذي يعبر عن الجانب البيئي في بناء شخصية الفرد).

ولذلك نجد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يدعونا إلى حسن الاختيار لموضع النطف (سواء أكانت نطفاً ذكرية أم أنثوية) فنختار لأبنائنا الكفيات من النساء، ونختار لبناتنا الأكفاء من الرجال، حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم"^(١) وقال صلى الله عليه وسلم: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"^(٢).

وقد أبرز لنا النبي - صلى الله عليه وسلم - أن الرجل إذا كان صالحاً ذا دين - ولو لم يكن غنياً - فهو خير من ملء الأرض من غنى قليل الحظ في الخلق والدين، ففي ذات مرة مر رجل على النبي - صلى الله عليه وسلم -

(١) رواه الدار قطني في سننه (انظر: سنن الدار القطني للحافظ الإمام علي بن عمر الدار قطني ٣٠٦-٣٨٥هـ، وبذيله التعليق المغني على الدار قطني لأبي الطيب محمد آبادي، ج ٣، كتاب النكاح رقم الحديث ١٩٨، ص ٢٩٩، الطبعة الرابعة عام ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، عالم الكتب بيروت. لبنان، سنن البيهقي، ج ٧، ص ١٣٣).

(٢) رواه البيهقي في سننه (السنن الكبرى للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المجلد السابق، ص ٨٢، طبعة دار الفكر)، كما رواه الحاكم في المستدرک بلفظ: "إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض" (المستدرک للحاكم، كتاب النكاح، ج ٢، ص ١٦٥).

وهو يجلس بين أصحابه، فقال لهم النبي: "ما تقولون في هذا؟" قالوا: حري إذا خطب أن ينكح، وإذا شفع أن يشفع، وإذا قال أن يستمع إليه... ثم سكت... فمر آخر من فقراء المسلمين، فقال: "ما تقولون في هذا؟" قالوا: حري إن خطب أن لا ينكح، وإن شفع أن لا يشفع، وإن قال أن لا يستمع إليه، فقال صلى الله عليه وسلم: "هذا خير من ملء الأرض من هذا"^(١).

ومن هذا الحديث يتضح لنا أن معادن الرجال تتجلى في أخلاقهم ودينهم وسلوكياتهم، وليس فقط في الحسب والنسب والجاه، وكيف لا ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول في حديث آخر رواه عنه سيدنا أبو هريرة: "كرم المؤمن دينه، و مروءته عقله، وحسبه خلقه"^(٢)، فإن كان الراغب في الزواج يجمع بين الخلق والدين والحسب والنسب فهذا من فضل الله عز وجل، وإن كان لا بد من الاختيار بين متقدم ذي دين وخلق مع ضعف المال والنسب، وآخر ذي مال ونسب وضعف في الدين والخلق، وجب اختيار ذي الخلق والدين، وقد روي أن رجلاً جاء إلى الإمام الحسن - رضي الله عنه - يستشيريه في تزويج ابنته؟ فقال له: زوجها من رجل تقي، فإنه إن أحبها أكرمها، وإن أبغضها لم يظلمها^(٣).

وها هي السيدة أسماء بنت أبي بكر الصديق - رضي الله عنهما - تنصح الآباء نصيحة غالية قائلة لهم: إنما النكاح رق فلينظر أحدكم أين يرق عتيقته"^(٤).

ولعل مما يساعد أي من الراغبين في الزواج على حسن الاختيار للطرف الآخر دقة نظر كل منهما إلى الآخر لمعاينة معالم شخصيته قبل الزواج، فيرى

(١) رواه البخاري وغيره (فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٩، رقم الحديث ٥٠٩١، ص ١٣٢)..

(٢) رواه الحاكم في المستدرک، ج ٢، ص ١٦٣، الناشر مكتبة ومطابع النصر الحديثة. الرياض. السعودية، كما رواه البيهقي في السنن الكبرى، ج ٧، ص ١٣٦.

(٣) انظر في ذلك إلى: "مكارم الأخلاق" للشيخ رضي الدين أبي نصر الحسن بن الفضل الطبرسي، قدم له وعلق عليه محمد الحسين الأعلمی، ص ٢٠٤، الطبعة السادسة ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، منشورات مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، بيروت. لبنان.

(٤) رواه البيهقي في سننه، ج ٧، ص ٨٢.

منه شكله ومظهره، ويسأل عن سلوكه وتصرفه، ويكلف من يطالع بعض الأمور التي لا يتيح له الشرع الوقوف عليها من محارمه من النساء، ولنا في رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه الكرام البررة الأسوة الطيبة والقذوة الحسنة، فقد روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه بعث أم سليم إلى امرأة أراد أن يتزوجها فقال لها: "انظري إلى عقوبها"^(١)، وشمي معاطفها"^(٢)، وفي رواية أخرى "شمي عوارضها"^(٣).

وقد روى البخاري في صحيحه عن سهل بن سعد أن امرأة جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله، جئت لأهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فصعد النظر وصوبه..."^(٤)، كما روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: كنت عند النبي - صلى الله عليه وسلم - فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنظرت إليها؟ قال لا، قال: "فأذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً"^(٥)، كما روى الترمذي في سننه عن المغيرة بن شعبه أنه خطب امرأة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"^(٦).

- (١) العقوب جمع عقب وهو مؤخر القدم (مختار الصحاح، ص ٤٤٣).
- (٢) المعاطف: جمع معطف وهو العنق، وهو الرداء أيضاً (انظر في ذلك إلى: المحيط للبيهقي، ص ٦١١). وقد قصد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - التأكد من طيب رائحتها من خلال شم عنقها أو ثوبها.
- (٣) العوارض: هي الأسنان. يقال امرأة نقية العارض: أي نقية الفم (محيط المحيط، ص ٥٩٠، ٥٩١). وقد قصد من ذلك شم رائحة الفم للتأكد من طيب رائحته من عدمه.
- (٤) رواه البخاري في صحيحه (انظر في ذلك: فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام ابن حجر العسقلاني، ج ٩، رقم الحديث ٥١٦٢، ص ١٨٠، ١٨١).
- (٥) رواه الدارقطني في سننه، المجلد الثالث، كتاب النكاح، رقم الحديث ٣٤، ص ٢٥٣.
- (٦) رواه ابن ماجه وغيره (سنن ابن ماجه، ج ١، رقم الحديث ١٨٦٥، ص ٥٩٩، ورواه الدارقطني في سننه، ج ٣، رقم الحديث ٣٢، ص ٢٥٣، السنن الكبرى للبيهقي، ج ٧، ص ٨٤).

هذا بالإضافة إلى ما يلعبه الفحص الطبي للزوجين السابق على الزواج من دور كبير في مساعدتهما في حسن الاختيار، ولذلك يوصي البعض - وبحق - بضرورة أن يكون الفحص الطبي قبل الزواج إجبارياً لما فيه من فوائد لأطراف الزواج (الزوج، الزوجة، الأولاد)، ولما فيه أيضاً من فوائد للمجتمع باكتشاف الأمراض المعدية والحد من انتشارها من خلال ما يتخذ من إجراءات وقائية معينة^(١).

المطلب الثالث

الحض على التباعد في الزواج طمعاً في تحسين النسل

لقد أثبت العلم الحديث (علم الوراثة) نظرية مؤداها أن فرص حمل الموروثات المرضية ذات المنبع الواحد بين الأفراد الأقارب تكون أكثر من فرص حمل هذه الموروثات بين الغرباء^(٢)، وبالتالي ينصح علماء الوراثة بتجنب زواج الأقارب، نظراً لأن فرص انتقال الأمراض الوراثية من الآباء إلى الذرية تكون أكثر في زواج الأقارب من زواج الأبعاد^(٣).

(١) د. أحمد محمد كنعان "الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة" بحث

مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الثالث، ص ٨٧١.

(٢) هذا مع مراعاة أن هذه النظرية ليست صحيحة على إطلاقها، إذ لم يسلم بها علماء

الوراثة على الإطلاق فهي قد تصدق في بعض الحالات، ولكنها لا تصدق في جميع

الحالات، لأنه ثبت علمياً أن زيادة نسبة ظهور الأمراض الوراثية في الذرية الناتجة من

العوامل الوراثية المتنحية من كلا الأبوين لا تعتمد على زواج الأقارب في جميع الأحوال،

ولكنها تعتمد أساساً على مدى انتشار العامل الوراثي المرضي المتنحي بين أفراد

المجتمع (د. أحمد عبد العزيز الحداد "زواج الأقارب بين الفقه والطب" بحث قدم إلى

مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون" المنعقد في جامعة الإمارات العربية

المتحدة، كلية الشريعة والقانون، ٧:٥ مايو عام ٢٠٠٢م، المجلد الثالث، ص ٨٨٧.

(٣) أ. د. كمال محمد كامل نجيب أستاذ الأمراض الوراثية بجامعة الإسكندرية "زواج

الأقارب ماله وما عليه بين الإباحة والتحريم" رؤية وراثية، بحث مقدم إلى المؤتمر

سالف الذكر، المجلد الثالث، ص ٨٩٧. وقد لوحظ أن بعض الأمراض الوراثية

المتعددة الأسباب مثل مرض السكر وارتفاع ضغط الدم وقرحة المعدة وتصلب =

(١) فالإسلام منذ أربعة عشر قرناً من الزمان يحرم الزواج بين أقارب الدرجة الأولى

(٢) الآية رقم ٢٤ من سورة النساء.

—

والعمات وبنات الأخوال والخالات وغيرهن من القربيات البعيدات عن درجات هؤلاء في القرابة^(١).

وقد تزوج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من السيدة زينب بنت جحش - رضي الله عنها - وهي ابنة عمته أميمة بنت عبد المطلب، كما زوج ابنته الكريمة فاطمة الزهراء - رضي الله عنها - من سيدنا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وهو ابن عمه، ولو كان في زواج القرابة مضرّة بالزوجين لما أقدم عليه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لنفسه ولا لابنته الحبيبة التي كان يناديها بأُم أبيها لفرط حبه لها وحنانها عليه كما لو كانت أُمًا له وليست بنتًا، بل ولما أحله الله - عز وجل - لرسوله - صلى الله عليه وسلم - في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَ الَّتِي ءَاتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عِمِكَ وَبَنَاتِ عَمَتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَتِكَ الَّتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ﴾^(٢).

ومن ثم لم يجد فقهاء الشريعة الإسلامية سنداً شرعياً من كتاب الله تعالى

= ٢٣، ٢٤ من سورة النساء)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (الآية ٢٢ من سورة النساء).
كما حرمت السنة نكاح المرأة على عمتها أو على خالتها أو العكس (أي أن تنكح العمّة أو الخالة على بنت أخيها أو بنت أختها)، دفعاً لقطيعة الأرحام فيما بين المرأة وعمتها أو خالتها إذا صارت ضرّة لإحداهما أو العكس، وفي ذلك يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه عنه سيدنا أبو هريرة رضي الله عنه: "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها" (السنن الكبرى للبيهقي، ج ٧، ص ١٦٥)، ورواه مسلم بلفظ "لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها" صحيح مسلم - المرجع السابق - حديث رقم ١٤٠٨، ص ٦٠٢، ورواه أبو حنيفة في مسنده بلفظ "لا تزوج المرأة على عمتها وخالتها" (مسند أبي حنيفة رقم الحديث ٢٦٩ ص ١٣١، سنن الترمذي، ج ٣، رقم الحديث ١١٢٥، ص ٤٣٢)..

(١) انظر في هذا المعنى نفسه: د. أحمد عبد العزيز الحداد-المرجع السابق ص ٨٩١.

(٢) الآية رقم ٥٠ من سورة الأحزاب.

أو سنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - لمنع الزواج بين الأقارب خارج نطاق التحريم المعروف بسبب القرابة، حتى إن الحديث الذي ورد فيه حض على الاغترب في الزواج وتجنب الاقتراب فيه، والذي جاء فيه القول: "اغتربوا ولا تزوجوا"، أي اغتربوا في الزواج حتى لا يخرج النسل ضالواً أي ضعيفاً، فلم تصح نسبته إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقد ذكر ابن حجر العسقلاني نقلاً عن ابن الصلاح قوله في ذلك: "لم أجد له أصلاً معتمداً"، ومن ثم مادام أن هذا الخبر لم يصح حديثاً عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلا يصح الاستدلال به في هذا الخصوص، وقد ذكره ابن قدامة في صيغة حكاية تقال أو حكمة مأثورة، وقيل أنه من قول سيدنا عمر رضي الله عنه^(١).

بيد أن فقهاء المذاهب عمدوا - رغم غياب الدليل الشرعي - إلى الحث على زواج الاغترب وندبوا إلى الابتعاد عن زواج الاقتراب، لا سيما كلما تقاربت درجة القرابة كزواج ابن العم بابن العممة أو ابن الخال من بنت الخالة مثلاً، وذلك رغبة في تحقيق الأهداف الآتية^(٢):

١ - الحصول على ذرية قوية غير ضاوية أو ضعيفة، عملاً بالحديث أو الخبر المروي عن سيدنا عمر "اغتربوا لا تزوجوا".

٢ - طلب نجابة الأطفال، فقد ذكر ابن قدامة أنه: "ويختار الأجنبية، فإن ولدها أنجب، ولهذا يقال: اغتربوا لا تزوجوا، يعني انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم، وقال بعضهم: الغرائب أنجب..".

٣ - الرغبة في إيجاد صلات جديدة بأسر الزوجات الغريبات، فتنشأ أوامر وعلاقات جديدة بسبب هذه المصاهرة، بدلاً من أن تنغلق الأسر على نفسها عند الزواج بالقريبات.

٤ - دفع أسباب الشقاق المؤدي إلى قطع الأرحام، لأن الزواج بين القريبات

(١) انظر عرض ذلك كله لدى: د. أحمد عبد العزيز الحداد - المرجع السابق - ص ٨٨٤، ٨٨٥.

(٢) انظر في هذا المعنى إلى: د. أحمد عبد العزيز الحداد - المرجع السابق - ص ٨٨٤.

لا يخلو من النزاع، فلا تؤمن فيه العداوة، وقد يؤدي إلى الطلاق، فيكون الزواج من القريبات في مثل هذه الحالات مؤدياً إلى قطع الأرحام. وأعتقد أيضاً أن الشواهد والوقائع التي مرت على المجتمعات الإنسانية قديمها وحديثها قد أتاحت لهم فرصاً كثيرة لتقييم فوائد زواج الاقتراب وزواج الاغترب، فوضحت لهم أفضلية زواج الاغترب على زواج الاقتراب، لما رأوه في نسل المتزوجين من الأقارب من ضعف ومرض أكثر من نسل المتزوجين من غير الأقارب.

فها هو الإمام الشافعي يقول فيما نقله عنه الإمام الحافظ ابن حجر: "أياها أهل بيت لم تخرج نساؤهم إلى رجال غيرهم إلا كان في أولادهم حمق" (١). كما نقل الحافظ ابن حجر عن أبي مليكة أن سيدنا عمر - رضي الله عنه - قال لآل السائب: قد أضوأتم فانكحوا في الغرائب (٢).

ويقول أحد الأطباء المسلمين: إن الانغلاق على زواج الأقارب قد يؤدي إلى ظهور بعض الأمراض الوراثية المتنحية، ومن ثم لا ينبغي أن ينحصر الزواج في الأقارب، لا سيما بين الأقارب القريبين (كالزواج بين أبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات) لأن ذلك أدعى إلى ظهور مثل هذه الأمراض، ثم يقول ونكاح الغرائب من النساء قد يكون سبباً في تحسين النسل أو على الأقل في الحد من ظاهرة الإصابة ببعض الأمراض الوراثية المتنحية (٣).

وقد يبدو للوهلة الأولى أن الفحوصات الطبية السابقة على الزواج - لا سيما مع التقدم العلمي المذهل في شأن هذه الفحوص - تبعد ما قد يحتمل أن يحدث من مخاطر الإصابة ببعض الأمراض الوراثية لنسل الزوجين القريبين، بحيث يستطيع الزوجان في ضوء نتائج هذه الفحوصات اتخاذ القرار السليم في

(١) انظر في ذلك إلى: د. أحمد عبد العزيز الحداد - المرجع السابق - ص ٨٨٥، ٨٨٦.

(٢) انظر في ذلك إلى: د. أحمد عبد العزيز الحداد - المرجع السابق - ص ٨٨٥، ٨٨٦.

(٣) د. محمد علي البار "نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية"، ص ٢٢ مشار إليه لدى: د. أحمد عبد العزيز الحداد - المرجع السابق - ص ٨٨٦.

هذا الشأن، إما بإمضاء هذا الزواج بين القريبين عند زوال أي مخاطر محتملة من ورائه أو العزوف عنه واللجوء إلى زواج الاغترب بدلاً عن زواج الاقتراب في حالة ثبوت احتمالية أن تكون له مخاطر على الذرية.

بيد أن العلم الحديث أثبت أنه وإن كان الفحص السابق على الزواج يساعد على التقليل من عدد المصابين بالأمراض الوراثية التي قد تصيب الذرية وتشكل عبئاً ثقيلاً عليهما وعلى المجتمع، إلا أنه لا يمكن أن يكشف عن كل الأمراض الوراثية، لأنه عادة ما يجري هذا الفحص بشأن مرض واحد أو مرضين من الأمراض المنتشرة وراثياً، في حين أن الأمراض الوراثية تتجاوز الستة آلاف مرض، كما أن الأمراض الأخرى التي تسبب عيوباً خلقية تتجاوز المئات^(١).

ولذلك أرى أنه من الأفضل الإكثار من نظام زواج الاغترب والتشجيع عليه طلباً للذرية القوية أو على الأقل تجنباً لمظاهر الضعف في النسل المصاحب عادة لنظام زواج الاقتراب، لا سيما إذا ثبت بالمشاهدة أو من خلال الفحوص الطبية أن الأسرة التي ينتمي إليها الراغبان في الزواج من الأقارب تنتشر فيها أمراض وراثية متنحية ويمكن أن تظهر في نسلهما.

ولقد أثبتت الشريعة الإسلامية منذ قرون عديدة (منذ قرابة أربعة عشر قرناً من الزمان) حقائق علمية لم يهتد إليها علماء الوراثة إلا حديثاً منذ عهد غير بعيد - مؤداها انتقال موروثات الآباء والأجداد إلى الأبناء، ويحدث ذلك كثيراً في إطار الموروثات أو الصفات الخلقية (بكسر الخاء وسكون اللام) من المرض والصحة، والقوة والضعف، والقدرة على الإنجاب والعقم، ومن بياض في البشرة وسوادها، فهي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأتيه رجل قائلاً له: يا رسول الله إني أصبت امرأة ذات حسن ومنصب، إلا أنها لا تلد أفأتزوجها؟ فنهاه، ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة فقال صلى الله عليه

(١) د. محمد علي البار "الفحوصات الطبية قبل الزواج" ص ٢٠. ولا يمكن أن نتجاهل دور الفحوصات الطبية في الكشف عن بعض الأمراض الوراثية لاسيما الخطيرة منها كالإيدز والسل والتهاجات الكبد الوبائي، والتي يمكن انتقالها إلى الذرية بالوراثة.

وسلم: "تزوجوا الولود الودود، فإنني مكاثر بكم الأمم"^(١)، فهذه الوصية الغالية من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لهذا الرجل خاصة ولغيره من المؤمنين عامة كيف للمرء أن ينفذها فيفوز بالمرأة الولود وهي لم يسبق لها الزواج قبله إلا بمعرفة شجرة عائلتها من أسلافها كأمها وجدتها وعمتها وخالتها، فهي عادة ما تكون مثلهن في الإنجاب أو العقم.

وها هو رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأتيه أعرابي قائلاً له: يا رسول الله إن امرأتي قد ولدت لي غلاماً أسود، فقال: "هل لك من أبل؟" قال: نعم. قال: "ما لونها؟" قال حمر، قال له هل فيها من أورك^(٢)؟ قال: نعم إن فيها لورقاً: فأنى ذلك؟ قال الأعرابي: عسى عرق نزعها، فقال صلى الله عليه وسلم: "وهذا لعل عرقاً نزعته"^(٣).

كما يتحقق هذا التوارث بين الأبناء وأسلافهم أيضاً في إطار الموروثات أو الصفات الخلقية (بضم الخاء واللام) أو الدينية، فهي هم أبناء الصالحين والأتقياء يقتدون بأبائهم وأجدادهم ويقتفون آثارهم فيتبعون الملة الحنيفية التي أوصى بها الأسلاف أخلافهم، وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿وَوَصَّي بِهَا إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَيَعْقُوبَ يَبْنِي إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾  أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ الْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِبَنِيهِ مَا تَعْبُدُونَ مِن بَعْدِي قَالُوا نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ إِلَهًا وَاحِدًا وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ﴾^(٤)، ويقول على لسان سيدنا يوسف عليه السلام: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ مَا كَانَتْ لَنَا أَنْ نُشْرِكَ بِاللَّهِ

(١) رواه النسائي وغيره (سنن النسائي، المجلد الثالث، الجزء الثالث، ص ٦٦، المستدرک على الصحيحين للحاكم، كتاب النکاح، ج ٢ ص ١٦٢).

(٢) يقال للحمامة ورقاء لأن في لونها بياضاً إلى السواد (مختار الصحاح، ص ٧١٧، طبعة دار القلم بيروت. لبنان).

(٣) سنن ابن ماجه، ج ١، رقم الحديث ٢٠٠٢، ص ٦٤٥.

(٤) الآيتان ١٣٢، ١٣٣ من سورة البقرة.

مِنْ شَيْءٍ ذَلِكَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ عَلَيْنَا وَعَلَى النَّاسِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَشْكُرُونَ ﴿١﴾.

ويقول قوم السيدة مريم العذراء لها حينما رأوها تحمل وليداً دون زواج، أنى لك هذا ولم يسبق لك الزواج، ولم يكن معروفاً عن والديك إلا الطهر والعفاف، ولم يسبق إن كان أبوك سيئاً أو كانت أمك بغياً فكيف تحملين بدون زواج، وفي ذلك يقول الله عز وجل على لسانهم: ﴿يَتَّخِذَ هَرُونَ مَا كَانَ أَبُوكَ أَمْرًا سَوِيًّا وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَغِيًّا﴾ (٢).

وها هم أبناء الكفرة الضالين لا يحددون عن ضلال وكفر آبائهم فيقلدونهم بلا وعي أو منطق في غيهم وكفرهم، وصدق الله العظيم إذ يقول عنهم: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ﴾ (٣).

ولذا يتعين على الراغب في الزواج رجلاً كان أو امرأة (من خلال وليها) البحث عن أصل الطرف الآخر للتأكد من سلامته وراثياً خلقة (بكسر الخاء وسكون اللام) وخلقاً (بضم الخاء واللام) وتحري جانب الدقة في معرفة المعلومات المتصلة بذلك، ويتخذ قراره في ضوء هذه المعلومات إيجاباً أو سلباً، لا سيما وأن علماء الوراثة يؤملون في تحسين النوع البشري من خلال حسن

(١) الآية رقم ٣٨ من سورة يوسف.

(٢) الآية رقم ٢٨ من سورة مريم.

(٣) الآية رقم ١٧٠ من سورة البقرة. ومن ذلك أيضاً قول الحق تبارك وتعالى على لسان سيدنا إبراهيم - عليه السلام - مبيكاً الكافرين في اعتدادهم باتباع نهج آبائهم في الكفر والضلال: ﴿وَأَتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ إِبْرَاهِيمَ﴾ (١٩) إِذْ قَالَ لِأَبِيهِ وَقَوْمِهِ مَا تَعْبُدُونَ ﴿٢٠﴾ قَالُوا نَعْبُدُ أَصْنَامًا فَنَظَّلُهَا عَنْكِبِينَ ﴿٢١﴾ قَالَ هَلْ يَسْمَعُونَكَ إِذْ تَدْعُونَ ﴿٢٢﴾ أَوْ يَبْهَتُونَكَ أَوْ يُضَرُّونَ ﴿٢٣﴾ قَالُوا بَلْ وَجَدْنَا آبَاءَنَا كَذَلِكَ يَفْعَلُونَ ﴿٢٤﴾ قَالَ أَفَرَأَيْتُمْ مَا كُنْتُمْ تَعْبُدُونَ ﴿٢٥﴾ أَنْتُمْ وَأَبَاؤُكُمْ الْأَقْلَامُونَ ﴿٢٦﴾ فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِي إِلَّا رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴿٢٧﴾ (الآيات من رقم ٦٩ حتى ٧٧ من سورة الشعراء).

انتقاء كل زوج للآخر^(١)، ذلك أن النبتة الطيبة لا تثمر إلا خيراً، والنبتة الخبيثة لا تخرج إلا شوكاً ونكداً، ولله در القائل في وصفه وتشبيهه للناس بالشجر:

الناس شتى إذا ما أنت ذقتهم لا يستوون كما لا يستوي الشجر
فهذا ثمر حلو مذاقته وذاك ليس له طعم ولا ثمر

المطلب الرابع

بناء العلاقة الزوجية على المودة والرحمة

تعتبر رابطة الزواج في الإسلام من أوثق الروابط وأعظم المواثيق التي تنشأ بين الناس، وكيف لا تكون كذلك وطرفا هذه الرابطة أحدهما جزء من الآخر (فالمرأة خلقت من الرجل، وهذا يؤكد على التلاحم بين الزوجين)، كما أن أحدهما ملاذ الآخر في السكن والراحة، وموطن رحمته ومودته، وصدق الله العظيم إذ يقول في ذلك: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُفَكِّرُونَ﴾^(٢)، كما أن كل واحد منهما يعد ستر الآخر ولباسه الذي يستر به عورته ويشبع به غريزته، فيكون سببا في عفته وعفافه، وصدق الله العزيز الحكيم إذ يقول: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾^(٣).

ومن رحمة الله - عز وجل - أن أقام العلاقة الزوجية على المودة والرحمة وجعلها منه للزوجين هبة وفضلاً، فقال عز من قائل: ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾، ولذلك ترى المؤمن أو المؤمنة إن كره أحدهما من الآخر خلقاً

(١) انظر في نفس هذا المعنى: أ. د. هلالى عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائي والإباحة"، ص ٤١، طبعة عام ١٩٩٦م، دار النهضة العربية.

(٢) الآية رقم ٢١ من سورة الروم.

(٣) الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة.

أو سلوكاً رضي منه خلقاً أو سلوكاً آخر، وفي ذلك يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً، رضي منها خلقاً آخر" (١).

ولكي يحفز الإسلام الزوج على حسن معاشرته وإحسان إليها، جعل معيار الخيرية فيه ومقياسها بحسن معاملة زوجته والتودد إليها بالخلق الحسن، حيث يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي" (٢).

ولا جرم أن بناء العلاقة الزوجية بين الزوجين على التوادد والتراحم والحميمية الصادقة من شأنه أن ينعكس بصورة إيجابية على نفسية الزوجين ويكسبهما أخلاقاً حميدة تكون ملازمة لهما في علاقتهما حتى تصير لهما طبعاً وسجية، وهذا بدوره يترد إلى ثمرة تلك العلاقة وحصادها ألا وهو النسل والذرية.

وقد أثبتت الدراسات النفسية والاجتماعية ما لأجواء الحياة الزوجية من انعكاسات إيجابية أو سلبية على نفسية الأولاد ثمار تلك العلاقات الزوجية، لذلك يحرص الإسلام على حث الزوج عند أول لقاء بزوجته (في ليلة الزفاف)، بل وعند كل لقاء، أن يمهّد لهذا اللقاء ويعد له عدته، فلا يقع على زوجته كالبعير، بل يعتمد إلى إيجاد مقدمات أو أوليات تمهد لهذا اللقاء لتجعله لقاء ملؤه الود والألفة والحب والحنان وليس لقاء رهب وهلع وخوف (لاسيما من قبل الزوجة) ليسموا به من عالم البهيمية المحضة إلى عالم النرجسية الذي يشبع روحه وجسده معاً، فيبدأ أول ما يبدأ بالوضوء والصلاة معاً ركعتين سائلين الله - عز وجل - فيهما التوفيق والسداد في بناء أسرة مسلمة، ثم بعد ذلك يبدأ في

(١) رواه الإمام النووي في رياض الصالحين (انظر في ذلك: "منهل الواردين شرح رياض الصالحين" - المرجع السابق ج ١، رقم الحديث ٢٧٤، ص ٢٣٠، ٢٣١).

(٢) رواه ابن ماجه في سننه، ج ١، رقم الحديث ١٩٧٧، ص ٦٣٦ كما رواه بلفظ آخر "خيركم خياركم لنسائهم"، ج ١، رقم الحديث ١٩٧٨، ص ٦٣٦.

ملاعبة زوجته ومداعبتها لينسيها رهبتها وخوفها (لاسيما عند أول لقاء) أو ليمهدا للقاء الشرعي الذي يتحقق به بقاء النوع الإنساني، وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ﴾^(١).

وقد حث الزوجين على أن يتزين كل منهما إلى الآخر، ليكون ذلك أدعى إلى استحضار الشهوة عندهما وسبباً في إظهار محاسنهما، وسبيلاً للعفاف لهما، وأنجح في دوام الألفة والمودة بينهما^(٢)، وقد سئلت السيدة عائشة - رضي الله تعالى عنها - بأي شيء كان يبدأ النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا دخل؟ قالت بالسواك^(٣)، وروي عن سيدنا عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال^(٤): "إني لأتزين لامرأتي كما تتزين هي لي، وما أحب أن استطف (أخذ) كل حقي الذي لي عليها فتستوجب حقها الذي لها علي، لأن الله تعالى قال: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾"^(٥).

ثم يسن للزوج قبل الدخول بزوجه أن يفعل ما وصى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في هذا الحديث الذي جاء فيه: "إذا تزوج أحدكم امرأة فليأخذ بناصيتها (أي بمقدمة رأسها)، ويسم الله عز وجل، وليدع بالبركة وليقل:

(١) الآية رقم ٢٢٣ من سورة البقرة.

(٢) وقد ورد في بعض الآثار: اغسلوا ثيابكم، وخذوا من شعوركم، واستاكوا، وتزينوا وتنظفوا، فإن بني إسرائيل لم يكونوا يفعلون ذلك، فزنت نساؤهم (انظر في ذلك إلى: "تحفة العروس أو الزواج الإسلامي السعيد" تأليف محمود مهدي الإستانبولي، ص ٧٦، هامش ١، الطبعة الثانية بدون تاريخ نشر، منشورات مكتبة الحضارة لصاحبها محمد الحلبي، ومكتبة المهاني لصاحبها محمد المهاني، دمشق سوريا).

(٣) رواه الإمام مسلم عن النبي - صلى الله عليه وسلم - حيث كان يفعل ذلك ليستقبل زوجاته بالتقبيل (مشار إلى هذا المعنى في كتاب "تحفة العروس" - المرجع السابق - ص ٧٧ هامش ١).

(٤) انظر في ذلك إلى: تحفة العروس ص ٧٧.

(٥) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة.

"اللهم إني أسألك من خيرها وخير ما جبلتها عليه (أي فطرتها وخلقتها عليه)، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه" (١).

كما حث الزوجين على ذكر اسم الله تعالى قبل المعاشرة الجنسية، وسؤال الله - عز وجل - أن يجنبهما الشيطان ويحفظ ذريتهما منه، فقد روي عن عبد الله ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - أنه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لو أن أحدهم إذا أراد أن يأتي أهله قال: باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان، وجنب الشيطان ما رزقتنا، فإنه إن يقدر بينهما ولد في ذلك لم يضره شيطان أبداً" (٢).

(١) رواه البخاري و أبو داود وابن ماجه (سنن ابن ماجه، ج١، رقم الحديث ١٩١٨).
ص٦١٧، ٦١٨).

(٢) رواه الإمام مسلم في صحيحه وغيره (صحيح مسلم - المرجع السابق - رقم الحديث ١٤٣٤، ص٦١٨)، السنن الكبرى للبيهقي، ج٧، ص ١٤٩، "سنن الدارمي" للإمام عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن برام بن عبد الصمد التميمي السمرقندي الدارمي المتوفى عام ٢٥٥هـ، ج٢، كتاب النكاح، ١٤٥، طبعة دار الفكر. بيروت. لبنان سنن الترمذي، ج٣، رقم الحديث ١٠٩٢، ص ٤٠.

قيود حقوق المؤلف الأدبية في المصنفات الجماعية والعمالية

الدكتور/ فايز محمد النصير*

الدكتور/ مالك حمد أبونصير**

ملخص:

يشكل الحق الأدبي للمؤلف جانباً مهماً من جوانب الملكية الفكرية، حيث ينصب على حماية شخصية المؤلف، وبعبارة أخرى يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية. لذلك اعترف الفقه والقضاء بعدم جواز التصرف فيه أو الحجز عليه. كما هو حق دائم يظل قائماً بعد وفاة المؤلف، ولا ينتقل إلى الورثة. وهذا يعني أن المؤلف المبتكر هو من يستطيع ممارسة عناصر الحق الأدبي. وإذا سلمنا بصحة هذا المبدأ إلا أنه لا يمكن القبول به على إطلاقه. فعلى سبيل المثال المصنف الجماعي وعقد العمل الذي قد يربط بين المؤلف وصاحب عمل يساهمان في تخفيف حدة هذا المبدأ.

المقدمة:

لم يضع المشرعان الفرنسي والأردني تعريفاً للحق الأدبي، فحاول الفقهاء وضع تعريف له من خلال إبراز بعض العناصر التي تميزه. فعرفه البعض بأنه الأداة القانونية التي تقرر امتيازات للمؤلف ملازمة للشخصية والتي تربطه

(*) أستاذ القانون المدني المساعد، جامعة العين للعلوم والتكنولوجيا، دولة الإمارات العربية المتحدة.

(**) أستاذ القانون المدني المساعد، جامعة الإسراء، المملكة الأردنية الهاشمية.

بمصنفه^(١). وتتشابه عناصر الحق الأدبي للمؤلف في القانونين الفرنسي والأردني والمتمثلة في حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه، وحقه في نسبة المصنف إليه، وحقه في إجراء تعديلات على مصنفه، وفي منع الغير من الاعتداء على مصنفه، وأخيراً حقه في سحبه من التداول^(٢).

وبما أن هذه العناصر من الحقوق الملازمة وذات الصلة الوثيقة بالشخصية فإنه لا يجوز التصرف فيها أو النزول عنها. لهذا السبب أكد المشرع الفرنسي في المادة (ل. ١٢١-١) من مدونة الملكية الفكرية بأن هذه الحقوق غير قابلة للتنازل، أبدية ولا تسقط بالتقادم. وبالرغم من أن هذا النص يتحدث عن بعض عناصر الحق الأدبي وهي حقه في نسبة المصنف إليه وحقه في عدم الاعتداء على مصنفه إلا أن الفقه الفرنسي مجمع على أن تطبيقه يمتد ليشمل كافة العناصر الأخرى^(٣). كما أن الحق الأدبي له صفة العالمية حيث يستطيع المؤلف الأجنبي دفع الاعتداء على أي عنصر من عناصر حقه الأدبي في أي بلد دون شرط المعاملة بالمثل^(٤).

أما المشرع الأردني فلم يتعرض لطبيعة الحق الأدبي صراحة، إلا أنه يمكننا استخلاص خصائصه من المادتين (١٢ و ١٣) من قانون حماية حق المؤلف الأردني، إذ لم تجز المادة (١٢) الحجز على حق المؤلف، لكنها أجازت الحجز على نسخ العمل المنشورة. بمعنى آخر إن الحجز لا يكون إلا على نسخ المصنف ذات القيمة المالية. وقضت المادة (١٣) بأن للمؤلف الحق في "أن يتصرف بحقوق الاستغلال المالي". نستنتج بمفهوم المخالفة أنه ليس للمؤلف

(١) Dans ce sens Gautier (P.-Y.), Propriété littéraire et artistique, 6ed., PUF, coll. Droit fondamental, 2007, p. 229.

(٢) المادة الثامنة من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته والمواد ل. ١٢١-١ و المادة ل. ١٢١-٢ من مدونة الملكية الفكرية الفرنسي.

(٣) Francon (A.), La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, chro., p. 55; Lucas (A. et H.-J.), Traite de la propriété littéraire et artistique, Litec 3ed., 2006, p. 344; Gautier (P.-Y.), op. cit., p. 240.

(٤) Pollaud-Dulian (F), Le droit d'auteur, Economica, Paris, 2005, n 605.

الحق بالتصرف بالحقوق الأدبية^(٥)، وبما أنه لا يمكن التصرف بها لأنها لصيقة بالشخصية فإنها لا تنقضي بالتقادم.

فهل يعني ذلك أن الحقوق الأدبية هي حقوق مطلقة؟ قد نجد هنا أو هناك قرارات قضائية تؤيد هذا الرأي^(٦). ولكنها في الحقيقة قرارات معزولة، حيث إن البعد الاقتصادي للملكية الأدبية والفنية يؤثر بشكل كبير على الحقوق الأدبية. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن المصنفات القابلة للحماية تشكل ما يعادل ٥٪ من مجمل الأموال والخدمات المتداولة في الاتحاد الأوروبي^(٧).

أصبح إذاً ابتكار المصنفات محركاً مهماً من محركات النمو الاقتصادي. لذلك فإن الحقوق الأدبية قد تشكل عائقاً أمام المستثمرين الذين يملكون حقوق استغلال مصنف ما. وفي الحقيقة إن تسمية "قانون حماية حق المؤلف" ليست بتلك الدقة التي نتصورها، فحقيقة القانون أنه يحمي ثلاثة أطراف ذات مصالح متعارضة، وهي المؤلف - بطبيعة الحال - الذي يسعى للحصول على أكبر عائد ممكن، والمستثمر الذي يسعى لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، والجمهور الذي يريد الوصول إلى المصنف والمعرفة بأقل ثمن ممكن. وقانون حماية حق المؤلف يسعى لإيجاد نوع من التوازن بين هذه المصالح المتعارضة^(٨).

لما تقدم ولبيان الأهمية التي يحظى بها هذا الموضوع الحيوي، سنتبع في دراستنا المنهج التحليلي، القائم على تحليل الآراء والأحكام والقواعد التي تُعنى بهذا الموضوع، والعمل على تأصيلها في وحدة فكرية تمثل جوانباً متكاملة

(٥) محمد خليل أبو بكر، حق المؤلف في القانون - دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى ٢٠٠٨، صفحة ٦٧.

(٦) Civ. 1er, 5 juin 1984, Bull. Civ., I, 184; D. 1985, IR. 312, obs. Colombat; CA Toulouse, 24 juillet 2003, Juris-Data n 2003- 224031.

(٧) Commission européenne, Le droit d'auteur a la croisée des chemins? http://ec.europa.eu/internal_market/smn3/smn3/index_fr.htm.

(٨) Geiger (Ch.), Le droit du public a l'information et le droit d'auteur- approche de droit compare, Litec, 2004.

لفكرة قانونية متناسقة، آثرنا - توخياً للقصد - أن يكون منهجنا في البحث مقارناً، لأنه لا يتسنى حل المسائل التي يثيرها هذا الموضوع، ولا إدراك وجوه النقص أو الكمال في قواعده إلا إذا كان البحث فيه على هدى القانون المقارن، وسنتخذ من القانون الفرنسي الأساس في هذه المقارنة، بوصفه نموذجاً يحتذى به في الدراسات القانونية، كما ستكون التطبيقات القضائية معيلاً لنا، ولبنة فعالة في تشييد بناء هذا البحث. وذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: أثر النظام القانوني للمصنف الجماعي على الحقوق الأدبية.

المبحث الثاني: قيود حقوق العامل الأدبية على مصنفه.

المبحث الأول

أثر النظام القانوني للمصنف الجماعي على الحقوق الأدبية

على الرغم من أن القوانين التي تناولت حق المؤلف تضمنت نصوصاً خاصة بالمصنفات التي يقوم على ابتكارها أكثر من شخص، إلا أنها لم تتناول بالتفصيل نظامها القانوني، وبالتالي لم تبين أثر هذه المصنفات على الحق الأدبي. ولا شك أن تعدد المساهمين يخلق إشكالات عدة قبل وبعد نشر المصنف القائم على ابتكاره أكثر من شخص، وسنحاول تلمس هذه الإشكالات ووضع الحلول المناسبة لها من خلال دراسة الحق الأدبي للمساهمين في ابتكار المصنف الجماعي في المطلب الأول، ودراسة الحق الأدبي للموجه على المصنف الجماعي في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الحق الأدبي للمساهمين في المصنف الجماعي

ليس من السهل تحديد مفهوم واضح للمصنف الجماعي، حتى أن أحد الفقهاء الفرنسيين ذهب إلى عدم إمكانية إيجاد تعريف للمصنف الجماعي^(٩). إلا أن المشرع الفرنسي قد عرفه في المادة ١١٣-٢ بند ٣ من مدونة الملكية الفكرية بأنه: "المصنف المبتكر بمبادرة من شخص طبيعي أو معنوي يتولى إدارة إذاعته ونشره باسمه، والذي تكون المساهمة الفردية للمساهمين في ابتكاره مندمجة مع المساهمات الأخرى، دون أن يكون من الممكن منح أي منهم حقاً منفصلاً على المجموع الكلي الذي يشكل المصنف الجماعي".

فمن خلال هذا التعريف نستنتج أن تكييف المصنف الجماعي يتطلب وجود موجه يبادر ويدير عملية الابتكار. حيث إن المصنف الجماعي هو عبارة عن مشروع يقوم عليه الموجه سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، فهو الذي

(٩) B.Edelman, oeuvre collective: une definition introuvable, D. 1998,Chronique, p. 141-144.

يقوم بتوجيه المساهمين وإعطاء الأوامر للوصول إلى الهدف العام المنشود، مما يسمح باستغلال المصنف لتحقيق الأرباح. إن هذه السلطة الممنوحة للموجه هي التي تميز المصنف الجماعي عن المصنف المشترك، ففي المصنف المشترك يقف المؤلفون على قدم المساواة، وبالتالي تكون عملية ابتكاره عملية أفقية، بينما في المصنف الجماعي تكون العملية عمودية حيث إن للموجه سلطة على ما يقدمه المساهمون من إنجازات. فلو أخذنا على سبيل المثال الصحف فإننا نجد رئيساً للتحريير يكون مسؤولاً عن ما تنشره صحيفته من مقالات وتحقيقات، بحيث إنه يمنع كل المساهمين من تجاوز خط التحرير العام الذي أرادته مؤسسته الصحفية. وهذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، حيث أكد أحد كبار الكتاب في فرنسا على أن فكرة المصنف الجماعي مستوحاه من معيار التبعية الذي يربط العامل بصاحب العمل^(١٠). القضاء الفرنسي من جانبه لم يتوان في الاعتماد على هذا المعيار لتحديد مفهوم المصنف الجماعي^(١١).

أما العنصر الثاني الذي يتطلبه النص هو اندماج جميع المساهمات مع بعضها، والاندماج هنا لا يعني عدم تمييز كل مساهمة على حدا - كما سنرى لاحقاً - وإنما يعني عدم إمكانية منح أي مساهم حقوق منفصلة على المصنف ككل. مثلاً فإن الصحفي الذي يكتب مقالاً في صحيفة ما، لا يستطيع أن يدعي تأليف الصحيفة.

أما المشرع الأردني فقد عرفه بموجب نص فقرة ج من المادة (٣٥) من قانون حماية حق المؤلف بقوله: "إذا اشترك جماعة في تأليف مصنف بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي، والتزم ذلك الشخص بنشره باسمه وتحت إدارته، بحيث اندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه ذلك الشخص من المصنف أو الفكرة التي ابتكرها له، بحيث لا يمكن فصل العمل الذي قام به

(١٠) P.-Y.Gautier, Propriete Litteraire et artistique, PUF, 6eme edition, p.765; et dans ce sens M. Vivant, J.-M. Bruguiere, Droit d'auteur, Dalloz, 1er edition, p. 246.

TGI Paris, 28 janvier 2003, CCE 2003, comm. 35, note Ch. Caron.

(١١)

كل من المشتركين في تأليف المصنف وتمييزه على حده، ويعتبر الشخص الذي وجه ونظم ابتكار المصنف مؤلفاً له، ويكون له وحده ممارسة حقوق المؤلف".

نلاحظ من خلال النص السابق أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في التعريف الذي أورده للمصنف الجماعي. فمن جهة جعل معيار تكييف المصنف الجماعي عدم المقدرة على تمييز المساهمات عن بعضها البعض بعد اندماجها في الكل، ويصعب في الحقيقة تخيل وجود مصنف تندمج فيه المساهمات بحيث لا يمكن تمييزها عن بعضها البعض، ومن جهة أخرى فقد اعتبر الموجه مؤلفاً للمصنف الجماعي، وفي الحقيقة أن الأصل في المصنفات الجماعية أن الموجه هو صاحب حقوق المؤلف بالنسبة للمصنف الإجمالي الذي جرى إنتاجه، وليس مؤلفاً له خاصة وأن الموجه في معظم الحالات هو شخص معنوي.

وقد يتبادر إلى الذهن أن الموقف واضح في القانون الأردني الذي يعتبر الموجه مؤلفاً للمصنف الجماعي، وكذلك في القانون الفرنسي الذي يعتبر الموجه صاحب حقوق المؤلف. وسنتناول توضيح ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نبحث في الفرع الأول في وجود أو عدم وجود حق أدبي للمساهمين قبل دمج المساهمات المختلفة، وفي الفرع الثاني نبحث في الحقوق الأدبية للمساهمين بعد دمج المساهمات.

الفرع الأول

الحقوق الأدبية للمساهمين قبل دمج المساهمات

السؤال الذي يمكن أن يطرح هنا هو، هل يعتبر المساهم في إنجاز المصنف الجماعي محروماً من أي حق أدبي على مساهمته؟ فاعتبار الموجه مؤلفاً في القانون الأردني وصاحب حقوق الملكية الفكرية في القانون الفرنسي على المصنف الجماعي يجعلنا نعتقد أن المساهم ليس له أي حق أدبي، وذلك صحيح إذا كنا نتحدث عن المصنف الجماعي ككل، لكن ما هو الوضع بالنسبة

لمساهمته الخاصة؟ سنحاول الوصول إلى إجابة عن هذا السؤال من خلال استقراء النصوص القانونية والآراء الفقهية لكل عنصر من عناصر الحق الأدبي على حدة، يساعدنا في ذلك الوضع القانوني للمساهم في ابتكار مصنف مشترك أيضاً.

أولاً - حق تقرير النشر:

أ - وجود هذا الحق:

بالرجوع إلى نص المادة الثامنة من قانون حماية حق المؤلف الأردني نجد أن الفقرة الثانية منها تؤكد على أن حق تقرير النشر يعود إلى المؤلف وحده. وبناءً على ما سبق فإن الموجه هو الذي يقرر نشر أو عدم نشر المساهمة على اعتبار أنه هو مؤلف المصنف الجماعي، فإذا كان هذا يعتبر صحيحاً فيما يخص المجموع الكلي للمساهمات بعد تسليمها إليه، أي بعد تسليمه المصنف الجماعي، فإن الوضع مختلف فيما يخص المساهمة الفردية. فهل يستطيع الموجه إلزام المساهم بتسليم مساهمته رغماً عنه. بمعنى آخر هل يعتبر التزام المساهم التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ نحن نعتقد أن الإجابة - من الناحية العملية - لا يمكن أن تكون إلا التزاماً ببذل عناية. فكيف يمكن للموجه إرغام المساهم على تسليم ما قام به إذا ارتأى الأخير عدم نشره لأي سبب كان، وكيف للموجه أن يثبت قيام المساهم فعلاً بإنجاز مساهمته. لذلك فإن عدم قيام المساهم بتقديم مساهمته إلى الموجه قد يؤدي إلى نشوء مسؤوليته العقدية، وبالتالي فإن من حق الموجه أن يطالبه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به^(١٢).

ومن ناحية أخرى إذا كان الموجه الذي يعتبر متبوعاً من قبل المساهمين لا يستطيع إلزامهم بتسليم ما أنجزوه وما هم مطالبين به، فمن باب أولى عدم مقدرة المساهمين الآخرين مطالبة بعضهم البعض بذلك.

(١٢) سنتطرق للعلاقة التعاقدية والتي تربط بين المؤلف وصاحب العمل لاحقاً.

نخلص مما سبق إلى أن هذا الحق يتقاسمه من الناحية العملية المساهم والموجه، لأنه لا يمكن إلزام المساهم بتقديم مساهمته، ولا يمكن إلزام الموجه بنشر المصنف الجماعي عندما تسلم كافة المساهمات إليه.

ب - حدود المساهم والموجه في ممارسة هذا الحق:

هذا التقاسم لحق النشر لا يمكن أن يشكل إجابة نهائية لكل الأسئلة التي يمكن أن تثار. فما هي إذا الحالات التي يمكن أن يتداخل فيها حق المساهم بحق الموجه؟ ليس من السهولة بمكان إيجاد إجابة قاطعة لهذا السؤال، ولكن من الممكن تلمس بعض حالات التداخل. فعلى سبيل المثال نعتقد أن الموجه يستطيع استبدال المساهم الذي لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية بآخر، واستخدام الجزء الذي قدمه للموجه إذا قام بتقديم شيء للموجه، قياساً على الشريك في تأليف المصنفات السينمائية والإذاعية والتلفزيونية الذي يتمتع "عن القيام بما يجب عليه القيام به أو عن إتمام العمل المطلوب منه فلا يترتب على ذلك منع أي من المشتركين الآخرين في تأليف المصنف من استعمال الجزء الذي أنجزه منه" ^(١٣)، وذلك لاتحاد العلة في الحالين. حيث إن هذا النص يراعي الضرر الذي يمكن أن يقع على منتج المصنف السينمائي أو الإذاعي أو التلفزيوني والذي يعتبر القانون الأردني نائباً عن المؤلفين له في عرض المصنف واستغلاله ^(١٤)، بينما يعتبر الموجه مؤلفاً للمصنف الجماعي، أي أن الموجه هو بمرتبة أعلى وأهم من مرتبة المشاركين في ابتكار مصنف مشترك؛ لأن المشرع ساوى فيما بينهم، بينما لم يساو بين المساهم والموجه في المصنف الجماعي حيث إن من يملك الأكثر يملك الأقل.

هذا الرأي لا يتناقض مع موقف القضاء والفقهاء الفرنسيين المستقرين من موضوع إعادة نشر مساهمات الصحفيين على شبكة الإنترنت، حيث أكدت المحاكم الفرنسية - والتي تعتبر أن الصحيفة اليومية عبارة عن مصنف جماعي

(١٣) الفقرة د من المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف الأردني و المادة ل. ١٢١-٦ من مدونة الملكية الفكرية الفرنسي.

(١٤) الفقرة و من المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف الأردني

- على أن قيام المؤسسة الصحفية (الموجه) بذلك يستلزم موافقة الصحفيين، ويستلزم أيضاً دفع مكافأة إضافية للصحفي الذي تم إعادة نشر مساهمته^(١٥).

والحجج التي ساقها القضاء الفرنسي تتلخص في كون المؤسسة الصحفية (الموجه) تملك حقوق الملكية الفكرية على المصنف الجماعي ككل دون المساهمات المنفردة التي يتكون منها المصنف الجماعي. والموجه في هذه الحالة لم يرقم باستخدام المصنفات الصحفية لأن مبتكريها لم يقوموا بإكمالها وإنما أراد استغلالها مرة أخرى.

رأينا سابقاً أن المساهم يثبت له حق تقرير النشر، ولكن هل يجوز للمساهم في تأليف المصنف الجماعي الحق في استغلال الجزء الذي ساهم في تأليفه سواء أكانت مساهمته تشكل مصنفاً قابلاً للحماية أم لا؟ فمن خلال استقراء المادة (٣٥) بفقراتها الثلاث من قانون حماية حق المؤلف والمتعلقة بالمصنف الجماعي والمشارك نستنتج أن المساهم في تأليف مصنف جماعي لا يحق له القيام بذلك، وبالتالي فإنه يحرم من حق تقرير نشر مساهمته منفصلاً. حيث إن المشرع منع المشارك في تأليف مصنف مشترك من هذا الحق إذا كان لا يمكن فصل مشاركته عن المشاركات الأخرى، وحيث إن المشرع الأردني وضع هذا المعيار - أي اندماج المشاركات بحيث لا يمكن فصلها عن بعضها - لتمييز المصنف الجماعي عن غيره، فإننا نرى قياساً على موقف المشرع الأردني من المصنف المشترك عدم إمكانية المشارك في المصنف الجماعي القيام بذلك.

وفي الحقيقة يصعب - بالنسبة لنا - تخيل وجود مثل هذا المصنف المشترك أو الجماعي الذي لا يمكن فصل المشاركات عن بعضها من الناحية المادية في جميع المصنفات التي يمكن تكييفها على أنها مصنف جماعي، ولذلك فإننا نعتقد أن المشرع أراد بهذا الشرط القول أنه إذا كان فصل إحدى

(١٥) CA Paris, 28 Janvier 2004, Com. Com. Elec., juin 2004, comm. n 74, p. 32, obs. CARON C.

المساهمات ممكناً استغلاله منفصلاً عن باقي المساهمات، ويمكن أن يلحق ضرراً باستغلال المصنف نفسه، أو يلحق ضرراً بحقوق سائر المساهمين فإنه لا يجوز القيام بهذا الفصل واستغلال هذه المساهمة. بمعنى آخر يمنع على المساهم في المصنف الجماعي القيام بأي عمل يشكل منافسة غير مشروعة للموجه. أما بالنسبة للحالات الأخرى فإن من حق المشارك استغلال مساهمته كيف شاء. هذا هو موقف القانون الفرنسي كما هو واضح في المادة (ل ١٢١-٨) من مدونة الملكية الفكرية الفرنسي فيما يتعلق بحق الصحفي بجمع ونشر مقالاته أو السماح بنشرها دون إلحاق أي ضرر بالمؤسسة الصحفية.

وتجدر الإشارة أن هذا الالتزام بعدم المنافسة لا حاجة للنص عليه إذا كنا بصدد عقد عمل يربط الموجه بالمشارك، حيث إن القانون الأردني اعتبر أن صاحب العمل هو مالك حقوق الملكية الفكرية في حال استخدام العامل أدوات وأجهزة صاحب العمل في سبيل ابتكار مصنف ما. أما بالنسبة للحالات الأخرى والتي لا يقدم فيها صاحب العمل الأدوات اللازمة لإنجاز المصنف فإنه من الممكن أن يشترط الموجه في العقد الذي يربطه بالمشارك - سواء أكان عقد عمل أم عقد مقالة - عدم قيام الأخير باستغلال مساهمته. علماً بأن المادة (٨١٨) ببنديهما الأول والثاني من القانون المدني الأردني والمتعلقة بعقد العمل حددت الشروط الواجب توافرها لاعتبار شرط عدم المنافسة صحيحاً، وهي قيام العامل بعمل يسمح له بالاطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة، كما يجب أن يكون الاتفاق مقيداً بالزمان والمكان ونوع العمل بالقدر الضروري لحماية المصالح المشروعة لصاحب العمل.

أما المشرع الفرنسي فقد نص من جانبه صراحة على عدم جواز منافسة الموجه في المصنفات الجماعية، كما أنه أورد نصاً خاصاً يتعلق بالمصنفات الصحفية منع فيها الصحفي من منافسة الموجه، علماً بأن تكيف هذه المصنفات متفق عليه في فرنسا على أساس أنها مصنف جماعي.

وتأسيساً على ما سبق فإن المساهم في تأليف مصنف جماعي سواء أكان في القانون الأردني أم في القانون الفرنسي فإنه ملزم بعدم منافسة الموجه. ولا

شك في أن قيام المشارك بنشر مساهمته قبل قيام الموجه بنشر المصنف الجماعي يكون قد أخل بتنفيذ هذا الالتزام، ولكن ما هي الحدود الأخرى لهذا الالتزام؟ يصعب في الحقيقة وضع إجابة محددة. وهل يجب على المشارك انتظار مدة معقولة؟ وما هي المدة المعقولة؟ أم هل يجب على المشارك انتظار دخول المصنف الجماعي في المجال العام؟

في الحقيقة أن المشارك سيعاني من غياب وجود نظام قانوني متكامل متعلق بالمصنف الجماعي والمشارك، كما أنه سيعاني من تغليب مصلحة الموجه أي تغليب حماية الاستثمار على حماية المشاركين في إنجاز المصنف الجماعي. هذا الوضع لا ينطبق فقط على حرية تقرير النشر وإنما ينطبق أيضاً على الحق في احترام المصنف.

ثانياً - حق المساهم في نسبة المساهمة إليه:

ذهب الفقه والقضاء^(١٦)(١٧) في فرنسا إلى القول بأن طبيعة المصنف الجماعي والمشارك لا تتناقض أبداً مع ذكر اسم المساهم على مساهمته. حيث إن ذلك لا يؤثر مطلقاً على حقوق الموجه في استغلال المصنف الجماعي، كما في المصنفات المشتركة، فلو أخذنا على سبيل المثال فيلماً سينمائياً فإننا نجد اسم كاتب السيناريو والمخرج ومؤلف الموسيقى التصويرية دون أن يشكل ذلك أية مشاكل.

أما في الأردن نجد أن المشرع جعل من عدم فصل العمل الذي قام به كل من المشتركين في تأليف المصنف وتمييزه على حدة شرطاً أساسياً لوجود المصنف الجماعي، ولذلك فإن من المنطقي القول بأن المساهم لا يستطيع أن

MERCERON V, Les oeuvres collectives en droit français, these Paris II 2000, (١٦) n 358.

TGI de Senlis, 3 juin 2003, RDPI mars 2004, n 157, p. 29; Cass. Civ., 15 avril (١٧) 1986, RIDA 1986, n 130, p. 143; CA Versailles, 18 november 1999, D. 2000, Cah. Aff., somm. Comm., p. 205, obs. HASSLER T. et LAPP V.; RDPI 2000, n 108, p. 31, note BERTRAND.

ينسب إلى نفسه المساهمة التي قام بإنجازها، ولكن لن يستطيع أحد أن يمنعه من الإعلان عن نفسه كأحد المساهمين في ابتكار المصنف الجماعي. بالإضافة لذلك ودون الرجوع إلى تعريف المصنف الجماعي في القانون الأردني والفرنسي فإنه لا بد من التنكير، من جهة أولى، وكما أشرنا سابقاً بأن هذا الشرط قد يستحيل وجوده من الناحية العملية، ومن جهة ثانية، نرى أن هناك ضرورة قانونية لتمييز عمل كل مساهم على حدة. فلو افترضنا أن مساهماً ما قام بالاعتداء على مصنف آخر من أجل إنجاز مساهمته دون علم الموجه ودون إجازة من مؤلف المصنف المعتدى عليه، فلا شك في قيام مسؤولية الموجه باعتباره مؤلفاً للمصنف الجماعي، ولكن لا بد أيضاً من قيام مسؤولية المساهم الذي قام بالاعتداء على مصنف ما.

بالإضافة إلى ما سبق فإنه من المعروف بأن المصنف الجماعي وجد لحماية رأس المال المتمثل في الموجه الذي يتحمل كافة الأعباء المالية في سبيل إنجاز المصنف الجماعي، وبالتالي إعطاؤه كل الوسائل القانونية لاستغلال المصنف الجماعي. إن حق نسبة المساهمة للمشاركين في ابتكار المصنف الجماعي لا يؤثر على حقوق الموجه في استغلال المصنف الجماعي. فهؤلاء المساهمون لا يدخلون في منافسة مع الموجه في هذه الحالة. بل على العكس تماماً فالموجه يسعى في أغلب الأحيان للتعاقد مع مساهمين معينين وإبراز أسمائهم وذلك لشهرتهم ولرغبة الجمهور في الوصول إلى ابتكاراتهم ومنجزاتهم الفكرية. فلو أخذنا مثلاً صحيفة ما فإننا نجد القراء يفضلون واحدة على الأخرى بناء على كتابها.

الفرع الثاني

الحقوق الأدبية للمساهمين بعد دمج المساهمات

تظهر بعض عناصر الحق الأدبي بعد القيام بنشر المصنفات، فلا يمكن أن تتم ممارستها إلا بعد نشرها وجعلها في متناول الجمهور. وسنتطرق لهذه العناصر ومدى حق المساهم فيها، وهي حقه في دفع الاعتداء عن المصنف الجماعي (أولاً)، وحقه في سحب مصنفه من التداول وإجراء أي تعديل عليه (ثانياً).

أولاً - حق المساهم في دفع الاعتداء عن المصنف:

يحق لنا أن نتساءل عن موقف القضاء في الأردن وفي فرنسا فيما لو كانت إحدى المساهمات المشكلة للمصنف الجماعي أو المشترك بحد ذاتها مصنفًا قابل للحماية بسبب توافر شرط الأصالة فيها. ونعتقد أنه في هذه الحالة لن يعترض أحد على قيام المساهم في الدفاع عن مساهمته فيما لو تم الاعتداء عليها، خاصة إذا لم يحرك الموجه ساكنًا تجاه هذا الاعتداء، فهل يعقل القول أن هذا المساهم لا يجوز له اللجوء إلى القضاء لدفع الاعتداء عن مساهمته، وعن المصنف الجماعي على اعتبار أنه ليس مؤلفًا للمصنف الجماعي؟ اعتقد أن المشارك في تأليف المصنف الجماعي يستطيع منفردًا الدفاع عن مساهمته، وحتى عن المصنف الجماعي ككل، إذا لم يقم الموجه بالتدخل لوقف الاعتداء^(١٨).

وفي مطلق الأحوال إذا ارتأى القضاء عدم إمكانية وقف الاعتداء استناداً لأحكام قانون حماية المؤلف على اعتبار أن الموجه يعتبر في القانون الأردني مؤلفًا للمصنف الجماعي، فإنه من الممكن الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية لوقفه بالنسبة للمشارك^(١٩).

ثانياً - حق المساهم في سحب مساهمته من التداول وحقه في تعديله:

يهدف هذا الحق إلى إعطاء المؤلف فرصة لتقييم المصنف بعد نشره، فقد يرى أن ما قام به من عمل إبداعي لا يستحق النشر أو قد يسيء إليه أو قد يغير أفكاره، وبالتالي يقرر سحب المصنف من التداول، أو يقرر إجراء تعديلات عليه. ومن المنطقي القول أن المساهم في ابتكار المصنف الجماعي أو المشترك لا يستطيع وحده تقرير سحب المصنف الجماعي من التداول أو إجراء تعديل عليه على اعتبار أنه لا يملك أية حقوق على المصنف ككل، حتى ولو كانت

Dans ce sens CA Paris, 14 mars 1994, D. 1994, inf. rap., p. 116

(١٨)

Gautier P.-Y., Propriete litteraire et artistique, PUF, 6e edition, p. 652.

(١٩)

مساهمته منفصلة يمكن اعتبارها لوحدها مصنفاً قابلاً للحماية بسبب توافر شروط الحماية القانونية، بمعنى آخر قد تتوافر في المساهم الشروط القانونية اللازمة لاعتباره مؤلفاً، ولكنه لا يستطيع ممارسة كافة الامتيازات الأدبية التي يقرها القانون له.

ولا شك أيضاً بأن قيام المساهم بسحب مساهمته قد يلحق أضراراً كبيرة بالموجه^(٢٠) الذي تحمل نفقات كبيرة كي يتم إنجاز المصنف، ويقوم بعد ذلك باستغلاله تجارياً. فهل يمكن مثلاً لمساهم في موسوعة أي طالب بسحب مساهمته دون موافقة الموجه بعد أن تم نشرها واستغلالها تجارياً؟ لا شك في أن الإجابة تكون بالنفي، ونخلص إلى القول أن هذا الحق يكون للموجه فقط دون المساهمين.

المطلب الثاني

الحق الأدبي للموجه على المصنف الجماعي

لا شك في أن منح الموجه حقوق الملكية الفكرية على المصنف الجماعي يعطي لحق المؤلف بعداً اقتصادياً يسعى لحماية الاستثمار ويقترب به من فلسفة القانون الانجلوسكسوني. هذه الحماية التي نشدها المشرع في فرنسا وكذلك في الأردن تتطلب إعطاء الموجه عناصر الحق الأدبي مثل الحق في نسبة المصنف إليه والحق في احترام المصنف وعدم الاعتداء عليه، ولا يشك أحد في حق الموجه في ممارسة هذين الحقين من الحقوق الأدبية، ولكن من الممكن أن نجد بعض الاختلافات بين المؤلف العادي والموجه في ممارستها، فعلى سبيل المثال من المعروف أن المؤلف يستطيع أن يستخدم اسماً مستعاراً لمصنفه أو أن يبقى الاسم مجهولاً.

(٢٠) لا نعتقد بوجود مصنف يستحيل فيه فصل مساهمة أحد المشاركين في ابتكار مصنف جماعي عن غيرها كما ورد في تعريف المصنف الجماعي.

ونعتقد أنه في إطار المصنف الجماعي لا يمكن للموجه استخدام اسماً مستعاراً؛ حيث إن من شروط وجود المصنف الجماعي - كما يشير التعريف القانوني له- تثبيت الموجه لاسمه على المصنف^(٢١).

كما أن القضاء^(٢٢) والفقهاء^(٢٣) متفقين على حق الموجه في دفع أي اعتداء يقع على المصنف الجماعي حتى لو تخلى المساهم عن الدفاع عن مساهمته، وذلك سواء اعتبرنا الموجه مؤلفاً كما هو الوضع في القانون الأردني أو صاحب حقوق الملكية الفكرية كما هو الوضع في القانون الفرنسي. إلا أن المشكلة تكمن في العناصر الأخرى للحق الأدبي - والتي نلاحظ من خلال دراستنا - أن الموجه لا يتمتع بها بشكل كامل، ونعرض لبيان ذلك في ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول

إشكالية حق تقرير النشر بالنسبة للموجه

في حقيقة الأمر أن حق تقرير النشر للمصنف الجماعي يكون للموجه ولكن بعد اكتمال وصول المساهمات إليه من قبل القائمين على ابتكاره، وبالتالي فإن هذا الحق مقيد لحين استلامه لكافة المساهمات المكونة للمصنف الجماعي، وقيامه بعملية تنظيم وإدارة هذه المساهمات. بمعنى آخر فإن أي مساهم يمكن له أن يحرم الموجه من حقه في نشر المصنف الجماعي إذا رفض تسليم مساهمته للموجه، وليس للأخير إلا المطالبة بالتعويض.

وقد ذهب القضاء في فرنسا إلى أبعد من ذلك فيما يتعلق بإعادة نشر المصنفات الصحفية على الإنترنت بعد نشرها على الدعامة الورقية من قبل

(٢١) TGI de Nanterre, 2e Ch., 15 mars 2004, Legipresse, juin 2004, p. 101, note ALLEAUME C.

(٢٢) Cass. Civ., 1re Ch., 8 décembre 1993, RIDA, juillet 1994, n° 161 p. 303.

(٢٣) GAUTIER P-Y, Propriété littéraire et artistique, op. cit., n° 387, p. 652.

المؤسسات الصحفية^(٢٤). فقد اعتبر أن الموجه لا يستطيع إعادة نشر المقالات الصحفية مرة أخرى على الموقع الرسمي للصحيفة دون إذن من الصحفيين، ودون حصولهم على مكافأة إضافية^(٢٥).

الفرع الثاني

إعادة النظر في مبدأ أبدية الحق الأدبي^(٢٦)

سنتطرق لهذه المسألة من خلال حالتين هما: أولاً - نهاية الشخص المعنوي وثانياً - بيع الشخص المعنوي.

أولاً - نهاية الشخص المعنوي:

تظهر إشكالية هذا الحق عندما يكون الموجه شخصاً معنوياً كما هو الحال في معظم الحالات، فمن المعروف أن حياة الشخص الطبيعي أقصر من حياة الشخص المعنوي، ولكن من الممكن أيضاً أن تنتهي حياة هذا الأخير لأي سبب من الأسباب مثل انتهاء الغاية التي أسس لأجلها أو بسبب إشهار إفلاسه، فلمن ينتقل الحق الأدبي؟

ذهب الفقه الفرنسي في هذه الحالة إلى ضرورة عودة ممارسة الحق الأدبي على المصنف الجماعي إلى المساهمين في تأليفه، ويطبق في هذه الحالة النظام القانوني للمصنف المشترك المنصوص عليه في الفقرة (أ و ب) من المادة ٣٥ من قانون حماية المؤلف الأردني مما يحقق الحماية المطلوبة للمصنف^(٢٧).

(٢٤) يعتبر الفقه و القضاء في فرنسا أن الصحيفة عبارة عن مصنف جماعي.

(٢٥) CA Paris 28 janvier 2004, Com. Com. Electr., juin 2004, comm. n° 74, p 32., obs. CARON C

(٢٦) المادة ل. ١٢١-١ من مدونة الملكية الفكرية الأردني.

(٢٧) جوتييه، الملكية الأدبية والفنية، صفحة ٦٥٦.

ونرى أن هذا الرأي منطقي وخصوصاً حسب نصوص القانون الأردني التي تعتبر الموجه مؤلفاً للمصنف الجماعي، فلو افترضنا أنه قد انتهت حياة الموجه فهل يعقل أن يترك المصنف دون حماية إذا ما تم الاعتداء عليه بعد نهاية حياة الموجه. بمعنى آخر إذا ما انتهت حياة الموجه فهل يجوز مثلاً "تشويه أو تحريف أو أي تعديل آخر عليه أو أي مساس به من شأنه الإضرار بسمعته وشرفه" ^(٢٨). لا شك أن الإجابة هي النفي، ولكن ما الأساس القانوني لهذه الإجابة؟

فعلى الرغم مما ورد في المادة الثامنة من قانون حماية حق المؤلف الأردني من أن للمؤلف وحده حق ممارسة عناصر الحق الأدبي، إلا أن المادة ٤٦ من قانون حماية حق المؤلف أجازت لورثة صاحب الحق أو خلفه الحق في اللجوء إلى القضاء لدفع أي اعتداء يتعرض له المصنف، ولذلك فإنه من باب أولى أن يقوم المشارك في تأليف المصنف الجماعي بكل ما من شأنه حماية المصنف من الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليه بعد نهاية حياة الموجه، إن لم يكن ذلك تطبيقاً للأحكام الخاصة في قانون حماية حق المؤلف فتطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ثانياً – حالة بيع الشخص المعنوي:

الأصل – في القانون الفرنسي – أن الحق الأدبي لا ينتقل من المؤلف إلى أي شخص آخر على اعتبار أنه امتداد لشخصية المؤلف، بمعنى أنه من حقوق الشخصية. كما أن المشرع الأردني بين صراحة في المادة ٢٢ من قانون حماية حق المؤلف أن: "لورثة المؤلف لأي مصنف وحدهم الحق في ممارسة حقوق الاستغلال المالي..." كما أشارت المادة ٢١ من ذات القانون إلى أن لورثة المؤلف وحدهم الحق في تقرير نشر المصنف الذي لم ينشر أثناء حياته؛ حيث

(٢٨) راجع الفقرة (ج) من المادة الثامنة من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

يفهم من هذه النصوص أن عناصر الحق الأدبي لا تنتقل إلى ورثة المؤلف باستثناء حق تقرير النشر للمصنف غير المنشور أثناء حياة المؤلف.

ولكن تكمن المشكلة في أن الشخص المعنوي يمكن التنازل عنه، فهل يعني ذلك تراجعاً عن مبدأ عدم قابلية عناصر الحق الأدبي للتنازل؟ إذا ما تخيلنا حالة اندماج شخص معنوي في آخر، أو في حالة إفلاس شخص معنوي وقيام شخص آخر بشرائه، فإن الشخص الجديد يحل مكان الشخص القديم في اكتساب جميع الحقوق وتحمل جميع الالتزامات. تأسيساً على ما سبق فإننا نعتقد أن هذا يؤدي إلى انتقال جميع حقوق الشخص المندمج إلى الشخص المدمج ومنها الحقوق الأدبية المتعلقة بمصنف جماعي دون الإخلال بحق نسبة المصنف إلى الشخص القديم، حيث إن هذا الحق لا يمكن انتقاله إلى شخص آخر، وبالتالي نستطيع القول أن الحقوق الأدبية يمكن التنازل عنها استثناء على القاعدة العامة. بمعنى آخر إن وضع المؤلف عندما يكون شخص طبيعي يختلف عن وضع الشخص المعنوي كمؤلف لمصنف جماعي في القانون الأردني أو مالك لحقوق المؤلف في القانون الفرنسي.

الفرع الثالث حق الموجه في تعديل المساهمات

السؤال الذي يمكن طرحه في هذا المجال أيضاً هو: هل يمكن مثلاً للموجه أن يقوم بتعديل - حذف أو زيادة - المشاركات المقدمة إليه إذا ما أراد ذلك؟ وهل يستطيع المساهمون في مصنف جماعي الاستناد إلى الحق الأدبي لمنع الموجه من القيام بتعديلات على مشاركاتهم إذا كانت هذه المشاركات بحد ذاتها مصنفاً قابلة للحماية؟

ذهب الفقه الفرنسي إلى حلول وسط في محاولة لتحقيق مصالح الموجه والمشارك، فهنري ديبوا - أحد أهم الفقهاء في فرنسا - يؤكد أن من حق الموجه القيام بالتعديلات التي يراها ضرورية لبناء مصنف جماعي متناسق

مستنداً في ذلك إلى وجود عقد عمل أو عقد مقاوله بينه وبين المشارك يخول الموجه القيام بذلك حيث إن العقد شريعة المتعاقدين^(٢٩).

ونعتقد أن هذا الموقف يمكن أن يطبق في الأردن، فليس من المنطقي السماح للموجه "المؤلف" أن يتعسف في تعديل المساهمات.

وقد توصل القضاء الفرنسي إلى نفس النتيجة ولكن مستنداً إلى تفوق الحق الأدبي للموجه على الحق الأدبي للمشارك، ففي قضية مشهورة متعلقة بقيام ناشر بإجراء بعض التعديلات على مساهمة أحد المشاركين في تأليف قاموس مصطلحات قانوني، قام الأخير بالاستناد إلى حقه الأدبي لمنع الناشر من القيام بذلك. محكمة استئناف باريس أكدت بأن المشارك له حق احترام مساهمته، ولكن هذا الحق مقيد بوجود المصنف الجماعي الذي يعطي الموجه الحق في إجراء بعض التعديلات التي يتطلبها وجود تناغم وتناسق بين كافة المشاركات المكونة للمصنف الجماعي^(٣٠).

ويعتبر هذا القرار حلاً وسطاً بين إعطاء الموجه حق إدخال التعديلات التي يراها ضرورية، وبين تقييده بضرورة إحداث التناغم بين المساهمات المختلفة التي يقدمها المشاركون في تأليف المصنف الجماعي. بمعنى آخر لا بد أن تكون هذه التعديلات ضرورية ومبررة، وبالتالي فإن قاضي الموضوع هو من يقرر بسلطته التقديرية ضرورة أو عدم ضرورة هذه التعديلات التي يمكن أن يجريها الموجه. ففي قرار للمحكمة الابتدائية في باريس متعلق بمقالات صحفية، اعتبرت قيام الموجه بتعديلات تغير الأفكار والآراء التي كان يريدتها المشارك ليست ضرورة يتطلبها التناغم بين هذه المقالات، وبالتالي يشكل اعتداء على الحق الأدبي للمشارك يجب إزالته^(٣١).

DEBOIS, le droit d'auteur en France, op. cit., n 702.

(٢٩)

CA Paris, 6 novembre 1986, RIDA avril 1988, p. 88.

(٣٠)

TGI Paris, 17 mai 1984, RIDA octobre 1984, p. 214.

(٣١)

وتوالت التطبيقات القضائية التي تؤكد هذا المبدأ؛ حيث قضت محكمة استئناف فرساي في قرار لها متعلق بـ CD-ROM، أن الحق الأدبي للمشاركة لا يمنع إجراء التعديلات الضرورية لتنسيق المشاركات، ولكنها أحدثت التزاماً بإعلام المشارك بهذه التعديلات^(٣٢).

أما الفقه الفرنسي فقد انقسم حول ضرورة إعلام المشارك بأي تعديلات يجريها الموجه بين مؤيد ومعارض، فالمعارضون يرون أن هذا الالتزام لا يستند إلى أساس من القانون، والمؤيدون له يرون أن المساهم أولى من الموجه في إجراء التعديلات الضرورية لتناسق المشاركات في المصنف الجماعي. القرارات الصادرة بعد هذا القرار لم تجعل من إعلام المشارك إلزاماً على الموجه^(٣٣). أما فيما يخص المصنف المشترك فهذا ينطبق عليه أيضاً، ففي قرار لمحكمة استئناف باريس أكدت هذا المبدأ عندما قررت بأن مؤلف الموسيقى لا يستطيع الاعتراض، أي قص أو تحريف لموسيقاه، إلا في مرحلة الاستغلال التجاري، ولا يستطيع ذلك في مرحلة المونتاج.

أخيراً لا بد من التساؤل عن المصنفات التي لا يمكن تمييز المشاركات فيها عن بعضها البعض. نعتقد أن الحق في احترام المشاركة يختفي عندما لا يمكن تمييز هذه المشاركات عن بعضها البعض، وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية في سنلس في قرارها السابق.

CA Versailles, 13e Ch., 18 novembre 1999, D., 2000, Cah. Aff., somm. Comm (٣٢) p. 205, obs.HASSLER T. et LAPP V.; RDPI, 2000, n° 108, p. 31, note BERTRAND; Expertises, février 2000, p.30, note GALLOT LE LORIER M-A et VARET V; Com. Com. Electr., février 2000, p. 13, comm. n° 16, note CARON C.

TGI de Senlis, 3 juin 2003, RDPI, mars 2004, n°157, p. 29. - CAA Marseille, (٣٣) décembre 2003, AJDA, avril 2004, p. 718, note Pontier J-M.

المبحث الثاني قيود حقوق العامل الأدبية على مصنفه

تنص المادة السادسة في الفقرة (ب) من قانون حماية حق المؤلف الأردني على أنه: "إذا ابتكر العامل أثناء استخدامه مصنفاً متعلقاً بأنشطة أو أعمال صاحب العمل، أو استخدم في سبيل التوصل إلى ابتكار هذا المصنف خبرات أو معلومات أو أدوات أو آلات أو مواد صاحب العمل الموضوعة تحت تصرفه، فإن حقوق التأليف تعود لصاحب العمل إلا إذا اتفق خطياً على غير ذلك".

أما الفقرة (ج) من ذات المادة فقد أكدت على أنه: "تكون حقوق الملكية الفكرية للعامل إذا كان حق الملكية المبتكر من قبله لا يتعلق بأعمال صاحب العمل، ولم يستخدم خبرات صاحب العمل أو معلوماته أو أدواته أو مواده الأولية في التوصل إلى هذا الابتكار ما لم يتفق خطياً على عكس ذلك".

ونعتقد أن المشرع الأردني قصد بهذا النص الحقوق المالية دون الحقوق الأدبية، وذلك لأن تلك الحقوق تعتبر حقوقاً ملاصقة للشخصية، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها^(٣٤). كما أن المادة (١٣) من قانون حماية حق المؤلف الأردني أكدت على أن: "للمؤلف أن يتصرف بحقوق الاستغلال المالي لمصنفه" وبمفهوم المخالفة فإنه لا يجوز للمؤلف التصرف بالحقوق الأدبية، فهل من الممكن تصور حق صاحب العمل في نسبة مصنف إليه ابتكره أحد العاملين لديه؟ لا شك في أن الإجابة على ذلك تكون بالنفي.

أما المشرع الفرنسي فقد أكد في المادة (ل. ١١١-١) من مدونة الملكية الفكرية على أن عقد العمل لا يؤثر على حقوق الملكية الفكرية للعامل. تأسيساً

(٣٤) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٦٤٨/٢٠٠٣ (هيئة خماسية)، تاريخ ١١/١١/٢٠٠٣، منشورات مركز عدالة.

على ما سبق نستطيع القول بأن عقد العمل ليس له تأثير على الحقوق الأدبية للعاملين المبتكرين في القانونين الأردني والفرنسي^(٣٥).

وفي الحقيقة إن الواقع العملي يختلف عن هذه الخلاصة فهو يخفف من حدتها، ونلاحظ ذلك من خلال تطرقنا لأثر إدراج بند في عقد العمل يتنازل بموجبه المساهم عن حق من الحقوق الأدبية (المطلب الأول)، وأيضاً أثر سلطة صاحب العمل في الإدارة على هذه الحقوق (المطلب الثاني)، وكذلك أثر حق صاحب العمل في استغلال المصنف على الحقوق الأدبية (المطلب الثالث) وكذلك الحق الأدبي والتعسف في استخدام الحق (المطلب الرابع).

المطلب الأول

إمكانية التنازل عن امتيازات الحق الأدبي في عقد العمل

ذهب جزء كبير من الفقه الفرنسي إلى أن عدم قابلية الحق الأدبي للتنازل قاعدة ليست مطلقة، وأن وضع بعض الاستثناءات يعتبر ضرورياً للوصول إلى استغلال مثالي للمصنفات^(٣٦).

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى إمكانية التنازل عن حق المؤلف في نسبة المصنف إليه، والتنازل عن حقه في احترام مصنفه جراء أي تعديل أو تحريف في المصنف، ولكن اشترطت أن يكون التنازل بإرادة المؤلف الصريحة، وأن يكون بالإمكان العودة عن هذا التنازل في أي لحظة يريدها^(٣٧).

(٣٥) في هذا الاتجاه نواف كنعان، حق المؤلف، دار الثقافة - عمان، ٢٠٠٤، صفحة ٣٢٣.

(٣٦) Luca (A. et H-J.), op. cit., p. 308; Bertrand (A.), La propriété intellectuelle - livre II Marques et brevet, dessins et modèles, Delmas 1995, p. 262; Caron (C.), Réflexions sur la liceite et les conditions de la révocation d'une clause d'anonymat insérée dans un contrat en droit d'auteur, P. A 22 août 1994, p. 10.

(٣٧) Cass. Civ. 1er, 16 octobre 2001, n 99-18043, inédit: [...] l'abstention dans l'exercice d'un droit, au demeurant imprescriptible, ne suffit pas à manifester sans équivoque la volonté d'y renoncer [...]. Cite par Laurent Drai, Le droit du travail intellectuel, thèse LGDJ, 2005, p. 192; Cass. Civ. 1er, 4 avril 1991, RIDA 1993, n 158, p. 205.

نخلص مما سبق إلى القول بأن الفقه والقضاء في فرنسا لا يرى في الحقوق الأدبية حقوقاً مطلقة. ولكن السؤال الذي يمكن طرحه هو: هل ينطبق هذا الموقف على كل عناصر الحق الأدبي؟

فيما يتعلق بحق المؤلف في نسبة المصنف إليه فهو لا يثير مشكلة؛ حيث إن القانونين الفرنسي والأردني يجيزان استخدام أسماء مستعارة، فالقضاء الفرنسي أكد هذا المبدأ شريطة عدم وجود تنازل نهائي عن عناصر الحق الأدبي، وحق المؤلف في العودة عن هذا التنازل^(٣٨). ولا شك في أن نسبة حق المؤلف في نسبة المصنف إليه لا تعني بتاتا حق أي شخص آخر - كصاحب العمل مثلاً - في أن يستبدل اسم المؤلف باسمه وينسب المصنف إليه، فمثل هذا الاتفاق يعتبر باطلاً في القانونين الفرنسي والأردني لمخالفته للنظام العام.

أما فيما يتعلق بحق المؤلف في احترام مصنفه فإننا نجد مجالات فنية وأدبية شتى تلزمننا التخفيف من حدة هذا العنصر من عناصر الحق الأدبي. فمثلاً عندما يقوم شخص ما بكتابة سيناريو لفلم مستمداً من رواية بعد موافقة كاتبها، فلا شك في أنه سيقوم بإجراء بعض التعديلات على النص لضرورات فنية، كما أن المخرج يكون ملزماً أحياناً لضرورات فنية أو تقنية بإجراء بعض التعديلات على السيناريو دون أن يستطيع كاتبه الاعتراض على ذلك، ولكن دون أن تؤثر هذه التعديلات بشكل جوهري على النص الأساسي وعلى مساهمة كاتب السيناريو^(٣٩). وقد ذهب القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه أيضاً^(٤٠).

(٣٨) CA Paris, 18 décembre 1990, D. 1993, juris., p. 442, note Edelman; Cass. Civ. 1er, 5 mai 1993, RIDA 1993, n 158, p. 205.

(٣٩) En ce sens: Gautier (P-Y.), op. cit., p. 185.

(٤٠) CA Paris, 23 novembre 1970, RIDA juillet 1971, juris., p. 74 " en se prévalant du caractère inaliénable du droit moral qu'il a sur son œuvre, l'auteur ne saurait s'attribuer le pouvoir de revenir sur des accords compatibles avec ce droit du moment où ils furent librement discutés et conclus; en décider autrement rendrait impossible l'élaboration de toute œuvre dérivée"; CA Paris, 31 mai 1988, D. 1990, juris., p. 235, note Edelman; Cass. Civ. 1er, 12 juin 2001, Bull. civ., I, n 171: " l'adaptation au cinéma d'une œuvre littéraire implique qu'une certaine liberté soit reconnue à l'adaptateur".

أما بخصوص الامتيازات الأدبية الأخرى فإن الوضع مختلف تماماً، فحق المؤلف في نشر مصنفه لا يمكن أن يتم التنازل عنه من الناحية العملية، فلو أخذنا على سبيل المثال الصحفي المرتبط بعقد عمل مع مؤسسة صحفية والذي يكون محله القيام بكتابة مقال يومي. فهل من الممكن إلزامه بتسليم كل ما يكتب لصاحب العمل؟ وإذا ما طلب منه صاحب العمل الكتابة في موضوع معين ورفض هذا الصحفي تسليمه المقال بعد إنجازه، فهل يستطيع صاحب العمل مطالبته بالتنفيذ العيني؟ لا نعتقد ذلك، ولكنه يستطيع مطالبته بالتعويض، ويستطيع فسخ العقد بسبب عدم قيام الصحفي العامل بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

كما أن الفقه الفرنسي يرى أن حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول وحقه في إجراء بعض التعديلات عليه حقوق مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بشخصية المؤلف على اعتبار أن المصنف يعبر عن شخصية مؤلفه، وبالتالي فإنه لا يمكن أن تكون هذه الحقوق محلاً للتنازل لأي شخص آخر^(٤١).

ونرى أن تحليل الفقه الفرنسي يستند إلى الفلسفة الإنسانية لقانون حماية حق المؤلف والذي يعتبر حقوق المؤلف جزءاً من حقوق الإنسان وأي تنازل عن هذه الحقوق يقع باطلاً، خلافاً للفلسفة الانجلوسكسونية لقانون حماية حق المؤلف والذي يستند إلى البعد الاقتصادي لهذا الفرع من فروع القانون.

ومن المفيد هنا أن نشير إلى قرار لمحكمة التمييز الأردنية أكدت فيه على أن الحقوق الأدبية للمؤلف هي حقوق شخصية تظل محفوظة بعد وفاته بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، وإن المؤلف يحتفظ بالحق بالمطالبة بها والاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو تعديل آخر لهذا المصنف، أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بالشرف وبالسمعة، وعليه فإنه وإن كان المدعي قد أبرم عقداً لإعداد دراسة علمية تحت اسم جماعة الإخوان المسلمين في الأردن مع الجهة المدعى عليها، فإن هذا الاتفاق لا يعطي حقاً للمدعى عليهم

En ce sens: Koumantos (G.), Faut-il avoir peur du droit moral?, RIDA 1999, n (٤١) 180, p. 87; Draï, op. cit., p. 193 et s.

بإعادة استخدام مادة كتاب المدعي دون إذنه، أو بالاعتداء على هذا الحق الذي حماه القانون؛ مما يجعل استناد محكمة الموضوع إلى تقرير الخبير المقنع والمعلل الذي انتهى إلى أحقية المدعي بالتعويض يجبر الضرر الذي لحقه لا يخالف القانون^(٤٢).

المطلب الثاني

أثر سلطة صاحب العمل في الإدارة على الحقوق الأدبية

من المعروف أن قانون العمل يعطي صاحب العمل الحق في توجيه العمال وإدارة العمل، وهذا ما يسمى بالتبعية القانونية التي تعتبر معياراً حاسماً في تمييز عقد العمل عن غيره من العقود. والسؤال الذي يمكن طرحه هنا، ما أثر هذه التبعية القانونية على حرية العامل في الابتكار، وبالتالي أثره على الحق الأدبي؟ فمن الممكن أن يتضمن العقد بنداً يمنع المؤلف من نشر مصنفاته أو يمنعه من سحبه أو تعديله أو غير ذلك من الشروط التي قد تقيد ممارسة المؤلف لحقه الأدبي.

أكدت محكمة النقض الفرنسية جواز تقييد حرية العامل في الابتكار إذا وجدت أسباب عملية تبرر هذا التقييد - وعادة ما تكون هذه الأسباب ذات طابع اقتصادي - لسبب بسيط وهو أن هذا القيد الذي يمكن لصاحب العمل أن يورده في عقد العمل يتم الاتفاق عليه قبل وجود الحق الأدبي ذاته؛ لأن هذا الحق مرتبط بوجود المصنف أي أنه لا يوجد حق أدبي قبل وجود المصنف، بينما تم الاتفاق قبل الشروع في عملية ابتكار المصنف، بالتالي لا يمكن القول أن هناك اعتداء على شيء غير موجود^(٤٣).

(٤٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٦٤٨/٢٠٠٣ (هيئة خماسية)، تاريخ ١١/١١/٢٠٠٣، منشورات مركز عدالة.

(٤٣) Cass.civ. 1er, 7 avril 1987, Bull. Civ., I, n 124; D. 1988, jurisp., p. 97, note Edelman.

وفي قرار آخر لمحكمة استئناف فرنسية متعلقة بعقد يربط بين رسام وأحد التجار يلزم الفنان بإنجاز عدد معين من المصنفات بحيث لا يقل عدد المنجز والمعروض في المتجر عما هو متفق عليه، طلب فسخ العقد على اعتبار أنه يحد كثيراً من حريته، فقضت المحكمة ببطلانه على اعتبار أن تقييد حرية المؤلف بهذه الطريقة من شأنه أن يؤثر سلباً على نوعية المصنفات التي سيقوم بابتكارها، كما أن هذا الاتفاق يشكل اعتداء على الحق الأدبي للمؤلف؛ حيث إنه سيلزم بنشر مصنفات قبل أن تكتمل بشكل نهائي، ولهذا خلصت المحكمة إلى اعتبار العقد باطلاً لمخالفته للنظام العام والآداب^(٤٤).

على الرغم من تناقض القرارات السابقين؛ حيث إن القرار الأول طبق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي يبحث عن حماية حقوق صاحب العمل الذي يمثل البعد الاقتصادي في العملية الابتكارية، بينما القرار الثاني طبق مبدأ عدم قابلية الحق الأدبي للتنازل والذي يبحث عن حماية حقوق المؤلف، إلا أنه من المنطقي إيجاد حلول توافقية بين هذين المبدأين. وبمعنى آخر لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في تغليب أي منهما على الآخر، فالقضاء يمكن له أن يقرر إمكانية تقييد حرية المؤلف بشروط، وهي أن تكون لهذه القيود مبررات عملية، وأن تكون أيضاً متناسبة مع الهدف الذي يراد تحقيقه.

المطلب الثالث

أثر حق صاحب العمل في استغلال المصنف على الحقوق الأدبية

عندما يعطى حق استغلال المصنف لشخص آخر غير المؤلف فإن بعض الصعوبات المتعلقة بالحقوق الأدبية يمكن أن تظهر على السطح. وسنحاول تلمس هذه الصعوبات من خلال دراسة أثر حق الموجه في الاستغلال على هذه الحقوق.

CA Aix en Provence, 23 fevrier 1965, D. 1966, jurisp., p. 166, note Savatier.

(٤٤)

أولاً - حق النشر:

لا شك في أن محل التزام المؤلف في العقد الذي يربطه بالموجه هو ابتكار وتسليم مصنف للموجه حتى يقوم هذا الأخير باستغلاله، إذاً فالنشر يمكن تكييفه بأنه التزام تعاقدى وليس حق من الحقوق الأدبية للمؤلف، فهل هذا يعني أن حق النشر يكون غير موجود في هذه الحالة؟ نعتقد أنه من الممكن اللجوء إلى مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن نية، بمعنى أنه في حال رفض المؤلف نشر وتسليم مصنفه للموجه لا يمكن إلزامه بالتنفيذ العيني، وإنما يعتبر ذلك - دائماً - عدم تنفيذ للالتزامات تعاقدية تبرر المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بصاحب حق الاستغلال^(٤٥).

ثانياً - حق المؤلف في نسبة المصنف إليه:

ذكرنا سابقاً أن هذا الحق لا يمكن أن يقيد تحت أي ظرف من الظروف، فإذا كان من الطبيعي عدم تمكن المساهم من وضع اسمه على المصنف الجماعي ككل، إلا أنه من حقه أن يذكر اسمه على مساهمته، ولا يشكل هذا الموقف بالضرورة ضرراً على الموجه بل على العكس، فسواء ربط الموجه بالمساهم عقد عمل أو عقد مقالة فإن الاعتبار الشخصي في اختيار المساهم يشكل محوراً أساسياً في كلا العقدين، وبالتالي قد يبحث الموجه عن نشر اسم المساهم لمعرفة بآن اسماً ما قد يشكل بعداً اقتصادياً مهماً في تسويق المصنف بسبب شهرة هذا المساهم و جذبته للجمهور.

فعلى سبيل المثال فإن قراء الصحف والمجالات - والتي تكيف على أنها مصنفات جماعية - يبحثون في الغالب الأعم عن كاتب معين لقراءة تعليقاته السياسية والاقتصادية والاجتماعية، بمعنى أن نجاحات الموجه ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأسماء المساهمين في ابتكار المصنف الجماعي.

En ce sens: Gaudrat (p.), Droits moraux - Droit de divulgation, J-Cl. Prop. (٤٥) Litt. Et art., fasc. 1211, août 2001, n 66.

المطلب الرابع

الحق الأدبي والتعسف في استخدام الحق

سنتناول في هذا المطلب إمكانية تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق على الحقوق الأدبية (الفرع الأول)، والجزاءات الممكنة تطبيقها على المتعسف في استخدام هذه الحقوق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق على الحقوق الأدبية

هل يمكن تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق على الحقوق الأدبية؟ الإجابة التقليدية عن هذا السؤال هي أن من يمارس حقاً يملكه لا يستطيع أن يتعسف في استخدامه. الفقه الفرنسي تطرق لإمكانية التقاء نظرية التعسف في استخدام الحق بالحقوق الأدبية منذ زمن بعيد^(٤٦).

ودون استعراض للجدل الفقهي الذي دار في فرنسا حول إيجاد معيار أو معايير محددة لإثبات وجود تعسف في ممارسة الحقوق الأدبية، وذلك لأن القضاء الفرنسي لم يتقيد بمعايير بعينها وإنما عالج كل حالة على حدة. فمثلاً نجد أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في قرار قديم جداً إلى أن ممارسة الحقوق الأدبية لا يجوز أن تكون "بهدف انتقامي"^(٤٧). كما أن معيار نية الإضرار من المعايير التي يمكن أن يلجأ إليها القضاء^(٤٨).

(٤٦) Weiller (D.), Abus de droit et propriété littéraire et artistique, Th. Dactyl. Strasbourg, 1962, Pollaud-Dulian, abus de droit et droit moral, D. 1993, chron., p. 97; Caron (C.), abus de droit et droit d'auteur, Litec, 1998.

(٤٧) Caron Cass. Civ., 25 juin 1902, D.P. 1903, I, p. Baudouin.

(٤٨) (C.), op. cit., p. 144.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية فقد أدانت ممارسة الحق الأدبي لأهداف تجارية بحتة، وذلك لأن هذه الحقوق تهدف لحماية شخصية المؤلف والأصل ألا يكون لها أبعاد تجارية^(٤٩).

وفي بعض الأحيان نجد أن الظروف المحيطة بممارسة الحق الأدبي يمكن أن تعتبر دليلاً على وجود التعسف، ففي قرار لمحكمة استئناف باريس متعلق بمصور فوتوغرافي اعتبرت فيه أن عدول المصور المفاجئ عن قراره السابق بالموافقة على نشر صور يعتبر تعسفاً في استخدام حقه في تقرير النشر^(٥٠).

ونخلص إلى القول أن حقوق المؤلف ليس لها خصوصية عند تطبيق نظرية التعسف في استخدام الحق، وبالتالي فإن المعايير التقليدية التي تثبت التعسف يمكن استخدامها ذاتها في مجال الحقوق الأدبية للمؤلفين.

الفرع الثاني

جزاءات التعسف في استخدام الحقوق الأدبية

التساؤل الذي يمكننا طرحه الآن هو، ما العقوبة التي يمكن إيقاعها على المؤلف المتعسف في استخدام الحقوق الأدبية؟ المشرع الفرنسي نص في المادتين ل. ١٢١-٣ و ل. ١٢٢-٩ والمتعلقتين بحقوق الوراثة في ممارسة حقوق الملكية الفكرية على أنه في حال وجود تعسف ظاهر في ممارسة، أو الامتناع عن ممارسة حقوق الملكية الفكرية من قبل ممثلي المؤلف الميت، فللمحكمة المختصة الحق في اتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات، ويرى الفقه الفرنسي في هذا النص تقريراً لإمكانية لجوء القاضي للتنفيذ العيني^(٥١).

(٤٩) Cass. Civ. 1er, 14 mai 1991, Bull. Civ., I, n 157; D. 1992, somm. Comm., p. 15, obs. Colombet; RIDA 1992, n 151, p. 273, note Sirinelli; JCP 1991, II, 21760, note Pollaud-Dulian..

(٥٠) CA Paris, 17 mars 1989, inedit, cite in Caron (C.), op. cit., p. 146.

(٥١) Caron (C.), op. cit., p. 165; Draï (L.), op. cit., p. 212 et s; Lucas (A. et H-J.), op. cit., 320.

وعلى هذا الاتجاه سار القضاء الفرنسي، ففي قرار للمحكمة الابتدائية في باريس أكدت بأن قيام ناشر بنشر كتاب لأحد المؤلفين بصورة مستعجلة لا يشكل اعتداء على الحقوق الأدبية للمؤلف يبطل منع نشره. بمعنى آخر قررت المحكمة حق الناشر في الاستمرار بالنشر دون الالتفات مطلقاً لمحاولة المؤلف منع الناشر من النشر^(٥٢). وقد تم تبني هذا الموقف أيضاً بسبب ممارسات تعسفية متعلقة بحق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه^(٥٣)، وبسبب ممارسات تعسفية متعلقة بحق المؤلف بنسبة المصنف إليه^(٥٤).

ولكن في الحالات الأخرى التي يقرر فيها القضاء بسلطته التقديرية عدم إمكانية اللجوء للتنفيذ العيني فإنه من الممكن تقرير تعويض للمتضرر من ممارسات المؤلف التعسفية، وفي الحقيقة إن التعويض يتلاءم بشكل أكبر مع الحقوق الأدبية على اعتبار أن هذه الحقوق تشكل جزءاً من شخصية المؤلف.

الخاتمة:

لا شك في أن الصعوبات التي تواجه تطبيق الحق الأدبي كثيرة في عالم يتحول سريعاً نحو تدعيم إمكانيات الاستثمار، حيث إن الحق الأدبي قد يعرقل تطلعات المستثمرين، ولكن بالمقابل فإنه لا يمكن تصور وجود حق مؤلف دون وجود حقوق أدبية، فما الحل إذا؟ التعايش بين البعد الاقتصادي لحقوق المستثمرين والحقوق الأدبية للمؤلفين تتطلب تقديم تنازلات من الطرفين.

وفيما يتعلق بالمصنف الجماعي في القانون الأردني فإنه لا يمكن حرمان المساهمين جميعاً من صفة المؤلف، خصوصاً أنهم من قاموا بالابتكار؛ لذا كان من الأفضل أن يحذو المشرع الأردني حذو المشرع الفرنسي في منح الموجه حقوق التأليف المالية، وأن يتقاسم المساهمون والموجه الحقوق الأدبية، كما أنه

TGI Paris, 13 octobre 1992, RIDA 1993, n 155, p. 165.

(٥٢)

CA Paris, 16 novembre 1992, juris-data n 22985.

(٥٣)

CA Paris, 22 janvier 1987, Cah. Dr. aut., 1988, p. 16.

(٥٤)

لا بد من الإشارة إلى أننا خلصنا من دراستنا إلى وجود تقاسم للحقوق الأدبية من الناحية الفعلية، على الرغم من النص الذي يعتبر الموجه مؤلفاً للمصنف الجماعي.

أما بالنسبة لأثر العلاقات التعاقدية التي يمكن أن تربط بين المؤلف وصاحب العمل فإنه وللوهلة الأولى قد نجد تعارضاً بين الحقوق الأدبية للمؤلف ورغبة صاحب العمل الاستثمارية، إلا أنه من الممكن إيجاد التوفيق الضروري بين هذه المصالح من خلال دراسة عناصر الحق الأدبي، ومن خلال وجوب تنفيذ العامل المؤلف لالتزاماته بحسن نية.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

- ١ - د. أبو بكر، محمد خليل يوسف، حق المؤلف في القانون - دراسة مقارنة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ٢٠٠٨
- ٢ - د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، دار النهضة العربية، مصر ج ٨ (ط. بلا)، ١٩٦٧.
- ٣ - د. كنعان، نواف، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، ٢٠٠٤
- ٤ - د. مأمون، عبد الرشيد، الحق الأدبي للمؤلف النظرية العامة وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، مصر (ط. بلا)، ١٩٧٨.
- ٥ - د. مأمون، عبد الرشيد، أبحاث في حق المؤلف، دار النهضة العربية، مصر (ط. بلا)، ١٩٨٧.
- ٦ - قانون حماية حق المؤلف الأردني و تعديلاته رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية:

- 1 - BASIRE (Y.), Le droit moral dans les œuvres collectives, Mémoire, Strasbourg III, 2004.
- 2 - BERNAULT (C.), La propriété littéraire et artistique appliquée a l'audiovisuel, LGDJ, 2003.
- 3 - Bertrand (A.), La propriété intellectuelle - livre II Marques et brevet, dessins et modèles, Delmas 1995, p. 262.
- 4 - BERTRAND (A.), Le droit d'auteur et les droits voisins, Dalloz, 1999, 2^e édition.
- 5 - CARON (C.), Abus de droit et droit d'auteur, Litec, 1998.

- 6 - CARON (C.), Réflexions sur la liceite et les conditions de la révocation d,une clause d,anonymat insérée dans un contrat en droit d,auteur, P. A 22 août 1994, p. 10.
- 7 - CEDRAS (J.), Les œuvres collectives en droit français, thèse 1978.
- 8 - COLOMBET (C.), Grands principes du droit d’auteur et des droits voisins dans le monde, Litec, 1992, 2^e édition.
- 9 - COLOMBET (C.), Propriété littéraire et artistique et droit voisins, Dalloz, 1999, 8^{eme} édition.
- 10 - DESBOIS (H.), Le droit d’auteur, Dalloz, 1978, 3^{eme} édition.
- 11 - DRAI (L.), Le droit du travail intellectuel, LGDJ, 2005.
- 12 - Gaudrat (p.), Droits moraux - Droit de divulgation, J-Cl. Prop. Litt. Et art., fasc. 1211, août 2001, n 66.
- 13 - GAUTIER (P.Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2007, 6^{eme} édition.
- 14 - Koumantos (G.), Faut-il avoir peur du droit moral?, RIDA 1999, n 180, p. 87.
- 15 - LUCAS (A.), LUCAS (H.J.), Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 2006, 3^{eme} édition.
- 16 - VIVANT (M.), BRUGUIERE (J.-M), Droit d’auteur, Dalloz, 1^{er} edition
- 17 - MERCERON V, Les oeuvres collectives en droit français, thèse Paris II 2000.
- 18 - PLLAUD-DULIAN (F.), Le droit d’auteur, Economica, 2005.

- 19- Pollaud-Dulian, abus de droit et droit moral, D. 1993, chron., p. 97
- 20- Weiller (D.), Abus de droit et propriete litteraire et artistique, Th. Dactyl. Strasbourg, 1962.
- 21- Le Code de la Propriété Intellectuelle Français.

ثالثاً - الأحكام القضائية:

- ١ - قرار محكمة تمييز حقوق عمان رقم ٢٦٤٨/٢٠٠٣ تاريخ ١١/١١/٢٠٠٣. منشورات مركز عدالة.
- 2 - Cass. Civ., 25 juin 1902, D.P. 1903, I, p. 5, concl. Baudouin.
- 3 - CA Aix en Provence, 23 fevrier 1965, D. 1966, jurispr., p. 166, note Savatier.
- 4 - CA Paris, 23 novembre 1970, RIDA juillet 1971, juris., p. 74.
- 5 - GI Paris, 17 mai 1984, RIDA octobre 1984, p. 214.
- 6 - CA Paris, 6 novembre 1986, RIDA avril 1988, p. 88.
- 7 - CA Paris, 22 janvier 1987, Cah. Dr. aut., 1988, p. 16.
- 8 - Cass.civ. 1er, 7 avril 1987, Bull. Civ., I, n 124; D. 1988, jurispr., p. 97, note Edelman.
- 9 - CA Paris, 31 mai 1988, D. 1990, jurispr., p. 235, note Edelman
- 10- CA Paris, 17 mars 1989, inedit, cite in Caron (C.), op. cit., p. 146.
- 11- CA Paris, 18 décembre 1990, D. 1993, juris., p. 442, note Edelman.
- 12- Cass. Civ. 1er, 14 mai 1991, Bull. Civ., I, n 157; D. 1992, somm. Comm., p. 15, obs. Colombet.

- 13- TGI Paris, 13 octobre 1992, RIDA 1993, n 155, p. 165.
- 14- CA Paris, 16 novembre 1992, juris-data n 22985.
- 15- Cass. Civ. 1^{er}, 5 mai 1993, RIDA 1993, n 158, p. 205.
- 16- Cass. Civ., 1^{re} Ch., 8 décembre 1993, RIDA, juillet 1994, n°161 p. 303.
- 17- CA Paris, 14 mars 1994, D. 1994, inf. rap., p. 116.
- 18- CA Versailles, 18 novembre 1999, D. 2000, Cah. Aff., somm. Comm., p. 205, obs. HASSLER T. et LÜAPP V.; RDPI 2000, n 108, p. 31, note BERTRAND.
- 19- Cass. Civ. 1^{er}, 12 juin 2001, Bull. civ., I, n 171.
- 20- TGI de Senlis, 3 juin 2003, RDPI mars 2004, n 157, p. 29. Cass. Civ., 15 avril 1986, RIDA 1986, n 130, p. 143.
- 21- CA Paris 28 janvier 2004, Com. Com. Electr., juin 2004, comm. n°74, p. 32., obs. CARON C.
- 22- TGI de Nanterre, 2^e Ch., 15 mars 2004, Legipresse, juin 2004, p. 101, note ALLEAUME.

الطبيعة القانونية للمنازعات الضريبية في ربط ضرائب الدخل في القانون اليمني رقم (٣١) لسنة ١٩٩١ وتعديلاته (دراسة تحليلية)

الدكتور/ يوسف هزاع الوافي
كلية الشريعة والقانون
جامعة الحديدة - الجمهورية اليمنية

ملخص:

تتمثل هذه الدراسة والمتعلقة بالمنازعات الضريبية في ربط ضرائب الدخل على المكلفين في القانون اليمني (الطعون الضريبية)، على دراسة الطبيعة القانونية للطعون الإدارية الضريبية بقرارات الإدارة الضريبية في ربط ضرائب الدخل على المكلفين بأحد أساليب الربط المتبعة من طرف الإدارة الضريبية الذاتية أو الإضافية أو المقطوعة أمام مجموعات الاعتراض، وأمام لجان الطعون الضريبية في المبحث الأول. والطبيعة القانونية للطعون القضائية في ربط ضرائب الدخل أمام المحكمة الابتدائية المختص بقضايا ضرائب الدخل، وأمام المحكمة الاستئنافية في المبحث الثاني. مع التطرق إلى إشكاليات تعيين وطبيعة اللجان الإدارية الضريبية، ومسألة تحديد المحكمة المختصة بضرائب الدخل وقواعد وإجراءات الطعون.

المقدمة:

تعنى المنازعات الضريبية بالحالة القانونية الناشئة عن وجود خلاف بين المكلف وبين الإدارة الضريبية، بمناسبة قيام هذه الأخيرة بإحدى العمليات المتعاقبة التي تشارك في ربط الضريبة أو تحصيلها^(١). وتشكل العمليات المرتبطة بإجراءات تحديد الوعاء الضريبي وتقدير وربط الضريبة على الدخل نزاعاً ضريبياً بين المكلف والإدارة الضريبية، وخاصة في حالة عدم إلمام موظفي الإدارة الضريبية بالإجراءات القانونية والالتزام بها في مرحلة ربط الضريبة أو في مرحلة المنازعات الضريبية^(٢). وعلى ذلك تنشأ من تشكيل مرحلة ربط الضريبة على المكلف المنازعة الرئيسية في الطعون الضريبية عموماً، ويهدف المكلف غالباً من وراء الطعن في قرار ربط الضريبة التطبيق السليم للقانون، وإصلاح الأخطاء المرتكبة في حقه من طرف الإدارة الضريبية.

تثير قرارات ربط ضرائب الدخل على المكلف بإحدى طرق الربط الذاتي أو الربط الإضافي أو الربط المقطوع المتبعة في ربط الضرائب في اليمن منازعات بين المكلف ومصلحة الضرائب، ومن أجل تحقيق العدالة في فرض الضرائب أعطى المشرع الضريبي للمكلف الحق في الاعتراض على قرارات الإدارة الضريبية في ربط الضريبة، وبموجب وسيلتين إما الاعتراض أو الطعن أمام الإدارة الضريبية المختصة قبل أن يلجأ إلى ساحة القضاء، أو عن طريق الطعن أمام القضاء حتى يتمكن من حل هذا النزاع إدارياً عن طريق ما يسمى بالطعون الإدارية، وذلك من أجل حث الإدارة الضريبية على إعادة النظر في قراراتها في ربط الضريبة والعمل على إنهاء النزاع في مراحله الأولى، وعند عدم شعور المكلف بالاطمئنان على حقه عند ترك أمر البت فيها لصاحب القرار، وعند عدم اعتراف الإدارة الضريبية

(١) د/ زكريا محمود بيومي: المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضريبة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٠.

(٢) د. شريف مصباح أبو كرش: إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب، دار المناهج للنشر والتوزيع، ط ١، عمان - الاردن ٢٠٠٤، ص ٣٩.

بخطئها والرجوع إلى الصواب، فإنه يلجأ إلى طريقة الطعن أمام القضاء لأنها تعتبر من أنجح الضمانات له ضد قرارات الإدارة الضريبية.

ومما تقدم فإننا سنقوم بدراسة تحليلية للطبيعة القانونية للطعون الإدارية في ربط ضرائب الدخل (مبحث أول)، وللطبيعة القانونية للطعون القضائية (مبحث ثاني).

١ - أهمية البحث:

إن دراسة موضوع الطبيعة القانونية للمنازعات الضريبية في ربط ضرائب الدخل له أهمية من الناحية النظرية والعملية، لأن القوانين الضريبية وعلى الأخص ضرائب الدخل تتميز عن غيرها من القوانين بأنها من القوانين التي تخضع للتعديل والتبديل المستمر، مما يؤدي إلى تعدد النصوص وتعقيدها وصعوبة تفسيرها وتطبيقها، وهو ما يفسح المجال أمام الإدارة الضريبية لإصدار تعليمات تفسيرية ليست لها قوة قانونية من أجل تفسير النصوص حسبما يترأى لها في قواعد تقدير وربط الضريبة على المكلفين، الشيء الذي يؤدي إلى مقاومتها، ومن ثم قيام المنازعات بينهم وبين الإدارة الضريبية.

٢ - إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في المنازعات الضريبية في ربط الضريبة على الدخل في اليمن في عدم معرفة المكلف بمختلف القواعد والمراحل المختلفة التي تمر بها عملية تقدير وربط الضرائب على الدخل؛ بسبب عدم قدرة المكلف على فهم الجوانب الفنية في عملية ربط الضريبة، ومعرفة مدى السلطة التقديرية للإدارة الضريبية عند إصدار قرار الربط، ومعرفة المراحل التي تمر بها الطعون الضريبية، خاصة وأن العدد الكبير من المكلفين ليس لديهم الاطلاع الكافي الذي يمكنهم من الاستفادة من الضمانات التي خولها القانون لهم للوقوف ضد تعسف وإجحاف الإدارة الضريبية عن طريق الطعون الإدارية والطعون القضائية. كما تكمن المشكلة أيضاً في عدم ثقة المكلف بالقضاء الضريبي بسبب طول

وتعقيد الإجراءات أمام المحاكم، وعدم وجود قضاة متخصصين في الفصل في الطعون الضريبية؛ مما يؤدي بالقضاة إلى الاستعانة بالخبراء المتخصصين في المجال المالي.

٣ - الهدف من البحث:

إذا كان الهدف من الطعون الإدارية الضريبية هو إلزام الإدارة الضريبية بإعادة النظر في قرار ربط الضريبة على المكلف، وتحقيق العدالة والمساواة أمام القانون بين المكلف والإدارة الضريبية في الطعون القضائية في كل مراحل التقاضي، فإن الهدف من هذه الدراسة هو البحث في الجوانب القانونية والقضائية لهذا الموضوع، ومعالجة الثغرات القانونية في قانون ضرائب الدخل وقانون المرافعات من أجل الوصول إلى تبسيط وتوحيد إجراءات الطعون الضريبية الإدارية والقضائية، والارتقاء بوسائل الطعون والعمل على تعزيز دور القضاء الضريبي في تحقيق العدالة الضريبية.

٤ - منهج البحث:

لقد استخدمنا في دراسة هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي؛ لتحليل كل من الطبيعة القانونية للطعون الإدارية والطعون القضائية في قرار ربط الضرائب على الدخل، وذلك من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للطعون الإدارية في ربط ضرائب الدخل.

المطلب الأول: التنظيم القانوني للاعتراض أمام مجموعات الاعتراض الضريبية.

أولاً: أسلوب ربط الضريبة.

ثانياً: الهدف من تقديم الاعتراض.

ثالثاً: تشكيل مجموعات الاعتراض وإجراءات الاعتراض.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للطعن أمام لجان الطعون الضريبية.

أولاً: الطبيعة القانونية للجان الطعون الضريبية.

ثانياً: إجراءات الطعون.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للطعون القضائية في ربط ضرائب الدخل.

المطلب الأول: التنظيم القانوني للطعن أمام المحكمة الابتدائية المختصة
أولاً: إشكالية تعيين المحكمة المختصة بقضايا ضرائب الدخل واختصاصاتها.

ثانياً: قواعد وشروط التقاضي في الطعون الضريبية.

ثالثاً: إجراءات النظر بالطعون الضريبية.

رابعاً: إصدار الحكم.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للطعن أمام المحكمة الاستئنافية:

أولاً: شروط قبول الطعن أمام المحكمة الاستئنافية.

ثانياً: إجراءات الطعن أمام المحكمة الاستئنافية.

ثالثاً: إصدار الحكم وآثاره.

المبحث الأول

الطبعة القانونية للطعون الإدارية في ربط ضرائب الدخل

لقد ألزم المشرع الضريبي اليمني كل المكلفين بضرائب الدخل تقديم إقراراتهم إلى مصلحة الضرائب في ميعاد غايته نهاية إبريل من كل عام، إقراراً مبيناً فيه الدخل والنفقات والأعباء وصافي الدخل أو الخسائر التي يحددونها عن السنة السابقة، ومعتمداً من أحد المحاسبين القانونيين، كما أعطى الحق لمصلحة الضرائب في مراجعة وتدقيق وتصحيح هذه الإقرارات، واستدعاء المكلف لمناقشة ما توصلت إليه بعد استكمال إجراءات التصحيح والتدقيق، وتصدر قراراً بربط الضريبة عليه إذا وافق على التعديلات، وإذا لم يوافق على ربط الضريبة تربط الضريبة عليه ويكون هذا القرار قابلاً للطعن وفقاً للمادتين (٦٦)، (٦٧) من قانون ضرائب الدخل^(١). وبناء على ذلك حرص المشرع اليمني، كما هو في التشريعات المختلفة، على إعطاء المكلف حق اللجوء إلى الاعتراض أو الطعون الإدارية إلى الإدارة بشرط أن يكون ذلك قبل اللجوء إلى القضاء، وتعتبر الطعون الإدارية الضريبية من الطرق اليسيرة والسهلة والسريعة لحل المنازعات الضريبية وهي لازالت في مهدها، إلى جانب كونها تمكن الإدارة من إعادة النظر في قراراتها بخصوص ربط الضريبة، وهذا يوفر للمكلف والإدارة الوقت والجهد والنفقات، كما أنها وسيلة لتخفيف العبء على القضاء.

وتمر الطعون الإدارية في ربط ضرائب الدخل على المكلف في اليمن بمرحلتين: مرحلة الاعتراض أمام مجموعات الاعتراض الضريبية، (مطلب أول)، ومرحلة الطعن أمام لجان الطعون الضريبية، (مطلب ثاني)

(١) تتألف ضرائب الدخل في اليمن وفقاً للقانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩١، والمعدل بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٩: من الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية، الضريبة على الأجور والمرتبات، الضريبة على المهن غير التجارية وغير الصناعية، الضريبة على ريع العقارات، الضريبة على الدخل من التصرفات والمبيعات العقارية.

المطلب الأول التنظيم القانوني للاعتراض أمام مجموعات الاعتراض الضريبية

ظهر أسلوب الاعتراض الضريبي، كأسلوب لتسوية المنازعات الإدارية، كنتيجة حتمية لانعدام المساواة بين الإدارة والأفراد في المراكز والسلطات، فالإدارة الضريبية تتمتع بمركز أقوى من مركز الأفراد، مما جعلها تتعسف في كثير من الأحيان في مواجهتهم سواء باتخاذ قرارات جائرة أو بعدم الأخذ بعين الاعتبار لظروفهم الخاصة؛ لذلك حاول المشرع الضريبي، بالخصوص، حماية المكلفين بالضريبة، من خلال وضع ضمانات عامة عند الاعتراض على قرارات الإدارة الضريبية، وبالتالي تمكينهم من فتح حوار ديمقراطي مع الإدارة الضريبية^(١). وعلى ذلك فاللجوء إلى الاعتراض أو التظلم أمام مجموعات الاعتراض الضريبية يجب أن يسبقه أولاً تقدير وربط الضريبة على المكلف من طرف الإدارة الضريبية، وتوجيه إخطار إليه بتقدير وربط الضريبة، ومن ثم إلزامه بدفعها في الموعد المحدد، وفي حالة عدم موافقته على قرار الإدارة بربط الضريبة، عليه أن يلجأ إلى إحدى الوسيلتين المحددتين بالقانون، ومنها تقديم تظلم أو الاعتراض إلى مجموعات الاعتراض الضريبية خلال ثلاثين (٣٠) يوماً من تاريخ إبلاغه. وقبل الكلام عن إجراءات ذلك نوضح الطرق المتبعة وأساس ذلك الربط.

أولاً - أسلوب ربط الضريبة:

تقوم الإدارات المالية المختلفة بربط الضرائب وهي عادة تتبع وزارة المالية، ولكل إدارة اختصاص بضريبة معينة، فلا يجوز أن تربط أو تحصل من غيرها من الضرائب وإلا كان هذا الإجراء باطلاً، وإذا قامت مصلحة غير

(١) د. محمد مرزاق وآخرون: النظام القانوني للمنازعات الجبائية المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، ١٩٩٦، ص ٨٧.

مختصة بهذه الإجراءات يكون الربط باطلاً، سواء من حيث الاختصاص النوعي أو المكاني. فمصلحة الضرائب في اليمن هي المختصة بربط وتحصيل الضرائب، وتوجد داخل المصلحة إدارات ضريبية مختصة بكل ضريبة معينة، فعملية ربط الضرائب على الدخل من الموضوعات المهمة التي تثير المنازعات الضريبية بين المكلف والإدارة الضريبية، فربط الضرائب لا تشكل صعوبة بالنسبة للدول المتقدمة نتيجة للوعي الضريبي لدى شعوبها، إنما المشكلة هي بالنسبة للدول النامية، فشعوبها ينقصها الوعي الضريبي^(١)، كما هو حال اليمن، وفي المقابل نجد الإدارة الضريبية لا تثق بالمكلف والعكس.

تتم عملية ربط الضريبة إما عن طريق أسلوب التقدير غير المباشر القائم على أساس المظاهر والعلاقات الخارجية المحيطة بالمكلف والتي تشكل عناصر خارجية عن المادة الضريبية ويقرها المشرع بطريقة تحكمية ليستنتج من خلالها مقدار الضريبة، أو عن طريق الربط الجزافي المعتمد على قرينة أو أكثر وثيقة الصلة بوعاء الضريبة يحددها المشرع أو يتفق عليها المكلف مع الإدارة الضريبية^(٢) ويسمى بالتقدير الجزافي الاتفاقي، وإما عن طريق أسلوب التقدير المباشر المتمثل بالإقرار المباشر أو التصريح، حيث يقوم المكلف بتقديم إقرار يوضح فيه مقدار وعاء الضريبة بصورة مفصلة للإدارة الضريبية داخل أجل محدد، أو إقرار الغير، حيث تلجأ الإدارة الضريبية بمطالبة ذوي العلاقة بالمكلف بتقديم إقرار عن أحوال المكلف، أو الربط الإداري المباشر وذلك بلجوء الإدارة الضريبية بنفسها بتحديد وحصر عناصر وعاء الضريبة بشكل مباشر، وهذا الأسلوب التقديري المباشر هو المتبع في التشريعات الضريبية المعاصرة بعد فشل الأسلوب التقديري غير المباشر في تحقيق العدالة في فرض الضريبة، وقد أخذ المشرع الضريبي اليمني بالأسلوب المباشر في ربط الضريبة وذلك عن

(١) د. سالم الشوابكة: قرار تقدير ضريبة الدخل وطرق الطعن به، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة الرابعة والعشرون، يونيو ٢٠٠٠م، ص ١٨٧.

(٢) د. عاطف صدقي: مبادئ المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣م، ص ١٧.

طريق الربط الذاتي وفقاً لإقرار المكلف، وعن طريق الربط الإضافي وفقاً للربط الإداري المباشر، وعن طريق الربط المقطوع في حالة عدم توفر الإدارة الضريبية على أي بيانات أو معلومات عن حجم نشاط المكلف، وذلك كما يلي:

١ - الربط الذاتي:

الإقرار عبارة عن بيان كتابي بنتيجة أعمال المكلف أو المنشأة الخاضعة للضريبة خلال السنة المقدمة عنها، مرفق مع هذا الإقرار الوثائق والمستندات الضرورية لمصلحة الضرائب، ويتطلب نجاح هذا الربط توافر الوعي الضريبي لدى المكلفين والذي يرتبط بعوامل نفسية وثقافية، كما يتطلب إدارة ضريبية قادرة على الرقابة والتدقيق^(١). كما يتخذ الإقرار وسيلة لحصر المكلفين وحصر أنشطتهم وتحديد وعاء الضريبة لكل منهم، بما يكفل للدولة الحصول على الضريبة المستحقة غير منقوصة، ويأخذ حكم الإقرار قانوناً ووفقاً للشروط الشكلية والموضوعية^(٢)، ما يدلي به المكلف كتابة من بيانات أثناء مناقشته لتحديد تقدير ربط الضريبة المستحقة عليه، ويحدد قانون ضرائب الدخل ولائحته التنفيذية بيانات الإقرار، وما يرفق به من وثائق ومستندات، والشخص الذي يحمل توقيعه وموعد تقديمه إلى مصلحة الضرائب^(٣).

وعلى ذلك ألزم قانون ضرائب الدخل المكلفين بأن يقدموا إلى مصلحة الضرائب في ميعاد غايته نهاية شهر إبريل إقراراً يوضح فيه مقدار وعاء الضريبة بصورة مفصلة للإدارة الضريبية، مشفوعاً بكل الوثائق والبيانات

(١) د. محمد وديع بدوي: دراسات في المالية العامة، دار المعارف المصرية، ١٩٩٦م، ص ٢٠٠.

(٢) د. عبدالله بركات: التشريع الضريبي في الجمهورية اليمنية، مكتبة ومركز الصديق، صنعاء ٢٠٠٥، ص ١٣٤.

(٣) د. أحمد عمر بامشموس: الإقرار بالدخل المحقق من ممارسة نشاط تجاري أو صناعي وقواعد ربط الضريبة على الدخل، مجلة الوعي الضريبي، عدد (١٠) مارس ٢٠٠١ م صنعاء، ص ٥٤.

والمستندات عن دخوله، والنفقات والأعباء وصافي الدخل أو الخسائر التي يحددها عن السنة السابقة^(١). وتقوم الإدارة الضريبية بالتحقق من صحة المعلومات الواردة في الإقرار بجميع الوسائل كمراجعة وتدقيق وتصحيح الإقرار وفقاً للمادة (٦٧)، وإذا ظهر من خلال ذلك أن الإقرار غير مطابق للحقيقة وأنه لا يحتوي على البيانات والمستندات والوثائق الضرورية اللازمة، تقوم بإخطاره بالنقص أو المطلوب منه على وجه التحديد وتدعوه لحضور جلسة لمناقشة ما توصلت إليه، فإذا وافق المكلف على تعديل الإقرار على ضوء ما ورد في إخطار مصلحة الضرائب ربطت الضريبة عليه ويبلغ بذلك بإخطار آخر، وإذا رفض المكلف ما ورد في إخطار مصلحة الضرائب، فإن على المصلحة تقدير ذلك في ضوء المعلومات المتوفرة والإخطار السابق وترتبط الضريبة ويبلغ المكلف، ويكون هذا القرار قابلاً للطعن، كما ترتبط الضريبة في حالة عدم تقديم المكلف الإقرار والمستندات والبيانات المنصوص عليها في هذا القانون في الموعد المحدد، حيث تقوم مصلحة الضرائب بتقدير وربط الضريبة على المكلف على ضوء المعلومات المتوفرة لديها وتقديراتها، وإبلاغه بإخطار الضريبة المستحقة عليه وفقاً للمادة (٦٨)^(٢).

والملاحظ أن المشرع اليمني لم يعطِ حوافز تشجيعية للمكلف الذي يقدم إقراراً صحيحاً، ويدفع الضريبة المستحقة من تلقاء نفسه، كما هو الحال في بعض التشريعات مثل القانون الأردني الذي منح المكلف حق تنزيل نسبة ٦٪ إذا كان الدفع خلال السنة أو الشهر الأول التالي^(٣).

(١) المادة (٣٠) من قانون ضرائب الدخل رقم (١٢) لسنة ١٩٩٩.

(٢) إذا لم تقم مصلحة الضرائب بإخطار المكلف بعدم قبول إقراره خلال سنة من تاريخ استلام الإقرار، يعتبر الإقرار موافقاً عليه إلا في حالة أعدم اهتمام المصلحة إلى عنوانه، أو طرأت ظروف عامة أو خاصة أدت إلى التأخير.

(٣) المادة (٢٨) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون رقم (١٤) سنة ١٩٩٥.

٢ - الربط الإضافي أو الإداري:

الربط الذاتي للضريبة هو القاعدة العامة لربط الضريبة، وبموجبه يكون الدين الضريبي قطعياً ونهائياً، واستثناء من تلك القاعدة يجيز القانون لمصلحة الضرائب - وفقاً لشروط محددة - أن تقوم بإجراء الربط الإضافي ضد أي مكلف ثبت لديها بعد استكمال البحث في موضوع الضريبة المستحقة عليه وربطها عليه، وتم التنبيه بها بشكل نهائي، عدم صحة إقرار هذا المكلف، أو تكتشف مستجدات تغاير تقديراتها السابقة التي بنيت على أساسها الضريبة السابقة^(١). أي أن المشرع اليمني قد فرق في إجراء الربط الإضافي ضد مكلف سبق وأن تم ربط الضريبة عليه بعد أن تقدم للمصلحة بالإقرار الضريبي، وبين مكلف آخر تم ربط الضريبة عليه لعدم تقديمه الإقرار، وذلك وفقاً للمادة (٧٣) كما يلي^(٢):

أ - الربط الإضافي على مكلف تم ربط الضريبة عليه بعد تقديمه لإقرار غير صحيح، أو بناء على معلومات كاذبة أو مخفية، أو نشاط أو مستندات غير صحيحة، أو استعمل طرقاً احتيالية للتخلص من أداء الضريبة.

ب - الربط الإضافي على مكلف لم يقدم إقراره الضريبي وتم الربط عليه من طرف المصلحة على أساس تقديرها، ثم اتضح للإدارة من خلال التحقيق أن هناك أوجهاً أخرى أو مبالغ لم تكن تعلمها وقت الربط ولم يشملها التقدير، كما هو الحال عندما يقوم المكلف بالإدلاء ببيانات غير صحيحة، أو استعمل طرقاً احتيالية، أو قدم مستندات لا تتضمن حقيقة جميع أوجه نشاطه.

إذا تحققت الحالات السابقة وكان المكلف هو السبب يتم الربط الإضافي عليه، أي زيادة الربط، أما إذا كانت الأسباب نتيجة لإغفال الإدارة الضريبة عن بعض البيانات الموجودة لديها، أو نتيجة لعدم التطبيق الصحيح للقرارات أو

(١) يحيى محمد الأسطى: أحكام الربط الإضافي في ضرائب الدخل، مجلة الوعي الضريبي، العددان (١٦، ١٧) سبتمبر - ديسمبر ٢٠٠٢، مصلحة الضرائب، صنعاء، ص ٥٧.

(٢) المادة (٧٣) من قانون ضرائب الدخل لسنة ١٩٩١ والمعدل سنة ١٩٩٩.

التعليمات المعمول بها عند المحاسبة، فإنه لا يجوز لمصلحة الضرائب القيام بإجراءات الربط الإضافي على المكلف^(١). مع ملاحظة أنه بالإضافة للربط الإضافي يجوز توقيع الجزاءات المنصوص عليها في قانون ضرائب الدخل^(٢)، وعلى ذلك يجب إخطار المكلف أو الجهة بالربط الإضافي والأسس التي بني عليها، وأوجه النشاط أو المبالغ التي سبق الربط عليها، ويكون الربط الإضافي قابلاً للطعن وفقاً للمادة (٧٣) من قانون ضرائب الدخل.

٣ - الربط المقطوع (الجزائي):

يقوم الربط المقطوع أو الجزائي على قواعد يقررها المشرع، ويقتصر دور الإدارة الضريبية على تطبيقه، ويسمى هذا بالربط الجزائي القانوني، وقد لا يحدد المشرع أية قواعد للأخذ به عند الربط، وبالتالي ترك الأمر للحوار بين المكلف والإدارة الضريبية، ويسمى هذا الربط الإضافي أو الجزائي بالربط الاتفاقي^(٣). وفكرة الربط المقطوع أقرت في التشريع الضريبي لأسباب ومشاكل متعددة كانت تواجه الإدارة الضريبية عند محاسبة مكلفي ضرائب الدخل وفقاً لتقديرات تستند أغلبها إلى الاجتهاد الشخصي، خصوصاً للمكلفين الذين لا تتوافر لدى الإدارة الضريبية أي بيانات أو معلومات توضح حجم أنشطتهم، أو المكلفين الذين لا يمسون حسابات منتظمة^(٤).

(١) يحيى الأسطى: مجلة الوعي الضريبي، مرجع سابق، ص ٥٩، د. عبدالله بركات: التشريع الضريبي، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

(٢) عاقب قانون ضرائب الدخل المكلف بربط إضافي وفقاً للمادة (٧٣) بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (٩٠) من هذا القانون، بعقوبة مالية لا تقل عن خمسين (٥٠٪) بالمائة ولا تزيد عن مائة وخمسين (١٥٠٪) بالمائة، وعقوبة حبسية مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة، وتضاعف في حالة العودة.

(٣) د. عبدالله بركات: المالية العامة بين النظرية والتطبيق في اليمن، مركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٠، ص ١١٠، د. عبدالمنعم فوزي: المالية العامة والسياسة المالية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون دار نشر، ص ١٧٢.

(٤) نظام الربط المقطوع، هل يحقق العدالة الضريبية، مجلة الوعي الضريبي، ملف العدد (٦) مارس ٢٠٠٠، صنعاء، ص ١٩.

أعطى القانون للإدارة الضريبية الحق في إجراء الربط المقطوع من أجل ربط وتحصيل الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية، والمهن غير التجارية والصناعية بشكل مقطوع على جميع المكلفين، وذلك وفقاً للمادة (٧٠) من قانون ضرائب الدخل على النحو التالي:

أ - للذين لا تتوافر أي بيانات عن حجم أنشطتهم بمبلغ سنوي مقطوع باتخاذ الضريبة النهائية للسنة التي تسبق سنة الدخل المعنية الخاضعة للضريبة أساساً لربط الضريبة، مع إضافة نسبة نمو سنوي في بداية كل عام^(١)، مع الأخذ بعين الاعتبار نوع النشاط وحجمه والموقع الجغرافي، ومراعاة إعادة النظر في ربط الضريبة بالمبلغ المقطوع في حالة إذا استحدث نشاطاً أو فرعاً جديداً تشمله المحاسبة في حالة التوقف أو التنازل الكلي أو الجزئي، وفي حالة وقوع كوارث أو أية حالة عارضة على منشأة المكلف، وفي حالة طلب المكلف إعادة النظر في الضريبة نتيجة مسكه حسابات منتظمة أو أنه وجد أن نسبة النمو المحددة في هذا القانون لا تتناسب مع دخله، وفي حالة ورود بيانات جديدة للإدارة الضريبية لم تشملها المحاسبة.

ب - للذين تتوافر بيانات عن حجم أنشطتهم بنسبة مقطوعة على النحو التالي^(٢):
٣٪ من إجمالي رقم الأعمال أو قيمة المبيعات للأنشطة التجارية أو الصناعية، ١٠٪ من إجمالي الإيرادات أو الدخل للأنشطة السياحية أو الخدمية والمهن غير التجارية وغير الصناعية، ١٪ من إجمالي رقم الأعمال أو قيمة المبيعات للمواد الغذائية الأساسية (القمح، الدقيق، الأرز، السكر) والأنشطة التجارية التي تقوم بتصرف المنتجات الصناعية المحلية بشرط أن يكون من غير المصنعين.

(١) يصدر رئيس مصلحة الضرائب قراراً بتحديد نسبة النمو، وعادة تكون (١٠٪)، المادة

(٩) من قرار وزير المالية رقم (٩٤٦) لسنة ١٩٩٩، مجلد التشريعات الضريبية.

(٢) د. عبدالله بركات: التشريع الضريبي، مرجع سابق، ص ١٤٤.

تقوم الإدارة الضريبية بمراجعة بيانات الإقرار، والتحقق والتأكد من صحة وسلامة البيانات والأسس الضريبية، فإذا ثبت عدم صحة وسلامة البيانات في الإقرار يتم محاسبة المكلف وفقاً للبيانات المتوافرة لدى الإدارة الضريبية، وترتبط الضريبة بشكل مقطوع وفقاً لذلك^(١). ويتم تحصيل غرامة عن عدم تقديم الإقرار بواقع (٢٪) عن كل شهر يتأخر فيه المكلف عن تقديم إقراره بعد انقضاء المدة القانونية، وكذلك غرامة بواقع (١,٥٪) من مقدار الضريبة المستحقة وغير المدفوعة عن كل شهر يتأخر فيها عن السداد^(٢). أما حق المكلف في مواجهة قيام مصلحة الضرائب بإجراء الربط الإضافي وإبلاغه بذلك، فقد منحه القانون الحق الكامل في اتباع إجراءات الطعون في قرار الإدارة الضريبية في هذا الربط بالطرق والإجراءات نفسها المتبعة في الربط الذاتي أمام مجموعات الاعتراض ثم أمام لجان الطعون.

ثانياً - الهدف من تقديم الاعتراض:

إن أكثرية الخلافات مع المكلفين غالباً ما تسوى عن طريق الحوار المباشر مع الإدارة الضريبية؛ بسبب طبيعة أغلبية الاعتراضات المقدمة من طرف المكلفين والتي تتعلق معظمها بطلبات تصحيح الأخطاء المرتكبة في تقدير وربط الضريبي أو تحديد مبلغ الضريبة، وتفضل الإدارة الضريبية بشكل كبير أن تقوم بالفصل بالطعون وحل مشاكل المكلفين بعيداً عن القضاء، لاسيما فيما يتعلق بالمكلفين الملتزمين بتقديم الإقرارات الصحيحة في الموعد المحدد^(٣)، باعتبار أن أسلوب الاعتراض الإداري يمكن الإدارة الضريبية من تدارك أخطائها إن

(١) المادة (٥) الفقرة (الثانية) البند (٢) من قواعد وإجراءات نظام الربط المقطوع، التشريعات الضريبية اليمنية لعام ١٩٩١م-٢٠٠٥.

(٢) المادتين (٩٥، ٩٨) من قانون ضرائب الدخل.

(٣) د. سليمان محمد العلوي: القضاء الإداري، قضاة التعويض وطرق الطعن، دون دار نشر، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٠٨.

وجدت والعدول عنها، ومن تخفيف العبء عن القضاء وتوفير الوقت والنفقات التي يتحملها المكلف في سبيل رفع دعواه^(١).

لذلك يستهدف المكلفون من تقديم الاعتراضات الإدارية - كما قلنا - التطبيق السليم للقانون، وإصلاح الأخطاء المرتكبة في حقهم من طرف الإدارة الضريبية الناتجة عن ضعف التقنيات المستعملة، واستخدام النظام اليدوي في إدارة البيانات والذي لا يستطيع معالجة العدد المتزايد من المكلفين، وأيضاً متابعة التسجيل السريع لمعلومات دافعي الضرائب المتكونة في التقدير والتعديل، وفي حساب مبلغ الضريبة^(٢)، إضافة إلى أن أسلوب الربط الضريبي من جانب واحد، وخاصة الربط الإضافي والربط المقطوع والذي لا تعتمد فيه الإدارة الضريبية على وسائل دقيقة بالمكلفين، غالباً ما يؤدي بالمكلفين إلى الطعن بعدم صحة الربط الضريبي إما كلياً أو جزئياً، خاصة وأن هذا الأسلوب يعتبر بمثابة جزاء تفرضه الإدارة الضريبية على المكلفين الذين يتهاونون في القيام بواجباتهم الضريبية.

ثالثاً - تشكيل مجموعات الاعتراض وإجراءات الاعتراض:

تعتبر هذه المرحلة أهم إجراء في إجراءات الطعون الضريبية في جانبها الإداري على وجه التحديد، وتهتم أساساً عملية التحقيق في الاعتراض وإصدار قرار الإدارة الضريبية بشأنها. لهذا نتحدث عن كيفية تشكيل مجموعات الاعتراض وإجراءات الاعتراض.

١ - تشكيل مجموعات الاعتراض الضريبية:

اختلفت التشريعات الضريبية في تحديد الجهة التي توجه إليها الاعتراضات أو التظلمات والتي يعود إليها اختصاص البت فيها، فهناك من التشريعات من ترى ضرورة توجيه عريضة أو طلب الاعتراض إلى السلطة مصدر القرار، باعتبار أن

(١) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢) مجلة الوعي الضريبي، عدد (٢٤) سبتمبر ٢٠٠٤م، صنعاء، صادر عن مصلحة الضرائب، ص ٤١.

هذه السلطة أصلح من غيرها لنظر الاعتراض المباشر على قرارها، لمعرفة الكاملة بظروف الموضوع (القانون العراقي)، ويأخذ البعض الآخر بنظام التظلم الرأسي وهو موقف غلبة التشريعات الضريبية المعاصرة، ومنها التشريع الفرنسي^(١)، ومن التشريعات من تعهد إلى لجان ضريبية خاصة بهذه المهمة^(٢).

أما المشرع اليمني فقد أنشأ مجموعات الإدارة الضريبية في مصلحة الضرائب ومكاتبها وفروعها بالمحافظات من مأموري ضرائب الدخل والمراجعين. وتقسم هذه المجموعات إلى فئتين، ويحدد عضوية ونطاق كل فئة من هذه المجموعات بقرار من رئيس مصلحة الضرائب^(٣)، الفئة الأولى: من ثلاثة أعضاء أحدهم مأمور ضرائب الدخل واثنين من المراجعين، وتختص بمكلفي ضرائب الدخل فئة (أ، ب) وهم: مكلفو وحدات القطاع الخاص، وحدات القطاع الاقتصادي والتعاوني، بالإضافة إلى جميع المكلفين الذين يمسون حسابات نظامية، والفئة الثانية: وتتكون من عضوين أحدهم مأمور ضرائب الدخل والآخر مراجع أو رئيس القسم المعني في حالة عدم وجود المراجع، وتختص هذه الفئة بمكلفي ضرائب الدخل فئة (ج، د) وهم: مكلفو الجمعيات والمنظمات المهنية، فرع الشركات الأجنبية ومكاتب التمثيل والارتباط، وتختص مجموعات الإدارة

- (١) المشرع الفرنسي يميز بين الطعون في ربط الضريبة التي توجه إلى مدير الضرائب والطعون في تحصيل الضريبة التي يجب أن توجه إلى الخازن العام.
- (٢) قانون الضرائب المباشرة الجزائري لعام ١٩٨٦، وقانون الضرائب العام على الدخل المغربي (١١٦) لسنة ١٩٨٩. انظر: د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ١٤٣.
- (٣) قسم وزير المالية جميع مكلفي ضرائب الدخل إلى: فئة (أ) وهي، وحدات القطاع الخاص، مثل الأفراد الذين يزاولون مختلف الأنشطة، والمؤسسات التي تعمل باسم المكلف الفرد، وجميع أنواع الشركات، الفئة (ب) وهي، وحدات القطاع الاقتصادي والتعاوني، مثل الهيئات والمؤسسات والشركات العامة، وشركات القطاع المختلط، ووحدات القطاع التعاوني، الفئة (ج) وهي، الجمعيات والمنظمات المهنية، الفئة (د) وهي، فرع الشركات الأجنبية ومكاتب التمثيل والارتباط. التشريعات الضريبية، مرجع سابق، ص ٥٦.

الضريبية، بإعادة النظر في تدقيق وتصحيح الإقرارات، النظر في تقدير وربط الضريبة التي تجريها الإدارة الضريبية لمكلفي ضرائب الدخل^(١).

٢ - إجراءات الاعتراض:

تقوم هذه المجموعة الإدارية الضريبية بالنظر في الاعتراضات المقدمة من المكلف وفقاً للإجراءات التالية:

أ - توجيه إخطار إلى المكلف:

الإخطار هو الوسيلة الرسمية لإعلان المكلف أو الجهة بكافة الأعمال الإجرائية المنصوص عليها في قانون ضرائب الدخل، ويبلغ المكلف بالإخطارات عن طريق التبليغ الإداري إلى مقر المنشأة أو محل إقامة المكلف الثابت أو محله المختار الذي يحدده، أو عن طريق البريد المسجل إلى آخر عنوان معروف ومقيد بمصلحة الضرائب^(٢). ويتم إبلاغ المكلف بإخطار يشتمل على قرر مصلحة الضرائب بربط الضريبة من واقع الإقرار المقدم منه بعد استكمال إجراءات المراجعة والتدقيق للبيانات والوثائق والمستندات، كما يشتمل على إلزامه بأداء دين الضريبة أو تكليفه بالوفاء أودفع الضريبة في موعد أقصاه (٢١) يوماً إذا وافق على هذا الربط، مع الإشارة إلى حق المكلف بالاعتراض على ذلك في حالة عدم الموافقة على الربط^(٣).

ب - مدة الاعتراض:

يحق للمكلف الذي ربطت عليه الضريبة (الربط الذاتي أو الإضافي أو المقطوع) الاعتراض خطياً خلال ثلاثين (٣٠) يوماً من تاريخ تبليغه بالإخطار، ويمكن تمديد المدة إلى خمسة عشر (١٥) يوماً إذا اقتنعت المصلحة بأن

(١) المادتين (٢، ٤) من قرار وزير المالية رقم (٤٧٢) لسنة ١٩٩١م، بشأن مجموعات

الإدارة الضريبية، التشريعات الضريبية، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٢) المادة (٦٦) من قانون ضرائب الدخل.

(٣) المادتين (٨٥، ٨٦) من قانون ضرائب الدخل.

المكلف لم يتمكن من تقديم اعتراضه خلال المدة المذكورة بسبب غيابه خارج اليمن أو لأي سبب آخر مقبول، وإذا لم يقدم الاعتراض خلال هذه المدة يكون الربط نهائياً وتؤدي الضريبة بموجبه فوراً^(١).

ج - حضور المكلف أو وكيله:

على مجموعات الإدارة الضريبية بعد إحالة وتسليم الملف في الموعد الذي حدد للمكلف، وهو نفس موعد يوم الإحالة وتسليم الملف من طرف رئيس القسم المعني ومدير الإدارة، التحقق من صحة الاعتراض، وأنه قدم من ذي صفة (المكلف أو وكيله)، وأنه مستوفٍ للشروط القانونية. إعادة دعوة المكلف مرة أخرى في حالة عدم حضوره هو أو وكيله أمام المجموعة في الموعد المحدد الجديد أو أنه لم يقدم المستندات المطلوبة منه، وعلى مجموعات الاعتراض التحقق من صحة الوكالة عند عدم حضور المكلف بنفسه أمامها، وإثبات ملخص التوكيل في محضر جلسات المجموعة^(٢).

د - مناقشة الاعتراض:

قلنا أنه عندما تتسلم مجموعة الإدارة الضريبية طلب الاعتراض من المكلف تستدعيه إلى الحضور لمناقشة اعتراضه، ولها أن تطلب منه تزويدها بالتفاصيل التي يراها ضرورية عن دخله الذي جرى تقدير وربط الضريبة عليه، وتقديم كافة الإثباتات والمستندات المؤيدة لاعتراضه والتي لها علاقة بدخله، ويحق له أن يبين أسباب الاعتراض، وحق إضافة أي أسباب تفيد الاعتراض، ويحق للمكلف الاطلاع على الملف الخاص بالاعتراض في مقر الإدارة قبل الجلسة بوقت كافٍ وبتصريح من مدير الإدارة، كما تقوم المجموعات الإدارية الضريبية بالآتي^(٣):

- (١) المادة (٦٩) الفقرات (أ، ب) من قانون ضرائب الدخل.
- (٢) المادة (٦) من قرار وزير المالية بشأن مجموعات الإدارة الضريبية. انظر إلى: التشريعات الضريبية، مرجع سابق ص ٥٣.
- (٣) المادة (٨) من قرار تنظيم مجموعات الإدارة الضريبية، التشريعات الضريبية، مرجع سابق، ص ٥٤.

- مناقشة المكلف في اعتراضاته على التصحيحات والتعديلات التي أجرتها الإدارة الضريبية، فإذا تم التوصل مع المكلف على الموافقة عليها، يتم إبلاغ المكلف بقرار الربط النهائي، ويكون هذا القرار غير قابل للطعن فيه.
- إذا تم التأكد من صحة وسلامة الإخطارات والمعلومات والمستندات المتوفرة لدى الإدارة الضريبية المقدمة من المكلف، يتم إعادة التقدير على ضوءها، وإذا لم يتم التوصل مع المكلف إلى اتفاق كلي أو جزئي يتم ربط الضريبية وإبلاغ المكلف بقرار الربط النهائي، ويكون هذا القرار قابلاً للطعن فيه^(١).
- الاحتكام إلى مدير الإدارة والمدير العام في حالة الاختلاف في الرأي بين المجموعة على ضوء القوانين والقرارات والتعليمات التنفيذية.
- زيادة التقديرات من خلال ما يتكشف لها من الوثائق والمستندات المقدمة وبقرار معلل بالربط الإضافي.

هـ - إصدار القرار:

تكون عملية إصدار القرار من طرف مجموعة الاعتراض بكامل أعضائها في جلسة سرية وخلال أسبوع من تاريخ إحالة الاعتراض إليها بالأغلبية إذا كان من الفئة الأولى (أ، ب)، وبالإجماع إذا كان من الفئة الثانية (ج، د). كما يجب على مجموعة الاعتراض الانتهاء من كل ملف يحال إليها خلال أسبوع واحد من تاريخ إحالة وتسليم ملف الاعتراض ما لم يكن هناك أسباب مقنعة تستدعي التأخير، وفي هذه الحالة عليها التبرير والعرض على الإدارة الضريبية المعنية، ولايجوز الاشتراك في هذه المجموعات لمن قام بالمحاسبة أو التدقيق أو تقدير الدخل، أو كانت له مصلحة خاصة في الملف أمام المجموعة أو له مصلحة بالنزاع، ولرئيس مصلحة الضرائب أو من يفوضه إعادة النظر في سقوط الدخل لحالات فئات المكلفين التي يصادق عليها^(٢).

(١) المادة (٦٩) الفقرات (ج، د) من قانون ضرائب الدخل.

(٢) المواد (٩، ١٠، ١٤) من قرار وزير المالية لسنة ١٩٩١م بشأن مجموعات الإدارة الضريبية، التشريعات الضريبية، مرجع سابق، ص ٥٥.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للطعن أمام لجان الطعون الضريبية

الطعن الإداري هو اعتراض المكلف على أي قرار يصدر من مصلحة الضرائب يقدم إلى الإدارة الضريبية، أو إلى لجان خاصة شكلت للفصل بهذه الطعون قبل اللجوء إلى القضاء، والطعن الإداري أياً كان نوعه يكون اختيارياً، إلا أنه واستثناء من هذه القاعدة تنص أغلبية التشريعات الضريبية المعاصرة على إلزامية الطعون الإدارية الأولى في كل منازعة ضريبية قبل مراجعة القضاء في الشأن نفسه^(١). وإضافة إلى المزايا الموضوعية التي تحققها إجبارية الإجراء، فإنه من الناحية الإجرائية يعمل على ربط المرحلة الإدارية بالمرحلة القضائية في المنازعات الضريبية، كما تلعب الطعون الإدارية الأولى دور قاضي الصلح في الإجراءات القضائية، خاصة إذا عملت الإدارة الضريبية على توسيع دائرة حوارها مع المكلفين^(٢)، أي ضرورة اللجوء إلى الطعون الإدارية قبل اللجوء إلى القضاء، وهذا الشرط يعتبر شرط قبول دعوى الإلغاء في تلك التشريعات، أما بالنسبة للتشريع الضريبي اليمني فلم ينص صراحة على إلزامية الطعون الضريبية أمام لجان الطعون قبل اللجوء إلى القضاء، بل نص في المادة (٦٩) من ضرائب الدخل على أنه إذا لم تقتنع مصلحة الضرائب بالاعتراض والمستندات المقدمة وتمسك المكلف باعتراضه يتم ربط الضريبة، وإصدار قرار معطل بذلك، ويكون هذا الربط قابلاً للطعن فيه خلال ثلاثين (٣٠) يوماً من تاريخ إبلاغ المكلف بذلك أمام لجان الطعون^(٣). وأيضاً لا يجوز تخطي لجان الطعون رأسياً أمام محاكم قضايا ضرائب الدخل^(٤). لذلك سوف نقوم بالتطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه اللجان وكيفية تشكيلها.

(١) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ١١٦.

(٢) د. عصام بشور: التشريع الضريبي، دمشق ١٩٨٢، بدون دار نشر، ص ٦٧٣.

(٣) المادة (٦٩) الفقرة (٣) من قانون ضرائب الدخل.

(٤) المادة (١٦) من قرار وزير المالية بتنظيم إجراءات الطعون الضريبية، التشريعات الضريبية، مرجع سابق، ص ٥٢.

أولاً - الطبيعة القانونية للجان الطعون الضريبية:

كثيراً ما يثير تحديد الطبيعة القانونية للجان الطعون الضريبية المحدثّة لفض المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والمكلف في إطار القانون الضريبي عدة مشاكل على مستوى العاملين القضائي والفقهّي، والناجمة أساساً عن سكوت المشرع عن الحسم في المسألة بنص صريح، وقد حدا هذا بالاجتهاد القضائي إلى وضع معايير يمكن الاعتماد عليها للتمييز في إطار هذه اللجان بين تلك التي تعتبر من قبيل الهيئات الإدارية وتلك التي تشكل هيئة قضائية، إلا أن تطبيق هذه المعايير لا يفيد - في غالب الأحيان - في تحديد طبيعة اللجان، ليبقى حل المسألة مرهوناً بالأراء الخاصة لكل جانب، ولتحديد هذه الطبيعة القانونية لهذه اللجان أهمية قصوى، من حيث معرفة القواعد الإجرائية الواجب التطبيق أمامها والمتعلقة بالإجراءات وحقوق الدفاع، وأيضاً تحديد القرار الصادر منها، بمعنى آخر هل هو قرار إداري أو حكم قضائي؟ وطرق الطعن الواجبة الاتباع، وطرق التنفيذ، كما أن تحديد طبيعة هذه اللجان سيمكن من معرفة وسائلها وعملها، ووسائل إقناعها^(١).

١ - مسألة تشكيل لجان الطعون:

وفي إطار هذا الخلاف السابق ذهب رأي إلى اعتبار لجان الطعون الإدارية في المادة الضريبية من قبيل المحاكم الإدارية، ويستند هذا الرأي إلى أن الإدارة الضريبية والمكلف يقف كل منهما أمام اللجان للدفاع عن وجهة نظره، ويكون قرارها ملزماً لكليهما في الحدود التي قررها القانون، كما يستند هذا الجانب من الفقه إلى أنه ليس للإدارة الضريبية أن تصدر إلى اللجان أوامر أو تعليمات في شأن القيام بمهمتها، وإذا أرسلت إليها المنشورات والتعليمات التي تصدرها فإنما يكون ذلك من سبيل الإحاطة والعلم، ولكي تستأنس اللجان بها عند الاقتضاء^(٢)، ونستطيع إجمال هذا الخلاف بما يلي:

(١) د. محمد مرزاق وآخرون، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٢) د. عصام بشور: مرجع سابق، ص ٦٧٣.

أ - يذهب الاتجاه الأول إلى أنها لجان إدارية لمجموعة من الاعتبارات كعدم توفر عنصر الحيادة الذي يشترط توفره في العمل القضائي، باعتبارها تشكل من موظفين تابعين للإدارة الضريبية، وأنها غير مقيدة بالقواعد الشكلية في قانون المرافعات، ويترتب على ذلك أنه إذا اشترك في إصدار قرارها عضو لم يسبق أن حضر جلسة سمعت فيها أقوال المكلف فلا يبطل قرارها، إذ اللجنة تصدر قرارها بناء على ما قدمه المكلف إلى الإدارة الضريبية من ملاحظات وبيانات، أما حضور المكلف بنفسه أو بوكيل عنه أمامها لإبداء أقواله فإنه ليس لازماً لصحة قرار اللجنة، وإنها لجان إدارية لا تتوفر سوى على سلطة تحديد أسس الضريبة وليس لها اختصاص الفصل في مسائل قانونية. كما أنها لجان إدارية تتكون من موظفين إداريين يشكلون الأغلبية، ومن ثم تعد قراراتها قرارات إدارية وليست أحكاماً^(١).

ب - وذهب رأي ثانٍ إلى أنها لجان إدارية ذات صبغة قضائية، ويتضح ذلك من خلال وجود قاضٍ على رأس هذه اللجان، فوجوده يعتبر من أهم المؤشرات التي تكشف عن تدرج هذه اللجان نحو الطابع القضائي، كذلك اتباع إجراءات أمام هذه اللجان شبيهة إلى حد ما بتلك المتبعة أمام الهيئات القضائية من حيث احترام حقوق الدفاع كما هو الشأن في تقديم الطعن في شكل عريضة، وما يتعلق بالآجال وإمكانية الاستماع إلى المكلف إذا ما طلب ذلك، أو في إطار إجراءات حضورية وجهاً لوجه مع الإدارة التي أنجزت التصحيح، ومن خلال إلزام القانون الضريبي لجان الطعون بتسبب قراراتها، وهذا ما يؤكد ميل مؤيدات هذه اللجان نحو الطابع القضائي^(٢).

ج - ذهب رأي ثالث إلى أن هذه اللجان تتصرف كجهاز تكميلي لإدارة الضرائب وليس كهيئات قضائية فهي تعمل على إتمام عمل إدارة الضرائب فيما يخص

(١) د. زكريا محمود بيومي: الطعون القضائية في ربط الضريبة، الاتحاد العربي للطباعة، الخرطوم، ١٩٧٤، ص ٢٥٧.

(٢) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ١١٥، د. شريف مصباح: مرجع سابق، ص ٢٤٥.

تحديد أساس الضريبة، إذا فهي مثل مأمور أو مفتش الضرائب مكلفة بمهمة إدارية^(١).

إن الإبقاء على الطابع الإداري للجان الطعون الضريبية كما يعتقد بعض الفقه قد يتلاءم مع مصالح المكلف؛ لأنه يوفر له ضمانات إضافية لتلك التي توفرها الصبغة القضائية لهذه اللجان، هذا إضافة إلى أن وجود هذه الصبغة القضائية تجعل من الإجراءات المعمول بها قريبة جداً من تلك المعمول بها أمام القضاء؛ مما يعزز حيادها أمام هذه اللجان، ويدعم استقلالها عن الإدارية الضريبية^(٢). خاصة إذا قام المشرع اليمني بجعل رئاسة لجان الطعون من طرف قاضٍ كما كان عليه في نص المادة (٢٤) من قانون ضريبة المبيعات قبل أن يعدل عام ٢٠٠٥م، حيث كانت تشكل لجان الطعون الضريبية في ضريبة المبيعات بشكل متساوي، ثلاثة يمثلون مصلحة الضرائب وثلاثة يمثلون المكلف برئاسة قاضٍ ابتدائي محايد.

٢ - تشكيل لجان الطعون الضريبية:

نص المشرع الضريبي اليمني على تشكيل لجان لنظر الطعون في قرارات ربط الضريبة، وذلك حتى يتمكن المكلف من الطعن بقرار الإدارة الضريبية أمامها، ويختلف تشكيل لجان الطعون الضريبية من ضريبة إلى أخرى^(٣). فقد نص قانون ضرائب الدخل على تشكيل واختصاصات لجان الطعون بقرار من وزير المالية موضحاً به مقر ونطاق عملها الجغرافي من: مسؤول مالي

(١) فتحي إبراهيم: طبيعة لجان التحكيم العامة وانعكاساتها على تدعيم ضمانات المكلف، دبلوم السلك العالي (ماجستير)، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، الرباط، غير منشورة، ١٩٩٢م، ص ١٣٤.

(٢) فتحي إبراهيم: مرجع سابق، ص ١٣٥.

(٣) تشكل لجان الطعن في الضريبة على المبيعات بقرار من وزير المالية من: محاسب قانوني من جمعية المحاسبين يختار بالتوافق من قبل ممثلي مصلحة الضرائب والغرفة التجارية والصناعية رئيساً، وموظفين فنيين من مصلحة الضرائب، وممثلين عن الغرفة التجارية والصناعية يتم اختيارهما من الاتحاد العام للغرفة.

لا تقل درجته عن مدير عام رئيساً، موظفين فنيين من مصلحة الضرائب وممثلين عن الغرفة التجارية والصناعية أو النقابات المهنية أعضاء، وأمين للسر مقرر^(١).

ويتميز هذا التشكيل بنوع من التوازن للجان الطعون الضريبية ضمن إطار خلق نوع من التوازن بين أطراف المنازعة الضريبية وهما، المكلف والإدارة الضريبية، من خلال ضمانات حياد الجهة المكلفة بتسوية هذا النزاع وأعضائها الممثلين للغرف التجارية والصناعية والنقابات المهنية، وتعتبر العناصر التي تشكل منها هذه اللجان من أهم ضمانات هذا الحياد، ولذلك لم يخرج المشرع الضريبي اليمني عن غيره من بقية التشريعات المعاصرة في تشكيل لجان الطعون، حيث أقر إشراك ممثلين للمكلف جنباً إلى جنب مع ممثلي المصلحة الضريبية في تشكيل هذه اللجان، إلا أنه يختلف معها في مسألة تعيين رئيس لهذه اللجان، والذي يتم اختياره من رجال السلطة القضائية المعروف بحيادها واستقلالها في التشريع المغربي مثلاً^(٢). أما في التشريع اليمني فيتم تعيين رئيس اللجان من طرف وزير المالية، إضافة إلى أن هذه اللجان غير متوازنة من حيث أن الرئيس والموظفين الفنيين هم من موظفي الإدارة الضريبية، ويشكلان الأغلبية في تشكيل لجانها.

وعلى ذلك يعتبر وجود ممثلين للمكلف ضمن تشكيلة لجان الطعون لضمان عدالة مواجهة كل القرارات التي تتخذها لجان الطعون في حالة غياب ممثلي المكلف بالضريبة، يتضح ذلك من نص القانون الذي اشترط حضور صحة اجتماعاتها، خاصة وأن الأغلبية من موظفي الإدارة. أما الشروط الواجب توفرها

(١) المادة (٧٤) من قانون ضرائب الدخل.

(٢) تشكل اللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة في المغرب من رئيس يختار من السلك القضائي إلى جانب ممثلين عن الإدارة الضريبية، وآخرين عن المكلفين (قانون الضريبة على الدخل لسنة ١٩٨٩)، إضافة إلى خمسة قضاة آخرين يتولون رئاسة اللجان الفرعية الخمسة، القانون المالي المغربي لسنة ١٩٩٣.

في أعضاء هذه اللجان فقد اشترطت كما في بعض التشريعات الضريبية^(١) عدم الجواز لرئيس اللجنة أو أحد أعضائها الحضور أو الاشتراك في جلسات اللجنة إذا كان ذا صلة قرابة مع الطاعن حتى الدرجة الرابعة، أو له مصلحة خاصة بالنزاع^(٢).

٣ - اختصاصات لجان الطعون:

أقر المشرع اليمني ضمانات مهمة للمكلف بالطعن أمام لجان الطعون للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة تفوق ما نص عليه من قواعد عند الاعتراض أمام مجموعة الاعتراض الإدارية لتقدير وربط الضريبة، ويعتبر نطاق اختصاصها أحد أهم الأمور التي شملها هذا الاهتمام؛ حيث نصت المادة (٧٤) على تشكيل لجان للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، التي ترفع إليها الطعون في المقررات الصادرة عن مجموعات الاعتراض الإدارية بخصوص الاعتراض على تقدير وربط الضريبة من المكلف، وتختص هذه اللجان في البت في المسائل الواقعية، أي في تحديد العناصر المكونة للأساس الضريبي الذي على ضوءه يتم ربط الضريبة المفروضة، دون المسائل القانونية.

يشكل حصر اختصاص هذه اللجان في المسائل الواقعية ضماناً مهمة للمكلف على اعتبار أنه قد سيتعصى على هذه اللجان حل المسائل القانونية بسبب طبيعة التكوين المهني للجان الطعون، وأنه ليس من الضرورة أن يكون أعضاؤها أو بعضهم من الملمين بالقانون أو تفسيره أو تطبيقه^(٣). وينطبق هذا

(١) اشترطت المادة (١٥٧) من القانون المصري لضرائب الدخل لسنة ١٩٨٣ في عضو لجان الطعون أن يكون ممن يؤدي الضرائب المباشرة والتي لا يقل مجموعها عن مائة جنيه في السنة، وأيضاً أن لا يكون ممن سبق وأبدى رأيه في أرباح السنة موضوع الاعتراض د. سالم الشوابكة: مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٢) المادة (١٧) من قرار وزير المالية لسنة ١٩٩١، بشأن لجان الطعون الضريبية، التشريعات الضريبية، مرجع سابق، ص ٥٤٩.

(٣) القاضي جعفر حسون: الطبيعة القانونية للمنازعات الضريبية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط ١٩٩٦، ص ٣٥.

على التشريعات التي تشكل فيها اللجان برئاسة قاضٍ، كما كان الشأن في لجان الطعون في الضريبة على المبيعات الذي تم تعديله سنة ٢٠٠٥، ومن الأمثلة التي تميز بين المسائل الواقعية في تحديد الأساس الضريبي، وتلك المتعلقة بالمسائل القانونية، مثلاً: إن تقدير المصاريف الحقيقة القابلة للخصم هي مسألة واقع، ولكن البحث عن أساس هذه المصاريف الحقيقة في التشريع الذي يحدد المصاريف، مبلغها، طريقة حسابها، هي مسألة قانونية، وأيضاً معرفة ما إذا كان دخل ما يدخل أو لا يدخل في تقدير الأساس الضريبي يقتضي معرفة ما إذا كان المشرع قد أدخله أم لم يدخله ضمن العناصر المكونة لهذا الأساس، وبالتالي فإن الأمر يتعلق بتفسير نصوص قانونية^(١).

وقد حدد التشريع الضريبي اليمني اختصاص لجان الطعون^(٢) في المسائل الواقعية من خلال تحديد الأساس الضريبي الذي على أساسه تم تقدير وربط الضريبة، وذلك في المادة (٧٥) حيث نصت على أن تختص لجان الطعون في النظر في الطعون الضريبية من قرارات الربط وإعادة النظر فيها، ولها الحق في تأييد الضريبة المربوطة أو تعديلها بالزيادة أو النقص أو الإلغاء وفقاً لأحكام هذا القانون^(٣)، إلا أن إصدار قراراتها مسببة تعتبر من المسائل القانونية.

ثانياً - إجراءات الطعون:

يرجع سبب رفض الإدارة الضريبية لعدد كبير من الطعون التي تصل إليها لعدم التزام المكلف المعني بالأمر بالبيانات الأساسية التي نص القانون الضريبي على ضرورة توافرها في عريضة الطعن، وهي شروط وإجراءات دقيقة جداً إلى حد لا يستطيع مكلف عادي ذو ثقافة ضريبية بسيطة إلى حد الجهل عند البعض، الإلمام بها، مما يعرض حقوق نسبة كبيرة من المكلفين المشتكين

(١) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢) د. عبدالله بركات: التشريع الضريبي، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٣) المادة (٧٥) من قانون ضرائب الدخل.

للضياح، وهو ما جعل الإدارة الضريبية تبدي نوعاً من المرونة تجاه طعون المكلفين، وتراعي - تحقيقاً للعدالة الضريبية - الظروف الاجتماعية لكل مكلف، خاصة أمام التعقيدات التي يتميز بها القانون الضريبي^(١)؛ لذلك نظم المشرع الضريبي اليمني إجراءات الطعن في قرارات مجموعة الاعتراض بخصوص اعتراض المكلف على ربط الضريبة عليه بالطعن أمام لجان الطعون وفقاً للإجراءات التالية:

١ - شروط قبول الطعون:

تتنوع الشروط الضرورية المطلوبة لتقديم الطعون أمام لجان الطعون بين الشروط الشكلية والموضوعية وذلك كما يلي:

أ - الشروط الشكلية:

- يلزم أن يكون الطعن فردياً: من المعروف أن المكلف المعني مباشرة بالضريبة هو الذي يتقدم بالطعن أمام لجان الطعون، وكل مكلف يقدم طلباً فردياً، ومن ثم فلا يقبل الطلب الجماعي المقدم من عدة مكلفين مقيدين بصورة فردية في الجداول، وقد لا يقوم المكلف بالضريبة بنفسه برفع الطعن إلى لجان الطعون المختصة، وإنما قد ينوب عنه شخص آخر في القيام بهذه المهمة، قد يكون محامياً أو أي شخص آخر، وعلى غرار ما يقع في إجراءات التقاضي أمام المحاكم، فإن على كل من يحل محله المكلف في الطعن أمام لجان الطعون أو أمام الإدارة الضريبية تقديم إثبات أو وكالة - تحدد الصفة أو من ينوب عن الطاعن - رسمية معتمدة وفقاً لقانون المرافعات^(٢).

- ميعاد تقديم الطعن: حددت كافة التشريعات الضريبية أجلاً معيناً يتم فيه تقديم الطعون الضريبية إلى الإدارة الضريبية أو إلى لجان الطعون، وهي

(١) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢) المادة (١١٧) من قانون المرافعات رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢.

مدة ثلاثين (٣٠) يوماً في التشريع الأردني والمصري^(١) من تاريخ إخطار المكلف بربط الضريبة، ويترتب على عدم احترام هذا الأجل أو الميعاد القانوني من طرف المكلف المعني بالأمر عدم قبول طعنه، ويعتبر عدم القبول لرفع الطعن بعد الميعاد متعلقاً بالنظام العام^(٢)، أي تأمر اللجنة من تلقاء نفسها بعدم قبوله، وهو نفس الميعاد في التشريع الضريبي اليمني، حيث أعطى للمكلف الذي ربطت عليه الضريبة بناء على قرار المصلحة لعدم الاقتناع بالاعتراض المقدم منه الطعن خلال ثلاثين (٣٠) يوماً أمام لجان الطعون من تاريخ إبلاغه^(٣).

– تقديم الطلب كتابياً: إن الإجراءات الكتابية إحدى الضمانات الأساسية التي تقرها جل التشريعات الضريبية، إذ أنها كفيلة بتفادي عدة مشاكل تقع بين الأطراف المعنيين، ولا سيما التأخيرات وعدم تطابق وجهات النظر حول نقط جوهرية في بعض الحالات، وعدم قبول الطعون الشفوي، ويرجع سبب إلزام التشريعات الضريبية الصيغة الكتابية في طلب الطعن إلى وجود مجموعة من البيانات الأساسية التي استلزم القانون توافرها في الطلب^(٤). فالقانون الضريبي اليمني اشترط على الطاعن أن يقدم عريضة الطعن خطياً من أصل ونسختين، يقدم الأصل مع العريضة للجنة الطعون ويحتفظ بالنسخة الأولى لديه بعد التأشير عليه من أمين سر اللجنة بما يفيد استلامه لأصل العريضة، وكذلك إثبات تاريخ الاستلام أو ختمها بالختم، وتسلم النسخة الثانية من قبل المكلف إلى الإدارية الضريبية المعنية^(٥).

- (١) المادة (٣١) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥، والمادة (١٥٧) من قانون ضرائب الدخل المصري رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨٣.
- (٢) د. زكريا محمود بيومي: الطعون القضائية، مرجع سابق، ص ٤٠.
- (٣) المادة (٦٩) الفقرة (٣) من قانون ضرائب الدخل.
- (٤) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ١٤١.
- (٥) المادة (٥) الفقرة (١) من قرار وزير المالية رقم (٤٧٧) لسنة ١٩٩١، التشريعات الضريبية، ص ٤٩.

ب - الشروط الموضوعية:

إلى جانب الشروط السابقة هناك شروط موضوعية نص عليها القانون في المادة (٧٦)، والتي يجب على الطاعن أن يوضحها حتى يتم قبول طعنه وهي^(١):

- تحديد الضريبة التي يقر بها عن كل سنة، وتحديد أوجه اعتراضه أو الخلاف، وإقامة الدليل الذي يؤيد ما أقر به من ضريبة، وما يعترض عليه منها.
- سداد الضريبة التي يقر بها في عريضة طعنه (وفقاً لتقدير الإدارة الضريبية)، وإرفاق سند السداد معها.
- دفع رسوم طعن بنسبة (٠,٥٪) من الضريبة المعترض عليها المكلف عن كل سنة ضريبية على ألا تزيد الرسوم المقررة في كل الأحوال عن خمسين (٥٠) ألف ريال.

٢ - إجراءات النظر في الطعون^(٢):

بعد التأكد من استكمال الملف وفقاً للشروط السابقة، تقوم لجنة الطعون بإخطار كل من المكلف والإدارة الضريبية بموعد الجلسة كتابياً في ميعاد غايته سبعة أيام قبل انعقاد الجلسة، وعليهما الحضور أمامها أو أن يحضر عنهما من يوكله أو أن يبين اكتفاءهما بالبيانات التحريرية التي قدماها، وإذا لم يحضر المكلف جدد له موعد آخر مدته سبعة أيام، وإذا لم يحضر في الموعد الثاني يحق للجنة النظر في الطعن أو تأجيل النظر في الطعن للمدة التي تراها مناسبة، وتكون إجراءاتها على الشكل التالي^(٣):

- (١) المادة (٧٦) من قانون ضرائب الدخل.
- (٢) لمزيد عن إجراءات الطعن أمام لجان الطعون يمكن النظر إلى قرار وزير المالية لسنة ١٩٩١ بشأن لجان الطعون الضريبية وتحديد اختصاصاتها وتنظيم إجراءاتها ومهامها، التشريعات الضريبية، ص ٤٩.
- (٣) المادة (٧٧) من قانون ضرائب الدخل.

- أ - تجتمع اللجنة بأغلبية أعضائها وتكون جلساتها سرية إلا إذا رأت خلاف ذلك، وتقوم بدراسة الملفات والأوراق والمستندات المعروضة عليها، ولها الحق في طلب أي بيانات إضافية من كل من الإدارة الضريبية أو المكلف أو أي جهة أخرى، ويحق للمكلف والإدارة الضريبية الاطلاع على ملف الطعن.
- ب - تعد لجنة الطعون محاضر اجتماع لجلساتها ومحضراً نهائياً يتضمن جميع أوجه الخلاف والأسس التي استندت إليها اللجنة في قرارها، من سنوات الطعن ومحل الخلاف واعتراضات الطاعن وما يؤيدها، ورد الإدارة الضريبية عليها في القضية محل الطعن، وتصدر قرارها إما بتأييد قرارات الربط النهائية أو تعديلها بالزيادة أو النقص أو الإلغاء وفقاً لأحكام القانون^(١)، وذلك بأغلبية أعضائه الحاضرين، وموقع عليها من رئيس اللجنة وأمين السر خلال مدة أقصاها شهرين من تاريخ تقديم الطعن.
- ج - يكون لكل من المصلحة والمكلف، الطعن في قرارات لجان الطعون أمام محكمة قضايا ضرائب الدخل خلال واحد وعشرين (٢١) يوماً من تاريخ استلام قرار لجنة الطعون^(٢).

(١) المادة (٧٥) من قانون ضرائب الدخل.

(٢) المادة (٧٨) من قانون ضرائب الدخل.

المبحث الثاني الطبيعة القانونية للطعون القضائية في ربط ضرائب الدخل

يعتبر القضاء من أهم السلطات لأي دولة، وهو الملاذ الذي يلجأ إليه الأفراد والجماعات والدول من أجل حل مشاكلهم، وحتى يؤدي القضاء دوره على الوجه الأكمل لا بد أن يكون مستقلاً وبعيداً عن الأهواء والنزوات، ويجب أن يتمتع بالحيادية، وذلك في سبيل تحقيق العدالة والاستقرار داخل المجتمعات^(١). فالقضاء له أهمية كبيرة في مجال الرقابة على تصرفات الإدارة وأعمالها المادية، وتعد الرقابة القضائية مفضلة على غيرها من الرقابات بسبب أن القائمين بمهام رجال السلطة القضائية مستقلون عن الإدارة بما يتوفر فيهم من ضمانات الحياد، فضلاً عن الإلمام القانوني والتخصص، وأيضاً بسبب أن الأحكام التي تصدرها المحاكم - بما لها من حجية الأمر المقضي فيه - تعتبر عنواناً للحقيقة، وتصبح حداً فاصلاً للنزاع، وتمنع من إثارة الجدل حولها بعد ذلك.

مهمة القاضي في مجال الرقابة على المنازعات الضريبية ليست بالأمر الهين، فهو مدعو للتوفيق بين ضمان حقوق الأفراد تجاه إدارة الضرائب، وبين ما تقتضيه المصلحة العامة من تمويل موازنة الدولة بمجموعة من الضرائب، كما يتحمل مسؤولية حماية المكلف الذي لم تنصفه الإدارة الضريبية في مرحلة الطعون الإدارية أمام لجان الطعون الضريبية^(٢). وأمام هذه الأهمية للقضاء في النظر في المنازعات الضريبية، تثار مسألة أو إشكالية تعيين المحكمة المختصة بالنظر في قضايا الطعون الضريبية (مطلب أول)، وهل يجوز الاستئناف في الأحكام الصادرة عن المحكمة المختصة بالطعون الضريبية (مطلب ثان).

(١) د. شريف مصباح: مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٢) د. ملكة صروخ: القانون الإداري "دراسة مقارنة" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٤٦٦.

المطلب الأول

التنظيم القانوني للطعن أمام المحكمة الابتدائية المختصة

على أثر صدور قرار لجان الطعون الضريبية بتأييد قرار الربط أو تعديله بالزيادة أو النقص أو الإلغاء، فإن القرار يكون واجب الاتباع، فيتم الربط على أساسه، وإذا لم تكن الضريبة قد حصلت يجب تحصيلها وفقاً للقرار، وإذا لم يوافق المكلف أو المصلحة أو كلاهما معاً على هذا القرار فإن المشرع اليمني الضريبي - على غرار بقية التشريعات الضريبية - قد منحهما الحق بالطعن بقرار هذه اللجان أمام المحكمة المختصة بقضايا ضرائب الدخل^(١). لكن ما هي المحكمة المختصة؟ وما الإجراءات المتبعة في الطعون الضريبية؟

أولاً - إشكالية تعيين المحكمة المختصة بقضايا ضرائب الدخل واختصاصاتها:

القضاء في اليمن يقوم على وحدة القضاء وازدواجية القانون، أي لا يوجد قضاء إداري مستقل كما هو في بعض الدول، لذلك أوكل مسألة الطعون بقرارات للجان الطعون الضريبية إلى محاكم مختصة بقضايا ضرائب الدخل.

١ - مراحل تعيين المحكمة المختصة واختصاصاتها:

أ - لقد مرت عمليات إنشاء محاكم مختصة للضرائب في اليمن بعدة مراحل^(٢):

أولها: كانت المحاكم الابتدائية تختص بالنظر في جميع القضايا الضريبية، وذلك ضمن القضاء الشامل، حيث كان القاضي يتمتع في إطاره بسلطات واسعة، حيث يمكنه إلغاء المقررات الإدارية الضريبية المعروضة عليه والتي

(١) د. يوسف هزاع الوافي: الوافي في المالية العامة والتشريع الضريبي اليمني، مكتبة الصادق، الطبعة الأولى، صنعاء ٢٠٠٦، ص ٣٨٣.

(٢) د. يوسف الوافي: مرجع سابق، ص ٣٨٤.

فرضت بها الضريبة، كما يمكنه تغيير أو تعديل هذه المقررات بتخفيض مبلغ الضريبة أو الإعفاء منه، وقد يطلب من الإدارة إرجاع المبلغ الذي قامت باستخلاصه من المكلف، وعلى هذا الأساس يتحدد اختصاص المحاكم الابتدائية في مادة المنازعات الضريبية..

ثانيها: لقد نص قانون ضرائب الدخل لسنة ١٩٩١ في المادة (٧٩) على تشكيل محاكم قضائية مختصة ومتفرعة للفصل في القضايا الضريبية والمخالفات، ولم يصدر قرار بتشكيل هذه المحاكم إلى سنة ١٩٩٦، حيث صدر قرار جمهوري بإنشاء محاكم ابتدائية نوعية متخصصة في بعض المحافظات الرئيسية تسمى (محاكم الأموال العامة) ، تختص في البت في القضايا المتعلقة بالضرائب والجمارك، والاختصاصات الأخرى^(١).

ثالثها: صدور قرار بإنشاء محكمتين ابتدائيتين للضرائب سنة ٢٠٠٣ في كل من أمانة العاصمة ومحافظة عدن فقط، تختص المحكمتان في الطعون المقدمة من مصلحة الضرائب أو المكلف في قرارات لجان الطعون الضريبية، وفي الدعاوى المتعلقة بالمخالفات الضريبية والتهرب الضريبي^(٢).

والملاحظ أن المشرع الضريبي اليمني قد أوكل حق النظر في المنازعات الضريبية إلى أكثر من محكمة مختصة، إلى محكمة الضرائب المختصة في أمانة العاصمة ومحافظة عدن فقط، وإلى محاكم الأموال العامة في بقية المحافظات، على أن يكون مقر محاكم الأموال في كل من محافظات أمانة العاصمة، محافظات (صنعاء، عدن، تعز، حضرموت، الحديدة)، وإلى المحاكم

(١) المادة (١) من القرار الجمهوري بشأن إنشاء محاكم للأموال العامة رقم (٣) لسنة ١٩٩٦ والمعدل سنة ٢٠٠١.

(٢) تختص محاكم الأموال العامة إلى جانب البت في القضايا المتعلقة بالضرائب والجمارك، بكافة الجرائم الماسة بالمال العام وما في حكمها، وأموال الأوقاف، والجرائم الماسة بالثقة العامة كالتهريب وترويج العملات، والجرائم المرتبطة بما سبق والجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد لسنة ٢٠٠٦ وفقاً للمادة (٣) من قرار المجلس الأعلى للقضاء ٢٠٠٨.

الابتدائية ذات الولاية العامة في عواصم المحافظات والمديريات التي لا يوجد بها محاكم أموال عامة، على أن يتولى الفصل فيها القاضي المختص بقضايا الأموال العامة في المحكمة الابتدائية، فإن لم يوجد فرئيس المحكمة.

ب - اختصاصاتها:

تعتبر محكمة قضايا ضرائب الدخل بمثابة جهة أعلى يطعن أمامها في قرارات لجان الطعون، وهو ما يوفر للمكلف ضمانات أخرى في المنازعات الضريبية^(١). وقد حدد القانون في المادة (٨٠) اختصاصها في الطعون بقرارات لجان الطعون الضريبية من قبل المكلف والإدارة الضريبية، من أجل إعادة النظر في مقررات لجان الطعون بخصوص ربط وتقدير الضريبة بالتخفيض أو التعديل أو الإعفاء من الضريبة، كما تنظر في الدعاوي المتعلقة بالمخالفات الضريبية والتهرب الضريبي. ولا يجوز لأي محكمة أخرى ولأي سبب كان أن تنظر في القضايا والمنازعات الضريبية^(٢). وتتبع في إجراءات نظر قضايا الضرائب والفصل فيها القواعد والإجراءات المستعجلة المنصوص عليها في قانون ضرائب الدخل^(٣).

٢ - إشكالية تعيين المحكمة المختصة:

إذا كان الإجماع بين القوانين المعاصرة قد وقع على إلزامية المرحلة الإدارية الأولية، فإن الخلاف قد وقع - أساساً - حول تنظيم الاختصاص في المرحلة القضائية، فمن الفقهاء من ذهب إلى وجوب أن يعهد بالاختصاص إلى القضاء العادي على اعتبار أنه القضاء الذي يطبق القانون المدني، والذي يعتبر في نظرهم الشريعة العامة لشتى فروع القانون الوضعي^(٤)، وهناك من الفقهاء من ذهب إلى أن المنازعات الضريبية يجب أن تختص بها المحاكم الإدارية

(١) د. يوسف الوافي: مرجع سابق، ص ٣٨٥.

(٢) المادة (٨٠) من قانون ضرائب الدخل، والمادة (٢) من قرار إنشاء محكمتي الضرائب.

(٣) المادة (٦) من قرار إنشاء محكمتي الضرائب لسنة ٢٠٠٣.

(٤) د. زكريا محمود بيومي: مرجع سابق، ص ١٤.

باعتبار أنها منازعات إدارية بطبيعتها وتتضمن طعناً في قرارات إدارية نهائية تدخل في اختصاص القضاء الإداري، مصر وسورية والمملكة المغربية مثلاً^(١).

ولكن أغلبية الفقه يرى أن المنازعات الضريبية يجب أن تختص بها محاكم ضريبية مستقلة عن المحاكم العادية والإدارية الأخرى، التي قد يتكون منها النظام القضائي في الدولة، ويستندون في رأيهم إلى أن الطبيعة الفنية التي يتميز بها القانون الضريبي وذاتية هذا القانون تدعو إلى أن يختص بنظر المنازعات الضريبية قضاة متخصصون يعملون على تأصيل مبادئ القانون الضريبي وتوحيد أحكامه^(٢). وهناك دول أخذت بالمحاكم المختصة الاستئنافية كالقانون الضريبي الفلسطيني والأردني، وهي محاكم استئنافية خاصة تختص بالنظر في الاستئنافات المقدمة للطعن في قرارات التقدير وإعادة النظر في التقدير في ضريبة الدخل^(٣).

أما في اليمن فقد اتجه المشرع اليمني إلى الاتجاه الذي يرى أن تختص محاكم ضريبة مستقلة للفصل في المنازعات الضريبية، وقد أنشأ محاكم ضريبية ابتدائية مختصة بقضايا ضرائب الدخل، والهدف من ذلك هو مراعاة الطبيعة الخاصة التي تتصف بها هذه القضايا والتي تحتاج إلى خبرة وكفاءة فنية من الناحية المالية والمحاسبية، إضافة إلى أن هذه القضايا تتعلق بأهم موارد الخزينة العامة للدولة، وبالتالي لا تحتتمل التأخير والبطء في الإجراءات المتبعة أمام المحاكم العادية.

ثانياً - قواعد وشروط التقاضي في الطعون الضريبية:

إن المنازعات الضريبية تنفرد بذاتية متميزة واستقلالية خاصة، الأمر الذي يجعل من الضرورة إقرار مجموعة من القواعد التي تستجيب لهذه الخاصية.

(١) د. مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ١٠.

(٢) د. زكريا محمود بيومي: الطعون القضائية، مرجع سابق، ص ١٢.

(٣) د. شريف مصباح: مرجع سابق، ص ١٤٤ ص ١٤٨.

وتكون قواعد الإجراءات في الطعون الضريبية أمام السلطة القضائية من أهم الجوانب التي يجب الاهتمام بها، وتمييزها عن القواعد العامة المعمول بها في قانون المرافعات بقصد طبع الإجراءات الضريبية بطابع السرعة، وذلك رعاية لمصالح الخزينة العامة من جهة، ومن جهة أخرى حتى تتحدد وضعية المكلف من الناحية الضريبية^(١).

١ - قواعد التقاضي أمام المحكمة:

الواقع أن هناك مجموعة من التشريعات الضريبية المعاصرة عملت على إقرار مبدأ قواعد التقاضي في إجراءات البت في الطعون الضريبية، بحيث نصت على إجراءات قضائية متميزة عن الإجراءات المدنية والإدارية، مثل التشريع الأردني الذي حرص على إيجاد نظام خاص يتولى تنظيم أصول استئناف وتمييز قضايا ضريبة الدخل، ويتم تطبيق قانون أصول المحاكمات المدنية في الأمور التي لم يرد بها نص في ضريبة الدخل^(٢). ومن التشريعات الضريبية الأخرى من أدرجت الدعاوي الضريبية في نطاق المنازعات التي تخضع لقواعد الإجراءات الإدارية، بينما أبقت تشريعات أخرى، خاصة تلك التي تعمل في إطار مبدأ وحدة القضاء، على الإجراءات المدنية كقاعدة أساسية، يتم وفقها البت في الطعون الضريبية أمام القضاء، ومنها المغرب ومصر حتى مع إحداث المحاكم الإدارية^(٣). أما التشريع اليمني لم ينص قانون ضرائب الدخل على إجراءات المرافعات أمام المحكمة الابتدائية المختصة بقضايا ضرائب الدخل، مما يعني أنه يتم تطبيق قانون المرافعات المدنية عليها، مما يثير التساؤل عن طبيعة الحماية التي توفرها نصوص قانون المرافعات للمكلف.

(١) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٢) د. سالم الشوابكة: مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٣) د. شريف مصباح: مرجع سابق، ص ١٤٩، د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ٢٠٧.

٢ - شروط قبول الطعون الضريبية:

لكل شخص مطلق الحرية في الالتجاء إلى المحكمة، ولكن طلبه لن يلقى قبولاً لدى القاضي إلا إذا توافرت شروط معينة في الدعوى التي تباشر بواسطة هذا الطلب، فيقصد بشروط قبول دعوى الطعون الضريبية الشروط الشكلية والموضوعية التي ينبغي للقاضي التحقق من توافرها في العناصر المختلفة للدعوى قبل الانتقال إلى فحص موضوعها، فالشروط الشكلية لا تختلف عن الشروط الشكلية التي يجب توافرها عموماً في دعوى الطعون الضريبية في أي نظام من الأنظمة^(١). أما الشروط الموضوعية فهي تختلف عن الشروط الموضوعية في أي دعوى طعون ضريبية؛ لذلك نص قانون المرافعات على بعض الشروط لقبول الدعوى أمام المحاكم، وقانون ضرائب الدخل على شروط خاصة لقبول الطعون الضريبية أمام محكمة قضايا ضرائب الدخل الابتدائية وهي:

أ - الشروط الشكلية:

نص قانون المرافعات وقانون ضرائب الدخل على عدة شروط شكلية لقبول الطعون الضريبية أمام المحكمة الابتدائية وهي:

- إجراء كتابي: الأصل في المرافعات الشفوية وفقاً لقانون المرافعات^(٢) إلا أنها كتابية في الطعون الضريبية، وذلك بشكل عريضة يتم تقديمها إلى المحكمة، فشرط الكتابة^(٣) يعتبر ضماناً أساسياً للمتقاضين؛ إذ يمكن هيئة المحكمة من دراسة ملف الدعوى (الطعن) بشكل جدي وبتعمق كبير، كما ستمكن الطرفين خاصة جانب المكلف من طرح وجهة نظره بكل تفصيل وتركيز، وقد ترتب على الصفة الكتابية للإجراءات أن أصبحت

(١) د. ملكة صروخ: مرجع سابق، ص ٥٠٦.

(٢) المادة (٢٣) الفقرة (ب) من قانون المرافعات.

(٣) د. نجيب أحمد الجبلي: شرح قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء

٢٠٠٨، ص ٤٤٩.

الأوراق والمستندات الكتابية الوسيلة الرئيسية في الإثبات في المادة الضريبية، ومع ذلك فإن القضاء لا يمانع من تقديم ملاحظات شفوية متى طلب منه أحد المتقاضين ذلك^(١).

كما يجب أن تتضمن العريضة البيانات المنصوص عليها في المادة (١٠٤) من قانون المرافعات، اسم المدعي ولقبه ومهنته وموطنه، واسم المدعى عليه وموطنه، وتاريخ تقديم العريضة، واسم المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى، وتوقيع المدعي أو وكيله، مع ذكر الوكالة، وبياناً وافياً عن موضوع الدعوى وأدلتها إجمالاً وطلبات المدعي محددة نوعها وصفتها وهل يطلبها بصفة مستعجلة أم عادية، وترفق بها المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء^(٢).

إجراء حضوري: تكون عملية الترافع أمام المحكمة حضورياً، ويتجسد في عملية تبادل المذكرات بين المتقاضين التي تتم في جميع مراحل المحاكمة إلى أن يقفل باب المرافعة، فجعل إجراءات التقاضي في الطعون الضريبية، إجراءً حضورياً هو ضمانه إضافية للمكلف الذي يوجد في وضعية غير متوازنة مع الإدارة الضريبية، والتي تستأثر بقوة القانون بامتيازات متعددة أمام القضاء^(٣)، وهي أيضاً مناسبة للاطلاع على المستندات أو الأوراق التي يتكون منها ملف الدعوى أو الطعن؛ بحيث إن القانون يجيز للمتقاضين الاطلاع على مستندات الدعوى حتى يتمكنوا من إعداد وسائل دفاعهم^(٤). ولا يقتصر حق الاطلاع على المكلف المعني مباشرة بملف الطعن، بل أيضاً وكيله، إذا أثبت وجود وكالة مكتوبة ومعتمدة رسمياً من لدى المحكمة، وفقاً لقانون المرافعات^(٥).

(١) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق ص ٢٠٧.

(٢) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٤٤٨، ص ٤٥٢.

(٣) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٤٤٣ - ص ٤٤٦.

(٤) د. زكريا بيومي: الطعون القضائية، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٥) المادة (٦٤) من قانون المرافعات.

- ميعاد الطعن: اشترط المشرع اليمني في قبول دعوى الطعون في قرارات لجان الطعون شرط يتعلق بميعاد رفع الدعوى، وهو شرط آخر من الشروط الشكلية المتعلقة بالإجراءات الواجب اتباعها عموماً في الطعون القضائية، فقد أعطى للمكلف ولمصلحة الضرائب حق الطعن بقرارات لجان الطعون خلال واحد وعشرين (٢١) يوماً من تاريخ استلام قرار لجان الطعون^(١).

- الصفة والمصلحة: لقد اختلفت التشريعات الضريبية المعاصرة فيمن يحق له الطعن أمام المحكمة الضريبية، المكلف فقط أم المكلف والمصلحة معاً، المشرع الأردني جعل حق الاستئناف في قرار التقدير محصوراً بالمكلف فقط، أما الإدارة الضريبية أو المصلحة فلا يحق لها الطعن باعتبارها مصدرة القرار^(٢). أما المشرع الضريبي المصري^(٣) واليمني فقد جعل حق الطعن للمكلف الذي فرضت عليه الضريبة سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً أو من طرف وكيل عنه موقعاً ومعتمد من جهة رسمية، وأيضاً للمصلحة أو الإدارة الضريبية حق الطعن بقرار لجان الطعون أمام المحكمة المختصة، حيث نصت المادة (٧٨) من قانون ضرائب الدخل على حق المكلف والمصلحة الطعن في قرارات لجان الطعون أمام محكمة قضايا ضرائب الدخل.

كما نص المشرع في قانون المرافعات صراحة على عدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع الذي لا تكون لصاحبه فيه مصلحة، ويحق للمحكمة عدم قبول

(١) تختلف مواعيد الطعون بقرار لجان الطعون في النظام الضريبي اليمني، فنجد موعد الطعون بقانون الدخل (٢١) يوماً في المادة (٧٨)، وموعد الطعون في الضريبة على المبيعات خلال (٣٠) يوماً وفقاً للمادة (٢٥)، وموعد الطعون في قانون الجمارك خلال (١٥) يوماً وفقاً للمادة (٢٠٣).

(٢) المادة (١٦٢) من قانون ضرائب الدخل الأردني لسنة ١٩٨٥.

(٣) د. سالم الشوابكة: مرجع سابق، ص ٢٠٥، ٢١٢.

الدعوى إذا تبينت أن لا صفة أو مصلحة فيها^(١). بل إنه جعل توافرها من النظام العام، حيث أضاف قائلاً: ((ولو من تلقاء نفسها)). أما شرط الأهلية في رافع الدعوى فهو شرط لصحة الإجراءات وليس شرطاً لقبول الدعوى، بدليل أن الدعوى تثبت لنقص الأهلية ولكن لا يمارسها إلا وليه^(٢). فشرط الصفة قد قضي بإدماجه في شرط المصلحة في دعوى الطعون الضريبية، إذ يتوفر في صاحب المصلحة أو في من ينوب عنه نيابة قانونية، أما شرط المصلحة فهو الذي يجب توفره في رفع دعوى الطعون الضريبية، لأنه من المبادئ القانونية المسلمة قاعدة تقول: ((حيث لا مصلحة فلا دعوى))^(٣). بمعنى أنه لا يقبل طلب الطعن إلا من طرف المتضرر من القرار الإداري المطعون فيه، أو الذي ألحق به ضرراً حقيقياً وهو المكلف الذي فرضت عليه الضريبة شخصياً.

ب - الشروط الموضوعية:

اشترط قانون ضرائب الدخل على أن قبول الطعن المقدم من المكلف لا يكون مقبولاً من الناحية الشكلية إلا بعد توفر الشروط الموضوعية وهي:

أن يقوم الطاعن بسداد مبلغ الضريبة التي يوافق عليها من واقع قرار لجنة الطعون، وأيضاً سداد مبلغ خمسين في المائة (٥٠٪) من الضريبة المعترض عليها، إلا أن هذا الشرط كان محل خلاف بين المكلف والإدارة الضريبية (المصلحة)، فحسمت المحكمة العليا هذا الخلاف وأصدرت قراراً بإلغاء سداد مبلغ (٥٠٪) من الضريبة المعترض عليها من طرف المكلف، كشرط مقيد لقبول الطعن أمام المحكمة المختصة بقضايا ضرائب الدخل من أجل تحقيق المساواة بين الإدارة الضريبية والمكلف أمام القضاء^(٤).

(١) المادتين (٧٥، ٧٦) من قانون المرافعات.

(٢) د. إبراهيم محمد الشرفي: الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة ومركز الصابق، صنعاء، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧، ص ٨٥.

(٣) د. ملكة الصروخ: مرجع سابق، ص ٥١١.

(٤) الحكم الصادر رقم (٢) بتاريخ ٢/١٠/٢٠٠١، القاضي بعدم دستورية البند (ب) من قانون ضرائب الدخل لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية العدد (١٩)، الجزء الأول بتاريخ ٧/١٠/٢٠٠١

ثالثاً - إجراءات النظر بالطعون الضريبية:

بعد أن يتم تقديم عريضة الطعن واستكمال جميع الإجراءات والشروط اللازمة سالفة الذكر تبدأ إجراءات البت أو النظر في الطعون المقدمة من المكلف ومصلحة الضرائب في الموعد المحدد وفقاً لقانون المرافعات بعشرة أيام، ويجوز إنقاصها إلى ثلاثة أيام أمام المحكمة الابتدائية لحضور المكلف ومصلحة الضرائب أو وكيلهما، أو المكلف والمصلحة ووكيلها معاً^(١)، بالتحقق من توافر جميع الشروط الشكلية سابقة الذكر، والتثبت من صحة التوكيل بعقد الجلسات السرية إلا إذا رأت غير ذلك تكون علنية، وفقاً لقانون ضرائب الدخل، وخروجاً عن القاعدة العامة وقانون المرافعات في المادة (١٦١) بعلانية الجلسات^(٢)، تبدأ إجراءات التحقيق والإثبات في الدعوى الضريبية، قبل ذلك تقوم المحكمة بالسعي في إقناع الخصوم (المكلف والإدارة الضريبية) بالصلح قبل البدء في نظر الدعوى، فإذا تصالح الخصوم يتم تسجيل هذا الصلح ويوقع الطرفان على اتفاقية المصالحة، وتنتهي القضية، وتعتبر حكماً نهائياً في حقهما حسب قانون المرافعات^(٣)، وإذا لم يتم التصالح تبدأ المحكمة بإجراءات النظر بالطعن بإجراء التحقيق والإثبات.

١ - إجراءات الإثبات:

يعتبر الإثبات مرحلة أساسية في سير كل دعوى أمام القضاء، وعلى هذا الأساس فإن كل طرف يعمل من جانبه على تدعيم ملفه بالحجج والمستندات اللازمة لتأكيد ادعاءاته أمام القضاء حسب القواعد العامة في إجراءات الإثبات الموضوعية والإجرائية والتي نظمها قانون الإثبات اليمني^(٤). فالقاعدة العامة حسب قانون المرافعات على المدعي إثبات ما أنكره المدعى عليه وتسمع أدلته وشهوده، وإذا اعترف المدعى عليه أو أنكر أو سكت وأثبت المدعي ما أنكره أو

(١) المادتين (١٠٨، ١٠٩) من قانون المرافعات.

(٢) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٤٦٠.

(٣) المادة (١٦٥) من قانون المرافعات.

(٤) قانون الإثبات رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦.

لم يثبتته وطلب يمين المدعى عليه ونكل عنها قضى للمدعي، وإذا عجز المدعي عن الإثبات حكم برفض الدعوى^(١). وما دام المكلف هو الذي يبادر - في غالب الأحيان - إلى رفع الدعوى الضريبية، فإن مؤدى ذلك أنه يجب أن يتحمل من الناحية القانونية عبء إثبات ما يدعيه كيفما كان الحال، بينما تعفى إدارة الضرائب (المدعى عليها) في هذا الشأن، فتطبق هذه القاعدة في الدعوى الضريبية وتحمل المكلف عبء الإثبات - مدعي كان أو مدعى عليه - فيه تعسف وحيث كبير وإهدار لمبدأ المساواة الذي يجب أن يطبق كل خصومة أمام القضاء، وهو ما أكدته قانون ضرائب الدخل في المادة (٨٠) الذي ألزم المكلف الطاعن بإقامة الدليل والإثبات على صحة طعنه^(٢).

للقاضي الضريبي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير وسائل الإثبات المقدمة ومدى قوتها في تأكيد الحق المدعى به، وباستثناء اليمين وشهادة الشهود، فإن جميع وسائل الإثبات المعمول بها في إطار الخصومة العادية تبقى هي نفسها المعتمدة في الدعوى الضريبية مع بعض الملاحظات في هذا الشأن؛ أهمها إمكانية توزيع هذه الوسائل إلى وسائل الإثبات المرتبطة بالمحاسبة عن طريق الاطلاع على الوثائق المحاسبية من دفاتر وسجلات ومستندات^(٣)، ووسائل الإثبات غير المحاسبية وهي سماع شهادة الشهود فقط فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو التوقيع أو بصمة الأصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت إليه^(٤).

٢ - إجراء التحقيق:

إذا تبين على ضوء مجرى الدعوى، وعلى ضوء الحجج والإثباتات المقدمة أن حل القضية واضح يجوز للقاضي أن يقر أنه لا محل لإجراء تحقيق في

(١) المادة (١٦٦، ١٦٧) من قانون المرافعات.

(٢) المادة (٨٠) الفقرة (أ) من قانون ضرائب الدخل.

(٣) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ٢٢٨.

(٤) د. زكريا بيومي: الطعون القضائية، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

الدعوى أو الطعن، أما إذا تبين له عكس ذلك فإن القاضي يتخذ ما يراه صالحاً لإزالة الغموض والإبهام عن القضية، واتخاذ كل إجراء مناسب لحماية الحقوق والقانون. لقد نظم قانون الإثبات إجراءات الخبرة^(١)، كما أعطى قانون ضرائب الدخل للمحكمة الحق في أن تستعين بمن تراه من ذوي الخبرة، بشرط أن يكون من جهة محايدة^(٢)، لمساعدة القاضي في عملية إثبات وقائع معينة، خاصة وأن القاضي ليس ملزماً بالإلمام بالأمور الفنية لبعض القضايا. إن عملية الاستعانة بذوي الخبرة تكون إما بواسطة المحكمة أو بناء على طلب المكلف، أو بناء على طلب مصلحة الضرائب، ويجب أن يكون الخبير من جهة محايدة، أي لا يجوز الاستعانة بخبير من الموظفين الذين ساهموا في تأسيس الضريبة أو من موظفي الإدارة الضريبية أو من لهم علاقة بمصلحة الضرائب، وعادة ما يكون الخبير من المحاسبين القانونيين. أما بخصوص نفقات الخبير فإن قانون المرافعات أعطى الحق للمحكمة بالحكم من تلقاء نفسها بإلزام المحكوم عليه بالنفقات في الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها، ويكون لرئيس المحكمة تقدير النفقات^(٣).

رابعاً - إصدار الحكم:

بعد قفل المرافعة وانتهاء الخصوم من تقديم طلباتهم ودفعهم تبدأ مرحلة التحضير لإصدار الحكم، حيث تبدأ بمرحلة المداولة وهي التفكير من القاضي الفرد في منطوق الحكم وأسبابه، أو من القضاة في حالة تعدد القضاة بالتشاور والمناقشة بين أعضاء المحكمة للاتفاق على وجه الحكم في الدعوى^(٤). والقاعدة أن تنظيم الأحكام وكيفية إصدارها في النظام القضائي اليمني لا يخرج عن الأحكام العامة المعمول بها في إطار الدعوى المدنية، من حيث سرية المداولة

(١) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٢) المادة (٨٠) الفقرة (ز) من قانون ضرائب الدخل.

(٣) المواد (١٥٧، ١٥٨، ٢٦١) من قانون المرافعات.

(٤) المادة (١٧٢) من قانون المرافعات.

وعدم إشراك غير القضاة الذين سمعوا المرافعة^(١)، وبما أن هيئة الحكم في محكمة الضرائب تتألف من قاضي فرد نظراً لعدم وجود قضاة متخصصين في المجال المالي والضريبي، فإن القاضي الضريبي يصدر الحكم بعد الاطلاع على الإثباتات المقدمة من المكلف الطاعن وإلى تقرير الخبير وقفل باب المرافعات^(٢) فإن المحكمة تصدر حكمها خلال شهرين بأغلبية الآراء موقعاً عليه من الرئيس والأعضاء وأمين السر، مؤيداً بالحجيات والأسانيد القانونية التي استندت عليها، إما بتأييد قرار لجنة الطعون بتقدير وربط الضريبة على المكلف، وذلك في حالة عدم إثبات المكلف الطاعن لدعواه، أو عدم قناعتها بالإثباتات المقدمة ولا سيما أن عبء الإثبات على المكلف وحده، أو بالحكم بتعديل الضريبة، والحكم بالدعوة الكيدية كما يلي:

١ - الحكم بتعديل الضريبة:

تعديل الضريبة يعني بشكل عام التعديل بالزيادة أوالتخفيض، وذلك كما يلي:

أ - الحكم بتخفيض الضريبة: يحق للمحكمة أن تصدر قراراً إما بتخفيض الضريبة على المكلف إذا أثبت المكلف الطاعن دعواه للحد الذي يقر به المكلف، أو تقرر تخفيض الضريبة بقيمة تقع بين ما يقر به المكلف وبين قرار تقدير الإدارة الضريبية^(٣).

ب - الحكم بالزيادة أوإلغاء الضريبة: أن مسألة إصدار قرار بزيادة أو إلغاء الضريبة، لم يوضحه المشرع اليمني، وإنما نص على تعديل الضريبة، فالحكم بالزيادة الضريبية يعني الخروج عن نص القاعدة ((لا يضر الطاعن من طعنه))، إلا أن هذه القاعدة لا تتفق مع القانون الضريبي، إذ أن هذا القانون هو قانون خاص فهو الواجب التطبيق على قضايا الضرائب^(٤). إلا أن

(١) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٤٦٧.

(٢) انظر إلى: الأحكام وكيفية إصدارها في المواد (٢٢٢ إلى ٢٣٢) من قانون المرافعات،

د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٥١٢، ص ٥٢٣.

(٣) المادة (٨٠) الفقرة (هـ، و) من قانون ضرائب الدخل.

(٤) د. سالم الشوابكة: مرجع سابق، ص ٢١٨.

هناك رأياً يرى إمكانية أن تحكم المحكمة بالزيادة إذا كشفت المصلحة الضريبية أن هناك دخلاً جديداً للمكلف الطاعن لم يظهر سابقاً عند الربط، أو إذا ما طالب المكلف بإعادة النظر بالربط أمام المحكمة، وجب عليه أن يتحمل نتائج ذلك بما فيها زيادة الربط إن لم يكن محقاً باستئنافه، وكان له دخول لم يفصح عنها عند الربط مثلاً، وكشفت للمحكمة من خلال الخبرة^(١). أما مسألة إلغاء الضريبة، لم ينص القانون الضريبي على حق المحكمة بإلغاء الضريبة، فكان على المشرع النص على إعطاء المحكمة حق إلغاء الضريبة إذا اتضح لها أن القرار المطعون قد صدر بشكل مخالف للقانون، وبالتالي إلغاء التقدير أو ربط الضريبة على المكلف الطاعن.

٢ - الحكم بالدعوى الكيدية:

إن المادة الضريبية هي الأكثر عرضةً ومجالاً لأعمال الدعوى الكيدية خاصةً من قبل المكلفين ذوي النية السيئة، إما بهدف التهرب من الالتزامات الضريبية، أو بهدف تأخير تسديد الدين الضريبي^(٢). وقد كان أهم إجراء أقرته قوانين الأنظمة الضريبية^(٣)، ومن بينها القانون الضريبي اليمني، قاعدة أن الدين الضريبي واجب الأداء حالاً وأن المعارضة فيه لا توقف التنفيذ، ولذلك أجاز للمحكمة الضريبية في المادة (٨٠) الفقرة (ج) من قانون ضرائب الدخل الحكم

(١) د. حمدي سليمان القبيلاتي: الطعن بقرار تقدير ضريبة الدخل الأردني رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥، وتعليقاته "دراسة تحليلية وتطبيقية" مجلة الحقوق الكويتية، عدد (١) السنة (٣٢)، مارس ٢٠٠٨، ص ٤٥٢.

(٢) د. محمد مرزاق وآخرون: مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٣) لقد فرض القانون الضريبي المغربي غرامة مالية على كل مكلف رفض طعنه بالتزوير والتهرب الضريبي، وكل من ساهم في عملية التهرب بثلاثة أمثال مبلغ الضريبة المتهرب من أدائها. أما القانون الضريبي الأردني فقد نص في المادة (٣٤) من قانون ضريبة الدخل الحكم بإضافة نسبة (١٠٪) من المبلغ الذي لم يسلم به الطاعن من الضريبة المحكومة بها عن كل سنة بقيت فيها القضية لدى المحكمة بسبب الماطلة والتأخير. أما القانون الضريبي اليمني فقد اعتبرها تهرب وتحايل على القانون يعاقب بجريمة التهرب حسب المادة (٩٠).

على المكلف الطاعن إلى جانب الضريبة المقدرة من الإدارة الضريبية وفقاً لقرار لجنة الطعون بعقوبة رادعة طبقاً لأحكام هذا القانون، أو بعقوبة أشد حسبما تراه المحكمة مناسباً فيما إذا تبين لها أن الطعن المقدم من قبل المكلف الغرض منه التهرب من دفع الضريبة والتحايل على القانون وأن دعواه لم تكن جدية. والهدف من ذلك هو سرعة البت في القضايا الضريبية ومنع المكلف الطاعن من اتباع أسلوب التأخير والمماطلة بقصد تأجيل دفع الضريبة. وهذه الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية المختصة تكون قابلة للطعن أمام محكمة الاستئناف من طرف المكلف والمصلحة.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للطعن أمام المحكمة الاستئنافية

يعرف الفقه الاستئناف بأنه أحد طرق الطعن العادي، يستهدف به رافعه تعديل الحكم فيما قضي به ضده، وذلك بإعادة طرح النزاع على محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم، فمنطق فكرة الاستئناف هو أن رافعه قد خسر الدعوى أمام قاضي أول درجة سواء بالنسبة لجميع نقاطها أو بالنسبة لبعضها فقط، وبغير توافر هذا الوضع لا محل لقبول الاستئناف لانتفاء المصلحة فيه^(١). فالهدف إذاً من الاستئناف هو إعطاء فرصة للمكلف الذي لا يرضى بالحكم، من أجل القيام بمراقبة محكمة أعلى وذلك لإنصافه وتحقيق العدالة في حقه، علماً بأن الاستئناف يكون لمرة واحدة فقط؛ وذلك من أجل عدم إطالة مدة التقاضي وعدم هدر الوقت والجهد^(٢).

يلعب الاستئناف دوراً أساسياً في القضاء العادي والقضاء الضريبي على وجه التحديد، من ناحية عدد الطعون المقدمة في هذا الإطار، ومن ناحية دوره في تقويم وإصلاح الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى (المحاكم

(١) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٥٥٤، د. إبراهيم الشرفي: مرجع سابق، ص ٢٥٤.

(٢) د. محمد مرزاق: مرجع سابق، ص ٢٥٣، د. شريف مصباح: مرجع سابق، ص ٢٤٦.

الابتدائية). لذلك نص قانون الضريبة على الدخل على حق كل من المكلف ومصلحة الضرائب في استئناف أحكام محكمة الضرائب الابتدائية أمام شعبة نوعية من شعب الاستئناف^(١)، وهي شعبة الأموال العامة في أمانة العاصمة والشعبة الجزائية في بقية المحافظات.

أولاً - شروط الطعن أمام المحكمة الاستئنافية:

عرف البعض طرق الطعن بأنها الوسائل القضائية الاختيارية التي ينظمها القانون لمصلحة المحكوم عليه، إذا أراد الاعتراض على الحكم الصادر ضده بقصد إلغائه أو تعديله أو إزالة أثره. وتقسم التشريعات عادة طرق الطعن إلى طرق عادية، وطرق طعن غير عادية^(٢). والواقع أن المنازعات الضريبية اليمنية تخضع لطرق الطعن نفسها التي تخضع لها المنازعات العادية، كما وقع التنصيص عليها في قانون المرافعات، مع بعض الاختلافات التي استوجبتها طبيعة المنازعات؛ لذلك نص القانون الضريبي على حق المكلف والمصلحة في الطعن أمام محكمة الاستئناف على أحكام المحاكم الابتدائية الضريبية، وتطبق في ذلك أحكام وقواعد الطعن الواردة في قانون المرافعات.

١ - الأحكام القابلة للاستئناف:

القاعدة هي أن جميع أحكام المحاكم الابتدائية تقبل الطعن بالاستئناف، إلا أن المشرع استثنى بعض الدعوى التي لا تستحق التقاضي على درجتين لضالة قيمتها الاقتصادية، واكتفى بفرضها على درجة واحدة واعتبر الحكم الصادر فيها انتهاءً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، ويعرف ذلك بالنصاب الانتهائي للمحاكم، ويقصد به ما إذا كانت قيمة الدعوى التي صدر فيها الحكم الابتدائي لا تتجاوز مبلغاً معيناً^(٣). وهذه المبالغ هي: الأحكام التي لا تتجاوز

(١) المادة (٨١) من قانون ضرائب الدخل.

(٢) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٥٤٦.

(٣) د. إبراهيم الشرفي: مرجع سابق، ص ٢٥٥.

مبلغ مائة ألف ريال في المسائل المدنية، وثلاثمائة ألف ريال في المسائل التجارية، وخمسة آلاف ريال كنفقة للزوجة، وثلاثة آلاف ريال كنفقة للصغير^(١). بالنسبة لمبلغ الضريبة لم يذكر قانون ضرائب الدخل قيمة المبلغ الذي لا يجوز الاستئناف فيه، لكن يمكن اعتبار المبلغ المحدد في المسائل التجارية هو مبلغ المسائل الضريبية.

٢ - شروط قبول الطعون الضريبية أمام المحكمة الاستئنافية:

لم يحدد القانون الضريبي أي شرط لقبول الطعون أمام المحاكم الاستئنافية، بل أحال ذلك إلى الشروط المنصوص عليها في قانون المرافعات، وهي الشروط الشكلية نفسها التي ترفع في الدعوى أمام المحكمة الابتدائية، في شكل عريضة مكتوبة متضمنة البيانات المتعلقة بالحكم المطعون فيه، مرفقاً بها جميع المستندات المؤيدة له، وفي المواعيد المحددة بستين يوماً بالطعون أمام المحكمة الاستئنافية^(٢). أما بخصوص ميعاد الطعون فلم يحدد القانون الضريبي موعداً للطعن أمام المحكمة الاستئنافية، وبحسب قانون المرافعات فإن ميعاد الاستئناف في أحكام محاكم الضرائب الابتدائية هو ستون (٦٠) يوماً، يبدأ من اليوم الثاني لصدور الحكم، أو من تاريخ تسليم صورته الرسمية للمحكوم عليه، أو من تاريخ إعلانه به إعلاناً صحيحاً^(٣).

كما أن الطعن بالاستئناف لا يقبل إلا ممن كان طرفاً في الدعوى الضريبية وصدر الحكم في حضوره، إضافة إلى استيفائه للشروط القانونية^(٤) المحددة بمقتضى قانون المرافعات المصلحة والصفة^(٥). أما من جانب مصلحة الضرائب فإن وزير المالية هو الذي يملك الصفة ليستأنف الأحكام الصادرة في

(١) المادة (٨٦) من قانون المرافعات.

(٢) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٥٥٣.

(٣) المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات.

(٤) د. إبراهيم الشرفي: مرجع سابق، ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(٥) المادتين (٧٥، ٧٦) من قانون المرافعات.

مجال الضرائب، لكن من الناحية العملية، غالباً ما ينوب عنه رئيس مصلحة الضرائب في القيام بهذه المهمة بصفته المختص في إدارة الضرائب والمعني في مباشرة شؤون الضريبة محل المنازعة، إضافة إلى شرط دفع الرسوم والدعم القضائي المحدد بمبلغ (٢١٠) ريال رسوم استئناف^(١).

ثانياً - إجراءات الطعن أمام المحكمة الاستئنافية:

الاستئناف شأنه شأن الدعوى المبتدأة، ينطبق عليه ما تقدم من قواعد خاصة برفع الدعوى، وذلك بإيداع طلب الطعن من المحكمة التي أصدرت الحكم، ومن ثم إرسالها مع ملف القضية إلى محكمة الاستئناف، ويجب أن يكون الطلب مستوفياً لمجموعة من الشروط كما ذكرنا سابقاً^(٢). أهمها أن يأتي في شكل عريضة كتابية تتضمن البيانات الخاصة بالحكم المستأنف وتاريخه، أسباب الاستئناف، والمستأنف هو الذي يقدر تلك الأسباب، طلبات المستأنف يجب أن تكون مسببة مثل المطالبة لأول مرة في الاستئناف برفع الضرائب التي ينازع فيها استناداً إلى أنه لا يخضع للتقدير أو الربط الذاتي^(٣). يخضع الطعن لإجراءات الاستئناف في الأحكام الواردة في مواد قانون المرافعات.

لقد منح القانون لمحكمة الاستئناف كافة الصلاحيات الممنوحة لمحكمة الدرجة الأولى (الابتدائية) من حيث بحث وقائع الطعن ووسائل الإثبات وتطبيق القاعدة التي تراها صحيحة على وقائع الطعن^(٤). ولا يجوز للطاعن المستأنف أن يطرح على محكمة الاستئناف إلا ما طرح على المحكمة الابتدائية، كما تتسم إجراءات البت بالطعون الضريبية بطابع الاستعجال حسب نص القانون الضريبي؛ وذلك لمنع المستأنف من اتباع أسلوب المماطلة بقصد تأجيل دفع الضريبة.

(١) المادة (٢٥) من قانون الرسوم القضائية رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٩.

(٢) د. إبراهيم الشرفي: مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٣) انظر إلى: المواد من (٢٨٤ إلى ٢٩٠) من قانون المرافعات.

(٤) د. نجيب الجبلي: مرجع سابق، ص ٤٥٥، ص ٥٦٨.

ثالثاً - إصدار الحكم وآثاره:

تصدر المحكمة الاستئنافية حكمها في الطعون الضريبية المرفوعة أمامها، إما بتأكيد قرار محكمة الضرائب الابتدائية، أو تعديله أو إلغائه، أو إعادة الطعن إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيما لم يتم الفصل فيه وفقاً لقانون المرافعات^(١). وتكون الأحكام الصادرة بالتعديل أو الإلغاء مبينة فيها بالأسباب المؤيدة لذلك. أما بالنسبة لآثار حكم المحكمة، فهي أحكام نهائية غير قابلة للطعن بأي طريقة من طرق الطعن أمام المحكمة العليا^(٢)، وهو عكس ما هو عليه في الطعن في الضرائب غير المباشرة (ضريبة المبيعات والضرائب الجمركية) التي يجوز الطعن في أحكام المحكمة الاستئنافية أمام المحكمة العليا^(٣).

الخاتمة:

إذا كانت المنازعات الضريبية هي المقياس الحقيقي لمصادقية أي نظام ضريبي، فإنه يصعب التسليم بهذه القاعدة - على الأقل في نظامنا الضريبي اليمني - من جهة لأن نظام المنازعات الضريبية - وخاصة في الضرائب على الدخل - غير سليم ويعاني من العيوب والإشكاليات الكثيرة في مختلف مراحل الطعون الضريبية الإدارية أو القضائية في ربط الضرائب على الدخل.

فعلى مستوى الطعون الإدارية ابتداء من الاعتراض أمام مجموعات الاعتراض وانتهاء بالطعن أمام لجان الطعون، فإن البطء في الأداء يؤدي إلى فقدان خزينة الدولة لأموال لا يستهان بها، وإرباك حالة المكلف المادية والنفسية، والتعقيدات التي تطبع الإجراءات في عملية الاعتراض وفي عملية الطعن أمام لجان الطعون، وعدم الوعي بالشكليات والقواعد المتعلقة بالاعتراض والطعن

(١) المادة (٢٨٨) الفقرة (و) من قانون المرافعات.

(٢) المادة (٨٠) من قانون ضرائب الدخل.

(٣) المادة (٢٥) الفقرة (ج) من قانون الضريبة على المبيعات، والمادتين (٢٢٠، ٢٢٥)

من القانون الجمركي لسنة ١٩٩٠.

يؤدي إلى رفض عدد كبير من الطلبات، إضافة إلى التعقيدات والمشاكل التي تكون الإدارة الضريبية سبباً فيها، حيث إن الإدارة الضريبية ما زالت تستعمل أدوات وتقنيات قديمة، ولا تستعمل التقنيات الحديثة مثل الأجهزة الإلكترونية اللازمة، إضافة إلى ضعف قنوات التواصل مع المكلف مما يجعل العلاقة بين المكلف والإدارة الضريبية مطبوعة بالتوتر واللامساواة في تطبيق القانون على المكلف، فالمكلف الصغير يخضع للقانون أكثر من المكلف الكبير بالرغم من أن المكلف الصغير يدفع الضريبة أكثر من المكلف الكبير.

أما على مستوى الطعون القضائية سواء أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو أمام المحكمة الاستئنافية، فهناك مشاكل متعلقة بالمكلف بضرائب الدخل ناتجة عن عدم توفير الوعي القضائي لدى المكلف مما يحول دون مقاضاتهم للإدارة الضريبية، بسبب اعتقاد المكلف أن الإدارة قوة لا يحكمها القضاء، وأن مقاضاتها يعني مقاضاة السلطة، وأيضاً الجهل بمبدأ فصل السلطات، وأن الحل المناسب معها هو التحايل عليها أو التوسط إليها باتباع الطرق الإدارية لحل مسألة الاعتراض على ربط الضريبة، إضافة إلى أن نسبة من المكلفين بالضريبة تجهل وسيلة الطعن أمام المحاكم ضد قرارات الإدارة الضريبية، أو تجهل وجود محكمة مختصة بقضايا ضرائب الدخل، وذلك بسبب تفشي الأمية بين المكلفين. أما المشاكل المتعلقة بالنظام القضائي، فالقضاء اليمني هو قضاء موحد شامل يطبق على جميع القضايا المدنية والإدارية...، وقد تم إنشاء محاكم متخصصة بقضايا ضرائب الدخل تطبق إجراءات التقاضي أمامها أحكام قانون المرافعات المدنية، وتشكوا هذه المحاكم الضريبية من قلة الوسائل المادية والبشرية من القضاة المتخصصين في المجال المالي والضريبي، وإلى الغموض في النصوص القانونية الضريبية، وعدم توحيد إجراءات الطعون الضريبية في جميع الضرائب، وعدم وجود قانون خاص بإجراءات الترافع والذي يتلاءم مع المنازعات الضريبية؛ مما يحول دون إنجاز الدعاوي والقضايا في أوقاتها.

نوصي لحل هذه المشاكل والتعقيدات الظاهرة في مجال المنازعات في الضرائب على الدخل بما يلي:

- ١ - العمل على إصلاح نظام ضرائب الدخل من أجل تحقيق العدالة الضريبية بين المكلفين، وذلك بإجراء مراجعة أسعار الضريبة على الدخل، وتضريب بعض الدخول غير المضربة مثل الجامعات والمدارس الخاصة وبيع الأراضي وتصدير المنتجات الزراعية... إلخ، ومراجعة الإعفاءات الممنوحة في قانون الاستثمارات.
- ٢ - توحيد الإجراءات والمواعيد في عملية الاعتراض والطعون الإدارية في جميع الضرائب المباشرة (الدخل) وغير المباشرة (الجمركية والمبيعات).
- ٣ - العمل على تحديث الإدارة الضريبية من أجل العمل على زيادة المردودية والتقليل من الأخطاء، وريح الوقت، والتقليل من الضغط على العاملين في الإدارة الضريبية، وخاصة أثناء قيام المكلفين بتقديم الإقرارات الضريبية، وذلك باستخدام أجهزة الحاسوب في العمل الضريبي بدلاً من العمل اليدوي، عمل موقع على شبكة الإنترنت يبين فيه جميع القوانين الضريبية والتعديلات المقترحة والمقررة، أو عملية الإجراءات في تقديم الإقرارات وإجراءات ربط وتقدير الضريبة وإجراءات الاعتراض والطعن في ربط الضريبة أمام الإدارة الضريبية وأمام القضاء.
- ٤ - خلق مراكز للتكوين وتدريب العاملين بمختلف الإدارة الضريبية من أجل إحداث التغيير المنشود من ناحية المعلومات والمهارات والسلوك والاتجاهات؛ مما يجعلهم قادرين على شغل وظائفهم بكفاءة، وأيضاً من تحسين العلاقة بينهم وبين المكلفين بالضرائب، حيث إن هذا التحسين في العلاقة سيمكن الإدارة الضريبية من تسوية عدة خلافات عالقة وبالتالي تحقيق السرعة المنشودة وذلك من خلال العمل على إعلام المكلفين بكل ما يتعلق بالضرائب حتى يكونوا على بينة من حقوقهم وواجباتهم.
- ٥ - إنشاء إدارة خاصة للاستقبال والإرشاد والرد على استفسارات المكلفين فيما يتعلق بالضرائب، واتباع أسلوب تنمية الوعي الضريبي في المدارس والجامعات وفي الإعلام، توسيع قنوات الحوار معهم والاعتناء بها في عملية الاعتراضات والطعون الإدارية الضريبية من خلال تبسيط إجراءات الحضور

والتصريحات ورسائل الإخطارات أو التبليغ، والاهتمام بالمكلفين أثناء أي إصلاح ضريبي أو تعديل، بغية إقرار نظام ضريبي سليم للدخل.

٦ - إنشاء قضاء إداري مستقل، وتبسيط أو إنشاء قانون خاص للمرافعات بالقضايا الإدارية وبالذات في القضايا الضريبية بدلاً من تطبيق قانون المرافعات المدنية على القضايا الضريبية والذي لا يتناسب مع المنازعات الضريبية.

المراجع

- ١ - د. إبراهيم محمد الشرفي: الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة ومركز الصاق، صنعاء، الطبعة الأولى ١٩٩٧.
- ٢ - د. أحمد عمر بامشموس: الإقرار بالدخل المحقق من ممارسة نشاط تجاري أو صناعي وقواعد ربط الضريبة على الدخل، مجلة الوعي الضريبي، عدد (١٠) مارس، ٢٠٠١م، صنعاء.
- ٣ - القاضي جعفر حسون: الطبعة القانونية للمنازعات الضريبية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط ١٩٩٦.
- ٤ - حمدي سليمان القبيلاتي: الطعن بقرار تقدير ضريبة الأردني "دراسة تحليلية وتطبيقية"، مجلة الحقوق الكويتية، عدد (١) السنة (٣٢) مارس ٢٠٠٨.
- ٥ - د. زكريا محمود بيومي: الطعون القضائية في ربط الضريبة، الاتحاد العربي للطباعة، الخرطوم ١٩٧٤.
- ٦ - د. زكريا محمود بيومي: المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضريبة، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠.
- ٧ - د. سليمان محمد العلوي: القضاء الإداري، قضاة التعويض وطرق الطعن، دون دار نشر، القاهرة ١٩٨٦.
- ٨ - د. سالم الشوابكة: قرار تقدير ضريبة الدخل وطرق الطعن به، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة الرابعة والعشرون، يونيو ٢٠٠٠م.
- ٩ - د. شريف مصباح أبو كرش: إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب، دار المناهج للنشر والتوزيع، ط١، عمان - الأردن ٢٠٠٤.
- ١٠ - د. عبدالله بركات: التشريع الضريبي في الجمهورية اليمنية، مكتبة ومركز الصاق، صنعاء ٢٠٠٤.

- ١١- د. عبدالله بركات: المالية العامة بين النظرية والتطبيق في اليمن، مركز الصاق صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- ١٢- د. عبدالمنعم فوزي: المالية العامة والسياسة المالية، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- ١٣- د. عصام بشور: التشريع الضريبي، دمشق ١٩٨٢، بدون دار نشر، ص ٦٧٣.
- ١٤- د. عاطف صدقي: مبادئ المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٣م.
- ١٥- فتحي إبراهيم: طبيعة لجان التحكيم العامة وانعكاساتها على تدعيم ضمانات المكلف، دبلوم السلك العالي (ماجستير)، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، الرباط، غير منشورة، ١٩٩٢م.
- ١٦- د. محمد مرزاق وآخرون: النظام القانوني للمنازعات الجبائية المغربية، مطبعة الأمانة، الرباط ١٩٩٦.
- ١٧- د. محمد وديع بدوي: دراسات في المالية العامة، دار المعارف المصرية، ١٩٩٦م.
- ١٨- د. ملكة صروخ: القانون الإداري "دراسة مقارنة" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- ١٩- د. نجيب أحمد الجبلي: شرح قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصاق، صنعاء ٢٠٠٨.
- ٢٠- د. يوسف هزاع الوافي: الوافي في المالية العامة والتشريع الضريبي اليمني، مكتبة الصاق، الطبعة الأولى، صنعاء ٢٠٠٦.

القوانين:

- ١ - التشريعات الضريبية اليمنية ١٩٩١ - ٢٠٠٥، إصدار مصلحة الضرائب.
- ٢ - قانون ضرائب الدخل رقم (٣١) ١٩٩١، والمعدل برقم (١٢) سنة ١٩٩٩.
- ٣ - قانون المرافعات رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢.

- ٤ - القرار الجمهوري رقم (٦) لسنة ١٩٩٦، والمعدل سنة ٢٠٠١، بشأن إنشاء محاكم الأموال العامة.
- ٥ - القرار الجمهوري رقم (١٨) لسنة ٢٠٠٣ بشأن إنشاء محكمتي الضرائب.
- ٦ - قانون الإثبات رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦.
- ٧ - قانون ضرائب الدخل المصري (١٥٧) لسنة ١٩٨٣.
- ٨ - قانون ضرائب الدخل الأردني (٥٧) لسنة ١٩٨٥ والمعدل سنة ١٩٩٥.
- ٩ - قانون الضرائب العام على الدخل المغربي (١١٦) لسنة ١٩٨٩.

المعاملة الضريبية للأسرة في قانوني ضريبة الدخل الأردني والمصري

الدكتور/ موفق سمور المحاميد
أستاذ مشارك - القانون الإداري والمالي
كلية القانون - جامعة آل البيت
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

إن ضريبة الدخل على الرغم من حياديتها واعتبارها من مصادر الإيرادات العامة إلا أنها لا تخرج عن كونها أداة مالية بيد الدولة، تستخدمها لتحقيق أهدافها المختلفة وأهمها الهدف الاجتماعي من خلال الحفاظ على مقومات المجتمع وقيمه ومعتقداته، لذا حرص المشرع الدستوري في الدول محل الدراسة على التأكيد على أهمية العناية بالأسرة باعتبارها النواة الأساسية للمجتمع مع ما يتطلبه ذلك من تكاملية التشريعات الوطنية في تجسيدها للمبادئ الدستورية في مجال حماية الأسرة.

وقد جاءت هذه الدراسة لتؤكد على أهمية الدور الإيجابي للمشرع في حماية الأسرة ضريبياً، وقد ركزت الدراسة على الإصلاحات الضريبية الأخيرة التي شاهدها المملكة الأردنية الهاشمية وجمهورية مصر العربية، وتحديداً قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، وقانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، مع الرجوع عند الضرورة للتشريعات الضريبية التي سبقت الإصلاح لغايات المقارنة.

وقد تمحورت مشكلة الدراسة حول موضوع المعاملة الضريبية للأسرة من خلال بيان مدى مراعاة المشرع الضريبي للقواعد الدستورية

ذات البعد الاجتماعي، مع الحرص على إبراز الصلة التي تربط بين قانون ضريبة الدخل و قانون الأحوال الشخصية في مجال معاملة الأسرة ضريبياً، ومقومات تلك المعاملة الضريبية، حيث إن قانون ضريبة الدخل يعتبر من التشريعات الرئيسة في مجال الضرائب المباشرة والتي تقوم على مبدأ شخصية الضريبة، والمتمثل بضرورة مراعاة الظروف الشخصية والاجتماعية للمكلف (الممول) من خلال منحه سلسلة من الإعفاءات الشخصية والعائلية والتي تعد تطبيقاً لقاعدتي العدالة والمساواة باعتبارهما من أبرز مقومات النظام الضريبي الجيد، إلا أن مراعاة هذه القواعد قد تصطدم باعتبارات حماية النظام الضريبي حرصاً على عدم استغلال حماية الأسرة في غير الغايات التي وضعت من أجلها، فالمكلف (الممول) قد يستغل مراعاة المشرع الضريبي للروابط الأسرية من حيث الإعفاءات الشخصية والأسرية وغيرها من مقومات المعاملة الضريبية التفضيلية للأسرة؛ ليجري سلسلة من التصرفات الوهمية أو المصطنعة لغايات الحيلولة - بصورة أو بأخرى - دون الخضوع لأحكام القانون.

الكلمات الدالة : ضريبة الدخل، المعاملة الضريبية للأسرة، الإعفاءات والخصومات الضريبية الأسرية، الإصلاح الضريبي.

مشكلة البحث وأهميته :

تتمحور مشكلة البحث حول موضوع المعاملة الضريبية للأسرة في قانوني ضريبة الدخل الأردني والمصري في ضوء الإصلاحات الضريبية الأخيرة، وتكمن أهمية البحث من خلال مساهمته في إبراز :

- مدى مراعاة المشرع في كل من الأردن ومصر للقواعد الدستورية ذات البعد الاجتماعي.
- مدى مراعاة المشرع لأهمية حماية الأسرة ضريبياً.
- إبراز مقومات المعاملة الضريبية للأسرة في كل من قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، وقانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته.
- إبراز الصلة بين قانون ضريبة الدخل و قانون الأحوال الشخصية في مجال معاملة الأسرة ضريبياً.

- مدى تراجع المشرع عن حماية الأسرة ضربياً في ضوء الإصلاحات الضريبية الأخيرة، ومدى صحة وصف التعديلات الضريبية الأخيرة بأنها من قبيل الإصلاح الضريبي، أم أنها تخلو من مقومات الإصلاح الفعلي. وما قد يؤدي إليه ذلك من نتائج تبين مدى حقيقة الإصلاح الضريبي الذي جرى في كل من الأردن ومصر، ومدى اتفاهه مع ظروف المجتمع وما يترتب على ذلك من توصيات.

منهج البحث :

سيحرص الباحث على اعتماد المنهج التحليلي المقارن من خلال استقراء النصوص التشريعية والوصول منها إلى استنباط موقف التشريع من مشكلة الدراسة في الدول موضوع الدراسة، كما سيتم اللجوء إلى المنهج الوصفي عند عرض موضوعات هذه الدراسة والاستعانة بالمنهج التاريخي لغايات مقارنة الإصلاحات التشريعية الضريبية الحديثة بالتشريعات الضريبية السابقة لها.

مخطط البحث :

سيتم معالجة مشكلة البحث وفقاً للتقسيم التالي :

المبحث الأول : المعاملة الضريبية للأسرة بين ذاتية قانون ضريبة الدخل وصلته بقانون الأحوال الشخصية

المطلب الأول : ذاتية القانون الضريبي وصلتها بالظروف الشخصية للمكلف.

الفرع الأول: ذاتية القانون الضريبي.

الفرع الثاني : مراعاة الظروف الشخصية والأسرية للمكلف كأحد مقومات القانون الضريبي.

المطلب الثاني: صلة القانون الضريبي بالقانون المنظم للأحوال الشخصية.

الفرع الأول : المصدر الاجتماعي للصلة بين القانون الضريبي والقانون المنظم للأحوال الشخصية.

الفرع الثاني: المصدر التشريعي للصلة بين القانون الضريبي والقانون المنظم للأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: مقومات المعاملة الضريبية للأسرة في قانون ضريبة الدخل.

المطلب الأول: الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية والإصلاح الضريبي المزعوم.

الفرع الأول: الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية والإصلاح الضريبي الأردني المزعوم.

الفرع الثاني: الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية والإصلاح الضريبي المصري المزعوم.

المطلب الثاني: التزامات المكلف الضريبية المرتبطة بالأسرة.

الفرع الأول: التزامات المكلف (رب الأسرة) عن أبنائه.

الفرع الثاني: التزامات المكلف الضريبية عن زوجته.

الفرع الثالث: التزام المكلف بعدم استغلال العلاقات الأسرية لتجنب الخضوع للضريبة.

الخاتمة (النتائج والتوصيات):

قائمة المراجع.

تمهيد :

إن المقصود بمصطلح (الأسرة) قد يقتصر على نتاج الزواج الشرعي (Married Couples)، وقد يتسع ليشمل أي نوع من أنواع العلاقات الأسرية (Any Kind of Household)، بحيث يشمل مفهوم العلاقة الأسرية (Household) بالإضافة إلى الأزواج الشرعيين، والأشخاص مختلفي الجنس المتعايشين معا دون علاقة زواج، كما يشمل الأشخاص مثليي الجنس المتعايشين معاً^(١)، وقد يمتد ليشمل أي مجموعة من الأشخاص الذين يعيشون معيشة مشتركة^(٢)، و تتناول هذه الدراسة المعاملة الضريبية للأسرة استناداً إلى مفهومها الشرعي والقانوني في كل من مصر والأردن باعتبارها نتاج العلاقة المشروعة بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما^(٣)، حيث إن الإسلام "حرم كافة الصور الأخرى للعلاقة بين الرجل

(١) على سبيل المثال، ففي كندا ووفقاً للمادة ٢٥٢/٤ من قانون ضريبة الدخل الكندي لعام ١٩٨٥ وتعديلاته فإن مصطلح زوج المكلف كان يقصد به (الشخص المغاير له في الجنس والذي يرتبط مع المكلف بعلاقة تعايش زوجية، بحيث يمر على هذه العلاقة مدة اثنا عشر شهراً، أو يرتبط بالمكلف بعلاقة زوجية، ويعتبر والدا لطفل يعد المكلف والداً له)، علماً بأن هذا المصطلح ظل يقتصر على مفهوم الزوج المغاير في الجنس (Heterosexual) حتى شهر نيسان ٢٠٠٠ حينما تم السير تشريعياً في إجراءات توسيع هذا المفهوم ليشمل - اعتباراً من عام ٢٠٠١ - العلاقات المثلية الشاذة بموجب التشريع (Bill C-23) المسمى قانون تطوير الحقوق والالتزامات (The Modernization of Benefits and Obligations Act).

Claire Young, What's Sex Got To Do With It? Tax And The "Family", Ottawa: Law Commission of Canada, 2000, May 15, 2000,p(2).

(٢) James Alm, Mikhail I. Melnik and Andrew Young, Taxing The "Family" In The Individual Income Tax, Atlanta: Andrew Young School of Policy Studies, July 2004, p(3).

(٣) تعريف عقد الزواج وفقاً للمادة (٥)، المملكة الأردنية الهاشمية، قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠، الجريدة الرسمية، العدد (٥٠٦١)، تاريخ ١٧-١٠-٢٠١٠، ص(٥٨٠٩).

والمرأة ولو سُمِّيت زَوْراً باسم الزواج^(١) وقَصَرَ "الزواج المشروع على ما يكون بين ذكر وأنثى، وحرَّم كل صور اللقاء خارج الزواج المشروع، كما حرَّم العلاقات الشاذة التي لا تؤدي إلى الإنجاب"^(٢)، و"الأسرة كمجموع بشري من ذكر و أنثى: هي البنية الأولى والوحدة الاجتماعية الأساسية للمجتمع، وتتجسّد فيها أركان المجتمع ومقوماته البنائية، ومهما صَغُر حجمها أو عدَد أفرادها فإنهم يرتبطون بعلاقات عاطفية واجتماعية ومالية"^(٣).

قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾^(٤)، وقال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾^(٥)، وقال عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٦)، وهكذا فإن الله - عز وجل - قد أكد في القرآن الكريم على أهمية الأسرة باعتبارها البنية الأولى في المجتمع كما أوجب على رب الأسرة مسؤولية الإنفاق على أفرادها وإعالتهم، وانطلاقاً من دستوري الدولتين محل الدراسة وما تضمناه من تأكيد على أن الإسلام هو دين الدولة، أي أن الدولة كشخص معنوي تعتنق الإسلام مما يقتضي معه تجسد هذا المفهوم

(١) المادة (١١)، ميثاق الأسرة في الإسلام، اعتمده مفتي جمهورية مصر العربية بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٨، ومجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف بتاريخ ٢٠٠٧/٨/١٦، منشور على الموقع الإلكتروني للجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل: <http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc.php?id=493>

(٢) المادة (١٦)، ميثاق الأسرة في الإسلام، المرجع السابق.

(٣) المادة (١٤)، ميثاق الأسرة في الإسلام، مرجع سابق.

(٤) الآية (١٣)، سورة الحجرات، السورة رقم (٤٩)، الجزء السادس والعشرون، القرآن الكريم.

(٥) الآية (٧٢)، سورة النحل، السورة رقم (١٦)، الجزء الرابع عشر، القرآن الكريم.

(٦) الآية (٢٣٣)، سورة البقرة، السورة رقم (٢)، الجزء الثاني، القرآن الكريم.

عملياً في مختلف تشريعاتها الداخلية، بحيث تكفل تعاضد تلك التشريعات في مختلف المجالات، ومنها رعاية الأسرة ضريبياً التي هي موضوع هذه الدراسة.

وبالرجوع إلى الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته نجد أنه أكد في المادة (٢) على أن الإسلام هو دين الدولة، ونصت المادة (١٠٢) منه على أن المحاكم الشرعية تطبق في قضائها أحكام الشرع الحنيف، وأشار في المادة (٦) إلى ضرورة تحقيق المساواة بين جميع الأردنيين، كما جاءت المادة (١١١) منه - وعند معالجة موضوع الضرائب والرسوم - لتؤكد على ضرورة مراعاة العدالة وقدرة الأفراد على الدفع، حيث نصت على ما يلي: "لا تفرض ضريبة أو رسم إلا بقانون، ولا تدخل في بابهما أنواع الأجور التي تتقاضاها الخزنة المالية مقابل ما تقوم به دوائر الحكومة من الخدمات للأفراد أو مقابل انتفاعهم بأموال الدولة، وعلى الحكومة أن تأخذ في فرض الضرائب بمبدأ التكليف التصاعدي مع تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية، وألا تتجاوز مقدرة المكلفين على الأداء وحاجة الدولة إلى المال".

أما الدستور المصري لعام ١٩٧١ وتعديلاته فقد كان أكثر وضوحاً، سواء في تجسيد أهمية الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريعات الوطنية، أو في مجال أهمية رعاية الأسرة، حيث أشار في المادة (٢) إلى أن الإسلام هو دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع، ووفقاً للمادة (١١) منه تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع، ومساواتها بالرجل في مختلف الميادين دونما إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، ويعد الدستور المصري لعام ١٩٧١ وتعديلاته الأكثر وضوحاً في مجال التركيز على أهمية الأسرة ومعاملتها تشريعياً بما يكفل حمايتها واستمراريتها، حيث أكدت المادة (٧) منه على أهمية التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع بصورة عامة، بينما جاءت المادة (٩) منه مجسدة أهمية الأسرة باعتبارها أساس المجتمع، بحيث أوجبت على الدولة أن تحرص على الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، مع تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري، أما في مجال الضرائب فقد أكدت المادة

(٢٨) على أن تقوم الضرائب على العدالة الاجتماعية^(١)، وحبذا لو تبني المشرع الأردني نصوصاً تحاكي المواد(٩،٧) من الدستور المصري لأهمية تلك النصوص في إبراز تمسك المشرع الدستوري بحماية الأسرة ورعايتها؛ ذلك أن تكريس هذا المبدأ دستورياً مدعاة لتقيد السلطة التشريعية به في مختلف أعمالها وبوجه خاص عند سن التشريعات الضريبية.

إن من مقتضيات تحقيق العدالة ومراعاة المقدرة التكليفية للمكلف المكفولة دستورياً في الدول محل الدراسة مراعاة ظروفه الشخصية والأسرية، ويتم مراعاة تلك الظروف الشخصية والعائلية من خلال مراعاة أعبائه الأسرية، وحيث إن جانباً كبيراً من هذه الأعباء هي أعباء قانونية بالدرجة الأولى، لذا كان لابد من وجود علاقة وثيقة تربط بين قانون ضريبة الدخل من جهة، والتشريعات الأخرى ذات العلاقة - ومنها قانون الأحوال الشخصية - من جهة أخرى، لما يتضمنه من تحديد لأوجه الإنفاق وأنماط الإعالة التي يلتزم بها الشخص قانونياً واجتماعياً.

وفي ضوء ما سبق، يثور التساؤل حول أثر ذاتية القانون الضريبي على صلته بقانون الأحوال الشخصية، ثم ما الصلة التي تربط بين قانون ضريبة الدخل من جهة وقانون الأحوال الشخصية من جهة أخرى؟ وما مقومات المعاملة الضريبية للأسرة في قانون ضريبة الدخل في كل من الأردن ومصر؟ وهذا ما سيحرص الباحث على الإجابة عنه في المبحثين التاليين: المبحث الأول: ويعالج موضوع المعاملة الضريبية للأسرة بين ذاتية قانون ضريبة الدخل وصلته بقانون الأحوال الشخصية، أما المبحث الثاني فسيخصص لمعالجة مقومات المعاملة الضريبية للأسرة في قانون ضريبة الدخل في كل من مصر والأردن.

(١) جمهورية مصر العربية، الدستور المصري لعام ١٩٧١، الجريدة الرسمية، العدد ٣٦ مكرراً (أ)، ١٢ من سبتمبر سنة ١٩٧١ معدلاً طبقاً للاستفتاء الذي أجري على تعديل الدستور (الاثنين ٢٦ آذار ٢٠٠٧)، من خلال موقع البرلمان المصري:

<http://www.parliament.gov.eg/Arabic/Constitution/ConstitutionContext>

المبحث الأول

المعاملة الضريبية للأسرة بين ذاتية قانون ضريبة الدخل وصلته بقانون الأحوال الشخصية

تقوم نظرية الضرائب على الدخل على عدة فروض بحيث يشتق من كل فرض مجموعة من المبادئ التي تجسده، وفرض العدالة الاجتماعية يشتق منه مجموعة من المبادئ التي تجعله قابلاً للتطبيق ومنها مبدأ المساواة، والذي يقتضي أن تتم معاملة رعايا الضريبة (المجتمع الضريبي) المتماثلين معاملة متماثلة، فكلما كان عبء الضريبة مرتبطاً بقدرة الشخص على الدفع أدى ذلك إلى تسهيل تحقيق المساواة بين المكلفين^(١)، ومن أوجه تطبيق العدالة الحقيقية مراعاة أوضاع المكلف الشخصية ومقدار دخله بحيث يمنح بعض الإعفاءات المتناسبة مع أوضاعه العائلية ويزداد المبلغ المعفى بزيادة عدد أفراد الأسرة^(٢)، وبالنتيجة فإن تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية بما لا يتجاوز مقدرة المكلفين على الأداء المكفول دستورياً في الدول محل الدراسة يحمل في طياته ضرورة مراعاة الظروف الشخصية والأسرية للمكلف، ويشكل بدوره أحد الركائز الأساسية لذاتية القانون الضريبي؛ مما يساهم في تأكيد وجود صلة وثيقة بين القانون الضريبي وقانون الأحوال الشخصية باعتباره من القوانين التي تساهم في التعرف على مقدرة المكلف على الدفع وأحواله الشخصية وما يترتب عليها من نفقات.

وسيحرص الباحث على إبراز مقومات ذاتية القانون الضريبي والصلة التي تربط بين ذلك القانون وبوحي من تلك الذاتية وقانون الأحوال الشخصية، وذلك من خلال مطلبين: المطلب الأول ويخصص للحديث عن ذاتية القانون الضريبي

(١) محمود السيد النافي، منهج المحاسبة عن الضريبة على الدخل: التحليل وإطار التطبيق والتطوير، ط ١، المنصورة: المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧، ص ص (٣٧، ٣٨).

(٢) عبد الأمير شمس الدين، الضرائب: أسسها العلمية وتطبيقاتها العملية، ط ١، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٨٧، ص ص (٣٧، ٣٨).

وصلتها بالظروف الشخصية للمكلف، وما يترتب على ذلك من صلة تربط القانون الضريبي بالقانون المنظم للأحوال الشخصية وذلك ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث :

المطلب الأول

ذاتية القانون الضريبي وصلتها بالظروف الشخصية للمكلف

يهدف هذا المطلب إلى إبراز الصلة التي تربط بين ذاتية القانون الضريبي من جهة وشخصية الضريبة كأحد مقومات القانون الضريبي من جهة أخرى، وذلك من خلال العرض لمفهوم ذاتية القانون الضريبي وإبراز مفردات تلك الذاتية (الفرع الأول) ومبررات اعتبار مراعاة ظروف المكلف الشخصية والأسرية من مقومات القانون الضريبي (الفرع الثاني) وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول

ذاتية القانون الضريبي

يقصد بذاتية القانون الضريبي : ما يمتاز به من خصائص تميزه عن فروع القانون الأخرى وتؤكد استقلاله، وقد ظل القانون الضريبي وقتاً طويلاً يعد جزءاً من القانون الإداري باعتباره يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة، وبالنظر إلى أن الإدارة الضريبية ما هي إلا جزء من التنظيم الإداري للدولة، وتتمتع بكافة الحقوق والمزايا المقررة للسلطة الإدارية عند مزاولتها لنشاطها، فهي تصدر قرارات إدارية بما لها من سلطة عامة وتستهدف تحقيق المصلحة العامة، وإذا كان القانون الضريبي قد استقل عن القانون الإداري فإنه يستقل من باب أولى عن فروع القانون الخاص^(١).

(١) - مجدي محمود شهاب، دراسات في التشريع الضريبي المصري، د. ط، الإسكندرية:

مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ١٩٩٤، ص (٣١).

- يحيى مصطفى المبشر، المنازعة الضريبية في القانون اللبناني: الدعاوى الضريبية، دط، بيروت: دن، ١٩٩٤، ص ص (٤٧-٤٩، ٥٧).

وقانون ضريبة الدخل ينتمي إلى القانون الضريبي كأحد فروع القانون العام، ويتصف بما يتصف به من ذاتية واستقلال عن غيره من فروع القانون، وإذا كان القانون الضريبي يرتبط بصلة وثيقة بالقانون العام باعتباره أحد فروع دون أن يفقد استقلاله كفرع مستقل، إلا أن هذه الصلة تبتعد به عن فروع القانون الخاص لاختلاف طبيعتها وخصائصها، حيث إن القانون الضريبي يقوم على أساس ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وينعدم فيه التكافؤ بين الإدارة والأفراد بالنسبة للعلاقات والروابط القانونية التي يحكمها، وإذا كان القانون الضريبي يتمتع بذاتية في نطاق القانون العام فإن ذاتية القانون الضريبي في نطاق القانون الخاص تصبح من الأمور الثابتة بالضرورة^(١).

وقد كان لمجلس الدولة الفرنسي دور كبير في إظهار ما يتمتع به القانون الضريبي من ذاتية خاصة، من خلال التأكيد على استقلاله وقدرته على أن يستمد أحكامه من قواعده ومبادئه دون خضوع منه لأي قانون آخر، فعلى الرغم من عدم وجود نص ضريبي خاص يخول القضاء صلاحية منح المدين أجلاً للوفاء بدينه بخلاف القانون المدني، فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يجز للقاضي الضريبي منح المكلف أجلاً للوفاء بالضرائب المستحقة عليه مكرساً بذلك استقلال القانون الضريبي، وذاتية القانون الضريبي ذاتية كاملة علمية وتشريعية وقانونية، فالقانون الضريبي أصبح محل عدد كبير من الدراسات التفصيلية والتي أظهرت خصائصه ومدى ما يتمتع به من استقلال، كما أنه يتمتع بذاتية تشريعية من خلال حرص المشرع على جمع الأحكام المتعلقة بكل ضريبة على حدة، فضلاً على ما يتمتع به من ذاتية قانونية من خلال تعيين القانون الضريبي دين الضريبة تعييناً وافياً طبقاً لأحكامه، وتحديد سعر الضريبة تحديداً دقيقاً، وتنظيمه حقوق وامتيازات الخزينة باعتبارها طرفاً

(١) محيي محمد سعد، العلاقة بين الممول والإدارة الضريبية، ط ١، الإسكندرية: مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ٢٠٠٢، ص ص (٤٦، ٤٧).

صاحب سلطة وسيادة مع تنظيم الرقابة على تصرفات الإدارة والتأكد من مطابقتها للقانون^(١).

وصفة الذاتية والاستقلال التي يتمتع بها القانون الضريبي تقتضي أن تكون المبادئ والقواعد التي تحكم التشريع الضريبي لها من العناصر والصفات ما يميزها عن غيرها، إلا أن القول بذاتية واستقلال القانون الضريبي ينبغي أن لا يؤدي إلى الخروج بها على مبدأ المشروعية، حيث إن مبدأ المشروعية يشكل سنداً وقيداً لذاتية واستقلال القانون الضريبي، وتأكيداً على هذا المعنى فقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: "السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، إذ تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها متضمناً تحديد وعائها وأسس تقديره وبيان مبلغها والملتزمين بأدائها ... وإلى هذه العناصر جميعها يمتد النظام الضريبي في جمهورية مصر العربية ليحيط بها في إطار من قواعد القانون العام، متخذاً من العدالة الاجتماعية وعلى ما تنص عليه المادة (٣٨) من الدستور مضموناً وإطاراً، وهو ما يعني بالضرورة أن حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها ولإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية ينبغي أن يقابل بحق الملتزمين بها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها ... وحيدتها ضماناً لاعتدالها، بما مؤداه أن قانون الضريبة العامة وأن توخي حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على إيراداتها هدف مقصود منه ابتداءً، إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً وإطاراً مقيداً لنصوص هذا القانون"^(٢).

(١) قدري نقولا عطية، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاتها، رسالة دكتوراه منشورة، د.ط، جامعة الإسكندرية، مطبعة معهد دون بوسكو، الإسكندرية: دن، ١٩٦٠، ص ص (٥٧، ٩٣-٩٧).

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (٤٣) من قانون الضريبة العامة على المبيعات، جلسة ٢٠٠٧/١١/٤، طعن رقم (٩) سنة (٢٨) قضائية دستورية عليا، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من عام ١٩٧١ حتى عام ٢٠٠٨، إعداد مجدي محمود حافظ، الجزء الرابع، الأحرف (ح-ض)، القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع، والمكتبة القانونية ٢٠٠٨، ص (٢٥١٤).

وذاتية القانون الضريبي بوجه عام وقانون ضريبة الدخل بوجه خاص لا تجعله يدور في فلك منفرد وبمعزل عن غيره من التشريعات، بل على العكس من ذلك تقتضي وجود صلات وثيقة بينه وبين غيره من القوانين الأخرى في ظل تكاملية البناء القانوني للدولة، ومن أبرز هذه الصلات تلك الصلة التي تربط بين قانون ضريبة الدخل والقانون الذي ينظم الأحوال الشخصية، ولا يبدو غريباً مثل هذا الاتصال خاصة أن المادة الثانية في كل من الدستور الأردني والدستور المصري قررت بأن (دين الدولة الإسلام)، وترتب على ذلك قيام اتصال وثيق بين الشريعة الإسلامية - كدين رسمي للدولة - والتشريعات التي تأثرت بها كالقانون الناظم للأحوال الشخصية، وبين العديد من التشريعات ذات العلاقة بأحوال المكلف المعيشية وقدرته على الدفع كقانون ضريبة الدخل، خاصة أن التشريعات التي تعنى بالأحوال الشخصية للأفراد والأسرة تعالج موضوع النفقة باعتبارها التزاماً قانونياً على رب الأسرة، وتؤثر بالضرورة على قدرته على الدفع.

الفرع الثاني

مراعاة الظروف الشخصية والأسرية للمكلف كأحد مقومات القانون الضريبي

إن من أبرز الخصائص التي تميز بها النظام الضريبي - في مجال الضرائب المباشرة بوجه خاص كضريبة الدخل - مراعاته للظروف الشخصية للمخاطب بأحكامه، ونقصد بالظروف الشخصية للمكلف، أعباءه الشخصية والعائلية، حيث إن الضريبة ما هي إلا مبلغ نقدي تفرضه الدولة جبراً على المخاطبين بأحكامه دون مقابل مباشر لغايات تغطية النفقات العامة، وتحقيق أهداف الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتعد ضريبة الدخل من أكثر الضرائب عدالة، خاصة عندما يتم صياغتها بصورة مناسبة، حيث إنها تجعل المكلفين الأثرياء يدفعون نصيبهم العادل، ومن شأن ذلك تخفيف العبء

الضريبي على الأسر متوسطة الدخل، وعدم خضوع الأسر الفقيرة، فضريبة الدخل تعد من أبرز الضرائب التصاعدية التي تفرضها الدول^(١).

وتعتبر الضريبة وفقاً للمادة (من الدستور المصري لعام ١٩٧١ وتعديلاته واجباً وطنياً إلا أنها يجب أن تستند إلى تحقيق العدالة الاجتماعية التي تعتبر قوام النظام الضريبي وفقاً للمادة (من الدستور المصري والتي نصت على ما يلي: "يقوم النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية"، وقوام الاقتصاد الوطني وفقاً للمادة (٤) من الدستور المصري، وكذلك المادة (١١١) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ التي أكدت على ضرورة مراعاة العدالة الاجتماعية والمساواة وقدرة الأفراد على الدفع وحاجة الدولة إلى المال، لذا ولغايات إبراز أهمية مدى مراعاة الظروف الشخصية والأسرية للمكلف في النظام الضريبي لكل من الأردن ومصر فلا بد من التعرض لمقومات النظام الضريبي ذات العلاقة وربطها بالغاية من جباية الإيرادات العامة في ظل المفهوم الحديث لعلم المالية العامة، والذي لا تقتصر غاياته على توفير الإيرادات لتغطية النفقات العامة فقط، وإنما تعدتها لتستهدف تحقيق أهداف الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وفي ضوء ما تقدم اتضحت الطريق أمام اعتبار مراعاة الظروف الشخصية والعائلية للمكلف أحد أهم مقومات النظام الضريبي، ويمكن في هذا المجال أن نتطرق لأهم المبررات التي تعزز ذلك:

أولاً - اعتبار العدالة الاجتماعية قوام النظام الضريبي:

إن مراعاة العدالة الاجتماعية في مجال الضرائب ليست بالفكرة الجديدة، فقد نادى بها الفقيه (آدم سميث) في كتابه ثروة الأمم حيث أعلن بأن رعايا الدولة يجب أن يساهموا في نفقاتها كل حسب قدرته^(٢)، فرعايا كل دولة يجب

(١) Institute On Taxation & Economic Policy, "Chapter Five: Personal Income Taxes", Guide To Fair State And Local Tax Policy, USA, February 2005, P(28), Through Website: www.itepnet.org/guide5.pdf.

(٢) عبد الحميد محمد القاضي، اقتصاديات المالية العامة والنظام المالي في الاسلام، مطبعة الرشاد، دط، الإسكندرية، ص (٥٦).

أن يساهموا في تمويل حكوماتهم بما يتناسب - قدر الإمكان - ومقدرتهم الشخصية، أي بما يتناسب مع الدخل الذي يتمتعون به في ظل حماية الدولة لهم، بحيث إن مراعاة أو إهمال هذا المبدأ تمثل ما يدعى بعدالة أو عدم عدالة التشريع الضريبي (على التوالي)^(١).

وتقتضي اعتبارات العدالة الضريبية معاملة المكلفين المتماثلين معاملة متماثلة (العدالة الأفقية) ومعاملة المكلفين غير المتماثلين معاملة غير متماثلة (العدالة الرأسية)، وعادة يتم مراعاة ذلك في الجانب المتعلق بضريبة الدخل من النظام الضريبي^(٢)، ويستخدم مفهوم العدالة الأفقية كمقياس أساسي لقياس ما إذا كانت الأعباء الضريبية قد وزعت بصورة عادلة، فمن جهة، فإن ضرورة مراعاة السياسة الضريبية تحقيق العدالة الأفقية لم تعد محل خلاف لدى الفقه؛ حيث إنها تحمي دافعي الضرائب من التمييز التحكيمي في المعاملة، وتبدو منسجمة مع المبادئ الأساسية للتوزيع العادل للثروة، ويمكن القول بأنها تنسجم أيضاً مع مبدأ المساواة في الحماية أمام القانون، ومن جهة أخرى، يمكن النظر لهذا المبدأ ليس باعتباره مبدأ مستقلاً متعلقاً بالعدالة الضريبية وإنما كمبدأ تابع لمفهوم العدالة الرأسية والتي تقتضي وجوب أن يدفع الأشخاص غير المتماثلين في الدخل ضرائب غير متماثلة - وعلى أي حال - ومن زاوية منطقية، فإن أي نظام ضريبي

(١) Adam Smith mentioned that: "... The subjects of every state ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities; that is, in proportion to the revenue which they respectively enjoy under the protection of the state... In the observation or neglect of this maxim, consists what is called the equality or inequality of taxation".

- Adam Smith, An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations, A Penn State Electronic Classics Series Publication, book V, chapter II, part II (of taxes), The USA: Pennsylvania State University, 2005, p(676), through the website: <http://www.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adamsmith.htm>.

(٢) Howell H. Zee, General Issues And Concepts: Theoretical Underpinnings, Tax Policy Handbook, edited by Parthasarathi Shome, International Monetary Fund, Washington, D.C., 1995, p (4).

يسند أعباء ضريبية مختلفة للأشخاص لاختلاف دخولهم يجب أن يسند أعباء ضريبية متساوية للأشخاص المتساوين من حيث الدخل، وبالنتيجة فإن معاملة المتساوين معاملة متساوية ضريبياً ليست غاية بحد ذاتها وإنما تعد وسيلة لضمان أن الأعباء الضريبية قد وزعت بطريقة متساوية عامودياً^(١).

وعلى الرغم من أن الهدف الأساسي لمعظم الضرائب هو تحقيق العدالة الضريبية الذي يركز بدوره على مراعاة القدرة على الدفع، بحيث يقتضي أن يدفع الأشخاص الضريبة وفقاً لمقدرتهم على الدفع، فهذا المبدأ يصبح قابلاً للتطبيق بمراعاة معيار العدالة الأفقية المتصل بمعاملة المكلفين المتساوين من حيث الدخل، ومعيار العدالة الرأسية المتعلق بمعاملة المكلفين غير المتماثلين من حيث الدخل، ورغم بساطة ما قد يبدو عليه هذا الطرح إلا أن تلك البساطة مضللة وعلى غير حقيقتها، حيث تكمن الصعوبة في تعريف المقصود (بالمكلفين المتماثلين أو المتساوين)، وإذا نظرنا إلى مفهوم المكلفين المتساوين (equals) في مجال الأسرة على أن المقصود به الأزواج أصحاب الدخل العائلية المتساوية (married couples) ففي تلك الحالة فإن تحقيق العدالة الأفقية يقتضي أن تدفع هذه العائلات مقادير متساوية من ضرائب الدخل^(٢)، وقد طرحت عدة مفاهيم لتحديد معيار التماثل بين المكلفين منها: مبدأ المنفعة الحدية، والتساوي في القدرة على الدفع، و صافي الدخل الشخصي^(٣)، إلا أن

(١) Joseph J. Cordes, "Horizontal equity", NTA Encyclopedia of Taxation and Tax Policy, Second Edition, edited by Joseph J. Cordes, Robert D. Ebel, and Jane G. Gravelle, p(196), through website: <http://www.taxpolicycenter.org/tax-topics/encyclopedia/Horizontal-Equity.cfm>

(٢) James Alm, Mikhail I. Melnik and Andrew Young, Taxing The "Family" In The Individual Income Tax, op.cit., p(3).

(٣) - نضال رشيد صبري، محاسبة ضريبة الدخل، منشورات جامعة القدس المفتوحة، ط١، عمان، ١٩٩٨، ص (١١).

- حامد دراز والمرسي حجازي ومحمد عمر حماد، النظم الضريبية: دراسة مقارنة تطبيقية، دط، مصر: الدار الجامعية، ٢٠٠٤، ص ص (٧٤، ٧٥).

العدالة تبقى مفهوماً نسبياً متغيراً بتغير الزمان والمكان والأشخاص^(١).

وقد افتقر الفصل الثاني من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته والمتعلق بحقوق الأردنيين وواجباتهم إلى الإشارة الصريحة لمراعاة العدالة الاجتماعية، وكان أول ظهور لعبارة (العدالة الاجتماعية) في صياغة المادة (١١١) بمناسبة التأكيد على شرعية الضرائب والرسوم، ولم يقتصر المشرع على ربط فرض الضريبة بضرورة إصدار قانون، وإنما أورد مجموعة من الضوابط التي يجب مراعاتها عند فرض الضريبة وتشمل: الأخذ بمبدأ التكليف التصاعدي، ومراعاة تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية، وألا تتجاوز الضريبة المفروضة مقدرة المكلفين على الأداء وحاجة الدولة إلى المال، أما الدستور المصري لعام ١٩٧١ وتعديلاته فقد مهد بالتأكيد على أن العدالة الاجتماعية تعتبر قوام الاقتصاد الوطني وفقاً للمادة (٤) منه، وعند الحديث عن الضرائب عاد فأكد على أنها تعد قوام النظام الضريبي وفقاً للمادة (٣٨) منه^(٢).

ومن أجل تدعيم مبدأ العدالة الضريبية فقد أخذت العديد من النظم الضريبية بنظام الضرائب الشخصية، بحيث يؤخذ بعين الاعتبار عند فرض الضريبة شخص المكلف وظروفه ومركزه المالي وحالته الاجتماعية، فلا يتم فرض الضريبة بالنظر إلى المادة الخاضعة لها فقط وإنما بالنظر أيضاً إلى المقدرة التكليفية الحقيقية للمكلف، من خلال الأخذ بإعفاء الحد الأدنى للمعيشة ومراعاة الأعباء الشخصية والعائلية والتميز بين مصادر الدخل المختلفة^(٣).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الأولى من قانون ضريبة الأيلولة رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٩، جلسة ١٢/٥/١٩٩٨، طعن رقم (٢٨) سنة (١٥) قضائية دستورية عليا، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من عام ١٩٧١ حتى عام ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص (٢٤٧٤).

(٢) المادة (١١١)، الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته، و المواد (٤)، (٣٨) من دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١ وتعديلاته.

(٣) سوزي عدلي ناشد، المالية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، دط، بيروت، ٢٠٠٣، ص (١٢٨).

وتطبيقاً لذلك فقد أكد مكتب الخدمات البحثية التابع للكونجرس الأمريكي (111th) على أنه وبالرغم من حقيقة أن زيادة الإيرادات لغايات تمويل الحكومة الفدرالية تعتبر واجباً دستورياً أساسياً على الكونجرس، إلا إنه وعند الحديث عن النظام الضريبي الفدرالي فلا بد من إدراك التأثير الملموس للنظام الضريبي على المكلفين بوجه خاص والاقتصاد الوطني بوجه عام، وعليه فإن الكونجرس يأخذ - دون أدنى شك - بالاعتبار الحاجة إلى تحقيق المعاملة الضريبية العادلة للأسر في أي تعديلات ضريبية يستهدفها، وعند صياغة النصوص الضريبية التي تؤثر على الأسر فإن الكونجرس سوف يركز على الآثار المحفزة (وغير المحفزة) واعتبارات العدالة التي ترافق السياسات الضريبية ذات الصلة بالأسرة^(١)، وهذا يدفع إلى إثارة التساؤل التالي: هل أدرك المشرع الأردني وكذلك المصري آثار التعديلات الضريبية التي شهدتها النظام الضريبي لضريبة الدخل على المعاملة الضريبية للأسرة؟ وهذا ما سيقوم الباحث بالإجابة عنه في المبحث الثاني بعون الله عز وجل.

ثانياً - ربط النظام الضريبي بضرورة مراعاة قدرة المكلف على الأداء وحاجة الدولة إلى المال (مبدأ التناسب):

إن من أبرز المبادئ المتصلة بالعدالة الضريبية: مبدأ الانتفاع ومبدأ القدرة على الدفع، ويقصد بمبدأ الانتفاع: تناسب الضريبة على الأشخاص مع مقدار انتفاعهم بالسلع والخدمات الحكومية، في حين يقتضي مبدأ القدرة على الدفع تناسب الضريبة على الأشخاص مع قدرتهم الفعلية على الدفع، إلا أن مبدأ الانتفاع لا يمكن تطبيقه منفرداً لغايات تحقيق العدالة الضريبية، فكثيراً ما يصعب تحديد المنتفع الفعلي من الأنشطة والخدمات الحكومية أو مقدار هذا الانتفاع، فضلاً على أن بعض الخدمات المقدمة من قبل الدولة تستهدف - على

(١) U.S Congressional Research Service, CRS Issue Statement on Individual and Family Tax Policy, CRS Report for Congress Prepared for Members and Committees of Congress, January 6, 2010,p(1),through website: www.crs.gov.

سبيل الدعم الحكومي وإعادة توزيع الدخل - الفئات غير القادرة ولا يمكن تأسيس الضريبة هنا على أساس مبدأ الانتفاع، وإلا أدى ذلك إلى تحميل الطبقات الفقيرة القدر الأكبر من الضريبة، من هنا جاءت ضرورة مراعاة النظام الضريبي لقدرة الأفراد على الأداء^(١).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على ارتباط فرض الضريبة بمبدأ القدرة على الدفع وابتعاده عن مبدأ الانتفاع بقولها: "إن الضريبة فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها، إسهاماً من جهتهم في أعبائها وتكاليفها العامة، وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها، فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها، ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكاليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبتها، وإلا كان ذلك خطأً بينها وبين الرسم"^(٢).

يقضي مبدأ القدرة على الدفع ضرورة قيام المسؤولية الضريبية على أساس قدرة المكلف على الأداء، وهو من المبادئ التي تعتبر أحد أسس النظام الضريبي العادل من وجهة اجتماعية، ويناقضه فرض الضريبة على الرؤوس (head or poll taxes)، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ العامة التي ينبغي على المشرع التقيد بها عند تصميم النظام الضريبي، وقد قضت المحكمة الدستورية الألمانية أن انطواء نص القانون الضريبي على قيود تحد من التنزيلات المقبولة لغايات نفقات الصيانة تجعل منه نصاً مخالفاً للدستور لعدم مراعاته منح

(١) سعيد عثمان وشكري العشماوي، اقتصاديات الضرائب، دط، الإبراهيمية، مصر: الدار الجامعية، ٢٠٠٧، ص ص (٢٥٨-٢٦١).

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ بفرض رسم تنمية الموارد، جلسة ١٩٩٦/٦/٣، طعن رقم (٣٣) سنة (١٦) قضائية دستورية عليا، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من عام ١٩٧١ حتى عام ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص (٢٤١١).

تنزيلات ملائمة، وفشله في تأسيس الضريبة على أساس قدرة الفرد على الدفع^(١).

ومقدرة المكلف على الدفع تستفاد من عناصر موضوعية ملموسة كالدخل أو الثروة، وتقتضي الأخذ ببعض المبادئ مثل: مبدأ إعفاء الحد الأدنى للدخل وخصم الأعباء العائلية ومبدأ التمييز في المعاملة بين الدخل من حيث مصدر الدخل أو استعماله والتصاعد في معدل الضريبة، وقد أشار تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا المصرية بمناسبة القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٤٤ بشأن مرتبات المصريين العاملين في الخارج إلى مخالفة القانون لفكرة العدالة الاجتماعية، لأن الضريبة فرضت بسعر واحد يشمل جميع المخاطبين بأحكامه مع إجراء خصم ثابت في سعره تقديراً للأعباء الاجتماعية، وبالتالي فإن عبأها ثابت بالنسبة للعاملين في الخارج على الرغم من اختلاف قدراتهم المالية ومقدرتهم التكاليفية، وعليه فإن فرض الضريبة بنفس السعر على الجميع دون تقدير لهذا التفاوت في أعباء المعيشة يجعل عبء الضريبة متفاوتاً في ثقله بين العاملين الخاضعين لها؛ بما يخل بالعدالة التي يقوم عليها النظام الضريبي^(٢).

ثالثاً - اعتبار مبدأ المساواة ومراعاة مبدأ التكليف التصاعدي من مقومات النظام الضريبي:

لم يكتف الدستور الأردني بالنص على المساواة في المادة (٦) بل أكد في المادة (١١١) منه أيضاً على ضرورة مراعاة المساواة عندما أوجب على

(١) Frans Vanistendael, Chapter 2: Legal Framework For Taxation, Tax Law Design And Drafting, Vol.1, International Monetary Fund, Editor: Victor Thuronyi, 1996, pp(8, 9).

(٢) تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا المصرية (غير منشور) مشار إليه لدى: محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي: دراسة مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ١٩٩٩، ص ص (١٦٧، ١٦٩).

الحكومة: " ... أن تأخذ في فرض الضرائب بمبدأ التكليف التصاعدي مع تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية"، وإذا كانت الضريبة تعتبر وفقاً للمادة (٦١) من الدستور المصري واجباً وفقاً للقانون، فإن المادة (٤٠) منه أكدت على أن المواطنين لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، كما أشارت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى أن مبدأ المساواة أمام القانون مؤداه أنه: "لا يجوز أن تخل السلطان التشريعية أو التنفيذية في مباشرتهما لاختصاصاتهما التي نص عليها الدستور بالحماية المتكافئة للحقوق جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور أو التي ضمنها المشرع، ومن ثم كان هذا المبدأ عاصماً من النصوص القانونية التي يقيم بها المشرع تمييزاً غير مبرر تتنافر به المراكز القانونية التي تتماثل عناصرها، فلا تكون وحدة بنيانها مدخلاً لوحدة تنظيمها، بل تكون القاعدة القانونية التي تحكمها إما مجاوزة باتساعها أوضاع هذه المراكز أو قاصرة بمداهها عن استيعابها"^(١).

إن تطبيق مبدأ المساواة أمام القانون لا يقتصر على التشريع الضريبي وإنما يشمل التشريعات الأخرى، ويمكن النظر إليه باعتباره تطبيقاً لمبدأ المشروعية والذي يقتضي تطبيق القانون دونما تمييز على جميع الأشخاص إذا تماثلت ظروفهم، وبالتالي فإنه ينطوي على معنيين: أحدهما إجرائي ويقتضي أن يطبق القانون بشكل كامل غير جزئي بغض النظر عن حالة الشخص محل التطبيق، وهذا يعني عدم منح أي شخص معاملة تفضيلية أو تمييزية عند تطبيق القانون، أو حرمان أي شخص من حقوقه الإجرائية في الطعن في انطباق القانون عليه، أما المعنى الموضوعي فيرتكز في معاملة الأشخاص المتمثلين في

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ بفرض ضريبة على أجور ومرتبات العاملين المصريين في الخارج، جلسة ١٩٩٩/١/٢، طعن رقم (٤٣) سنة (١٧) قضائية دستورية عليا، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من عام ١٩٧١ حتى عام ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص (٢٤٨٢).

الظروف معاملة متماثلة، ويحمل هذا المبدأ في طياته معاملة الأشخاص غير المتماثلين في ظروفهم معاملة غير متماثلة، ويتطلب أن تكون الغاية من المعاملة غير المتساوية ووسائل تطبيقها تستند إلى مبررات معقولة، وعلى سبيل المثال فإن معاملة ذوي الدخل المرتفع معاملة مختلفة من خلال تطبيق نسب متصاعدة يحقق الاعتبارين معاً، حيث إنه يعد منطقياً في تبرير أن قدرة الفرد على الدفع ترتفع بارتفاع دخله، وفي سن تساعد ضريبي كوسيلة تطبيقية لمراعاة هذا الاختلاف^(١).

وهناك ارتباط وثيق بين المساواة أمام الضريبة والعدالة إلا أن هذا لا ينفي استقلال كل من المفهومين، فالمساواة الضريبية ترتبط بالعدالة الضريبية من جهة اعتبارها مساواة في التضحية وليست مجرد مساواة حسابية، أما العدالة الضريبية فتكمن في البحث عن حل عادل للمشكلة المالية، والمساواة أمام الضريبة تعني توزيع الضرائب على الأشخاص توزيعاً عادلاً، أما العدالة الضريبية فتعني أن يتساوى المواطنون في الأعباء العامة وفقاً للمقدرة التكلفة^(٢)، ومن الأمثلة على الإخلال بالعدالة والمساواة: ما وقع به المشرع الأردني في المادة (١٥/أ/٤) من قانون ضريبة الدخل المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ حيث نصت على إعفاء: "أول (٤٠٠٠) أربعة آلاف دينار من الراتب التقاعدي الشهري الذي يدفعه شخص مقيم" في حين أن المادة (٩) منه نصت على أنه: "أ - للتوصل إلى الدخل الخاضع للضريبة، تنزل الإعفاءات التالية من الدخل الإجمالي للشخص الطبيعي المقيم: ١- مبلغ اثني عشر ألف دينار للمكلف، ٢- مبلغ اثني عشر ألف دينار عن المعالين مهما كان عددهم"، ووجه المخالفة الدستورية لقاعدة العدالة والمساواة أن المشرع قد منح إعفاءات ضريبية أكثر للمكلف الذي له دخل من راتب التقاعد مقارنة بغيره من المكلفين

(١) Frans Vanistendael, Chapter 2: Legal Framework For Taxation, Tax Law Design And Drafting, op. cit., p(5).

(٢) محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، مرجع سابق، ص (١٦٥).

بالنظر إلى طبيعة الدخل، فالشخص الذي له دخل من التقاعد يستفيد من ميزة إعفاء أول (٤٠٠٠) دينار شهرياً، أي بواقع (٤٠٠٠ × ١٢ شهراً = ٤٨٠٠٠ دينار سنوياً)، وإن تبقى دخل بعد ذلك فإن المكلف سيستفيد من إعفاءات المادة (٩) كغيره من المكلفين بحد أدناه (١٢٠٠٠) دينار، أي أن الحد الأدنى للإعفاءات الممنوحة للمكلف الذي له دخل من راتب التقاعد (٤٨٠٠٠ + ١٢٠٠٠ = ٦٠٠٠٠) دينار إذا كان غير معيل و (٤٨٠٠٠ + ٢٤٠٠٠ = ٧٢٠٠٠) دينار إذا كان معيلاً، بخلاف المكلف الذي له مصدر دخل آخر خاضع للضريبة، حيث إن إعفاءاته إن كان معيلاً ستصل في حدها الأقصى إلى (٢٤٠٠٠) دينار.

ومن الأمثلة على الإخلال بالعدالة والمساواة ما وقع به المشرع الأردني في المادة (١٢/أ/٢) من قانون ضريبة الدخل المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ حيث نصت على اقتطاع الضريبة من المنبع بالنسبة للدخل (المتحقق من فوائد الودائع والعمولات وأرباح الودائع المشاركة في استثمار البنوك والشركات المالية التي لا تتعاطى بالفائدة والمدفوع لأي شخص من قبل البنوك والشركات المالية في المملكة بنسبة (٥٪) على أن تعتبر هذه المبالغ المقتطعة ضريبة قطعية بالنسبة للشخص الاعتباري غير المقيم والشخص الطبيعي"، ووجه مخالفة الدستور تتمثل من خلال الإخلال بقاعدة العدالة والمساواة حيث إن هذا النص ساوى بين المكلفين من حيث مقدار الاقتطاع، أما التكييف القانوني للاقتطاع فيختلف بحسب الطبيعة القانونية للمكلف بالرغم من وحدة طبيعة الدخل، فإذا كان شخصاً طبيعياً اعتبر المبلغ ضريبة مقطوعة ونهائية وبغض النظر عن إعفاءات المكلف الشخصية والعائلية، أما إذا كان المكلف شخصاً اعتبارياً مقيماً فيعتبر المبلغ المقتطع دفعة على حساب الضريبة.

ومن الأمثلة على الإخلال بالعدالة والمساواة أيضاً ما وقع به المشرع المصري في المادة (١٣) من قانون الضريبة على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته - إضافة إلى إعفاء ٥٠٠٠ جنيه المشار إليه في المادة (٧) والذي يتعلق بالدخل الصافي للمكلف من كافة مصادر الدخل المشار إليها في

المادة (٦) - والتي انطوت في الفقرة (١) منها على إعفاء شخصي سنوي مقداره ٤٠٠٠ جنيه، وهذا الإعفاء خاص بالدخل من المرتبات وما في حكمها دون غيرها من مصادر دخل الشخص الطبيعي المشار إليها في المادة (٦)، مما يشكل خروجاً على مقتضيات العدالة والمساواة بالنسبة للمكلفين (الممولين) الذين لهم دخل مماثل من النشاط التجاري أو الصناعي أو النشاط المهني أو غير التجاري أو الثروة العقارية^(١).

رابعاً - الهدف الاجتماعي للضريبة:

أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أهمية تحقيق الضريبة أغراضها ومنها الغرض الاجتماعي بقولها: "إن العدالة وإن تعددت صورها وكان مضمونها يتبدل بتغير الزمان والمكان على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة لمفهوم الحق والعدل في بيئة بذاتها وخلال زمن معين، إلا أن تطبيقاتها في نطاق الضريبة تشي ببعض ملامحها الأصلية، وبوجه خاص من خلال زاويتين: أولاهما: أن يكون ممكناً عقلاً ربط عبئها بالأغراض الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المقصودة منها، وثانيهما: ألا يكون فرضها قد تم إخلالاً بحقوق ينبغي أن تخلص لأصحابها"^(٢).

ويعتبر الهدف الاجتماعي لفرض الضريبة من مبررات اعتبار مراعاة الظروف الشخصية والعائلية للمكلف أحد أهم مقومات القانون الضريبي، فبتطور مفهوم علم المالية العامة وباعتبار الضرائب أحد مصادر الإيرادات العامة التي لم

(١) المواد (٦، ٧، ١٣)، الكتاب الثاني: الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين، قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٢٣) تابع، ٢٠٠٥/٦/٩ بواسطة الموقع الإلكتروني لمصلحة الضرائب المصرية: www.incometax.gov.eg

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الأولى من قانون ضريبة الأيلولة رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٩، جلسة ١٩٩٨/١٢/٥، طعن رقم (٢٨) سنة (١٥) قضائية دستورية عليا، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من عام ١٩٧١ حتى عام ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص (٢٤٧٤).

تعد مجرد أداة مالية لغايات تغطية النفقات العامة، أي أن الضريبة لم تعد أداة محايدة وإنما أصبحت إحدى الأدوات المالية التي تستخدمها الدولة لتحقيق أهدافها المختلفة ومن بينها الأهداف الاجتماعية والتي تشمل تنظيم الأسرة وتشجيع النسل ومراعاة الظروف الاجتماعية للمكلف من سكن ونفقات صحية وإعالة، كما تستخدم الضريبة لإعادة توزيع الدخل القومي لصالح الطبقات الفقيرة، ومثال ذلك أن يقرر المشرع تخفيف الأعباء الضريبية على ذوي الأعباء العائلية الكبيرة^(١)، والضريبة على الدخل تفسح المجال لإعفاء ذوي الدخل المنخفض كما تتلاءم مع زيادة الأعباء العائلية وذلك بزيادة الإعفاءات مع زيادة عدد المعالين^(٢).

المطلب الثاني

صلة القانون الضريبي بالقانون المنظم للأحوال الشخصية

يلتقي القانون الضريبي في مصدره الاجتماعي والخصائص التي تقوم عليها ذاتيته مع القانون المنظم للأحوال الشخصية، وبصفة خاصة قانون الأحوال الشخصية، من خلال وحدة الهدف المتمثل بتحقيق العدالة ومراعاة الظروف الشخصية والاجتماعية للأشخاص واهتمامهما بالجوانب المختلفة لقدرة الأشخاص على الدفع، وهذه الصلة القانونية بينهما تنبع بالضرورة من وجود صلة مادية مهدت لها وأدت إليها، حيث إن القانون الضريبي كغيره من القوانين من أبرز خصائص قواعده أنها اجتماعية، أي أنها نابعة من ظروف المجتمع وتتجه نحو مراعاة تلك الظروف من جهة، وتنظيمها من جهة أخرى، كما أن عمومية تلك القواعد تجعل منها أكثر عدالة وموضوعية، وانطلاقاً من هذا

(١) - جهاد الخصاونه ، المالية العامة والتشريع الضريبي، ط١، عمان: دار وائل للنشر، ١٩٩٩، ص (١٥٩).

(٢) - سوزي عدلي ناشد، المالية العامة، مرجع سابق، ص (١٣٢).

(٣) نائل عبد الحافظ العواملة، الإدارة المالية العامة بين النظرية والتطبيق، ط٣، عمان: دار زهران للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص (١٩٢).

سيحرص الباحث على إبراز أهمية المصدر الاجتماعي لهذه الصلة (الفرع الأول)،
دونما إهمال لمصدرها التشريعي (الفرع الثاني) وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

المصدر الاجتماعي للصلة بين القانون الضريبي والقانون المنظم للأحوال الشخصية

يلعب العامل الاجتماعي دوراً كبيراً في إبراز الصلة بين القانون الضريبي
وتشريعات الأحوال الشخصية بتوسطه في العلاقة بينهما، وحسن إدراك العوامل
الاجتماعية المختلفة التي تؤثر في المجتمع ومراعاتها تشريعياً، وإدراك أهمية
التشريع الضريبي كأداة ضبط وإصلاح للمجتمع، وتكامله مع التشريعات
الأخرى التي تنظم الأحوال الشخصية لأفراده يلعب دوراً كبيراً في تحقيق
أهداف المجتمع المختلفة، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعرض المجتمع إلى
نتائج وخيمة يصعب تداركها، فعلى سبيل المثال وفي مجال حماية الأسرة فقد
ساهمت بعض الدراسات الاجتماعية في توجيه التشريعات بوجه عام والقانون
الضريبي بوجه خاص وجهة خاطئة بعيداً عن حماية منظومة الأسرة التقليدية،
وتجاهلت العلاقة الوثيقة بين القانون الضريبي من جهة والتشريعات ذات الصلة
بالأحوال الشخصية من جهة أخرى، ففي عام ١٩٧١ هجر النظام الضريبي
السويدي الاستناد إلى الإقرارات الضريبية المشتركة التي تقدم من قبل
الزوجين، واتجه إلى الاستناد إلى الإقرارات الضريبية الفردية بحيث اعتبر ذلك
التغيير الأعنف اجتماعياً في حينها لأنه تجاهل الظروف العائلية عند حساب
العبء الضريبي، ومفهوم التجاهل (Ignorance) في النظم الضريبية الحديثة
يؤدي إلى التأثير السلبي على الموضوع الذي تم تجاهله (الوضع العائلي)^(١).

(١) Allan C. Carlson, "Swedish Sagas "New Ideas In Family Policy" presentation to Swedish members of Parliament in The Riksdag building, Stockholm, February 19, 2003, at the invitation of The Parliamentary Caucus for Family Values and Human Dignity. through: http://www.profam.org/pub/fia/fia_1704.htm (3 of 7)30/03/2011 10:57: 55.

ومن هذه الدراسات الاجتماعية دراسة بعنوان (المأزق السياسي والاجتماعي) للباحث جانار ميردال (Gunnar Myrdal) ففي محاولته لتفسير ظاهرة انخفاض معدل المواليد في السويد انطلق من افتراض أن علم الاجتماع سوف يظهر ضعف أو فشل المؤسسات الاجتماعية التقليدية (الأسرة)، لذا لابد من إيجاد حلول تتضمن تغييرات جذرية، انطلاقاً من ضرورة تبني سياسات تمنع المشكلات الاجتماعية من الحدوث بدلاً من مواجهتها بعد حدوثها، بحيث يتطلب هذا الجانب الوقائي للسياسة الاجتماعية إعادة بناء جذرية للمؤسسات الاجتماعية، حيث إن الأزمة التي تعرضت لها منظومة الأسرة السويدية عام ١٩٣٠ (Sweden's Family Crisis) والتي ظهرت بصورة شديدة من خلال انخفاض معدل المواليد تعد خير مثال على ما أسماه بالتباطؤ الاجتماعي (social lag)، بحيث إن المؤسسة التقليدية (الأسرة) فشلت في التأقلم مع التطورات والحقائق الاقتصادية والاجتماعية، مما دفعه إلى التنبؤ بأن ذلك سوف يؤدي إلى قيام علم الاجتماع بالتخلي عن منظومة الأسرة التقليدية، وخلقها لواقع جديد مستنداً إلى تغييرات جذرية في السياسة الاجتماعية^(١).

وقد أشار الباحث اللان كارسون (Allan C. Carlson) إلى أن الافتراضات والنتائج التي توصل إليها الباحث جانار ميردال (Gunnar Myrdal) تنطوي على أخطاء جسيمة، فخلافاً لما توصلت إليه الدراسة السابقة، فقد أظهرت الدراسات الاجتماعية الحديثة أهمية الأسرة والزواج، حيث إن الزواج كأساس لمنظومة الأسرة هو التربة الخصبة لنجاح وصحة الأبناء، ولإثبات ذلك فقد أشار إلى مجموعة من النتائج الاجتماعية المهمة والدراسات ذات الصلة بحيث تضمنت ما يلي^(٢):

(١) Gunnar Myrdal, "Social-politikens dilemma", refer to by Allan C. Carlson, Ibid.

(٢) Allan C. Carlson, in "Swedish Sagas "New Ideas In Family Policy" presentation to Swedish members of Parliament in The Riksdag building, Stockholm, February 19, 2003, at the invitation of The Parliamentary Caucus for Family Values and Human Dignity. through: http://www.profam.org/pub/fia/fia_1704.htm (3 of 7)30/03/2011 10:57:55.

١ - أظهرت عدة دراسات اجتماعية ومنها دراسة (M. Daly and M. Wilson) بعنوان (الاعتداءات وغيرها من المخاطر التي يتعرض لها الأطفال الذين لا يعيشون مع والديهما معا) "Child Abuse and Other Risks of Not Living with Both Parents"، أن الأطفال الذين يعيشون في أسرة تقليدية بنيت على رابطة الزواج أقل عرضة للاعتداء الجنسي أو الجسدي أو العقلي مقارنة بالأطفال الذين يعيشون كربائب (في أسر تتضمن زوج أب أو أم) (stepparent) أو أسر تتكون من والد واحد (single-parent families).

٢ - إن الأطفال الذين يعيشون في كنف الأسر التقليدية أقل عرضة للانتحار أو تعاطي الكحول أو تعاطي المخدرات أو المنبهات، كما أنهم أقل عرضة للجروح وارتكاب الأفعال الجرمية.

٣ - إن الأطفال الذين يعيشون في كنف الأسر التقليدية أكثر صحة وسعادة وأكثر نجاحاً سواء في تحصيلهم الدراسي أو حياتهم العملية مقارنة بغيرهم من الأطفال.

وهذه الهبات الاجتماعية التي تقدمها الأسرة التقليدية للنشء تمتد لتشمل أطراف العلاقة الزوجية أنفسهم، حيث أظهرت العديد من الدراسات الاجتماعية أنهم الأفضل من حيث الصحة الجسدية والعقلية مقارنة بالأنماط الأخرى للأسر (كالأفراد المتعاشين وغير المتزوجين والمطلقين)، ومن هذه الدراسات دراسة جاك سميث وآخرين بعنوان (العلاقة الزوجية ومخاطر الانتحار) "Marital Status and the Risk of Suicide"^(١).

وقد أظهرت دراسة بعنوان (السياسات الاجتماعية ونواحي التباين الصحي: تحليل شامل للنساء بلا أزواج في بريطانيا والسويد) للباحثة (Margaret Whitehead) وآخرين، أن الأمهات بلا أزواج أقل من حيث المستوى الصحي من الأمهات المتزوجات بالنسبة للسنوات (١٩٧٩ - ١٩٩٥)، حيث إن الأمهات

(١) Allan C. Carlson, "New Ideas In Family Policy" presentation to Swedish members of Parliament, Ibid.

المتزوجات أقل عرضة للمخاطر الصحية من الأمهات بلا أزواج في بريطانيا بنسبة تصل من ٦١٪ إلى ٧٤٪، وفي السويد تتراوح النسبة بين ٣٩٪ إلى ٩٢٪^(١)، كما تبين من خلال دراسة حول "التحليل الاقتصادي لآثار التدين في السويد" عام ١٩٩٧ بأنه كلما ارتفعت نسبة التدين في أي مدينة سويدية كلما انخفضت نسب الطلاق والإجهاض وولادة الأطفال خارج إطار العلاقة الزوجية^(٢).

ويشير الباحث جراي بيكر (Becker, Gary S.) إلى أن الأشخاص يتجهون إلى تأسيس اتحادات اجتماعية فيما بينهم عندما يكون من شأن ذلك تحقيق قدر أكبر من الفائدة لكل منهم، ومفهوم الفائدة الاقتصادية المتأتبة من هذه الترتيبات المشتركة بين الأفراد تشتق من مبدأ التخصص، ويتابعه في ذلك الباحث بتسي ستيفنسن (Stevenson, Betsey) بالقول بأن الأسرة عبارة عن وحدة إنتاجية تنتج السلع في كل من البيت والسوق من خلال وجود شخص متخصص في الواجبات المنزلية في حين يتولى الآخر تقديم الدعم المالي بحيث يغدو الأزواج أكثر فاعلية من الأفراد غير المرتبطين، وباختصار فإن النظريات المختلفة التي بحثت في منظومة الزواج تستند إلى مبدأ أساسي يتمثل في تبادل المنافع، بحيث إن الأفراد يدخلون في ترتيبات اجتماعية متوقعين تعظيم عوائد استثمارهم في تلك الترتيبات، وبعبارة أخرى فإن الأفراد يؤسسون علاقات اجتماعية لأن القيام بذلك يجعلهم في مركز أفضل من وضعهم في ظل غياب تلك العلاقات، وعندما يحدث تغير في تلك الفوائد الاقتصادية المترتبة فإن

(١) Margaret Whitehead, Bo Burstom, and Finn Didericksen, "Social Policies and the Pathways to Inequalities in Health: A Comparative Analysis of Lone Mothers in Britain and Sweden," Social Science and Medicine 50 (2000): 255-70. Refer to by Allan C. Carlson, "New Ideas In Family Policy" presentation to Swedish members of Parliament, Ibid.

(٢) Niclas Berggren, "Rhetoric or Reality? An Economic Analysis of the Effects of Religion in Sweden," Journal of Socio-Economics 26(1997): 571-96. Refer to by Allan C. Carlson, "New Ideas In Family Policy" presentation to Swedish members of Parliament, Ibid.

تلك العلاقة سوف تتغير، بحيث إذا كان مردود تلك العلاقة إيجابياً فإن التعايش الاجتماعي بين الأفراد قد يتحول إلى زواج، أو أن علاقة التعايش يتم تسجيلها رسمياً، أما إذا حدث العكس بأن يكون العائد سلبياً فإن النتيجة سوف تكون الانفصال أو الطلاق، وحيث إن النظريات التي بحثت في منظومة الزواج أشارت إلى أن اختيار الأفراد تأسيس أسرة يستند إلى المنفعة الاقتصادية فإن التشريعات الضريبية الحالية للولايات المتحدة الأمريكية توفر هذه الميزة الاقتصادية للأزواج الذين يقدمون إقرارات مشتركة، ويراعي التشريع الضريبي منح مزايا ضريبية لرب الأسرة غير المتزوج (الأسر التي تتكون من أصل (معيل) واحد)، وهذه المعاملة غير متاحة لجميع أنماط التعايش في الولايات المتحدة (حيث لا يعترف التشريع الفدرالي الضريبي الأمريكي بما يسمى بزواج مثلي الجنس)^(١).

ومن أبرز الأمور التي يمكن أن توضح أهمية الجانب الاجتماعي للعلاقة بين القانون الضريبي والتشريعات التي تحكم الأحوال الشخصية وضرورة مراعاة المشرع الضريبي للأحوال الشخصية والاجتماعية المختلفة، مسألة تناقص معدل المواليد الذي تعاني منه معظم الدول الأوروبية، والدروس التي يمكن استقاداتها من التجربة الأمريكية وبوجه خاص دور التشريعات الضريبية الأمريكية في هذا المجال :

إن الولايات المتحدة الأمريكية هي الدولة المتقدمة الوحيدة التي سجلت زيادة في معدل الخصوبة خلال الأعوام من ١٩٨١ إلى ٢٠٠٠، حيث ارتفع المعدل من ١,٨١ في ١٩٨١ إلى ٢,١ في ٢٠٠٠، ومن الأسباب التي ساهمت في تحقيق ذلك: السياسات التشريعية المحفزة ومنها السياسات الضريبية، حيث تبني المشرع الأمريكي إمكانية توحيد الدخل بين الزوجين (أي محاسبتهما

(١) Cano, Cynthia Rodriguez and Khanna, Aman, "Family Structure Choice: Taxation As An Incentive To Change", Proceedings of ASBBS, Vol. 16, no. 1, ASBBS Annual Conference: Las Vegas, February 2009, pp(2,5-6).

ضريبيا بصورة مشتركة^(١)، حيث إن المشرع الأمريكي ما يزال يتطلب من الزوجين تقديم إقرار ضريبي مشترك (Joint Tax Return) بحيث تتم معاملة الزوجين باعتبار ما بينهما شراكة اقتصادية حقيقية، بحيث يراعى الأزواج المعالين الذين يكرسون أنفسهم للعمل داخل البيت للعناية بالأطفال مثلا، وهذا دليل واضح على أن القانون الضريبي الأمريكي شجع على ارتفاع نسبة الزواج والتوالد خلال تلك الفترة، كما تضمن ذلك التشريع إعفاءات وخصومات ضريبية متعلقة بالأطفال، ومن الجدير ذكره هنا فيما يتصل بالعلاقة بين الإعفاءات الضريبية المرتبطة بالإعالة ونسبة الخصوبة (معدل التوالد) ثبوت وجود أثر إيجابي لتلك الإعفاءات على نسبة الخصوبة بحيث إن العلاقة بينهما طردية، فقد أشارت الباحثة لسلي وتنجتون (Leslie Whittington) أن زيادة الإعفاءات بنسبة ١٠٪ تؤدي إلى ما يزيد على ٨٪ ارتفاع في المواليد^(٢).

وفي الأردن أظهرت إحدى الدراسات التي تناولت موضوع الجانب الاجتماعي للعلاقة بين قانون ضريبة الدخل - وبصفة خاصة المواد المتعلقة بالإعفاءات الشخصية والعائلية - وحجم الأسرة وأعداد المساكن في المملكة، وجود أثر إيجابي للإعفاءات الشخصية والعائلية على سياسة الإنجاب والنسل، حيث إن قانون ضريبة الدخل رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٤ كان يقصر إعفاءات الأبناء مثلاً على أربعة أبناء، وما لبث المشرع أن تخلى عن ذلك السقف في القانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٨٢ والقوانين والتعديلات اللاحقة، وقد دعت تلك الدراسة إلى إعادة النظر في الإعفاءات الشخصية والعائلية لتحقيق انسجام قانون ضريبة

(١) وهو ما يسمى بمفهوم تقاسم الدخل أو فرض الضريبة على الزوجين بصورة مشتركة (The Joint Taxation Of Married Couples, Also Known As Income Splitting) وقد أسماه المشرع الأردني الإقرار الضريبي المشترك في المادة (١٧) من قانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٩.

(٢) Leslie Whittington, "Taxes and the Family: The Impact of the Tax Exemption for Dependents on Marital Fertility," Demography 29(May 1992): 220-21. Refer to by Allan C. Carlson, "New Ideas In Family Policy" presentation to Swedish members of Parliament, Ibid.

الدخل مع السياسة السكانية في المملكة والتي تدعو إلى تنظيم النسل لا أن تعارضها أو تهدف إلى تحقيق نتائج تخالفها، حيث ظهر من خلال الدراسة أن قانون ضريبة الدخل (في حينها) يشجع على زيادة الإنجاب من خلال وفرة الإعفاءات الشخصية والعائلية، في حين أن السياسة السكانية في الأردن تهدف إلى تنظيم النسل^(١).

الفرع الثاني

المصدر التشريعي للصلة بين القانون الضريبي والقانون المنظم للأحوال الشخصية

حرص الدستور الأردني على أن يتم تنظيم مسائل الأحوال الشخصية بقانون خاص بها بحيث يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة (١٠٥) منه على ما يلي: "للمحاكم الشرعية وحدها حق القضاء وفق قوانينها الخاصة في الأمور الآتية: (١) مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، (٢) قضايا الدية إذا كان الفريقان كلاهما مسلمين، أو كان أحدهما غير مسلم ورضي الفريقان أن يكون حق القضاء في ذلك للمحاكم الشرعية، (٣) الأمور المختصة بالأوقاف الإسلامية"، وقد أكدت المادة (١٠٦) على ارتباط الأحوال الشخصية للمسلمين بأحكام الشريعة الإسلامية، حيث نصت على ما يلي: "تطبق المحاكم الشرعية في قضائها أحكام الشرع الشريف"، كما أكد الدستور المصري على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، مراعيًا بذلك أهمية التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع ككل، واعتبار الأسرة أساساً للمجتمع مشيداً ببناءها بمراعاة الدين والأخلاق والوطنية، والحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، مع ضرورة تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري، وحماية الدولة

(١) محمد سلامة الخوالدة، "أثر الإعفاءات الضريبية على عدد المساكن وحجم الأسرة في الأردن للأعوام (١٩٨٤-١٩٩٤)، رسالة ماجستير في الدراسات السكانية، الجامعة الأردنية، (غير منشورة)، تموز ١٩٩٦، صص (٣١، ١٢، ٧٣).

الأمومة والطفولة ورعايتها للنشء والشباب من خلال توفير الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم، ومراعاة الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع ومساواتها بالرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية، دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية^(١).

وتجسيدا لهذه المبادئ الدستورية المرتبطة بالشريعة الإسلامية فقد استمد قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم (٣٦) لعام ٢٠١٠ موضوعاته من أحكام الشريعة الإسلامية بنصوص صريحة، محيلاً فيما لم يرد النص عليه إلى العمل بالقول الراجع من مذهب الإمام أبي حنيفة؛ حيث نصت المادة (٣٢٥) منه على ما يلي: "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجع من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون"، وقد تضمنت المواد (٥٩-٧١، ١٥١، ١٨٧-١٩٥، ١٩٧، ١٩٨) منه الأحكام التفصيلية المتعلقة بنفقة الزوجة والأبناء والوالدين ونفقة الصغار الفقراء وكل كبير فقير على من يرثهم من أقاربهم بحسب حصصهم الإرثية^(٢)، وقد احتوت القوانين المصرية المتعددة النظم لمسائل الأحوال الشخصية أحكاماً مشابهة تشمل نفقة الزوجة والوالدين والأبناء والأقارب، وكذلك الإحالة إلى الراجع من مذهب أبي حنيفة^(٣).

(١) المواد (٢، ٧، ٩، ١٠، ١١)، الدستور المصري لعام ١٩٧١ وتعديلاته، مرجع سابق.

(٢) المملكة الأردنية الهاشمية، قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠، مرجع سابق.

(٣) رغم تعدد التشريعات والتعديلات المصرية ذات الصلة بالأحوال الشخصية إلا أنه يمكن تتبع أحكام النفقة في النصوص التالية: المادة (١) المتعلقة بنفقة الزوجة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية (موسوعة مبارك التشريعية، ص ٤١)، والمادة (١٨ مكرراً ثانياً) من مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية (موسوعة مبارك، ص ٥٠) والمتعلقة بنفقة الصغير بحيث تستمر نفقة الأولاد على أبهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب =

يتضح مما سبق استهداف المشرع في قانون الأحوال الشخصية تحقيق العدالة الاجتماعية من خلال الحرص على إدامة الروابط الأسرية، بحيث تشمل الجانب المعنوي والجانب المادي معاً، أي أن المشرع الأردني وكذلك المصري قد جسدا مراعاة تحقيق العدالة الاجتماعية والحفاظ على بنية الأسرة من خلال تكريس أحكام النفقة الشرعية قانونياً، بحيث يلتزم رب الأسرة بالإنفاق على زوجه وأبنائه وأقاربه التزاماً قانونياً وشرعياً في الوقت نفسه، من هنا يتضح أن قانون ضريبة الدخل وقوانين الأحوال الشخصية يلتقيان في الهدف المتعلق بتحقيق العدالة الاجتماعية، ويلتقيان أيضاً بالنظر إلى طبيعة الالتزامات التي رتبها كل منهما، فقانون الأحوال الشخصية رتب التزاماً مالياً على رب الأسرة يتمثل بالإنفاق على أعضائها، وهذه النفقة بالضرورة تؤثر على قدرة هذا الشخص على الدفع، وقانون ضريبة الدخل رتب بدوره التزاماً مالياً على رب الأسرة باعتباره مكلفاً (ممولاً) في نظر ذلك القانون، مع مراعاة الخصوصية الخاصة التي تميز قانون ضريبة الدخل من زاوية نطاق العدالة الاجتماعية بالنسبة لهذا القانون، حيث يعد نطاق العدالة الاجتماعية في قانون ضريبة الدخل

= العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه، وكذلك المواد (١، ٣) التي تضمنت الإشارة إلى نفقة الزوجة والأبناء والوالدين من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات (موسوعة مبارك، هامش ص ٤١)، وقد أشارت المادة الثالثة من قانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية إلى ما يلي: (تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة) (موسوعة مبارك، ص ٢) والمواد (٧١، ٧٢) من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والتي تضمنت الإشارة إلى نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب (موسوعة مبارك، ص ١٨).

– جمهورية مصر العربية، موسوعة مبارك التشريعية، إعداد مجلس الشعب المصري، من خلال موقع البرلمان المصري الإلكتروني: <http://www.parliament.gov.eg>

أكثر شمولاً منها في قانون الأحوال الشخصية باعتبار أن العدالة الضريبية ليست مجرد هدف، وإنما تعد أيضاً أساس نشأة الالتزام الضريبي.

وطالما أن قانون ضريبة الدخل يقوم على العدالة والمساواة ومراعاة القدرة على الدفع والاهتمام بالجانب الاجتماعي فلا بد أن يحصل نوع من الانسجام بين قانون ضريبة الدخل من جهة وقانون الأحوال الشخصية من جهة أخرى، وضرورة هذا الانسجام تقتضيها ذات الاعتبارات التي يقوم عليها النظام الضريبي الجيد، فطالما أن المشرع قد فرض سلسلة من الالتزامات ذات الأثر المالي والمتصلة اتصالاً وثيقاً بأسرة المكلف فمن باب أولى ألا يغلق المشرع عينيه عندما يستهدف فرض ضريبة دخل على ذات المكلف، لأن تلك الالتزامات الواردة في قانون الأحوال الشخصية تنتقص بالضرورة من قدرة المكلف على الدفع، بل إنها قد تبلغ من الجسامة بحيث تخرج الشخص من نطاق التكليف الضريبي وتدخله في نطاق الأشخاص المعوزين الذين تستهدفهم الدولة عادة بدعماً ورعايتها الاجتماعية.

ويرى الباحث أن لا مجال للقول هنا بأن التشريع الضريبي قد يستهدف بصورة غير مباشرة الحد من بعض الظواهر الاجتماعية كزيادة حجم الأسرة على متوسط حجم الأسرة الوطني أو الحد من ظاهرة تعدد الزوجات، ذلك أن الأصل في الأمور الإباحة، ولا يعقل أن يبيح المشرع الزواج وما ينتج عنه من توالد ثم يأتي فيعاقب على عدد الأبناء أو عدد الزوجات من خلال عدم الاعتراف بأن النفقة التي تنفق على بعض الأبناء أو بعض الأزواج (في حال تعدد الزوجات) من شأنها أن تنتقص من قدرة المكلف على الدفع، والقول بخلاف ذلك يناقض مفهوم العدالة الضريبية ومبدأ مراعاة قدرة الأفراد على الدفع، فلا يمكن دستورياً الخروج على قاعدة العدالة الاجتماعية بحجة حاجة الدولة إلى المال.

إن إبراز الصلة بين قانون ضريبة الدخل والتشريعات التي تحكم الأحوال الشخصية إنما يهدف بالدرجة الأولى إلى تعزيز الدور الذي تلعبه التشريعات الضريبية بوجه عام وقانون ضريبة الدخل بوجه خاص في حماية الأسرة

بمفهومها التقليدي والتأثير الإيجابي على بنية المجتمع ككل؛ حيث إن عدم إدراك خصوصية هذه الصلة قد تؤدي بالنتيجة إلى التأثير على رغبة الأفراد بالزواج وبالنتيجة توازن منظومة الزواج بحيث تؤثر على قرار الارتباط بحد ذاته، فضلاً على قرار اختيار الشريك الآخر^(١) (البحث عن زوجة عاملة أو غير عاملة مثلاً)، كما قد يؤدي إلى أن تصبح ضريبة الدخل بمثابة عقوبة على الزواج "Marriage Penalty" أو ضريبة على الزواج "Tax On Marriage" أي قد تؤدي إلى جعل الأزواج يدفعون ضريبة أكثر من تلك التي كان يمكن أن يدفعها كل منهما قبل الزواج، وخاصة في حالة عمل كل من الزوجين، أو وجود مصادر دخل أخرى لكل منهما. أو ضريبة على العزوبية "Tax on Remaining Single" خاصة إذا كان الزوج سوف يتلقى معاملة ضريبة أفضل في حالة زواجه مقارنة بالمكلف غير المتزوج^(٢)، وسيحرص الباحث على توضيح ذلك الجانب عند معالجة الإصلاح الضريبي في كل من مصر والأردن.

(١) Robert A. Pollak, "Family Bargaining and Taxes: A Prolegomenon to the Analysis of Joint Taxation", October 2007, Bonn, Germany: Institute for the Study of Labor (IZA), p.(36).

(٢) Michael McIntyre and Oliver Oldman, "Taxation of the Family in a Comprehensive and Simplified Income Tax", Harvard Law Review, Vol. 90, No. 8, June 1977, (Cambridge, Massachusetts: The Harvard Law Review Association, 1977), pp (1586-1588).

المبحث الثاني مقومات المعاملة الضريبية للأسرة في قانون ضريبة الدخل

إن الحديث عن مقومات المعاملة الضريبية للأسرة في هذا المبحث سينطلق من مقومات النظام القانوني للدولتين محل الدراسة المقارنة، خاصة فيما يتعلق بمفهوم الأسرة المقصودة سواء أكانت أسرة نواة تقتصر على العلاقة بين الزوجين وأبنائهما أم أسرة ممتدة تراعى فيها العلاقة بين الأصول والفروع والأقرباء حتى درجة معينة.

ومن الجدير ذكره أن مفهوم الأسرة يختلف من تشريع إلى آخر حسب موضوع التشريع والغاية منه؛ لذا نجد قانون الحماية من العنف الأسري الأردني مثلاً قد جعل مصطلح الأسرة يشمل: - الزوج والزوجة بعقد زواج شرعي وأبنائهم وأحفادهم ، ب- أبناء أحد الزوجين من زواج شرعي آخر ، ج- والد ووالدة أي من الزوجين ، د- الإخوة والأخوات لأي من الزوجين، هـ- الشخص المشمول بحضانة أسرة بديلة ممن لم يتم الثامنة عشرة من عمره وفقاً لأحكام أي تشريع نافذ المفعول^(١)، بينما نجد أن قانون الضمان الاجتماعي المصري حدد المقصود بمصطلح الأسرة بأنه: كل مجموعة مكونة من زوج وزوجة وأولاد أو بعض أفراد هذه المجموعة إذا كانوا في معيشة واحدة ولو اختلفت محال الإقامة، أما كلمة الأولاد فيقصد بها الأبناء المعالون والبنات المعالات بحيث تشمل بدورها: ١- الذكور الذين لا تزيد سنهم على ١٥ سنة، والبنات حتى يتزوجن أو يلتحقن بعمل، ٢- الذين لم يتجاوز سنهم ٢١ سنة وملتحقون بمراكز التدريب الخاضعة للإشراف الحكومي أو لإشراف هيئات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو وحدات القطاع العام ولم يتزوجوا أو

(١) المادة (٣)، قانون الحماية من العنف الأسري الأردني رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية، العدد (٤٨٩٢)، ٢٠٠٨، ص (٨٢١).

يلتحقوا بعمل، ٣ - الذين لم يتجاوز سنهم ٢٦ سنة وملتحقون بمدارس أو معاهد أو جامعات ولم يتزوجوا أو يلتحقوا بعمل^(١)، فكما ذكر أعلاه فإن اختلاف تحديد المقصود بالأسرة مرده اختلاف موضوع التشريع والغاية منه، إلا أنه ولغايات قانون ضريبة الدخل، وحيث إن محور الاهتمام في هذا البحث ينطلق من كون قوانين الأحوال الشخصية تفرض نفقة على رب الأسرة (باعتباره مكلفاً ضريبياً) بحيث تشمل بالضرورة زوجته ووالديه وأبنائه وقد تتسع لتشمل الأقرباء ممن يرثهم المكلف^(٢)، وهذا الالتزام سيؤثر بالضرورة على قدرته على الدفع باعتبارها الأساس الذي يبنى عليه كل نظام ضريبي عادل، كما سبق توضيحه في المبحث الأول.

إن اعتبارات المنطق القانوني تقتضي من السلطة التشريعية أن تراعي الانسجام بين مختلف التشريعات التي تعمل على سنّها بوجه عام، وبالنسبة للصلة بين قانون ضريبة الدخل وقانون الأحوال الشخصية بوجه خاص، وقد كان قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى اعتباراً من السنة المالية ٢٠١٠) يرتبط بقانون الأحوال الشخصية بصلة وثيقة جسدتها المادة (١٣/أ) والتي كانت تنص على مجموعة من الإعفاءات الشخصية والعائلية بحسب درجة القرابة، وبموجبها منحت الزوجة والأبناء والوالدين نصيباً من الإعفاءات يفوق غيرهم من المعالين، وقد كانت المادة المذكورة قد ربطت مسألة قبول الإعالة باشتراط أن تكون من مسؤولية المكلف شرعاً، كذلك الأمر بالنسبة للمادة (١٤) والتي كانت تمنح طائفة من الإعفاءات

(١) المادة (٣)، قانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٧ بإصدار قانون الضمان الاجتماعي وتعديلاته حتى القانون رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٠، موسوعة مبارك التشريعية، مرجع سابق، ص (٥٧٦).

(٢) وهذا المفهوم استوحاه الباحث من المواد ٥٩ (نفقة الزوجة على زوجها)، ١٨٧-١٩٥ (نفقة الأبناء)، ١٩٧ (نفقة الوالدين)، ١٩٨ (نفقة الصغار الفقراء وكل كبير فقير على من يرثهم من أقاربهم بحسب حصصهم الإرثية) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠.

للمكلف أو من يعيله شرعاً^(١)، كما كانت المادة (٨٨) من القانون المصري رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته قبل إلغائه قد راعت - ولو جزئياً - الأعباء العائلية على المكلف حيث كان الإعفاء الشخصي للمكلف (الممول) الأعزب (٢٠٠٠) جنيه سنوياً، و(٢٥٠٠) جنيه سنوياً للمكلف المتزوج ولا يعول أولاداً أو غير متزوج ويعول أولاداً، و(٣٠٠٠) جنيه سنوياً للمكلف المتزوج ويعول ولداً أو أكثر، فهل ما زال قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ وقانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ يحافظان على تلك العلاقة بقانون الأحوال الشخصية؟ وهل راعى قانون ضريبة الدخل الجديد في كل من الأردن ومصر طبيعة العلاقة التي تربط بين أفراد الأسرة الواحدة سواء من خلال منظومة الإعفاءات الضريبية أو غيرها من صور المعاملة الضريبية؟

(١) كانت المادة (١٣) من قانون ضريبة الدخل رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته الملغى بموجب القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ تنص على ما يلي: "للتوصل إلى الدخل الخاضع للضريبة:

(٢) أ- يتمتع الشخص الطبيعي المقيم بالإعفاءات التالية: مبلغ ١٠٠٠ دينار إعفاء "شخصياً"، مبلغ ١٠٠٠ دينار عن زوجة على ألا يتكرر ذلك لأي منهما، مبلغ ٥٠٠ دينار عن كل ولد من أولاده يتولى إعالته وعن كل من والديه إذا تولى إعالته، مبلغ ٢٠٠ دينار عن كل شخص تكون إعالته من مسؤولية المكلف شرعاً ويحد أقصاه ١٠٠٠ دينار، ويشترط في ذلك ألا يمنح الإعفاء عن الشخص المعال الواحد لأحكام من مكلف معيل واحد.

(٣) كما كانت المادة (١٤) من ذات القانون الملغى تنص على أنه: "للتوصل إلى الدخل الخاضع للضريبة:-

(٤) د- يعفى من الضريبة المبلغ الذي يدفعه المقيم أجراً لعملية جراحية أجريت في المملكة له أو لمن يعيله شرعاً، وكذلك المبلغ الذي يدفعه لاستشفاء أي منهم في أحد مستشفيات المملكة.

(٥) هـ- يعفى من الضريبة المبلغ الذي يدفعه المقيم للمعالجة والاستشفاء من الأمراض المستعصية له أو لمن يعيله شرعاً...

(٦) و- يعفى من الضريبة المبلغ الذي يدفعه المقيم عن عملية جراحية أجريت له في خارج المملكة أو لمن يعيله شرعاً...

وهل راعى المشرع طبيعة العلاقة التي تربط بين الزوجين مدركاً مسؤوليته رب الأسرة عند تحديد الالتزامات الضريبية؟ وهل تنبه المشرع إلى إمكانية استغلال طبيعة العلاقة التي تربط بين أفراد الأسرة الواحدة للتحايل على أحكام القانون من خلال إجراء معاملات صورية بهدف التخلص من العبء الضريبي كلياً أو جزئياً؟

وللإجابة عن التساؤلات السابقة يمكن تقسيم مقومات المعاملة الضريبية للأسرة إلى مطلبين: المطلب الأول ويتضمن معالجة موضوع الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية، أما المطلب الثاني فيتم تخصيصه لمعالجة الالتزامات الضريبية المترتبة على رب الأسرة عن أفراد أسرته.

المطلب الأول الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية والإصلاح الضريبي المزعوم

إن اعتراف المشرع الضريبي بالأعباء الشخصية والعائلية المترتبة على المكلف يساهم في إبراز شخصية الضريبة والانسجام مع كون ضريبة الدخل من الضرائب المباشرة، والتي لا بد أن تراعي ظروف المكلف الشخصية والعائلية، فتحقق بذلك اعتبارات العدالة الاجتماعية وتراعي قدرة الفرد على الدفع.

وبالرجوع إلى قانون ضريبة الدخل للدول محل الدراسة نجد أن المشرع قد فرق بين تكاليف الدخل واستعمالاته، حيث أجاز تنزيل الأولى من الدخل القائم ضمن قيود و شروط تفصيلية حددها، ولم يجز تنزيل الثانية (استعمالات الدخل) نظراً لعدم مساهمتها في إنتاج الدخل القائم وعدم توافر شروط النفقة المقبولة ضريبياً فيها، حيث نصت المادة (٥) من قانون ضريبة الدخل الأردني على أن: "تنزل للمكلف المصاريف المقبولة بما في ذلك..." وقد عرفت المادة (٢) منه المقصود بمصطلح (المصاريف المقبولة) بأنها: المصاريف والنفقات التي أنفقت أو استحققت - كلياً وحسراً - خلال الفترة الضريبية لغايات إنتاج دخل خاضع للضريبة، والتي يجوز تنزيلها من الدخل الإجمالي وفق أحكام هذا

القانون، في حين لم تجز المادة (٧/ح) تنزيل (المصاريف المنزلية أو الشخصية أو الخاصة)^(١)، وتعتبر الفقرة (ح) من قبيل النصوص التوضيحية التي لا تضيف حكماً جديداً، وحذفها لا يؤدي إلى قبول تنزيل تلك المصاريف، أما المشرع المصري فقد تناول في المادة (٢٢) من قانون الضريبة على الدخل لعام ٢٠٠٥ معالجة المصاريف الإنتاجية التي يجوز تنزيلها للوصول إلى الدخل الصافي، قاصراً إياها على جميع المصاريف والتكاليف اللازمة لتحقيق الأرباح على أن تكون مرتبطة بالنشاط الخاضع ولازمة لمزاوته، وأن تكون حقيقية ومؤيدة بالمستندات، باستثناء التكاليف والمصاريف التي لم يجر العرف على إثباتها بمستندات^(٢).

ولم يعترف المشرع بأي من المصاريف المنزلية أو الشخصية أو العائلية أو الخاصة، ولم يقبل تنزيل أي نفقة أو مصروف يتكبده المكلف لإطعام أو كسوة عائلته أو لشراء أي سلعة خاصة مهما كان نوعها، إضافة إلى الأقساط المدرسية المدفوعة لتعليم أبنائه في المرحلة المدرسية^(٣)، إلا أن عدم جواز تنزيلها كنفقة لا يمنع من جواز تنزيلها جزئياً أو كلياً سواء بصورة فعلية أو افتراضية باعتبارها من قبيل الإعفاءات الضريبية وخاصة تلك المرتبطة بأسرة المكلف.

والحديث عن الإعفاءات الشخصية والأسرية في الدول محل الدراسة يتطلب الإشارة إلى التطور التشريعي لتلك الإعفاءات في التشريعات المتعاقبة خاصة في ظل سلسلة الإصلاحات الضريبية التي شهدتها تلك الدول، ومن ثم مدى اعتبار هذا التطور من قبيل الإصلاح الضريبي فعلاً.

(١) المادتان (٥، ٧)، قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، مرجع سابق.

(٢) المادة (٢٢)، قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، مرجع سابق.

(٣) محمد أبو نصار ومحفوظ مشاعلة وفراس الشهوان، الضرائب ومحاسبتها، ط١، ١٩٩٦، ص (١٥٦).

ويرى الباحث ابتداءً أن الإصلاح بوجه عام، والإصلاح الضريبي بوجه خاص لا يعني التعديل لمجرد التغيير، كما لا يعني بالضرورة أن يكون النظام الضريبي القائم معيباً وغير صالح، وإنما الإصلاح يتضمن نزعة نحو التحديث وتلافي العيوب وجعل النظام الضريبي أداة إصلاح ومحل إصلاح في الوقت نفسه، حيث يعد أداة إصلاح من خلال الأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يسعى إلى تحقيقها، ويعد محل إصلاح من خلال إجراء سلسلة من المراجعات الدورية للنظام الضريبي تكفل ضمان تحقيقه لأهدافه الدستورية وعدم خروجه عنها، والإصلاح عملية مستمرة رائدها تعزيز أهداف النظام الضريبي التي لا بد أن تلتقي بصورة أو بأخرى بمقومات المجتمع والظروف الشخصية والاجتماعية لأفراده، وقد شهدت الأردن ومصر سلسلة جهود متواصلة في سبيل تحقيق الإصلاح الضريبي من خلال جعل النظام الضريبي أكثر فاعلية وعدالة ومراعاة للتطورات في الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي مر بها المجتمعان الأردني والمصري، وسيحرص الباحث في الفرعين التاليين على معالجة موضوع الإعفاءات الشخصية والأسرية قديماً وحديثاً، ومدى تأثيرها بالتطورات التشريعية التي شهدتها الدول محل الدراسة في ضوء الدعوات المتعاقبة إلى إصلاح النظام الضريبي، فهل التطورات الأخيرة في موقف قانون ضريبة الدخل من الإعفاءات الشخصية والأسرية تعد تقدماً وإصلاحاً، أم أن التقدم والإصلاح المزعوم يعد تراجعاً ونكوصاً على الأعقاب؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات في إطار الجهود الإصلاحية المتعاقبة في كل من مصر والأردن تقتضي التعرض للحديث عن الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية في الأردن والإصلاح الضريبي المزعوم وذلك في الفرع الأول، مع تخصيص الفرع الثاني للحديث عن الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية في مصر وما طرأ عليها من إصلاحات:

الفرع الأول الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية والإصلاح الضريبي الأردني المزعوم

إن الحديث عن الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية في قانون ضريبة الدخل الأردني، يقتضي التعرف على موقف المشرع في القانون رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى) والإصلاحات الضريبية المتعاقبة التي حدثت وما خلفته من آثار على واقع المعاملة الضريبية للأسرة، وهذا يتطلب الحديث عن واقع التشريع الضريبي الأردني (ما قبل الإصلاح الضريبي وما بعده).

البند الأول - الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية ما قبل الإصلاح الضريبي:

كان قانون ضريبة الدخل رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى)، والذي تم العمل به حتى نهاية السنة المالية ٢٠٠٩، قد عالج في المادة (١٣) منه مسألة الإعفاءات الشخصية والأسرية وتوسع في المادة (١٤) ليشمل سلسلة من الإعفاءات المالية المرتبطة بالمكلف وأسرته، فقد كانت المادة (١٣) تشمل منح المكلف إعفاءً ضريبياً شخصياً (إعفاء الحد الأدنى للمعيشة) مقداره ألف دينار، وإعفاء الزوج ومقداره ١٠٠٠ دينار، حيث كان يمنح للمكلف عن زوجه على ألا يتكرر ذلك لأي منهما، ويعتبر هذا الإعفاء وفقاً لممارسات دائرة ضريبة الدخل والمبيعات الأردنية إعفاء منحه المشرع للمكلف عن زوجه بحيث إذا كانت الزوجة مكلفة وكان هذا الإعفاء قد منح للزوج المكلف عن ذات السنة فيعتبر بمثابة الإعفاء الشخصي للزوج المكلف عن زوجته، ولا يجوز منحه مرة أخرى للزوجة المكلفة باعتباره إعفاء شخصياً مستقلاً لها، ومن الجدير بالذكر أن هذا الإعفاء كان يقرأ بصورتين: الصورة الأولى والمعمول بها باعتبار (مبلغ ١٠٠٠ دينار عن زوجه) إعفاء عن زوج المكلف بحيث إن كلمة زوجه تشمل الزوج والزوجة بحيث لا يتكرر ذلك لأي منهما فيقتصر فيها أثر كلمة (زوجه) على إعطاء الزوج المكلف هذا الإعفاء عن زوجة واحد أو للزوجة المكلفة عن

زوجها إذا كان لا يعمل، أما الصورة الثانية والتي لم تأخذ بها دائرة ضريبة الدخل والمبيعات فهي تقوم على اعتبار هذا الإعفاء إعفاء مرتبطاً بالزوجية باعتباره إعفاء مستقلاً عن الإعفاء الشخصي، بحيث إذا كان كل من الزوجين مكلفاً في نظر القانون فإن هذا الإعفاء المرتبط بالزوجية يمنح لأحدهما دون أن يؤثر على تمتع الزوج الآخر بالإعفاء الشخصي الخاص به، إلا أن إلقاء نظرة سريعة على سياق المادة (١٣) الملغاة تؤكد بأن المشرع لم يقصد هذا الفهم حيث ختمت الفقرة (أ) بالعبارة التالية: "يشترط لمنح الإعفاء المتعلق بالزوجة والأولاد والأبوين والمعالين لغير الأردني أن يكونوا مقيمين في المملكة"، أي أن المشرع أكد صراحة على أن المقصود بمبلغ ١٠٠٠ دينار المتعلق بالزوج والوارد في الفقرة (أ) الإعفاء المتعلق بشخص الزوجة وليس باعتباره إعفاء اجتماعياً متعلقاً بالزوجية كرابطة.

أما فيما يتعلق بإعالة الأصول والفروع والأقارب فقد كان المشرع الأردني يفرق بين أصول المكلف وفروعه من الدرجة الأولى، حيث كان ينص على منح إعفاء قدره ٥٠٠ دينار عن كل ولد يتولى المكلف إعالته دون وضع حد أقصى للإعفاء المرتبط بالأبناء وعن كل من والديه إذا تولى إعالته، أما بالنسبة لغيرهم من الأشخاص الذين تكون إعالتهم من مسؤولية المكلف شرعاً فقد نص المشرع على منح إعفاء مقداره ٢٠٠ دينار عن كل شخص تكون إعالته من مسؤولية المكلف شرعاً وبحد أقصاه ١٠٠٠ دينار (مع مراعاة إن الزوجة الثانية إلى الرابعة تندرج وفقاً لممارسات دائرة ضريبة الدخل والمبيعات ضمن هذا الإعفاء^(١))، وقد كان يشترط لمنح الإعفاء المتعلق بالزوجة والأولاد والأبوين والمعالين لغير الأردني أن يكونوا مقيمين في المملكة، بحيث كان الشخص الطبيعي الأردني غير المقيم يتمتع بالإعفاءات الخاصة بالزوجة والأولاد والمعالين المقيمين في المملكة إذا كان هذا الشخص مسؤولاً عن إعالتهم.

(١) عادل الحيارى، الضريبة على الدخل العام: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، ط١، جامعة القاهرة، مطابع مؤسسة الأهرام، ١٩٦٨، ص(٤١٧).

ومن الإعفاءات الأخرى وثيقة الصلة بالمكلف وأسرته والتي كان يحتويها القانون الملغى:

١ - إعفاء الدراسة فوق مستوى شهادة الدراسة الثانوية العامة: حيث كان الشخص الطبيعي الأردني يتمتع بإعفاء قدره (٢٠٠٠ دينار) في السنة إذا كان مكلفاً وكان طالباً غير مبعوث في جامعة أو كلية مجتمع أو معهد فوق مستوى شهادة الدراسة الثانوية العامة، كما يسمح للشخص الطبيعي الأردني بإعفاء قدره (٢٠٠٠ دينار) في السنة لقاء الإنفاق على دراسة كل ولد من أولاده أو على دراسة حفيده أو زوجه أو أخيه أو أخته ممن يتولى إعالتهم، وكان أي منهم غير موفد في بعثة ولا يستطيع الإنفاق على دراسته وكان طالباً يدرس في جامعة أو في كلية مجتمع أو معهد فوق مستوى شهادة الدراسة الثانوية العامة، وإذا تعدد الأشخاص الذين ينفقون على دراسة طالب واحد غير موفد في بعثة فيوزع بينهم مبلغ الإعفاء بمقدار ما ينفقه كل منهم على الطالب، وقد أوجبت الفقرة (هـ) من المادة (١٣) الملغاة على مجلس الوزراء إعادة النظر في هذه الإعفاءات مرة أو أكثر كل خمس سنوات في ضوء الأرقام القياسية لتكاليف المعيشة.

٢ - شملت المادة (١٤) الملغاة طائفة من الإعفاءات الأخرى منها تلك المتعلقة بالأسرة وهي على النحو التالي:

أ - إعفاء بدل السكن المستأجر وفوائد ومراوحة قرض السكن: رغم أن المكلف لا يتمتع بإعفاء عن السكن الشخصي غير المستأجر^(١)، فقد أعفي بدل الإيجار الذي يدفعه المكلف المقيم أو زوجه عن سكنه في المملكة سواء أكان عقد الإيجار باسمه أم باسم زوجه بحيث لا يزيد مجموع المبلغ المعفى على (٢٠٠٠) دينار في السنة، كما أعفيت من الضريبة الفائدة التي يدفعها الشخص المقيم أو زوجه على قرض

(١) محمد أبو نصار ومحفوظ مشاعلة وفراس الشهوان، الضرائب ومحاسبتها، مرجع سابق، ص (١٦٩).

أنفقه في إنشاء سكن له في المملكة أو شرائه، كما تمت مراعاة المعاملات الإسلامية حيث أعفي مبلغ الربح الذي يدفعه الشخص المقيم أو زوجه لأي بنك أو شركة لا يتعامل أي منهما بالفائدة مقابل إنشاء أو شراء مثل ذلك المسكن، ولغايات التمتع بهذا الإعفاء يشترط أن يقيم الشخص وزوجه أو أحدهما أو أي من أصوله أو فروعه في المسكن، وألا يتجاوز مبلغ الفائدة أو الربح الذي يسمح بإعفائه في هذه الحالة ألفي دينار سواء أكان البيت ملكاً للزوج أم الزوجة وأياً كان المقترض منهما.

ب - نفقات المعالجة الطبية : وقد كان هذا الإعفاء يشمل:

- المبلغ الذي يدفعه الشخص المقيم أجراً لعملية جراحية أجريت في المملكة له أو لمن يعيله شرعاً، وكذلك المبلغ الذي يدفعه لاستشفاء أي منهم في أحد مستشفيات المملكة، وبناء على تفسير ضيق للنص انتهجته الإدارة الضريبية يقتصر هذا الإعفاء على نفقات العمليات الجراحية ونفقات الاستشفاء في مستشفيات المملكة الحكومية والخاصة، ولا يشمل نفقات المعالجة الطبية نتيجة مراجعة الأطباء والعيادات الخاصة، ولغايات الحصول على هذا الإعفاء لابد من إبراز فواتير المعالجة الأصلية ولا تقبل صور ومستنسخات تلك الفواتير حرصاً على عدم منح المكلف إعفاء غطته شركات التأمين، وإعمالاً لنص المادة (١١/د) من القانون الملغى والتي لم تجز تنزيل أي نفقات يمكن استردادها بموجب بوليصة تأمين أو عقد تعويض.

- المبلغ الذي يدفعه المقيم للمعالجة والاستشفاء من الأمراض المستعصية له أو لمن يعيله شرعاً، شريطة ألا يزيد مجموع المبلغ المعفى على (١٠٠٠٠) دينار في السنة للمعالجة

والاستشفاء من تلك الأمراض في المملكة وعلى (١٥٠٠٠) دينار خارجها.

- المبلغ الذي يدفعه المقيم عن عملية جراحية أجريت له في خارج المملكة أو لمن يعيله شرعاً، وتكون عملية طارئة أو يتعذر إجراؤها في داخل المملكة شريطة ألا يزيد مجموع المبلغ المعفى على (١٠٠٠٠) دينار في السنة، ويشترط في ذلك أن يبرز المكلف شهادة من الجهات الطبية الرسمية المختصة، وأن يعزز ذلك بإيصالات بالمبالغ المدفوعة مصدقة أصولياً^(١).

- المبلغ الذي يدفعه المكلف عن نفسه وزوجته وأفراد عائلته ممن يتولى إعالتهم ك أقساط وثائق التأمين على الحياة المستهلكة غير المستردة بفروعه المختلفة، وكذلك أقساط وثائق التأمين الصحي غير المستردة بأي صورة كانت، ولم يقترن إعفاء هذا المبلغ بشرط الإقامة.

البند الثاني - الإصلاح الضريبي لقانون ضريبة الدخل الأردني خلال الفترة (٢٠٠٥ إلى ٢٠٠٩):

أشارت الأجندة الوطنية - والتي تغطي الفترة (٢٠٠٦ إلى ٢٠١٦) - ضمن الفصلين الخامس والسابع إلى ضرورة إجراء الإصلاح الضريبي: حيث تضمن الفصل الخامس من الأجندة الوطنية وتحت عنوان التشريع والعدل: التوصية بإجراء مراجعة شاملة لقانوني ضريبة الدخل والضريبة العامة على المبيعات لإزالة الغموض والتناقض في بعض أحكامها ولتحقيق الانسجام مع المبادئ الدستورية من حيث النسب الضريبية وكيفية ترتيب تصاعدها، ومدى

(١) المادة (٥)، تعليمات رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢ بعنوان (تعليمات نفقات الاستشفاء من الأمراض المستعصية ونفقات الجراحة داخل وخارج المملكة).

إمكانية تخفيف بعض الأعباء الضريبية عن المنتجين في القطاعات الاقتصادية والإنتاجية، والحث على تفسير مفهوم ضريبة الدخل بشكل أكثر إنسانية وأقل بيروقراطية بما يتيح تقدير ظروف المكلفين الفردية وأوجه إنفاقهم، بحيث يكون في مقدور المقدر الضريبي قبول النفقات المألوفة والمعتادة والناجمة عن الترابط الأسري والاجتماعي وتنزيل أقساط التأمين الادخاري^(١).

أما الفصل السابع من الأجندة الوطنية فقد أشار إلى واقع النظام الضريبي الأردني والإصلاحات التي لابد من إجرائها^(٢): أولاً - واقع النظام الضريبي الأردني: إن النظام الضريبي الأردني لا ينسجم مع المعايير الدولية، كما أن النظام الضريبي معقد وغير فاعل ولا يحقق العدالة المطلوبة؛ حيث تخضع الشركات لضرائب مباشرة وغير مباشرة متعددة تبعاً للقطاع والنشاط، كما أن ٨٠٪ من إيرادات ضريبة المبيعات العامة وضريبة الدخل تستوفى من أكبر ٤٠٠ مكلف ضريبي فقط، وأن برنامج الحوافز الضريبية التي تم تبنيها بغية تشجيع الاستثمارات يتسم بالتعقيد والإرباك للمستثمرين، وتخضع الشركات لمعدلات ضريبية مختلفة بحسب القطاع تتراوح بين ١٥٪ إلى ٣٥٪ مع تمتعها بإعفاءات متعددة ومتشعبة؛ مما يجعل هذا النظام بعيداً كل البعد عن مبدأ العدالة والمساواة في المعاملة الضريبية، ويعتبر أحد العوامل الرئيسة التي تعيق جذب الاستثمارات إلى المملكة، وفيما يخص ضريبة الدخل على المكلفين من موظفين ومستخدمين فإنها تتسم بالتعقيد والتشوه؛ حيث تطبق حالياً أربع شرائح ضريبية تتراوح بين ٥٪ إلى ٢٥٪ إلى جانب وجود (١٥) بنداً للإعفاءات تتراوح بين إعفاء شخصي

(١) المملكة الأردنية الهاشمية، الأجندة الوطنية، الفصل الخامس: التشريع والعدل، ص (٦١ و ٦٢)، موقع الأجندة الوطنية الإلكتروني:

<http://www.nationalagenda.jo/tabid/60/Default.aspx?Location=1>

(٢) المملكة الأردنية الهاشمية، الأجندة الوطنية، الفصل السابع: محور الخدمات المالية والإصلاح المالي الحكومي/ مسار الإصلاح المالي الحكومي، ص ص (١٠٧-١٠٩)، موقع الأجندة الوطنية الإلكتروني:

<http://www.nationalagenda.jo/tabid/62/Default.aspx?Loca>

قدره ألف دينار إلى خمسة عشر ألف دينار للمعالجة من الأمراض المستعصية وفقاً للمادتين (١٣، ١٤) من القانون الحالي، ووجود إعفاءات جزئية غير متكافئة بين العاملين في القطاعين العام والخاص، إذ يتمتع الموظف في القطاع العام بإعفاء جزئي قدره ٥٠٪، في حين يبلغ الإعفاء الجزئي للمستخدم في القطاع الخاص ٥٠٪ للثاني عشر ألف دينار الأولى، ثم ٢٥٪ لما زاد على ذلك، أما العاملون لحسابهم فإن الهيكل الضريبي الحالي يدفعهم للعمل كموظفين أو مستخدمين للاستفادة من الإعفاءات الضريبية، خلافاً للتوجه نحو تعزيز الأعمال الريادية والتوسع في إنشاء شركات الأعمال الصغيرة والمتوسطة، أما مقومات الإصلاح الضريبي المنشود في مجال ضريبة الدخل حسب الأجندة الوطنية فتشمل: تبسيط ضريبة الدخل على الشركات بغض النظر عن طبيعة النشاط، وضرورة التحجيل في إجراء إصلاحات شاملة لضريبي الدخل والمبيعات من خلال الوصول إلى أفضل النماذج لإعادة هيكلة ضريبة الدخل لتحقيق العدالة والمساواة الضريبية بين كافة المكلفين، وتحديد الطريقة المثلى لخفض وتوحيد الضريبة على الدخل الخاضع للشركات، وتبسيط ضريبة دخل المكلفين من الموظفين والمستخدمين لضمان التوزيع العادل للضريبة عليهم، وفيما يتصل بالعلاقة بين المكلف والإدارة الضريبية فيجب تقوية العلاقة بينهما من خلال حصر مسؤولية إثبات تلاعب المكلف بالحسابات بالإدارة الضريبية وفقاً للمعايير المحاسبية المتعارف عليها، وذلك لخفض مجالات وأوجه النزاع المحتملة بين الطرفين، وللوصول إلى أعلى نسبة التزام طوعي لدى المكلفين^(١).

وعلى مر خمس سنوات (٢٠٠٥ إلى ٢٠٠٩) جرت عدة محاولات من قبل السلطة التنفيذية لإجراء تعديلات جوهرية على قانون ضريبة الدخل إلا أن تلك التعديلات كانت تجهض في مراحلها الأولى باستثناء الإصلاح الأخير عبر القانون المؤقت لعام ٢٠٠٩ وهي:

(١) المملكة الأردنية الهاشمية، الأجندة الوطنية، الفصل السابع: محور الخدمات المالية والإصلاح المالي الحكومي / مسار الإصلاح المالي الحكومي، المرجع السابق، ص ص (١٠٧-١٠٩).

١ - الإصلاح الضريبي لعام ٢٠٠٥:

وتمثل في القانون المؤقت المعدل لقانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٥، حيث قام المشرع الأردني بوضع سقف للإعفاءات في القانون المؤقت المعدل لقانون ضريبة الدخل رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٥^(١) والذي تم إعلان بطلانه بتاريخ ٢٨/٣/٢٠٠٦^(٢)، حيث كانت المادة (٩) منه والمعدلة للمادة (١٣) من القانون الأصلي تنص على تمتع الشخص الطبيعي المقيم بطائفة من الإعفاءات المسقوفة بمبلغ ٨٠٠٠ دينار سنوياً بواقع (٥٠٠٠ دينار إعفاء شخصي، و١٠٠٠ دينار إعفاء عن الزوجة على ألا يتكرر ذلك لأي منهما)، وفرق المشرع الأردني بين أصول المكلف وفروعه من الدرجة الأولى فنص على منح إعفاء قدره ٥٠٠ دينار عن كل ولد يتولى المكلف إعالته، وعن كل من والديه إذا تولى إعالة أي منهما، أما بالنسبة لغيرهم من الأشخاص الذين تكون إعالتهم من مسؤولية المكلف شرعاً فقد نص المشرع على منح إعفاء مقداره ٥٠٠ دينار عن كل شخص تكون إعالته من مسؤولية المكلف شرعاً وبحد أقصاه ٢٥٠٠ دينار، وهذا القانون المعلن بطلانه وإن بدا في ظاهره سخياً من حيث زيادة حجم الإعفاءات إلا أن جميع تلك الإعفاءات مسقوفة بمبلغ لا يتجاوز ٨٠٠٠ دينار (عملياً إعفاء أسرة مكونة من زوج وزوجه وأربعة أبناء)، وقد استند ذلك القانون إلى مسح نفقات ودخل الأسرة ٢٠٠٢-٢٠٠٣ والذي بين بأن متوسط حجم الأسرة الأردنية ستة أشخاص ومتوسط الدخل الجاري السنوي للأسرة الأردنية (٥٦٢٢) ديناراً^(٣).

(١) المملكة الأردنية الهاشمية، الجريدة الرسمية، العدد (٤٧٣٢)، ٣٠ تشرين ثاني ٢٠٠٥، ص (٤٩٨٢).

(٢) المملكة الأردنية الهاشمية، الجريدة الرسمية، العدد (٤٧٥٣)، ٢ نيسان ٢٠٠٦، ص (١٠٠٩).

(٣) دائرة ضريبة الدخل والمبيعات الأردنية، إستراتيجية الإصلاح الضريبي في مجال ضريبي الدخل والمبيعات، تشرين أول ٢٠٠٥، غير منشور.

٢ - الإصلاح الضريبي لعام ٢٠٠٦:

يتمثل بمشروع القانون المعدل لقانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٦^(١) والذي وافق عليه مجلس النواب بتاريخ ١٤/١/٢٠٠٧ مع إجراء بعض التعديلات التي مست الخطوط العريضة للإصلاح الضريبي مما دفع السلطة التنفيذية إلى سحبه لإجراء مزيد من الدراسة.

وقد كان هذا المشروع يتضمن التعديلات التالية المتعلقة بالإعفاءات الشخصية والأسرية: منح الشخص الطبيعي المقيم الإعفاءات التالية: مبلغ (٦٠٠٠) دينار إعفاء شخصياً، و مبلغ (٤٠٠٠) دينار إعفاء إضافياً على ألا يتكرر هذا الإعفاء لأي من الزوجين، ومبلغ (٥٠٠) خمسمائة دينار عن كل شخص تكون إعالته من مسؤولية المكلف وبعد أقصاه (٢٠٠٠) ألفي دينار، ويشترط في ذلك ألا يمنح الإعفاء عن الشخص المعال الواحد لأكثر من مكلف معيل واحد، ويشترط لمنح الإعفاء المتعلق بالمعالين لغير الأردني أن يكونوا مقيمين في المملكة، كما يتمتع الشخص الطبيعي الأردني بإعفاء لا يتجاوز في مجموعه مبلغ (٥٠٠٠) دينار في السنة في الحالتين التاليتين: ١- مقابل الإنفاق على دراسته أو الإنفاق على دراسة أولاده أو أحفاده أو زوجه أو أخيه أو أخته ممن يتولى إعالتهم وكان أي منهم لا يستطيع الإنفاق على دراسته، وإذا تعدد الأشخاص الذين ينفقون على دراسة طالب واحد فيوزع بينهم مبلغ الإعفاء بنسبة ما ينفقه كل منهم على ذلك الطالب، ٢- مقابل نفقات المعالجة والاستشفاء وأقساط وثائق التأمين الصحي غير المستردة بأي صورة كانت، عنه أو عمن يعيله سواء أكان ذلك داخل المملكة أم خارجها، ويشترط للاستفادة من هذا الإعفاء أن يكون الشخص الطبيعي الأردني مقيماً في المملكة^(٢).

(١) مشروع القانون المعدل لقانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٦ بالصيغة التي رفعتها بها السلطة التنفيذية منشور على موقع دائرة ضريبة الدخل والمبيعات:

http://www.incometax.gov.jo/incometax/main_menu/legislations/an2.aspx.

(٢) مشروع القانون المعدل لقانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٦ بالصيغة التي وافق عليها مجلس النواب، النسخة المرفقة بكتاب رئيس مجلس النواب إلى دولة رئيس مجلس الأعيان رقم (١٥٦/٢/٢٣/٣) تاريخ ١٦/١/٢٠٠٧، ص ص (٦، ٧)، (غير منشور).

٣ - الإصلاح الضريبي لعام ٢٠٠٩:

من خلال مشروع القانون لعام ٢٠٠٩ والذي يتشابه إلى حد كبير مع القانون المؤقت الحالي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ خاصة من حيث الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية (المادة ٩) منه) ومفهوم المعال (المادة ٢) منه^(١)، وقد عرض هذا المشروع خلال الدورة الاستثنائية لمجلس النواب الخامس عشر إلا أنه تعرض لتعديلات مست الخطوط العريضة للإصلاح مما دفع الحكومة إلى سحبه لإجراء مزيد من الدراسة، وعلى إثر ذلك تم حل مجلس النواب بتاريخ ٢٣/١١/٢٠٠٩^(٢)، وعلى إثر حل مجلس النواب عملت السلطة التنفيذية على إجراء بعض التغييرات الطفيفة على مشروع القانون لعام ٢٠٠٩ - الذي كان قد عرض على الدورة الاستثنائية لمجلس النواب قبل حله - وخاصة في مجال النسب الضريبية لتعاود إصداره بتاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٩، وهذه المرة بصورة قانون مؤقت يحمل الرقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ وهو القانون الساري حتى لحظة إعداد هذا البحث، لذا سيتم اعتباره نتاج الجهود المتواصلة للإصلاح الضريبي لغايات التعرف على ما تضمنه من معاملة ضريبية للأسرة في البند التالي.

البند الثالث - الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية وفقاً للقانون المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩:

صدر قانون ضريبة الدخل رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٩ في نهاية عام ٢٠٠٩ بصورة قانون مؤقت في غيبة البرلمان - الذي كان قد حل بتاريخ ٢٣/١١/٢٠٠٩ - وذلك سنداً للمادة (٩٤) من الدستور^(٣)، وتضمن تغييراً جذرياً في

(١) مشروع قانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٩ بالصيغة المرسلة إلى مجلس النواب، النسخة المرفقة بكتاب دولة رئيس الوزراء إلى رئيس مجلس النواب رقم (ض١-١١٨٢) تاريخ ١١/٦/٢٠٠٩، (غير منشور).

(٢) المملكة الأردنية الهاشمية، قرار حل مجلس النواب لعام ٢٠٠٩، الجريدة الرسمية، العدد (٤٩٩٨) ١/١٢/٢٠٠٩، ص(٦٤٦٥).

(٣) المادة (٩٤)، الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ وتعديلاته، مرجع سابق.

منظومة الإعفاءات الشخصية والأسرية ومفهوم الإعالة عما سبقه من قوانين، حيث تم إلغاء معظم الإعفاءات العائلية والاجتماعية والصحية التي كان يحتويها القانون السابق له (القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته)، ويتضح ذلك بمجرد النظر إلى مفهوم الدخل الخاضع للضريبة الوارد في المادة (٢) منه، حيث عرف بأنه: "ما يتبقى من الدخل الإجمالي بعد تنزيل المصاريف المقبولة والخسارة المدورة من الفترات الضريبية السابقة والإعفاءات الشخصية والتبرعات على التوالي" حيث كان مصطلح (الإعفاءات) الوارد في تعريف الدخل الخاضع في القانون الملغى مطلقاً؛ بحيث يشمل الإعفاءات الشخصية والعائلية، ثم جاءت المادة (٩) من القانون المؤقت متضمنة منظومة الإعفاءات الشخصية الجديدة والتي حلت محل جميع الإعفاءات التي كانت واردة في الماديتين (١٤، ١٣) من القانون الملغى، بحيث أجاز القانون الجديد تنزيل الإعفاءات التالية من الدخل الإجمالي للشخص الطبيعي المقيم: ١- مبلغ اثني عشر ألف دينار للمكلف، ٢- مبلغ اثني عشر ألف دينار عن المعالين مهما كان عددهم (والمعال وفقاً للمادة (٢) يشمل زوج المكلف أو أولاده أو أصوله أو أقاربه حتى الدرجة الثانية الذين يتولى المكلف الإنفاق عليهم)، وفي حال تقديم الإقرارات المشتركة أو المنفصلة وفقاً لما يختاره المكلف لا يجوز أن يتجاوز مبلغ الإعفاء الممنوح للعائلة الواحدة مبلغ أربع وعشرين ألف دينار، وللشخص الطبيعي الأردني غير المقيم الاستفادة من الإعفاءات الخاصة بالمعالين المقيمين في المملكة إذا كان يتولى إعالتهم، ويشترط لمنح هذه الإعفاءات المرتبطة بالإعالة للشخص غير الأردني المقيم أن يكون المعال مقيماً في المملكة^(١).

يرى الباحث أنه ولغايات تقويم منظومة الإعفاءات الشخصية الجديدة بصورة موضوعية، فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي أدت إليها، فضلاً على الأسباب التشريعية الموجبة المعلنة لها،

(١) المملكة الأردنية الهاشمية، قانون ضريبة الدخل المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، الجريدة الرسمية، العدد (٥٠٠٥)، تاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٩، ص(٧١٢١).

أما من حيث الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إليها : فبالإضافة إلى ما تم عرضه خلال الحديث عن مراحل الإصلاح الضريبي، فقد ظهرت العديد من المؤشرات الاجتماعية والاقتصادية التي تبرر إعادة النظر في المعاملة الضريبية للأسرة وبصفة خاصة في مجال الإعفاءات، فقد أظهر (التقرير الوطني الثاني للأهداف الإنمائية ٢٠١٠) أنه في حين كان خط الفقر المطلق (Relative poverty line)^(١) عند ٣١٥ ديناراً للفرد في السنة في عام ١٩٩٢، و٣٩٢ ديناراً في عام ٢٠٠٢، أصبح ٦٨٠ ديناراً للفرد في عام ٢٠٠٨، أما بخصوص نسبة السكان دون خط الفقر المطلق فقد ارتفعت في عام ٢٠٠٨ لتصبح ١٣,٣٪ مقارنة بنسبة ١٣٪ في عام ٢٠٠٦^(٢)، وإذا كان مسح نفقات ودخل الأسرة ٢٠٠٢-٢٠٠٣ والذي أظهر بأن متوسط الدخل الجاري للأسرة الأردنية قد بلغ ٥٥٩٠ ديناراً، علماً بأن متوسط عدد أفراد الأسرة الأردنية بلغ (٦,١) ستة أشخاص تقريباً في تلك الفترة^(٣) من أبرز المبررات التي أدت إلى منظومة الإعفاءات التي شملها الإصلاح الضريبي لعام ٢٠٠٦^(٤) وهي : مبلغ (٦٠٠٠) دينار إعفاء شخصياً، ومبلغ (٤٠٠٠) دينار إعفاء إضافياً على ألا يتكرر هذا الإعفاء لأي من الزوجين، ومبلغ (٥٠٠) خمسمائة دينار عن كل شخص تكون

(١) إن مصطلح الفقر المطلق (النسبي) يقصد به وفقاً للقاموس الاقتصادي: "وصف الفقر الذي يحدث عندما لا يستطيع الأفراد التمتع بالحد الأدنى لمستوى المعيشة الذي تحدده الدولة (بحيث يتمتع به معظم سكانها) ويختلف مضمونه بالنتيجة من دولة إلى أخرى، وأحياناً ضمن الدولة الواحدة، انظر تفصيلاً: تعريف (Relative poverty)، موقع القاموس الاقتصادي الإلكتروني:

<http://www.businessdictionary.com/definition/poverty.html>

(٢) دائرة الإحصاءات العامة الأردنية، الإحصاءات المتعلقة بالدخل والإنفاق لسنة ٢٠٠٢ / ٢٠٠٣، عبر موقع دائرة الإحصاءات الإلكترونية:

http://www.dos.gov.jo/sdb_ec/sdb_ec_a/household/rep_0304_a.htm

(٣) دائرة ضريبة الدخل والمبيعات الأردنية، إستراتيجية الإصلاح الضريبي في مجال ضريبي الدخل والمبيعات ، تشرين أول ٢٠٠٥، غير منشور.

(٤) دائرة ضريبة الدخل والمبيعات الأردنية، إستراتيجية الإصلاح الضريبي في مجال ضريبي الدخل والمبيعات ، تشرين أول ٢٠٠٥، غير منشور.

إعالتة من مسؤولية المكلف، فإن متوسط حجم الأسرة وفق التقارير الإحصائية لعام ٢٠٠٨ قد بلغ ٥,٥ أي حوالي خمسة أفراد، كما بلغ متوسط إنفاق الأسرة السنوي على السلع والخدمات ما يقارب ٨٥١٦ دينار، ومتوسط الدخل الجاري السنوي للأسرة حوالي ٧٥٩٠ ديناراً^(١)، فإن هذا مدعاة لإعادة النظر بالإعفاءات بصورة تؤدي إلى زيادتها وليس إعادة هيكلتها بإلغاء معظمها واستبدالها بمنظومة إعفاءات لا تتجاوز في أحسن أحوالها ٢٤٠٠٠ دينار للعائلة الواحدة مهما كانت الظروف ومهما كان عدد المعالين.

أما بالنسبة للأسباب الموجبة لمنظومة الإعفاءات الشخصية الجديدة: فطالما أن هذا القانون المؤقت ما هو إلا إصدار لمشروع القانون الذي كان قد عرض على مجلس النواب في دورته الاستثنائية قبل حله مع إجراء تعديلات طفيفة عليه، وطالما أن الإعفاءات الشخصية في القانون المؤقت الحالي ومشروع القانون المشار إليه متماثلة؛ لذا فإن الأسباب الموجبة لهذا التغيير متماثلة، وبالرجوع إلى الأسباب الموجبة لمشروع القانون المرفقة برسالة دولة رئيس الوزراء إلى رئيس مجلس النواب بتاريخ ١١/٦/٢٠٠٩ فإن تلك الأسباب تمثلت في خمسة محاور وهي: أولاً - تشجيع الاستثمار وتعزيز النمو الاقتصادي وتنافسية الاقتصاد الأردني، ثانياً - تحسين الإطار القانوني للنظام الضريبي، ثالثاً - تحسين عدالة النظام الضريبي، رابعاً - معالجة التهرب الضريبي، خامساً - تحسين الإدارة الضريبية، وبالنتيجة فإن المحور المتعلق بمشكلة هذا

(١) دائرة الإحصاءات العامة الأردنية، الإحصاءات المتعلقة بالدخل والإنفاق لسنة ٢٠٠٨،

عبر موقع دائرة الإحصاءات الإلكترونية:

(متوسط عدد أفراد الأسرة) http://www.dos.gov.jo/sdb_ec/sdb_ec_a/household/2008/2-3.pdf

متوسط دخل الأسرة http://www.dos.gov.jo/sdb_ec/sdb_ec_a/household/2008/3-4.pdf

متوسط إنفاق الأسرة http://www.dos.gov.jo/sdb_ec/sdb_ec_a/household/2008/4-28.pdf

البحث هو (تحسين عدالة النظام الضريبي) كسبب موجب لمنظومة الإعفاءات الجديدة، وقد اندرج تحت ذلك السبب الموجب التوضيح التالي: "يحقق المشروع العدالة من خلال توحيد المعاملة الضريبية للمكلفين الذين يعيشون أوضاعاً اقتصادية متشابهة، وكذلك يحقق التوازن في الأعباء الضريبية على المكلفين الذين يواجهون ظروفاً مختلفة بما يتناسب مع تلك الظروف"^(١)، ولو حاولنا إعادة صياغة هذا السبب الموجب لتبين لنا بأن الحديث يدور حول تحقيق العدالة الضريبية الأفقية والرأسية - السابق الإشارة إليها ضمن المبحث الأول - فهل هذا السبب يبرر المنظومة الجديدة للإعفاءات؟

لا يتردد الباحث هنا في الإجابة بالنفي، فهذا القانون المؤقت والذي صاغته السلطة التنفيذية بنفسها ثم انتهزت فرصة غياب البرلمان فمارست الوظيفة التشريعية وأصدرته بعد شهر من حل البرلمان لا يتفق مع توصيات الأجندة الوطنية^(٢)، بمراجعة شاملة لقانوني ضريبة الدخل والضريبة العامة على المبيعات لإزالة الغموض والتناقض في بعض أحكامها، ولتحقيق الانسجام مع

(١) الأسباب الموجبة لمشروع قانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٩ بالصيغة المرسلة إلى مجلس النواب، النسخة المرفقة بكتاب دولة رئيس الوزراء إلى رئيس مجلس النواب رقم (ض١-١١٨٢) تاريخ ١١/٦/٢٠٠٩، (غير منشور).

(٢) أهمية الأجندة الوطنية: أولكت مهمة إعداد الأجندة الوطنية إلى لجنة توجيهية تم تشكيلها بموجب إرادة ملكية سامية بتاريخ (٩ شباط ٢٠٠٥)، حيث ضمت ممثلين عن الحكومة ومجلس الأمة ومؤسسات المجتمع المدني والقطاع الخاص ووسائل الإعلام والأحزاب السياسية والأكاديميين مما ساهم في ضمان المشاركة الوطنية لمختلف قطاعات المجتمع الأردني بحيث تعكس مصالح مختلف الشرائح الاجتماعية في التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي.

- المملكة الأردنية الهاشمية، الأجندة الوطنية، الفصل الأول: الأجندة الوطنية جهد وطني متكامل، مرجع سابق، ص (٢٣)، كما تضمن كتاب التكلفة السامي لحكومة رئيس الوزراء د.عدنان بدران بتاريخ ٥ نيسان ٢٠٠٥ على أهمية الأجندة الوطنية كمنهج عمل للحكومة، انظر تفصيلاً: موقع رئاسة الوزراء الإلكتروني:

http://www.pm.gov.jo/arabic/index.php?page_type=pages&part=1&page_id=183

المبادئ الدستورية، والحث على تفسير مفهوم ضريبة الدخل بشكل أكثر إنسانية وأقل بيروقراطية، بما يتيح تقدير ظروف المكلفين الفردية وأوجه إنفاقهم، بحيث يكون في مقدور المقدر الضريبي قبول النفقات المألوفة والمعتادة والناجمة عن الترابط الأسري والاجتماعي وتنزيل أقساط التأمين الإخاري^(١).

وعلى الرغم من السخاء الظاهري المرحلي الذي قد يتوهمه الناظر في هذا القانون من خلال كون الإعفاء الشخصي قد قفز مرة واحدة من (١٠٠٠) للمكلف الذي لا يعول إلى (١٢٠٠٠) دينار، ومن (٢٠٠٠) دينار للمكلف الذي يعول زوجته غير العاملة فقط مثلاً إلى (٢٤٠٠٠) دينار للمكلف الذي يعول أي من (أولاده أو أصوله أو أقاربه حتى الدرجة الثانية الذين يتولى المكلف الإنفاق عليهم وبغض النظر عن عدد المعالين)، ولكن وبالمقابل فقد ألغى القانون الجديد الإعفاءات الدراسية والصحية والاجتماعية المتعلقة ببذل الإيجار السنوي وفوائد ومراقبة قرض السكن وغيرها من الإعفاءات التفصيلية التي كان يحتويها القانون القديم.

إن القانون الجديد لا يحقق العدالة الأفقية ولا العدالة الرأسية في مجال الإعفاءات الشخصية بوجه خاص وفي مجال المعاملة الضريبية للمكلف بوجه عام، و يعد خطوة إلى الوراء بالنسبة للسياسة الضريبية الأردنية القائمة على العدالة والمساواة، فالتحليل العملي لهذا الإعفاء يدل على أن المشرع لم يراع ظروف المكلف الشخصية، فلم يفرق مثلاً بين المكلف (أ) الذي لا يعيل أحداً ويسكن في ملكه، والمكلف (ب) الذي لا يعيل أحداً إلا أنه يسكن بالإيجار وينفق على دراسته الجامعية وينفق نفقات صحية متكررة كأن يكون يعاني من مرض مزمن، فعلى الرغم أن جميع النفقات التي ينفقها المكلف (ب) هي نفقات ضرورية تغطي إشباع حاجات أساسية لديه، ورغم اختلاف القدرة على الدفع بين هذين الشخصين، إلا أن القانون الجديد ساوى بينهما في الإعفاءات

(١) المملكة الأردنية الهاشمية، الأجندة الوطنية، الفصل الخامس: التشريع والعدل، مرجع سابق، ص ص (٦١ و ٦٢).

الضريبية لكل منهما بواقع (١٢٠٠٠) دينار، ومن ثم فهذا المثال دليل على مخالفة القانون الجديد لنص المادة ١١١ من الدستور الأردني التي أوجبت مراعاة قدرة الأفراد على الدفع وتحقيق المساواة والعدالة، فالعدالة الرأسية (أي معاملة المكلفين غير المتماثلين معاملة ضريبية غير متماثلة) في المثال السابق لم تتحقق بين المكلف (أ) والمكلف (ب).

إن من أهداف ضريبة الدخل المفروضة على الشخص الطبيعي تحقيق الحياد بالنسبة للعلاقة الزوجية، وهذا يتطلب ألا تحدث الرابطة الزوجية تأثيراً على الالتزامات الضريبية للزوجين سواء سلباً بزيادتها فتصبح بمثابة ضريبة زواج (Marriage Tax) أو عقوبة زواج (Marriage Penalty) أو إيجاباً بتخفيضها فتصبح بمثابة (إعانة مالية كنتيجة للزواج) (Marriage Subsidy) أو علاوة زواج (Marriage Bonus)^(١)، إلا أن الباحث يرى أن تأثير الرابطة الزوجية على الالتزامات الضريبية إذا كان إيجابياً فإنه مرغوب به، لأنه يؤكد على مراعاة المشرع قدرة الأفراد على الدفع، خاصة أن تشريعات الدولتين محل الدراسة في مجال الأحوال الشخصية متأثرة بالشرعية الإسلامية، وتفرض على رب الأسرة التزامات متعلقة بالنفقة تؤثر بالضرورة على قدرته على الدفع، وكذلك فإن التأثير الإيجابي للضريبة يساهم في تحقيق أهداف الضريبة الأخرى ومنها الهدف الاجتماعي.

لم يراع القانون الجديد تحقيق العدالة الاجتماعية ومكافحة شتى أنواع التمييز ضد المرأة والأسرة، حيث إنه ينطوي على تمييز خفي ضد الأسرة وضد المرأة العاملة، ويعد محايداً إذا كان كلا الزوجين لا يعيل أحداً قبل الزواج، فلو فرضنا أن المكلف (س) تزوج من (زوجة لها مصدر دخل من العمل أو غيره) فإن إعفاء الزوجة أو الزوج الشخصي قبل الزواج حسب القانون الجديد ١٢٠٠٠ دينار وبعد الزواج ١٢٠٠٠ دينار، أي أن إعفاء الزوج أو الزوجة لم يتغير بعد الزواج؛

(١) James Alm, Mikhail I. Melnik and Andrew Young, Taxing The "Family" In The Individual IncomeTax, op.cit., p(4).

حيث إن الزوج سيستمر بالحصول على إعفائه وكذلك الزوجة، أي أن القانون الجديد أصبح - وبالنسبة لهذه الحالة فقط - محايداً، وذلك بالنسبة للتشجيع على إقامة الروابط الزوجية بين زوج عامل وزوجة عاملة بدليل أن المادة (٩/ب) منه جعلت سقف الإعفاء الممنوح للعائلة الواحدة مبلغ أربع وعشرين ألف دينار، أي مجموع إعفاء الزوجين قبل الزواج إذا كانت الزوجة عاملة، رغم ما قد يحتوي عليه الإعفاء المسقوف من تأثير سلبي على إشهار هذه الرابطة، خاصة إذا كان الزوج في المثال السابق يعيل أحد والديه قبل الزواج (أي أن إعفائه قبل الزواج ٢٤٠٠٠ دينار) وبالتالي فأى إشهار للعلاقة الزوجية إذا كانت الزوجة عاملة سوف يؤدي إلى خسارة الزوج إعفاء ١٢٠٠٠ دينار المتعلق بإعالة والدته لأن سقف إعفاءات العائلة ٢٤٠٠٠ دينار (أي إعفاء الزوج والزوجة فقط)، مما قد يؤدي إلى ظهور بعض الممارسات الغريبة على المجتمع الأردني كالاتجاه للزواج العرفي لإخفاء وجود هذه العلاقة لكي يحصل كل طرف على كامل إعفائه، كما أن هذا القانون ينطوي على (تمييز ضد المرأة العاملة) مخالفاً بذلك نص المادة (١١١) والمادة (٦) من الدستور، حيث إن الزواج من المرأة غير العاملة أصبح ميزة، فالنتيجة التي تترتب على هذا الزواج ستكون حصول الزوج على إعفاء مقداره اثنا عشر ألفاً بمجرد إبرامه عقد الزواج، وكأن هذا القانون أصبح يشجع على الزواج من المرأة غير العاملة، في حين أن الزواج من زوجة عاملة أثره ظهور سقف لإعفاءات الزوجين فلا الزوج يستطيع أن يحصل على إعفائه كاملة ولا الزوجة تستطيع ذلك، وللتوضيح نضرب المثال التالي: لنفرض بأن المكلف (س) أعزب ويعيل والديه (أي إن مجموع إعفائه ٢٤٠٠٠ دينار) والمكلفة (ص) أيضاً غير متزوجة وتعيّل والدتها (أي أن مجموع إعفائها ٢٤٠٠٠ دينار)، أي أن كل منهما يتمتع بحجم إعفاءات مقداره ٢٤٠٠٠ دينار بمعزل عن الآخر، ومجموع إعفائهما قبل الزواج ٤٨٠٠٠ دينار إلا أنه وبمجرد زواجهما تصبح مجموع إعفائهما كعائلة ٢٤٠٠٠ دينار وفق المادة (٩/ب) من القانون الجديد، أي أن الزوج عملياً خسر الإعفاء الذي يرتبط بإعالة والديه وكذلك الزوجة خسرت الإعفاء المرتبط بإعالة والدتها وكان هناك ضريبة زواج أو عقوبة زواج ترتبت على إنشاء هذه العلاقة.

وبالإضافة إلى ما تم ذكره فإن الزوجة المكلفة تبقى عرضة لخسارة إعفائها الشخصي لصالح زوجها، خاصة أن وجود التزام قانوني على عاتق الزوج بالإنفاق على زوجته وفقاً (للمادة (٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المتعلقة بلزوم نفقة الزوجة على زوجها بمجرد إبرام العقد باعتبار ذلك من آثار العقد، والمادة (٥٩) المؤكدة على لزوم النفقة ومفرداتها، والمادة (٦٠) المتعلقة بلزوم النفقة على الزوج ولو مع اختلاف الدين ولو كانت مقيمة في بيت أهلها)، وهذا يعد بمثابة قرينة قانونية بسيطة لمصلحة الزوج يستطيع التمسك بها فتغنيه عن إثبات إعالته الفعلية لزوجته، وبالنتيجة حصوله على الإعفاء المتعلق بإعالتها فتصبح مجموع إعفائه ٢٤٠٠٠ دينار؛ مما يحرم الزوجة المكلفة عملياً من إعفائها الشخصي إذا لم تتمكن من إثبات أن زوجها لا يعيلها، حيث إن المادة (٦١) تلزم الزوج بالنفقة حتى على الزوجة التي تعمل خارج البيت إذا كان العمل مشروعاً وبموافقة الزوج على العمل صراحة أو دلالة.

ويرى الباحث أيضاً أن القانون الجديد جعل اختصاص مجلس الوزراء في إعادة النظر بالإعفاءات جوازياً دون ربط ذلك بفترة زمنية معينة، وهذا يشكل تراجعاً آخر من قبل المشرع الأردني بعد أن كان النص في القانون القديم يوجب على مجلس الوزراء إعادة النظر في الإعفاءات مرة أو أكثر كل خمس سنوات في ضوء الأرقام القياسية للمعيشة أصبح الاختصاص اختيارياً تقديرياً^(١).

الفرع الثاني

الإعفاءات الزوجية الشخصية والأسرية والإصلاح الضريبي المصري المزعوم

سيحرص الباحث في هذا الفرع على استعراض منظومة الإعفاءات الشخصية والأسرية التي سبقت عملية الإصلاح الأخيرة (في البند الأول) والإعفاءات الزوجية الشخصية والأسرية وفقاً للقانون رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥

(١) المادة (٩/هـ)، قانون ضريبة الدخل المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، مرجع سابق.

وتعديلاته (وذلك في البند الثاني) مع ملاحظة أن الباحث عند الحديث عن التشريع المصري يستخدم مصطلح (الممول) الذي استخدمه المشرع المصري للدلالة على الشخص الخاضع للضريبة، وهذا المصطلح يقابل مصطلح المكلف في التشريع الأردني:

البند الأول - الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية ما قبل الإصلاح الضريبي لعام ٢٠٠٥:

أشارت المادة (٨٨) من قانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وتعديلاته (الملغى) - إلى حدود الإعفاء المقرر للأعباء العائلية على النحو التالي: ٢٠٠٠ جنيه سنوياً للممول الأعزب، ٢٥٠٠ جنيه سنوياً للممول المتزوج ولا يعول أولاداً أو غير المتزوج ويعول ولداً أو أكثر، ٣٠٠٠ جنيه سنوياً للممول المتزوج ويعول ولداً أو أكثر، وإذا كان من بين إيرادات الممول مرتبات وما في حكمها فيخصم هذا الإعفاء المقرر للأعباء العائلية من المرتبات وما في حكمها أولاً ثم يستكمل حد الإعفاء من الإيرادات الأخرى، ووفقاً للمادة (٨٩) يشترط في تحديد الابن المعال أو الابنة المعالة ألا يكون أيهما قد بلغ الحادية والعشرين، أو إذا كان طالباً بإحدى مراحل التعليم ألا يكون قد تجاوز الثامنة والعشرين، أو إذا كان ذا عاهة تقعده عن الكسب، أو إذا كانت الابنة غير متزوجة أو غير عاملة، ويعتبر في حكم الولد المعال أي من الأبوين بشرط أن يعولهما الممول فعلاً وأن يكون عائلهم الوحيد^(١).

البند الثاني - الإعفاءات الضريبية الشخصية والأسرية وفقاً للقانون رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته:

تضمنت المادة (٨) وبالنسبة لجميع الدخول الواردة في المادة (٦) كالمرتبات والنشاط التجاري والصناعي والمهني والثروة العقارية استحقاق الضريبة على ما يتجاوز خمسة آلاف جنيه من مجموع صافي الدخل الذي

(١) المواد (٨٨ و ٨٩)، القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الضرائب على الدخل (القانون الملغى).

يحققه الممول خلال السنة (أي أن السعر الضريبي) (نسبة الضريبة) لأول خمسة آلاف دينار من مجموع الدخل الصافي هو (صفر٪)، كما نص المشرع المصري في المادة (١٣) من قانون الضريبة على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ على منح مبلغ ٤٠٠٠ جنيه إعفاء شخصياً سنوياً للممول فيما يتعلق بالدخل من الراتب، كما شملت إعفاء اشتراكات التأمين الاجتماعي وغيرها التي تقتطع وفقاً لقوانين التأمين الاجتماعي أو أي نظم بديله عنه بحيث لا يتكرر تنزيل إعفاء الاشتراكات والأقساط من أي دخل آخر للمكلف وبما لا يتجاوز ١٥٪ من صافي الإيراد أو ثلاثة آلاف جنيه أيهما أكثر بالنسبة (لاشتراك العاملين في صناديق التأمين الخاصة وأقساط التأمين على الحياة والتأمين الصحي على الممول لمصلحته أو مصلحة الزوج أو أولاده القصر)، أما بالنسبة لدخل الممول من النشاط الصناعي والتجاري فإن ما لا يتجاوز ٣٠٠٠ جنيه من أقساط التأمين الذي يجريها الممول ضد عجزه أو وفاته أو للحصول على مبلغ أو إيراد وفقاً للمادة (٢٣) يعتبر من التكاليف الواجبة الخصم، وبالنسبة لدخل الممول من إيرادات المهن غير التجارية فوفقاً للمادة (٣٣) يعتبر من التكاليف الواجبة الخصم ما لا يتجاوز ٣٠٠٠ جنيه سنوياً من (المبالغ الذي يؤديها الممول إلى نقابته وفقاً لنظامها الخاص بالمعاشات وأقساط التأمين على الحياة والتأمين الصحي على الممول لمصلحته أو مصلحة الزوج أو أولاده القصر) مع مراعاة عدم تكرار خصم هذا الإعفاء من أي دخل آخر للمكلف^(١)، في حين أن الأعباء العائلية في القانون السابق كانت تتوزع على النحو التالي (٢٠٠٠ جنيه للأعزب، و٢٥٠٠ جنيه للمتزوج ولا يعول، و٣٠٠٠ جنيه للمتزوج ويعول) وقد تم توحيد هذه المبالغ، ثم رفعها إلى ٥٠٠٠ جنيه للفرد الواحد بغض النظر عن الحالة الاجتماعية أو ما إذا كان الممول رجلاً أم امرأة.

(١) المواد (٨، ١٣، ٢٣، ٣٣)، قانون الضريبة على الدخل الصادر بالقانون رقم (٩١)

لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، من خلال الموقع الإلكتروني: www.incometax.gov.eg

يرى الباحث أنه ولغايات تقويم منظومة الإعفاءات الشخصية التي جاء بها القانون المصري الجديد بصورة موضوعية فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي أدت إليها فضلاً على الأسباب الموجبة لها، أما من حيث الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إليها: فقد برزت العديد من المؤشرات الاجتماعية والاقتصادية التي تبرر إعادة النظر في المعاملة الضريبية للأسرة وبصفة خاصة في مجال الإعفاءات، ومنها تردي الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية؛ حيث بلغ عدد الفقراء في مصر عام ٢٠٠٢ حوالي ١١ مليون شخص أي ١٦,٣٥٪ من العدد الكلي للسكان منهم ٥,٦٪ أي ٣,٨ مليون يعيشون في فقر مدقع، ووفقاً لتقرير التنمية البشرية لعام ٢٠٠٥ فقد بلغ عدد الأشخاص الذين يعيشون في الفقر المطلق لعام ٢٠٠٤ حوالي ١٤,١ مليون، أي ٢٠,٧٪ من عدد السكان الكلي منهم ٣,٣ مليون يعيشون في فقر مدقع^(١)، وبلغ متوسط دخل الفرد في مصر ٩٨ جنيهاً للفرد شهرياً، فيما يبلغ خط الفقر ١٦٤ جنيهاً شهرياً للفرد، و٦٥٦ جنيهاً كدخل للأسرة شهرياً، باعتبار أن متوسط حجم الأسرة أربعة أفراد^(٢)، ويعيش ما يقارب ٢٣٪ من السكان تحت خط الفقر المطلق ويعاني ١٢٪ من الأطفال تحت سن الخامسة من سوء التغذية^(٣).

وقد أشار تقرير التنمية البشرية المصري لعام ٢٠١٠ إلى أن: "الشخص الذي ينفق أقل من ١٦٤٨ جنيهاً في السنة (أي ١٣٤ جنيهاً في الشهر) في مصر، في عام ٢٠٠٨، يعتبر "فقيراً فقراً مدقماً"، وإن الشخص الذي ينفق أقل من ٢٢٣٣ جنيهاً في السنة (١٨٥ جنيهاً في الشهر) يعتبر فقيراً، ويختلف خط

(١) وزارة الاستثمار بالتعاون مع مشروع الأمم المتحدة الإنمائي، تقرير "حلول قطاع الأعمال للتنمية البشرية"، مصر: ٢٠٠٧، ص(٨).

(٢) مقال بعنوان "٩٨ جنيهاً متوسط دخل الفرد في مصر"، شبكة الإعلام العربي (محيط)، الخميس ٢٠/١/٢٠١١، من خلال الموقع الإلكتروني:

http://www.moheet.com/show_news.aspx?nid=362597&pg=1

(٣) UNDP: Country Profile: Egypt, through: <http://www.undp.org.eg/Default.aspx?tabid=75>

الفقر حسب عدد أفراد الأسرة، وأعمار أولئك الأفراد^(١)، أما فيما يتعلق بالأسباب المعلنة للإصلاح فقد بررت الإدارة الضريبية المصرية ذلك بالمبررات التالية :

- ضمان حصول الأسرة مجتمعة على المزيد من الدخل، حيث تحصل الزوجة العاملة على نفس الإعفاء الممنوح للزوج، مما يوفر للآثنين معاً دخلاً أعلى لا يخضع للضريبة.
- أن مفهوم الإعاقة في المجتمع المصري يختلف عن غيره من المجتمعات الأخرى، فالإعاقة لا تقتصر فقط على حالة الزواج بل تتعداه لتشمل الأنماط المختلفة من الإعاقة التي يتسم بها المجتمع المصري، فأى فرد أعزب ويحصل على دخل يتولى إعالة عائلته (والده أو والدته أو أخوته وغيرهم) مثلما يعول المتزوج أسرته.
- ارتفاع نسبة المرأة المعيلة في المجتمع المصري والتي تصل إلى ٢٢٪ من الأسر^(٢).

يرى الباحث أن الإصلاح الضريبي المصري يسقط في أول اختبار يجرى له بالنسبة لمدى واقعيته؛ حيث إن الاستناد لمؤشرات خط الفقر السابق ذكرها يدفع إلى القول بأن إعفاء أول ٥٠٠٠ جنيه من الضريبة بالنسبة للممول الذي له دخل من غير الراتب أو حتى ٩٠٠٠ جنيه بالنسبة للممول الذي له دخل من الاستخدام لا يشكل مراعاة حقيقية لإعفاء الحد الأدنى للمعيشة الذي لا بد أن

(١) البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة ومعهد التخطيط القومي، تقرير التنمية البشرية في مصر عام ٢٠١٠، مصر: البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، ومعهد التخطيط القومي، ٢٠١٠، ص (٢١٧).

(٢) منشورات مصلحة الضرائب العامة المصرية:
- قانون الضريبة على الدخل الصادر بالقانون رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته.
- إرشادات حول قانون الضريبة على الدخل
طباعة الإدارة العامة للحاسب الآلي، من خلال الموقع الإلكتروني:

يوفر للممول، وبالاستناد إلى تقرير التنمية البشرية لعام ٢٠١٠ وإذا كان الشخص الذي ينفق أقل من ١٦٤٨ جنيهاً في السنة (أي ١٣٤ جنيهاً في الشهر) في عام ٢٠٠٨، يعتبر "فقيراً فقراً مدقاً"، وإن الشخص الذي ينفق أقل من ٢٢٣٣ جنيهاً في السنة (١٨٥ جنيهاً في الشهر) يعتبر فقيراً، وحيث إن متوسط عدد أفراد الأسرة المصرية أربعة أشخاص أي أن الأسرة التي تنفق (١٦٤٨ × ٤ = ٦٥٩٢ جنيهاً) تعد فقيرة فقراً مدقاً، وبالمثل فإن الأسرة التي تنفق (٢٢٣٣ × ٤ = ٨٩٣٢ جنيهاً) تعد فقيرة، ولو ربطت هذه النتائج بمبررات مصلحة الضرائب المصرية للإصلاح المذكور وبصفة خاصة التبرير المتعلق بمراعاة الإصلاح الضريبي، أن الإعالة في المجتمع المصري لا تقتصر فقط على حالة الزواج بل تتعدها لتشمل الأنماط المختلفة من الإعالة التي يتسم بها المجتمع المصري، فهذا الكلام يغدو لا يتفق والواقع حيث إن الأسرة المكونة من أربعة أشخاص تعتبر تعيش ضمن خط الفقر المطلق (النسبي) إذا كانت تنفق مالا يتجاوز مبلغ ٨٩٣٢ جنيهاً، وعلى فرض أن هذه الأسرة تتكون من زوج عامل يعيل زوجته غير العاملة وابنين وله صافي دخل من غير المرتبات بواقع ٨٩٣٢ جنيه (يمثل خط الفقر) فأول ٥٠٠٠ جنيه من الدخل الصافي لهذا الشخص لن تفرض عليها ضريبة (وفقاً للمادة (٨) من القانون) وما زاد على ذلك الإغفاء سيخضع للضريبة، أي أن مبلغ (٣٩٣٢ جنيهاً) سيخضع للضريبة بنسبة ١٠٪ وسيطالب هذا الشخص بدفع ٣٩٣ جنيهاً كضريبة رغم أن هذا الشخص يعد وفقاً لمؤشرات تقرير التنمية البشرية المصري لعام ٢٠١٠ تحت خط الفقر المطلق (النسبي) وحتى لو كان صافي دخل هذا الشخص ٦٥٩٢ جنيهاً (خط الفقر المدق) فإن مبلغ ١٥٩٢ جنيهاً سيخضع للضريبة عند نسبة ١٠٪ وسيطالب بدفع ١٥٩ جنيهاً كضريبة، ومما سبق يرى الباحث بأن هذا القانون متناقض مع الأسباب التي دعت إليه، أي أنه لا يخدم المبررات التي سيقى لترويجه، ولا يحقق العدالة لأنه قد يترتب عليه خضوع أشخاص تحت خط الفقر للضريبة؛ مما يسمح بالقول بأن هذا القانون لا يراعي

حتى إعفاء الحد الأدنى للمعيشة ولا قدرة الأفراد على الدفع ولا يحقق العدالة التي نصت عليها المادة (٣٨) من الدستور المصري.

ويرى الباحث أيضاً أن هذا القانون لا يراعي مفهوم العدالة الرأسية؛ حيث إنه ساوى من حيث الإعفاءات بين طائفة كبيرة من المكلفين غير المتمثلين رغم اختلاف ظروفهم الاجتماعية (ومثال ذلك: الممول المتزوج و يعول والممول المتزوج ولا يعول، والممول المتزوج من زوجة عاملة والممول المتزوج من زوجة غير عاملة)، ولا يراعي مفهوم العدالة الأفقية (معاملة المكلفين المتمثلين معاملة متماثلة) فلا تماثل وفقاً لهذا القانون بين الممول (أ) والذي له صافي دخل من غير الراتب مقداره ٩٠٠٠ جنيه، وبين الممول (ب) والذي له دخل من الراتب مقداره ٩٠٠٠ جنيه رغم تماثلهما من حيث مقدار صافي الدخل إلا إن الممول (أ) سيعفى أول ٥٠٠٠ جنيه من دخله الصافي و سيدفع ضريبة عن مبلغ دخل خاضع مقداره ٤٠٠٠ جنيه بواقع ١٠٪ أي ٤٠٠ جنيه، في حين أن الممول (ب) سيعفى دخله بالكامل من الخضوع للضريبة؛ حيث إنه يتمتع بإعفاء مقداره ٤٠٠٠ جنيه متعلق بالراتب وإعفاء ٥٠٠٠ جنيه وفقاً للمادة (٨) من القانون، ويتناقض القانون المذكور - كما سبق ذكره - مع الأسباب الموجبة لإصداره؛ حيث إن الإدارة الضريبية أدركت أن الإعالة في المجتمع المصري لا تقتصر فقط على حالة الزواج بل تتعداها لتشمل الأنماط المختلفة من الإعالة، إلا أنها لم تفرق بين أنماط الإعالة المختلفة، وبالنتيجة لم يراع القانون اختلاف الظروف الشخصية والعائلية للمكلفين وبالتالي قدرتهم على الدفع، كما لم يربط المشرع بين مفهوم الإعالة والشرعية الإسلامية مخالفاً بذلك المادة الثانية من الدستور المصري والتي تنص على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

ويتساءل الباحث هل من المنطق والعدالة أن يتخلى المشرع سواء الأردني أو المصري عن مسألة مراعاة الظروف الشخصية والعائلية التفصيلية، في حين أن الممارسات الدولية حتى في الدول التي لا تعترف بمنظومة الأسرة بمفهومها

الإسلامي القويم ما تزال تراعي إيراد إعفاءات شخصية وعائلية تفصيلية؟ فالرجوع إلى قانون ضريبة الدخل البريطاني لعام ٢٠٠٧ يؤكد على وجود مراعاة للأوضاع الشخصية والعائلية بصورة تفصيلية في تشريع تلك الدولة، حيث إن المشرع البريطاني قد نص على الإعفاء الشخصي للمكلف مع مراعاة زيادة مقدار هذا الإعفاء بتقديم سن المكلف، فالمادة (٣٤) منه جعلت الإعفاء الشخصي للمكلف تحت سن ٦٥ عاماً بواقع ٥٠٣٥ جنيه إسترليني، وبالنسبة للمكلف الذي بلغ سن ٦٥ عاماً ولم يبلغ ٧٤ عاماً فإن الإعفاء الشخصي يبلغ ٧٢٨٠ جنيه إسترليني (المادة ٣٦)، أما إذا بلغ المكلف ٧٥ عاماً فأكثر فيصبح مبلغ الإعفاء الشخصي ٧٤٢٠ جنيه إسترليني، كما عالجت المادة (٤٥) وما بعدها) التخفيضات المتعلقة بالزوجين، وعالجت المادة (٤٥٣) موضوع الإعالة المؤهلة (المعترف بها) حيث تطرقت المادة (٤٥٥) إلى موضوع إعالة الأطفال وتطرقت المادة (٤٥٧) إلى التأمين على الحياة^(١) وفي إيرلندا - التي أثبتت نجاحاً ملحوظاً في جذب الاستثمار - نجد أنه واعتباراً من ٦/٤/٢٠٠١ فقد قام المشرع بتبني نظام الخصم الضريبي Tax Credit System (بحيث يخصم المبلغ المعترف به من الضريبة المستحقة كتنقاص) بدلاً من منظومة الإعفاءات الضريبية (Tax-Free Allowance) التي تنزل من الدخل والتي كان يطبقها، حيث يمنح النظام الضريبي الإيرلندي خصماً ضريبياً من الضريبة المستحقة مقداره (١٨٣٠) يورو كخصم ضريبي شخصي، أما المتزوج فيستحق خصماً ضريبياً مقداره (٣٦٦٠) يورو، وخصماً ضريبياً عن الطفل المعاق مقداره (٣٦٦٠) يورو، وخصماً ضريبياً عن الأقارب المعالين، وإعفاء ضريبياً بنسبة ٢٠٪ من المصاريف الصحية وغير ذلك من الخصومات الضريبية التفصيلية

(١) Articles (34-36,45-46,453-457),United Kingdom Income Tax Act 2007,Chapter(3), Part 3-Personal Reliefs: Chapter 2 (Personal Allowance And Blind Person's Allowance), Chapter 3(Tax Reductions For Married Couples And Civil Partners), Part 8-Other Reliefs: Chapter 5(Qualifying Maintenance Payments),through the website:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/section/35>

(بالنسبة لعام ٢٠١٠)^(١) لذا يدعو الباحث المشرعين الأردني والمصري إلى إعادة النظر في منظومة الإعفاءات الشخصية والأسرية بصورة تجعلها أكثر تفصيلاً ومراعاة للظروف الاجتماعية والشخصية للمكلفين.

وخلاصة القول يجد الباحث أنه لا مناص من تقرير أنه ليس كل تعديل أو استبدال للقانون الضريبي يمكن وصفه بالإصلاح الضريبي، فأحياناً ما يوصف بأنه إصلاح يكون على غير حقيقته فتثور الحاجة إلى إصلاحه (إصلاح الإصلاح المزعوم)، لذا يرى الباحث أن مقومات الإصلاح الضريبي الجيد بوجه خاص والإصلاح التشريعي بوجه عام تتمثل فيما يلي:

- مراعاة النصوص الدستورية ذات العلاقة وعدم الخروج عليها.
- مراعاة ظروف المجتمع المخاطب بالإصلاح الضريبي سواء الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية، حيث إن الإصلاح يعبر عنه بقواعد تشريعية، ومن أهم خصائص القاعدة التشريعية كونها اجتماعية منبثقة من ظروف المجتمع وتراعي أحواله، وكلما ضعفت العلاقة بين القاعدة القانونية والمجتمع المخاطب بها كلما أدى ذلك إلى بروز الحاجة إلى التعديل والإصلاح.
- إن الإصلاح الضريبي يجب أن يقوم على دراسة واقعية لظروف المجتمع ومدى صلاحية النظام الضريبي القائم لمعرفة ما يشوبه من عيوب ونواقص لمعالجتها.
- لا بد من أن يستند الإصلاح إلى دراسة مستقبلية استشرافية لأثر أي تعديل أو تغيير على إيرادات الدولة من جهة وظروف المكلفين الاجتماعية والاقتصادية من جهة أخرى.

(١) Irish Taxation Institute, Main Personal Tax Credits, Dublin, Ireland:Irish Taxation Institute,2010,through the website:
http://www.taxireland.ie/taxadvice/IncomeTaxPRSI.aspx#Main_Personal_Tax_-_Credits

- لابد من تعميق دور مختلف شرائح المجتمع ومؤسسات المجتمع المدني وقطاعاته المختلفة في أي إصلاح ضريبي يراود له النجاح.
- لابد من تعميق الوعي الضريبي لدى كافة فئات المجتمع من خلال الحملات الإعلامية المكثفة ودورات الوعي الضريبي ومناهج التدريس في الجامعات، حيث إن الإصلاح الضريبي قد يكون له ما يبرره عملياً واقتصادياً، وقد يراعي كافة الاعتبارات القويمية، ومع ذلك فقد لا يكتب له النجاح لعدم توفر وعي ضريبي مناسب لدى المخاطبين بأحكامه.
- تجسير الهوة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال زيادة الوعي الضريبي لدى أعضاء السلطة التشريعية، وإحاطة التشريعات المالية والإصلاحات الضريبية بشروحات وافية لها قبل إجراءاتها من خلال ضرورة تقديم مذكرة إيضاحية لتوضيح كل نص من النصوص التي يتطلبها الإصلاح الضريبي على غرار المذكرة الإيضاحية للقانون المدني خاصة بالنسبة للأردن، مع مراعاة أنه ونظراً لقصور الوعي القانوني بالتشريعات المالية فلا بد من الوصول بالتوضيح إلى درجة التبسيط، لذا فلا بد من جعل تلك المذكرات كذلك التشريعات أكثر تفصيلاً وأكثر تبسيطاً.

المطلب الثاني

التزامات المكلف الضريبية المرتبطة بالأسرة

يعالج هذا المطلب موضوع الالتزامات الضريبية التي فرضها المشرع على رب الأسرة عن أفراد أسرته؛ وسوف يخصص الفرع الأول لمعالجة التزامات رب الأسرة عن أبنائه، ويتضمن الفرع الثاني معالجة التزامات الزوج المكلف عن زوجته ومدى استقلالية دخل الزوجة، كما سيعالج الفرع الثالث التزام المكلف بعدم استغلال العلاقات الأسرية لتجنب الخضوع للضريبة أو تخفيف عبئها.

الفرع الأول

التزامات المكلف (رب الأسرة) عن أبنائه

عرفت المادة الثانية من قانون ضريبة الدخل الأردني المكلف أنه "كل شخص ملزم بدفع الضريبة أو اقتطاعها أو توريدها وفق أحكام هذا القانون"، و"يلتزم المكلف بتقديم الإقرار الضريبي وفق النموذج المعتمد من الدائرة قبل نهاية الشهر الرابع التالي لانتهاء الفترة الضريبية، يتضمن التفاصيل المتعلقة بدخله ومصاريفه وإعفاءاته والضريبة المستحقة" و"يلتزم المكلف بدفع رصيد الضريبة المستحقة قبل نهاية الشهر الرابع من الفترة التالية للفترة الضريبية"^(١)، إن الناظر إلى النصوص السابقة يلاحظ أن المادة (٢) لم تأت بتعريف دقيق للمكلف، فلا يشترط بالضرورة أن يكون المكلف من الأشخاص الملزمين بدفع الضريبة إذ قد يكون من الأشخاص الذين لهم مصدر دخل خاضع للضريبة، لكن نتيجة التقدير عليهم لا تؤدي إلى وجود دخل خاضع للضريبة خاصة بعد تنزيل المصاريف والإعفاءات، كما قد تكون نتيجة أعمال المكلف المرتبطة بمصدر دخله الخاضع لتحقيق خسارة فلا يلزم بدفع ضريبة، ويعد تعريف الممول في قانون الضريبة على الدخل المصري أكثر دقة مما ورد في التشريع الأردني؛ حيث عرف الممول بأنه: الشخص الطبيعي أو الاعتباري الخاضع للضريبة وفقاً لقانون الضريبة على الدخل، ويشمل بذلك جميع المكلفين بغض النظر عن كونهم ملزمين بدفع الضريبة، ويلتزم الممول - باستثناء الفئات المعفاة - حتى خلال فترة إعفائه من الضريبة بأن يقدم إلى مأمورية الضرائب المختصة إقراراً ضريبياً سنوياً على النموذج الرسمي المعد لتلك الغاية مصحوباً بالمستندات المعززة، كما يلتزم الممول بسداد مبلغ الضريبة المستحق من واقع الإقرار في ذات يوم تقديمه^(٢)، ويتمنى الباحث على

(١) المواد (٢١٧، ١٨/أ)، قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، مرجع سابق.

(٢) المواد (٨٢، ٨٤)، قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، مرجع سابق.

المشرع الأردني تبني تعريف المشرع المصري للمكلف كونه أكثر دقة، إضافة إلى الأخذ بمسألة إلزام الشخص المعفى من الضريبة بتقديم إقرار ضريبي، ومسك حسابات أصولية إذا تجاوز الدخل المعفى حداً معيناً؛ لضمان الرقابة على صحة ذلك الإعفاء وعدم استغلاله كوسيلة للتهرب الضريبي.

وإذا كان الأصل اعتبار الإلزام الضريبي سواء بتقديم الإقرار أو أداء الضريبة التزاماً شخصياً على المكلف فهذا الأصل يبقى صحيحاً ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك، ومن النصوص التي نص فيها المشرع الأردني صراحة على التزام الشخص بتقديم الإقرار الضريبي عن غيره المادة (١٧) حيث نصت على ما يلي: "ج - يلتزم الولي والوصي والقيم بتقديم الإقرار الضريبي عن يمثله"، كما نصت المادة (٢٦) على تقديم الإقرار الضريبي إلى الدائرة من قبل المكلف شخصياً أو من ينوب عنه، وهذا يعني أن المشرع الأردني قد ألزم رب الأسرة بتقديم الإقرار الضريبي عن أبنائه المشمولين بالولاية أو الوصاية، مع ملاحظة أن المادة (١٨/أ) والتي عالجت التزام المكلف بدفع رصيد الضريبة المستحقة قبل نهاية الشهر الرابع من الفترة التالية للفترة الضريبية قد شابها قصور تشريعي عن شمول الالتزام بأداء الضريبة من قبل الأشخاص المذكورين في المادة (١٧) عن يمثلون، ومن ذلك بوجه خاص التزام رب الأسرة عن أبنائه القصر، فعلى الرغم من نص قانون ضريبة الدخل على التزام الولي والوصي والقيم بتقديم الإقرار الضريبي عن يمثله إلا أنه أغفل النص على إلزام هؤلاء بأداء رصيد الضريبة المستحقة عن يمثلون، وكان من باب أولى أن ينص المشرع على هذا الالتزام خاصة أن تقديم الإقرار عن الغير ما هو إلا وسيلة لتحقيق غاية وهي دفع الضريبة المستحقة ولا يعد غاية بحد ذاته، إلا أنه ليس من شأن ذلك إعفاء هؤلاء من ذلك الالتزام، فإعمالاً للمادة (٢١٧) من القانون المدني التي تنص على أن: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله" فإن ذكر الالتزام بتقديم الإقرار الضريبي يستفاد منه ضمناً التزام رب الأسرة أيضاً بدفع الضريبة المستحقة عن أبنائه المشمولين بالولاية أو الوصاية

من أموالهم، كما أن أداء الضريبة وما يتعلق بها من التزامات يعتبر من قبيل إيفاء الديون، وإيفاء الديون يعتبر - وفقاً لأحكام القانون المدني - من قبيل أعمال الإدارة والحفظ والتي تندرج ضمن واجبات الولي أو الوصي أو القيم، فضلاً على أن المادة (١٣٣) من القانون المدني تنص على أن التصرفات الصادرة عن الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون^(١)، إلا أنه ولغايات التأكيد على هذا الالتزام يتمنى الباحث على المشرع الأردني إيراد نص صريح بهذا الخصوص.

ولم يتضمن التشريع الضريبي المصري الحالي نصوصاً بوضوح النصوص التي تضمنها التشريع الأردني، إلا أن التزام رب الأسرة بتقديم إقرار عن أبنائه ودفع الضريبة يمكن أن يجد سنده في المادة (٨٢) التي أشارت إلى ضرورة توقيع الإقرار من الممول أو من يمثله قانوناً، فضلاً على أن تقديم الإقرار وأداء الضريبة وما يتعلق بها من التزامات يعتبر من قبيل أعمال الإدارة والحفظ والتي تندرج ضمن واجبات الولي أو الوصي أو القيم، فضلاً على أن المادة (١١٨) من القانون المدني المصري تنص على أن التصرفات الصادرة عن الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون^(٢)، مع مراعاة أن المشرع المصري وفي المادة (٣٨) من قانون الضريبة على الدخل لعام ٢٠٠٥ المتعلقة بإيرادات الثروة العقارية اعتبر الممول وزوجه وأولاده القصر حائزاً واحداً للغراس مالم تكن الملكية قد آلت إلى الزوجة أو الأولاد القصر عن غير طريق الزوج أو الوالد.

(١) المواد (١٢٣-١٣٣)، القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، الجريدة الرسمية، العدد (٢٦٤٥)، ١٩٧٦، ووفقاً للمادة (٤٦) يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها إلى أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة.

(٢) المواد (١١٠-١١٨)، القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٩، الوقائع المصرية، العدد (١٠٨ مكرر أ)، ١٩٤٨، ووفقاً للمادة (٤٧) يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها إلى أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، تم الحصول على القانون عن الموقع الإلكتروني التالي: www.egyccourt.com.

الفرع الثاني

التزامات المكلف الضريبية عن زوجته

يعالج هذا الفرع مسألة مدى اعتبار الزوجة مكلفاً مستقلاً، ومسألة مدى اعتبار الزوج والزوجة مكلفاً واحداً لأغراض الضريبة بناء على طلبهما، وذلك على النحو التالي :

أولاً - اعتبار الزوجة مكلفاً مستقلاً:

إن الحديث عن مدى اعتبار الزوجة مكلفاً مستقلاً يقتضي التعرض للتطور التشريعي لمعاملة المرأة المتزوجة ضريبياً في كل من الأردن ومصر، وذلك على النحو التالي:

١ - مدى اعتبار الزوجة مكلفاً مستقلاً في قانون ضريبة الدخل الأردني:

إن موضوع مدى اعتبار الزوجة مكلفاً مستقلاً في قانون ضريبة الدخل الأردني لعام ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى) يقتضي التعرض للمراحل التي مر بها تطبيق المادة (٤) منه، حيث مر تطبيقها بمرحلتين :

- المرحلة الأولى وتشمل ما قبل السنة المالية ٢٠٠٢: حيث كانت الفقرة (أ) من قانون ضريبة الدخل الأردني لعام ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى) تنص صراحة على اعتبار كل من الزوج والزوجة مكلفاً مستقلاً عن الآخر، أي أن الأصل استقلال التزامات الزوج الضريبية عن التزامات زوجته الضريبية، وقد كانت الفقرة (ب) منها تنص على تمتع الزوج وحده بالإعفاءات المنصوص عليها في القانون، بحيث يتوقف تمتع الزوجة بالإعفاءات الشخصية والعائلية على موافقة الزوج أو كون الزوجة المعيلة الوحيدة للأسرة، وقد سار بهذا الاتجاه في حينها قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (٣٥٣٧/٢٠٠٤) والذي نص على أن: "الأصل منح الإعفاءات الشخصية والعائلية للزوج، واستثناءً من هذه القاعدة جواز منحها للزوجة في إحدى حالتين: الأولى: إذا طلب الزوج منح هذه الإعفاءات للزوجة، والثانية: إذا ثبت أن الزوجة هي المعيل الوحيد

للعائلة"، أما الفقرة (ج) فقد كانت - وانسجاماً مع ذلك - تنص على تمتع الزوجة بالإعفاء الجزئي من الراتب والعلاوات والمكافآت المحددة بالفقرات (أ، ز، ح) من المادة (١٣) وبالإعفاءات المنصوص عليها في المادة (١٤) عن الشخص أو الأشخاص الذين تتولى إعالتهم.

- **المرحلة الثانية: السنوات المالية (٢٠٠٢ - ٢٠٠٩):** بقيت الفقرة (أ) من قانون ضريبة الدخل الأردني لعام ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى) تنص على اعتبار كل من الزوج والزوجة مكلفاً مستقلاً عن الآخر، إلا أن الفقرة (ب) كانت قد عدلت بموجب القانون المعدل رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠١ - والذي عمل به اعتباراً من ١/١/٢٠٠٢ - لتتضمن تمتع الزوج المكلف أو الزوجة المكلفة بالإعفاءات الشخصية والعائلية التي كان ينص عليها القانون، بحيث أجازت لأي منهما منح هذه الإعفاءات كلياً أو جزئياً للآخر حسب مقتضى الحال، وبموجب ذلك التعديل أصبح للزوجة حق أصيل بالتمتع بالإعفاءات المتعلقة بها دون أن يتوقف ذلك على موافقة زوجها، أما الفقرة (ج) من المادة (٤) من القانون الملغى فقد تم تعديلها أيضاً عام ٢٠٠١ لتشمل ذكراً تفصيلاً للإعفاءات التي تتمتع بها الزوجة المكلفة، بحيث تتمتع بالإعفاءات التالية كلياً أو جزئياً: ١- الإعفاء الشخصي المتعلق بها والإعفاءات المترتبة على دراستها أو إعالة ودراسة أولادها وغيرهم من الأشخاص الذين تكون إعالتهم من مسؤوليتها، وكذلك نفقات إعالة والديها إذا تولت إعالتهم، ٢- الإعفاءات المتعلقة بدخلها من الوظيفة أو الاستخدام المنصوص عليها في المادة (١٤) من القانون (الملغى) والإعفاءات الأخرى الواردة في تلك المادة إذا ثبت أنها مسؤولة فعلاً عما تم دفعه من النفقات المتعلقة بهذه الإعفاءات.

إن اشتراط المادة ثبوت مسؤولية الزوجة المكلفة عن دفع نفقات تلك الإعفاءات حتى تتمتع بها ليس فيه إخلال بالمادة (٦) من الدستور الأردني والتي نصت على المساواة وعدم التمييز، لأن المادة (٤) من قانون ضريبة الدخل لا تقرأ بمعزل عن المادة (١٣) منه كما لا تقرأ بمعزل عن الصلة التي

تربط بين قانون الأحوال الشخصية وقانون ضريبة الدخل، فالمادة (٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ رتبت على وقوع عقد الزواج صحيحاً لزوم المهر والنفقة للزوجة على الزوج، ونفقة الزوجة وفق المادة (٥٩/ب) من قانون الأحوال الشخصية تشمل: الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم، بحيث يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره، وتجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها وفقاً للمادة (٦٠)، وتستحق الزوجة العاملة نفقة على زوجها وفقاً للمادة (٦١)، بل وحتى في حال تعذر تحصيل النفقة من الزوج فقد نصت المادة (٦٧) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم بالنفقة من تجب عليه نفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج، ويكون له حق الرجوع بها على الزوج"، وإذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب، على أن تكون ديناً في ذمته، ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج وفق المادة (٦٦)^(١).

ويعزز ذلك موقف محكمة التمييز الأردنية - في تلك الفترة - بالنسبة للمادة (٤/ب) من القانون (الملغى) حيث قضت بأنه: "يستفاد من أحكام المادة ٤/ب من قانون ضريبة الدخل رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ أن الإعفاءات المنصوص عليها في القانون هي للزوج، ويجوز له منحها كلها أو بعضها لزوجته، أو أن تكون الزوجة هي المعيل الوحيد للعائلة... لا يرد القول بأن المشرع ملزم بمراعاة المساواة المنصوص عليها في المادة السادسة من الدستور عند قيامه بسن القوانين والأنظمة ذات الخصوصية، إذ قد يجد المشرع أن جوهر المساواة هو الذي يجب أن يسود سواء بالنسبة للجنس أو السن أو المقدرة الاقتصادية،

(١) المواد (٦٠، ٣٢، ٦٦ - ٦٨)، قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠، مرجع سابق.

فقانون خدمة العلم مثلاً يجري تطبيقه على الرجال دون النساء، وكذلك القوانين التي توجب على الرجل الإنفاق على زوجته وأولاده (معيشة، سكناً، خلافه) دون أن يفرض ذلك على المرأة، وليس في ذلك إخلال في قواعد المساواة، وعليه فإن منح الرجل (الزوج) ابتداء الإعفاءات الضريبية المشار إليها في المادة الرابعة من قانون ضريبة الدخل إنما كان باعتباره هو الذي يقوم بالإنفاق شرعاً على أسرته، ومن حقه الحصول على الإعفاءات، أما إذا ثبت أن الزوجة هي المعيل فإنها هي التي تتمتع بالإعفاءات... ولما كان دخل المكلف ينحصر بأجور عقارات ولم تقدم المكلف ما يثبت أنها مسؤولة عن إعالة أي شخص فإنها لا تستحق أي من الإعفاءات الواردة في المادة ١٣ و ١٤ من قانون ضريبة الدخل" (١).

ومن حسنات القانون الملغى أنه كان ينص صراحة على المساواة بين الرجل والمرأة بحيث يعتبر كل منهم مكلفاً مستقلاً، أما في القانون المؤقت الحالي رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٩ فقد زال كل ذكر لمضمون المادة (٤) السابق الإشارة إليها، ولم يعد هناك ذكر لمصطلح زوج المكلف إلا في موضوعين: الموضوع الأول عند تعريف المعال في المادة (٢) بحيث يشمل (زوج المكلف أو أولاده أو أصوله أو أقاربه حتى الدرجة الثانية الذين يتولى المكلف الإنفاق عليهم) والموضوع الثاني المادة (١٧/د) والتي أجازت للزوجين المكلفين أن يقدموا إقراراً ضريبياً مشتركاً، كما أن القانون الجديد خلا من الإشارة إلى الارتباط المباشر بقانون الأحوال الشخصية مقارنة بالقانون الملغى الذي كان يشير صراحة عند الحديث عن الإعالة إلى (إعالة الأشخاص الذين تكون إعالتهم من مسؤولية المكلف شرعاً وفقاً المادة (١٣/أ)، كذلك المادة (١٤/د، هـ، و) المتعلقة بنفقات الاستشفاء والعمليات الجراحية، ومع ذلك فلا انفصام للعلاقة بين قانون الأحوال الشخصية وقانون ضريبة الدخل، لأن المشرع عندما عرف

(١) تمييز حقوق (٩٩/١٦٨)، المجلة القضائية، عدد (٨)، الأردن: المعهد القضائي الأردني، ١٩٩٩، ص(٤٩٦).

المقصود بالمعال شمل زوج المكلف أو أولاده أو أصوله أو أقاربه حتى الدرجة الثانية، وأكد على اشتراط تولى المكلف الإنفاق عليهم، وهناك التزام القانوني يقع على عاتق الزوج بالإنفاق على الزوجة وغيرها من المعالين، كما تم ذكره سابقاً^(١)، ومصطلح زوج المكلف يشمل الزوج والزوجة، وعندما تتولى الزوجة الإنفاق على زوجها أو أولادها أو أصولها أو أقاربها حتى الدرجة الثانية مما يحقق مساواة نظرية بين الاثنين، لا تلبث أن تزول إذا ادعى الزوج إعالة زوجته، سواء أكانت عاملة أم غير عاملة فهناك قرينة قانونية بسيطة لمصلحته وهي نصوص قانون الأحوال الشخصية التي تثبت بأنه المعيل للأسرة قانوناً، وكنتيجة لما سبق ذكره يوصي الباحث - ولغايات حماية حق المرأة العاملة في الحصول على إعفائها الشخصي في حال زواجها - بإدراج نص صريح في قانون ضريبة الدخل يؤكد على تمتع الزوجة العاملة بالإعفاء الشخصي المتعلق بها ما لم يثبت الزوج أنه ينفق عليها فعلاً - فوجود الالتزام القانوني، وفقاً لقانون الأحوال الشخصية، على الزوج شيء، ومسألة وفاء الزوج بذلك الالتزام شيء آخر - بحيث يفسر الخلاف حول نفقة الزوجة ضريبياً لمصلحتها، خاصة أن العلاقة بين الزوجين من الخصوصية بحيث يتعذر معها حصول الزوجة على أدلة ملموسة تثبت مساهمتها في نفقة الأسرة، وبوجه خاص في ظل مشاركة المرأة العاملة للرجل في تحمل نفقات الأسرة، ولا نبقى الأمر مرتهاً بأخلاق الزوج ومدى التزامه الشرعي.

ولا يتردد الباحث في القول بأن اعتبار الزوجة مكلفاً مستقلاً وفقاً للقانون المؤقت الحالي - حتى لو أدى إلى تمتعها بالإعفاء الشخصي الخاص بها - فإنه يؤدي عملياً إلى خسارتها وخسارة زوجها كل الإعفاءات الأخرى المرتبطة بالإعالة بمجرد زواجهما، ذلك أن المادة (٩/ب) أكدت على أنه لا يجوز أن يتجاوز مبلغ الإعفاء الممنوح للعائلة الواحدة مبلغ أربع وعشرين ألف دينار

(١) المواد (٦٠، ٣٢، ٦٦ - ٦٨)، قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠، مرجع سابق.

(وهذا الرقم هو حاصل جمع الإعفاءات الشخصية للزوجين قبل الزواج) مما يدعو إلى ضرورة إلغاء هذا السقف، لذا يقترح الباحث على المشرع الأردني إلغاء الفقرة (ب) من المادة (٩) من القانون المؤقت الحالي.

٢ - مدى اعتبار الزوجة ممولاً مستقلاً في قانون الضريبة على الدخل المصري:

كانت المادة (٨٨) من القانون رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨١ وتعديلاته (الملغى) تحصر نطاق الأسرة بالمول وزوجته وأولاده، بحيث إن الزوجة تعتبر ممولاً مستقلاً تتمتع بالإعفاء الشخصي المتعلق بها وهو (٢٠٠٠ جنيه سنوياً)، أما الممول المتزوج ولا يعول أولاداً أو غير المتزوج ويعول ولداً أو أكثر فيتمتع بإعفاء مقداره ٢٥٠٠ جنيه سنوياً، في حين يتمتع الممول المتزوج ويعول ولداً أو أكثر بإعفاء مقداره ٣٠٠٠ جنيه سنوياً، أي أن القانون وإن لم يصرح بارتباطه بتشريعات الأحوال الشخصية إلا أنه منح الزوج عملياً إعفاءه الشخصي بواقع ٢٠٠٠ جنيه، مضافاً إليه إعفاء عن الزوجية مقداره ٥٠٠ جنيه، وإعفاء عن إعالة الأبناء أيّاً كان عددهم مقداره ٥٠٠ جنيه سنوياً، وهذا يفسر كون إعفاء المتزوج ويعول (٣٠٠٠ جنيه سنوياً)، ووفقاً للمادة (٨٩) يشترط في تحديد الابن المعال أو الابنة المعالة ألا يكون أيهما قد بلغ الحادية والعشرين، أو إذا كان طالباً بإحدى مراحل التعليم ألا يكون قد تجاوز الثامنة والعشرين، أو إذا كان ذا عاهة تقعده عن الكسب، أو إذا كانت الابنة غير متزوجة أو غير عاملة، ويعتبر في حكم الولد المعال أي من الأبوين بشرط أن يعولهما الممول فعلاً وأن يكون عائلهم الوحيد، أما الزوجة كممول فكانت تتمتع بالإعفاء الشخصي الخاص بها، ولم يتطرق المشرع المصري في القانون الملغى إلى مسألة مدى اعتبار الزوجة المعيل الوحيد للأسرة بحيث تتمتع بكافة الإعفاءات ذات الصلة بالزوجية وإعالة الأبناء، إلا أنه طالما أن مصطلح ممول من العمومية بحيث يشمل الزوج والزوجة، فليس هناك ما يمنع من تمتعها بتلك الإعفاءات إذا كانت المعيلة الوحيدة للأسرة.

أما في ظل القانون الحالي رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ فتشير الإرشادات الصادرة عن مصلحة الضرائب المصرية حول هذا القانون بأن الإعفاءات المرتبطة بالأعباء العائلية القائمة في القانون الملغى - المشار إليها في الفقرة السابقة- قد تم توحيدها، ثم رفعها إلى ٥٠٠٠ جنيه للفرد الواحد (وهو ما يزيد عن الحد السابق بنسب تتراوح بين ٤٧٪ و ٦٧٪ و ١٥٠٪) مع غرض النظر عن الحالة الاجتماعية أو ما إذا كان الممول رجلاً أو امرأة^(١)، فوفقاً للمادة (٧) من القانون: "تستحق الضريبة على ما يجاوز خمسة آلاف جنيه من مجموع صافى الدخل الذي يحققه الممول المقيم خلال السنة"، وهذا بالنسبة لجميع مصادر دخل الممول مع مراعاة أن هناك إعفاء ضريبياً آخر بالنسبة للدخل من الراتب وفقاً للمادة (١٣ / ١) مقداره (٤٠٠٠) جنيه، وهذان الإعفاءان يتمتع بهما الممول سواء أكان ذكراً أم أنثى حيث إن المشرع المصري ساوى فيهما بين الزوج الممول والزوجة الممولة، وبالتالي تعامل الزوجة الممولة وفقاً للقانون الجديد كممول مستقل عن زوجها^(٢).

وتأكيداً على ذلك فقد تضمنت إرشادات مصلحة الضرائب المصرية حول القانون الإشارة إلى أن هذه الإعفاءات تضمن حصول الأسرة مجتمعة على المزيد من الدخول من خلال حصول الزوجة العاملة على نفس الإعفاء الممنوح للزوج؛ مما سيوفر للآتين معاً دخلاً أعلى لا يخضع للضريبة يصل إلى ١٠ آلاف جنيه، بدلاً من خمسة آلاف جنيه، لغير المرتبات والأجور، وإلى ١٨ ألف جنيه بدلاً من تسعة آلاف، في حالة المرتبات والأجور، خاصة أن نسبة المرأة المعيلة في المجتمع تصل إلى ٢٢٪ من الأسر، وبالتالي يصعب معاملتها على أنها أعزب كما كان الوضع عليه في القانون الملغى^(٣)، ويقترح الباحث إعادة

(١) منشورات مصلحة الضرائب العامة المصرية، إرشادات حول قانون الضريبة على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص (٩).

(٢) المواد (٦، ٧، ١٣)، قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥، مرجع سابق.

(٣) منشورات مصلحة الضرائب العامة المصرية، إرشادات حول قانون الضريبة على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص (٩).

النظر في الإعفاءات الضريبية المنصوص عليها فيه لجعلها أكثر عدالة، مع مراعاة قدرة الأشخاص على الدفع، وذلك في ضوء متوسط عدد أفراد الأسرة المصرية ومستوى المعيشة ومستوى خط الفقر؛ حيث إن المساواة الحسابية في مقدار الإعفاء لا تعد مساواة حقيقية.

ثانياً - توحيد الدخل واعتبار الزوج والزوجة مكلفاً واحداً بناءً على طلبهما:

ويقصد الباحث هنا الإشارة إلى مدى أخذ كل من المشرع الأردني والمشرع المصري بخيار توحيد الدخل وتقديم إقرار ضريبي مشترك كميزة ضريبية للأسرة ولغايات التبسيط على الزوجين، وبالرجوع إلى التشريع المصري محل الدراسة يتبين بأن المشرع المصري لم يتطرق إلى هذه المسألة إلا كجزء على إمكانية استغلال العلاقات الأسرية لتجنب الخضوع للضريبة (والتي ستكون موضوعاً مستقلاً للفرع الثالث من هذا المطلب)، لذا فإن الحديث عن خيار توحيد الدخل وتقديم الإقرار الضريبي المشترك سوف ينحصر في قانون ضريبة الدخل الأردني.

لقد كانت المادة (٤/د) من قانون ضريبة الدخل لعام ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى) تنص على جواز اعتبار الزوج والزوجة مكلفاً واحداً بناءً على طلبهما، وفي تلك الحالة يجري التقدير باسم الزوج، وإذا جرى التقدير على تلك الصورة فيجري تحصيل الضريبة من كليهما أو من أي منهما، أما الفقرة (هـ) فقد كانت تنص على ما يلي: "يكون الزوج ملزماً بالقيام بجميع الأمور والإجراءات والواجبات المنصوص عليها في هذا القانون والمتعلقة بإجراء التقدير، بما في ذلك تقديم الكشوف السنوية والحضور أمام المقرر لتقديم البيانات والمعلومات التفصيلية المطلوبة عن دخله أو دخل زوجته أو دخليهما إلا إذا طلبت الزوجة خلاف ذلك"، ومن الجدير ذكره أن الفقرة (هـ) رغم ما قد توحى به من أن المكلف يعتبر نائباً بنص القانون عن زوجته للقيام بجميع الأمور والإجراءات والواجبات المنصوص عليها في القانون إلا أن ذلك لا يتسع ليشمل الإقرار عن

زوجته المكلفة، سواء في حالة توحيد الدخل أم فصله، فسياق الفقرة المذكورة يتناول المسائل الإجرائية كتقديم الكشوف وتقديم البيانات والمعلومات التفصيلية المطلوبة عن دخله أو دخل زوجته أو دخليهما.

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم (١٩١٥/١٩٩٩) بما يلي: "يستفاد من أحكام المادتين ٤ و ٢٤ من قانون ضريبة الدخل أن كلاً من الزوج والزوجة مكلف مستقل عن الآخر لغايات قانون ضريبة الدخل انسجماً مع قاعدة استقلال كل واحد منهما عن الآخر في ذمته المالية، وتبعاً لذلك فالأصل أن يمثل كل منهما بنفسه في كل ما يتعلق بحقوقه أو التزاماته أمام الدوائر والسلطات الرسمية بما في ذلك ضريبة الدخل، أو أن يفوض عنه - خطياً - شخصاً آخر بكل ما يحق له القيام به، بما في ذلك الإقرار عنه بما في ذمته من حقوق والتزامات لصالح أي طرف آخر، واستثناء من ذلك ولأغراض قانون ضريبة الدخل يجوز أن يكون الزوج والزوجة مكلفاً واحداً وبشرط أن يكون ذلك بناء على طلبهما، وفي هذه الحالة يجري التقدير باسم الزوج فقط، ويجري تحصيل الضريبة من كليهما أو من أي منهما، ويجب أن يكون هذا الطلب خطياً أمام المقدر لإثبات توافقيهما بحضوره ولتسهيل مهمة المقدر، وقد ألزم القانون الزوج في هذه الحالة بالقيام بجميع الإجراءات والواجبات المنصوص عليها في القانون بما في ذلك تقديم الكشوف السنوية والحضور أمام المقدر لتقديم البيانات والمعلومات عن دخله أو دخل زوجته إلا إذا طلبت الزوجة خلاف ذلك، ويلاحظ أن الفقرة (هـ) من المادة الرابعة من قانون ضريبة الدخل لم تتضمن النص على الإقرار عن الزوجة كالموافقة على قرار المقدر أو على مقدار الضريبة المترتبة عليها، وحيث إن الإقرار لا يصح من الوكيل في حق موكله إلا إذا كان قد صدر له توكيل خاص يخوله سلطة الإقرار عن موكله، أو كان مفوضاً في ذلك بنص خاص في توكيل عام، كما أن نص الفقرة (هـ) من المادة ٤ من قانون ضريبة الدخل لم يتضمن تفويض الزوج بالإقرار عن زوجته، فإن موافقته على قرار المقدر الأولي الصادر بموجب المادة ٣٠ من قانون ضريبة الدخل، وعلى الرغم من أن زوجة المكلف مستقلة عنه وهو مكلف

مستقل عنها، إضافة إلى أنه لا يحمل تفويضاً خطياً منها، فإن موافقته غير ملزمة لزوجته قانوناً، وحيث إن محكمة استئناف ضريبة الدخل قد ذهبت إلى خلاف ذلك فيكون قرارها مستوجب النقض من هذه الناحية" ^(١).

ومما يجدر ذكره هنا بأن توحيد الدخل لا يعتبر في جميع الأحوال في مصلحة الزوجين، خاصة إذا أدى ضم دخل الزوجة إلى دخل زوجها إلى ارتفاع مقدار مجموع صافي الدخل، ومن ثم نقل المكلف من نسبة ضريبية (سعر ضريبي) أدنى إلى نسبة ضريبية أعلى، أما إذا كانت إعفاءات أحد الزوجين تتجاوز مقدار دخله مثلاً فإن توحيد الدخل يؤدي في هذه الحالة إلى استفادة من تم التوحيد لمصلحته من تلك الزيادة في الإعفاءات في تخفيض مقدار عبئه الضريبي، ومثال على ذلك: لنفرض أن الزوجة (س) لها صافي دخل مقداره ٢٠٠٠ دينار وتعمل والديها وقد أنفقت خلال عام ٢٠٠٩ مبلغ ٥٠٠٠ دينار نفقات استشفاء عن والدها المريض، بينما زوجها له صافي دخل مقداره ٧٠٠٠ دينار ويعمل ابن ويسكن بالإيجار بواقع ٢٠٠٠ دينار، ففي هذه الحالة لو قامت الزوجة بتقديم إقرار ضريبي مستقل فإنها لن تكون ملزمة بدفع أي ضريبة لأن (صافي دخلها ٢٠٠٠ دينار بينما مجموع إعفاءاتها) ^(٢) وفقاً للقانون الملغى (٧٠٠٠ دينار)، أي أن دخلها في تلك السنة لن يكون مطروحاً للضريبة، أما زوجها وعلى فرض عدم توحيد الدخل فإن صافي دخله ٧٠٠٠ دينار ومجموع إعفاءاته (شخصي ١٠٠٠ دينار + إعالة ابن ٥٠٠ دينار + إيجار بيت سكن ٢٠٠٠ دينار) = ٣٥٠٠ دينار، ومن ثم فإن دخل الزوج الخاضع للضريبة لسنة

(١) تمييز حقوق (١٩٩٥ / ١٩٩٩)، مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٢، ص (٢٧٣٢).

(٢) مجموع إعفاءات الزوجة وفقاً للقانون الساري على تلك السنة - أي القانون الملغى لعام ١٩٨٥ وتعديلاته - (إعفاء شخصي ١٠٠٠ دينار + إعالة والدين (٥٠٠ × ٢ = ١٠٠٠ دينار) + نفقات استشفاء والدها ٥٠٠٠ دينار) = ٧٠٠٠ دينار، وطالما أن الدخل الصافي للزوجة كان ٢٠٠٠ دينار فهي عملياً لم تستفد من إعفاءاتها سوى بقدر هذا الدخل.

٢٠٠٩ سيكون حاصل طرح مجموع إعفاءاته من دخله الصافي (٧٠٠٠ - ٣٥٠٠ = ٣٥٠٠ دينار) وستكون الضريبة المستحقة على دخل الزوج ٢٥٠ ديناراً^(١)، بينما لو قام الزوجان في المثال السابق بتوحيد دخليهما فإن مجموع دخلهما الصافي سيكون (٢٠٠٠ دخل الزوجة + ٧٠٠٠ دخل الزوج = ٩٠٠٠ دينار) ومجموع إعفاءاتهما معاً (٧٠٠٠ دينار إعفاءات الزوجة + ٣٥٠٠ إعفاءات الزوج = ١٠٥٠٠ دينار) وطالما أن مجموع إعفاءاتهما أكبر من مقدار مجموع دخليهما فلن تكون هناك أي ضريبة تفرض عليهما في حال توحيد الدخل، لذا فإن من مصلحتهما في هذه الحالة توحيد الدخل، لا أن يعامل كل منهما كمكلف مستقل، وكأن المشرع عندما سمح لهما بتوحيد دخليهما في القانون الملغى أجاز لأحد الزوجين الاستفادة من إعفاءات الزوج الآخر التي لم يستخدمها عملياً (فالزوجة في المثال السابق وعندما قدمت إقراراً مستقلاً وأعلنت فيه دخلاً صافياً مقداره ٢٠٠٠ دينار، لم تستفد عملياً إلا من ألفي دينار من إعفاءاتها ليصبح دخلها الخاضع (لأشياء) وبقي عندها ٥٠٠٠ دينار من إعفاءاتها لم تستغلها عملياً، لذا فعندما تم توحيد دخل الزوجين في المثال السابق استفاد الزوج من مبلغ الإعفاءات غير المستخدم من قبل زوجته (٥٠٠٠ دينار) فأصبح دخله الخاضع هو أيضاً (لا شيء)، بالنتيجة فإن إجازة المشرع توحيد الدخل تحمل في طياتها تناقل الإعفاءات بين الزوجين بما يحقق مصلحة الأسرة، والسؤال الذي يثار هنا هل أبقي المشرع على مزايا توحيد الدخل في القانون الحالي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ أم أنه لم يعد هناك أي جدوى من ذلك؟

(١) إن الدخل الخاضع للضريبة هو ٣٥٠٠ دينار أما الضريبة المستحقة فهي عن أول ٢٠٠٠ من الدخل الخاضع ٥٪ (٢٠٠٠ × ٥٪ = ١٠٠) وعن ١٥٠٠ دينار التالية ١٠٪ (١٥٠٠ × ١٠٪ = ١٥٠ ديناراً) أي أن الضريبة المستحقة هي (١٠٠ + ١٥٠ = ٢٥٠ ديناراً).

أجازت المادة (١٧/د) من قانون ضريبة الدخل المؤقت لعام ٢٠٠٩ للزوجين المكلفين أن يقدموا إقراراً ضريبياً مشتركاً، إلا أن المادة (٩/ب) من القانون نصت على أنه سواء في حال تقديم الإقرارات المشتركة أو المنفصلة وفقاً لما يختاره المكلف، فلا يجوز أن يتجاوز مبلغ الإعفاء الممنوح للعائلة الواحدة مبلغ أربع وعشرين ألف دينار، ويلاحظ الباحث هنا انحسار المزايا المترتبة على توحيد الدخل في ظل توحيد وتقليص نطاق الإعفاءات الذي تبناه المشرع في القانون المؤقت مقارنة بالمادة (٤) من القانون الملغى، حيث إن المشرع سقف إعفاءات الأسرة بمبلغ ٢٤٠٠٠ دينار، وهو حاصل جمع إعفاء الزوج والزوجة الشخصي لأن الإعفاء الشخصي لكل منهما ١٢٠٠٠ دينار، وبالنتيجة فإن ميزة توحيد الدخل تتحقق فقط إذا كان صافي دخل أحد الزوجين أقل من ١٢٠٠٠ دينار؛ لأنه فقط في تلك الحالة يمكن للزوج الآخر الاستفادة من جزء الإعفاء غير المستخدم لغايات تخفيف عبئه الضريبي، ولن يطمح أي من الزوجين بالحصول على الإعفاءات المرتبطة بالإعالة لأن تلك الإعفاءات في ظل وجود عائلة (زوج وزوجة) ستكون معدومة الأثر، فسقف إعفاء العائلة ٢٤٠٠٠ دينار، ومن ثم فإن سقف إعفاءات العائلة قلل من فرص الاستفادة من مزايا توحيد الدخل، وهذا يشكل مبرراً إضافياً لتأكيد الباحث على دعوته المشرع الأردني ضرورة إلغاء الفقرة (ب) من المادة (٩).

وفي ختام هذا الموضوع يؤكد الباحث على عدم وجود نص في قانون الضريبة على الدخل المصري يعالج مسألة توحيد الدخل بناء على طلب الزوجين المكلفين لتحقيق مزايا ضريبية تشمل تناقل الإعفاءات بينهما، وما نص عليه المشرع المصري في هذا المجال يقتصر على اعتبار الزوجين أو الأصول والفروع ممولاً واحداً بنص القانون للحيلولة دون استغلال العلاقات الأسرية لتجنب الخضوع للضريبة أو تقليل عبئها، وهو ما سوف يتضح في الفرع الثالث التالي :

الفرع الثالث

التزام المكلف بعدم استغلال العلاقات الأسرية لتجنب الخضوع للضريبة

إن اهتمام المشرع بالأسرة والعلاقات الأسرية في قانون ضريبة الدخل لا يقتصر على رعاية الجانب الإيجابي لتلك العلاقة من خلال منح الأسرة معاملة تفضلية أياً كانت صورتها أو مراعاة القدرة على الدفع فقط، وإنما يستهدف أيضاً تحقيق عدة أهداف أخرى مرتبطة بالسياسة الضريبية، ومنها الحيلولة دون استغلال الوضع الاجتماعي المذكور لغايات تسهيل تجنب الخضوع للالتزام الضريبي من خلال تبني المشرع مجموعة من القواعد المضادة لهذا النوع من التصرفات (anti-avoidance rules)، والتي تستهدف الحيلولة دون إنفاذ الأثر الضريبي للتصرفات التي تستهدف تجنب الخضوع للضريبة أو تخفيف عبئها عن طريق توزيع الدخل بين أفراد الأسرة، وما يترتب عليها من تآكل للقاعدة الضريبية، كتوزيع الدخل بين الأصول أنفسهم (الزوجين مثلاً) أو بين الأصول والفروع (الوالدين والأبناء مثلاً)، ومن هذه القواعد تلك التي تكفل صحة نسبة الدخل من خلال التأكيد على أن الدخل المتأتي من الممتلكات التي تنتقل ملكيتها في ظروف معينة إلى الزوج أو الأبناء تعتبر دخلاً لمجري التصرف وليس لم انتقلت إليه تلك الممتلكات من أفراد عائلة مجري التصرف^(١).

أولاً - التزام المكلف بعدم استغلال العلاقات الأسرية في قانون ضريبة الدخل الأردني:

كانت المادة (١٥) من قانون ضريبة الدخل رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته (الملغى) تنص على صلاحية الإدارة الضريبية في إهمال أي معاملة تصرف وهمية أو مصطنعة، وتقدير الضريبة المستحقة على المكلف المعني

(١) Claire Young, What's Sex Got To Do With It? Tax And The "Family", op.cit., p(3).

وكان تلك المعاملة لم تكن، بحيث تشمل عبارة "معاملة التصرف" وقف الموجودات أو هبتها أو التعاقد أو إجراء أي اتفاق أو ترتيب بشأن انتقالها أو ريعها، وقد أقام المشرع قرينة قانونية بسيطة على كون المعاملة وهمية في الحالتين التاليتين: ١ - إذا نشأ دخل من معاملة تصرف أجراها المكلف لصالح ولد من أولاده لم يكمل السنة الثامنة عشرة من عمره عند بدء السنة التي تحقق فيها الدخل، فيعتبر هذا الدخل دخلاً للشخص الذي أجرى معاملة التصرف، ٢- إذا نشأ دخل من معاملة تصرف يصح الرجوع عنها يبقى هذا الدخل دخلاً للشخص الذي أجرى معاملة التصرف، وتعتبر معاملة التصرف معاملة يصح الرجوع عنها إذا تضمنت نصاً يمكن من تحويل الدخل أو إعادة تحويله إلى الشخص الذي أجرى معاملة التصرف، أو إذا مكن من الاضطلاع بالسيطرة على الدخل أو الموجودات التي يتأتى منها الدخل بصورة مباشرة أو غير مباشرة^(١)، وقد تبني المشرع الأردني ذات المعاملة في المادة (٢٠) من قانون ضريبة الدخل المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، بحيث جاءت المادة (٢٠) منه مطابقة تماماً للمادة (١٥) من القانون الملغى.

ومن تطبيقات قضاء محكمة التمييز الأردنية في هذا المجال ما يلي:

١ - الحكم رقم (١٩٩٠/٧٣٣) حيث قضت أنه: "لا يرد الادعاء بأن الشراكة ما بين الزوج وزوجته وهمية ومصطنعة إذا قاما بتسجيلها كشركة تضامن في سجل الشركات طبقاً لقانون الشركات، وذلك لأن هذه الحالة ليست من الحالات التي نصت عليها المادة ١٦ من قانون ضريبة الدخل رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ التي تبيح للمقدر أن يهمل فيها المعاملة التي يعتبرها وهمية ومصطنعة، لاسيما وأن كلاً من الزوج والزوجة له ذمة مالية مستقلة، عملاً بالمادة ٥٨٢ من القانون المدني"^(٢).

(١) المادة (٢٠)، قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩ (وتقابل المادة ١٥ من القانون الملغى).

(٢) تمييز حقوق (١٩٩٠/٧٣٣)، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٩١، ص (١٧١٤).

٢ - الحكم رقم (١٩٨/١٩٧٠) والذي أجازت فيه: "لمأمور التقدير الحق في اعتبار أن توفيق أوضاع الشركة وإدخال ابن المكلف شريكاً فيها، بحيث أصبحت حصة المكلف وابنه في رأس المال مساوية لحصة المكلف قبل توفيق أوضاعها هي معاملة وهمية ترمي إلى تنزيل مقدار الضريبة المستحقة على المكلف، واعتبار الدخل المتأتي من هذه الشركة للمكلف وحده" (١).

ثانياً - التزام الممول بعدم استغلال العلاقات الأسرية في قانون الضريبة على الدخل المصري:

حرص المشرع المصري في قانون الضرائب على الدخل رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨١ وتعديلاته (الملغى) على الحيلولة دون استغلال المكلف العلاقات الأسرية لغايات تجنب الخضوع للضريبة أو تخفيف عبئها، حيث كانت المادة (٢٣) منه والمتعلقة بالأرباح الناتجة من تأجير الوحدة السكنية تنص على اعتبار الممول وزوجه وأولاده القصر في حكم الممول الواحد، بحيث تعتبر الأرباح خاصة بالأصل أو الزوج حسب الأحوال، وتدخل في إقراره ما لم يثبت أن الحق في تأجير الوحدة قد آل إلى الزوج أو الزوجة أو الأولاد القصر عن غير طريق الزوجة أو الزوج أو الوالد بحسب الأحوال، كما كانت المادة (٣٥) تنص على أنه: "يعتبر في حكم الممول الفرد، الشركات القائمة أو التي تقوم بين الأصول والفروع القصر أو بين الأزواج أو بين بعضهم البعض، وتكون الأرباح التي تحققها الشركة خاصة بالأصل أو الزوج بحسب الأحوال وتدخل في إقراره ما لم يثبت صاحب الشأن جدية الشركة، وذلك كله دون إخلال بحق الغير الشريك بالنسبة لحصته في أرباح الشركة"، وكانت المادة (٢/٨٢) المتعلقة بتحدد إيرادات الاستغلال الزراعي للمحاصيل البستانية تنص على

(١) تمييز حقوق (١٩٨ / ١٩٧٠)، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٧٠، ص (٦٠٤).

اعتبار الممول وزوجه وأولاده القصر حائزاً واحداً للغراس بحيث تحدد الإيرادات باسمه، ما لم تكن الملكية قد آلت إلى الزوجة أو للأولاد القصر عن غير طريق الزوج أو الوالد بحسب الأحوال^(١).

أما المادة (١٠٧) فقد كانت تنص على أنه: "لا يحتج في مواجهة مصلحة الضرائب فيما يتعلق بربط الضريبة بالتصرفات التي تتم بين الأصول والفروع أو بين الزوجين خلال السنة الخاضع إيرادها للضريبة والسنوات الخمس التالية لها، سواء أكانت تلك التصرفات بعوض أم بغير عوض، وسواء انصبت على أموال ثابتة أم منقولة، وتضاف إيرادات ما تمتلكه الزوجة والأولاد القصر من أي مصدر غير الميراث أو الوصية إلى إيرادات الزوج أو الأصل خلال سنة التملك والسنوات الخمس التالية لها، وتعتبر هذه الأموال ضامنة لأداء الضريبة المستحقة نتيجة لإضافتها إيراداتها، فإذا كان التصرف بعوض أو كانت ملكية الزوجة أو الأولاد القصر من غير أموال الزوج أو الأصل، جاز لصاحب الشأن أن يقيم الدليل على ذلك^(٢)، أي أن التصرف إذا كان بعوض أو كانت ملكية الزوجة أو الأولاد القصر من غير أموال الزوج أو الأصل فتعتبر القرينة القانونية المتعلقة بصورية التصرف قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وبخلاف ذلك فتعتبر قرينة قانونية قاطعة لمصلحة الإدارة الضريبية، وقد أكد القضاء المصري بأن قرينة صورية الشركة القائمة بين الأصل وفرعه والزوج وزوجته هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، كما أن سبق محاسبتها باعتبارها شركة لا يصلح بذاته دليلاً على جديتها^(٣).

(١) المواد (٢٣، ٣٥، ٨٢)، قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥، مرجع سابق.

(٢) المادة (١٠٧)، قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥، مرجع سابق.

(٣) الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٥٨ قضائية، جلسة ١٩٩٥/١/٢، قضاء النقض التجاري حتى عام ٢٠٠٠، إعداد أنور العمروسي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص (٧٥١).

وقد قام المشرع المصري في القانون رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته بإعادة النظر في المعاملة الضريبية السابقة، حيث استخدم المشرع في المادة (١) من القانون مصطلح (الشخص المرتبط) لأول مرة، بحيث يشمل كل شخص يرتبط بالمول بعلاقة تؤثر في تحديد وعاء الضريبة بما في ذلك الزوج والزوجة والأصول والفروع، ووفقاً للمادة (٣٠): "إذا قام الأشخاص المرتبطون بوضع شروط في معاملاتهم التجارية أو المالية تختلف عن الشروط التي تتم بين أشخاص غير مرتبطين من شأنها خفض وعاء الضريبة أو نقل عبئها من شخص خاضع للضريبة إلى آخر معفى منها أو غير خاضع لها، يكون للمصلحة تحديد الربح الخاضع للضريبة على أساس السعر المحايد"، كما نصت المادة (٢/٣٨) منه على أنه ولغايات تحدد إيرادات الاستغلال الزراعي للمحاصيل البستانية يعتبر الممول وزوجه وأولاده القصر حائزاً واحداً للغراس، وتحدد الإيرادات باسمه ما لم تكن الملكية قد آلت إلى الزوجة أو الأولاد القصر عن غير طريق الزوج أو الوالد بحسب الأحوال، أما المادة (٩٢) فقد نصت على أنه: "إذا ربطت الضريبة على شخص وثبت أنه يعمل لحساب شخص آخر بطريق الصورية أو التواطؤ للحصول على أية مزايا أو للتهرب من أية التزامات مقررّة بمقتضى أحكام هذا القانون، كانا مسئولين بالتضامن عن سداد الضريبة المستحقة على الأرباح"^(١).

الخاتمة (النتائج والتوصيات):

جاءت هذه الدراسة لمعالجة موضوع المعاملة الضريبية للأسرة في قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٩، وقانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، انطلاقاً من اعتبار مسألة مراعاة الظروف الشخصية والعائلية للمكلف أحد عناصر ذاتية القانون الضريبي، والتأكيد على اعتبار شخصية الضريبة من مقومات القانون الضريبي، حيث إن

(١) المواد (١، ٣٨، ٣٠/٢)، قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥، مرجع سابق.

الوفاء بالالتزام الدستوري القاضي بتحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية بما لا يتجاوز مقدرة المكلفين على الأداء يحمل في طياته ضرورة مراعاة الظروف الشخصية والعائلية للمكلف، ويشكل أحد الركائز الأساسية لذاتية القانون الضريبي؛ مما يساهم في تأكيد وجود صلة وثيقة بين القانون الضريبي وقانون الأحوال الشخصية.

وقد تم التوصل من خلال الدراسة إلى مجموعة من النتائج - التي تم العرض لها تفصيلاً خلال البحث - ومنها:

- ١ - يعد الدستور المصري لعام ١٩٧١ وتعديلاته الأكثر وضوحاً في مجال التركيز على أهمية الأسرة ومعاملتها تشريعياً بما يكفل حمايتها واستمراريتها.
- ٢ - إن ذاتية القانون الضريبي بوجه عام وقانون ضريبة الدخل بوجه خاص لا تنفي وجود صلات وثيقة بينه وبين غيره من القوانين الأخرى، أبرزها صلته بالقانون الذي ينظم الأحوال الشخصية.
- ٣ - فرض المشرع في تشريعات الأحوال الشخصية في كل من مصر والأردن سلسلة من الالتزامات ذات الأثر المالي والمتصلة اتصالاً وثيقاً بأسرة المكلف، وهذه الالتزامات تنتقص بالضرورة من قدرة المكلف على الدفع، ويجب ألا يغفلها المشرع عندما يستهدف فرض ضريبة دخل على الشخص الطبيعي.
- ٤ - إن قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٩ تضمن تغييراً جذرياً في منظومة الإعفاءات الشخصية والأسرية ومفهوم الإعالة عما سبقه من قوانين، حيث تم إلغاء معظم الإعفاءات العائلية والاجتماعية والصحية التي كان يحتويها القانون السابق له (القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته).
- ٥ - لم يراع قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت لعام ٢٠٠٩ حقيقة الوضع الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع الأردني، وبصفة خاصة المؤشرات

الاقتصادية والاجتماعية كمتوسط حجم الأسرة الأردنية و متوسط إنفاق الأسرة السنوي على السلع والخدمات، ومتوسط الدخل الجاري السنوي للأسرة، حيث إن نتائج تلك المؤشرات مدعاة لإعادة النظر بالإعفاءات بصورة تؤدي إلى زيادتها وليس إعادة هيكلتها بإلغاء معظمها واستبدالها بمنظومة إعفاءات لا تتجاوز في أحسن أحوالها ٢٤٠٠٠ دينار للعائلة الواحدة.

- ٦ - لا يتفق قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت لعام ٢٠٠٩ مع توصيات الأجندة الوطنية، ولا يتفق مع أسبابه الموجبة، ولا يحقق العدالة الاجتماعية الأفقية ولا العدالة الرأسية في مجال الإعفاءات الشخصية بوجه خاص وفي مجال المعاملة الضريبية للمكلف بوجه عام، و يعد خطوة إلى الوراء بالنسبة للسياسة الضريبية الأردنية القائمة على العدالة والمساواة.
- ٧ - لم يراع القانون المؤقت الأردني مكافحة شتى أنواع التمييز ضد المرأة والأسرة، حيث اتضح من خلال البحث أنه ينطوي على تمييز خفي ضد الأسرة وضد المرأة العاملة.
- ٨ - إن قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت لعام ٢٠٠٩ جعل اختصاص مجلس الوزراء في إعادة النظر بالإعفاءات جوازياً، دون ربط ذلك بفترة زمنية معينة، وهذا يشكل تراجعاً آخر من قبل المشرع الأردني، بعد أن كان النص في القانون القديم يوجب على مجلس الوزراء إعادة النظر في الإعفاءات مرة أو أكثر كل خمس سنوات في ضوء الأرقام القياسية للمعيشة.
- ٩ - إن تعريف المادة (٢) من قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت للمكلف خلا من الدقة، بخلاف تعريف الممول في قانون الضريبة على الدخل المصري حيث ركز المشرع المصري في التعريف على مسألة خضوع الشخص للضريبة بخلاف المشرع الأردني الذي ركز على مسألة التزام الشخص بدفع الضريبة.
- ١٠ - إن قانون ضريبة الدخل الأردني المؤقت خلا من الإشارة إلى الارتباط المباشر بقانون الأحوال الشخصية مقارنة بالقانون الملغى الذي كان يشير صراحة إلى تلك العلاقة.

١١- إن توحيد الدخل بين الزوجين، في القانون الأردني المؤقت لا يعتبر في جميع الأحوال في مصلحة الزوجين، خاصة إذا أدى ضم دخل الزوجة إلى زوجها إلى ارتفاع مقدار مجموع صافي الدخل، ومن ثم نقل المكلف من نسبة ضريبية (سعر ضريبي) أدنى إلى نسبة ضريبية أعلى.

١٢- إن قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته لم يراع المؤشرات الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إليه، كمؤشرات خط الفقر ومتوسط عدد أفراد الأسرة المصرية، كما أنه متناقض مع الأسباب التي دعت إليه ولا يخدم المبررات التي سيقى لترويجه، ولا يحقق العدالة لأنه قد يترتب عليه خضوع أشخاص تحت خط الفقر للضريبة.

١٣- إن قانون الضريبة على الدخل المصري رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته لا يراعي مفهوم العدالة الرأسية؛ حيث أنه ساوى من حيث الإعفاءات بين طائفة كبيرة من المكلفين غير المتمثلين رغم اختلاف ظروفهم الاجتماعية (ومثال ذلك: الممول المتزوج و يعول والممول المتزوج ولا يعول، والممول المتزوج من زوجه عاملة والممول المتزوج من زوجه غير عاملة) ولا يراعي مفهوم العدالة الأفقية (معاملة المكلفين المتمثلين معاملة متماثلة) حيث إنه ميز الدخل من الراتب بإعفاء إضافي مقداره ٥٠٠٠ جنيه.

١٤- لا يتفق واعتبارات المنطق والعدالة تخلي المشرع سواء الأردني أو المصري عن مسألة مراعاة الظروف الشخصية والعائلية التفصيلية، في حين أن الممارسات الدولية - حتى في الدول التي لا تعترف بمنظومة الأسرة بمفهومها الإسلامي القويم كبريطانيا وإيرلندا - ما تزال تراعي إيراد إعفاءات شخصية وعائلية تفصيلية.

١٥- إن مقومات الإصلاح الضريبي الجيد بوجه خاص والإصلاح التشريعي بوجه عام تقتضي مراعاة النصوص الدستورية والظروف الاقتصادية والاجتماعية لأفراد المجتمع ما قبل وما بعد الإصلاح من خلال تقويم آثاره.

١٦- لم ينص قانون الضريبة على الدخل المصري على مسألة توحيد الدخل بناء

على طلب الزوجين المكلفين لتحقيق مزايا ضريبية تشمل تناقل الإعفاءات بينهما.

وقد تم التوصل من خلال الدراسة إلى مجموعة من التوصيات - التي تم العرض لها تفصيلاً خلال البحث - ومنها:

١ - دعوة المشرع الأردني إلى تبني نصوص تحاكي المواد (٩٠٧) من الدستور المصري لأهمية تلك النصوص في إبراز تمسك المشرع الدستوري بحماية الأسرة ورعايتها، فتكريس هذا المبدأ دستورياً مدعاة لتقيد السلطة التشريعية به في مختلف أعمالها وبوجه خاص عند سن التشريعات الضريبية.

٢ - دعوة المشرعين الأردني والمصري إلى إعادة النظر في منظومة الإعفاءات الشخصية والأسرية بصورة تجعلها أكثر تفصيلاً ومراعاة للظروف الاجتماعية والشخصية للمكلفين.

٣ - ضرورة تعميق دور مختلف شرائح المجتمع ومؤسسات المجتمع المدني وقطاعاته المختلفة في أي إصلاح ضريبي يراد له النجاح.

٤ - ضرورة تعميق الوعي الضريبي بالإصلاحات لدى كافة فئات المجتمع من خلال الحملات الإعلامية المكثفة ودورات الوعي الضريبي ومناهج التدريس في الجامعات، حيث إن الإصلاح الضريبي قد يكون له ما يبرره عملياً واقتصادياً، وقد يراعي كافة الاعتبارات القومية ومع ذلك فقد لا يكتب له النجاح لعدم توفر وعي ضريبي مناسب لدى المخاطبين بأحكامه.

٥ - يتمنى الباحث على المشرع الأردني تبني تعريف المشرع المصري للمكلف كونه أكثر دقة، إضافة إلى الأخذ بمسألة إلزام الشخص المعفى من الضريبة بتقديم إقرار ضريبي ومسك حسابات أصولية إذا تجاوز الدخل المعفى حداً معيناً؛ لضمان الرقابة على صحة ذلك الإعفاء وعدم استغلاله كوسيلة للتهرب الضريبي.

٦ - دعوة المشرع الأردني وكذلك المصري إلى إيراد نص صريح يؤكد على أن الالتزام بدفع الضريبة وتقديم الإقرار الضريبي بالنسبة للأشخاص الذين

يخضعون للولاية أو الوصاية أو القوامة يعد من واجبات الولي أو الوصي أو القيم.

٧ - يوصي الباحث - ولغايات حماية حق المرأة العاملة في الحصول على إعفائها الشخصي في حال زواجها - بإدراج نص صريح في قانون ضريبة الدخل يؤكد على تمتع الزوجة العاملة بالإعفاء الشخصي المتعلق بها ما لم يثبت الزوج أنه ينفق عليها فعلاً.

٨ - يدعو الباحث المشرع الأردني إلى ضرورة إلغاء سقف الإعفاء الوارد بالفقرة (ب) من المادة (٩) من القانون المؤقت الحالي.

٩ - يتمنى الباحث على المشرع الأردني وكذلك المصري إعادة النظر في الإعفاءات الزوجية المنصوص عليها فيه لجعلها أكثر عدالة وشمولاً وواقعية؛ وذلك في ضوء أحدث المؤشرات الاقتصادية والاجتماعية كمتوسط عدد أفراد الأسرة ومستوى المعيشة ومستوى خط الفقر.

المراجع

أولاً - المراجع العربية :

- القرآن الكريم

أ - الكتب :

- ١ - جهاد الخصاونه ، المالية العامة والتشريع الضريبي، ط ١، عمان: دار وائل للنشر، ١٩٩٩.
- ٢ - حامد دراز و المرسي حجازي ومحمد عمر حماد، النظم الضريبية: دراسة مقارنة تطبيقية، د.ط، مصر: الدار الجامعية، ٢٠٠٤.
- ٣ - سعيد عثمان وشكري العشماوي، اقتصاديات الضرائب، د.ط، الإبراهيمية، مصر: الدار الجامعية، ٢٠٠٧.
- ٤ - سوزي عدلي ناشد، المالية العامة، د. ط، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.
- ٥ - عبد الأمير شمس الدين، الضرائب: أسسها العلمية وتطبيقاتها العملية، ط ١، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٨٧.
- ٦ - عبد الحميد محمد القاضي، اقتصاديات المالية العامة والنظام المالي في الإسلام، د.ط، الإسكندرية: مطبعة الرشاد.
- ٧ - قدرى نقولا عطية، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاتها، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الإسكندرية، مطبعة معهد دون بوسكو، د.ط، الإسكندرية: ١٩٦٠.
- ٨ - مجدي محمود شهاب، دراسات في التشريع الضريبي المصري، د.ط، الإسكندرية: مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ١٩٩٤.
- ٩ - محمد بو نصار ومحفوظ مشاعلة وفراس الشهوان، الضرائب ومحاسبتها، ط ١، ١٩٩٦.
- ١٠ - محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي: دراسة

- مقارنة بين مصر والكويت وفرنسا، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت : مجلس النشر العلمي، ١٩٩٩.
- ١١- محمود السيد الناغي، منهج المحاسبة عن الضريبة على الدخل : التحليل وإطار التطبيق والتطوير، ط ١، المنصورة: المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
- ١٢- محيي محمد سعد، العلاقة بين الممول والإدارة الضريبية، ط ١، الإسكندرية : مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ٢٠٠٢.
- ١٣- نائل عبد الحافظ العواملة، الإدارة المالية العامة بين النظرية والتطبيق، ط ٣، عمان: دار زهران للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.
- ١٤- نضال رشيد صبري، محاسبة ضريبة الدخل ، ط ١، عمان : منشورات جامعة القدس المفتوحة، ١٩٩٨.
- ١٥- يحيى مصطفى المبشر، المنازعة الضريبية في القانون اللبناني: الدعاوى الضريبية، دط، بيروت : دن، ١٩٩٤.
- ب - الرسائل الجامعية :**
- ١ - عادل الحيارى، الضريبة على الدخل العام: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة القاهرة، مطابع مؤسسة الأهرام، ط ١، ١٩٦٨.
- ٢ - محمد سلامة الخوالدة، " أثر الإعفاءات الضريبية على عدد المساكن وحجم الأسرة في الأردن للأعوام (١٩٨٤-١٩٩٤)"، رسالة ماجستير في الدراسات السكانية (غير منشورة) الجامعة الأردنية، تموز، ١٩٩٦.
- ٣ - موفق المحاميد، الطبيعة القانونية لقرارات تقدير ضريبة الدخل : دراسة مقارنة، رسالة ماجستير منشورة، جامعة آل البيت، ط ١، عمان : الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
- ج - الوثائق الرسمية:**
- ١ - جمهورية مصر العربية، البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة ومعهد التخطيط

- القومي، تقرير التنمية البشرية في مصر عام ٢٠١٠، مصر: البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، ومعهد التخطيط القومي، ٢٠١٠.
- ٢ - جمهورية مصر العربية، الدستور المصري لعام ١٩٧١، الجريدة الرسمية، العدد ٣٦ مكرراً (أ) ١٢ من سبتمبر سنة ١٩٧١ معدلاً طبقاً للاستفتاء الذي أجري على تعديل الدستور (الاثنين ٢٦ آذار ٢٠٠٧)، من خلال موقع البرلمان المصري الإلكتروني: <http://www.parliament.gov.eg/Arabic/Constitution/ConstitutionContext>.
- ٣ - جمهورية مصر العربية، القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الضرائب على الدخل، (الجريدة الرسمية، العدد ٣٧ تابع، ١٠/٩/١٩٨١) والمعدل بالقانون ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ (الجريدة الرسمية، العدد ٥٢ مكرر، ٣١/١٢/١٩٩٣) والمعدل بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٧ (الجريدة الرسمية، العدد ٥٢ مكرر، ٢٨/١٢/١٩٩٧).
- ٤ - جمهورية مصر العربية، قانون رقم (٣) لسنة ١٩٧٧ بإصدار قانون الضمان الاجتماعي وتعديلاته حتى القانون رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٠، ومجموعة قوانين الأحوال الشخصية في مصر، موسوعة مبارك التشريعية، إعداد مجلس الشعب المصري، موقع البرلمان المصري الإلكتروني: <http://www.parliament.gov.eg>
- ٥ - جمهورية مصر العربية، منشورات مصلحة الضرائب العامة المصرية: قانون الضريبة على الدخل رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته، الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٢٣ تابع)، ٩/٦/٢٠٠٥، وإرشادات حول قانون الضريبة على الدخل، طباعة الإدارة العامة للحاسب الآلي، من خلال الموقع الإلكتروني: www.incometax.gov.eg
- ٦ - المملكة الأردنية الهاشمية، القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، الجريدة الرسمية، العدد (٢٦٤٥)، ١٩٧٦.
- ٧ - المملكة الأردنية الهاشمية، قانون ضريبة الدخل المؤقت رقم (٢٨) لسنة

٢٠٠٩، الجريدة الرسمية، العدد (٥٠٠٥)، تاريخ ٣٠/١٢/٢٠٠٩، ص(٧١٣١).

٨ - المملكة الأردنية الهاشمية، الأجندة الوطنية، الفصل الخامس والفصل السابع، موقع الأجندة الوطنية الإلكتروني:

<http://www.nationalagenda.jo/tabid/60/Default.aspx?Location=1>

٩ - المملكة الأردنية الهاشمية، دائرة ضريبة الدخل والمبيعات، إستراتيجية الإصلاح الضريبي في مجال ضريبيتي الدخل والمبيعات، تشرين أول ٢٠٠٥.

١٠ - المملكة الأردنية الهاشمية، دستور المملكة لعام ١٩٥٢ وتعديلاته.

١١ - المملكة الأردنية الهاشمية، قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠، الجريدة الرسمية، العدد (٥٠٦١)، تاريخ ١٧-١٠-٢٠١٠، ص(٥٨٠٩).

١٢ - المملكة الأردنية الهاشمية، مشروع القانون المعدل لقانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٦ بالصيغة التي وافق عليها مجلس النواب، النسخة المرفقة بكتاب رئيس مجلس النواب إلى دولة رئيس مجلس الأعيان رقم (١٥٦/٢/٢٣/٣) تاريخ ١٦/١/٢٠٠٧، (غير منشور).

١٣ - المملكة الأردنية الهاشمية، مشروع قانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٩ بالصيغة المرسلة إلى مجلس النواب، النسخة المرفقة بكتاب دولة رئيس الوزراء إلى رئيس مجلس النواب رقم (ض١-١١٨٢) تاريخ ١١/٦/٢٠٠٩، (غير منشور).

١٤ - المملكة الأردنية الهاشمية، وزارة التخطيط والتعاون الدولي الأردنية بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، التقرير الوطني الثاني للأهداف الإنمائية للألفية، الأردن: ٢٠١٠، من خلال موقع مكتب الأمم المتحدة في الأردن الإلكتروني التالي: http://www.undp-jordan.org/uploads/publications/UN_1292424706.pdf

١٥- المملكة الأردنية الهاشمية، تعليمات رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢ بعنوان (تعليمات نفقات الاستشفاء من الأمراض المستعصية ونفقات الجراحة داخل وخارج المملكة).

١٦- المملكة الأردنية الهاشمية، دائرة الإحصاءات العامة الأردنية، الإحصاءات المتعلقة بالدخل والإنفاق لسنة ٢٠٠٨، عبر موقع دائرة الإحصاءات الإلكترونية:

http://www.dos.gov.jo/sdb_ec/sdb_ec_a/household/2008/3-4.pdf

http://www.dos.gov.jo/sdb_ec/sdb_ec_a/household/2008/4-28.pdf

١٧- المملكة الأردنية الهاشمية، قانون الحماية من العنف الأسري الأردني رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية، العدد (٤٨٩٢)، ٢٠٠٨، ص (٨٢١).

١٨- المملكة الأردنية الهاشمية، مشروع القانون المعدل لقانون ضريبة الدخل لعام ٢٠٠٦ بالصيغة التي رفعته بها السلطة التنفيذية، منشور على موقع دائرة ضريبة الدخل والمبيعات: http://www.incometax.gov.jo/incometax/main_menu/legislations/an2.aspx

١٩- ميثاق الأسرة في الإسلام، اعتمده مفتي جمهورية مصر العربية بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٨ ومجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف بتاريخ ٢٠٠٧/٨/١٦، منشور على الموقع الإلكتروني للجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل: <http://www.iicwc.org/lagna/iicwc/iicwc.php?id=493>

د - الأحكام القضائية:

١ - تمييز حقوق (١٩٨/١٩٧٠)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٠، ص (٦٠٤).

٢ - تمييز حقوق (٢١٤/١٩٧٤)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٥، ص (١٧٢).

٣ - تمييز حقوق (٧٣٣/١٩٩٠)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١، ص (١٧١٤).

- ٤ - تمييز حقوق (١٩٩٩/١٩١٥)، مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٢، ص (٢٧٣٢).
- ٥ - تمييز حقوق (٩٩/١٦٨)، المجلة القضائية، عدد (٨)، الأردن: المعهد القضائي الأردني، ١٩٩٩.
- ٦ - قضاء النقض التجاري حتى عام ٢٠٠٠، إعداد أنور العمروسي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
- ٧ - موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من عام ١٩٧١ حتى عام ٢٠٠٨، إعداد مجدي محمود حافظ، الجزء الرابع، الأحرف (ح - ض)، القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع، والمكتبة القانونية، ٢٠٠٨.

2 - References

A - Books

- 1 - Adam Smith, **An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations**, A Penn State Electronic Classics Series Publication, book V, chapter II, part II (of taxes), The USA: Pennsylvania State University, 2005. through the website: <http://www.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adamsmith.htm>.
- 2 - Howell H.Zee, General Issues And Concepts: Theoretical Underpinnings, **Tax Policy Handbook**, edited by Parthasarathi Shome, International Monetary Fund, Washington, D.C., 1995.
- 3 - Frans Vanistendael, Chapter 2: Legal Framework For Taxation, **Tax Law Design And Drafting**, Vol. 1, International Monetary Fund, Editor: Victor Thuronyi, 1996.

B- Articles :

- 1 - Claire Young, What's Sex Got To Do With It? Tax And The "Family", Ottawa: Law Commission of Canada, 2000, May 15, 2000.
- 2 - Carlson, Allan C., "Swedish Sagas" **New Ideas In Family Policy** presentation to Swedish members of Parliament in The Riksdag building, Stockholm, February 19, 2003, at the invitation of The Parliamentary Caucus for Family Values and Human Dignity. through: http://www.profam.org/pub/fia/fia_1704.htm (3 of 7) 30/03/2011 10:57:55.
- 3 - Cano, Cynthia Rodriguez and Khanna, Aman, "Family Structure Choice: Taxation As An Incentive To Change", Proceedings of ASBBS, Vol. 16, no. 1, ASBBS Annual Conference: Las Vegas, February 2009.
- 4 - James Alm, Mikhail I. Melnik and Andrew Young, **Taxing The "Family" In The Individual Income Tax**, Atlanta: Andrew Young School of Policy Studies, July 2004.
- 5 - Joseph J. Cordes, "Horizontal equity", **NTA Encyclopedia of Taxation and Tax Policy**, Second Edition, edited by Joseph J. Cordes, Robert D. Ebel, and Jane G. Gravelle, p(196), through website: -<http://www.taxpolicycenter.org/taxtopics/encyclopedia/Horizontal-Equity.cfm>

C - Official publications

- 1 - Institute On Taxation & Economic Policy, "Chapter Five :- Personal Income Taxes", **Guide To Fair State And Local Tax**

- Policy**, USA, February 2005 Through Website : www.itepnet.org/guide5.pdf.
- 2 - Irish Taxation Institute, Main Personal Tax Credits, Dublin, Ireland :Irish Taxation Institute, 2010, through the website -http://www.taxireland.ie/taxadvice/IncomeTaxPRSI.aspx#-Main_Personal_Tax_Credits
 - 3 - U.S Congressional Research Service, **CRS Issue Statement on Individual and Family Tax Policy**, CRS Report for Congress Prepared for Members and Committees of Congress, January 6, 2010, through website: www.crs.gov.
 - 4 - **United Kingdom Income Tax Act 2007**, Chapter(3), Part 3- Personal Reliefs: Chapter 2 (Personal Allowance And Blind Person's Allowance), Chapter 3 (Tax Reductions For Married Couples And Civil Partners), Part 8-Other Reliefs: Chapter 5 (Qualifying Maintenance Payments), through the website:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/3/section/35>