

النظام القانوني للملك العام في إطار حق المؤلف

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

ملخص:

يسقط المصنف في الملك العام عندما لا تتوافر فيه شروط الحماية بداية أو عندما يفقدها بسبب انتهاء مدتها، غير أن مفهوم الملك العام ما يزال غير منضبط، فلا يوجد له تعريف متكامل، ونطاقه غير محدد بشكل دقيق، ولا يوجد تنظيم تشريعي يحيط بكل تفصيلاته، حيث اكتفت النصوص القانونية بالإشارة إلى حالات سقوط المصنف في الملك العام من دون تعريف أو تحديد للنطاق أو بيان لنظامه وأحكامه. وفي ضوء ما تقدم، يأتي هذا البحث بهدف تناول هذا الموضوع من كافة جوانبه.

المقدمة:

تذهب تشريعات الملكية الفكرية إلى توفير الحماية القانونية لتمكين صاحب الفكر أو الابتكار من الحصول على العائد المادي الناتج عنه، وفي أن ينسب هذا الفكر إلى شخصه. من أصحاب حقوق الملكية الفكرية، المؤلف الذي يتمتع بحماية قانونية لتمكينه من الانتفاع بمكنات حق المؤلف.

لذا نجد أن حق المؤلف يتضمن حقين منفصلين، فهو من جانب يكرس للمؤلف حقاً أدبياً، يتمثل في بعض المكنات التي تمكنه من المحافظة على ابتكاره، ونسبه إليه وحمايته ضد أي اعتداء قد يقع عليه. من جانب آخر، يتضمن حقاً مالياً، يسمح للمؤلف أن يجني الثمار المادية، من خلال استغلال فكره وإبداعه وتوفير الحماية له، ولا تقتصر غاية تشريعات حق المؤلف على تكريس المصالح الشخصية للمؤلف وحمايتها، وإنما تبرر هذه الحماية بما للملكية الفكرية من أهمية ودور كبير في تنمية المجتمع ثقافياً واقتصادياً.

وبالتوازي مع رعاية وحماية مصالح المؤلف الشخصية على أفكاره، فإن التشريعات المتعلقة بحق المؤلف لن تغفل عن حق المجتمع في المعرفة والثقافة، فسمحت تشريعات حق المؤلف بما يسمى بالاستخدام العادل أو المشروع لهذا الفكر، دون أن يكون متضمناً ما يوصف بأنه اعتداء على حقوق الملكية الفكرية. حق المجتمع في المعرفة يجب ألا يتوقف عند الاستعمال العادل ولغايات محدودة وتحت قيود

محددة سلفاً، إنما لا بد أن يتسع نطاق حق المجتمع بالمعرفة بما لا يمس حقوق المؤلف ولا يمثل اعتداء عليها. لذا تذهب تشريعات حق المؤلف إلى تأقيت حق المؤلف لفترة معينة، سواء أكان بأكمله، أم بجانبه المادي فقط، ومن بعد هذه الفترة، يتحرر المجتمع من أية قيود بالانتفاع الحر بالإنتاج الفكري، وتبرر تحديد مدة الحماية لحق المؤلف على اعتبار أن الانتاج الفكري موجه للناس جميعاً، ومن ثم تقتضي المصلحة العامة تيسير الإفادة منه وتحريره من أية قيود، وجعل الانتفاع به من حق المجتمع، كما أن للمجتمع فضلاً على المبدعين من خلال توفير المناخ الإبداعي لهم، بحيث يمكنهم من الاستفادة من الظواهر المختلفة في المجتمع.

للتوازن بين المصالح الشخصية وبين المصلحة العامة للمجتمع من خلال حقه بالمعرفة وتحريره من القيود، لجأت تشريعات حق المؤلف إلى تحديد مدة الحماية لحق المؤلف وبانقضاء هذه المدة يسقط المصنف بالملك العام، ويصبح الإنتاج الفكري متاحاً للمجتمع للانتفاع الحر وعنصرراً من تراثها على مر القرون.

سقوط المصنف بعد انقضاء مدة الحماية في الملك العام أصبح واقعاً ملحوظاً في كل تشريعات حق المؤلف، نتيجة لانقضاء الحماية القانونية على الإنتاج الفكري. لكن بالمقابل تبقى فكرة الملك العام فكرة هلامية غامضة غير دقيقة، على اعتبار أنه من النادر أن نجد تشريعاً ينظم الجوانب القانونية في الملك العام، أو يحدد مصير الناتج الفكري بعد سقوطه في الملك العام، لذلك يبدو من الأهمية أن نبادر بدراسة الملك العام، لنرى ما هو مصير المصنف الذي كان ملكاً فكرياً للمؤلف، ثم سقط بعد انقضاء مدة الحماية في الملك العام، فمن يقوم بإدارة الملك العام؟ وما هي الطبيعة القانونية للملك العام؟ ومن يمتلك الملك العام؟ وما هو مضمون أو نطاق الملك العام؟ كلها مسائل تستحق الوقوف أمامها والبحث عن إجاباتها.

في معرض دراستنا، سنقوم بتحليل موقف المشرع الكويتي والتشريعات المقارنة من الملك العام، لاستنباط الأحكام الخاصة بالنظام القانوني للملك العام.

لذلك سوف نستعرض بحثنا بقسمين، في المبحث الأول سوف نتبين النظام القانوني للملك العام من خلال تحديد مفهومه وطبيعته القانونية ونطاقه القانوني، وفي المبحث الثاني سوف نعالج أثر سقوط المصنف في الملك العام على حقوق المؤلف من خلال تحديد أثر سقوط المصنف في الملك العام على الحقوق الأدبية وأثره على الحقوق المالية.

وبناء على ما سبق سوف تكون الدراسة على النحو التالي:

– المبحث الأول: المفهوم القانوني للملك العام ونطاقه

- المطلب الأول: المفهوم القانوني للملك العام
- المطلب الثاني: نطاق الملك العام
- المبحث الثاني: أثر سقوط المصنف في الملك العام
- المطلب الأول: أثر الملك العام على الحقوق الأدبية للمؤلف
- المطلب الثاني: أثر الملك العام على الحقوق المالية للمؤلف

المبحث الأول

المفهوم القانوني للملك العام ونطاقه

استقرت أغلب تشريعات حق المؤلف المعاصرة، على أن المصير النهائي للمصنفات الفكرية هو سقوطها في الملك العام بعد انقضاء مدة حمايتها، وبالمقابل تجدها تغفل عن تحديد النظام القانوني للملك العام، مما يجعل هذا النظام محل نقاش ودراسة فقهية، فمثلاً في الكويت، نجد القانون رقم (٦٤) لسنة ١٩٩٩ في شأن حقوق الملكية الفكرية الكويتي يخلو تماماً من أي تنظيم قانوني للملك العام، بل أنه لم يرد مصطلح (الملك العام) أبداً في هذا القانون، وفي المقابل إذا ذهبنا إلى التشريع المصري باعتباره يمثل المصدر التاريخي للنظام القانوني في الكويت، نجده بوضع أفضل إلى حد ما، فقد قام المشرع المصري في قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢، بتعريف الملك العام في المادة (٨/١٣٨)، كما نص في المادة (١٤٢) منه على أن "يعتبر الفلكلور الوطني ملكاً عاماً للشعب، وتباشر الوزارة المختصة عليه حقوق المؤلف الأدبية والمالية وتعمل على حمايته ودعمه"^(١).

ولم يذهب المشرع المصري إلى أبعد من ذلك في تنظيمه للملك العام. وبما أن مجال نظام الملك العام هو نقيض نطاق حماية حق المؤلف فإن من النادر أن يظهر تعبير الملك العام في أحكام قانون حق المؤلف، والأكثر ندرة أيضاً أن يتضمن قانون حق المؤلف قواعد محددة بالملك العام أو بعناصره^(٢).

لذا نجد أن نظام الملك العام كنظام قانوني غير واضح المعالم وغير محدد النطاق والطبيعة.

لذلك تبدو الأهمية لاستعراض النظام القانوني للملك العام، من خلال تحديد المفهوم القانوني للملك العام وتحديد طبيعته القانونية.

(١) كما تضمن قانون حماية حق المؤلف رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ الأردني تنظيماً للملك العام في المادة السابعة، فقرة (ج) حيث نصت على أن "لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التالية إلا إذا تميزت مجموعات هذه المصنفات بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب: ج- المصنفات التي آلت إلى الملكية العامة، ويعتبر الفولكلور الوطني ملكاً عاماً لغايات هذه المادة، على أن يمارس الوزير حقوق المؤلف بالنسبة لهذه المصنفات في مواجهة التشويه أو التحوير أو الإضرار بالمصالح الثقافية".

(٢) Séverine Dusollier, ?tude exploratoire sur le droit dauteur et les droits connexes et le domaine public. p. 7.

Rapport présenté à la Comité du développement et de la propriété intellectuelle (7 éme session) au (WIPO), Genève 2 mai 2011.

المطلب الأول المفهوم القانوني للملك العام

نظراً لخلو أغلب التشريعات المعاصرة من تحديد مفهوم الملك العام، ولقلة الدراسات الفقهية حوله^(١)، يبقى مفهوم الملك العام غير واضح المعالم مما قد يجعله يتداخل مع غيره من الأنظمة التي قد تتشابه معه، لذلك من المهم الوقوف على المفهوم القانوني للملك العام من أجل تمييزه عن الأنظمة الأخرى وتحديد طبيعته القانونية.

الفرع الأول مفهوم الملك العام

يشير تعبير "الملك العام" في مجال حقوق المؤلف إلى تعريفات عديدة، وترتبط هذه التعريفات - اتساعاً أو ضيقاً - في مجملها في النطاق المرسوم للملك العام، هناك من حدد مفهوم الملك العام بالمصنفات التي فقدت حمايتها بسبب انقضاء مدة الحماية^(٢)، أو بالمصنفات الفكرية التي لا تخضع إلى قواعد الحماية الواردة في حق المؤلف بسبب انقضاء مدة الحماية^(٣). وهناك من ذهب إلى تحديد الملك العام بأنه يتضمن "مجموع المصنفات الأدبية والعلمية" التي يكون الانتفاع فيها غير خاضع

(١) يؤكد على قلة الدراسات الفقهية على الرغم من أهمية موضوع الملك العام أن الدليل الصادر عن منظمة اليونسكو بخصوص حقوق المؤلف قد اختاره من بين الموضوعات المقترحة لإعداد رسائل أو أطروحات دكتوراه، مجلة مصر واليونيسكو، يوليو، ديسمبر ١٩٩٠، تحت عنوان حق المؤلف، الجزء الأول، ص ٥٤. مشار إليه لدى محمد سامي عبد الصادق، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، المكتب المصري الحديث، ٢٠٠٢، ص ٢٩٠.

(٢) دليا لبيزك، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ترجمة: محمد حسام لطفي، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، ط ٢٠٠٤، ص ٢٧٧.

- يعرف الملك العام في القاموس القانوني على أنه "النظام الذي وفقاً له تتوقف المصنفات الأدبية والفنية - بسبب انقضاء فترة الحماية - عن منح الحقوق المالية للمؤلف، وتصبح محلاً للاستغلال الحر والمجاني من قبل المجتمع".

"régime selon lequel les œuvres littéraires et artistiques ont cessé, à l'expiration d'un certain délai, de donner prise à un droit patrimonial et sont désormais d'exploitation libre et gratuite". Vocabulaire juridique, G. Cornu - Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd., 2000, v° "Domaine public".

Domaine Public (propriété intellectuelle), Wikipédia, l'encyclopédie libre. (٣)
[http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Domaine_public_\(propriété_intellectuelle\)&oldid=111971276](http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Domaine_public_(propriété_intellectuelle)&oldid=111971276).

لأية قيود قانونية. وفقاً لهذا التعريف، فإن الملك العام يشمل المصنفات غير المحمية بسبب انقضاء مدة حمايتها، والمصنفات المحمية والتي يسمح فيها قانون حق المؤلف بالاستعمال العادل نتيجة لإعمال استثناء أو ترخيص^(١).

وهناك من توسع في مفهوم الملك العام حيث جعله يتضمن كل العناصر الفكرية غير المحمية بحق المؤلف، أو التي انتهت حمايتها بسبب انقضاء مدة الحماية والتي يكون الانتفاع فيها حراً^(٢). وهذا هو اتجاه المشرع المصري عند تعريفه للملك العام في المادة (٨/١٣٨) من قانون حماية الملكية الفكرية حيث نصت على أنه يقصد بالملك العام "الملك الذي تؤول إليه جميع المصنفات المستبعدة من الحماية بداية أو التي تنقضي مدة حماية الحقوق المالية عليها طبقاً لأحكام هذا الكتاب".

يلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن هناك من يضيق من نطاق الملك العام ليحصره بالمصنفات التي تنقضي عنها مدة الحماية، وهناك من يوسع في نطاقه ليشمل كل الأحوال التي يمكن فيها الانتفاع الحر بالمصنف دون أية قيود حتى لو كان المصنف مازال يتمتع بالحماية القانونية. ومن ذهب لتوسعة نطاق الملك العام أراد من ذلك صون الملك العام وتوسيع نطاقه وإعطائه أولوية على حق المؤلف، ليفسح المجال أكثر للانتفاع الحر.

من جهتنا لا يمكننا قبول اتساع نطاق الملك العام ليشمل بعض مجال حق المؤلف من خلال إدخال الاستثناءات أو بما يسمى الاستعمال العادل من ضمن مفهوم الملك العام، لأن لكل منها طبيعة مختلفة، لذلك نذهب إلى تبني تعريف الملك العام الذي يتضمن المصنفات الفكرية غير المحمية بحق المؤلف أو التي انتهت حمايتها بسبب انقضاء مدة الحماية؛ وذلك على اعتبار أن الملك العام لا يتدخل إلا حين يتوقف حق المؤلف، فمتى انقضى الحق الاستثنائي للمؤلف على المصنف، انتقل المصنف إلى الملك العام ليسمح بذلك الانتفاع الحر من كافة الجمهور. بالتالي فإن الملك العام سيكون مجاله على النقيض من نطاق حماية حق المؤلف. هذا ما تنتهجه أغلب التشريعات المعاصرة، من حيث عدم تنظيمها للملك العام وعدم إخضاعه لقواعد معينة، والاعتماد على وضعها كمجال لاحتواء ما يخرج عن نطاق حق المؤلف، وهذا مما يساهم في تعزيز الملك العام.

S. Dusollier, op. cit., p. 8.

(١)

Questions fréquentes Droit d'auteur - Domaine public.

(٢)

<https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/questions-frequentes/domaine-public.html> .

هذا التحديد السلبي للملك العام من خلال شموله لكل العناصر غير الداخلة في نطاق حق المؤلف، قد يؤدي أحياناً إلى خلق بعض الصعوبات في تحليل الملك العام، لعدم وجود عناصر ذاتية له، بسبب الاعتماد في تحديده على الجانب السلبي من تحديد نطاق حق المؤلف^(١)، بحيث يشمل الملك العام كل ما هو غير محمي أو لم يعد محمياً^(٢) أو غير داخل ضمن نطاق حق المؤلف، لذا يفضل أن نحدد معالم الملك العام بشكل إيجابي، بالانتفاع الحر بالعناصر التي يتضمنها، نظراً لعدم وجود أية صفة استثنائية في هذه العناصر تتحكم فيها.

على ذلك يسقط المصنف في الملك العام عندما يفقد حماية حق المؤلف، ويفقد صاحبه ما كان له من حق استثنائي عليه، ويكون للجميع - بحسب الأصل - الحرية بالانتفاع بهذا المصنف دون الحاجة لإذن من صاحبه أو دفع مقابل للانتفاع به، فلا يستطيع صاحب المصنف أو أي شخص آخر التحكم في الانتفاع بالمصنف أو أن يمنع الغير من نسخه أو نقله إلى الجمهور أو الانتفاع به بأي شكل من أشكال الانتفاع. إلا أن الانتفاع بالمصنف الذي يقع ضمن نطاق الملك العام يبقى خاضعاً لضوابط معينة، فهو ليس حراً طليقاً من كل قيد، بل يخضع لضوابط معينة تسهر عليها الوزارة المختصة.

أولاً - دواعي الحاجة إلى إقرار نظام الملك العام:

لا يجب أن ينظر إلى الملك العام باعتباره مستودعاً أو مدفناً للمصنفات المحمية بحق المؤلف^(٣)، وإنما يجب النظر إليه لذاته باعتباره مادة خام لأعمال الإبداع والابتكار وذا قيمة علمية وأدبية، لذا تظهر أهميته في مجال حق المؤلف، الذي هو - حسب المبدأ - محدود النطاق والموضوع والمدة، مما يسمح بخروج الكثير من الموارد الفكرية منه ودخولها في مجال الملك العام، فيتلقاها الجمهور وينتفع بها بكل حرية دون أية قيود ودون أخذ الأذن من أصحابها، فالأفكار أو المصنفات غير المحمية بسبب انتهاء مدة حمايتها، تتيح للجمهور عامة وللمبدعين خاصة الاعتماد عليها عند

S. Dusollier op. cit., p.6.

(١)

Quest-ce que le domaine public? Journée du domaine public. <http://journeedu-domainepublic.fr/le-domaine-public/>

(٢)

يذكر بيرنهك بأن "الملك العام ليس-أو ينبغي بالأحرى ألا يكون- مجرد منتج ثانوي غير مقصود، أو "مدفن" للمصنفات المحمية بحق المؤلف، ولكنه هدف النظام ذاته".

(٣)

M. Birnhack, More or Better? Sharing the public domain. cité par S. Dusollier, p.5.

استخراج إبداعات جديدة، فهي تعتبر مادة خام ومصدراً ثقافياً، علمياً، وأدبياً يستسقي منه كل من أراد الإبداع والابتكار، كما أنه عندما يسمح الملك العام للجمهور بالانتفاع الحر به فإنه يساهم في نشر الثقافة والعلم في المجتمع دون تكلفة، ويجعلها في متناول الجميع وبغض النظر عن قدراتهم المادية، فالكثير من دور النشر، وفي سبيل دعم منتجاتها، تقوم بإعادة نشر المصنفات الواقعة في الملك العام وتوزيعها بالمجان أو بأقل تكلفة مع نشراتهم، مما يساهم في توفير المعرفة والثقافة للمجتمع، ونفاذ المعرفة بكل يسر، وتكون الثقافة والمعرفة متاحة لكل شخص في المجتمع دون أية تكلفة. ووجود المصنفات في الملك العام قد يساعد على زيادة انتشارها وذبوعها بين أفراد المجتمع، أكثر من الوقت الذي كانت فيه تحت مباشرة وإشراف الورثة، لأنه أحياناً قد يتعسف الورثة في المطالب المالية لممارسة الحق في الاستغلال على مصنف مورثهم، أو يتشددون في شروط النشر، مما يجعل الكثير من المهتمين ينفرون من التعامل معهم، فيتعرقل استغلال المصنف ويتوقف عن الانتشار والذيع، أما إذا سقط في الملك العام فإنه يكون للكل أن ينتفع به انتفاعاً حراً دون قيود أو شروط، مما يساهم في انتشار الكثير من المصنفات وجعلها في متناول الجمهور بعد تحررها من تعسف الورثة وسقوطها في الملك العام.

كما أن سهولة النفاذ إلى عناصر الملك العام والاستفادة منها في الإبداع والابتكار، يعتبر عاملاً رئيسياً في التنمية الثقافية والعلمية لأي بلد، لما تحتويه من مواد خام يحتاجه المبدعون في إبداعاتهم. بل أن الملك العام قد تتعدى أهميته من النطاق الوطني إلى النطاق العالمي، مما يوفر مادة خام تستطيع البشرية الانتفاع بها دون قيود.

لكن هذه الأهمية للملك العام تصبح نظرية فقط، إذا لم تسع الدول إلى تعزيز وصون الملك العام، حتى يصبح ملكاً عاماً غزيراً وغنياً بالمواد الخام، لكن الواقع الحالي يشهد تقهقراً للملك العام، بسبب اهتمام الدول بحق المؤلف على حساب الملك العام^(١).

(١) مقارنة زمنية لطيفة لبيان تقهقر نظام الملك العام، "إذا كان في حقبة زمنية بعيدة ٥٠٪ من المصنفات خاضعة لنظام الملك العام، وكان بالإمكان الانتفاع الحر بها وبالمجان، فاليوم ٩٩٪ من المصنفات محمية بحق المؤلف، والبعض يتمنى وصول النسبة إلى ١٠٠٪".

Si, à une époque lointaine, 50% des œuvres appartenaient au domaine public, et pouvaient donc être librement utilisées par tous, aujourd'hui, 99% des œuvres sont régies par le droit dauteur, et certains aimeraient que ce pourcentage soit de 100%. Accrochez-vous, parce que nous allons tenter dy comprendre quelque chose.. Marie Lebert, Domaine public et droit d'auteur, un vaste sujet...".

<http://www.etudes-francaises.net/entretiens/article32.htm>

قامت معظم الدول بزيادة مدة الحماية أو تمديدتها لأسباب مختلفة^(١)، أو وضع إجراءات وشروط أو رسوم للنفاذ إلى الملك العام؛ مما عرقل الاستفادة منه وتقليص أهميته. لذا نجد بأن على الدول أن تسعى إلى بذل الجهد إلى تعزيز الملك العام وصونه حتى يكون منبعاً علمياً أدبياً ثقافياً للمجتمع، وحتى يستطيع الملك العام أن يقوم بدوره في التنمية العلمية والثقافية^(٢).

ثانياً - وظيفة الملك العام في مجال حق المؤلف:

يتم النظر إلى الملك العام على اعتبار أنه نقيض حق المؤلف، وتبدأ أهميته منذ انقضاء الحماية التي يوفرها حق المؤلف على العمل الفكري، من هذا المنطلق يأتي المبرر لوجود الملك العام.

حق المؤلف لا يسهم في نشر وضمان نفاذ المصنف إلى الجمهور بقدر ما يهتم بتعزيز مصالح المؤلف والدفاع عنها وزيادة تحكمه في ذبوع وانتشار المصنف بين الجمهور، وكأن محور اهتمام المؤلف هو استغلال المصنف وليس نشر الإبداع والثقافة العامة.

يقوم حق المؤلف في فلسفته - بالدرجة الأولى - على حماية مصالحه، فيكون للمؤلف الحق في التصرف في فكره وإبداعه بنشره إلى العامة أو بالاحتفاظ به أو بسحبه أو بتعديله أو بتدميره، وله الحق أيضاً باستغلال هذه الأفكار والإبداعات وجني ثمارها مادياً، فيكون للمؤلف الحق الاستثنائي على مصنفه، ويعطيه الحق في التحكم في تعميم مصنفه بين الجمهور من عدمه، وله وحده القرار في نشر مصنفه، وكيفية نشره، وسحبه وتعديله متى أراد، هذه المكنة التي يمنحها له حق المؤلف قد تعيق

(١) من الدول التي قامت بتمديد مدة حماية حق الاستغلال فرنسا، حيث كانت مدة الحماية بمضي خمس سنوات على وفاة المؤلف في قانون ١٧٩٠، ثم أصبحت في عام ١٧٩٣ عشر سنوات، ثم خمسين سنة بمقتضى قانون ١٨٦٦، واستمرت المدة نفسها في قانون ١٩٥٧ وأضيف عليها إمكانية تمديد المدة بسبب الحرب أو الموت من أجل فرنسا، حتى أصبحت في القانون الحالي سبعين سنة بعد وفاة المؤلف. نواف كنعان، حق المؤلف، دار الثقافة، ٢٠٠٤، ص ٣٦٧. محمد السيد فارس، الوسيط في الملكية الأدبية والفنية، مفهوم الحقوق المالية، (دون دار نشر وسنة النشر) ص ١٩٣.

(٢) هذا فيكتور هوجو ينادي منذ أكثر من قرن بضرورة الاهتمام بالملكية الفكرية، ولكن في الوقت نفسه علينا خلق نظام الملك العام بل الذهاب بعيداً في تعزيزه وتوسيع نطاقه".
Constatons la propriété littéraire, mais, en même temps, fondons le domaine public. Allons plus loin. Agrandissons-le". V. Hugo, Discours d'ouverture du Congrès littéraire international, Séance du 17 juin 1878. cité par S. Dusollier, p. 4.

نشر المصنفات الهامة للمجتمع، لأسباب عديدة، مما يحرم المجتمع من هذه الإبداعات، في حين أن مصلحة الثقافة العامة تحتم أن يتم تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة المؤلف، وأن تخضع ممارسته للحقوق الأدبية والمالية إلى سلطة القضاء لمنع التعسف فيها وإضرار الآخرين والمجتمع، لذلك نرى أن المشرع يتدخل أحياناً لتخفيف هذا التحكم ويضع بعض الاستثناءات للاستعمال الحر من قبل المجتمع وفقاً لشروط معينة، ولكن ذلك لم يعد كافياً لضمان ذيوع وانتشار المصنفات.

لذلك يأتي الملك العام بفلسفة نقيضة لحق المؤلف ويسعى جاهداً لتحقيق غايات نقيضة لغايات حق المؤلف، فبعد انتهاء حماية حق المؤلف على المصنفات - لأي سبب كان - يسقط المصنف في الملك العام ويصبح مادة خام للانتفاع الحر من قبل الجمهور، دون تحكم من المؤلف أو أي شخص آخر. وجود الملك العام لخلق توازن بين حماية حق المؤلف ونفاذ المصنف إلى الجمهور، بحيث يُمكن المؤلف في حياته والورثة بعد وفاته من التمتع بجميع السلطات التي يقرها حق المؤلف والاستفادة مادياً منها لفترة محددة بعد وفاته، ومن ثم يتحتم أن يأخذ المجتمع حقه في المعرفة من هذا المصنف من خلال سقوطه بالملك العام والانتفاع الحر به. وهذا الأمر يجد تبريره من خلال أن مصلحة الجماعة المتمثلة في الملك العام هي المبدأ وحق المؤلف هو الاستثناء، وكما يقول اللورد ماكولاي: "من العدل أن يكافأ المؤلفون، والطريقة الأكثر تقليدية لفعل ذلك هي بالرجوع إلى الاحتكار، على أن الاحتكار يمثل الشر. ولفعل الخير يجب علينا الخضوع للشر، ولكن هذا يجب أن لا يبقى يوماً واحداً أكثر من الوقت الضروري للدفاع عن الخير"^(١). فيجب أن يكافأ المؤلف بمنحه حقاً استثنائياً لفترة محددة يستفيد منها أدبياً ومادياً، وبعدها يعود المصنف إلى الملك العام لينتفع به المجتمع، ويحقق المصنف غاية عامة بجعل الابتكار والإبداع في متناول الجميع، والمساهمة بنشر العلم والأدب والثقافة بين أفراد المجتمع.

T.B. Macaulay, Macaulay Speeches and Poem. 1874, p.2.

(١)

- Il est juste que les auteurs soient rémunérés et la manière la plus classique de procéder est d'avoir recours au monopole. Or le monopole représente le mal. Pour faire le bien, nous devons nous incliner devant le mal mais cela ne doit pas durer un jour de plus que le temps nécessaire pour défendre le bien". cité par S. Dusollier, p. 27.

الفرع الثاني الطبيعة القانونية للملك العام

الانتفاع الحر المباشر للجمهور بعناصر الملك العام من مصنفات وغيرها، يجعل الكثير من الأسئلة تثار حول الطبيعة القانونية للملك العام، فهل تخرج عناصر الملك العام من ملكية المؤلف لتدخل ملكية الدولة أو أي من أجهزتها؟ وهل كل ما يسمح به من استعمال عادل وحر يمكن أن يدخل ضمن الملك العام؟ لذلك نجد أننا بحاجة في البداية لتمييز الملك العام عن بعض الأنظمة التي قد تتشابه معه، ومن ثم لتحديد طبيعته القانونية.

أولاً - تمييز الملك العام عما قد يشتبه به:

في مجال حق المؤلف، يسمح المشرع في بعض الظروف وكاستثناء من الحق الاستثنائي للمؤلف، أن يقوم الأفراد بالاستعمال الحر للمصنف دون أن يمثل ذلك اعتداء على حق المؤلف، كما أن مصطلح الملك العام يتداول بكثرة في مجال القانون الإداري، والذي يعبر عن ملكية الدولة للأموال، فهل نقصد بالملك العام ما قد يرد في حق المؤلف من استثناءات وقيود أو ما يسمى بالاستعمال الحر أو نقصد به الملك العام الوارد في القانون الإداري.

١ - الملك العام في القانون الإداري:

يذهب مفهوم الملك العام في القانون الإداري إلى الأموال العامة، وهذه الأموال مخصصة للمنفعة العامة أو لتوظيفها بمعرفة الدولة، وهذا ما ينطبق على المرافق العامة، كالطرق والميادين وغيرها من المرافق التي تقيمها الدولة ولا تترتب عليها حقوق للأفراد^(١). المادة (٢٣) من القانون المدني الكويتي تنص على أن "كل شيء تملكه الدولة أو أي شخص اعتباري عام، ويكون مخصصاً للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون، لا يجوز التعامل فيه بما يتعارض مع هذا التخصيص...". هذه الأموال مخصصة للمنفعة العامة ويستطيع جميع الأفراد الانتفاع بها دون الاستثناء بها، إلا أنه يجب عدم الخلط فيها مع الملك العام الوارد في مجال حق المؤلف، وذلك لعدة اعتبارات، فالأموال العامة تتخذ هذه الطبيعة، إما بالفعل أو بقرار من السلطة العامة بتخصيصها للمنفعة العامة، كما أن الأموال العامة هي أشياء مادية تتغير

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٦، ص ٣٧٣. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٧٠٥.

طبيعتها إلى أموال خاصة بمجرد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة^(١). في حين أن الملك العام في مجال الملكية الفكرية له دلالات مختلفة، بانقضاء حماية الحق المالي، ودخول المصنفات إلى الملك العام، هي لا تدخل ضمن ملكية الدولة ولا تصبح مالا عاماً^(٢) أو حتى مالا خاصاً للدولة^(٣)، ولا يسري عليها التخصيص للمنفعة والخدمة العامة كالأموال العامة، فيكون لأفراد المجتمع التمتع واستغلال عناصر الملك العام بكل سهولة، ولا يكون دور الدولة ممثلة بوزير الإعلام إلا الإشراف وإدارة الملك العام، كما أنه بمجرد سقوط المصنفات في الملك العام، يسقط معها الحق المالي الاستثنائي بالاستغلال، وتصبح ملكاً للجميع، ولا يمكن لأي شخص أن يمارس عليها الحق الاستثنائي أو يتحكم في استغلالها، فلا تتغير طبيعتها أبداً بعد سقوطها بالملك العام، ولا تسترجع حماية حق المؤلف عليها مهما طال الزمن، إلا إذا قام أحد الأشخاص بإضفاء بصمته وقدمه بصورة مبتكرة، كأن يشتق منه عملاً إبداعياً، فإنه يتمتع بهذا المصنف المشتق بحماية ومزايا حقوق المؤلف، وليس المصنف الأصلي، كما يجب ألا ننسى بأن الملكية الفكرية ترد على أشياء غير معنوية، والملك العام يتضمن هذه العناصر غير المعنوية، فلا يمكن إدخالها ضمن منظومة الأموال العامة.

٢ - الاستعمال العادل أو المشروع:

تذهب الكثير من التشريعات على تقرير الاستعمال العادل للمصنفات، كاستثناء على قواعد الحماية، ومضمون الاستعمال العادل، أن يكون من شأن الأفراد وفق شروط معينة وبظروف معينة استعمال المصنف المحمي مجاناً دون أي تصريح من المؤلف^(٤).

ومن أمثلة ذلك، الاستشهاد بفقرات قصيرة من مصنف سبق وضعه في متناول الجمهور بصورة مشروعة، واستخدام المصنف لغرض الإيضاح التعليمي، واستنساخ

(١) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٨٠٦.

(٢) Journée de demain, op. cit. p.1.

(٣) Nicole Lusson-Lerousseau, Domaine privé de L'état. Dalloz Répertoire de droit civil. 2éd., p.1.

(٤) نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٢٦٨. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، دار النهضة العربية، ص ٤٥٢. تركي صقر، حماية حقوق المؤلف، اتحاد كتاب العرب، دمشق ١٩٩٦، ص ١٥١. دليا ليزبيك، المرجع السابق، ص ٢٣٠. - Claude Colombet, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 6 éd, Dalloz 1992, p.155; Pierre-Yves Gautier, Propriété littéraire et artistique, PUF., p. 229 et. s.

المقالات المنشورة في الصحف أو الدوريات أو لأغراض شخصية وغيرها من الاستعمالات المشروعة. لقد تبنى المشرع الكويتي هذا الاتجاه وأورد هذه الاستثناءات في المواد من (٧ إلى ١١) من قانون الملكية الفكرية بالإضافة إلى المادة (١٤) والفقرة الثانية من المادة (٦) من ذات القانون^(١).

وتقوم التشريعات على تقرير الاستعمال الحر للأفراد احتراماً للاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق المؤلف، لا سيما اتفاقية ترينيس التي نصت في المادة (١٣) على أن "تلتزم البلدان الأعضاء بقصر القيود أو الاستثناءات من الحقوق المطلقة على حالات لا تتعارض مع الاستغلال العادي للعمل الفني ولا تلحق ضرراً غير معقول بالمصالح المشروعة لصاحب الحق فيه".

وكذلك اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية التي أجازت وضع استثناءات على الحقوق المالية للمؤلف لعمل توازن بين المصالح الخاصة لأصحاب الحقوق على المصنفات والمنتفعين بتلك المصنفات من الجمهور، ولقد نصت الاتفاقية في الفقرة الثانية من المادة التاسعة على أن: "تختص تشريعات دول الاتحاد بحق السماح بعمل نسخ من المصنفات الأدبية والفنية في بعض الحالات الخاصة بشرط ألا يتعارض عمل هذه النسخ مع الاستغلال العادي للمصنف، وألا يسبب ضرراً بغير مبرر للمصالح المشروعة للمؤلف"^(٢).

وفقاً لهذه الاستثناءات، يكون للأفراد في ظروف معينة، وتحت مراعاة شروط معينة، حق الانتفاع الحر دون الحاجة إلى تصريح من المؤلف أو مقابل لها، وهذا الأمر تقرره المصلحة العامة لإفادة الجمهور من العمل الإبداعي والثقافي دون التعدي على حقوق المؤلف.

هذه الدلالات للاستعمال الحر يجب ألا تجعلنا نمثلها في الملك العام أو أن تختلط بها، وذلك لاعتبارات كثيرة، فالمملك العام يتحدد نطاقه على انعدام الصفة

(١) خالد جاسم الهندياني و محمد سامي عبد الصادق، حق المؤلف في القانون الكويتي، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٢٤٤. جودة فرحات، الاستثناءات المرعية على حقوق الملكية الفكرية، مجلة معهد القضاء، عدد خاص للملكية الفكرية، السنة الثامنة، العدد السابع عشر، أكتوبر ٢٠٠٩، ص ١٣٤.

(٢) كما أقرت اتفاقية جنيف (الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف) في المادة الرابعة (ثانياً) هذا الاستثناء، حيث نصت على أن: "يجوز لكل دولة متعاقدة أن تقرر بتشريعها الداخلي استثناءات من الحقوق المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة، على ألا تتعارض تلك الاستثناءات مع روح هذه الاتفاقية وأحكامها".

الاستثنائية وهو يسري على المصنفات غير المحمية أو التي لم تعد محمية بحقوق المؤلف، في حين أن الاستعمال الحر يرد وعلى سبيل الاستثناء على مصنفات محمية بحق المؤلف. إن الملك العام بطابعه متاح لجميع أفراد المجتمع وفي جميع الظروف دون أية قيود أو شروط، في حين أن الاستعمال الحر لا يرد إلا في ظروف معينة، كأن يكون بقصد الاستعمال الشخصي أو لأغراض تعليمية أو إعلامية وغيرها، كما أنها تقتصر على بعض فئات المجتمع مثل المدرسين، الأفراد، والأشخاص ذوي الإعاقة... إلخ^(١). كما أن هذه الاستثناءات يجب أن تمارس بمراعاة حقوق المؤلف وعدم الإضرار بالحقوق المالية للمؤلف، بينما الملك العام لا يوجد مقابله أية حقوق نظيرة، فلكل فرد بالمجتمع الحق في أن ينتفع به دون أية قيود تقيده. كما أن الغاية من تقرير الاستثناءات هي تغليب المصلحة العامة على الحق الاستثنائي في بعض الظروف ولا اعتبارات معينة، أما الملك العام ليس فيه تعارض مصالح، فعناصره تدخل في ملك المجتمع، ولا توجد أية مصلحة أخرى تقابله. حالات الاستعمال الحر مقررّة وفقاً للقانون وقد تختلف من دولة لأخرى، في حين أن مجال الملك العام يحتوي على المصنفات الفكرية غير المحمية فهي أوسع نطاقاً.

مما سبق لا يمكن الخلط بين الملك العام والقيود أو الاستثناءات الواردة في الملكية الفكرية وذلك لاختلاف طبيعة ودلالات كل منهم.

ثانياً - التكيف القانوني للملك العام:

إذا استبعدنا أن يكون الملك العام هو ملك للدولة أو أنه يماثل الاستثناءات التي ترد على الحق المالي للمؤلف أو بما يسمى بالاستعمال الحر، فإنه من الممكن إرجاع الطبيعة القانونية للملك العام إلى اعتبارها من الأشياء المشتركة التي يمكن للجميع الاستفادة منها لكونها غير مملوكة لأحد، كالهواء وأشعة الشمس، ومياه البحار والأنهار، فهذه أشياء يشترك الجميع بالانتفاع بها دون أن يستأثر بها أحد^(٢).

الملك العام لا يكون ملكاً لأحد، لأنه غير قابل للاستئثار بمجمله من أي شخص

S. Dusollier, op. cit., p.10.

(١)

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، الكويت، ص ٣٥٥. محسن عبدالحميد البيه، الملكية، (دون دار نشر وسنة النشر) ص ٢٩٦. جابر محجوب علي وسامي الدريعي وخالد الهندياني، حق الملكية في القانون الكويتي، الطبعة الثالثة، (دون دار نشر) ٢٠١٢، ص ٢٤٥. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص ٢٤.

ولأنه مرتبط بأصحابه فيما يتعلق بالجانب الأدبي منه، فهو لا يخضع للحماية بالجانب المالي، ويجوز للجميع الانتفاع به دون أية قيود. ومن ينتفع بأي مصنف سقط بالملك العام، كأن يقوم شخص ما بإعادة نشر مصنف سقط بالملك العام، فإنه لا يملكه ولا يكون له عليه أية حقوق في نطاق حق المؤلف، وإنما من الممكن أن يملك الدعائم المادية للمصنف فقط، أي ما تم تثبيت المصنف عليه، فلا يكون لهذا الشخص أن يتحكم أو يستأثر أو يمنع الغير بالتعامل في هذا المصنف، وإنما يكون للجميع الحق في أن ينتفعوا بنفس المصنف.

إذا المسألة تخرج عن إطار الملكية لأنها تفقد صفة الاستثناء، وإنما تقتصر على أنها أشياء مشتركة يستطيع الجميع التمتع بها دون استثناءها^(١).

نعتقد أن المشرع الكويتي لم يكن موفقاً عندما قرر في الفقرة الثانية من المادة (٤١) من قانون الملكية الفكرية على أن: "يعتبر التراث الوطني لمجتمع الكويت ملكاً عاماً للدولة، وتباشر الدولة ممثلة في وزارة الإعلام حقوق المؤلف الأدبية والمالية عليه". لأن إدخال التراث الوطني ضمن ملكية الدولة قد تعيق عملية الانتفاع بها، وقد تقوم الدولة بتوجيه الانتفاع بها لأغراض أخرى غير نشر الثقافة والأدب، أو تضع من القيود ما يعرقل الانتفاع بها من قبل الجميع، لذلك كان الأحرى بالمشرع أن يجعل التراث الوطني ملكاً للشعب وتباشر الدولة عليه ممثلة بوزير الإعلام حقوق المؤلف الأدبية والمالية، وهذا ما أخذ به المشرع المصري في قانون حماية الملكية الفكرية المصري عندما قرر في المادة (١٤٢) على أن: "يعتبر الفولكلور الوطني ملكاً عاماً للشعب، وتباشر الوزارة المختصة عليه حقوق المؤلف الأدبية والمالية وتعمل على حمايته ودعمه"^(٢).

هذا ما يؤكد تحليلنا السابق من أن الملك العام بجميع عناصره يعتبر من الأشياء المشتركة، ويكون لجميع أفراد الشعب الانتفاع به دون أن يملكه أي أحد، وما دور الدولة إلا الإشراف على الانتفاع به وصونه وحمايته، حتى لا يتم الاعتداء عليه وإضعافه، ولمنع الممارسات التي تمس سمعة المؤلف الأدبية والعلمية وحقوقه الأدبية.

(١) عبدالرحمن بن عبدالله السند، أحكام الملكية الفكرية في الإسلام، مجلة معهد القضاء، السنة

الثامنة، العدد السابع عشر، أكتوبر ٢٠٠٩، عدد خاص بالملكية الفكرية، الكويت، ص ١٦.

(٢) وأخذ به المشرع الأردني في المادة السابعة فقرة (ج).

المطلب الثاني نطاق الملك العام

إذا قمنا بتحديد الملك العام على أنه المجال الذي تؤول إليه الموارد الفكرية غير المحمية بحق المؤلف سواء أكانت مستبعدة الحماية بداية أم انقضت الحماية عنها بسبب انقضاء مدتها. وإذا كان انقضاء مدة الحماية للحق المالي للمؤلف يمثل السبب الأساسي لفقدان المصنفات للحماية ولأيلولتها إلى الملك العام، إلا أنه ليس السبب الوحيد لسقوط المصنف في الملك العام. هناك أسباب أخرى، ومن بينها عدم استيفاء الإجراءات الشكلية الخاصة باكتساب حقوق المؤلف، كتسجيل المصنف، وكذلك المصنفات التي يتوفى مؤلفوها ولا ورثة لهم، فضلاً عن الحالة التي يقوم بها المؤلفون بالتنازل عن حقوقهم المالية المقررة على المصنف^(١). وأخيراً الإبداعات المستبعدة من نطاق حماية حق المؤلف. وفي هذه الأسباب تفصيل نوردته على النحو التالي:

الفرع الأول

مدة الحماية وتأثيرها على أيلولة المصنفات في الملك العام

تذهب جميع التشريعات المعاصرة تقريباً، إلى تحديد مدة حماية المصنفات الفكرية، وعلى ذلك تضمن التشريعات الحق الاستثنائي للمؤلف بجني ثمار جهوده خلال حياته ولورثته من بعد وفاته، هذا الحق الاستثنائي يمثل حافزاً له على المزيد من الإبداع والعطاء^(٢).

نظراً لأن المؤلفين ينهلون من التراث الثقافي المشترك، ويستمدون مادتهم منه لابتكار مصنفاتهم^(٣)، أصبح واجباً عليهم رد الفضل إلى المجتمع ومنحه فرصة التزود بالثقافة العامة والانتفاع بالإبداع، لذلك لزم خلق التوازن بين مصالح المؤلف وورثته المتمثلة في الاستغلال المالي للمصنف وبين مصلحة الجماعة بالانتفاع

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبد الصديق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٨١. نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٢٨٩. محمد سامي عبد الصديق، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

(٢) Roland Dumas, La propriété littéraire et artistique, PUF, p.254. P. - Yves Gautier, op. cit., p.254.

(٣) داليا ليزبيك، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

بالإبداع الفكري، ولا يكون ذلك إلا بجعل الحماية لفترة مؤقتة بحيث تضمن للمؤلف أن يستأثر في الحق المالي طوال حياته ولورثته من بعده لفترة معينة، ومن بعدها يتاح المصنف للانتفاع الحر للجمهور^(١).

والأصل أن تحديد مدة الحماية هو أمر يقتصر على الحقوق المالية، على اعتبار أن هذه الحقوق بطبيعتها حقوق مؤقتة، ولا تشمل الحقوق الأدبية التي تتصف بطبيعتها الأبدية^(٢).

عالج المشرع الكويتي مدة حماية الحقوق المالية للمؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة في المادة (١٧) والتي نصت على أن: "مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة تنتهي حماية حقوق المؤلف في الاستغلال المالي:

أولاً: بمضي خمسين سنة على وفاة المؤلف، وتحسب المدة في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من مؤلفيها، وذلك اعتباراً من نهاية السنة الميلادية للوفاة.

ثانياً: بمضي خمسين سنة اعتباراً من نهاية السنة الميلادية للنشر بالنسبة للمصنفات الآتية:

أ - المصنفات التي تنشر باسم مستعار دون ذكر اسم المؤلف ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها أو يكون اسمه الحقيقي معروفاً للكافة، فتنتهي المدة وفقاً للوارد في البند أولاً.

ب - المصنفات التي يكون صاحب الحق فيها شخصاً اعتبارياً.

ج - المصنفات السينمائية وأعمال التصوير الفوتوغرافي والفنون التطبيقية وبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات.

(١) F. Pollaud - Dulian, La durée du droit dauteur, RIDA 1998, p. 83. " La seule justification à la limitation de la protection dans le temps est l'existence d'un intérêt supérieur à celui de l'auteur: celui de la communauté à un libre accès aux œuvres au-delà d'une période assurant la juste rémunération du créateur "; P.-Yves Gautier, op. cit., p. 253; André Lucas, propriété littéraire et artistique, 3 éd., Dalloz, p. 83; Henri Debois, Le droit d'auteur en France, 3 éd. Dalloz, 1978, n. 322, p. 416.

(٢) هناك بعض التشريعات التي تجعل من الحقوق الأدبية حقوق مؤقتة، مثل التشريع الألماني (المادة ١١)، والتشريع الإنجليزي (المادة ٨٦)، والتشريع الكندي (المادة ١٤). خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

د - المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة مؤلفيها.
ثالثاً: بمضي خمسين سنة اعتباراً من نهاية السنة الميلادية التي تم فيها الأداء بالنسبة لفناني الأداء، واعتباراً من نهاية السنة الميلادية التي تم فيها التسجيل بالنسبة لمنتجي التسجيلات السينمائية أو المعدة للتلفاز أو الإذاعة.
رابعاً: بمضي عشرين سنة اعتباراً من نهاية السنة الميلادية التي تم فيها أول بث للبرامج بالنسبة لهيئات البث الإذاعي^(١).

يستخلص من هذه المادة بأن المشرع قد وضع القاعدة العامة في تحديد مدة الحماية للحقوق المالية بطوال مدة حياة المؤلف ومدة خمسين سنة تبدأ اعتباراً من نهاية السنة الميلادية لوفاة، وفي أحوال أخرى يعتد المشرع بحساب المادة اعتباراً من نهاية السنة الميلادية للنشر^(٢)، وفي ذلك تفصيل.

أولاً - حساب مدة الحماية اعتباراً من نهاية السنة الميلادية لوفاة المؤلف:
لقد واكب المشرع الكويتي أغلب تشريعات الملكية الفكرية التي اعترفت بأحقية المؤلف باستغلال حقوقه المالية على مصنفه طيلة حياته، ولورثته من بعده لمدة خمسين سنة تبدأ اعتباراً من نهاية السنة الميلادية لوفاة المؤلف^(٣). وهذا الحكم يسري كقاعدة عامة على جميع المصنفات المشمولة بالحماية سواء أكانت مصنفات فردية أم مشتركة^(٤) أم جماعية، ويكون القائم بالتوجيه فيها شخصاً طبيعياً^(٥).
توضيحاً لذلك، إذا توفى كاتب روائي للمصنفات الفردية في غرة يناير سنة

(١) المواد من (١٦٠-١٦٦) من القانون المصري الذي يقرر كقاعدة عامة مدة الحماية بخمسين سنة تحسب من تاريخ وفاة المؤلف، والمادة (L.123-1) من القانون الفرنسي والذي يقرر كقاعدة عامة مدة حماية سبعين سنة تحسب اعتباراً من نهاية السنة الميلادية لوفاة المؤلف.

(٢) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٣) المادة (١٦٠) من القانون المصري، والتي تنص على أن: "تحمى الحقوق المالية للمؤلف المنصوص عليها في هذا القانون مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف". والقانون العماني (٥٠) سنة من أول السنة الميلادية التالية لوفاة. القانون القطري (٥٠) سنة من تاريخ الوفاة (م. ٢٥). القانون المغربي (٥٠) سنة من الوفاة (م. ٢٥). في حين أن القانون الاتحادي الإماراتي يخفض مدة الحماية إلى (٢٥) سنة من تاريخ الوفاة (م. ٢٠). والقانون الفرنسي (٧٠ سنة) اعتباراً من بداية السنة الميلادية التالية لوفاة.

Isabelle Sivan, Quand une œuvre tombe-t-elle dans le domaine public? <http://www.sivan-avocats.com/Domaine-public.html>. Marie Lebert, op. cit., p.1.

(٤) يقابلها: المادة (١٦١) من القانون المصري. والمادة (L.123-2) من القانون الفرنسي.

(٥) يقابلها المادة (١٦٢) من القانون المصري.

٢٠٠٠، فإن حقوق الاستغلال المالي على مصنفه تنتقل إلى الورثة ويستفيدون منها، وتبقى محمية لمدة خمسين سنة تبدأ اعتباراً من نهاية السنة الميلادية التالية لوفاته (٢٠٠١) حتى نهاية شهر ديسمبر ٢٠٥١، وبعد هذا التاريخ يسقط المصنف في الملك العام ويستطيع أي شخص الانتفاع به دون الحصول على تصريح من الورثة أو دفع أي مقابل لذلك.

وفي المصنفات المشتركة، كأن يشترك أحد الشعراء مع ملحن ومطرب على إعداد أغنية معينة، فإذا توفي الشاعر سنة ٢٠٠٠ والملحن سنة ٢٠٠١ والمطرب سنة ٢٠١٥، فإن مدة الخمسين سنة تحسب من نهاية السنة الميلادية لوفاة الأخير (المطرب)، وبذلك يسقط المصنف الغنائي في الملك العام بنهاية ديسمبر لسنة ٢٠٦٦. وفي شأن المصنفات الجماعية، فإذا قام الأستاذ الجامعي بالإشراف والتوجيه لمجموعة من الطلاب من أجل إعداد كتاب في حقل معين تم نشره في يناير سنة ٢٠٠٠، فإن الأستاذ يعتبر مؤلفاً لهذا المصنف، وتحسب مدة الحماية اعتباراً من نهاية السنة الميلادية لوفاته، وبعدها يسقط المصنف الجماعي في الملك العام.

ثانياً - حساب مدة الحماية اعتباراً من نهاية السنة الميلادية لنشر المصنف:

بعض الأحيان لا يمكن الاعتماد على تاريخ الوفاة لاحتساب مدة حماية الحقوق المالية، لذا يلجأ المشرع إلى الاعتماد على تاريخ النشر في حالات معينة:

- المصنفات التي تنشر باسم مستعار أو دون ذكر اسم المؤلف^(١)، وهذا أمر جائز وفقاً للحق في الأبوة، فالمؤلف له الحق تماماً في نسب المصنف لنفسه باسمه الحقيقي أو اسمه المستعار أو حتى دون ذكر اسمه، وفي هذه الحالة يتعذر معرفة شخصية المؤلف الحقيقية، للتحقق من تاريخ وفاته، فلا مناص من اللجوء إلى تاريخ النشر لاحتساب مدة الحماية، فتحسب مدة الحماية بمضي خمسين سنة ميلادية اعتباراً من نهاية السنة الميلادية لتاريخ النشر.
- المصنفات التي يكون صاحب الحق فيها شخصاً اعتبارياً^(٢)، والاعتماد على تاريخ النشر في هذه الحالة مبرراً، لأن الشخص الاعتباري لا يموت حتى تحسب من تاريخ وفاته، كما أنه قد لا ينقضي ويستمر فترة طويلة، لذلك لو

(١) يقابلها المادة (١٦٣) من القانون المصري.

(٢) يقابلها المادة (١٦٢) من القانون المصري. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصديق، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

قامت شركة معينة بإعداد مصنف جماعي نسب إليها، فإن مدة الحماية تنقضي بعد انقضاء مدة الخمسين سنة من تاريخ نشر المصنف.

المصنفات السينمائية وأعمال التصوير الفوتوغرافي والفنون التطبيقية وبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات، هذه المصنفات ذات طبيعة خاصة، البعض منها قد يقوم بها أشخاص اعتباريون مثل المصنفات السينمائية، أو لأنها ذات طابع سريع التطور لا يتلاءم مع طول مدة الحماية العادية، والذي سيعيق أوجه التقدم في مجال العلوم والتكنولوجيا؛ لذا يؤخذ في الاعتبار هنا تاريخ النشر وليس تاريخ الوفاة.

المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف^(١)، ينتقل الحق في تقرير النشر إلى الورثة، وقد يتأخر الورثة في نشر المصنف أو يمتنعون عنه إذا علموا بأن مدة الحماية قد انقضت أو شارفت على الانتهاء، لو تم حساب المدة من تاريخ وفاة المؤلف، وتشجيعاً للورثة على نشر المصنف حدد المشرع بدء مدة الحماية من تاريخ نهاية السنة الميلادية لنشر المصنف وليس الوفاة^(٢)، ولا يمكن التخوف من أن الورثة قد يماطلون في نشر المصنف؛ لأنهم بهذه الحالة لن يستفيدوا من الحقوق المالية المترتبة على استغلال المصنف طالما أنه لم ينشر بعد، كما أن المشرع سمح لوزير الإعلام في المادة (١٤) بأن يطلب من المحكمة بالترخيص له بنشر المصنف أو إعادة نشره متى ما تخلف الورثة عن نشره.

وفي تحديده لحساب مدة حماية الحقوق المالية للمؤلف، يحترم المشرع الكويتي ما قرره اتفاقية تريبس والتي نصت في المادة (١٢) منه على أنه: "عند حساب مدة حماية عمل من الأعمال خلاف الأعمال الفوتوغرافية أو الأعمال الفنية التطبيقية، على أساس آخر غير مدة حياة الشخص الطبيعي، لا تقل هذه المدة عن ٥٠ سنة اعتباراً من نهاية السنة الميلادية التي أجز فيها نشر تلك الأعمال، وفي حالة عدم وجود ترخيص بالنشر في غضون ٥٠ سنة اعتباراً من تاريخ إنتاج العمل الفني، أو ٥٠ سنة اعتباراً من نهاية السنة الميلادية التي فيها إنتاجه"^(٣).

(١) يقابلها الفقرة الثانية من المادة (١٦٢) من القانون المصري. محمد السيد فارس، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٢) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٤٧٩. محمد السيد فارس، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٣) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

بعد الانتهاء من هذه المدد، يسقط المصنف بالملك العام ويصبح متاحاً للانتفاع به دون الحصول على ترخيص من الورثة ودون دفع أي عوض أو مقابل ذلك، ولم يقرر المشرع الكويتي أية فرضية لتمديد مدة الحماية للحق المالي كما فعلت تشريعات الملكية الفكرية الأخرى^(١).

الفرع الثاني

أيلولة المصنفات إلى الملك العام بسبب عدم استيفاء شروط الحماية

قد تدخل بعض الموارد الفكرية ضمن نطاق الملك العام بسبب عدم استيفائها شروط توافر الحماية لها، وقد تكون هذه الشروط شكلية أو موضوعية.

أولاً - عدم استيفاء الشروط الشكلية:

تتشرط بعض تشريعات الملكية الفكرية لحماية المصنف اتباع إجراءات شكلية معينة، كالقيام بتسجيل المصنف في سجل خاص في دائرة مختصة بتسجيل المصنفات، ويعتبر هذا الإجراء شرطاً أساسياً للحماية، فلا يتمتع المصنف بالحماية بموجب قواعد حماية حقوق الملكية الفكرية ما لم يكن المصنف مسجلاً. من الدول التي كانت تأخذ بهذا الإجراء الولايات المتحدة الأمريكية حتى انضمامها إلى اتفاقية برن ١٩٨٩، حيث كانت تشترط تسجيل المصنف بمكتب حق المؤلف (copyright) والحصول على علامة حق المؤلف التي تحمل الحرف (C) وهو اختصار لكلمة (copyright) مصحوباً باسم صاحب حق المؤلف مع تحديد سنة النشر، فضلاً عن طبع عدة نسخ من هذه المصنفات داخل الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنه اعتباراً من تاريخ انضمام الولايات المتحدة الأمريكية إلى اتفاقية برن أصبح هذا الإجراء الشكلي اختيارياً لا يرتبط بتوفير الحماية^(٢).

(١) لقد أقر المشرع الفرنسي تمديد مدة الحماية للحق المالي بسبب الحروب، وطبقها في الحرب العالمية الأولى والثانية، كما أقر تحديد المدة بسبب الموت من أجل فرنسا. محمد السيد الفارس، مرجع سابق، ص ١٨٨.

Roland Dumas, op. cit., p. 257. Le casse-tête du calcul de la durée du droit d'auteur.

<http://www.les-infostrategies.com/article/1201392/le-casse-tete-du-calcul-de-la-duree-du-droit-d-auteur>

(٢) نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٢٠٧. محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٨٧. عبدالله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ، ص ١٤٩.

هناك من تشريعات الملكية الفكرية ما تتطلب توافر شرط شكلي آخر، وهو أن يكون المصنف مثبتاً في تجسيد ملموس، بمعنى أن يثبت المصنف على دعامة مادية قابلة للاستنساخ، أو الأداء، أو العرض أو الإذاعة أو غير ذلك حسب الفئة التي تنتمي إليها تنظيم استخدامها. فالحماية لا تمنح إلا للشكل الملموس الذي تتجلى فيه الفكرة، وليس للفكرة ذاتها^(١). فلا بد من خروج المصنف إلى حيز الوجود في شكل ملموس يدركه الأشخاص حسياً أو عقلياً بأي طريقة من طرق الإدراك، فالقانون لا يحمي الفكرة في حد ذاتها ولكن يحمي التعبير عنها^(٢).

إفراغ المصنف في قالب مادي، وإن لم ينص المشرع الكويتي صراحة عليه، إلا أنه شرط ضروري لا غنى عنه، وقد أكد القضاء وجوب توافر الدعامة المادية التي يثبت فيها المصنف، بحيث لا يكون مجرد فكرة حبيسة وجدان صاحبها ولا تزال قيد النظر والتنقيح والتغيير^(٣).

ثانياً - عدم استيفاء الشروط الموضوعية:

تنص غالبية تشريعات الملكية الفكرية على اعتبار الابتكار الشرط الأساسي لحماية المصنفات^(٤). وفي حالة عدم توافره لا يتمتع المصنف بحماية القانون، ويقصد

(١) Philippe Gaudrat, œuvres protégées, Jurisclasseur, Civil Annexes, fasc. 1134, n.51.

(٢) خالد الهندياني ومحمد عبد الصديق، مرجع سابق، ص ١٠٢. تركي صقر، مرجع سابق، ص ٧٤. دليا ليزبيك، مرجع سابق، ص ٧٢. والجدير بالذكر أن الجمهورية السودانية - على حد علمنا - هي الدولة العربية الوحيدة التي تنظر لتسجيل المصنفات كإجراء منشئ للحماية، إذ تنص على ذلك صراحة بقانون حماية حق المؤلف السوداني رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٤ بالمادة (١٤) التي جاء فيها: "لا يتمتع أي مؤلف بحماية حقوق المؤلف المقررة في هذا القانون إلا إذا قام بتسجيل مصنفه وفقاً لأحكام هذا القانون". مشار إليه لدى محمد عبد الصديق، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

(٣) من تطبيقات القضاء المصري، حول شرط إفراغ المصنف في دعامة مادية، أنه فصل في نزاع تدور واقعته حول أحد أعضاء هيئة التدريس بإحدى الكليات العلمية، روى إلى زميل له في الكلية عن فكرة مبتكرة لبحث ينوي إعداده، فقام الزميل باستغلال هذه الفكرة وتنفيذها في شكل بحث علمي مكتوب ونشره في إحدى الدوريات العلمية المتخصصة، فعلم صاحب الفكرة، فلجأ إلى القضاء مدعياً أن زميله اعتدى على حقوقه بالمصنف الفكري، وقد انتهت المحكمة إلى أن القانون لا يحمي الأفكار المجردة طالما لم تتخذ شكلاً مادياً يدل عليها، وإنما يحمي القانون التعبير عن الفكرة أياً كانت وسيلته. محكمة شمال القاهرة الابتدائية، ١٩٩٢/٤/٢١، حكم غير منشور، مشار إليه لدى خالد الهندياني ومحمد عبد الصديق، مرجع سابق، ص ١٠٢. عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٤) المادة الأولى من القانون الكويتي، المادة (٢/١٣٨) من القانون المصري.

بالابتكار في المصنف، أن يستبين أن المؤلف قد خلع شيئاً من شخصيته، ولو كانت الفكرة قديمة، وأن تتميز بطابعه، حتى يكون هناك ابتكار يحميه القانون^(١).

الابتكار ليس مرهوناً بالجدة والجدارة الفنية، فلا يشترط أن يستحدث الابتكار جديداً، وإنما يكفي أن يضيفي بشخصيته وبصمته، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الابتكار ذا جدارة فنية، فأي ابتكار مهما كانت قيمته يكفي لإضفاء الحماية. متى تخلف الابتكار من المصنف فإنه لا يظفر بحماية القانون^(٢).

ومن الشروط الموضوعية التي تتبناها بعض التشريعات المتعلقة بالملكية الفكرية هو شرط عدم مخالفة المصنف للنظام العام والآداب، وهذا يعتبر شرطاً بديهياً، فالمصنفات التي تحث على فعل الرذيلة أو تلك التي تتناول أفكاراً تتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية أو مع ثوابت الأمة أو المصنفات التي تخل بأمن الدولة واستقرارها، لا يمكن توفير الحماية القانونية لها لمخالفتها للنظام العام والآداب. على اعتبار أن النظام العام يمثل مجموعة من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع.

إذا تخلفت الشروط الشكلية أو الموضوعية لتوفير الحماية القانونية على المصنف، فإن هذا المصنف يصبح غير محمي وفقاً لحقوق المؤلف وبالتالي يدخل ضمن عناصر الملك العام.

الفرع الثالث

الملك العام والمصنفات المستبعدة من الحماية

كذلك بعض تشريعات الملكية الفكرية وبعض الاتفاقيات الدولية تنص على استبعاد بعض المصنفات من الحماية والتي يمكن أن تكون في ظاهرها مؤهلة للحماية التي تمنح بموجب حق المؤلف، لكن المشرع يقرر تجريدها من الحماية لأسباب تتعلق بمصلحة الجمهور أو المصلحة العامة. من ضمن هذه التشريعات، ما أورده المشرع المصري في المادة (١٤١) من قانون حماية الملكية الفكرية على أن: "لا تشمل الحماية مجرد الأفكار والإجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل والمفاهيم والمبادئ

(١) عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، ص ٣٦٦. عبد الرحمن أحمد الأحمد، دراسة الأبعاد الاجتماعية والنفسية والتربوية للقانون رقم (٦٤) لسنة ١٩٩٩ في شأن الملكية الفكرية، مجلة معهد القضاء، عدد خاص بالملكية الفكرية، السنة الثامنة، العدد السابع عشر، الكويت، ص ٣٤.

(٢) André Lucas, œuvres protégées, Règles générales, Jurisclasseur. Civil Annexes, fasc. 1135. n. 41.

والاكتشافات والبيانات، ولو كان معبراً عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة في مصنف. كذلك لا تشمل ما يلي:

- أولاً: الوثائق الرسمية، أيا كانت لغتها الأصلية، أو اللغة المنقولة إليها، مثل نصوص القوانين، واللوائح، والاتفاقيات الدولية، والأحكام القضائية، وأحكام المحكمين، والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي.
 - ثانياً: أخبار الحوادث والوقائع الجارية التي تكون مجرد أخبار صحفية.
- ومع ذلك تتمتع مجموعات ما تقدم بالحماية إذا تميز جمعها بالابتكار في الترتيب أو العرض أو بأي مجهود شخصي جدير بالحماية^(١).

وهذه الاستبعادات تبررها المصلحة العامة للمجتمع وحق المجتمع في الإعلام، كما أن المؤلف لم ينشأ مصنفه من فراغ بل من إنتاجه الذهني الذي ترسب فيه ما أنتجه غيره من المؤلفين الذين سبقوه، فيكون من حق المجتمع التزود من ثمار العقل البشري. كما أنه يفضل أن تترك هذه الوثائق متاحة للجميع لتفعيل العلم بها والاستفادة منها.

وسوف نستعرض أهم المصنفات المستبعدة من الحماية لدى أغلب الدول، ومن الممكن أن نجعلها في المحررات الرسمية وفي أخبار الكوارث والوقائع الجارية.

أولاً - المحررات الرسمية:

في مجال حق المؤلف، يستبعد من الحماية الوثائق الرسمية، ومن أمثلتها نصوص القوانين، واللوائح، والاتفاقيات الدولية، والأحكام القضائية، وأحكام المحكمين، والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وكذلك ترجماتها الرسمية لهذه الوثائق^(٢).

يكون لأي شخص في المجتمع أن ينتفع من هذه الوثائق الرسمية، كأن يقوم بطرحها للجمهور سواء عن طريق نشرها بكتب أو بالإنترنت أو بأي وسيلة أخرى

(١) كذلك تنص اتفاقية برن على استبعاد الأخبار اليومية والوقائع المتنوعة كونها مجرد معلومات صحفية (مادة ٢ / ٨/أولاً) وتركت لدول الاتحاد الحرة في استبعاد النصوص الرسمية للدولة والخطب السياسية والمرافعات التي تتم أثناء الإجراءات القضائية (م ٢/ثانياً/١)، (م ٢/أولاً/٤). كذلك تستبعد الاتفاقية العربية لحماية حق المؤلف في المادة الثالثة من الحماية المصنفات الآتية:

١- القوانين والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية وكذلك الترجمة الرسمية لهذه النصوص.

٢- الأنباء المنشورة أو المذاعة أو المبلغة علناً.

P.-Yves Gautier, op. cit., p.71. C. Colombet, op. cit., p.30.

(٢)

دون أن يدفع مقابل لهذه الإتاحة. ولا يكون للشخص بالطبع على ما يطرحه من حقوق المؤلف لفقده عنصر الابتكار عليه، أما إذا قام الشخص بطرح هذه الوثائق بصورة مبتكرة، من خلال تجميعها وترتيبها مع إضفاء الطابع الشخصي عليها، فإنه يتمتع بحقوق المؤلف عليها، كمن يقوم بتجميع الأحكام القضائية وترتيبها حسب الموضوع والزمن، أو أن يقوم بتجميع النصوص القانونية وترتيبها حسب قوتها وسنة إصدارها والجهة التي أصدرتها، في هذه الحالات يكون الشخص قد أضفى بصمته الشخصية عليها وقدم عملاً ذهنياً فيه ابتكار فتنبص الحماية على هذا المصنف^(١).

ثانياً - أخبار الحوادث والوقائع الجارية:

يقصد بها الأخبار اليومية والمعلومات العادية عن أحداث أو وقائع حديثة العهد تنقلها وسائل الإعلام المختلفة من صحافة أو إذاعة أو تلفزيون أو غير ذلك. مثلاً: ما تنشره الصحف أو القنوات الفضائية أو الأرضية من أخبار يومية خاصة بالأحداث المحلية والدولية، وأخبار الحروب، والأخبار الخاصة بالاستقبالات لرؤساء الدول وأخبار الكوارث الطبيعية... وغيرها من الأخبار اليومية^(٢).

تستبعد هذه الأخبار من نطاق الحماية لفقدانها لعنصر الابتكار، وهي لا تعدو أن تكون مجرد سرد مباشر لوقائع مختلفة، وهذا لا يعني عدم وجود أية وسيلة أخرى متاحة للدفاع ضد التجاوزات ومختلف أشكال التعسف في استعمال هذه الأخبار، وإنما من الممكن اللجوء إلى التشريع الخاص بالمنافسة غير المشروعة، ويجب التفريق بين المقالات الأدبية المنشورة في الصحف والأخبار اليومية، فالمقالات الصحفية تتطلب جهداً ذهنياً واستعداداً معيناً لذلك، فهي تظفر بحماية قانون الملكية الفكرية^(٣).

الفرع الرابع

التخلي عن الحق المالي لصالح المجتمع

من المعروف أن الحق المالي للمؤلف من الحقوق التي يجوز التصرف فيها، فيكون للمؤلف الحق تماماً في التصرف بما يتمتع بمكنات الحق المالي، سواء أكان

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٢) نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٢٧٠. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ١٥٩. عبدالله مبروك النجار، مرجع سابق، ص ١٥٥.

P. - Yves Gautier, op. cit., p.71. C. Colombet, op. cit., p.31.

(٣) داليا لبيب، مرجع سابق، ص ٨١. عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ١٦٠.

ذلك بمقابل أم بدون مقابل، نتيجة لهذا التصرف تنتقل الحماية القانونية للحق المالي إلى من انتقل إليه الحق، فلا يسقط المصنف في الملك العام نتيجة لهذا التصرف، وإنما يبقى محمياً، لكن المشكلة تثار، عندما يتنازل المؤلف عن حقه المالي المقرر على المصنف لصالح الجماعة، تنازلاً صريحاً، لا يضر بحقوق الدائنين أو الورثة المستحقين. في هذه الفرضية، يكون المؤلف قد عبر عن تخليه عن حقوقه على الجانب المالي على المصنف^(١). نتيجة لذلك يسقط المصنف بالملك العام، بإرادة المؤلف نفسه لا من خلال مفعول القانون، دون الحاجة إلى انتظار انقضاء مدة الحماية.

نظراً لأهمية وخطورة التخلي عن المصنف، لابد أن يخضع لعدة شروط وهي: أن يصدر التخلي عن إرادة واعية وحررة وصريحة من المؤلف، بمعنى أنه يكون مدركاً بأن نتيجة التخلي عن المصنف سوف يفقد حقوقه المالية عليه، وسوف يسمح للانتفاع الحر به من قبل المجتمع، وإبلاغه بعدم السماح له بعد ذلك بالتراجع عن التخلي مستقبلاً. لكن لا يمكن افتراض تخلي المؤلف عن مصنفه، بمجرد أنه تقاعس عن ممارسة حقه في الدفاع عن مصنفه ضد الاعتداءات الواردة عليه، وإنما لابد أن يصدر التخلي بإرادة صريحة ومكتوبة، ويجب ألا يكون هذا التخلي متعارضاً مع أي التزام تعاقدى سابق متعلق بالمصنف، كأن يكون المؤلف قد تعاقد مع دار نشر على نشر المصنف بمقابل مادي، ويجب ألا يكون هذا التخلي ضاراً بحقوق الدائنين أو الورثة المستحقين، فيستطيع الدائنون أن يرفعوا دعوى عدم نفاذ التصرفات بمواجهة المؤلف إذا تبين لهم بأن هذا التنازل سوف يضر بحقوقهم تجاهه.

لا تنظم تشريعات الملكية الفكرية عادة مثل هذا الأمر، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة، ليس هناك ما يمنع من أن يقوم المؤلف بالتنازل عن حقه المالي على المصنف إلى الجماعة.

وبالطبع فإن تخلي المؤلف عن مصنفه لا يمكن أن يكون إلا بالنسبة للحقوق المالية، فإن تنازله عن الحق المالي لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى تنازله عن حقه الأدبي، فالحق الأدبي من الحقوق الشخصية التي لا تقبل التصرف فيها. وفي النهاية، نود التذكير بأن سقوط المصنف في الملك العام للأسباب

(١) يظهر تنازل المؤلف عن مصنفه للجمهور أكثر في مجال مصنفات الحاسب الآلي، وذلك عندما يشيع فيها تناول هذه المصنفات بين الأفراد. عبد الرشيد مأمون ومحمد صادق، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

المعروضة سابقاً، لا يمنع من أن يستفيد منه مؤلف آخر، ويظهره في عمل جديد مبتكر ويضفي عليه بصمته الشخصية إعمالاً لقواعد حماية المصنفات المشتقة^(١). سقوط المصنفات بالملك العام نتيجة لانقضاء مدة الحماية أو لأحد الأسباب الأخرى المشار إليها سابقاً يدفعنا إلى البحث عن مصير هذه المصنفات وما يترتب عليها من حقوق أدبية ومادية.

(١) نقض مصري، ١٩٦٤/٧/٧، طعن رقم ١٣، لسنة ٢٩ ق، والتي أشارت إلى أنه: "وإن كان الأصل أن مجموعات المصنفات القديمة التي آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها إذا أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها، إلا أنه إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة الأصلية المنقول عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب في التنسيق أو بأي مجهود آخر ذهني يتسم بالطابع الشخصي فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف، ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه وإنما يكفي أن يكون عمل واضعه حديثاً في نوعه وتميزاً بطابع شخصي خاص بما يضيف عليه وصف الابتكار". مجموعة أحكام المكتب الفني، السنة ١٥، ص ٩٢٠، مشار إليه لدى عبدالرشيد مأمون ومحمد صائق، مرجع سابق، ص ٤٨٢، هامش ١.

المبحث الثاني

أثر سقوط المصنف في الملك العام

سبق أن بينا أن هناك عدة أسباب لسقوط المصنف في الملك العام، ولعل من أهمها انقضاء مدة الحماية، وسقوط المصنف في الملك العام يعني أن يتاح المصنف لأي شخص في المجتمع أن ينتفع به دون موافقة أصحاب حق المؤلف ودون مقابل. هذا الأمر يفرض تساؤلاً هاماً، ما هو مصير المصنفات في حال سقوطها في الملك العام؟ وما هو أثر الملك العام على الحقوق الأدبية والحقوق المالية للورثة؟ فهل يؤثر سقوط المصنف في الملك العام على ممارسة الورثة للحقوق الأدبية أم أن الأمر سيقصر على انقضاء الحماية للحق المالي للورثة؟

المطلب الأول

أثر الملك العام على الحقوق الأدبية للمؤلف

يتوقف أثر سقوط المصنف في الملك العام على الحقوق الأدبية للورثة على موقف التشريعات من طبيعة الحق الأدبي للمؤلف، فمن بين هذه التشريعات من يماثل بين الحق الأدبي والحق المالي للمؤلف، ويجعلهما حقاً مؤقتاً، تنقضي بانقضاء مدة معينة، وهناك من يذهب إلى أبدية الحق الأدبي وبالتالي عدم انقضاء هذا الحق بمرور الوقت، على عكس الحق المالي الذي يكون حقاً مؤقتاً، بالطبع هذا الاختلاف يؤدي إلى اختلاف أثر الملك العام على الحق الأدبي، على اعتبار أن استمرار الحق الأدبي على الرغم من انقضاء مدة حماية الحق المالي قد يخل بدور الملك العام وقيده، لذا نجد من الأهمية أن نستعرض اتجاه التشريعات في طبيعة الحق الأدبي، ومن ثم مدى تأثير بقاء الحق الأدبي على الانتفاع الحر بالملك العام.

الفرع الأول

موقف التشريعات حول الحقوق الأدبية

يتحدد مصير الحقوق الأدبية الواردة على المصنفات التي سقطت في الملك العام على حسب موقف التشريعات من تحديد طبيعة الحقوق الأدبية للمؤلف، فهناك من التشريعات ما تقرر تأقيت الحق الأدبي للمؤلف، وهناك من يذهب إلى دوام الحق الأدبي للمؤلف.

أولاً - التشريعات التي تعترف بتأقيت الحقوق الأدبية:

هناك من التشريعات من ترى بأن الحق الأدبي للمؤلف هو حق مؤقت، وشأنه في ذلك شأن الحق المالي، ينتهي بانقضاء مدة الحماية المقررة، وهذا يعني أن الحق الأدبي وما يرتبط به من مكنات للمؤلف ينقضي بعد انقضاء مدة الحماية المحددة في القانون، ومن أهم التشريعات التي تتجه بهذا الاتجاه قانون حق المؤلف في ألمانيا الاتحادية، وقانون حق المؤلف السويسري، وقانون حق المؤلف الأسترالي، وقانون حق المؤلف النيوزلندي^(١).

على سبيل المثال، فإن قانون حق المؤلف الألماني ينص صراحة في المادتين (١١) و(٦٤) على أن مدة الحماية المقررة - هي حياة المؤلف وسبعون سنة بعد وفاته - تشمل الحقين المالي والأدبي للمؤلف، وقد بررت المذكرة الإيضاحية هذا الاتجاه بالقول: "إن الصعوبة في حماية المصنفات التي تؤول إلى الملك العام مبعثها إيجاد سلطة ملائمة تضطلع بهذه الحماية، إذ لا يمكن أن يقوم بذلك ورثة المؤلف البعيدون الذين لا تربطهم بمصنفه في الغالب صلات فنية بصفة كافية... وإذا ما أنيطت هذه المهمة بسلطة عامة أو أية منظمة أخرى، فإننا قد نلام بأننا نقرب من التوجيه الثقافي.

والواقع أنه في حالة المصنفات الحرة لم يعد الأمر يتعلق بالمحافظة على الحقوق الأدبية للمؤلف، أي الصلات الفكرية والشخصية بين المؤلف ومصنفه، وإنما بحماية مصالح ثقافية عامة بغض النظر عن مشكلة إيجاد سلطة ملائمة تسهر على المحافظة على هذه المصالح. ويتعين أن يظل القرار - إضافة إلى ذلك - في كل حالة من الحالات الخاصة من اختصاص المحاكم وحدها... ولعل من المغالاة - دون ريب - أن يطلب من المحاكم النظر في مشكلات تتعلق بالنقد والتذوق الثقافي... لذلك يبدو من الأصوب أن تترك مهمة حماية المصنفات الحرة من التحريف - وكما كان الحال في الماضي - لحكم الجمهور الناقد"^(٢).

كذلك نفس الاتجاه في التشريع الإنجليزي لسنة ١٩٨٨ في المادة (٨٦) والتشريع الكندي لسنة ١٩٨٥ في المادة (١٤) فإنهما يساويا في مدة الحماية بين

(١) وأيضاً في الولايات المتحدة الأمريكية وكوريا وماليزيا والصين.

انظر: S. Dusollier, op. cit., p. ٣٩.

(٢) مشار إليه لدى نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٣٩٤. عبدالرشيد مأمون ومحمد عبدالصادق، مرجع سابق، ص ٤٨٤.

الحق الأدبي والحق المالي، وهي سبعون سنة بعد وفاة المؤلف في التشريع الإنجليزي، وخمسون سنة بعد وفاة المؤلف في التشريع الكندي.

واعتبار الحق الأدبي حقاً مؤقتاً ينتهي بانقضاء مدة الحماية المقررة له، يجعل المصنف يسقط في الملك العام دون أن يكون للورثة أو أصحاب حق المؤلف أية حقوق أدبية على المصنف، ويجعل من المصنف مالاً مشتركاً ينتفع به الجميع دون أية قيود ودون الحاجة إلى الحصول على موافقة الورثة أو دفع مقابل.

وبالطبع هذا الاتجاه يدعمه المنتفعون بالمصنفات التي تسقط بالملك العام، وهم بالغالب دور النشر ومنتجو التسجيلات الصوتية والسمعية والبصرية وبرامج الإذاعة والتلفزيون... وغيرها، وهم يرددون بأنه لا يحق لأحد أن يزعم امتلاك حق لم يعد له وجود، وإنه يمكن للدولة من خلال مؤسساتها وأشخاصها أن تقوم بتحديد من تراه مناسباً لحماية هذا التراث الثقافي، وإن إخضاع الانتفاع أو الاستفادة من المصنفات الواقعة في الملك العام، إلى الحصول على ترخيص من الورثة يعتبر بمثابة مد الحماية المقررة، وهذا ما يعيق صون وإثراء الملك العام، كما أن الدولة تستطيع أن تصنف هذه المصنفات، وتضع المصنفات التي تعتبر كلاسيكية وثرية بالتراث الثقافي بقوائم وحمايتها، وبذلك تقترب حماية المصنفات من حماية الآثار التاريخية^(١). لذلك لا بد أن تترك مسألة الانتفاع بهذه المصنفات دون قيود من الورثة أو من غيرهم، وأنه لا بد أن يلعب الملك العام دوراً هاماً في نشر الثقافة والأدب والفنون من خلال اعتبارها مادة خام تتيح الاقتباس والتزود منها.

وفقاً لهذا الاتجاه، فإنه متى ما انقضت مدة الحماية، وأدى ذلك إلى أيلولة المصنف إلى الملك العام، فلا تكون الحقوق الأدبية محمية بحق المؤلف، ويصبح المصنف متاحاً للجمهور للانتفاع به. إلا أن ذلك لا يعني أن تفقد هذه المصنفات كل أشكال الحماية، وإنما تتدخل القواعد العامة لتفرض حماية محدودة على هذه المصنفات، فمثلاً قواعد التعسف في استعمال الحق، توجب أن يستعمل كل شخص حقه في الغرض والهدف الذي من أجله منح هذا الحق، فمثلاً لا يجوز لأي شخص أن يتعسف في انتفاعه في المصنف الواقع في الملك العام، كأن يقوم بنشره بأعداد كثيرة للغاية وبأكثر من الحاجة أو الطلب، حتى يفقد هذا المصنف قيمته الحقيقية، كما أن قواعد النظام العام والآداب العامة تفرض على الشخص أن يحسن استعمال الأشياء المخصصة للانتفاع العام والأشياء المشتركة، كما أنه لا يبرر الانتفاع الحر للشخص

(١) نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

أن يقوم بنسب مصنف سقط بالملك العام لنفسه زوراً، فعلى الرغم من سقوط الحقوق الأدبية للمؤلف بانقضاء مدة حمايتها، إلا أن الحق في الأبوة يبقى ولن يزول بفوات المدة، وأن هذا يعتبر من سوء الاستعمال للملك العام، فيكون للورثة أن يتصدوا لهذا الاعتداء^(١).

ثانياً - التشريعات التي تعترف بدوام الحقوق الأدبية:

تذهب أغلب تشريعات حق المؤلف إلى أبدية الحقوق الأدبية وعدم انقضاها بمرور الزمن^(٢). فالحق الأدبي يبقى طوال حياة المؤلف، ويبقى أيضاً بعد موته غير مقيد بمدة معينة، فالحق الأدبي لا يرتبط وجوده ببقاء المؤلف على قيد الحياة بل يستمر حتى بعد وفاته، وتعترف أغلب التشريعات نتيجة لهذه الخاصية بانتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة والموصى لهم بنصيب من التركة، فهو لا يسقط بالتقادم مهما طال مدة استعماله، ويستمر الحق الأدبي حتى بعد انقضاء الحق المالي بانتهاء مدة حمايته، فيكون للورثة - جيلاً بعد جيل - الحق في ممارسة مكنات الحق الأدبي، والحفاظ على مصالح المؤلف ورد أي اعتداء قد يقع على المصنف.

والحقوق الأدبية ذات طابعين، أحدهما إيجابي يتطلب من المؤلف القيام بعمل معين، مثل الحق في تقرير نشر المصنف وتعديله وسحبه من التداول، والآخر سلبي ويتضمن حق المؤلف في الدفاع عن حقوقه وإلزام الغير باحترام مصنفه والكف عن الاعتداء عليه، وحقه في نسبة مصنفه إليه أو بما يعرف بالحق في الأبوة. وهذه التفرقة بين مكنات الحق الأدبي ترتبط بمدى إمكانية منع غير المؤلف من ممارستها، فتتفق أغلب التشريعات في حق المؤلف على أنه من غير الممكن انتقال جميع الحقوق الأدبية إلى الورثة، وذلك نظراً لطبيعة بعض هذه الحقوق ولا ارتباطها الشديد بشخصية المؤلف^(٣)، فمثلاً لا يمكن للورثة أن يمارسوا حق التعديل أو سحب المصنف من

(١) محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٢) مثلاً: المادة (١٤٣) من القانون المصري التي تنص على أن: "يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو التنازل عنها..." والمادة (٥) من القانون العماني، والمادة (٩) من القانون القطري، والمادة السادسة من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف والتي تنص على أن: "الحقوق المعنوية المذكورة في الفقرتين (أ)، (ب) لا تقبل التصرف أو التقادم".

(٣) P. - Yves Gautier, op. cit., p. 160; C. Colombet, op. cit., p. 121. R. Plaisant, Droit moral, Jurisclasseur, Civil Annexes. Fasc. 310, n.66. Frédéric Pollaud - Dulian Régimes matrimoniaux et successions, Jurisclasseur, Civil Annexes, fasc.

= 337, n.50.

التداول، لأن هذه المكنات مرتبطة بقدرات فنية ومرتبطة بقناعات شخصية للمؤلف لا يستطيع أن يمارسها غيره حتى لو كانوا من الورثة، فلا يجوز للورثة إدخال أي تعديل على المصنف أو سحبه من التداول، وإنما عليهم احترام إرادة المؤلف والتقييد بها لأن الحق في سحب المصنف وتعديله حق شخصي محض للمؤلف نفسه^(١)، أما الحق في تقرير نشر المصنف ونسبه إلى المؤلف والحق في الدفاع عن المصنف وفرض احترامه فإن للورثة الحق في القيام بذلك مراعاة للتقيد بإرادة المؤلف والحفاظ على تراث مورثهم الفكري من حيث التصدي لأي اعتداء على المصنف، فإذا أوصى المؤلف بنشر المصنف بوسيلة ما وبوقت ما، كان على الورثة أن يتقيدوا بذلك ويقوموا بنشر المصنف وفقاً لتعليمات المؤلف، أما إذا أوصى بعدم نشر المصنف فيكون على الورثة أيضاً التقيد بإرادة المؤلف والعمل على عدم نشره، وإذا أوصى المؤلف بتعديل المصنف أو سحبه من التداول كان على الورثة تنفيذ ذلك والتقييد به، فالعبرة في ممارسة هذه الحقوق ترجع لإرادة المؤلف والدفاع عن مصالحه^(٢).

إذاً بعض الحقوق الأدبية تبقى مستمرة بعد وفاة المؤلف وتنتقل إلى الورثة على الرغم من انقضاء مدة الحماية، فمن الممكن للورثة أن يمارسوا هذه المكنات في سبيل حماية المصنف من أي اعتداء قد يقع عليه، وأن يراقبوا الانتفاع به.

ولقد اتبع المشرع الكويتي هذا الاتجاه، وأقر بدوام الحق الأدبي للمؤلف ولم يقيده بمدة حماية محددة، بل أقر بانتقال بعضها للورثة والخلف بالقدر اللازم لحماية الشخصية الأدبية للمؤلف بعد وفاته، فنجدد وفقاً لقراءة المادتين (١٣، ١٤) بأن المشرع الكويتي يقرر ضمناً انتقال الحق في تقرير نشر المصنف إلى ورثة المؤلف وإلا لما كان قد أعطاهم الحق في الاستغلال المالي، وجعل وزير الإعلام يتدخل في حالة امتناع الورثة عن نشر مصنف مورثهم، ومنحهم الحق في الدفاع عن مصنف مورثهم وأن ينسبوا المصنف المنشور لأول مرة إلى مورثهم المؤلف (م ٦)^(٣).

= والمادة (L.121-1) من القانون الفرنسي والتي تقرر بأن الحق الأدبي للمؤلف هو حق لصيق بشخصية المؤلف:

"L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires".

- (١) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٥١٧.
- (٢) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ١٣٢. نواف كنعان، مرجع سابق، ص ١١٣.
- (٣) خالد الهندياني ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ١٤٤.

الفرع الثاني الحقوق الأدبية كقيد على الانتفاع الحر

تتمحور الغاية من انتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة في المحافظة على التراث الثقافي للمؤلف، ولضمان استمرار إبداعه وابتكاره والدفاع عنه ضد أي اعتداء يقع عليه وحمايته من التشويه والتحريف، والورثة باعتبارهم أقرباء المؤلف فهم أفضل من يستطيع أن يعرف إرادة المؤلف ويعبر عنها عند ممارستهم للحقوق الأدبية، لذلك المطلوب من الورثة أن يكونوا حراساً على التراث الثقافي للمؤلف من أجل الدفاع عن شخصيته وفكره عبر المصنف، عليهم أن يراعوا مصالح مورثهم (المؤلف) وأن يعبروا عن إرادته، لا أن يراعوا مصالحهم الشخصية، فهم ليسوا امتداداً لشخصية المؤلف، وإنما حراس على مصالحه عند ممارستهم للحقوق الأدبية، ومنع أي اعتداء يقع على أعماله الأدبية أو الفنية. ويبرر الفقه هذا الأمر بتغيير طبيعة الحقوق الأدبية عند انتقالها إلى الورثة، فهي تتحول إلى واجب الإخلاص^(١) على الورثة أكثر من كونه حقاً لهم، إلا أن هذه الاعتبارات قد تكون نظرية أكثر منها واقعية فيما يتعلق بمتانة وجدوى بقاء الحقوق الأدبية^(٢).

من المعروف أن الحقوق الأدبية تتصف بالدوام، ولا تسقط مهما دار عليها الزمن ويتوارثها الورثة جيلاً بعد جيل، وكلما مر الزمن قل الرابط بين الورثة والمؤلف^(٣)،

(١) Henri Desbois, op. cit. n.463. F. Pollaud - Dulian, Régimes matrimoniaux et successions, op. cit., n.49.

- محكمة استئناف باريس تؤكد هذا الأمر بقضائها، وتقرر بأن: "ب وفاة المؤلف، فإن الورثة يتلقون الحقوق الأدبية بمكنات أقل عما كان يتمتع به المؤلف، فهم ليسوا امتداداً لشخصية المؤلف، وإنما هم حراس لذكراه وإدارته".

"A la mort de l'auteur, son héritier se trouve investi d'un droit moral moins étendu que celui dont était titulaire le de cujus; l'ayant-droit ne se présente plus comme le continuateur du défunt mais bien comme le gardien naturel de sa mémoire". CA. Paris, 9 juin 1964, JCP.G. 1965, II, 14172. (L'affaire Daudet).

(٢) "Le fondement même de ce droit, basé sur la personnalité de l'auteur, fait que sa survie et son intensité relèvent quasiment de la théorie." C. Bouloc, op. cit. p.34.

(٣) في ذلك يؤكد أحد الفقهاء الفرنسيين بأن: "كلما مر الزمن على وفاة المؤلف، كلما قل الارتباط بين المؤلف وبين من انتقلت إليه الحقوق الأدبية من الورثة، ونتيجة لذلك تزداد خطورة أن يمارس الورثة هذه الحقوق وفقاً لمصالحهم الخاصة أكثر منها تحقيقاً لإرادة المؤلف".

"Plus le temps passe et plus le lien est distendu entre l'auteur et ceux qui sont titulaires des droits sur l'œuvre, et plus il y a de risques que ces droits soient alors exercés non plus dans le respect de la volonté de l'auteur, mais = conformément aux intérêts de ceux auxquels ces droits ont été transmis".

فمثلاً كيف للورثة من الجيل الثالث للمؤلف والذين لم يعاصروا المؤلف ولم يعرفوه أن يراعوا إرادة المؤلف عند ممارستهم للحقوق الأدبية، بل أن الواقع يؤكد أنه كلما مر الزمن، كلما سعى الورثة إلى تحقيق مصالحهم الشخصية وعدم الاهتمام بالمصنف من الناحية الأدبية، وعلى الأخص عندما يسقط المصنف في الملك العام بعد انقضاء مدة الحماية للحق المالي، وكيف لنا أن نتصور أن يستفيد المجتمع من المصنف نتيجة لسقوطه في الملك العام مع احتفاظ الورثة بحقوقهم الأدبية؟ ألا يمكن للورثة تقييد انتفاع الجمهور بالمصنف من خلال ممارستهم لمكنات الحق الأدبي؟ ألا يستطيع أن يتدخل الورثة من خلال الحق الأدبي لتوجيه الانتفاع الحر بالمصنف؟ لذلك لا بد من أن يكون هناك توازن بين احتفاظ الورثة بحقوقهم الأدبية وبين إمكانية انتفاع الجمهور بالمصنف الواقع في الملك العام؛ لذلك من المهم أن نستعرض مكنات الحق الأدبي للورثة وكيف من الممكن أن تكون ممارستها فيها تقييد للانتفاع الحر من قبل الجمهور.

أولاً - ممارسة الحق في تقرير النشر من قبل الورثة:

علمنا أن الحق في تقرير النشر ينتقل إلى الورثة بعد وفاة المؤلف، وعلى الورثة التقيد بما قد أوصى به المؤلف قبل وفاته، ولا توجد مشكلة في حالة وجود إرادة صريحة من المؤلف سواء لنشر المصنف أو عدم نشره، فيكون على الورثة التقيد بهذه الإرادة واحترامها وإلا كانوا خائنين لإرادة المؤلف ومتعسفين بممارسة هذا الحق. ولكن المشكلة قد تظهر، عندما لا يسعف الوقت المؤلف نشر مصنفه، ولا تصدر عنه أية إرادة صريحة لنشر هذا المصنف، ومن ثم يتوفى ويترك مصنفًا جاهزاً للنشر، فينتقل قرار النشر من عدمه إلى الورثة، في هذه الحالة يتجه الفقه إلى إلزام الورثة بنشر المصنف وفقاً للإرادة المفترضة من قبل المؤلف^(١)، على اعتبار أن أي

= E. Derieux, L'exercice du droit moral après la mort l'auteur, Dalloz 2000, petites affiches, n. 255, p.19.

(١) يؤكد أحد الفقهاء بأن: "طالما أن المصنف نشر في حياة المؤلف ولم يمارس عليه حق السحب والندم، نستطيع القول بأن إرادة المؤلف عبر عنها بشكل واضح، وعند انتقال الحق بالنشر إلى الورثة، وفي غياب أية تعليمات من قبل المؤلف بعدم النشر، فالإرادة المفترضة للمؤلف باستمرار النشر هي الأولى بالاتباع، وعلى الورثة احترام هذه الإرادة المفترضة".

- "De ce que l'œuvre a été divulguée, on doit en déduire que la volonté de l'auteur s'est suffisamment exprimée: faute d'avoir exercé son droit de repentir ou de retrait, que ses représentants ne peuvent exercer en son lieu et place, et en l'absence de toute manifestation contraire du créateur, ce dernier est présumé

= vouloir que son œuvre soit normalement exploitée". Bernard Edelman, Droit

مؤلف يسعى ويتمنى دائماً أن يرى مصنفه منشوراً ومذاعاً بين الجمهور، فقد يتعسف الورثة في تقرير نشر هذا المصنف، ويمتنعون من نشره فترة طويلة بعد وفاة المؤلف، فيحرم المجتمع من المصنف، ويؤثرون في الملك العام على اعتبار أن المصنف من الممكن أن يتأخر نشره حتى بعد فوات مدة الحماية المفروضة وهي خمسين سنة للمصنفات التي تنشر أول مرة عند وفاة مؤلفيها، وتحسب هذه المدة اعتباراً من نهاية السنة الميلادية للنشر وليس الوفاة (م ١٧). هذه المدة وضعت لتشجيع الورثة على نشر المصنف واستغلاله مادياً حتى يستفيد منه المجتمع. لذلك المشرع اعتد ببدء المدة من تاريخ النشر وليس الوفاة، لكن من جانب آخر سمح المشرع للورثة - بهذا الأمر - أن يضعفوا الملك العام من خلال التأخر في النشر لمدة طويلة بعد وفاة المؤلف، وبالتالي التأخير في سقوط المصنف في الملك العام؛ لأنه يؤدي إلى إطالة مدة الحماية بشكل ضمني، وإلى عدم سقوط هذا المصنف في الملك العام بالأوقات الاعتيادية له، فيحرم المجتمع من الانتفاع الحر بهذا المصنف، ويكون الورثة بتأخيرهم لنشر المصنف قد أضعفوا الملك العام من بعض عناصره.

صحيح أن المشرع الكويتي يعطي الحق لوزارة الإعلام بتجاوز امتناع الورثة عن نشر المصنف أو إعادة نشره من خلال استصدار أمر من رئيس المحكمة الكلية بتسليمه المصنف للعمل على نشره (م ١٤)، إلا أن هذه المكنة مقيدة بشروط معينة وأهمها أن تقتضي المصلحة العامة ذلك، وهذا لن يكون إلا في حالات المصنفات التي تعتبر جزءاً من التراث الثقافي للبلد لأهميتها، ومن جانب آخر فالواقع العملي يثبت أن هذه المكنة هي مجرد رخصة نظرية لم تستخدم أبداً من قبل وزير الإعلام في السابق، فكيف له أن يعلم بوجود مصنف جاهز للنشر وبأهميته الأدبية والفنية قبل أن يتم نشره.

مما سبق نجد أن حق الورثة الأبدي بتقرير النشر قد يؤثر بشكل سلبي على المصالح الثقافية للمجتمع من خلال عدم نشر المصنف، وبالتالي حرمان المجتمع من الانتفاع الحر بالمصنف عند سقوطه بالملك العام.

ثانياً - ممارسة الورثة للحق في الاحترام:

عند سقوط المصنف في الملك العام، يكون لأي شخص الحق في الانتفاع الحر بالمصنف دون الحاجة إلى موافقة الورثة ودون مقابل، وفي نفس الوقت يحتفظ الورثة

= dauteur et droits voisins, 1993, p.68. Olivier Laligant, La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales, LGDJ 1983. p. 453 et s.

بحقهم الأدبي الخالد والحق في احترام المصنف والدفاع عنه ضد أية اعتداءات تقع عليه وتؤدي إلى تشويهه أو تحريفه، ممارسة هذا الحق في أحيان كثيرة تؤدي بصورة غير مباشرة إلى الحد من الانتفاع الحر للجمهور ويجعل انتفاعهم موجهاً من قبل الورثة^(١). فمثلاً قد يقوم أحد الأشخاص وتحت بند الانتفاع الحر بإعادة نشر مصنف سقط في الملك العام أو تحويله إلى عمل سينمائي، فيقوم الورثة تحت بند الدفاع عن مصنف مورثهم وحمايته ضد أي تشويه، بالعمل على إيقاف إعادة النشر لأنه لا يليق بسمعة المؤلف الأدبية، وقد حصلت حالة شهيرة في فرنسا متعلقة برواية فيكتور هيغو البؤساء (Les Misérables) عندما حاول أحد الورثة منع نشر تكملة الرواية بعد سقوطها في الملك العام^(٢)، تحت حجة أن المؤلف لم يكن يقبل أن يقوم أحد الأشخاص باستكمال روايته^(٣)، فرفضت المحكمة هذا الطلب على أساس حرية الإبداع للمصنفات الواقعة في الملك العام، ولا يمكن التذرع في الحق الأدبي (الحق في الاحترام) لمنع التحويل إلا في حالة حدوث ضرر فعلي للمصنف من التحويل. وبالتالي فإن الورثة قد يتدخلون لأسباب كثيرة، لمنع الانتفاع بالمصنف الساقط في الملك العام، وأن الحق في الاحترام من الممكن أن يمارس كسيف مسلط في عالم الفن^(٤)، وبالتالي يمنع حرية الإبداع والاشتقاق من المصنفات الواقعة في الملك العام، ولا يمكن الركون فقط إلى تقييم الورثة للجوانب الفنية للتحويل، في كثير من الأحيان يتدخل الورثة لمنع الانتفاع لحماية مصالحهم الشخصية ولعدم خسارة استغلال المصنف، تحت حجة عدم الجودة الفنية أو التعدي على سلامة المصنف أو تشويهه.

لذلك لا بد من التوازن بين الدفاع عن المصنف وابتكار المؤلف وبصمته الشخصية وحمايته من أي اعتداء عليه، وبين حق المجتمع في الانتفاع الحر بالمصنف الساقط في الملك العام، هذا الأمر لا يستقيم إلا من خلال تبني فكرة هي أقرب إلى قواعد القانون الدانماركي؛ حيث إن الدانمارك تقصر بقاء الحماية الأدبية على المصنفات التي تحقق المصالح الثقافية الرئيسية، التشريع الدانماركي يقر بأبدية

(١) F. Pollaud - Dulian, Qui peut faire respecter le droit moral, SGDL
<http://www.sgd.org/ressource/documentation-sgd/actes-desforums/le-droit-moral/1130q...>

(٢) Cass.1ère civ. 30 janv. 2007. JCP. G. 2007, p.29, note C. Caron.

(٣) CA. Paris, 4 ème ch. 31 mars 2004, cosette, CCE 2004, comm. 50, note Caron.
 "L'écrivain n'aurait pas accepté qu'un tiers puisse donner une suite aux Misérables".

(٤) "L'Épée de Damoclès du monde des arts". C. Bouloc, op. cit., p.41.

الحقوق الأدبية، ولكن لا تسري هذه الحقوق إلا إذا انتهكت مصالح ثقافية (م ٧٥ من القانون الدانماركي)^(١)، فالإبقاء على الحق الأدبي لحماية التراث الثقافي، وبالتالي يجب ألا يطبق إلا على المصنفات التي تعتبر جزءاً من التراث أو على مصنفات المؤلفين الذين أبدعوا مصنفات قيّمة^(٢). وتطبيقاً لذلك رفضت المحكمة العليا في الدانمارك الدعوى المرفوعة لإيقاف فيلم عن الإنجيل أضيف إليه بُعد إباحي في حياة المسيح، على اعتبار أن الفيلم ليس فيه مساس في سلامة الإنجيل^(٣).

إذا أردنا أن نستنبط الحل من توجه المشرع الدانماركي، فإننا نقول كما أن الحقوق الأدبية تتغير طبيعتها في حال انتقالها من المؤلف إلى الورثة، وتتحول من حقوق موضوعية إلى واجب أو التزام بالإخلاص لإرادة المؤلف، فإنه أيضاً في حال سقوط المصنف في الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته، فإننا نكون في حالة صراع بين مصالح شخصية لأصحاب حقوق المؤلف وهم الورثة وبين مصالح المجتمع والمتمثلة في المصالح الثقافية وإثراء التراث الثقافي، فمنذ اللحظة التي يسقط فيها المصنف في الملك العام، يجب أن يتاح هذا المصنف للانتفاع الحر من قبل الجمهور، ويجب ألا يقيد هذا الانتفاع بأية قيود، وألا تستحضر الحقوق الأدبية للورثة إلا في حالة التعدي على المصالح الثقافية للمجتمع والتراث الثقافي للمجتمع، وأيضاً في حالة تشويه السمعة الأدبية للمؤلف، أما فيما عدا ذلك يجب أن تجمد هذه الحقوق ولا يجب أن تمارس كسيف مسلط على الإبداع الأدبي والفني، ولتختلف قليلاً مع قواعد القانون الدانماركي من حيث إن هذا الأمر يجب أن يشمل جميع المصنفات التي تسقط في الملك العام، ولا تنحصر في المصنفات ذات القيمة التراثية العالمية. ويجب أن يمارس القضاء دوره في هذا الإطار من خلال ترجيح المصلحة العامة للمجتمع وهي حماية التراث الثقافي على المصلحة الشخصية لأصحاب الحقوق الأدبية؛ لأن الدفاع عن

(١) يذهب التشريع الفنلندي بنفس اتجاه التشريع الدانماركي من حيث وجوب تدخل الحقوق الأدبية للحفاظ على المصالح الثقافية (المادة ٥٣) من القانون الفنلندي، وهو ما أسماها بحماية الروائع، ففي أحد أحكام القضاء الفنلندي قضت المحكمة العليا في قضية (حماية الروائع) في عام ١٩٦٧ بأن بعض كتب الشباب يجب اعتبارها من المصنفات المتعلقة بالتراث الثقافي ومنها (إليس في بلد العجائب، وتوم سوير، وهايدي، وروبسون كروز... وغيرها) وأن نشر هذه الكتب بصورة اقتباسات وطبعات مختصرة قد أضر بقيمتها الفنية. ومن ثم يصبح نشر هذه الكتب إضراراً بالمصالح الثقافية، وبالتالي وجب حظر نشرها. مشار إليه لدى، نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

(٢) T.RIIS, Intellectual Property law. Denmark, Klusver law International, cité par S. Dusollier, op. cit., p.39.

(٣) UFR (Danish Weekly Law Report) 1990, 856, cité par C. Bouloc, op. cit., p.36.

شخصية المؤلف وبصمته الشخصية سوف تكون غير نشطة ومجدية مع مرور الوقت، وخصوصاً أنها قد تتعارض مع مصالح أخرى، وهي المصالح الثقافية للمجتمع، لذلك نقول بأن الحق الأدبي يجب أن تتغير وظيفته بعدما يفقد الجانب المادي حمايته ويسقط بالملك العام، وتكون وظيفته حماية وصون التراث الثقافي للمجتمع وإفساح المجال للانتفاع الحر بالمصنف من قبل الجمهور، ويكون للقضاء دور هام في مراقبة تعسف الورثة عند ممارسة حقوقهم التي قد تؤدي إلى إضعاف الملك العام^(١).

المطلب الثاني

أثر الملك العام على الحقوق المالية للمؤلف

اتفقت تشريعات حق المؤلف على تأقيت الحقوق المالية، وتحفظ هذه الحقوق بالحماية طوال حياة المؤلف ولمدة خمسين سنة بعد وفاته، وبعدها يسقط المصنف بالملك العام، ويفقد أصحاب الحق المالي حماية القانون، وبالتالي أمكن استغلال المصنف ودون الحاجة إلى الحصول على إذن الورثة ودون دفع أي تعويض لهم. وفي سعيها للإشراف على الملك العام وحماية التراث الثقافي تذهب بعض التشريعات إلى تبني نظام الملك العام المعطي (Domaine public payant) بحيث يقوم من يريد الانتفاع بعناصر الملك العام بدفع مقابل للانتفاع.

لذا نجد من الأهمية أن نستعرض مضمون الانتفاع الحر لمصنفات الملك العام، وهل هناك أية قيود أو حدود لهذا الانتفاع؟ ومن ثم التطرق إلى الملك العام المعطي من حيث تحديد مفهومه وما الغرض منه؟

الفرع الأول

مضمون الانتفاع الحر لمصنفات الملك العام

بسقوط المصنف بالملك العام لأي سبب من الأسباب يصبح متاحاً للجمهور للانتفاع الحر به دون الحاجة للحصول على موافقة الورثة أو دفع أي مقابل. وبانقضاء مدة الحماية يفقد أصحاب الحق المالي الحق الاستثنائي باستغلال

(١) من ذلك اعتبر القضاء الفرنسي أن رفض إعادة النشر من قبل من يتمتع بحق النشر، لمصنف نشر لمدة أربعين عاماً بعد وفاة المؤلف، يعتبر تعسفاً واضحاً.

"le refus opposé à la poursuite de cette publication par le dévolutaire du droit de divulgation, investi plus de quarante ans après la mort, était notoirement abusif". Cass. civ 1ère. 24 Oct. 2000, Dalloz, 2000, Petites Affiches, n. 143, p.17. (L'affaire Artaud). O. Lalignant, op. cit., p. 457.

المصنف، ويفقدون التحكم في استغلاله والانتفاع به، ولا يستطيع أصحاب الحق المالي على المصنف منع الغير من الانتفاع به أو استغلاله، فيكون من حق الجميع الانتفاع بهذا المصنف كيفما أراد.

لا يتوقف الانتفاع الحر للجمهور بمصنف الملك العام على الاستعمال الشخصي أو لأغراض علمية، وإنما الإمكانية تتجاوز ذلك، فيكون له استعمال المصنف واستغلاله تجارياً، فيستطيع مثلاً أن يعيد نشر مصنف سقط في الملك العام بنسخ تجارية وطرحها في الأسواق، كما له أن يقوم بتحويل المصنف إلى أي لون آخر، كتحويل الرواية إلى عمل سينمائي، أو ترجمة المصنف إلى لغة أخرى، فيستطيع القيام بجميع أوجه الاستغلال دون أن يدفع أي تعويض لأصحاب الحق المالي، كما يستطيع أن يشتق مصنفاً جديداً من المصنف الذي وقع في الملك العام، ويكون له على المصنف الجديد حماية حقوق المؤلف طالما أنه أظهره بصورة مبتكرة، ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا المجال ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بقولها: "إن المطعون ضده مهد لكتابة مقدمة بقلمه تتضمن مراجع للمؤلف الأصلي للكتاب وللشارح له، استقى عناصرها من أمهات الكتب القديمة ولم يكن لها نظير في الطبعة الأصلية للكتاب (صحيح الإمام مسلم بشرح النووي) التي نقل عنها، وأن كتابه يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خاص فريد من نوعه، وبفهرس منظم، وأنه أدخل على الطبعة الأصلية تنقيحات أجراها أحد العلماء المختصين..."^(١).

يترتب على الانتفاع الحر أنه يجوز للكافة نشر هذه المصنفات وأداؤها وتمثيلها واستنباطها، بشكل عام بجميع صور الانتفاع والاستغلال، وعلى الرغم من وجود الحق الأدبي للورثة.

ولا يحد من الانتفاع الحر للمجتمع بمصنفات الملك العام إلا حماية وصون التراث الثقافي والمصالح الثقافية للمجتمع، من خلال الحفاظ على الحقوق الأدبية التي تقوم على احترام شخصية المؤلف وحماية المصنف ذاته من التبديل والعبث^(٢). فيكون للورثة التدخل وحماية المصنف من التشويه إذا اشتق منه مصنف آخر فيه إخلال بالآداب العامة، أو أن يقوم أحد الأشخاص بنسخ المصنف بأعداد كبيرة تفوق طلب المجتمع له مما يؤدي إلى التقليل من قيمته أو نشره بشكل رديء، كأن يؤخذ

(١) محكمة النقض المصرية في القضية رقم (١٤١، ١٤٣)، جلسة ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٥ ص ٩٣٧، ٩٢٠، على التوالي.

(٢) نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

من مصنف موسيقى ذات قيمة فنية عالية لاستخدامه في إعلانات تجارية لبضائع تافهة القيمة، فيجب ألا يؤدي الانتفاع الحر إلى الإضرار بالحقوق الأدبية ولا بسمعة ومكانة المؤلف الأدبية والفنية.

وانقضاء مدة حماية الحق المالي على المصنف، وسقوطه في الملك العام، لا يعني حرمان أصحاب الحق المالي من الانتفاع بهذا المصنف واستغلاله، فيبقى للورثة الحق في استثمار واستغلال هذا المنصف على الرغم من فقدانهم الحماية، لكن الفرق أنهم ينتفعون بهذا المصنف مثل أي فرد آخر في المجتمع، فليس لهم الاستئثار بالحق المالي، فيكونوا قد فقدوه فعلاً، فلا يستطيعون منع أي شخص من استغلال المصنف.

كما أن سقوط المصنف في الملك العام لا يعني فقدان أصحاب الحق المالي على المصنف لمليكتهم على ما تجسد به المصنف، فقد يثبت المصنف على شيء مادي ككتاب أو أسطوانة أو قرص أو تمثال أو غيرها، فما يسقط في الملك العام هو المصنف غير المحسوس^(١). أما ما تجسد به المصنف فهو ملك لأصحابه والملكية لها خاصية الدوام ولا تسقط بمرور الزمن، وأحياناً قد تثار المشكلة هنا، حيث لا يستطيع الجمهور الانتفاع بالمصنف إلا من خلال الدعامة المادية التي تثبت فيها المصنف، وبما أن هذا المجسد المادي مملوك لشخص فقد يتحكم في الانتفاع به، وقد يكون من السهل نسخ هذا المجسد والانتفاع بالنسخ، ولكن في أحيان أخرى لا يمكن ذلك. مثلاً، لوحة الموناليزا هي مملوكة لمتحف اللوفر في باريس والانتفاع الحر بها من قبل الجمهور غير ممكن، لذلك من الممكن عمل نسخ للوحة بحيث يتمكن الناس من الانتفاع بها، لكن في بعض الأحيان قد لا تتوافر نسخ أخرى للمصنف وبالتالي يصطدم الانتفاع الحر بحق الملكية لصاحبه، فمثلاً لو أن شخصاً يمتلك لوحة فنية لفان جوخ لم يتم استنساخها وأحكم مالكها السيطرة عليها، فعلى الرغم من دخول هذه اللوحة في الملك العام، لا يمكن الانتفاع بها بسبب حق الملكية لصاحبها.

لقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في سنة ١٩٩٩ لصاحبة أول منزل حررت قوات التحالف في سنة ١٩٤٤ حقاً في الاعتراض على إعداد نسخ عن صور المنزل على أساس حق المؤلف الخاص بها^(٢). مما حرم المجتمع من الانتفاع به نتيجة لاحتكار مالكة المنزل له ومنع استنساخه، وفي سنوات لاحقة غيرت محكمة النقض الفرنسية موقفها من هذا الأمر وقضت بعدم منح صاحبة المنزل الحق في الاعتراض

S. Dusollier, op. cit., p.44; P.-Yves Gautier, op. cit., p.171.

(١)

Cass. 1ère civ. 10 mars 1999, Bull. Civ. 1999I, n.87.

(٢)

على إعداد نسخ من المنزل إلا في حالة حدوث انتهاك لحق محدد أو مصلحة محددة أو أن يلحقها ضرر مفرط للتمتع بالملكية أو حدوث تعدد عند التقاط الصورة أو استغلالها^(١). هذا تطبيق منطقي للتوازن بين الحقين حق الملكية وحق المجتمع في الانتفاع الحر بالمصنف.

إذن سقوط المصنف في الملك العام، سوف يفقد أصحاب الحق المالي الحق الاستثنائي في استغلال المصنف، ويمنح المجتمع الانتفاع الحر على المصنف.

الفرع الثاني

مصنفات الملك العام بمقابل (Domaine public payant)

نظام الملك العام بمقابل يعتبر إلى حد ما نظاماً حديثاً تشريعياً، نحتاج لتوضيح مفهومه ومن ثم تقييمه فيما إذا كان ينتفع تعميمه على كافة تشريعات الملكية الفكرية أو التوصية بعدم تطبيقه إطلاقاً.

أولاً - مفهوم الملك العام بمقابل:

الملك العام بمقابل أو الملك العام الذي يستخدم مقابل أجر، هو نظام يطلب بموجبه من منتفع بمواد موجودة في الملك العام أن يدفع الرسم اللازم للحصول على ترخيص إجباري من أجل نسخ المصنف أو نقله إلى الجمهور، على الرغم من أنه مصنف سقط في الملك العام^(٢). إذاً وفقاً لهذا النظام لا يكون الانتفاع بالمصنف الساقط في الملك العام بالمجان، وإنما يتعين على من يريد الانتفاع بالمصنف الذي أصبح في الملك العام أن يدفع رسوماً محددة تتولى تحصيلها عادة الأجهزة الحكومية، وتنفقها في أغراض ثقافية واجتماعية وحضارية ودعم المؤلفين المحتاجين وعائلاتهم، إما بطريقة مباشرة أو عن طريق جمعيات مدنية تعنى بحقوق المؤلفين^(٣). ويرجع البعض إلى فكرة الملك العام بمقابل إلى الكاتب فيكتور هوجو، عندما دعا في إحدى الخطب التي ألقاها أمام المؤتمر الأدبي الدولي في سنة ١٨٧٨، إلى سقوط المصنف إلى الملك العام بعد وفاة المؤلف وورثته المباشرين، ودعا إلى أن يكون الانتفاع بالملك العام بمقابل دفع رسم بسيط يودع في صندوق يخصص لتشجيع الكتاب والمبدعين الشباب أو للحفاظ على الملك العام ذاته^(٤).

Cass. Ass. Plén. 7 may.2004, D. 2004. Juris. P.1545, note J.M. Bruguière. (١)

S. Dusollier, op. cit., p.41. (٢)

محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٨٥. (٣)

S. Dusollier, op. cit., p.41. (٤)

إذن الغرض من فرض رسم مقابل الانتفاع بكل مصنف موجود في الملك العام هو لإيجاد مصدر دعم لتشجيع الثقافة ولإفادة الشباب المبدعين.

هناك بعض التشريعات التي تبنت نظام الملك العام بمقابل، منها تشريع حماية حق المؤلف الإيطالي الصادر سنة ٢٠٠٠، حيث قام بتنظيمه بتحديد الجهات التي تتولى تحصيل الرسوم، وتحديد قيمتها وهي ٥٪ من الإيراد في حالة الاستغلال المباشر من خلال الأداء الفعلي، و ٣٪ من قيمة الإيراد في حالة الاستغلال غير المباشر من خلال نسخ ونشر المصنفات أو تسجيلها أو إعادة عرضها، كما خصص هذا التشريع جزءاً بسيطاً من الإيراد يورد لخزانة الدولة، الجزء الأكبر يخصص لدعم الجمعيات التي تشرف على مصالح المؤلفين^(١).

كما أخذت تشريعات أخرى بهذا النظام منها القانون الدانماركي لسنة ١٩٨٩ والقانون النرويجي لسنة ١٩٨٥ والقانون الأرجنتيني لسنة ١٩٥٨ والقانون التونسي من خلال طلب الحصول على ترخيص مسبق من جهات إدارية محددة كشرط لاستغلال هذه المصنفات^(٢).

وهناك من التشريعات مثل الجزائر ورواندا قد قصرت تطبيق نظام الملك العام بمقابل على حالة الاستغلال التجاري لمواد الملك العام أو استغلالها بدافع الربح، بحيث أصبح النظام كترخيص إجباري، يقوم المنتفع بطلب الترخيص من الجهات الحكومية أو جهات التحصيل أو دفع رسم مقابل ذلك حتى يستطيع استغلال المصنف تجارياً^(٣).

ومن أهم التشريعات التي تأثر بها النظام القانوني في الكويت هو التشريع المصري، فما هو موقف المشرع المصري من نظام الملك العام بمقابل؟

لقد تبني المشرع المصري في تشريع الملكية الفكرية رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ نظام الملك العام بمقابل^(٤)، وذلك تجاوباً للآراء الفقهية التي نادى به وتمشياً مع

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٤٩٢. محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٢) محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

(٣) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٤٩٧.

(٤) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٤٩٧.

الاتجاه الحديث لبعض التشريعات في حق المؤلف ولبعض الاتفاقيات الدولية، ومن أهمها اتفاق بانغي ومرفقه الذي اقترح إنشاء نظام الملك العام^(١).

لقد قام المشرع المصري في المادة (١٣٨) بتعريف الملك العام على أنه: "الملك الذي تؤول إليه جميع المصنفات المستبعدة من الحماية بداية أو التي تنقضي مدة حماية الحقوق المالية عليها طبقاً لأحكام هذا القانون". ثم أورد في المادة (١٨٣) تطبيق لنظام الملك العام بمقابل بحيث نصت على أن: "تصدر الوزارة المختصة الترخيص بالاستغلال التجاري أو المهني للمصنف أو التسجيل الصوتي أو الأداء أو البرنامج الإذاعي الذي يسقط في الملك العام مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يتجاوز ألف جنيه".

إذن المشرع المصري تبنى نظام الملك العام بمقابل وقصره على حالة الاستغلال التجاري أو المهني، بحيث أعطى المشرع للوزارة المختصة وهي وزارة الثقافة سلطة إصدار الترخيص للاستغلال التجاري أو المهني، وتحصيل رسم مقابل ذلك تحدده اللائحة التنفيذية بما لا يتجاوز ألف جنيه، ولم يحدد المشرع المصري أوجه صرف هذه الرسوم، وترك تحديدها لللائحة التنفيذية التي صدرت في هذا الخصوص^(٢).

إذا كان هناك اتجاه حديث من تشريعات حق المؤلف تسير في اتجاه تطبيق نظام الملك العام بمقابل، إلا أن أغلب التشريعات المعاصرة ومن ضمنها التشريع الكويتي لا يتبنى هذا النظام، ويسمح بالانتفاع الحر بمصنفات الملك العام دون مقابل.

ثانياً - تقييم نظام مصنفات الملك العام بمقابل:

لتقييم نظام الملك العام بمقابل انقسم الفقه إلى اتجاهين، أحدهما داعم لهذا النظام ويرى أنه من الأهمية تعميمه على كافة التشريعات حق المؤلف، والآخر رافض لهذا النظام ويرى عدم تطبيقه إطلاقاً.

(١) اتفاق بانغي (جمهورية أفريقيا الوسطى) بشأن إنشاء المنظمة الأفريقية للملكية الفكرية والتي أطلق عليها (OAPI) وهي اختصار لـ: (African Intellectual Property Organization) التي عدلت في ١٩٩٩/٢/٢٤.

- تنص المادة (١/٥٩) من المرفق (Annexe VII) بالاتفاق المتعلق بالملكية الأدبية والفنية على أن: "استغلال أعمال الفلكلور والأعمال الأدبية التي انقضت عنها مدة الحماية القانونية وسقطت في الملك العام يكون مشروطاً بدفع مقابل مادي لهذا الاستغلال للجهة المختصة بإدارة مصنفات الملك العام".

(٢) وقد صدرت هذه اللائحة التنفيذية بموجب قرار وزير الثقافة رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٥، وانتقدت هذه اللائحة بشدة حتى قال عنها الفقه المصري أنها لائحة جباية وليست لائحة حماية.

ذهب اتجاه في الفقه^(١) إلى وجوب تعميم نظام الملك العام بمقابل على جميع تشريعات حق المؤلف، لما يحققه هذا النظام من فوائد عديدة تعود على المؤلفين الأحياء وعلى الحفاظ على المصنفات. ويبررون وجهة نظرهم على اعتبار أن الانتفاع الحر بدون مقابل قد يعرض مصنفات الملك العام إلى مخاطر عديدة، وذلك بسبب المنافسة التي ستكون بين دور النشر للاستفادة من استغلال المصنف الساقط في الملك العام، فقد تعمل دور النشر على إغراق السوق بمصنفات الملك العام من خلال إعادة نشرها وبمبالغ زهيدة وبعرض يفوق حاجة المجتمع، أو نشر المصنف الذي حصل عليه مجاناً بأرخص الأسعار وب عروض رديئة طمعاً بالكسب المادي، في حين لو كان الانتفاع مقابل رسم معين، فإن دور النشر سوف تمتنع عن الانتفاع المفرط في هذه المصنفات. ومن جانب آخر فإن الانتفاع الحر بمصنفات الملك العام بالمجان، فإنها ستكون على حساب ازدهار حركة التأليف للمبدعين الجدد، فالاستعانة بالملك العام بمقابل سوف يجعل دور النشر تحيد عن الانتفاع بمصنفات الملك العام - طالما أنها بمقابل - وسيفضلون الحصول على حقوق استغلال المصنفات الحديثة التي لم تسقط بالملك العام، وفي النهاية فإن المقابل الذي تحصل عليه من الانتفاع بمصنفات الملك العام ستعود بالنفع على المجتمع من جديد من خلال تشجيع المبدعين الجدد للحفاظ على الملك العام، مما يساعد على الانتفاع بها لمدة أطول.

هناك اتجاه آخر من الفقه^(٢)، يعترض على نظام الملك العام بمقابل سواء اقترن بشرط الحصول على ترخيص مسبق بالاستغلال أم لم يقترن بذلك، ويذهب اعترضهم على أساس عدم وجود جهات إدارية متخصصة في هذا المجال، والتخوف من فساد الإدارة عند تحصيل الرسوم ومن طول الإجراءات للحصول على التصاريح أمام هذه الجهات. بالإضافة إلى أن طبيعة نظام الملك العام بمقابل يتعارض مع الغاية من الملك العام، وهي إتاحة الانتفاع الحر دون مقابل، ونشر الثقافة بين الجميع دون أية قيود، وأن يكون للملك العام منهل ثقافي يستسقى منه المبدعون الجدد كل ما يحتاجونه من موارد ثقافية، هذه الغايات سوف تتعطل عند وضع قيود وإجراءات تحد من الانتفاع

(١) Blanche D'Ormesson-Kersaint, La protection des œuvres du domaine public, RIDA. 1983, n. 116. P. 53; Alain Barenboim, Le droit dauteur dans l'audiovisuel inventaire des problèmes à la veille d'une réforme, éd Bruyant Bruxelles, 1989, n. 186, p. 240.

(٢) عبد الله شقرون، حقوق المؤلف في الإذاعة والتلفزيون، منشورات اتحاد الإذاعة والتلفزيون، سنة ١٩٨٦، ص ١١٣. مشار إليه لدى محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٢٨٧. - S. Dusollier, op. cit., p.43.

الحر، كما أنه لا مجال من التخوف من سوء استغلال دور النشر لمصنفات الملك العام، لأنها ستكون خاضعة لرقابة القضاء في طريقة استغلالها، واحتفاظ الورثة بالحق الأدبي سوف يمنحهم الحق في الدفاع عن أي تشويه لمصنف مورثهم.

ومن جانبنا نرى أن نظام الملك العام بمقابل يبدو من حيث المبدأ بأنه يتعارض بشكل مباشر مع فلسفة الملك العام بإتاحة المصنف للانتفاع الحر للجمهور ونشر الثقافة بين أفراد المجتمع، والملك العام بهذا الشكل ينطوي على المزيد من الإعاقة للانتفاع الحر بالملك العام. كما أنه يحرم أفراد المجتمع عامة والمبدعين الشباب خاصة من التعرف وتداول مصنفات الملك العام من خلال المنشورات الجديدة أو النقل إلى الجمهور، وخصوصاً إذا كان الانتفاع بهذه المصنفات مرتبطاً بالحصول على الترخيص أو دفع رسم مرتفع^(١).

لذلك ربط الانتفاع بالملك العام بالحصول على الترخيص هو بمثابة مد لمدة حماية الحق المالي، ونقل صلاحية منح الترخيص من الورثة إلى جهة الإدارة، فهذا الإجراء يعيق بشكل صريح الانتفاع الحر بعناصر الملك العام، كما أنه يمنح جهة الإدارة القدرة على توجيه الملك العام، بحيث يصبح ملكاً عاماً توجيهياً لأغراض أخرى غير نشر الثقافة والأدب، فتستطيع جهة الإدارة أن ترفض منح التراخيص لاستغلال مصنفات ترى أنها تناهض سياسة الحكومة أو تحمل توجهات فكرية لا تتفق مع سياسة الملك العام يجعلها تتحكم في مدى انتشاره وانتفاع الجمهور به.

أما فيما يتعلق بفرض رسوم للانتفاع بعناصر الملك العام، على الرغم من أنها تتعارض مع فكرة الانتفاع الحر إذا ما ربطت برسوم باهظة تثقل كاهل المؤلفين، إلا أنها قد تبدو فكرة وجيهة إذا كانت هذه الرسوم رمزية، وتكون عاملاً مساعداً لصون وتدعيم الملك العام، فهي لا تمثل عائقاً أمام الجمهور من الانتفاع الحر بالمصنفات متى اقتصر هذا النظام على الاستغلال التجاري فقط، كما أن هذه الرسوم الرمزية قد تدعم الملك العام متى ما خصصت هذه الرسوم لأغراض اجتماعية وثقافية ولدعم المبدعين الشباب ولحفظ الملك العام ذاته.

ويؤكد هذا الاتجاه الأخير ما اتجهت إليه المنظمة العالمية للملكية الفكرية^(٢) (الويبو) والتي أكدت أهمية تطبيق هذا النظام خصوصاً في البلدان التي تمر بمراحل

(١) عبد الرشيد مأمون ومحمد عبد الصادق، المرجع الساب، ص ٤٩٥. محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٢) محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

التطور، وأخذت في اعتبارها عند إعداد قانون تونس النموذجي لحقوق المؤلف الذي وضع سنة ١٩٧٦ لتستعين به الدول النامية. حيث جاءت في المادة (١٧) منه تحت عنوان (المصنفات المنتمية إلى الملك العام) بأن: "الشخص الذي يستعمل أحد المصنفات المنتمية إلى الملك العام بمقابل يدفع إلى السلطة المختصة نسبة مئوية قدرها (.../%) من مجموع الإيرادات المتأتية من استخدامها أو من استخدام اقتباساتها، بما في ذلك مصنفات الفن الشعبي القومي، وتستخدم المبالغ المحصلة بموجب ذلك للأغراض التالية:

١ - تعزيز المؤسسات التي تنشأ لصالح المؤلفين (أو فناني الأداء) كجمعيات المؤلفين والتعاونيات وغيرها من المؤسسات.

٢ - حماية الفولكلور القومي ونشره" (١).

لذا فإن هذا الاتجاه يقوم بعمل توازن بين هدفين أساسيين وهما دعم وتعزيز الانتفاع الحر وسهولة النفاذ إلى الملك العام وتوفير حماية وصون للملك العام ذاته، والحصول على تمويل لدعم الاحتياجات الاجتماعية للمبدعين الشباب وتمويل الأنشطة الثقافية.

الخاتمة:

إذا كان من حق المؤلف أن يستثمر ويجني ثمار إبداعه وابتكاره، إلا أن للمجتمع الحق أيضا في جني ثمار ما وفره من إمكانيات وموارد ثقافية وأدبية استفاد منها المؤلفون في استخراج إبداعاتهم وابتكاراتهم.

لذلك كان من الضروري التوازن بين المصلحة الشخصية للمؤلف، من خلال تكريس حقوق المؤلف له وحمايتها وفقاً للقانون، وبين حق المجتمع بالثقافة العامة وجني ثمار ما قدمه للمؤلفين، تكمن الآلية في أن يعطى للمؤلف الحق في جني ثمار عمله من خلال استغلال مصنفه وأن يمتد هذا الحق إلى ورثته من بعده لفترة محددة، ومتى انقضت هذه الحماية يسقط المصنف في الملك العام ويصبح متاحاً للانتفاع الحر لأفراد المجتمع.

يقوم الملك العام بدوره بنشر الثقافة والمعرفة بين أفراد المجتمع دون الحاجة إلى الحصول على الترخيص من الورثة أو دفع مقابل لذلك، إلا أن سقوط المصنف

(١) ترك القائمون على إعداد القانون لكل دولة الحرية في تحديد النسبة المئوية بما يتفق مع احتياجاتها.

بالملك العام لا يكون كاملاً وإنما يقتصر على الحق المالي فقط، بمعنى أنه تنتزع الحماية القانونية للحق المالي للمؤلف بعد مرور فترة معينة على وفاته، ويفقد نتيجة لذلك الورثة (أصحاب الحق المالي) الحق في الاستئثار باستغلال المصنف، ويصبح المصنف متاحاً للجميع للانتفاع به واستغلاله، أما الحق الأدبي للمؤلف فلا يشمل الملك العام، على اعتبار أن هذا الحق أبدي لا يسقط بمرور الزمن، وقد يلعب دوراً مهماً في الدفاع عن المصنف وحمايته، وقد يكون له دور سلبي في تقييد الانتفاع الحر لأفراد المجتمع بالمصنف من خلال تمسك الورثة بحقوقهم في احترام المصنف وتحريك الدعاوى على هذا الأساس.

وفيما يتعلق بنظام الملك العام بمقابل الذي عرضنا له من خلال هذا البحث، فإننا نؤكد تعارضه بشكل مباشر مع فلسفة الملك العام بإتاحة المصنف للانتفاع الحر للجمهور ونشر الثقافة بين أفراد المجتمع، ولأن الملك العام بهذا التصور سينطوي على المزيد من الإعاقة للانتفاع الحر بالمصنفات، بما يحرم أفراد المجتمع عامة والمبدعين الشباب خاصة من التعرف على مصنفات الملك العام من خلال المنشورات الجديدة أو النقل إلى الجمهور، وخصوصاً إذا كان الانتفاع بهذه المصنفات مرتبطاً بالحصول على الترخيص أو دفع رسم مرتفع.

ولا شك في أن موضوع الملك العام باعتباره نقيضاً للملكية الفكرية، لم يسترع انتباه المشرعين له، وإنما انصب اهتمامهم بتوفير الحماية لحقوق المؤلف دون الاهتمام بتنظيم الملك العام على اعتبار أنه المصير المحتوم الذي سيؤول إليه كل مصنف.

لذا نتمنى من تشريعات حق المؤلف أن تنتبه وتنظم نظام الملك العام حتى يستطيع أن يحقق غاياته من نشر الثقافة والأدب بين أفراد المجتمع.

المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

أ - المراجع العامة:

- ١ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
 - الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، دون سنة النشر، الكويت.
 - أصول القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- ٢ - توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون سنة النشر.
- ٣ - جابر محجوب علي وسامي الدريعي وخالد الهندياني، حق الملكية في القانون الكويتي، الطبعة الثالثة، الكويت، ٢٠١٢.
- ٤ - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣.
- ٥ - عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- ٦ - محسن عبدالحميد البيه، الملكية في القانون المصري، (دون دار النشر وسنة النشر).

ب - المراجع المتخصصة:

- ١ - تركي صقر، حماية حقوق المؤلف، اتحاد كتاب العرب، دمشق، ١٩٩٦.
- ٢ - جودة فرحات، الاستثناءات المرعية على حقوق الملكية الفكرية، مجلة معهد القضاء، عدد خاص للملكية الفكرية، السنة الثامنة، العدد السابع عشر، الكويت، أكتوبر ٢٠٠٩.
- ٣ - خالد جاسم الهندياني ومحمد سامي عبد الصادق، حق المؤلف في القانون الكويتي، ط ٢، الكويت ٢٠١٢.
- ٤ - دليا ليبزك، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ترجمة محمد حسام لطفي، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الرياض، ٢٠٠٤.
- ٥ - عبد الرحمن أحمد الأحمد، دراسة الأبعاد الاجتماعية والنفسية والتربوية للقانون رقم (٦٤) لسنة ١٩٩٩ في شأن الملكية الفكرية، مجلة معهد القضاء، عدد خاص بالملكية الفكرية، السنة الثامنة، العدد السابع عشر، الكويت، أكتوبر ٢٠٠٩.

- ٦ - عبدالرحمن بن عبدالله السند: أحكام الملكية الفكرية في الإسلام، مجلة معهد القضاء، السنة الثامنة، العدد السابع عشر، عدد خاص بالملكية الفكرية، الكويت، أكتوبر ٢٠٠٩.
- ٧ - عبد الرشيد مأمون ومحمد سامي عبدالصادق، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٨ - عبدالله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ، الرياض، ٢٠٠٠.
- ٩ - عبد الوهاب عرفة، الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، دار المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر، الإسكندرية.
- ١٠ - محمد السيد فارس، الوسيط في الملكية الأدبية والفنية، المجلد الأول، حقوق المؤلف، الجزء الأول، الحقوق المالية للمؤلف، الكتاب الأول، مفهوم الحقوق المالية للمؤلف، دون دار نشر وسنة النشر.
- ١١ - محمد سامي عبد الصادق، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، المكتب المصري الحديث، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ١٢ - محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٤.
- ١٣ - نواف كنعان، حق المؤلف، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية:

- 1 - Aittouares Jean, Les risques de démembrement des droits de l'auteur décédé, Colloque, La transmission successorale du droit dauteur, 9 avril 2014, Université Pantheon-Assas..
- 2 - Barenboim Alain, Le droit dauteur dans l'audiovisuel inventaire des problèmes à la veille d'une réforme, éd Bruyant Bruxelles, 1989.
- 3 - Bouloc Camille, L'exercice du droit moral après la mort de l'auteur, Mémoire présenté à l'université Panthéon Assas, Paris II, 2013.
- 4 - Carreau Caroline:
 - Mérite et droit dauteur, LGDJ, 1981.
 - Caron Christophe, Droit moral après la mort de l'auteur: qui peut intenter l'action? CCE avril 2005.
 - La propriété littéraire au royaume d'Hadès, D. 2001.

- 6 - Chevane Albert et Burst Jean-Jacques, Droit de la propriété industrielle, 5 éd. Dalloz. 1998.
- 7 - Colombet Claude, Propriété littéraire et artistique, 6 éd.1992, précis Dalloz.
- 8 - Cornu G., Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd., v^o "Domaine public", 2000.
- 9 - Chamarcé Tricot, L'indivisions et le sort du droit moral post-mortem, D. 2011, les petites affiches, n.197.
- 10 - Colloque de L'IRPI, Droit d'auteur et droits voisins, La loi du 3 juillet, 1985,, Paris 21 et 22 novembre 1985, Librairies techniques 1986.
- 11 - Derieux E., Lexercice du droit moral après la mort lauteur, Dalloz 2000, petites affiches.
- 12 - D'Ormesson-Kersaint Blanche, La protection des œuvres du domaine public, RIDA. 1983.
- 13 - Desbois Henri, Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3 éd. 1978.
- 14 - Dumas Roland, La propriété littéraire et artistique, Thémis PUF, 1987.
- 15 - Durrande S., Les héritiers du droit au respect, D.S. 1989, Chr. 189.
- 16 - Dusollier Séverine, tude exploratoire sur le droit dauteur et les droits connexes et le domaine public.
Rapport présenté à la Comité du développement et de la propriété intellectuelle (7 éme session) au (WIPO), Genève 2 mai 2011.
- 17 - Edelman Bernard:
 - Droits dauteur droits voisins, Dalloz 1993.
 - Nature du droit dauteur et des droits voisins, jurisclasseur civil Annexes IV, fasc. 301.
- 18 - Gautier Pierre-Yves, Propriété littéraires et artistique, PUF.

- 19 - Gaudrat Philippe, Œuvres protégées, Jurisclasseur, Civil Annexes, fasc. 1134.
- 20 - Hovasse-Banget S., Le droit des succession en propriété littéraire et artistique, 1990.
- 21 - Lucas André:
 - Œuvres, protégées, Règles générales, Jurisclasseur. Civil Annexes, fasc. 1135.
 - Titulaires du droit d'auteur, Règles générales, Jurisclasseur, Civil Annexes, IV, fasc. 1185.
 - Propriété littéraire et artistique, 3 éd. Dalloz, 2004.
- 22 - Lebert Marie, Domaine public et droit d'auteur, un vaste sujet...". <http://www.etudes-francaises.net/entretiens/article32.htm>.
- 23 - Lusson-Lerousseau Nicole, Domaine privé de L'État. Dalloz Répertoire de droit civil. 2éd.
- 24 - L'Alignant Olivier, La divulgation des œuvres artistiques littéraires et musicales LGDJ 1983.
- 25 - Lindon R., Les droits de la personnalité, Dalloz 1983.
- 26 - Maleurie Ph et Aynés L., Droit civil, les bien, Cujas 1990.
- 27 - Mélanges en l'honneur de André Francon, Propriétés intellectuels, Dalloz 1995.
- 28 - Pollaud-Dulain Frédéric:
 - Droit moral et Droit de la personnalité, JCP.G. n. 29, I,13780. Qui peut faire respecter le droit moral, SGDL. http://www.sgdl.org/ressource/documentation-sgdl/actes_desforums/le-droit-moral/1130q...
 - Régime matrimoniaux et successions, Jurisclasseur Civil Annexes, fasc. 337.
 - La durée du droit dauteur, RIDA 1998.
- 29 - Plaisant R., Droit moral, jurisclasseur, Civil Annexes, fasc. 310.

- 30 - Sivan Isabelle:
 - Quand une œuvre tombe-t-elle dans le domaine public?
 - <http://www.sivan-avocats.com/Domaine-public.html>
- 31 - Schroeder Jean-Baptiste, Les actions en justice des co-titulaires indivis du droit dauteur, Acte du colloque, la transmission successorale du droit dauteur, 9 avril 2014, Université Panthéon-Assas.
- 32 - Thomas Stéphane, Droit d'auteur et dévolution successorale du droit moral, Mémoire présenté à l'université Robert Schuman, de Strasbourg, 2002.

مراجع أخرى دون ذكر اسم المؤلف:

- 1 - Domainc Public (propriété intellectuelle), Wikipédia, lencyclopédie, libre. [http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Domaine_public_\(propriété_intellectuelle\)&oldid=111971276](http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Domaine_public_(propriété_intellectuelle)&oldid=111971276).
- 2 - Questions fréquentes Droit d'auteur - Domaine public. <https://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/questions-frequentes/domaine-public.html>
- 3 - Quest-ce que le domaine public? Journée du domaine public. <http://journeedudomainepublic.fr/le-domaine-public/>
- 4 - Le casse-tête du calcul de la durée du droit d'auteur. <http://www.lesinfostrategies.com/article/1201392/le-casse-tete-du-calcul-de-la-duree-du-droit-d-auteur>.

هذه بعض الأبحاث التي اطلعت عليها من خلال شبكة الإنترنت ولم تكن مسندة إلى اسم المؤلف.

جريمة الكسب غير المشروع دراسة تحليلية مقارنة للمرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية

الدكتورة/ نورة طه عبد اللطيف العموي

قسم القانون الجزائي

كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

وردت جريمة الكسب غير المشروع في المادة ٢٠ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي عرفت هذا السلوك بأنه "الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياساً على دخله المشروع". وقد انضمت الكويت إلى هذه الاتفاقية سنة ٢٠٠٣، ونتج منها المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ الذي قضى بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد وكشف الذمة المالية، وتضمن تجريم الكسب غير المشروع في المادة ٢٢ الفقرة ٦ منه.

ومحور الدراسة مختص في تفسير مفهوم جريمة الكسب غير المشروع ورسم بنیان الجريمة القانوني، من خلال بيان الشروط المفترضة وتعيين الركن المادي المكون للجريمة، مع تحديد الركن المعنوي للجريمة بحسب المعايير العامة التي جاءت في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

استعرض البحث بعض الثغرات التي شابت نصوص المرسوم بقانون، ولاسيما تلك المتعلقة بتجريم الكسب غير المشروع، والفئات الخاضعة للمرسوم بقانون بحسب ما تم حصرها في المادة الثانية منه، في حين أغفل المشرع إدراج زوج الخاضع للمرسوم أو شريكه. وفيما يتعلق بمفهوم الجريمة فأساسه يقوم على تحقق الثروة من غير إثبات الخاضع مصدراً مشروعاً لها، وهو ما يشكل توسعاً في مفهوم النص، وبذلك فإن الإشكالية في جريمة الكسب غير المشروع هي نقل عبء الإثبات على عاتق المتهم. وتناولت الدراسة توضيح جريمة الكسب غير المشروع وبيان الحاجة إليها وتحديد أركانها القانونية مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار طبيعتها الخاصة وما تقتضيه الحاجة من انتهاك بعض الحقوق لمصلحة أسمى وأعم.

المقدمة

أصبح الفساد ظاهرة تواجه المجتمعات الدولية، الأمر الذي استدعى تضافر الجهود الدولية لمحاربة تلك الظاهرة^(١). ومن صور المساعي الدولية في مواجهة تلك

(١) في الآونة الأخيرة توسع نطاق الأبحاث لدراسة ظاهرة الفساد بشكل عام، انظر على سبيل المثال: جمعية الشفافية العالمية، Transparency International, Corruption Perception Index, 1995, available at http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi

الآفة أن المنظمات الدولية تبنت اتفاقيات ومعايير خاصة للعمل على مكافحة الفساد الذي أضحى خطراً على اقتصاديات الدول وأمنها الاجتماعي والقومي^(٢). ولم يعد أثره يقتصر على اقتصاد الدولة ومؤسساتها فحسب وإنما في عدة جرائم ذات طبيعة الجرائم العابرة للحدود الوطنية كجرائم الإرهاب والجرائم المنظمة والاتجار بالبشر^(٣). وقد ترجمت تلك الجهود بوضع سلسلة اتفاقيات قانونية متتابعة لمحاربة الفساد بين ١٩٩٦-٢٠٠٣^(٤). ولعل أهمها الاتفاقيات الدولية الخمس: اتفاقية البلدان الأمريكية التي اعتمدها منظمة الدول الأمريكية في ٢٩ مارس ١٩٩٦، واتفاقية مكافحة الفساد بين موظفي الجماعات الأوروبية أو موظفي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي والتي اعتمدها مجلس الاتحاد الأوروبي في ٢٦ مايو ١٩٩٧، ثم اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية، التي اعتمدها منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي في ٢١ نوفمبر ١٩٩٧، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه، التي اعتمدها رؤساء دول وحكومات الاتحاد الإفريقي في ٢١ يوليو ٢٠٠٣، أخيراً اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في ديسمبر ٢٠٠٣، وكان الهدف من هذه الاتفاقية العالمية هو وضع معيار عام لمحاربة الفساد، وقد انضمت إليها دولة الكويت بالقانون رقم ٤٧ لسنة ٢٠٠٦ الصادرة في ٩ ديسمبر ٢٠٠٦، و نصت الاتفاقية في مادتها السادسة على ضرورة وجود هيئة مستقلة تتولى مكافحة الفساد ومنعه، وانسجاماً مع تلك الاتفاقية صدر المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد.

وقبل الشروع في تفاصيل هذه الدراسة وأبعادها، لابد من التطرق لبيان مفهوم الفساد. فالفساد اصطلاحاً هو "استغلال الموظف العام وظيفته للحصول على مكاسب شخصية"^(٥). وبالنظر إلى هذا التعريف نجد أنه تعريف واسع، وقد يدخل في

(٢) Patrick X. Delaney, Transnational Corruption: Regulation Across Borders (Journal of International Law, 47 V.413, 419, 2007).

(٣) انظر بصورة عامة في United Nation Office on Drugs and Crime (U.N.O.D.C.) Compendium of International Legal Instruments on Corruption (2005) <http://www.unodc.org/documents/corruption/corruption-compendium-en.pdf>.

(٤) انظر في الديباجة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي حددت هذه الاتفاقيات.

(٥) Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Glossaries, [2008], "Corruption", A Glossary of International Standards in Criminal Law, OECD Publication.

إشكاليات قانونية وسياسية لتحديد فعل معين وتصنيفه باعتباره فساداً^(٦). لذلك حددت اتفاقية الأمم المتحدة الأفعال التي تعتبر فساداً في المواد (٢٣، ٢٢، ٢١، ٢٠، ١٩، ١٨، ١٧، ١٦، ١٥)، في الفصل الثالث منها، ومن ذلك جريمة الرشوة، اختلاس أموال عامة، استغلال المنصب والاتجار بالنفوذ، الكسب غير المشروع وجريمة غسل الأموال. إلا أن البحث في جرائم الفساد يؤكد أنها أصبحت من الجرائم التي يصعب إثباتها وقيام الدليل على وقوعها وفقاً للقانون المعمول به في النظام الجنائي العام للدولة. وفي الآونة الأخيرة حظيت جريمة الكسب غير المشروع باهتمام عالمي بعد تزايد الأفعال التي تثير شبهة ارتكاب الموظف العام للكسب من وراء عمله الوظيفي. ومن مظاهر هذا الاهتمام، اتفاقية البلدان الأمريكية لمحاربة الفساد واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد اللتان عالجتا مشكلة زيادة أموال الموظفين من غير مسوغ معقول. حيث تناولت المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تعريف الكسب غير المشروع على أنه:

"الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياساً على دخله المشروع".

وقد أدرج المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بشأن إنشاء هيئة مكافحة الفساد وكشف الذمة المالية جريمة الكسب غير المشروع في الفقرة السادسة من المادة (٢٢) منه، إلا أن المشرع قد أغفل بيان النشاط الإجرامي الذي يسفر عن الكسب غير المشروع. لما كان ذلك فإننا، خصصنا هذه الدراسة لتحليل المرسوم بقانون المذكور، موضحين مفهوم جريمة الكسب غير المشروع وأركانها القانونية من منظور اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

مناط الدراسة:

يعد المرسوم بقانون (٢٤) لسنة ٢٠١٢ بشأن مكافحة الفساد من أهم القوانين الحديثة نسبياً في قواعد القانون الجزائي الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، إذ إنه تناول جملة جرائم مرتبطة بالفساد، منها جرائم غسل الأموال، وجرائم أسواق المال، وجرائم التهرب الضريبي، وجريمة الرشوة، والوساطة ولعل أبرزها تجريم الكسب غير المشروع الوارد في المادة (٢٢) الفقرة ٦، وهو المستمد من اتفاقية الأمم المتحدة

(٦) Quraishi, Ophelie, Assessing The Relevancy and Efficacy of The United Nations Convention Against Corruption: Comparative Analysis (Notre Dame Journal of International Law, 2011) 101-166.

لمكافحة الفساد في قرارها رقم ٤/٥٨ المؤرخ ٣١ أكتوبر ٢٠٠٣، والتي صادقت عليه دولة الكويت في ٩ ديسمبر ٢٠٠٣.

إن دراسة المرسوم بقانون يطرح زوايا بحث عديدة، نظرا لما يحتويه من موضوعات مستحدثة على القوانين الجنائية الكويتية، منها ما يتعلق بوسائل مكافحة الفساد على أساس كونها ظاهرة متفشية دوليا ومحليا، ومنها ما هو متعلق بإنشاء هيئة مكافحة الفساد وكشف الذمة المالية، ومدى الحاجة إلى الهيئة المعنية بفحص البلاغات في ظل وجود النيابة العامة المسؤول الأساسي في تحريك الدعوى الجنائية. ومنها أيضا تساؤل حول مدى انتهاك المرسوم بقانون للدستور وللسرية المصرفية أو ما يتعلق بالإجراءات الجزائية وطرق إثباتها، ولاسيما تلك المتعلقة بنقل عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى المتهم، وهو ما يشكل مساسا بأهم ضمانات من ضمانات المتهم وهي قرينة البراءة. وإلى جانب العديد من المسائل القانونية التي تحتاج إلى دراسة وتحليل وجدنا أن من أهم تلك المواد ما يتعلق بجريمة الكسب غير المشروع الواردة في الفقرة السادسة من نص المادة ٢٢ من المرسوم بقانون. وتستمد أهميتها من أنها تعتبر إضافة في تجريم سلوك الأفراد ولاسيما الخاضعون للمرسوم بقانون الوارد حصرهم في المادة (٢) منه. غير أن المرسوم بقانون لم يحدد طبيعة الجريمة ولم يبين منط الأفعال سواء الإيجابية أو السلبية منها، التي تستوجب العقاب.

وعلى ضوء ما أسلفنا فقد ارتأينا أن نشرح هذه الجريمة وإطارها القانوني، نبين شرطها المفترض وأركانها العامة، مع مقارنتها بأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والاستفادة من الدراسات السابقة ولاسيما تلك التي وردت في القانون الجنائي الدولي للتعريف بجريمة الكسب غير المشروع، ثم أركان الجريمة دون النظر في الشق الإجرائي، وكيفية تحريك الدعوى الجنائية.

أهمية البحث:

جريمة الكسب غير المشروع يكتنفها العديد من الصعوبات سواء أكانت تلك المتعلقة بفعل الجريمة أم إثباتها، وترجع تلك الصعوبات إلى عدم تحديد المشرع الكويتي لتعريفها أو ضبطها، كما ذكرنا سالفا مما يجعلها مجالا خصبا للبحث والدراسة. فموضوعها مهم في ذاته لكونه يعتبر إضافة جديدة على جرائم الاعتداء على المال العام في قانون الجزاء الكويتي. كما أنه مرتبط باقتصاد الدولة، ومن هنا جاءت أهمية دراسة جريمة الكسب غير المشروع ودراساتها.

لقد اكتفى المشرع الكويتي بمجرد تحقق ثروة غير مشروعة في أثناء تأدية الموظف الخاضع للقانون لوظيفته مع عدم إثبات مصدر مشروع لتلك الثروة، حتى

تثور المسؤولية الجنائية لارتكاب الجاني جريمة الكسب غير المشروع. أي أن الأمر لا يتطلب ارتكاب الجاني لجريمة اعتداء على مال عام مكتملة الأركان كالرشوة أو الاختلاس، وإنما تحرك الدعوى الجنائية على الخاضع للقانون دون النظر لما ارتكبه من جرائم أخرى، على غرار جريمة غسل الأموال التي يشترط لتحقيقها قيام جريمة أولية^(٧). فأساس الجريمة هو تحقق الثروة وعدم إثبات مصدر مشروع لها، وتقوم الجريمة بمجرد الإثراء ويقع عبء الإثبات على الفاعل لتفسير مشروعية المصدر. وعليه فإن المسؤولية الجنائية تقوم بمجرد وجود الزيادة في الذمة المالية للخاضع للقانون على الرغم من عدم خضوع فعله لأي من جرائم الاعتداء على المال العام.

ولعل أكبر انتقاد يوجه لتجريم الكسب غير المشروع هو مدى توافق الجريمة مع مبدأ قرينة البراءة^(٨). وعلى الرغم من ذلك، صار كل من المجتمع الدولي ومنظومة الأمم المتحدة يأخذ مجرى آخر عند النظر في جرائم الفساد، ويؤكد أنه عندما تقف مبادئ حقوق الإنسان عائقاً أمام محاربة الفساد المتفشي في بلد ما، فإنه يصير من اللازم على الدول محاربة الفساد، ويغدو خطراً لا بد على الدول من مواجهته^(٩). جاء ذلك منسجماً مع ما ورد في المذكرة الإيضاحية لصدور المرسوم بقانون بإنشاء هيئة عامة لمكافحة الفساد، انعكاساً لما حل بالبلاد من الأزمات التي مرت بها الكويت والإخفاقات التي شابت أجهزة الدولة، مما أصبح معه إصلاح الوضع "استحقاقاً وطنياً"^(١٠).

(٧) تجدر الإشارة هنا إلى أن قانون غسل الأموال تم تعديله بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ولشرح مناهج الجريمة انظر في شرح الجريمة الأولية للدكتور عادل المانع، البنين القانوني لجريمة غسل الأموال: دراسة تحليلية مقارنة في التشريع الكويتي والمصري والفرنسي. مجلة الحقوق العدد الأول-السنة التاسعة والعشرون. الكويت، مارس ٢٠٠٥.

(٨) Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012) 57-93.

(٩) See for example, Statements by the Committee on Economics, Social and Cultural Rights that "States face serious problems of corruption, which have negative effects on the full exercise of rights covered by covenant" [ICESCR] E/C.12/1/ADD.91(CESCR,2003, para.12); See also the statement by the UN Special Rapporteur on independence of judges and lawyers in E/CN.4/2006/52/Add.4. para 96."

(١٠) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية الصادر في ١٩ نوفمبر ٢٠١٢.

ولا شك أن بحثنا في هذه المادة المستحدثة على قانون الجزاء له أهمية، لما يثار من تساؤلات تحتاج قدرا من الدراسة والبحث، منها ما هو متعلق بمفهوم جريمة الكسب غير المشروع، مثل ما مقدار الإثراء لقيام الجريمة؟ وكيف يتصور وقوعها بمجرد تحقق الإثراء؟ ومن الفاعل الأصلي ذو الصفة الذي يندرج تحت نصوص القانون؟ كل تلك التساؤلات من شأن الدراسة بحثها والإجابة عنها بالاستعانة بالدراسات الأجنبية الحديثة المتعلقة بفحص اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهو ما يجعل هذه الدراسة تقدم فهماً شاملاً لعناصر التجريم في جريمة الكسب غير المشروع، والكشف عما يعتري النص من سلبيات، ويفتح أمامنا بعض الفرضيات التي تشير إلى قصور النص في تحقيق الغرض منه، ومن ثم نضع بعض الحلول التي تعيننا على جبر هذا القصور في المستقبل.

الهدف من الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تقييم حاجة التشريع الجنائي الكويتي إلى نص لتجريم الكسب غير المشروع، وفي الوقت نفسه تقييم الصياغة القانونية التي جاء بها، وبيان قصورها التشريعي عند مقارنته مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ومن ثم تقديم التوصيات التي تسهم - بحسب رؤيتنا - في تحقيق الغرض الذي وضع من أجله قانون مكافحة الفساد بصفة عامة.

منهج البحث:

استعان هذا البحث بمجموعة من مناهج البحث العلمية، فيما أن نص تجريم الكسب غير المشروع يعتبر من نصوص التجريم المستحدثة والمضافة إلى جانب القواعد القانونية، فتبنى البحث المنهج التاريخي ابتداءً وذلك في بيان أساس فكرة تجريم الكسب غير المشروع وتطورها دولياً منذ ١٩٣٦ وحتى ٢٠٠٣. استعانت الدراسة أيضاً بالمنهج الوصفي في توضيح القواعد القانونية الجزائية المعمولة في دولة الكويت لاسيما تلك المتعلقة بالاعتداء على الأموال العامة وجريمة غسل الأموال حسب ما جاء في قانون الجزاء الكويتي. فمن خلال بحث تلك النصوص الجزائية بينت الدراسة جوانب النقص والثغرات التي تعترضها تلك النصوص فاستجلت الحاجة إلى وضع نص يجرم الكسب غير المشروع. كما إن من المفيد إخضاع المادة ٢٢ فقرة (٦) من المرسوم بقانون، التي نصت على جريمة الكسب غير المشروع لدراسة تحليلية فاستعرضنا من خلالها أساسها الفرضي ونشاطها الإجرامي. فمن خلال المنهج التحليلي قام البحث بتفسير ونقد بعض نصوص المرسوم بقانون عند معالجة جريمة الكسب غير المشروع، حتى تتضح مشكلاتها لتبدو بصورة واضحة متكاملة.

كما أن البحث استعان بالمنهج المقارن حيث تم مقارنة نصوص المرسوم بقانون مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وأيضاً مع بعض التشريعات المقارنة كقانون الجزاء المصري، وذلك لرصد مواطن الخطأ والصواب في نص جريمة الكسب غير المشروع.

طرق البحث:

هذه الدراسة منبثقة من أبحاث منشورة عن جريمة الفساد بصفة عامة والكسب غير المشروع بصفة خاصة، ولاسيما تلك المتضمنة في الاتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد. أما ما يتعلق برسم الإطار القانوني لجريمة الكسب غير المشروع فإن الدراسة استندت إلى القواعد العامة في قانون الجزاء وفي القسم العام تحديداً.

إن الجدل الفقهي حول تحديد مفهوم جريمة الكسب غير المشروع يفرض تخصيص فصل لبحث مفهوم الجريمة والمشكلات القانونية التي قد يثيرها مع وجود النص، وتوضيح أساس فكرة التجريم ومفهومها لبيان مدى حاجة المشرع الجنائي إلى إضافة نص تجريم الكسب غير المشروع في ظل قانون حماية الأموال العامة. بعد ذلك، خصصنا فصلاً آخر لشرح أساس قيام جريمة الكسب غير المشروع من خلال التطرق إلى الشرط المفترض والإشارة إلى الفئات التي شملها المرسوم بقانون محل الدراسة، أي الخاضعين للقانون، نسلط الضوء أيضاً على ضرورة تقديم هؤلاء الأفراد إقرارات لكشف ذمهم المالية، وهو ما يشكل الشرط المفترض الثاني لقيام الجريمة. وتطرق الفصل الثاني إلى أركان قيام الجريمة سواء أكانت أركاناً مادية أم معنوية، وفي الختام استعرضنا أهم النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

التعريف بجريمة الكسب غير المشروع

يتناول هذا الفصل مفهوم جريمة الكسب غير المشروع بحسب ما ورد في نصوص المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢، هذا بالإضافة إلى مقارنته مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من حيث مفهوم الجريمة. ولعل من الضرورة بمكان أن نحدد أهمية الإضافة التشريعية في ظل وجود بعض القوانين ذات الصلة بتجريم الاستيلاء على الأموال العامة، كجريمة الرشوة في المادة ٣٥ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، والقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ الخاص بحماية الأموال العامة، وقانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب وذلك في مبحثين. يعرض المبحث الأول لطبيعة الجريمة، في حين يخصص المبحث الثاني لبيان مدى الحاجة إلى تجريم خاص للكسب غير المشروع في ظل وجود الأحكام الخاصة بالرشوة الواردة في قانون الجزاء تحت عنوان "الجرائم المتعلقة بأعمال الموظفين العموميين"، وقانون حماية الأموال العامة، وقانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وبيان القصور التشريعي لهذه القواعد القانونية في مواجهة ظاهرة الإثراء غير المبرر من الموظفين العموميين.

المبحث الأول

طبيعة جريمة الكسب غير المشروع تطور فكرتها ومفهومها

هناك العديد من السبل المجرمة قانوناً في الحصول على المال كالسرقة، والنصب وخيانة الأمانة، وغير ذلك من الجرائم الواقعة على المال وقد عالجه قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ في القسم الخاص منه، وهذا النوع من الجرائم يمكن أن يقع من فرد على فرد آخر. غير أن هناك بعض الجرائم تمس المال العام للدولة، مما جعل المشرع يشترط صفة خاصة في مرتكبها، وهي صفة الوظيفة العامة المكلف بها الجاني. وهذه الجرائم تتضمن إخلالاً بالوظيفة أو استغلالها للحصول على مال أو منفعة له أو لغيره بعلمه، مثل جرائم الرشوة والاختلاس والاستيلاء على الأموال العامة، وغيرها من جرائم الاعتداء على المال العام. إلا أن المشرع الكويتي رأى أن الأبواب لم توصل أمام المعتدين على الأموال العامة من بعض الموظفين العموميين، وبذلك أضحي قانون مكافحة الفساد "استحقاقاً وطنياً"

لمواجهة تفشي ظاهرة الفساد بين مؤسسات الدولة كما جاء في المذكرة التفسيرية الخاصة بالقانون المشار إليه.

ونظرا لاستغلال الموظف العام لسلطاته التي أسهمت في إيجاد جدار أو ستار للهرب بجرائمه والإفلات من العقاب، فقد تدخل المشرع الكويتي سنة ٢٠١٢ ليضيف المادة ٢٢ لتأكيد اعتبار بعض الجرائم جرائم فساد، وإضافة تجريم الكسب غير المشروع كجريمة مستقلة. وذلك لأهمية المصلحة المحمية في ظل قانون الفساد، وتحقيقا لغاية جنائية أكبر في ذاتها على أساس أن الضرر الواقع من تلك الجريمة يمس المصلحة العامة^(١١).

نتناول في هذا المبحث التطور التاريخي لتجريم الكسب غير المشروع في القانون الدولي، ثم طبيعة جريمة الكسب غير المشروع، وذلك في مطلبين.

المطلب الأول

تطور فكرة تجريم الكسب غير المشروع في منظومة الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

يعد قانون الكسب غير المشروع من التشريعات التي استحدثها المشرع في أعقاب الحرب العالمية الثانية مع تزايد الجرائم ذات الطبيعة الاقتصادية^(١٢). أما فكرتها فقد جاءت بداية على يد السيد رودلف كارمينا سيقورا - العضو في البرلمان الأرجنتيني - حين لاحظ في أثناء رحلة كان يقوم بها في عام ١٩٣٦ مظاهر الثراء والغنى على مأمور القطار. إذ كانت غير متناسبة مع قيمة دخل ذلك الموظف العام المشروعة، وهو ما دفعه الى أن يقدم اقتراحا بقانون إلى البرلمان الأرجنتيني ينص على معاقبة الموظف العام الذي يحصل على ثروة دون أن يتمكن من تبرير مشروعيتها مصدر هذه الثروة. إلا أن هذا الاقتراح لم يدخل حيز التنفيذ في الأرجنتين إلا في سنة ١٩٦٤^(١٣).

(١١) محمود نجيب حسني. قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٨٧، ص. ٦.

(١٢) Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012) p. 2.

(١٣) Lindy Muzila et all, On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption (World Bank, Public Disclosure, 2012) p.7-9.

وفي الهند، كان الكسب غير المشروع بداية يؤخذ باعتباره دليل إثبات وقرينة على قيام الموظف العام بارتكاب إحدى جرائم الفساد، ولكن لم يؤخذ بالكسب غير المشروع كجريمة فساد قائمة بذاتها، حيث كان قانون مكافحة الفساد الهندي يمنح سلطة الاتهام الحق باعتبار تراكم الأموال غير المشروعة عند الموظف العام قرينة على ارتكابه إحدى جرائم الفساد كالرشوة، والاعتداء على الأموال العامة أو استغلال الوظيفة العامة أو غيرها من جرائم الفساد. إلا أن هذا القانون انتقد لسببين، الأول إطلاق العنان لسلطة الاتهام في إسناد الاتهام بجريمة الفساد على الموظفين العامين دون مسوغ مادي معقول، الثاني عدم اعتبار الكسب غير مشروع جريمة بحد ذاتها^(١٤). لذلك عدلت الهند قانون محاربة الفساد، وأصبحت الهند - إلى جانب الأرجنتين - من أوائل الدول المجرمة للكسب غير المشروع. وقد عرفت الهند جريمة الكسب غير المشروع بأنه: "حصول الموظف العام على دخل من مصدر مشبوه ويعجز عن تفسير مصدر مشروعيته"، واعتبرت الكسب غير المشروع سلوكاً إجرامياً مؤثماً يعاقب عليه الموظف العام بعقوبة الحبس سنة كحد أدنى أو سبع سنوات كحد أعلى^(١٥). أما الأرجنتين فقد عرفت الكسب غير المشروع بأنه: "الفشل في تبرير مصدر الإثراء سواء له أو لطرف ثالث بقصد إخفائه...". وقد عاقبت الأرجنتين مرتكب جريمة الكسب غير المشروع بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والمصادرة^(١٦).

بعد ذلك، حاز موضوع مكافحة الفساد ولاسيما جريمة الكسب غير المشروع اهتماماً كبيراً على الصعيدين الدولي والإقليمي. حيث أبرمت اتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد في سنة ١٩٩٦، والتي تعتبر من أولى الاتفاقيات التي عرفت وطلبت من الأطراف الموقعة تجريم الكسب غير المشروع من قبل الموظفين العموميين^(١٧).

(١٤) Lindy Muzila et all مرجع سابق ص ٨.

(١٥) القانون الهندي لمكافحة الفساد رقم (٤٨) لسنة ١٩٨٨.

The India Prevention of Corruption Act No. 48 of 1988, Chapter III: Offences and Penalties, Point 13, September 9, 1988, available at http://www.persmin.gov.in/DOPT/EmployeesCorner/Acts_Rules/PCAct/pcact.pdf.

(١٦) قانون الجزاء الأرجنتيني سنة ١٩٦٤، في المادة ٢٦٨ (٢) منه.

(١٧) انظر في:

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, SECRETARIAT OF LEGAL AFFAIRS, DEPARTMENT OF LEGAL COOPERATION, BACKGROUND, AVAILABLE AT: http://www.oas.org/juridico/english/corr_bg.htm.

وتجدر الإشارة إلى أن كلا من كندا وأمريكا قد تحفظت على نصوص التجريم انطلاقاً من أن فيها انتهاكاً لبعض مبادئ الدستور وحقوق المتهم بأن الأصل في الإنسان البراءة^(١٨). بعدها أئت اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمكافحة ومنع الفساد سنة ٢٠٠٣، أخيراً وبعد ثمان سنوات من إبرام اتفاقية البلدان الأمريكية، دشنت الأمم المتحدة الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد سنة ٢٠٠٣، ودخلت حيز التنفيذ سنة ٢٠٠٥، وقد نصت المادة (٢٠) منها على تجريم الكسب غير المشروع، تلك المادة التي تبناها المشرع الكويتي في فقرته السادسة من المادة رقم (٢٢) في المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية.

المطلب الثاني: مفهوم جريمة الكسب غير المشروع

كما ذكرنا سالفاً، لم يضع المشرع الكويتي تعريفاً لجريمة الكسب غير المشروع، وإنما اكتفى بإدراجه ضمن جرائم الفساد في المادة ٢٢ في الفقرة ٦ من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢، إلا أنه باستقراء المادة ٣٣ من المرسوم بقانون سالف البيان التي تناولت إجراء كشف الذمة المالية قد أشارت في الفقرة الثانية منها إلى النشاط الإجرامي لمن يرتكب جريمة الكسب غير المشروع، وذلك على النحو التالي:

"وللهيئة بناء على طلب لجان الفحص، أن تطلب من رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه الإنن بالحصول على بيانات عن حسابات الخاضع لدى البنوك والمؤسسات المالية، إذا قامت دلائل جدية على وجود زيادة غير مبررة في أمواله تثير شبهة جريمة الكسب غير المشروع".

ويتضح من خلال توصيف المشرع للكسب غير المشروع أنه لم يحدد النشاط المادي المشكل للجريمة، وإنما جعلها فضفاضة عامة، إذ يكفي لوقوع الجريمة تحقق الزيادة غير المبررة. وهذا النهج الموسع لمفهوم جريمة الكسب غير المشروع هو ذاته الذي سنته أهم الاتفاقيات الإقليمية والدولية لمكافحة الفساد^(١٩). فاتفاقية الأمم المتحدة - على سبيل المثال - عرفت جريمة الكسب غير المشروع في المادة (٢٠)

(١٨) Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the general OAS, at pp. 92-93, 1999.

(١٩) انظر على سبيل المثال: المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المادة (١) من اتفاقية البلدان الأمريكية، والمادة (٨) من اتفاقية الاتحاد الإفريقي.

منها على أنها: "الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة، قياساً على دخله المشروع". فتقوم الجريمة - وفقاً لهذا التعريف - بمجرد زيادة أموال الفاعل مادام القصد الجنائي العام قد توافر وقت تحقق الإثراء^(٢٠). كما أن النص الجنائي الوارد في الاتفاقية لم يضع حداً أدنى لما يمكن اعتباره كسباً غير مشروع، فتثور مسؤولية الفاعل متى كانت الزيادة لا تتناسب مع مصادر دخله وعجز الخاضع للقانون عن إثبات مصدر مشروعيتها. تجدر الإشارة هنا إلى أنه وردت بعض التحفظات أثناء مناقشة بنود الاتفاقية عند وضع تجريم الكسب غير المشروع لما في عناصر تجريمه من توسع، وهناك بعض من الدول الأعضاء طالب بإلغاء نص المادة (٢٠)^(٢١).

وبالنظر إلى التشريعات المقارنة كالتشريع المصري الذي نلاحظ أنه ضيق من نطاق تطبيق جريمة الكسب غير المشروع حين تناول في مادته الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ لتعريف الكسب غير المشروع، حيث نص على:

"يعد كسباً غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو غيره بسبب استغلاله الخدمة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني عقابي أو للآداب العامة، وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف لزيادة في الثروة تظراً بعد تولي الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على الزوجة أو الأولاد القصر، متى كانت لا تتناسب مع مواردهم، وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها."

ومن قراءة هذه المادة نجد أن الفقرة الأولى منها حصرت النشاط الصادر عن الفاعل في إحدى صورتين، إما من خلال استغلال الخدمة أو الصفة، وإما من خلال ارتكاب الخاضع للقانون سلوكاً مخالفاً لنص قانوني عقابي أو للآداب العامة^(٢٢). كما أن محكمة النقض المصرية أوضحت مفهوم ما يعد كسباً غير مشروع، حينما أقرت في بيان نصوص القانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥١ المعدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة

(٢٠) Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012) 21.

(٢١) A/AC 261/4 June 2002 at para. 42. انظر في مناقشات نصوص اتفاقية الأمم المتحدة في تاريخ يونيو ٢٠٠٢.

(٢٢) فؤاد جمال عبد القادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ص ١٢١-١٥٦، ١٩٨٧.

١٩٥٢ بشأن الكسب غير المشروع والقانون رقم ١٩١ لسنة ١٩٥٢ - أن المقصود بالكسب غير المشروع "كل مال يملكه الموظف أو من في حكمه، فصار ضمن ذمته المالية عنصراً من عناصرها باستغلال ما تسبغه عليه وظيفته أو يخوله مركزه من إمكانيات تطوع له الاجترار على محارم القانون، مما يمس ما يفترض وجوده في الموظف العام أو من في حكمه من الأمانة والنزاهة." (٢٣)

هذا هو المعنى الذي عناه المشرع المصري استهدافاً للقضاء على فساد الوظيفة العامة ومن في حكمهم^(٢٤). حيث أكد المشرع المصري أساس قيام الجريمة الواقعة من خلال استغلال الموظف العام أو أحد الأشخاص الخاضعين للقانون وظيفته العامة للحصول على فائدة غير مشروعة من ورائها. والاستغلال يتمثل في تصرف من الخاضع نتيجة للخدمة أو الصفة، ويكون من شأنه أن يعود بالمال عليه أو على غيره، ويستوي أن يكون هذا الاستغلال مخالفاً لما تفرضه عليه واجباته الوظيفية أو متفقاً معها. ويلاحظ أيضاً أن القانون المصري تضمن في فقرته الأولى من المادة الثانية الخاصة في القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥، ليمتد للمعاقبة على الزيادة في المنفعة أو الارتفاع بمستوى المعيشة بما لا يتناسب مع الموارد المشروعة للخاضع والتي تنشأ عن مخالفة نص عقابي أو الآداب العامة^(٢٥).

ويمكننا القول إن المشرع الكويتي قد تبني المفهوم الموسع لجريمة الكسب غير المشروع، كما هو مبين في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي مفادها تحقق الزيادة وعجز الجاني عن إثبات مشروعية مصدر هذه الزيادة، بالإضافة إلى عدم تناسب الإثراء مع دخل الموظف العام المشروع، وهو ما يمثل إطاراً واسعاً للتجريم والعقاب استناداً إلى تعريف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، على خلاف قانون العقوبات المصري الذي اعتنق المعنى الضيق لتحديد النشاط الإجرامي لما يعتبر كسباً غير مشروع من خلال ارتكاب الجاني نشاطين محصورين يتمثلان في استغلال الوظيفة أو مخالفة القوانين والآداب العامة. وإننا نتفق مع ما ذهب إليه المشرع الكويتي من اتباع الاتجاه الموسع لمفهوم الكسب غير المشروع، وذلك لسببين:

(٢٣) نقض جنائي مصري تاريخ ٢٧-١٢-١٩٦٥، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الجزء الرابع، الطعن رقم ١٣٥٦، ص ٩١٥-٩١٧.

(٢٤) نبيل محمود السيد، جريمة الكسب غير المشروع، القاهرة، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ١٢-١٣.

(٢٥) فؤاد جمال عبد القادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٢٣-١٢٣.

أولاً: إن جريمة الكسب غير المشروع تنطوي على اتجار الخاضع بوظيفته لمصلحته الخاصة، لذلك عني المشرع بملاحقة كل من يحقق عن طريق اتصاله بالعمل كسباً غير مشروع، فيزيد من ثروته على حساب الأموال العامة، وفي ضوء هذه الفكرة وضع المشرع الكويتي تدابير متعددة لحماية الأموال العامة، كتجريم الرشوة وقانون الأموال العامة وجريمة غسل الأموال، مع إدراج بعض الأحكام الاستثنائية المشددة، وذلك لما تقتضيه المصلحة المحمية من قواعد قانونية خاصة بها، ومن تلك التدابير عدم سقوط الدعوى الجزائية بالتقادم، إلا أنه على الرغم من هذه التدابير القانونية فإن الواقع العملي كشف عن قصور تشريعي في مكافحة جميع صور الفساد لضيق نطاق تطبيق القانون على وقائع الفساد، لذلك نرى أن جريمة الكسب غير المشروع بالمفهوم الموسع هي السبيل الأمثل لتغلق جميع السبل أمام سراق المال العام من جهات الدولة ومؤسساتها العامة بمجرد وجود دلائل كافية بنمو ثروات بعض الموظفين العموميين بطريقة غير مبررة، فتكون الغاية هي ملاحقة نمو ثروات بعض أفراد المجتمع وإمكانية معاقبتهم جنائياً بعد أن تعذر تطبيق نصوص القانون الجنائي الحالي المتعلق بالاعتداء على الأموال العامة، كما هو مفصل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ثانياً: وبالنظر إلى القانون والقضاء المصري نلاحظ رغبة المشرع في تعديل قانونه باتجاه التوسع في إسناد جريمة الكسب غير المشروع لكل من تسول له نفسه الاتجار بالوظيفة العامة. فنصوص التجريم مرت بخمس مراحل من القانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥١ ثم عدل بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٢، وبعد فترة تم تعديله في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٦١، ثم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٨، وصولاً إلى القانون الحالي رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥. وجاءت هذه التعديلات لتقدم نصوصاً أكثر توسعاً لما يعد كسباً غير مشروع والأشخاص الخاضعين له^(٢٦). كما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٨ حين عدت أوجه النقص والقصور التشريعي في القانون السابق، وعلاجاً لما ارتآه المشرع فقد وسع القانون الحالي من مفهوم النشاط الإجرامي، وخصوصاً ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ بشأن تجريم من يرتكب الجرائم المخالفة لنصوص العقاب والآداب العامة، حيث جاءت عامة وغامضة، وإن كان المشرع يقصد إلى تحقيق مصلحة

(٢٦) انظر في تفصيل التعديلات إلى: نبيل محمود السيد، جريمة الكسب غير المشروع، القاهرة، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥. ص ١٣-١٩.

المجتمع من الاعتداء على أموال الشعب^(٢٧). فجوهر جريمة الكسب غير المشروع هو تمكين معاقبة الخاضع للقانون بمجرد تحقق الإثراء من دون مسوغ معقول كما سوف يتضح في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الحاجة إلى قانون تجريم الكسب غير المشروع

جرم قانون الجزاء الكويتي العديد من جرائم الاعتداء على المال العام إذا ارتكبت من موظف عام مكلف بها، ومن هذه الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة جريمة الرشوة واستغلال النفوذ الواردة في نص المادة (٣٥) لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء ١٦ لسنة ١٩٦٠. كما حمى المشرع الاعتداء على الأموال العامة في نصوص المواد (٩)، (١٠) و (١١) من قانون حماية الأموال العامة رقم (١) لسنة ١٩٩٣. هذا بالإضافة إلى قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (١٠٦) لسنة ٢٠١٣. ومع حرص المشرع الجنائي على حماية الوظيفة العامة من أثر استغلال الموظف العام منصبه ومركزه للتربح والاعتداء على الأموال العامة، فإن الواقع العملي أثبت قصور هذه التشريعات عن منع الاعتداء على أموال الدولة.

وعليه سنخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة الأحكام العامة في جريمة الرشوة، في حين نتناول إشكاليات في تطبيق قانون حماية الأموال العامة في المطلب الثاني، وقانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب في المطلب الثالث. وذلك لبيان أوجه القصور التشريعي، واستجلاء الحاجة لقانون الكسب غير المشروع.

المطلب الأول: جريمة الرشوة

ضمن المشرع الكويتي نصوص تجريم الرشوة في المواد (٣٥) و (٣٦) و (٣٧) و (٣٨) لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠. كما إن المشرع أدرج جريمة الرشوة من ضمن جرائم الفساد الواردة في الفقرة (٢) من المادة ٢٢ من المرسوم بقانون (٢٤) لسنة ٢٠١٢، بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية^(٢٨).

(٢٧) فؤاد جمال عبد القادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٣١-١٣٣.

(٢٨) فيصل الكندري، فلسفة المشرع الكويتي والعربي في مكافحة جرائم الفساد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (٤)، السنة الأولى، ديسمبر ٢٠١٣.

ويقصد بالرشوة " اتجار الموظف العام في أعمال وظيفته عن طريق طلبه أو قبوله أو أخذه وعداً أو عطية مقابل قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه^(٢٩) ومن التعريف السابق لجريمة الرشوة يتبين أنها لا تقع إلا إذا ارتكبت من موظف عام أو من في حكمه أو من الأشخاص الخاضعين لقانون مكافحة الفساد، وأن يكون هذا الفاعل مختصاً بالعمل المطلوب، فإذا توافر هذان الشرطان المفترضان يلزم أن يكون النشاط المادي المتمثل بالطلب أو القبول الذي يصدر من الموظف العام للحصول على فائدة معينة، مشروطاً بتوافر القصد الجنائي العام من علم الجاني وإرادته في الحصول على تلك الفائدة.

ولتطبيق نصوص تجريم الرشوة يجب أن يقع النشاط من الخاضع للقانون على النحو المبين في أحكام المادة السابقة من طلب أو قبول رشوة، كما يتطلب إقامة الدليل بجميع طرق الإثبات على طلب الجاني أو قبوله للرشوة مع توافر القصد الجنائي، وذلك لتحريك المسؤولية الجنائية عليه. ومن المشكلات العملية والقانونية في نصوص جريمة الرشوة أن تتحصل الأموال غير المشروعة لقاء تقديم خدمة تتعلق بالاختصاص الوظيفي، فالأساس القانوني لجريمة الرشوة لا تعالج فرضية الزيادة غير المبررة من الخاضع للقانون، دون إقامة الدليل على قيام نشاط مادي بالقبول أو عرض لها. لما كان ذلك، فإن هذه النصوص لا تخدم سلطة الاتهام في مواجهة الخاضع في حال تحقق الزيادة غير المبررة.

المطلب الثاني: إشكاليات في تطبيق قانون حماية الأموال العامة رقم ١ لسنة ١٩٩٣

جاء قانون حماية الأموال العامة لمعاقبة كل موظف عام استولى على أموال الدولة عن طريق استغلاله لوظيفته العامة، وقد جاء كردة فعل اجتماعية وتشريعية من جراء ما تم اكتشافه من سرقة أموال الدولة من قبل بعض أجهزتها بعد تحرير الكويت سنة ١٩٩١^(٣٠). إلا أنه بتطبيق نصوص القانون سالف الذكر على فرضية وجود شبهة نمو ثروات موظف عام بطريقة غير مبررة يترتب عليه عدم إمكانية إسناد نصوص القانون إلى الفرضية القائمة.

(٢٩) فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - وفقاً لأحدث التعديلات، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ ص ١١.

(٣٠) فايز الظفيري، الحماية الجنائية للأموال العامة من خلال القانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٩٣: دراسة تحليلية نقدية، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ٢٠٠٦ ص ١٠.

فعلى الرغم من تصديق الشروط المفترضة على الواقعة من حيث وقوع اعتداء على أموال عامة من موظف عام أو من في حكمه أو من الأشخاص الخاضعين لقانون مكافحة الفساد في المادة الثانية منه، فإنه حتى تنطبق نصوص قانون حماية الأموال العامة لابد أن تتحقق الأركان المادية المجسدة للجريمة والمتمثلة بارتكاب الخاضع للقانون لجريمة الاختلاس، كما هو وارد في نص المادة ٩ من قانون حماية الأموال العامة، أو الاستيلاء بحسب ما ورد في نص المادة ١٠ منه، أو الإضرار العمدي على نحو ما جاء في نص المادة ١١، أو التربح كما جاء في نص المادة ١٢ من القانون.

ففي المادة (٩) من قانون حماية الأموال العامة نص المشرع على ما يأتي: "يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات كل موظف عام أو مستخدم أو عامل اختلس أموالاً أو أوراقاً أو أمتعة أو غيرها مسلمة إليه بسبب وظيفته، وتكون العقوبة الحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات إذا ارتبطت الجريمة بجناية أخرى ارتباطاً لا يقبل التجزئة". إلا أنه بالنظر إلى نص المادة السابقة نجد أنها تعالج اختلاس الموظف العام من مال مسلم إليه بسبب وظيفته، أي يستولي على أموال عامة كانت بحيازة الجاني بسبب وظيفته.

أما من يقوم بالاستيلاء على أموال عامة سلمت لغيره فهو يعتبر قد ارتكب جريمة الاستيلاء وفقاً لنص المادة (١٠) التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن خمس سنوات كل موظف عام أو مستخدم أو عامل استولى بغير حق على شيء مما ذكر في المادة السابقة لإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية أو تحت يدها أو سهل ذلك لغيره، وتكون العقوبة الحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات إذا ارتبطت الجريمة بجناية أخرى ارتباطاً لا يقبل التجزئة" (٣١).

ولا شك أن النص يعالج مسألة الاختلاس أو الاستيلاء على الأموال العامة مع ضرورة إثباتهما لتوقيع العقاب، حيث إن هذه الجرائم تتطلب إثبات نقل حيازة المال العام إلى الموظف العام ويجعل حيازته عليه حيازة كاملة مع نية التملك أو التصرف بالشئ المسلم له، وهذا يستدعي إثبات أمر الاختلاس أو الاستيلاء من محكمة الموضوع كما يستدعي أيضاً إثبات نية التملك، إلا إن هذين النصين الواردين في

(٣١) الطعن رقم ٨٧/٢٩ جزائي، جلسة ١٩٨٧/٣/٣٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١/١٩٨٩ حتى ٣١/١٢/١٩٩١ في المواد الجزائية، القسم الثاني، المجلد الرابع، يونية ١٩٩٦، ص ٩٤ قاعدة رقم (٢).

المادتين (٩) و (١٠) من القانون سالف البيان ليس لهما نظام عقابي رادع أو محل لمن يكتسب مالياً غير مشروع، كما هو الوضع الذي نجده مقررًا من خلال قانون مكافحة الفساد المادة (٢٢) الفقرة (٦) منه، التي تعالج مسألة قيام الشبهة على الخاضع للقانون بحصوله على زيادة غير مبررة في ذمته المالية دون وجود دليل على حيازته لأموال عامة.

كما أن المشرع الكويتي في نصوص قانون حماية الأموال العامة جرم الإضرار العمدي كما هو وارد في نص المادة (١١) منه^(٣٢). هذا بالإضافة إلى أنه جرم تريح الموظف العام في نص المادة (١٢) من القانون المذكور^(٣٣). إلا أنه بالنظر في نواة المادتين السابقتين نلاحظ القصور التشريعي لمعالجة ظاهرة الكسب غير المشروع، حيث إن المشرع الكويتي في ظل نص المادة (١١) تطلب لوقوع الجريمة مجموعة من الشروط والأركان القانونية قد لا تتمكن سلطات التحقيق من إثباتها، لبعض الصعوبات العملية والقانونية والتي يكون من شأن إثباتها تطبيق العقوبة الواردة في هذا النص على الفاعل، وتتمثل تلك الشروط بضرورة وجود موظف عام أو من في حكمه ابتداءً. ويتجلى الركن المادي أن يكون هناك تكليف للخاضع للقانون لعقد إما صفقة أو عملية أو قضية أو تكليف بالمفاوضة أو الارتباط أو الاتفاق أو التعاقد مع أي جهة داخل أو خارج البلاد. ومن الضرورة بمكان لتطبيق نص المادة (١١) وقوع ضرر بمصلحة الدولة على نحو متعمد من الجاني. فلا يكفي لتطبيق المادة (١١) تحقق الربح أو الكسب، وإنما لابد أن يكون من شأن الفعل الذي قام به الفاعل أن

(٣٢) تنص المادة (١١) من قانون حماية الأموال العامة على أن: "كل موظف عام أو مستخدم أو عامل كلف بالمحافظة على مصلحة لإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية في صفقة أو عملية أو قضية أو كلف بالمفاوضة أو الارتباط أو الاتفاق أو التعاقد مع أي جهة في داخل البلاد أو خارجها في شأن من شؤون تلك الجهات إذا كان من شأن ذلك ترتيب حقوق أو التزامات مالية للدولة أو غيرها من الجهات المذكورة فتعمد إجراءها على نحو يضر بمصلحة هذه الجهات ليحصل على ربح أو منفعة لنفسه أو لغيره، يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات، فإذا بلغ الجاني مقصده أو كان من شأن جريمته الإضرار بأوضاع البلاد المالية أو التجارية أو الاقتصادية أو ارتكب الجريمة في زمن الحرب تكون العقوبة الحبس المؤبد".

(٣٣) تنص المادة ١٢ من قانون حماية الأموال العامة على أن: "يعاقب بالحبس المؤبد أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات كل موظف عام أو مستخدم أو عامل له شأن في إدارة المقاولات أو التوريدات أو الأشغال المتعلقة بإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية، أو يكون له شأن في الإشراف عليها، حصل أو حاول أن يحصل لنفسه بالذات أو بالواسطة أو لغيره بأي كيفية غير مشروعة على ربح أو منفعة من عمل من الأعمال المذكورة".

يلحق ضرراً بمصلحة الدولة، هادفاً منه الحصول على ربح أو منفعة له أو لغيره كما هو مبين في نص المادة (١١) وهي ما تسمى بجريمة الإضرار العمدي.

أما نص المادة (١٢) فجاءت لمعاقبة كل موظف عام أو مستخدم أو عامل حصل على ربح سواء لنفسه أو لغيره عن طريق عمل من الأعمال المحددة حصراً في نص المادة (١٢)، وهي إما الإدارة أو المقاولات أو التوريدات أو الأشخاص المتعلقة بإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية. ومن الواضح من نص المادة (١٢) أنها جاءت لتواجه مسألة متاجرة الموظف العام أو من في حكمه بقصد التربح.

فالمشكل القانوني من النصين السابقين أن المادة (١١) نصت على لو أن شخصاً كان مكلفاً للمفاوضة من قبل الدولة مع أي جهة لتحقيق مصالح للدولة فقام هذا الشخص بإجراء الصفقة أو العملية على نحو يحقق مصلحة الدولة دون أن يضر بها، ولكن وجوده في موضوع التفاوض أو التعاقد قد يمكنه من فرصة الحصول على عمولة مادية من الطرف الآخر المتعاقد معها، وذلك دون أن يلحق بأموال الدولة أي أضرار، فالمادة (١١) جاءت قاصرة في معالجة هذه الفرضية.

أما بالنسبة لجريمة التربح الواردة في نص المادة (١٢) فإننا نجد أن المشرع قد قيدها بثلاث صور من العقود الإدارية، عقد الأشغال، توريد، مقاولات أو الإشراف عليها، ومن ثم تخرج أي عقود أخرى من هذا النص باعتبارها بمثابة الشرط المفترض لقيام هذه الجريمة، وفي ظل التطور وتعدد أنواع العقود التي يمكن للدولة أن تتعامل فيها في وقتنا المعاصر^(٣٤). وعليه جاءت المادة (٢٢) فقره (٦) من المرسوم بقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٢ للكسب غير المشروع لتعالج هذا الخلل التشريعي الواضح في قانون حماية الأموال العامة رقم ١ لسنة ١٩٩٣.

المطلب الثالث: قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب

رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣

نظراً للمثالب القانونية في قانون حماية الأموال العامة لمعالجة مسألة الزيادة

(٣٤) انظر في شرح قانون حماية الأموال العامة إلى: د. فيصل الكندري. مظاهر الحماية الجنائية للأموال العامة، دراسة تحليلية ونقدية لقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٤. وانظر أيضاً: د. فايز الظفيري، الحماية الجنائية للأموال العامة من خلال القانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٩٣: دراسة تحليلية نقدية، الكويت، لجنة التأليف والنشر - جامعة الكويت - لسنة ٢٠٠٦.

غير المبررة للموظف العام أو لمن هو خاضع للقانون، ارتأينا في هذا المطلب أن نعرض جانباً تشريعياً آخر وهو جريمة غسل الأموال الواردة في القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣.

جريمة غسل الأموال جريمة تبعية، أي تقتضي لتطبيقها وقوع جريمة أولية سابقة عليها، وهي ما تعرف بالجريمة الأصلية أو الأولية التي تحصلت منها أموال غير المشروعة، فشرط قيام جريمة غسل الأموال هو قيام الجريمة الأولية^(٣٥). ومن ثم يتم تحريك هذه الأموال غير المشروعة، إما عن طريق تحويلها أو نقلها أو استبدالها أو المساعدة في ارتكاب الجرم الأصلي، وهو ما يشكل الركن المادي للجريمة كأساس لقيام المسؤولية الجنائية لجريمة غسل الأموال. ولا تكتمل هذه الجريمة إلا إذا قصد الجاني تلك الأفعال الواردة حصراً في نص المادة (٢) منه، وكان الغرض من التحويل إخفاء المصدر غير المشروع أو تموينه، وهو ما يسمى بالقصد الخاص لتحويل أو نقل أو استبدال تلك الأموال المتحصلة غير المشروعة، وفقاً لما جاء في سياق نص المادة (٢) الفقرة (أ) من القانون سالف البيان.

فالبنين القانوني لجريمة غسل الأموال يتطلب وجود جريمة أولية كأساس فرضي، ثم ارتكاب الجاني - سواء أكان موظفاً عاماً أم غيره، طبيعياً أم اعتبارياً - أحد الأفعال المشار إليها في نص المادة (٢) منه، وذلك كله شريطة علمه أن الأموال وقت تسلمه إياها متحصلة من مصدر غير مشروع، ويكون الغرض من حصوله على تلك الأموال هو إخفاء المصدر غير المشروع أو تموينه. إلا أن هذا القانون يقف عاجزاً عن مساءلة الخاضع للقانون الذي ازدادت ثروته من غير مبرر معقول مع صعوبة إثبات مصدر تلك الزيادة.

ومن ثم يتضح لنا من العرض السابق أن غاية تجريم الكسب غير المشروع هي ملاحظة الفئات الخاضعين لأحكام قانون الفساد ممن تنمو ثرواتهم بسبب غير معقول، ويتوقف تطبيق قانون الجزاء العام في حقهم، حيث إن أساس قيام جريمة الرشوة يتطلب ارتكاب سلوك متمثل بقيام الجاني برشوة أو قبول رشوة، كما أن قانون حماية الأموال العامة يفترض على الجاني ارتكاب جريمة الاختلاس أو الاستيلاء أو الإضرار العمدي أو التربح على النحو المبين سالفاً، وذلك يتطلب بطبيعته استجلاء مظاهر استغلال وظيفته لتحقيق منفعة أو فائدة لنفسه أو غيره، إلا أن كثيراً من تلك الجرائم

(٣٥) فايز الظفيري، مواجهة جرائم غسل الأموال منظوراً إليها من خلال القانون الكويتي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢، الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر - جامعة الكويت - لسنة ٢٠٠٤.

تقع دون اكتشافها أو لا يتيسر على سلطة التحقيق إثباتها في حق من وقعت عليه، ويظل أثرها قائماً على شكل إثراء الجاني القائم بالعمل العام بصورة غير مبررة، ومن الأدلة على صحة ذلك ما جاء في تصريح النيابة العامة بعد حفظ قضية الإيداعات المليونية، والمتهم فيها ١٢ نائباً سابقاً وما أورده النائب العام في قوله "بعد استماع النيابة العامة إلى شهادة وأقوال ممثلي البنوك المبلغة والمشكو ضدهم وكافة ذوي الشأن وجميع المختصين، واطلعت على كافة ما قدم إليها من أوراق أو مستندات أو تقارير دون أن تتوصل هذه التحريات أو التحقيقات إلى توافر أي دليل على وقوع أي جريمة من جرائم الرشوة أو الاعتداء على الأموال العامة أو غسيل الأموال أو غيرها" ^(٣٦) وطلب النائب العام في بيان صحفي بشأن التحقيقات في هذه القضية بضرورة إصدار التشريعات الجزائية المرتبطة بالكشف عن الذمة المالية و تجريم جميع صور الكسب غير المشروع، وكان لازماً على المشرع الكويتي تجريم الكسب غير المشروع لمكافحة جميع مظاهر الفساد وعقاب كل من اشتبه باعتدائه على الأموال العامة، وعليه يقع عبء الإثبات. وهو ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني.

(٣٦) المؤتمر الصحفي الذي أقيم بعد قرار النيابة العامة بحفظ البلاغ والتصريح الخاص للنائب العام المؤرخ في ١٨ أكتوبر ٢٠١٢.

الفصل الثاني

أركان جريمة الكسب غير المشروع

يعرض هذا الفصل للبنيان القانوني لجريمة الكسب غير المشروع، يستعرض المبحث الأول منه أهم الشروط الأولية لقيامها، وهي صفة الجاني كما حددها القانون في الموظف العام والخاضعين لأحكام المرسوم بقانون مكافحة الفساد المشار إليهم في المادة (٢) منه، إضافة إلى ضرورة تقديم الإقرارات المالية للكشف عن الذمة المالية للخاضع للقانون، وتتحقق بحصول زيادة غير مبررة في ذمته المالية، بطريقة غير متناسبة مع مصادر الدخل المشروعة للخاضع للقانون. أما المبحث الثاني والثالث من الفصل فيتناولان أركان جريمة الكسب غير المشروع، ففي المبحث الأول تناول الركن المادي لقيام الجريمة، المتمثل في تحقق زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع للقانون وعجز الأخير عن إثبات مصدر الزيادة التي وقعت في ذمته المالية، بينما خصص المبحث الثالث من هذا الفصل لشرط العلم والإرادة للجاني عند اقترافه لهذا السلوك المتمثل بالركن المعنوي.

ومن خلال تفسير مفهوم جريمة الكسب غير المشروع، يمكن أن نستخلص أن الجريمة تنهض على ركنين مادي ومعنوي يسبقهما الشرط المفترض، وذلك على النحو التالي:

الأول: الشروط المفترضة لجريمة الكسب غير المشروع وهو أمر سابق على توافر الأركان، وأهمها صفة الجاني. إذ يجب أن يكون من الفئات الخاضعة لأحكام المرسوم بقانون، كما لا بد من وجود شبهة على تحقق زيادة غير مبررة في ذمته المالية، فلا تقوم الجريمة بغير ذلك.

الثاني: الركن المادي ويتمثل في صدور السلوك عنم يخضعون لأحكام القانون، وينتج منه زيادة في الذمة المالية لمرتكبه لا تتناسب مع مصدر دخله المشروع، ويعجز الفاعل عن تبرير المصادر المشروعة لزيادة دخله.

الثالث: الركن المعنوي ويتخذ صورة القصد الجنائي، إذ لا تقع جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كانت عن عمد.

المبحث الأول

الشرط المفترض

تعتبر جريمة الكسب غير المشروع من الجرائم المعلقة على أساس فرضي، وهو

توافر صفة خاصة في الجاني، وهذه الصفة يستلزم توافرها قبل البحث في الركن المادي وسلوكيات الجاني وقصده الجنائي، لذلك لا تقوم جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كان مرتكب الفعل إحدى الفئات الخاضعة في المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢.

تناول هذا المبحث الأشخاص الخاضعين للمرسوم بقانون، وأهم الإشكالات في تحقق الشرط المفترض، وخصص لذلك المطلب الأول، في حين تناول المطلب الثاني شرط الاختصاص في أثناء ارتكاب جريمة الكسب غير المشروع، بينما تطرق المطلب الثالث إلى شرط وجود شبهة الزيادة في الذمة المالية للخاضع.

المطلب الأول: صفة الجاني

لقد حصر المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢ الخاص بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد وكشف الذمة المالية للفئات والأشخاص الخاضعين لأحكامه في المادة (٢) منه، وهم:

- ١ - رئيس ونواب رئيس مجلس الوزراء ومن يشغل وظيفة بدرجة وزير.
- ٢ - رئيس ونائب رئيس وأعضاء مجلس الأمة.
- ٣ - رئيس وأعضاء المجلس الأعلى للقضاء والقضاة وأعضاء النيابة العامة ورئيس وأعضاء إدارة الفتوى والتشريع والإدارة العامة للتحقيقات في وزارة الداخلية والإدارة القانونية في بلدية الكويت والمحكمون والخبراء والمصفون والحراس القضائيون ووكلاء الدائنين.
- ٤ - رئيس ونائب رئيس وأعضاء المجلس البلدي.
- ٥ - رئيس وأعضاء المجالس والهيئات واللجان التي يصدر مرسوم بتشكيلها أو تعيين أعضائها.
- ٦ - القياديون أيّاً كان المسمى الوظيفي، شاغلو الدرجة الممتازة ووظائف الوكلاء والوكلاء المساعدون ومديرو الإدارات ومن في مستوياتهم من شاغلي الوظائف الإشرافية الذين تحددهم اللائحة التنفيذية من العسكريين أو المدنيين في الوزارات والإدارات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والجهات ذات الميزانيات الملحقّة أو المستقلة.
- ٧ - رئيس ووكلاء وموظفو ديوان المحاسبة.
- ٨ - أعضاء مجلس الإدارة والمديرون العاملون ونوابهم ومساعدوهم ومديرو الإدارات

ومن في مستواهم في الشركات التي تسهم فيها الدولة بنصيب يزيد على ٢٥٪ من رأس مالها.

٩ - أعضاء مجالس الإدارات في الجمعيات التعاونية والهيئات الرياضية. وعلى الرغم من أن المشرع حدد الفئات التي يشملهم هذا المرسوم بالقانون، فإنه تضمن في الباب الأول منه أحكاماً عامة لغرض تطبيق أحكام المرسوم بقانون محل الدراسة عن طريق تعريف بعض المصطلحات، وجاء منها في المادة (١) تعريف الموظف العام. حيث نص على أنه: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق هذا القانون الأشخاص المنصوص عليهم في المادة ٤٣ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء^(٣٧). وبذلك يتبين أن صفة المتهم في جريمة الكسب غير المشروع جاءت لتوسع تحديد مدلول الموظف العام غير مكتفية بالمعنى الذي استقر عليه في القانون الإداري^(٣٨). ويمكن تفسير ذلك بما للمصلحة المحمية في المرسوم بقانون من أهمية في حماية الوظيفة العامة من الفساد، لذلك تبنى المشرع الكويتي التفسير الموسع في تحديد مدلول الموظف العام ليشمل بذلك الموظف العام ومن في حكمه. هذا بالإضافة إلى الأشخاص الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون المذكور سالفاً والذي جاء متسقاً مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والتي عرفت الموظف العام في المادة (٢) منها على أنه: "أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى دولة طرف، سواء أكان معيناً أم منتخباً، دائماً أم مؤقتاً، مدفوع الأجر أم غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن أقدمية ذلك الشخص،

١ - أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدم خدمة عمومية، حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة

(٣٧) نصت المادة ٤٣ من قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على ما يأتي: "يعد في حكم الموظف العام في تطبيق نصوص هذا الفصل: أ - الموظفون والمستخدمون والعمال في المصالح التابعة للحكومة أو الموضوعة تحت إشرافها أو رقابتها. ب - أعضاء المجالس الدائنين العامة أو المحلية سواء أكانوا منتخبين أم معينين. ج - المحكمون والخبراء وكلاء الديانة والمصفون والحراس القضائيون. د - كل شخص مكلف بخدمة عامة. هـ - أعضاء مجالس إدارة ومديرو وموظفو ومستخدمو المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات العامة تساهم في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت".

(٣٨) انظر في مفهوم الموظف العام في القانون الإداري للدكتور عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨، ص ٢٩.

الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال القانوني ذي الصلة لدى تلك الدولة الطرف.

٢ - أي شخص آخر معرف بأنه "موظف عمومي" في القانون الداخلي للدولة الطرف، بيد أنه لأغراض بعض التدابير المعنية الواردة في الفصل الثاني من هذه الاتفاقية يجوز أن يقصد بتعبير "موظف عمومي" أي شخص يؤدي وظيفة عمومية، إذ يقدم خدمة عمومية حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال المعني من قبل تلك الدولة الطرف".

بعد استعراض النصوص التشريعية في تحديد مدلول الأشخاص الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون بشأن مكافحة الفساد، فإنه لنا في ذلك بعض الملاحظات حول الجانب التشريعي في هذا الأمر.

إشكالات تحقق الشرط المفترض:

أولاً: رغبة من المشرع الجنائي في توسيع نطاق تطبيق قانون مكافحة الفساد على الموظف العام والخاضعين لأحكام المرسوم بقانون لغاية المصلحة المحمية وهي أموال الدولة من استغلال الموظفين العموميين لمراكزهم القانونية، أعطى المشرع مفهوماً شاملاً ولكنه شابه القصور في الوقت ذاته. فالمشرع تطرق لتعريف الموظف العام في المادة (١) الواردة في التمهيد للأحكام العامة من المرسوم بقانون، ثم حصر الفئات الخاضعة لأحكامه في نص المادة (٢) من المرسوم بقانون دون الإشارة إلى الموظف العام من ضمن الفئات الخاضعة له، فعدم مطابقة المفهوم الجنائي للأشخاص الخاضعين لأحكامه بين نص المادة (١) ونص المادة (٢) قد يؤدي إلى خلاف في تحديد من هم الأشخاص الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون^(٣٩). أهم الموظفون العامون بحسب ما جاء في المادة الأولى منه أم هم الفئات الخاضعون لأحكام المادة الثانية دون الموظف العام ومن في حكمهم؟

ويمكن أن يفسر هذا الإشكال بسوء صياغة تشريعية من واضعي المرسوم بقانون، وما جاء في المادة الأولى منه في تعريف مصطلح الموظف العام يعد استزادة لا حاجة لها. وبذلك فإننا نرى أن الفئات الخاضعة لأحكام هذا المرسوم بقانون هي فقط الفئات المنصوص عليها في المادة الثانية منه.

(٣٩) انظر في الإشارة لهذا العيب في الصياغة إلى الدكتور فيصل الكندري، فلسفة المشرع الكويتي والعربي في مكافحة جرائم الفساد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (٤)، السنة الأولى، ديسمبر ٢٠١٣.

ثانياً: هناك قصور آخر بشأن الأشخاص الذين أخضعهم المرسوم بقانون إلى أحكامه وذلك فيما يتعلق بالموظفين في القطاع الخاص، حيث جاء محصوراً في أعضاء مجلس الإدارة والمديرين العاملين ونوابهم ومساعدتهم ومديري الإدارات ومن في مستواهم في الشركات التي تساهم فيها الدولة بنصيب يزيد على ٢٥٪ من رأس مالها، ومن الملاحظ أن هذا النوع من الشركات أو الوحدات الاقتصادية تعتبر من القطاع العام مادامت الحكومة تسهم في رأس مالها بنسبة تزيد عن ٢٥٪، ومن ثم فإن كل العاملين في هذه الشركات لهم صفة الموظفين العامين، وتعتبر أموال الشركة التي يديرونها أموالاً عامة.

إلا أن التساؤل الذي يمكن أن يثور هنا هو، ماذا لو ساهمت الدولة مساهمة في شركة خاصة بنسبة ٢٥٪، وبدورها قامت هذه الشركة بالمساهمة مع شركة أخرى بأي نسبة كانت، وقام أحد الموظفين الخاصين في الشركة الثانية باستغلال وظيفته للتكسب من هذه الشركة، فهل تنسب إلى هذا الشخص جريمة الكسب غير المشروع؟ وبإسناد الفقرة الثامنة من المادة (٢) من المرسوم بقانون إلى الشركة الأولى نرى أن أموالها أموال عامة، ولكن بإسناد المادة إلى الشركة الثانية نرى أن أموالها أموال خاصة لعدم تحقق النسبة المطلوبة وهي ٢٥٪، فيخرج من نطاق جريمة الكسب غير المشروع، وهذا يشكل قصوراً في صياغة النص أيضاً، حيث كان على المشرع أن يتوسع فيه كما جاء في المادة (٢) من قانون حماية الأموال العامة، حين تقرر في الفقرة الثالثة منه أن المال يصبح مالاً عاماً إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة تساهم فيه بنسبة لا تقل عن ٢٥ بالمائة من رأس مالها، بصورة مباشرة أو "غير مباشرة". حيث إن مفهوم هذا النص يشمل الشركات التي تساهم الدولة فيها وفقاً للنسبة المحددة بصورة مباشرة، كما تشمل الشركات الخاصة الثانية التي تكون المساهمة فيها غير مباشرة، بشرط أن تكون نسبة المشاركة في الشركة الثانية لا تقل عن ٢٥٪ وفقاً لما جاءت به محكمة التمييز، وبذلك فإنه يكفي بتوافر النسبة في الشركة الأولى المباشرة أو الثانية على حد سواء حتى تتحقق جريمة الكسب غير المشروع^(٤٠). وكان من الأجدر ألا يحدد المشرع الجنائي النسبة المئوية

(٤٠) قضت محكمة التمييز على هذه القاعدة بجلسة ٤-١٢-٢٠٠٧، وأكد عليه في تعميم النائب العام رقم ٢٠٠٩/١ بشأن الشركات والمنشآت التي تعد أموالها أموالاً عامة، تعديلاً لما استقر عليه القضاء وهو اعتبار أموال الشركة الثانية أموالاً عامة بغض النظر عن النسبة. انظر في ذلك الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٠/٧٨ جزائي و جلسة ١٤/١١/٢٠٠٠، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١/١/١٩٩٧ حتى ٣١/١٢/٢٠٠١ في المواد الجزائية، القسم الرابع المجلد السابع، يوليو ٢٠٠٤، ص ٢٤٧، قاعدة رقم ٤.

لمساهمة الدولة في الشركات الخاصة لجعل المساءلة الجنائية تثور لكل الشركات الخاصة دون تحديد لنسبة المساهمة، وأن يمتد ذلك إلى الشركات غير المباشرة كما ورد في قانون حماية الأموال العامة. ومحاربة هذه الآفة لا تكون إلا بتوسيع نطاق التجريم ليشمل جميع الموظفين في القطاعين العام والخاص^(٤١).

ثالثاً: من جوانب التقصير في المرسوم بقانون أنه استبعد "الزوجة" أو الشركاء من الأشخاص الخاضعين للقانون أو المطالبين بكشف ذممهم المالية، حيث جاء في الباب الرابع الخاص بكشف الذمة المالية في المادة (٢٩) من المرسوم بقانون: "يخضع لأحكام هذا الباب الأشخاص المذكورون من المادة الثانية في هذا القانون" وقد استبعد في ذلك الزوجة أو الشركاء من تقديم الذمة المالية على غرار اتفاقية الأمم المتحدة والمعايير الدولية، مع أنه من المتصور أن مالا يحصل عليه شخص من غير الخاضعين للقانون بعلم من الأخير نتيجة استغلاله لمنصبه الوظيفي، وبذلك قد يدخل المال في ذمة مالية غير ذمة الخاضع لأحكام هذا المرسوم بقانون محل الدراسة.

وبالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة في المادة ٥٢ منها، والتوصية رقم (٦) من المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسليح والتي تتضمن توصيات مجموعة العمل المالي المسماة (فاتف) Financial Action Task Force (FATF)، المتعلقة بكشف ذمم الأسرة المالية والشركاء، متى ثبت من تضخم أرصدة زوج أو زوجة الموظف العام فإنه من الممكن أن توجه إليهم تهمة إخفاء متحصلات جريمة Hiding the proceeds of corruption^(٤٢) فمساعي المشرع الدولي تستهدف

(٤١) Gounev, P., Organized Corruption and Private Sector, in Gounev, P., and Ruggiero, V. (eds) Corruption and Organized Crime in Europe (Routledge, London, 2012).

Kale, NdivaUKofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012) p.9.

(٤٢) نصت المادة ٥٢ من اتفاقية الأمم المتحدة على أنه: "١- تتخذ كل دولة طرف، دون إخلال بالمادة ١٤ من هذه الاتفاقية، ما قد يلزم من تدابير، وفقاً لقانونها الداخلي، لإلزام المؤسسات المالية الواقعة ضمن ولايتها القضائية بأن تتحقق من هوية الزبائن وبأن تتخذ خطوات معقولة لتحديد هوية المالكين المنتفعين للأموال المودعة في حسابات عالية القيمة، وبأن تجري فحصاً دقيقاً للحسابات التي يطلب فتحها أو يحتفظ بها من قبل، أو نيابة عن، أفراد مكلفين أو سبق أن كلفوا بأداء وظائف عمومية هامة أو أفراد أسرهم أو أشخاص وثيقي الصلة بهم. ويصمّم ذلك الفحص الدقيق بصورة معقولة تتيح كشف المعاملات المشبوهة بغرض إبلاغ السلطات المختصة عنها، ولا ينبغي أن يؤول على أنه يثني المؤسسات المالية عن التعامل مع أي زبون شرعي أو يحظر عليها ذلك".

تحقيق أهداف القانون من خلال التعريف الموسع، ولا يستثني من ذلك المساءلة القانونية لأسرة الموظف العام أو الشركاء. إذاً فإن اتفاقية الأمم المتحدة تسمح برقابة وفحص أرصدة الزوج أو الزوجة أو أي طرف من أفراد الأسرة أو الشركاء الخاضعين للقانون، وفي حال التثبت بوجود أموال متحصلة من جريمة غير مشروعة يجوز اتهامهم كشركاء في الجريمة بعد وقوعها، أي يعاقبون كشركاء لاحقين. ولا شك أن قاعدة الاشتراك اللاحق تم إلغاؤها في القضاء الدستوري الكويتي^(٤٣). ومن ثم لا يمكن أن تسند إلى زوجة الموظف العام جريمة إخفاء متحصلات من جريمة الفساد لمخالفتها صريح القانون، إلا أن هذا لا يحول دون توجيه تهمة غسل أموال أو استيلاء على أموال دولة إذا كانت الزوجة موظفة عامة أيضاً.

فإذا استغل الموظف العام وظيفته وحصل إثر ذلك على أموال، ثم أودع تلك الأموال المسروقة في حساب زوجته المصرفي مع علمها أن هذه الأموال مصدرها غير مشروع، فإنه من الممكن - في هذه الحالة - أن توجه إليها تهمة غسل الأموال وفقاً لنص المادة (٢) من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣^(٤٤). حيث إن هذه الزوجة - بحسب الفرضية القائمة - كانت تعلم أن الأموال التي تحصلت عليها إنما هي من

= أما التوصية رقم (٦) من المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسليح: توصيات مجموعة العمل المالي (فاتف) أوصت على أنه: " ينبغي على الدول أن تطبق أنظمة العقوبات المالية المستهدفة وفقاً لقرارات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة التي تتعلق بمنع وقمع الإرهاب وتمويله. وتلزم تلك القرارات الدول بأن تجمد دون تأخير أموال أي شخص أو كيان أو أصوله الأخرى، وأن تتأكد من عدم إتاحة أي أموال أو أصول أخرى، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، لأي شخص أو كيان أو لصالحه أو لمنفعته، سواء إذا كان ذلك الشخص...". للاطلاع <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Arabic.pdf>

(٤٣) حكم المحكمة الدستورية رقم ٦ لسنة ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٢/٤/٢٠٠٨ على عدم دستورية نص البند "أولاً" من المادة ٤٩ من قانون الجزاء فيما تضمنه فيها من اعتبار الشخص شريكاً في الجريمة بعد وقوعها إذا قام بإخفاء المتهم بارتكابها سواء أكان فاعلاً أصلياً أم كان شريكاً فيها قبل وقوعها.

وينص حكم المحكمة الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٩ بتاريخ ٧/٦/٢٠٠٩ على عدم دستورية نص البند "ثانياً" من المادة ٤٩ فيما يتضمن إخفاء الأشياء المتحصلة من ارتكاب جريمة.

(٤٤) انظر في تفصيل القصد الجنائي لجريمة غسل الأموال إلى

Roberto Durrieu, The mental or subjective element of money laundering in Roberto Durrieu, Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law: Towards A New Global Legal Order, (Martinus Nijhoff Publication, USA, 2013) Chapter V.

مصدر غير مشروع، وهو استغلال زوجها - الموظف العام - لمنصبه لكسب أموال ثم تحويلها أو نقلها إليها، كما يمكن أن تشدد عليها العقوبة إذ ما كانت الزوجة تتصف بصفة خاصة كموظفة عامة، وعندها يمكن أن تسند إليها جريمة فاعل أصلي في جريمة الاستيلاء على أموال عامة، وفقاً لنص المادة (١٠) في قانون حماية الأموال العامة، كما تسند إليها جريمة غسل أموال فتطبق العقوبة الأشد، هذا بالإضافة إلى مصادرة تلك الأموال استناداً إلى المادة ٣٢ من المرسوم بقانون لمكافحة الفساد.

الإشكال في تفعيل نصوص غسل الأموال على الزوجة يتمثل في مقدار العقوبة المسندة إليها، وهي عقوبة لا تتناسب مع عقوبة الزوج الخاضع لأحكام المادة (٢)، الذي قام بدوره بارتكاب جريمة الكسب غير المشروع، فعقوبة الزوج وفقاً لنص المادة (٤٧) من المرسوم بقانون هي الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبالغرامة التي تعادل قيمة الكسب غير المشروع، بينما عقوبة الزوجة استناداً لجريمة غسل الأموال في المادة (٢٨) من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لا تتجاوز عشر سنوات والغرامة لا تقل عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تتجاوز كامل قيمتها. وبذلك يلاحظ التفاوت بين عقوبة الكسب غير المشروع للزوج والعقوبة الخاصة بالزوجة الشريكة، وعلى المشرع التنبيه إلى هذه المفارقة في العقوبة، وإدراج الزوجة من ضمن الخاضعين لكشف الذمم المالية انسجاماً مع الاتفاقية العالمية لمكافحة الفساد^(٤٥).

المطلب الثاني: الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه لدى الشخص صفة الموظف العام والاختصاص

يعالج هذا المطلب التساؤل الخاص فيما لو اكتسب أحد الأشخاص الخاضعين للقانون مალًا غير مشروع في أثناء تأدية وظيفته، ولم تثر عليه شبهة إلا بعد أن انتهى من الخدمة العامة كالاستقالة أو التقاعد، فما مصير الأموال المتحصلة؟ وهل من الممكن أن توجه إليه تهمة الكسب غير المشروع بعد ما زالت عنه هذه الصفة؟ المشرع الكويتي تطرق إلى هذه المسألة في نصوص القانون، إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لم تحسم الخلاف في المسألة، وبتطبيق القواعد العامة على هذه الفرضية نرى بأن جريمة الكسب غير مشروع لا تقع إذا وقع الفعل المادي

(٤٥) انظر أيضاً إلى تعليق الدكتور فيصل الكندري، مرجع سابق ص ٤٤١-٤٤٧، بشأن التناقض الوارد في نص المادة (٤٧) الخاص بعقوبة الكسب غير المشروع.

المكون للجريمة بعد أن زالت عن الموظف العام صفته سواء بالعزل أو الاستقالة، وإذا توافرت صفة الموظف العام والاختصاص وقت ارتكاب الفعل فإن جريمة الكسب غير المشروع تقع، ولا تؤثر في ذلك أن تزول عن المتهم صفة الموظف العام، فالعبرة بكسب الموظف العام المال غير المشروع هو "الركن المادي" في أثناء توليه وظيفته واختصاصه بشرط التقيد بمدة التقادم^(٤٦).

ووفقاً لنص المادة ٥٣ من المرسوم بقانون لا تسقط الدعوى الجزائية على من كان موظفاً عاماً وتحصل على أموال غير مشروعة في أثناء ممارسته لاختصاصه، ويستوي هذا مع زوال هذه الصفة لأي سبب من الأسباب، حيث إن حرص المشرع الكويتي على الأموال العامة جعله يؤكد على عدم جواز تملك المال العام بالتقادم من خلال نص المادة (١٩) من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة. ويلاحظ أن المشرع الكويتي لجأ إلى التشدد في محاسبة الخاضع للقانون بحيث لا تسقط الدعوى الجزائية أو العقوبة بالتقادم بصريح المادة ٥٣ من المرسوم بقانون التي تنص على ما يأتي: "لا تسقط الدعوى الجزائية في جرائم الفساد المذكورة في المادة ٢٢ من المرسوم بقانون، كما لا تسقط العقوبة المحكوم بها في هذه الجرائم". فهذا المسلك أكثر تشدداً من اتفاقية الأمم المتحدة التي نصت في مادتها (٢٩) على أن تحدد الدول الأطراف المدة الزمنية للتقادم، وعليه فقد اختلفت الدول الأطراف في وضع مدة معينة لمحاسبة الموظف العام وتحريك الدعوى الجزائية، فهناك ما جعل مدة محاسبة الشخص دون قيد زمني ولا تسقط بالتقادم كالكويت،^(٤٧) وهناك من الدول ما نص على صريح العبارة في قانونها الداخلي وجعل المدة القانونية لتحريك الدعوى الجزائية على أي موظف عام من فترة توليه منصبه إلى التقاعد. وهناك من الدول ما جعل مدة محاسبة الأشخاص (open ended) أي غير مقيدة بمدة معينة، وبذلك فإن هذا الأمر أصبح غير محسوم دولياً، وإنما ترجع إلى القوانين الداخلية للدول الأطراف^(٤٨).

وأخيراً، فإن المشرع الجزائي الكويتي رأى أن يوسع فرض الحماية الجزائية في

(٤٦) فوزية عبد الستار، المرجع السابق رقم ١٩ ص. ٣٠-٤٩.

(٤٧) نص المادة ٥٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢.

(٤٨) Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012) p.16-18.

نطاق قانون الفساد عموماً، كما قرر أن يوسع ذلك المفهوم بشكل يحقق الوصول إلى الحقيقة، ويؤكد قوة القواعد الجزائية في حماية ممتلكات الدولة.

المطلب الثالث: تحقيق الزيادة في الذمة المالية للخاضع مع عدم تناسبها مع مصدر الدخل

لا تقوم جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا وجدت دلائل تفيد بدخول أموال في الذمة المالية للخاضع نتج منها زيادة غير متناسبة مع مصدر دخله المشروع. لذلك عني المشرع بتنظيم وسائل منضبطة لمراقبة الذمة المالية للخاضعين، وفحص أي زيادة تكون غير متناسبة مع مصادر دخلهم المشروعة أو مبررة من خلال تقديم إقرارات الذمة المالية. وهذا المطلب يتناول أهمية تقديم إقرارات الذمة المالية من الفئات الخاضعة للمرسوم بقانون، لأنها نقطة البداية في كشف جريمة الكسب غير المشروع. وسنقف على تعريف الذمة المالية كما جاء في المرسوم بقانون، وبيان أحكام هذه الإقرارات بها وأثرها في إثارة شبهة جريمة الكسب غير المشروع.

طبقاً لنص المادة الأولى من المرسوم بقانون بإنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد عرفت الذمة المالية بأنها "ما للخاضع لأحكام القانون وأولاده القصر من أموال نقدية أو عقارية أو منقولة داخل الكويت وخارجها، ويدخل في ذلك ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون...". وفقاً للمادة ٣١ من المرسوم بقانون يلتزم الخاضع بتقديم إقرارات عن ذمته المالية خلال مواعيد محددة، حيث نصت على ما يأتي: "على الخاضعين لأحكام هذا الباب تقديم الإقرارات بعد صدور اللائحة التنفيذية لهذا القانون وفقاً للمواعيد التالية:

- ١ - الإقرار الأول: خلال ستين يوماً من تاريخ توليه منصبه.
 - ٢ - تحديث الإقرار: خلال ستين يوماً من نهاية كل ثلاث سنوات ما بقي في منصبه.
 - ٣ - الإقرار النهائي: خلال تسعين يوماً من تاريخ تركه لمنصبه.
- وعلى شاغلي الوظائف المذكورة في المادة (٢) من هذا القانون تقديم الإقرار خلال سنة من تاريخ نشر اللائحة التنفيذية في الجريدة الرسمية".

فطبقاً للنصوص سالفه البيان فإن إجراءات الفحص بالذم المالية ممن هم خاضعون لأحكام المرسوم بقانون فإن ذلك يتم من خلال لجان فحص بالهيئة العامة لمكافحة الفساد المشكلة بنص المادة (٣٤) منه. وللهيئة في حالة وجود شبهة جريمة كسب غير مشروع أي إذا لاحظت وجود زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع أن تحيل التقرير إلى النيابة العامة لاتخاذ ما تراه مناسب.

وهدف المشروع من خلال تقديم الإقرارات تحقيق قدر من الرقابة على الذمة المالية للخاضع وما قد يطرأ عليها من زيادة غير مبررة^(٤٩). ويعد هذا الإقرار من أهم الوسائل للكشف عن الذمة المالية ويسهم في تحقيق القانون لأهدافه المنشودة كما جاء في نص المادة ٤ من المرسوم بقانون، ولعل أبرزها تعزيز مبدأ الشفافية والوقاية من الفساد المالي وحماية الأموال العامة والوظيفة العامة من الرشاوى والفساد الإداري.

لذلك يجب الإشارة إلى أن جريمة الكسب غير المشروع لا تقوم إلا إذا قدم الخاضع للقانون إقرارات الذمة المالية له ولأبنائه القصر، فإذا رأت لجنة الفحص بالهيئة شبهة كسب غير مشروع أحالت التقرير إلى النيابة العامة بمجرد تقديم الاقتراح بوجود شبهة ارتكاب جريمة كسب غير مشروع.

المبحث الثاني

الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع

الركن المادي للجريمة يتمثل في السلوكيات المحسوسة التي يقوم بها الجاني ويترتب عليها نتائج معينة تمس المصالح المحمية بالقانون، ولكي تكتمل عناصر الركن المادي لابد من تحقق رابطة سببية بين السلوك وتلك النتيجة التي تترتب عليها ضرر بموضوع المصلحة المحمية بالقانون^(٥٠). وتتمثل العناصر المادية لجريمة الكسب غير المشروع في زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع، ومع عجزه عن إثبات مصدر مشروع لتلك الزيادة، أما علاقة السببية فهي الرابط الذي يؤكد أن أثر الكسب لم يكن إلا بسبب هذا السلوك، وهي نتيجة منطقية ولا تثير إشكاليات. وقد خصص المطلب الأول لتناول السلوك المادي لجريمة الكسب غير المشروع، في حين خصص المطلب الثاني للنتيجة الإجرامية.

المطلب الأول: السلوك المادي لجريمة الكسب غير المشروع

تناولت المادة (٢٢) من المرسوم بقانون حصر جرائم الفساد ومنها الكسب غير المشروع بحسب ما ورد في الفقرة السادسة منه. وكما ذكرنا سابقاً فقد جاءت المادة

(٤٩) ورقة عمل السيد سالم علي العلي الأمين العام المساعد لإقرار الذمة المالية المقدمة بحلقة النقاش بعنوان إقرار الذمة المالية، في جامعة الكويت، كلية الحقوق، تاريخ ١٢ نوفمبر ٢٠١٤.

(٥٠) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة السابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.

دون تحديد السلوك الإجرامي المكون للجريمة، إلا أنه بالنظر في نص المادة ٣٣ من المرسوم بقانون المتعلق بالكشف عن الذمة المالية، تبين من هذا النص أن المشرع الكويتي تبنى التعريف الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مادته (٢٠) في تعريف الكسب غير المشروع، وهو "الزيادة غير المبررة لأصول موظف عام والتي عجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياساً على دخله المشروع".

ومن قراءة هذه المواد نجد أن النشاط الإجرامي لجريمة الكسب غير المشروع يتمثل فيما يلي:

أولاً: صدور فعل أو سلوك معين من الجاني نتج منه زيادة في ذمته المالية لا تتناسب مع دخله المشروع. ثانياً: عجز الأخير عن إثبات مشروعية مصدر هذه الزيادة، ولكي يستطيع القاضي إدانة المجرم لابد من التثبت من تحقق الزيادة غير المبررة في الذمة المالية للخاضع.

لذلك، تناول هذا المطلب بيان طبيعة النشاط الإجرامي في جريمة الكسب غير المشروع في جزأين أساسيين، الأول يتعلق بفعل زيادة الأموال باعتباره العنصر المادي الأول المكون لجريمة الكسب غير المشروع، والثاني يتناول السلوك الثاني من العناصر المادية المكونة للجريمة وهو عجز الخاضع عن إثبات أو تبرير مشروعية مصدر الزيادة في الذمة المالية.

أولاً - طبيعة السلوك الإجرامي:

يتحقق الركن المادي في جريمة الكسب غير المشروع بسلوك إجرامي يتمثل في فعل إما إيجابي للجاني أو سلبي ينتج عنه زيادة غير مبررة في الدخل، منسجماً في ذلك مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في تعريف جريمة الكسب غير المشروع. إلا أن المشرع الجزائري لم يذكر على سبيل الحصر أفعلاً معينة وإنما أخذ المعنى على إطلاقه، فيكفي للاتهام بجريمة الكسب غير المشروع وجود "زيادة في أموال الخاضع"، كما ذكرنا سابقاً، لن نتناول تفصيل طبيعة السلوك المادي لجريمة الكسب غير المشروع منعاً للتكرار، بل سنتناول عجز الجاني عن إثبات مشروعية المصدر ومشكلته باعتباره السلوك الثاني من العناصر المادية المكونة للسلوك المادي.

ثانياً - عجز الخاضع عن إثبات مشروعية مصدر الزيادة:

اعتمد المشرع في المادة ٣٣ من المرسوم بقانون محل الدراسة على القرينة في الإثبات، حين نصت في صدرها: " للهيئة في حالة وجود شبهة جريمة كسب غير

مشروع... إذا قامت دلائل كافية على وجود زيادة غير مبررة في أموال تثير شبهة جريمة الكسب غير المشروع".

فبقراءة النص تقع شبهة جريمة الكسب غير المشروع عند كل زيادة تطراً على زمة الخاضع للقانون مادامت هذه الزيادة غير مبررة. أي إذا عجز الخاضع عن إقناع الهيئة بمشروعية المصدر الذي طرأ عليه الزيادة يكون المتهم محلاً لإثارة المسؤولية الجنائية عليه. وقد جاء هذا المطلب منسجماً مع نص المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في بيان تعريف الجريمة بأنها "زيادة غير مبررة لأصول موظف عام ويعجز عن تفسير مصدرها بصورة معقولة قياساً على دخله المشروع".

وبمفهوم النص فإن جريمة الكسب غير المشروع تقوم على كل زيادة تطراً على زمة الخاضع مادامت هذه الزيادة لا تتناسب مع موارده وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها. إلا أن هذا العنصر من العناصر المكونة للجريمة فسر من قبل الكثير بنقل عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى المتهم، وفيه مخالفة صريحة لمبدأ هو أن الأصل في الإنسان البراءة، وبهذا المعنى خرج المشرع الجنائي عن مبدأ قرينة البراءة وهي أن الأصل في الإنسان البراءة حتى يثبت العكس^(٥١). ويفترض لإثبات جريمة الكسب غير المشروع خضوع الفعل للمبدأ العام من حيث وسائل الإثبات والأدلة للجريمة، ويقع على عاتق سلطة الاتهام اتباع ما هو مقرر من أن الأصل في الإنسان البراءة ما لم يقيم الدليل على إدانته، كما تقرر هذا الحق في نص المادة (٢٤) من الدستور الكويتي التي صاغت الحق "المتهم بريء حتى تثبت إدانته..".

وحتى يبنى الحكم على اليقين ينبغي أن يمنح القاضي من السبل التي تخوله لتكوين قناعته في البراءة أو الإدانة. وقد عني المشرع بالنص على هذا المبدأ في الإثبات في المادة (١٥١) من قانون الإجراءات والمحاكمات الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠، وقد جاء فيها: "تعتمد المحكمة في اقتناعها على الأدلة المستمدة من التحقيق الذي أجرته في القضية أو من التحقيقات السابقة على المحاكمة، ولها الحرية المطلقة في ترجيح دليل وتكوين اقتناعها حسبما يوحيه إليه ضميرها...".

(٥١) قرينة البراءة مبدأ عالمي جاء في النص العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ في المادة (١) فقرته الأولى، كما أكدت هذا المبدأ الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٦٦ في المادة (١٤) فقره الثانية والتي صادقت عليها الكويت في ١٩٩٦. ويعتبر هذا الأصل مبدأً أساسياً لضمان حقوق المتهم، كما أكد عليه دستور دولة الكويت في المادة (٤٣) الفقرة الأولى منه.

إلا أن نص المادة (٣٣) من المرسوم بقانون سالف البيان، أثار بشأن نقل عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى الجاني الكثير من الانتقادات لما فيه من انتهاك لحقوق المتهم والخروج عن قواعد الاتهام،^(٥٢) وهو ما جعل بعض الدول كالولايات الأمريكية المتحدة تتحفظ على هذه المادة لما ارتأته فيها من انتهاك للبند الخامس من الدستور الأمريكي^(٥٣). إلا أن هذا الرأي مردود عليه كما هو موضح فيما يأتي:

أولاً: لا محل لإعمال قرينة وجود زيادة غير مبررة إلا إذا ثبت وجودها بموجب الإقرارات المقدمة من قبل الخاضعين للقانون، كما أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فأنظرها يقف عند نقل عبء إثبات مصدر الزيادة غير المبررة إلى الخاضع للمرسوم، أما إثبات الزيادة نفسها فإنه واجب ملزم يقع على عاتق سلطة الاتهام. وعليه فمحل إعمال القرينة يتمثل في تقديم الإقرارات بالذمة المالية كما عرضنا سالفاً، ومن ثم إثبات وقوع الزيادة على الذمة المالية بعد تولي الخاضع للمنصب، وعليه إلزام سلطة الاتهام بإثبات أن هذه الزيادة لا تتناسب مع موارد الخاضع للمرسوم بقانون، فإذا ثبت ذلك لدى جهة الاتهام كان على الخاضع أن يهدم هذه القرينة بإثبات مشروعية المصدر الذي تحققت منه الزيادة.

وإن عجز المتهم عن هدم هذه القرينة وتبرير مشروعية المصدر ثبتت عليه جريمة الكسب غير المشروع. ومن ثم يتضح أن المشرع لم يخرج عن القواعد العامة في الإثبات، فما زالت سلطة الاتهام يقع على عاتقها إثبات تحقق الزيادة على الذمة المالية للخاضع، وعلى الأخير تبرير المصدر.

كما أن هذه القرينة البسيطة في الإثبات معمول بها في القانون الكويتي في أكثر من موضع، نذكر منها المادة (١٩٥) من القانون رقم (١٦) من قانون الجزاء بشأن جريمة الزنا في حالة القبض على الشخص حال تلبسه بزنا أو اعترافه، فقرينة الزنا

(٥٢) Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, 2012) 57-93.

كما انظر إلى مضبطة مجلس الأعضاء في مناقشة الآثار السلبية على المتهم في سبيل محاربة الفساد مرجع سابق.

(٥٣) Low, A., Andria, K., Bjorklund and Kathryn C. Atkinson. The Inter-American Convention against Corruption: A Comparative with United States Foreign Corrupt Practice Act. (Virginia Journal of International Law, spring, No.38) 243-92.

في هذه الأحوال مبنية على الوقائع يجب إثباتها أولاً ومن ثم يكفي للمتهم أن يقدم أي بيئة تثير الشك في صحة الوقائع المنسوبة إليه.

ثانياً: نجد أن العديد من الأحكام القضائية في المحاكم العالمية بررت ضرورة نقل عبء الإثبات على المتهم في بعض الجرائم، ولنا في القضاء البريطاني مثل، وقد تبنى القاعدة العامة وهي الأصل في الإنسان البراءة، إلا أن القضاء البريطاني لا يتوانى في نقل عبء الإثبات للمتهم أو ما يسمى Reverse onus of proof، فللمحكمة أن تقلص قرينة البراءة لاعتبارات خاصة، فترجح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد كما جاء في حكمها بقضية R v. Hunt.^(٥٤) حتى بعد تدشين قانون حقوق الإنسان لسنة ١٩٩٨ الذي جاء بدوره تنفيذاً للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث أقر القضاء البريطاني صراحة بأن قرينة البراءة ليست قرينة مطلقة للمتهم، ويسمح تقليص هذا الحق بناء على أسباب معقولة نسبياً حتى تخول المحكمة المرونة في تشكيل قناعتها، ولا يجوز التمسك بهذا الحق إطلاقاً كما جاء في القضية الشهيرة باسم R v. Lambart 2002.^(٥٥)

وإذا نظرنا إلى القانون الدولي وجدنا أن حق الإنسان بالبراءة مضمون بموجب المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في ديسمبر سنة ١٩٦٦ والذي دخل حيز النفاذ في مارس ١٩٧٦، بالإضافة إلى إقراره في الفقرة الثانية من المادة (٦) من اتفاقية الاتحاد الأوروبي لحقوق الإنسان، إلا أنه على الرغم من وضع هذه المواثيق والاتفاقيات لصيانة حقوق الإنسان كحق الصمت ومنع نزع الاعتراف وقرينة البراءة وغيرها فإن ممارسة هذه الحقوق ليست مطلقة تماماً، إذ إن مصلحة المجتمع تقتضي الوصول إلى الحقيقة بشأن الجريمة، فلنا على سبيل المثال الإشارة إلى المسلك المستحدث في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Murray v United Kingdom حين أكدت حق المتهم في المحاكمة العادلة، وفي حال تقديم كافة الضمانات للمتهم يحرم من التمسك بحق الصمت في مرحلة التحقيق الابتدائي^(٥٦). ولعل أبرز القضايا التي تناولت مشكلة نقل عبء الإثبات نجدها في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية Salabiaku V. France^(٥٧). حيث

R. v. Hunt, 1987 A.C 352 (UK). (٥٤)

R v. Lambert, 2002 2 A.C. 545 (UK). (٥٥)

John Murray v United Kingdom, App. No. 18731/91. 1996-I 22 ECHR date of judgement 8 February 1996 para 26. (٥٦)

Salabiaku v. France, 1988 13 Eur. H.R. Rep 379-388. (٥٧)

استأنف المدعى عليه أمام القضاء الأوروبي ضد قانون الجمارك الفرنسي الذي أدانته بجريمة استيراد شحنة من المخدرات بافتراض علم الفاعل بأن المخدرات كانت بحوزته، فعلى الرغم من أن المحكمة قضت ببراءة المتهم من جريمة استيراد المخدرات، فإنها أدانته على ارتكاب جريمة جمركية تكون عقوبتها مخففة ولم تجد في ذلك انتهاك لحقوق المتهم^(٥٨). كذلك الشأن بالنسبة لجرائم الإرهاب، وغيرها فيكون المساس بحقوق المتهم أمراً مستحقاً للمحافظة على مصلحة أجدر بالرعاية وهي المجتمع^(٥٩).

وعلى ذلك فإنه يشترط لكي تقوم جريمة الكسب غير المشروع أن يقدم الدليل على ثلاثة أمور، الأول هو الزيادة في الثروة، والثاني انعدام التناسب مع المورد، وأخيراً عجز الخاضع عن إثبات مشروعية المصدر مع اشتراط العلم والإرادة، كما هو موضح في المبحث الثالث.

المطلب الثاني: النتيجة الإجرامية في جريمة الكسب غير المشروع

ذكرنا أن الجريمة تقع بمجرد إدخال أموال في الذمة المالية للخاضع، أما النتيجة فهي الأثر الناتج عن هذا السلوك الإجرامي، أي الزيادة المالية الناتجة من النشاط المادي، نجد المشكلة في عدم تحديد المشرع مقدار هذه الزيادة والحد الأدنى لما يعتبره إثراء، ويبدو أنه ترك تحديد مقدار الإثراء بيد محكمة الموضوع. أما بالنظر إلى اتفاقيه الأمم المتحدة لمحاربة الفساد فقد أكدت على ضرورة أن تكون الزيادة مبالغة

(٥٨) بينت المحكمة في قضية Salabiaku v France

As the Government and the Commission have pointed out, in principle the Contracting States remains free to apply the criminal law to act where it is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention and, according, to define the constituent elements of resulting offence. In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence... Article 6(2) does not therefore regards presumption of fact or, of the law provided for the criminal law with indifferences. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account importance of what is at stake and maintain in the rights of the defece...

(٥٩) Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, The Burden and Standard of Proof in Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, Human Rights and Criminal Justice, (Thomson: Sweet and Maxwell, London, 2007).

في أصول الخاضع، كما عبرت عنه "significant increase in assets". هنا أيضا أخذ ال "معنى على إطلاقه دون تحديد، إذ أن من أهم الانتقادات الموجهة لجريمة الكسب غير المشروع أن القانون لم يوضح معنى الإثراء ومقداره، وهو ما يشكل صلب الركن المادي أي الفعل المكون الجريمة^(٦٠). فترك تحديد الحد الأدنى بيد سلطة الاتهام أمر غير مقبول عمليا، حيث يحول دون تطبيق القانون بصورة موضوعية. وإسناد مطلق السلطة التقديرية لسلطة الاتهام والمحكمة قد تنعكس آثاره في التفاوت بوجهة النظر ومن ثم على الأحكام، هذا بالإضافة إلى أن بعض الأفعال للإثراء بمستوى معين قد تكون بمنأى من العقاب. إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة التي وضعها القضاء الكويتي في بيان مدلول لفظ "المال" - محل الزيادة - بهذه تشمل كل ما يمكن تقويمه سواء كانت قيمته كبيرة أم ضئيلة، مادية أم اعتبارية وهو بذلك يشمل كافة صور الزيادة على المال بغض النظر عن قيمته،^(٦١) فيندرج تحته مثلا أنواع الهدايا المختلفة لأنها مما يمكن تقويمها بالمال. كما يلزم لاكتمال عناصر الركن المادي أن يدخل هذا المال الذمة المالية للخاضع فلا تقوم بغير ذلك، وعليه فإن المنفعة الأدبية أو الأشياء التي لا تقوم بمال تخرج من نطاق التجريم المادي المكون للجريمة. ومن أمثلة ذلك إلحاق الموظف العام لأحد أقاربه في ترقية أو وظيفة بسبب وظيفته لا تشكل كسباً غير مشروع بحسب ما يقتضي النشاط الإجرامي لجريمة الكسب غير المشروع.

ونجد القضاء الكويتي قد حسم هذا الخلاف باعتباره أي اعتداء على الأموال العامة سواء أكانت ضئيلة أم كبيرة توجب المساءلة الجنائية، ولكن العناصر المكونة لجريمة الكسب غير المشروع لا تقع إلا إذا تحققت الزيادة على الذمة المالية للخاضع بطريقة تكون غير متناسبة مع مصدر الدخل المشروع.

وبقراءة نصوص التجريم بحسب ما ورد في المرسوم بقانون لمكافحة الفساد، جاءت الصياغة معيبة وناقصة حيث لم يحدد المشرع محل الزيادة الواقع عليها إثبات مصدرها. وبالمقارنة مع نص المادة (٢٠) من اتفاقية الأمم المتحدة نجد أن المشرع

(٦٠) Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012) pp.18-21.

(٦١) طعن بالتمييز رقم ٩٨/٥٩ جزائي، جلسة ١٩٩٩/٢/٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧/١/١١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١، وفي المواد الجزائية، يوليو ٢٠٠٤، ص ٢٤٦ قاعدة رقم ٣.

الدولي أحسن في وضع القرينة المستفادة من الزيادة في موضعها القانوني الصحيح حين اشترط لقيام الجريمة ألا يكتفى في شأنها مجرد دخول أموال في الذمة المالية، بل أضاف إلى ذلك عدم تناسب هذه الزيادة مع موارد الفاعل، فمنعاً للبس وضبطاً لتطبيق النص ندعو المشرع الكويتي إلى أن يضيف في مفهوم التجريم أن تكون الزيادة غير مبررة وغير متناسبة مع مصدر الدخل المشروع للخاضع لأحكام القانون. إذا، فجريمة الكسب غير المشروع تعتبر من جرائم الضرر، تتمثل بفعل نشاط مادي إيجابي أو سلبي ينتج عنه أموال تدخل في الذمة المالية للخاضع بالمرسوم بقانون، ولا تتناسب مع مصدر دخله المشروع ويعجز عن إثبات مصدر مشروع عن تلك الزيادة، ولا بد من ارتباط هذا السلوك بتلك النتيجة التي تؤكد أن أثر الكسب لم يكن إلا بسبب هذا السلوك المرتكب. ويتضح هنا الغرض من تجريم الكسب غير المشروع باعتبار أي زيادة في الذمة المالية دون إثبات المصدر يحقق النتيجة الخاصة لجريمة الكسب غير المشروع.

المبحث الثالث

الركن المعنوي

قانون مكافحة الفساد لم يحدد نوع القصد المطلوب توافره لقيام أركان جريمة الكسب غير المشروع كاملة ولا سيما الركن المعنوي. إلا أنه بالرجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نجد أن بنود الاتفاقية وضحت الصورة اللازم توافرها للقصد الجنائي وهي القصد العام، وذلك وفقاً للمادة ٢٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

وعليه يتخذ الركن المعنوي لجريمة الكسب غير المشروع صورة القصد الجنائي الذي يلزم تحققه اتجاه إرادة الفاعل أي الخاضع للقانون إلى نشاط مادي كاستغلال منصبه الوظيفي ليحقق إثراء غير مشروع لنفسه أو لغيره مع علمه بأن حصوله على هذا المال إنما كان بسبب استغلاله لوظيفته العامة. ولا يشترط أن تتجه نية الفاعل إلى استعمال نفوذه للكسب، بل تقوم الجريمة بمجرد اتجاه إرادته وقت الفعل إلى التكبس وتضخم ذمته المالية. ومن ثم فإن جريمة الكسب غير المشروع تعتبر من الجرائم العمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي العام الذي يلزم توافر عنصرين وهما العلم والإرادة.

المطلب الأول: العلم

لا يمكن الحديث عن جريمة كسب غير مشروع دون بحث مدى علم الفاعل بأركان الجريمة وقت ارتكاب الفعل، إذ يجب أن ينصرف علم الخاضع للقانون إلى ارتكاب أركان الجريمة، وهي ارتكاب الخاضع لنشاط معين يؤدي إلى زيادة في ذمته المالية، وهو عالم بأنه من الأشخاص الخاضعين للقانون، وأن النشاط الإجرامي الذي قام به هو استغلال لعمله للحصول على منفعة مادية. فإذا كان الخاضع للقانون يجهل وقت قيامه بالفعل الإجرامي أنه قد صدر قرار بتعيينه في شغل وظيفة عامه أو كان يجهل مثلاً أن العمل الإجرامي الذي قام به قد أصبح داخلياً في نطاق اختصاصه فإن ذلك ينفي القصد الجنائي العام.

المطلب الثاني: الإرادة

كما يشترط القصد أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الركن المادي المكون للجريمة، وهو استغلال منصبه الوظيفي لزيادة الإثراء في الكسب، فلا تتحقق الجريمة إذا تم إيداع مبالغ مالية في حساب الخاضع للقانون دون علمه، كما لو تمت في شكل تحويلات مالية من جهات مجهولة دون علم الشخص، فبذلك ينتفي الركن المعنوي في هذه الفرضية.

ومن المقرر أن القصد لا يعتد به في القول في جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كان معاصراً للنشاط الإجرامي المكون للسلوك المادي المكون للجريمة، فتنتفي الجريمة إذا لم يكن القصد متوافراً بعنصره العلم والإرادة وقت تحقق الزيادة غير المبررة ولا عبء بتوافر القصد في وقت لاحق على ذلك^(٦٢).

(٦٢) حول تفاصيل في الجريمة العمدية وعناصر العلم والإرادة انظر محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي: دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

الخاتمة:

كان محور هذه الدراسة هو وضع البيان القانوني لجريمة الكسب غير المشروع بحسب ما جاء في الفقرة السادسة من المادة ٢٢ من المرسوم بقانون بشأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية رقم ٢٤ لسنة ٢٠١٢، حيث يعتبر نصاً تجريمياً مستحدثاً في نصوص التجريم الجزائي.

حللت هذه الدراسة أركان جريمة الكسب غير المشروع بالاستعانة باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وإظهار مدى انسجام نص التجريم في المرسوم بقانون مع أحكام الاتفاقية سالفة البيان باعتبارها الأساس المنبثق منه تجريم الكسب غير المشروع، وقد دخلت الكويت طرفاً فيه سنة ٢٠٠٣.

تناول الفصل الأول من البحث تعريف الكسب غير المشروع، وبيان الحاجة إلى هذه الإضافة التشريعية في نصوص القانون الجنائي. وقد ظهر لنا أن جريمة الكسب غير المشروع تقع بمجرد تحقق زيادة غير مبررة في الذمة المالية ممن هم خاضعون للمرسوم بقانون بشأن مكافحة الفساد. حيث جاء هذا المفهوم الموسع منسجماً مع أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، واستخلصنا في هذا البحث أهمية تجريم الكسب غير المشروع، فبالنظر إلى النصوص القانونية المجرمة لأعمال الموظف العام كالرشوة، والنصوص الخاصة بحماية الأموال العامة كجرائم الاعتداء على الأموال العامة، نجد أن نطاق تطبيقها محدود في إطار السلوك المكون للجريمة وفقاً لما جاء في نصوصه، لذلك أتت الحاجة لإضافة جريمة الكسب غير المشروع لكي تسد الفراغ التشريعي الذي خلفته تلك الجرائم. وقد احتاج المشرع إلى مزيد من التوسع حين اعتبر مجرد إثراء الخاضع للقانون جريمة في حد ذاته، وذلك تأكيداً لحماية المصالح للحيلولة دون إفلات الجاني من العقاب، فيكفي لإقرار الجريمة وجود زيادة مالية في ذمة الخاضع غير متناسبة مع مصدر دخل الموظف العام أو الخاضع لأحكام القانون مع عجزه عن تبرير مشروعية مصدر الزيادة.

وقد تطرق الفصل الثاني إلى بيان الأركان الخاصة والعامة في قيام جريمة الكسب غير المشروع، حيث تبين لنا أن هذه الجريمة تقوم على أساس فرضي، فلا يمكن الحديث عن جريمة الكسب غير المشروع إلا إذا كان الجاني من الفئات الخاضعة للقانون الوارد حصرها في المادة الثانية من المرسوم بقانون. يشترط أيضاً أن توجد زيادة في الذمة المالية للخاضع، لذلك ألزم المرسوم بقانون الخاضع لأحكامه تقديم الإقرارات للكشف عن ذمته المالية أو أحد الأشخاص الذين يكون ولياً أو وصياً أو قيماً عليهم. فقد تناول الفصل الثاني شرح الأركان الخاصة موضحين فيها الركن المادي

والمعنوي لجريمة الكسب غير المشروع، وذكرنا أن الجريمة تنهض على تحقق زيادة غير مبررة في الذمة المالية للخاضع. وأخيراً أشار البحث في تحديد الركن المعنوي لجريمة الكسب غير المشروع تعتبر من الجرائم العمدية التي تتطلب القصد العام فيها من العلم والإرادة.

من خلال هذا العرض استوقفنا بعض العيوب والنتائج نلخصها فيما يلي:

أولاً: عدم دقة الصياغة التشريعية للمرسوم بقانون في تحديد صفة الجاني، حيث جاء في المادة الأولى منه في تعريف الموظف العام ومن في حكمه باعتبارهم خاضعين لتطبيق هذا المرسوم بقانون، بينما حصر في مادته الثانية فئات أخرى لم يرد من ضمنهم الموظف العام أو من في حكم الموظف العام من الأشخاص الخاضعين لتطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون.

ثانياً: نجد القصور التشريعي في استبعاد المرسوم بعض الفئات كان من الأجدر أن يشملهم كالشركات التي تسهم فيها الدولة بطريقة غير مباشرة، وعلى المشرع أن يدرجهم كما فعل في قانون حماية الأموال العامة رقم (١) لسنة ١٩٩٣. كما أنه استبعد الزوجة من الخاضعين لتقديم إقرارات الذمة المالية إلى جانب زوجها الخاضع للمرسوم بقانون، وذلك على خلاف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة ٥٢، وإن استبعد المشرع الزوجة من طائلة عقوبة الكسب غير المشروع لا يحول دون اسناد تهمة غسل الأموال إذا علمت أن الأموال التي تحصلت عليها كانت من جريمة كسب غير مشروع ارتكبتها زوجها الجاني.

ثالثاً: ذكرنا أن المشرع لم يحدد في وصف طبيعة السلوك المكون للجريمة سواء الإيجابي أو السلبي منه. بينما اختص المشرع بضرورة تحقق النتيجة وهي الزيادة غير المبررة، وقد برز العيب التشريعي في عدم تحديد المشرع مقدار الزيادة، وبالنظر إلى اتفاقية الأمم المتحدة نجد أنها حددت أن تكون مقدار الزيادة "مبالغة" وغير متناسبة مع مصدر الدخل المشروع للخاضع للمرسوم بقانون، أما بالرجوع إلى تطبيق القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي فمن المتصور أن تقع جريمة الكسب غير المشروع بمجرد دخول أي مال غير مشروع في الذمة المالية للخاضع كما أوضحنا سلفاً.

وبناء على تلك العيوب فإننا نهيب بالمشرع - عند تعديل المرسوم بقانون بشأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بكشف الذمة المالية - أن يراعي النتائج التي أسفرت عنها الدراسة والأخذ بالتوصيات التالية:

- ١ - على المشرع أن يتنبه إلى اللغط التشريعي الوارد في المادة الأولى والثانية في المرسوم بقانون. ونرى بضرورة استبعاد الموظف العام ومن في حكمهم من أحكام هذا القانون تجنباً لأي إشكاليات تطبيقية في المستقبل والاكتفاء بالفئات الوارد حصرهم في المادة الثانية منه.
- ٢ - إلا أن البحث يؤكد على ضرورة إضافة فئات أخرى للخاضعين للمرسوم بقانون بحيث تمتد أحكامه لتشمل الموظفين في الشركات غير المباشرة دون تحديد لنسبة المساهمة كما وضعنا سالفاً، ويتم إدراج زوجة وشركاء الخاضع وإلزامهم بتقديم إقرارات عن ذمتهم المالية، وذلك لما تقتضيه مصلحة الوظيفة العامة واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- ٣ - كما نوصي المشرع بتوضيح مظاهر الزيادة التي تقوم بها جريمة الكسب غير المشروع، ونحن نميل إلى تطبيق القواعد العامة لمواجهة من تسول له نفسه بالاعتداء على الأموال العامة، أي إثارة المسؤولية الجنائية في مواجهة الخاضع مهما قل مقدار الاعتداء.
- ٤ - ولا بد في الختام أن ننبه إلى أن مقاومة الفساد والكسب غير المشروع تستوجب وضع إستراتيجيات فعالة لها دور وقائي وراصد في الوقت ذاته. ونرى أن المشرع عني بالجانب الزاخر والراصد من خلال العقوبات الأصلية المقررة في نصوص المواد ٤٦، ٤٧ و ٤٨، هذا بالإضافة إلى العقوبات التبعية كالمصادرة الجنائية وفقاً للمادة ٥٤ من المرسوم بقانون. إلا أننا نوصي المشرع الكويتي بتسخير الإمكانيات القانونية لمصادرة العائدات المشبوهة وذلك من خلال ما يسمى بالمصادرة المدنية، كما جاء في المادة ٥٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ومفادها السماح للدول الأطراف أن تصدر قانوناً يقضي بمصادرة أملاك معينة للخاضع دون إدانة جنائية متى ما لم تتمكن المحكمة من إدانته لأي سبب من الأسباب^(٦٣).

(٦٣) Colin King and Clive Walker, Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulating of Criminal and Terrorist Assets (Ashgate publication, England, 2014) pp. 3-27.

قائمة المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

١ - الكتب:

- عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق - جامعة الكويت - الطبعة الثالثة، ١٩٩٨.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - وفقاً لحدث التعديلات، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة السابعة القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- محمود نجيب حسني. قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٨٧.
- محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي: دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- نبيل محمود السيد، جريمة الكسب غير المشروع، القاهرة، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.

٢ - رسائل الدكتوراه:

- فؤاد جمال عبدا لقادر، الكسب غير المشروع دراسة مقارنة، درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

٣ - البحوث:

- عادل المانع، البنيان القانوني لجريمة غسيل الأموال: دراسة تحليله مقارنة في التشريع الكويتي والمصري والفرنسي. مجلة الحقوق العدد الأول - السنة التاسعة والعشرون - الكويت، مارس ٢٠٠٥.
- فايز الظفيري، الحماية الجنائية للأموال العامة من خلال القانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٩٣: دراسة تحليلية نقدية، الكويت، وحدة التأليف والتعريب والنشر، ٢٠٠٦.

– فايز الظفيري، مواجهة جرائم غسيل الأموال منظورا إليها من خلال القانون الكويتي رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢، الكويت، لجنة التأليف والتعريب والنشر – جامعة الكويت – لسنة ٢٠٠٤.

– فيصل الكندري، فلسفة المشرع الكويتي والعربي في مكافحة جرائم الفساد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (٤) – السنة الأولى ديسمبر ٢٠١٣.

– فيصل الكندري، مظاهر الحماية الجنائية للأموال العامة، دراسة تحليلية ونقدية لقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ بشأن حماسة الأموال العامة، مجلة الحقوق – جامعة الكويت – السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٤.

– ورقة عمل السيد/ سالم علي العلي الأمين العام المساعد لإقرار الذمة المالية المقدمة بحلقة النقاش بعنوان إقرار الذمة المالية، في جامعة الكويت – كلية الحقوق – تاريخ ١٢ نوفمبر ٢٠١٤.

٤- التعاميم والأحكام القضائية:

– التعاميم المنظمة للعمل بالنيابة العامة خلال الفترة من ١٩٦٦ حتى نهاية عام ٢٠١٢، وزارة العدل، النيابة العامة.

– حكم المحكمة الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٧.

– مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٧/١/١ حتى ٢٠٠١/١٢/٣١، وفي المواد الجزائية، يوليو ٢٠٠٤.

– مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١٩٨٩/١/١ حتى ١٩٩١/١٢/٣١ في المواد الجزائية، القسم الثاني، المجلد الرابع، يونية ١٩٩٦.

– مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض الجزء الرابع (١٩٦٥:١٩٦١م).

٥- المقالات:

– المؤتمر الصحفي الذي أقيم بعد قرار النيابة العامة بحفظ البلاغ والتصريح الخاص للنائب العام المؤرخ في ١٨ أكتوبر ٢٠١٢.

٦- الاتفاقيات الدولية:

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦).
- اتفاقية البلدان الأمريكية التي اعتمدها منظمة الدول الأمريكية (١٩٩٦).
- اتفاقية مكافحة الفساد بين موظفي الجماعات الأوروبية أو موظفي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي (١٩٩٧).
- اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية (١٩٩٧).
- اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربته (٢٠٠٣).
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (٢٠٠٣).
- ديباجة لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

ثانياً - المراجع باللغة الأجنبية

١- الكتب:

- Ben Emmerson, Andrew Ashworth and Alison Macdonald, Human Rights and Criminal Justice, (Thomson: Sweet and Maxwell, London, 2007).
- Colin King and Clive Walker, Dirty Assets: Emerging Issues in the Regulating of Criminal and Terrorist Assets (Ashgate publication, England, 2014).
- Gounev, P., and Ruggiero, V. (eds) Corruption and Organized Crime in Europe (Routledge, London, 2012).
- Kale, Ndiva-Kofela, Combating Economic Crimes Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting The Crime Of Illicit Enrichment (Routledge, USA, 2012).
- Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias and Tammer Berger, On The Take: Criminalizing Illicit Enrichment Fighting Corruption, (World Bank, Public Disclosure, 2012).
- Roberto Durrieu, Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law: Towards A New

Global Legal Order, (Martinus Nijhoff Publication, USA, 2013) Chapter V.

٢ - البحوث:

- Low, A., Andria, K., Bjorklund and Kathryn C. Atkinson. 'The Inter-American Convention against Corruption: A Comparative with United States Foreign Corrupt Practice Act'. (Virginia Journal of International Law spring, No.38) 243-92.
- Patrick X. Delaney, Transnational Corruption: Regulation Across Borders, (American Journal of International Law, 47 V.,413, 419 2007).
- Quraishi, Ophelie, Assessing The Relevancy and Efficacy of The United Nations Convention Against Corruption: Comparative Analysis (Notre Dame Journal of International Law, 2011) 101-166.

٣ - الأحكام القضائية:

- John Murray v United Kingdom, App. No. 18731/91. 1996-I 22 ECHR date of judgement 8 February 1996
- R v. Lambert, 2002 2 A.C. 545 (UK).
- R. v. Hunt, 1987 A.C 352 (UK).
- Salabiaku v. France, 1988 13 Eur. H.R. Rep 379-388

٤ - التقارير والتعليقات:

- Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the general OAS, at pp. 92-93, 1999.
- Organization of American States, Secretariat of Legal Affairs, DEPARTMENT of Legal Cooperation, Background, available at:
Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) Glossaries, [2008], "Corruption", A Glossary of International Standards in Criminal Law, OECD Publication.
- Statements by the Committee on Economics, Social and Cul-

tural Rights that “States face serious problems of corruption, which have negative effects on the full exercise of rights covered by covenant” [ICESCR] E/C.12/1/AD-D.91(CESCR,2003, para.12).

- Transparency International, Corruption Perception Index, 1995 http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/previous_cpi .
- United Nation Office on Drugs and Crime Compendium of International Legal Instruments on Corruption (2005) <http://www.unodc.org/documents/corruption/corruption-compendium-en.pdf>.
- United Nation Special Rapporteur on independence of judges and lawyers in E/CN.4/2006/52/Add.4. para 96.”

الجهود الدولية في مكافحة الجرائم المعلوماتية

الدكتور/ أسامة بن غانم العبيدي
أستاذ القانون المشارك - معهد الإدارة العامة
الرياض - المملكة العربية السعودية

ملخص:

يمكن ارتكاب الجريمة المعلوماتية في أي مكان على وجه الأرض، ويستطيع الجاني ارتكاب جريمته دون أن يترك أدلة تساعد إلى الوصول إليه، كما أن الأدلة التي يمكن تتبعها قد تزول إذا لم يتم اتخاذ إجراءات سريعة لحماية الدليل. وتصبح هذه المهمة بالغة الصعوبة والتعقيد إذا كانت أدلة الجريمة تتواجد في حاسب آلي موجود في دولة أخرى، مما يحتم ضرورة تعاون سلطات ذلك البلد أو البلدان التي عبر من خلالها الفعل الإجرامي وهو في طريقه إلى الهدف، أو حيث توجد أدلة الجريمة. وهذا يحتم وجود تعاون دولي بين الدول لمكافحة هذا النوع من الجرائم حتى يتم الوصول إلى الأدلة والمجرمين ومعاقبتهم.

ويتناول هذا البحث موضوع أهمية التعاون الدولي في مواجهة الجرائم المعلوماتية؛ نظراً لأهمية مثل هذا التعاون في مكافحة مثل هذه الجرائم. وقد أوضحنا في المبحث الأول نظرة الدول إلى الجرائم المعلوماتية والصعوبات التي تواجه التعاون الدولي في مجال المكافحة، ثم بينا في المبحث الثاني مظاهر التعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية، ثم بينا في المبحث الثالث جهود الأمم المتحدة والاتفاقيات والمعاهدات والجهود الدولية الأخرى في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية.

المقدمة:

في ظل التطورات الكبيرة لتقنية المعلومات، ونظراً للعدد الهائل من الأفراد والمؤسسات الذين يستخدمون شبكة الإنترنت، فقد أصبح من السهولة بمكان استخدامها في ارتكاب الجرائم، فشبكة الإنترنت لا تعرف حدوداً جغرافية، ومستخدم الشبكة يمكنه التنقل بين دول العالم وهو موجود في منزله، ويترتب على هذه الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت أن الجرائم التي ترتكب باستخدامها تكون لها صفة الدولية، أي تكون جرائم عابرة للحدود. وقد يساهم أكثر من شخص في دول مختلفة في ارتكاب جريمة واحدة يقع ضحيتها عدة أشخاص يقيمون في بلدان متعددة، كما يترتب عليها أيضاً أن الأدلة الرقمية التي يمكن تتبعها تكون ضعيفة أو من الممكن زوالها بشكل سريع، ولذا تستلزم اتخاذ إجراء سريع لحفظها من الزوال والتلف، فعندما ترتكب جريمة معلوماتية تستحق التحقيق فيها للوصول إلى مرتكبها، قد تظهر الحاجة إلى مساعدة السلطات في البلد الذي نشأت منه الجريمة أو من السلطات في البلد أو البلدان التي عبر من خلالها النشاط

المجرّم وهو في طريقه إلى الهدف، أو حيث توجد أدلة الجريمة. ومما يزيد من صعوبة المشكلة اختلاف التشريعات في الدول المختلفة في تأسيس اختصاصها الجنائي، مما قد يؤدي إلى تنازع الاختصاص بين الدول بالنسبة للجرائم المعلوماتية عابرة الحدود، فقد يحدث أن ترتكب جريمة في إقليم دولة معينة، ويكون مقترب هذه الجريمة أجنبياً، فتخضع هذه الجريمة لاختصاص الدولة الثانية على أساس مبدأ الاختصاص الشخصي، وقد تكون الجريمة المرتكبة على إقليم الدولة من الجرائم التي تهدد أمن وسلامة دولة أخرى، فتخضع للاختصاص الجنائي الإقليمي من جهة، وتخضع لاختصاص الدولة المجنى عليه من جهة أخرى، استناداً لمبدأ الاختصاص العيني^(١).

فالتحقيق والمحاكمة في الجرائم المعلوماتية يتطلبان توحيد التشريعات المختلفة وتوحيد القواعد المتعلقة بالإثبات باستخدام الأدلة الإلكترونية بين الدولة التي وقعت فيها الجريمة من ناحية، والدولة التي يقيم فيها المتهم، ولذلك لا بد من وجود تعاون دولي يتفق مع طبيعة الجرائم المعلوماتية، ولإتمام التحقيق والمحاكمة قد تكون هناك حاجة إلى مساعدة السلطات في البلد الذي كان منشأ الجريمة، أو من سلطات البلد أو البلدان التي عبر من خلالها النشاط المجرّم وهو في طريقه إلى الهدف، أو حيث قد توجد أدلة الجريمة. وهناك نوعان من المساعدة هما المساعدة الرسمية والمساعدة غير الرسمية. وقد تكون المساعدة غير الرسمية أسرع إنجازاً، وهي الوسيلة المثلى حين لا تكون هناك حاجة إلى صلاحيات إلزامية مثل أنون التفتيش أو طلبات تسليم المجرمين، وهي تعتمد على وجود علاقات عمل جيدة بين الأجهزة الأمنية للدول المعنية.

ومن ناحية أخرى فإن المساعدة الرسمية المتبادلة هي عملية أكثر تعقيداً يتم اللجوء إليها استناداً إلى معاهدات بين البلدان المعنية وتشمل تبادل الوثائق الرسمية. وهي تشترط عادة أن تكون الجريمة المعنية على درجة من الجسامه، وأن تشكل جريمة في كل من البلدان الطالبة والموجه إليها الطلب، وهو ما يطلق عليه بالتجريم المزدوج (Dual Criminality)^(٢).

(١) فتحي محمد عزت، الحماية الجنائية والموضوعية والإجرائية - الاعتداء على المصنفات والحق في الخصوصية والكمبيوتر والإنترنت في نطاق التشريعات الوطنية والتعاون الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م. ص ٤٠٧ وما بعدها.

(٢) خالد ممسوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٩٣ وما بعدها. انظر أيضاً: يوسف حسن يوسف، الجرائم الدولية للإنترنت، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة. ٢٠١١م. ص ١٤٠، وما بعدها. انظر أيضاً:

Donald Mason R, Sentencing Policy and Procedure As Applied to Cyber crime: A call for Reconsideration And Dialogue, Mississippi Law Journal, winter 2007. At 12.

وبما أن التعاون الدولي هو الطريق الوحيد لمكافحة الجرائم المعلوماتية، فإن هذا التعاون يتطلب توحيد القوانين والتشريعات العقابية للبلدان المختلفة، لأن التباين بين تلك القوانين والتشريعات يؤدي في النهاية إلى استفادة الجناة بالإفلات من العقاب بسبب هذا التباين والاختلاف.

فملاحقة مرتكبي الجرائم المعلوماتية ومحاكمتهم وإيقاع العقوبة عليهم، يتطلب القيام بأعمال إجرائية استدلالية وتحقيقية خارج حدود الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة أو جزء منها، مثل معاينة مواقع الإنترنت في الخارج أو ضبط الأقراص الصلبة التي توجد عليها معلومات أو بيانات غير مشروعة أو صور ذات طبيعة جنسية، أو القيام بسماع الشهود، أو اللجوء إلى الإنابة القضائية، أو تقديم المعلومات التي يمكن أن تساهم في تحقيق هذه الجرائم، وكل ذلك لا يتم بدون مساعدة الدول الأخرى، فمكافحة الجرائم المعلوماتية لا يمكن أن تتحقق بدون وجود تعاون دولي على المستوى الإجرائي الجنائي، بحيث يسمح بالاتصال المباشر بين أجهزة الشرطة في الدول المختلفة وذلك بإنشاء مكاتب متخصصة لجمع المعلومات عن مرتكبي الجرائم المعلوماتية وتعميمها^(٣).

ولكي تكون هناك مواجهة دولية فعالة للجرائم المعلوماتية يجب على الدول الدخول أطرافاً في اتفاقيات ومعاهدات دولية لتنظيم التعاون القضائي وتسليم المجرمين في الجرائم المعلوماتية، وإيجاد آليات لحل التنازع بين قوانين الدول المختلفة فيما يتعلق بالتحقيق ومحاكمة مرتكبي تلك الجرائم.

وفي ضوء ما تم ذكره، فقد أصبح من الضروري وجود تعاون دولي فعال في مكافحة الجرائم المعلوماتية، وعلى الرغم من أهمية هذا التعاون وهذه الجهود إلا أن هناك عدداً من العقبات والمشاكل التي تعيق تحقيقه.

ويهدف هذا البحث إلى تناول الجهود الدولية في مكافحة الجرائم المعلوماتية وأهمية التعاون الدولي في مكافحتها، وذلك باستعراض مظاهر التعاون الدولي في

(٣) فمثلاً في جرائم الإتلاف المعلوماتي قد يكون مرتكب جريمة نشر الفيروس يحمل جنسية معينة، ويشن الهجوم الفيروسي من أجهزة حاسب آلي موجودة في دولة أخرى، وتقع الآثار المدمرة لهذا الهجوم في دولة ثالثة، فمن الطبيعي أن تقف مشاكل الحدود والاختصاص القضائي عقبة أمام اكتشاف هذه الجرائم ومعاينة مرتكبيها. انظر: يوسف حسن يوسف، المرجع السابق. ص ١٤١ وما بعدها. انظر أيضاً: فتحي محمد عزت، المرجع السابق. ص ٤٠٩ وما بعدها. انظر أيضاً: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق. ص ٣٩٤ وما بعدها.

مكافحة هذه الجرائم والصعوبات التي تواجه مثل هذا النوع من التعاون واستعراض وتحليل جهود الأمم المتحدة والاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مكافحة هذه الجرائم.

هدف البحث وأهميته:

يهدف هذا البحث إلى دراسة موضوع الجهود الدولية في مكافحة الجرائم المعلوماتية من حيث أهمية التعاون الدولي في مواجهة هذه الجرائم، والصعوبات التي تواجه مكافحتها، ومظاهر التعاون الدولي في مكافحتها، وصولاً إلى تبين جهود الأمم المتحدة والاتفاقيات والمعاهدات والجهود الدولية الأخرى في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية. وتكمن أهمية البحث في مدى خطورة الجرائم المعلوماتية وكونها عابرة للحدود، فإن مكافحتها لا تتحقق إلا بوجود تعاون دولي على المستوى الإجرائي الجنائي بين الدول، إذ أنه يستحيل على الدولة بمفردها القضاء على الجرائم العابرة للحدود، ولذلك فإن الحاجة ملحة إلى تعاون الدول والتنسيق فيما بينها لمطاردة المجرمين ومكافحة الجرائم المعلوماتية التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة بمقتضى قواعد مستقاة من مبادئ القانون الدولي.

خطة البحث:

يشتمل هذا البحث على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نظرة الدول إلى الجرائم المعلوماتية والصعوبات التي تواجه التعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجرائم.

المبحث الثالث: مظاهر التعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية.

المبحث الثالث: جهود الأمم المتحدة والاتفاقيات والمعاهدات والجهود الدولية الأخرى في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية.

منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي لنصوص الاتفاقيات والمعاهدات والقرارات والتوصيات الدولية في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية، مع الاعتماد على المراجع العلمية القانونية ذات العلاقة.

المبحث الأول

نظرة الدول إلى الجرائم المعلوماتية والصعوبات التي تواجه التعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجرائم

نظراً لاختلاف مواقف الدول في التعامل مع الجرائم المعلوماتية فسنستطرق في هذا المبحث إلى نظرة الدول إلى الجرائم المعلوماتية في المطلب الأول، ثم سنتطرق في المطلب الثاني إلى الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجرائم.

المطلب الأول

نظرة الدول إلى الجرائم المعلوماتية

حتى يتحقق التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية يجب على الدول كافة أن تصدر قوانين على قدر من التناسق تجرم الجرائم المعلوماتية، وأن تقوم بصياغة قوانين جديدة قادرة على التعامل مع تلك الجرائم المستحدثة.

وقد تباينت مواقف الدول المختلفة في التعامل مع الجرائم المعلوماتية، فبينما توجد في بعض الدول نصوص قانونية قابلة للتطبيق على تلك الجرائم، نجد أن دولاً أخرى لا تتعامل تشريعاتها مع مثل هذه الجرائم، ويرجع ذلك بشكل أساسي إلى اختلاف تجارب تلك الدول مع الجرائم المعلوماتية، ويمكن بشكل عام التمييز بين اتجاهين رئيسيين في هذا الشأن:

الاتجاه الأول:

ينظر هذا الاتجاه إلى الجرائم المعلوماتية على أنها جرائم تقليدية لا تتميز بخصائص تميزها عن غيرها من الجرائم بحيث تتطلب نصوصاً جديدة وقوانين جديدة لمواجهتها^(٤). وتأخذ غالبية الدول العربية بهذا الاتجاه، ففي غالبية الدول العربية لا توجد قوانين خاصة بالجرائم المعلوماتية، وإنما تتعامل مع هذه الجرائم بموجب نصوص القوانين التقليدية، والتي توفر بعض الحماية ضد الأفعال المماثلة، بحيث يمكن تطبيق النصوص القانونية التقليدية وتطويعها للتعامل مع الجرائم المعلوماتية، وعليه فإن وجد نص قانوني يعاقب على جريمة شبيهة بالجريمة المعلوماتية يتم إدراجها تحته وتقرر العقوبة المنصوص عليها في ذلك النص، وعليه

(٤) نائلة عادل قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥م. ص ٤٠٦ وما بعدها. انظر أيضاً: ناصر محمد البقمي، فاعلية التشريعات العقابية في مكافحة الجرائم المعلوماتية، مجلة البحوث الأمنية، المجلد ١٧، العدد ٤٠، أغسطس ٢٠٠٨. ص ١٢١ وما بعدها.

فإنه في غالبية الحالات لا تكون العقوبة المنصوص عليها في هذا النص القانوني متناسبة وحجم الخسائر الناتجة عن ارتكاب مثل هذه الجريمة المعلوماتية، ولأنه لا يوجد نص صريح خاص بها ويعاقب عليها ويفرض العقوبة المناسبة للأضرار الناتجة عن تلك الجريمة، فيتم إدراج تلك الجريمة المعلوماتية تحت هذا النص القانوني غير الخاص بها، والذي تم توصيفه للعقاب على جريمة أخرى، وبالتالي لا يكون العقاب المنصوص عليه مناسباً في هذه الحالة.

الاتجاه الثاني:

ينظر هذا الاتجاه إلى الجرائم المعلوماتية على أنها تتمتع بصفات تميزها عن غيرها من الجرائم. ويرى أيضاً ضرورة إصدار قوانين جديدة تتعامل مع الجرائم المعلوماتية، أو تعديل نصوص القوانين التقليدية بحيث تستطيع التعامل مع هذا النوع من الجرائم المستحدثة. وقد قامت الدول التي اتبعت هذا الاتجاه وهي غالبية الدول الصناعية والمملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة وغيرها من الدول بإصدار قوانين خاصة تعنى بجميع الأفعال التي ترتكب من خلال النظام المعلوماتي، أو التي تقع عليه، لمواجهة تلك الجرائم والحد من ارتكابها، كما قامت دول أخرى بتعديل قوانينها أو الإضافة إليها لذات الغرض^(٥).

وأياً كان الاتجاه الذي تتبعه دول العالم فإنه لا بد من أن تكون القوانين المتعلقة بمكافحة الجرائم المعلوماتية على قدر من التناسق، بحيث تمكن تلك الدول من التنسيق والتعاون فيما بينها في مكافحة هذا النوع من الجرائم المستحدثة التي تتطلب قدراً كبيراً من التعاون بين الدول للتعامل معها، فلا بد أن تنص قوانين دول العالم كافة على جميع الأفعال المجرمة فيما يتعلق بالجرائم المعلوماتية بحيث لا تستثني أيّاً منها، وأن تقوم بتسليم الأدلة والمجرمين للدول المجنى عليها أو محاكمتهم بنفسها حتى لا يفلت المجرم من العقاب تحت ذريعة عدم النص على الفعل في النصوص القانونية، أو عدم إمكانية تسليمه للدولة الطالبة في حالة عدم محاكمته في الدولة التي يتواجد فيها^(٦).

(٥) سليمان أحمد فضل، المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م. ص ٤٣١ وما بعدها. انظر أيضاً: ناصر البقمي، المرجع السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٦) انظر: Doon Paker, Fighting Computer Crime, John Wiley Publishing, U.K, 1998, at 241.

انظر أيضاً: Gina Angelis, Cyber Crimes, Chelsea House Publishers, New York, 2000. At 139.

المطلب الثاني

الصعوبات التي تواجه التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية

هناك بعض الصعوبات التي تعيق التعاون الدولي بكافة صوره في مجال مكافحة ومواجهة الجرائم المعلوماتية، ومن هذه الصعوبات ما يلي:

أولاً - عدم الاتفاق على مفهوم موحد للجرائم المعلوماتية :

ويعود ذلك إلى أن الأنظمة القانونية والتشريعات في دول العالم كافة لا تتفق على الأفعال المجرمة فيما يتعلق بالجرائم المعلوماتية، فبالنظر إلى قوانين الدول المختلفة والمتعلقة بمواجهة الجرائم المعلوماتية يتبين لنا من خلالها عدم وجود اتفاق عام مشترك بين الدول حول نماذج إساءة استخدام نظام المعلومات وشبكة الإنترنت الواجب تجريمها، فما يكون مشروعاً في أحد الأنظمة قد يكون مجرماً وغير مشروع في نظام آخر، ويمكن عزو ذلك إلى عدة أسباب وعوامل كاختلاف البيئات والعادات والتقاليد والثقافات والديانات من مجتمع لآخر، إضافة إلى قصور التشريع ذاته في العديد من دول العالم وعدم مسابقتها لسرعة التقدم المعلوماتي التقني ومن ثم الجرائم المعلوماتية^(٧).

ثانياً - عدم وجود تعاون فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية:

عدم وجود تنسيق فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية المتبعة في شأن الجرائم المعلوماتية بين الدول، وبشكل خاص ما يتعلق منها بأعمال الاستدلال والتحقيق، خاصة وأن عملية الحصول على دليل في مثل هذه الجرائم قد يتم خارج إقليم الدولة^(٨).

ثالثاً - اختلاف النظم القانونية الإجرائية:

نظراً لتنوع واختلاف النظم القانونية الإجرائية، فإن طرق الاستدلال والتحقيق والمحاكمة التي تثبت فائدتها وفعاليتها في دولة ما قد تكون عديمة الفائدة في دولة

(٧) عبدالفتاح بيومي حجازي، الإثبات الجنائي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م. ص ١٨٨ وما بعدها. انظر أيضاً: حسين سعيد الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م. ص ٦٩٠ وما بعدها.

(٨) خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق. ص ٤٠٨ وما بعدها. انظر أيضاً: عبدالفتاح حجازي، المرجع السابق. ص ١٩٨ وما بعدها.

أخرى، أو قد لا يسمح بإجرائها فيها، كما هو الوضع بالنسبة للمراقبة الإلكترونية (Electronic Monitoring)، والتسليم المراقب، والعمليات المستترة، وغيرها من الإجراءات المماثلة، فإذا ما اعتبرت طريقة ما من طرق جمع الاستدلالات أو التحقيق على أنها مشروعة في دولة ما، فقد تكون غير مشروعة في دولة أخرى.

رابعاً - مشكلة تنازع الاختصاص القضائي:

تثير جرائم المعلوماتية مسألة الاختصاص (Jurisdiction) على المستويين الوطني والدولي، ولا توجد مشكلة بالنسبة للاختصاص على المستوى الوطني حيث يتم الرجوع إلى القواعد المحددة قانوناً لذلك، ولكن المشكلة تثار فيما يتعلق بالاختصاص على المستوى الدولي حيث يوجد اختلاف بين الدول فيما يتعلق بجرائم المعلوماتية التي تتميز بكونها عابرة للحدود، فقد يحدث أن ترتكب الجريمة في إقليم دولة ما من قبل شخص أجنبي، ففي هذه الحالة تكون الجريمة خاضعة للاختصاص الجنائي للدولة الأولى استناداً إلى مبدأ الإقليمية، كما تخضع أيضاً للاختصاص الدولة الثانية على أساس مبدأ الاختصاص الشخصي.

خامساً - عدم وجود قنوات للاتصال بين الدول:

يشكل عدم وجود قنوات اتصال (Communication Channels) بين الدول مشكلة تعيق التعاون الدولي في مكافحة الجريمة، ولتحقيق هذا الهدف يجب أن يكون هناك قنوات اتصال تسمح للجهات القائمة على التحقيق بالاتصال بجهات أجنبية لجمع أدلة معينة أو معلومات هامة^(٩).

سادساً - تجريم ذات الفعل في التشريعات الوطنية:

يعد التجريم المزدوج (Dual Criminality) من أهم الشروط المتعلقة بنظام تسليم المجرمين، فهو منصوص عليه في غالبية التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسليم المجرمين، وعلى الرغم من أهميته تلك، نجده عقبه أمام التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين بالنسبة لجرائم المعلوماتية، لا سيما وأن بعض دول العالم لا تجرم كل هذه الجرائم، بالإضافة إلى أنه من الصعوبة أن

(٩) عبدالفتاح حجازي، المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها. انظر أيضاً: حسين الغافري، المرجع السابق، ص ٦٩١ وما بعدها. انظر أيضاً: خالد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤١١ وما بعدها. انظر أيضاً:

John Nadelman, The Evolution of United States Involvement in the International Rendition of Fugitive Criminals, 25 N. Y. U. J. Int. L. L. 817 - 122. (1993).

نحدد فيما إذا كانت نصوص القوانين التقليدية لدى الدولة المطلوب منها التسليم يمكن أن تنطبق على جرائم المعلوماتية أم لا، وهو ما قد يعيق تطبيق الاتفاقيات الدولية في مجال تسليم المجرمين، ويحول بالتالي دون جمع الأدلة ومحاكمة مرتكبي الجرائم المعلوماتية.

سابعاً - عدم وجود معاهدات ثنائية أو جماعية بين الدول:

عدم وجود معاهدات ثنائية أو جماعية (Bilateral Agreements) بين الدول على نحو يسمح بالتعاون الفعال في مكافحة الجرائم المعلوماتية، وحتى في حال وجودها فإن هذه المعاهدات قد لا تكون فعالة في توفير الحماية المطلوبة في ضوء التطور السريع للنظم والبرامج المعلوماتية^(١٠).

(١٠) وقد حث مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة والمجرمين - والذي تم عقده في هافانا بكوبا عام ١٩٩٠م - في قراره المتعلق بجرائم الحاسب الآلي، الدول الأعضاء على تكثيف جهودها في مكافحة إساءة استخدام الحاسب الآلي. كما حث القرار الدول الأعضاء على الدخول كأطراف في المعاهدات المتعلقة بتسليم المجرمين وتبادل المساعدة في مكافحة جرائم الحاسب الآلي، كما حث القرار الدول الأعضاء بالعمل على أن تكون تشريعاتها المتعلقة بتسليم المجرمين وتبادل المساعدة في المسائل الجنائية تنطبق بشكل تام على جرائم الحاسب الآلي. ودعا القرار أيضاً إلى وضع معايير دولية لأمن المعالجة الآلية للبيانات، واتخاذ تدابير ملائمة لحل مشكلات الاختصاص القضائي التي تثيرها الجرائم المعلوماتية العابرة للحدود، كما دعا القرار الدول الأعضاء إلى الدخول في اتفاقيات دولية تنطوي على نصوص وأحكام تنظم إجراءات التفتيش والضبط المباشر الواقع عبر الحدود، على الأنظمة المعلوماتية المتصلة فيما بينها، والأشكال الأخرى للمساعدة المتبادلة مع ضرورة كفالة الحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم واحترام سيادة الدول. كذلك فقد نص المجلس الأوروبي (Council of Europe) في توصيته رقم (٩٥/١٣) على أن إجراءات التحقيق في البيئة التقنية تقتضي التدخل السريع لمد الإجراءات إلى أنظمة حاسبات قد تكون موجودة خارج الدولة، وحتى لا يمثل هذا الأمر اعتداء على سيادة الدولة يجب وضع قواعد قانونية صريحة تسمح بمثل هذا الإجراء، ولذلك فثمة حاجة ملحة لاتفاقيات تنظم كيفية القيام بمثل هذه الإجراءات، كما يجب أن تتوافر إجراءات عاجلة ومناسبة ونظام اتصال يسمح للجهات القائمة على التحقيق بالاتصال بجهات أجنبية لجمع الأدلة، وهو ما يتطلب أن تسمح السلطات الأخيرة بإجراءات التفتيش والضبط. انظر: حسين سعيد الغافري، المرجع السابق، ص ٦٩٢ وما بعدها. انظر أيضاً: عبدالفتاح حجازي، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها. انظر أيضاً:

Jack Brown, Jurisdiction to Prosecute Crimes. Committed by use of the Internet, 38 Jurimetrics J. 611, 1998.

المبحث الثاني

مظاهر التعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية

نظراً لأهمية تعاون الدول كافة في مكافحة الجرائم المعلوماتية والقبض على مرتكبيها، سنتطرق في هذا المبحث إلى مظاهر التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية، حيث لا تستطيع أية دولة بمفردها النجاح في هذه المهمة دون تعاون الدول الأخرى.

المطلب الأول

التعاون الشرطي الدولي

لا يمكن مكافحة الجرائم المعلوماتية إلا بوجود تعاون دولي بين أجهزة الشرطة في دول العالم المختلفة، وذلك بإنشاء مكاتب متخصصة لجمع المعلومات عن مرتكبي الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي والإنترنت وتعميمها.

فنتيجة للتطور الكبير في الاتصالات وتقنية المعلومات وظهور شبكة الإنترنت والانتشار الواسع والسريع لها وانتقال المجرمين من بلدٍ لآخر، فقد أدركت دول العالم بأنه يستحيل على دولة ما بمفردها القضاء على الجرائم عابرة الحدود، وبالتالي تظهر الحاجة لوجود تعاون دولي على المستوى الإجرائي الجنائي، بحيث يسمح بالاتصال المباشر بين أجهزة الشرطة في الدول المختلفة، ذلك أن الإجراءات العامة للشرطة في كل دولة لا تسمح لأجهزة الشرطة العاملة فيها بتعقب المجرمين ومتابعتهم متى ما تجاوزوا حدود الدولة، فمثلاً في جرائم الاختراق والإتلاف المعلوماتي قد يكون مرتكب الجريمة يحمل جنسية دولة ما، ويرتكب جريمته من حاسبات آلية موجودة في دولة أخرى، وتقع الآثار المدمرة لهذا الهجوم في دولة ثالثة، فمن الطبيعي أن تقف مشاكل الحدود والاختصاص القضائي عقبة أمام اكتشاف هذه الجرائم ومعاينة مرتكبيها. ولذلك فقد قطع التعاون الشرطي الدولي شوطاً طويلاً سواء على مستوى التعاون الثنائي أو المتعدد الأطراف إقليمياً أو دولياً، ومن أبرز الإنجازات على طريق هذا التعاون إنشاء المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) وظهور العديد من صور وأشكال ووسائل التعاون بين أجهزة الشرطة في دول العالم^(١١).

(١١) يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٤١٢ وما بعدها. انظر أيضاً:

Neal Kummar Katyal, Criminal Law in Cyber space, 149 U Pensylvania L. Review. At 1030 - 1035.

ومن أبرز هذه الصورة الوسائل ما يلي:

أولاً - تطوير وسائل الاتصال والمعلومات بين أجهزة الشرطة في الدول المختلفة:

يتم عادة استخدام القنوات الدبلوماسية (Diplomatic Channels) في إجراء الاتصال بين أجهزة العدالة الجنائية الوطنية بصفة عامة وأجهزة الشرطة بصفة خاصة وبين مثيلاتها في الدول الأخرى، وبما أن الاتصالات الشرطية تحتاج إلى اتصالات خاصة سريعة، لذا فقد حاولت الدول المختلفة والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) تطوير نظم اتصال خاصة لتبادل المعلومات فيما بينها.

ثانياً - الجهود المبذولة من المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول):

تم إنشاء المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) (Interpol) في مؤتمر دولي تم عقده في بروكسل بلجيكا عام ١٩٤٦م لغرض تعزيز مبادئ التعاون الأمني بين دول العالم، وانتهى هذا المؤتمر بإنشاء جهاز المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ونقل مقرها إلى مدينة ليون (Lyon) الفرنسية^(١٢). ويبلغ عدد الدول الأعضاء في هذه المنظمة ١٨٩ دولة.

وتهدف هذه المنظمة إلى تأكيد وتشجيع التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأطراف وعلى نحو فعال في مكافحة الجريمة، حيث تقوم بتجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالمجرم والجريمة، وذلك عن طريق المكاتب المركزية الوطنية للشرطة الدولية الموجودة في أقاليم الدول المنضمة إليها، وتتبادلها فيما بينها، بالإضافة إلى التعاون في ضبط المجرمين بمساعدة أجهزة الشرطة في الدول الأطراف، وتزويدها بالمعلومات المتوفرة لديها على إقليمها وخاصة بالنسبة للجرائم العابرة للحدود ومنها جرائم الحاسب الآلي والإنترنت^(١٣). فعضو الإنتربول لا يقوم بنفسه بإجراء القبض على المجرم، بل إن هذا العمل منوط بالشرطة الوطنية في الدولة التي يتواجد المجرم على إقليمها، الأمر الذي يؤكد على احترام السيادة الوطنية (National Sovereignty).

(١٢) جميل عبد الباقي الصغير، الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م. ص ٧٦ وما بعدها.

انظر أيضاً: Interpol. at <http://en.wikipedia.org/wiki/Interpol>.

(١٣) فالمنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) ليست سلطة دولية عليا فوق الدول الأعضاء. فالتعاون الشرطي في نطاق هذه المنظمة يحكمه مبدأ احترام السيادة الوطنية للدول الأعضاء. انظر: جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق. ص ٧٩. انظر أيضاً: حسين الغافري، المرجع السابق، ص ٦٣٨ وما بعدها.

ولذلك يجب تدعيم التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول المختلفة بناء على اتفاقيات دولية. ولهذا التعاون أهميته بحيث إذا اكتشفت الشرطة الوطنية لدولة ما أن جريمة معلوماتية ما قد تم ارتكابها باستخدام شبكة الإنترنت من خلال موقع على شبكة الإنترنت موجود في الخارج فإنها تقوم بالإبلاغ عن هذه الجريمة إلى سلطات الشرطة بالدولة التي ارتكبت منها الجريمة، ولذا يجب أن تعين كل دولة الجهة أو الإدارة المختصة بهذا النوع من القضايا لتلقي البلاغات واتخاذ الإجراءات المناسبة حسب قوانينها^(١٤).

ومن الأمثلة على دور الإنترنت فيما يتعلق بجرائم الإنترنت ما حصل في دولة الإمارات العربية المتحدة عندما تم توقيف أحد الطلبة الجامعيين من قبل النيابة العامة في دبي بتهمة إرسال صور ذات طبيعة جنسية لأحد القصر من موقعه على شبكة الإنترنت، وذلك إثر تلقي النيابة العامة في دبي برقية من الإنترنت في بريطانيا بهذا الخصوص.

ثالثاً - الجهود المبذولة من جهاز الشرطة الأوروبية (Europol):

أنشئ جهاز الشرطة الأوروبية (Europol) في عام ١٩٩٢م بناء على معاهدة ماستريخت (Maastricht Treaty) وبدأ الجهاز عمله في عام ١٩٩٩م ويبلغ عدد موظفيه ٦٢٥ موظفاً، ويقع مقره في لاهاي بهولندا، وينسق هذا الجهاز مع أجهزة الشرطة حول العالم ومع المنظمات الدولية ذات العلاقة كالشرطة الدولية (الإنتربول).

ويغطي عمل جهاز الشرطة الأوروبية الدول الـ ٢٧ الأعضاء في الاتحاد الأوروبي (European Union) لمكافحة الجرائم العابرة للحدود ومنها جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، وأصبح هذا الجهاز وكالة أوروبية كاملة (Full Eu Agency) في عام ٢٠١٠م مما أعطى هذا الجهاز صلاحيات واسعة في تجميع المعلومات والأدلة، ويقوم جهاز الشرطة الأوروبية بإقامة العديد من الدورات التدريبية المتعلقة بمكافحة الجريمة والتي يشارك فيها ممثلون عن الدول الأوروبية وغيرها^(١٥).

(١٤) فمثلاً تختص الإدارة العامة للمعلومات والتوثيق - قسم جرائم الحاسب الآلي - بوزارة الداخلية المصرية بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت والتحقيق فيها في مصر. انظر: جميل عبدالباقي الصغير، المرجع السابق، ص ٧٧.

(١٥) فمثلاً عقد جهاز الشرطة الأوروبية (Europol) دورته التدريبية الثانية عشرة في نوفمبر ٢٠١١م وكان عنوانها مكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الإنترنت. وكانت مدة هذه الدورة ثمانية أيام، وشارك فيها ٦٤ شخصاً يمثلون ١٩ دولة من دول الاتحاد الأوروبي و ٩ دول من غير دول الاتحاد الأوروبي هي (أستراليا، كندا، كرواتيا، =

كما يوجد توجه داخل الاتحاد الأوروبي لإنشاء وحدة أوروبية لمكافحة الجرائم المعلوماتية تهدف إلى زيادة التعاون الدولي لحماية الدول الأوروبية ومواطنيها من الجرائم المعلوماتية.

ففي اجتماع لوزراء الإتحاد الأوروبي الذي عقد في لوكسمبورغ في ٢٧ إبريل ٢٠١١م تم طرح عدد من التصورات والإستراتيجيات لمكافحة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت في الدول الأوروبية. وأكدت هذه التصورات على أهمية حماية الأنظمة المعلوماتية في دول الإتحاد الأوروبي (European Union) واتخاذ الإجراءات العاجلة والرد السريع في حالة حصول إنقطاعات (Disruptions) لشبكة الإنترنت أو هجوم إلكتروني. وأيد الوزراء الأوروبيون إنشاء وحدة دائمة تعمل كمنسق ونقطة اتصال (Liaison) ليتمكن عن طريقها مستخدمي شبكة الإنترنت وضحايا الجرائم المعلوماتية والقطاع الخاص عموماً من تقديم شكاواهم في حالة حدوث أية تجاوزات أو جرائم بحقهم. وتكون مهمة هذه الوحدة جمع وتحديث أفضل الطرق والمعايير في أساليب التحقيق الإلكتروني المتبعة في الشرطة والقضاء في الدول الأوروبية وتقييم أساليب التحقيق المتبعة من قبل أجهزة الشرطة والقضاء في دول الإتحاد الأوروبي.

= أيسلندا، النرويج، صربيا، سويسرا، تركيا والولايات المتحدة الأمريكية) إضافة إلى الإنتربول، وتم عقد هذه الدورة في ألمانيا، وقام بتقديم وتنفيذ الدورة مدربون من جهاز الشرطة الأوروبية (Europol) إضافة إلى مدربين من بلجيكا، اليونان، الدنمرك، إيطاليا، لوكسمبورغ، هولندا، البرتغال، إضافة إلى نيوزلندا، ويتمتع هؤلاء المدربون بمعرفة وخبرة واسعة في التحقيق ومكافحة الجرائم المعلوماتية، كما شارك مدربون من الإنتربول والمملكة المتحدة، وتساعد مثل هذه الدورات في تبادل الآراء والخبرات بين العاملين في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية مع أعضاء النيابة العامة والقضاة في الدول الأوروبية خاصة ودول العالم عامة، وتهدف أيضاً إلى زيادة الخبرات لدى القائمين بالتحقيق في هذه الجرائم. وبالإضافة إلى المحاضرات التي يتم تقديمها والمتعلقة بسلوكيات مرتكب الجريمة وأحدث طرق وأساليب التحقيق في الجرائم المعلوماتية إضافة إلى التعاون الدولي، فإن هذه الدورة تساعد في توحيد معايير التحقيق لدى القائمين عليه، وتعطي فكرة جيدة لأعضاء النيابة العامة والقضاة عن الجرائم المعلوماتية، ومنذ بدء مثل هذه الدورات عام ٢٠٠٠م تم تدريب ما يزيد على ٥٠٠ رجل عدالة جنائية وقاضٍ من دول الاتحاد الأوروبي وغيرها من الدول. انظر: About Europol, 12th Europol training course at <http://www.europo..Europa/news>.

إضافة إلى أن هذه الوحدة سيعهد لها مهمة إعداد تقرير سنوي (Annual Report) عن الجرائم المعلوماتية في دول الاتحاد الأوروبي، وسيكون مقر هذه الوحدة في مقر الشرطة الأوروبية (Europol) في لاهاي بهولندا، وستكون من مهام هذه الوحدة تبادل المعلومات مع أجهزة الشرطة الأوروبية وغيرها عن مرتكبي هذه الجرائم والأساليب التي يستخدمونها في ارتكاب جرائمهم (Modus Operandi) ودعا الوزراء الأوروبيون أيضاً إلى تبني موقف مشترك في مكافحة الجرائم المعلوماتية^(١٦).

رابعاً - التعاون عن طريق القيام بعمليات شرطية مشتركة:

وتعد هذه الصورة من التعاون الأمني من أهم الصور في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية خاصة وأن أجهزة العدالة الجنائية ليست بنفس المستوى والإعداد في جميع الدول وإنما يوجد تفاوت فيما بينها، فبعض الدول متقدمة تقنياً وبشراً ولها باع كبير في مواجهة الجرائم المستحدثة ومنها الجرائم المعلوماتية، والبعض الآخر تفتقد ذلك، كما أن تتبع مرتكبي الجرائم المعلوماتية والتنقيب عن الأدلة الرقمية وضبطها والقيام بالتفتيش العابر للحدود لمكونات الحاسب الآلي والأنظمة المعلوماتية وشبكات الاتصال بحثاً عما قد تحويه من أدلة على ارتكاب جريمة معلوماتية^(١٧). كلها أمور تتطلب القيام ببعض العمليات الشرطية والأمنية والتقنية المشتركة، وهو من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخبرات والمهارات للقائمين على مكافحة تلك الجرائم.

خامساً - مركز الشكاوى الخاصة بجرائم الإنترنت في العالم:

يعد مركز الشكاوى الخاصة بجرائم الإنترنت في العالم من أهم الأجهزة المخصصة لمكافحة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، فالنظام المعروف باسم (IC3) هو كناية عن نظام تبليغ وإحالة لشكاوى الأفراد في الولايات المتحدة الأمريكية والدول الأخرى في مكافحة جرائم الإنترنت، ويخدم هذا المركز وعبر تقديم شكاوى ترسل عن طريق الإنترنت الأفراد والمؤسسات والأجهزة المختصة بمكافحة جرائم الإنترنت سواء الموجودة في الولايات المتحدة أو في الدول الأخرى، ويعمل في هذا المركز فريق من الموظفين والمحللين من المتخصصين في مجال الحاسب الآلي

(١٦) انظر: Cyber Crime Unit for Europe? The New New Internet. at [http:// www. the. newnewinternet.com](http://www.the.newnewinternet.com).

(١٧) علاء الدين شحاتة، التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٧٤ وما بعدها، انظر أيضاً: حسين الغافري، المرجع السابق. ص ٦٣٥ وما بعدها.

وشبكة الإنترنت. ويقوم هؤلاء بتلقي الشكاوى المتعلقة بجرائم الإنترنت من الأشخاص المجنى عليهم، ثم يقومون بالبحث في الشكاوى وإعداد ملفها وإحالتها إلى وكالات تطبيق القوانين الفيدرالية والمحلية الأمريكية وإلى أجهزة تطبيق القوانين الدولية كالإنتربول وغيرها من الوكالات التنظيمية وفرق العمل (Task Forces) التي تشارك فيها عدة وكالات، للقيام بالتحقيق فيها^(١٨).

ويستطيع الأشخاص من كافة دول العالم تقديم شكاوى بواسطة موقع مركز الشكاوى الخاصة بجرائم الإنترنت، ويطلب الموقع اسم الشخص المجنى عليه أو المبلغ وعنوانه البريدي ورقم هاتفه، إضافة إلى اسم وعنوان ورقم هاتف والعنوان الإلكتروني، إذا كان متوافراً للشخص أو الجهة المشتبه بقيامهما بنشاط إجرامي، إضافة إلى تفاصيل تتعلق بكيفية حدوث الجريمة حسب ما يورده مقدم الشكاوى ووقت حدوثها وسبب اعتقاده بحدوثها، إضافة إلى أية معلومات أخرى تدعم الشكاوى^(١٩).

المطلب الثاني

التعاون القضائي الدولي

يقتضي التعاون الدولي لغرض مكافحة الجرائم المعلوماتية من كل دولة أن تقوم بالتوفيق بين ممارستها لاختصاصها الجنائي على إقليمها، وتوقيع العقوبة على الجاني وبين ضرورات التعاون مع الدول الأخرى التي قد تتضرر من ارتكاب الجرائم المعلوماتية.

وللتعاون القضائي الدولي صور عديدة فيما يتعلق بالجرائم المعلوماتية التي تتعدى آثارها عدة دول، وبالتالي فإن ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم وتقديمهم للمحاكمة وتوقيع العقوبة عليهم يتطلب اتخاذ إجراءات خارج إقليم الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة أو جزء منها، مثل معاينة مواقع الإنترنت خارج إقليم الدولة أو ضبط الأقراص الصلبة (Hard Drives) التي توجد عليها معلومات تمت سرقتها أو اختراقها أو صور ذات طبيعة جنسية، أو تفتيش الوحدات الطرفية في حال الاتصال عن بعد، أو سماع الشهود أو القبض على المتهمين، أو اللجوء إلى النذب القضائي، أو تقديم المعلومات والأدلة التي يمكن أن تساهم في تحقيق هذه الجرائم، وكل هذا لا يتحقق

(١٨) انظر: موقع المركز على شبكة الإنترنت <http://www.ic3.gov>

انظر أيضاً: عبدالله عبدالكريم عبدالله، جرائم المعلوماتية والإنترنت (الجرائم الإلكترونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧م. ص ١١٥ وما بعدها.

(١٩) انظر: <http://www.ic3.gov>

بدون تعاون الدول الأخرى ومساعدتها عن طريق عقد الاتفاقيات بهدف تحقيق السرعة والفاعلية في إجراءات ملاحقة وعقاب مرتكبي هذه الجرائم.

وتعرف المساعدة القضائية الدولية بأنها "كل إجراء قضائي تقوم به دولة من شأنه تسهيل مهمة المحاكمة في دولة أخرى بصدد جريمة من الجرائم" (٢٠).

والمساعدة القضائية لا تتحقق إلا بواسطة خطوات ثلاث هي:

١ - الطلب: ويتم تقديمه من الدولة صاحبة الاختصاص الجنائي بالمحاكمة، ويخضع هذا الطلب لقانون الدولة الطالبة وضمن نطاق الاتفاقية التي تعقدها مع الدولة التي ستقدم المساعدة، ويتم تقديم الطلب بالطرق الدبلوماسية بحسب الأصل، ومع ذلك فإن بعض الاتفاقيات الدولية تسمح بالاتصال المباشر بين جهات العدل في الدولتين اختصاراً للوقت.

٢ - فحص الطلب: وتقوم به الدولة التي يطلب منها تقديم المساعدة، ويتم ذلك عن طريق التحقق من اعتبار الواقعة المطلوب التحقيق فيها تعد جريمة وفقاً لقوانين الدولة مقدمة الطلب، وفي ضوء مدى اختصاص الدولة المطلوب منها بإجابة هذا الطلب وفقاً لنصوص الاتفاقية التي تعقدها مع الدولة الطالبة.

٣ - القيام بالمساعدة القضائية: ويتم وفقاً لقواعد الدولة المقدم إليها الطلب، فالإجراء يتم وفقاً لقوانين الدولة التي تقوم به (٢١).

وتتخذ المساعدة القضائية في المجال الجنائي صور عدة منها:

أولاً - تبادل المعلومات (Exchange of Information):

وهو يشمل تقديم المعلومات والبيانات والوثائق والأدلة التي تطلبها سلطة قضائية أجنبية بصدد جريمة معينة عن الاتهامات التي وجهت إلى أحد رعاياها في الخارج والإجراءات التي تم اتخاذها ضده، وقد يشمل التبادل السوابق القضائية للجاني، ومن خلالها تتعرف الجهات القضائي بدقة على الماضي الجنائي للمتهم المطلوب تسليمه، وهي تساعد في تقرير الأحكام الخاصة بالعود، وعدم الأهلية ووقف تنفيذ العقوبة.

(٢٠) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها. انظر أيضاً: فتحي محمد عزت، المرجع السابق، ص ٤٠٧ وما بعدها.

(٢١) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٠٥ وما بعدها. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٤٢٠ وما بعدها.

وقد تم إيراد تلك الصورة من صور المساعدة القضائية الدولية في المادة الأولى من معاهدة الأمم المتحدة النموذجية لتبادل المساعدة في المسائل الجنائية^(٢٢). كما تم إيرادها أيضاً في المادة الرابعة من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي^(٢٣). وذات الصورة نجدها أيضاً في المادة الأولى من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي^(٢٤)، والمادتين الأولى والثانية من النموذج الاسترشادي لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي الصادر عن مجلس التعاون الخليجي^(٢٥).

ثانياً - نقل الإجراءات (Transfer of Proceedings):

ويقصد به قيام دولة ما بناء على اتفاقية أو معاهدة باتخاذ إجراءات جنائية بصدد جريمة ارتكبت في إقليم دولة أخرى ولمصلحة هذه الدولة، وذلك في حالة توافر شروط معينة من أهمها أن يكون الفعل المنسوب إلى الشخص يشكل جريمة في الدولة الطالبة والدولة المطلوب إليها نقل الإجراءات. بالإضافة إلى شرعية الإجراءات المطلوب اتخاذها بمعنى أن تكون الإجراءات المطلوب اتخاذها مقررّة في قانون الدولة المطلوب إليها عن ذات الجريمة. وأيضاً يجب أن تكون الإجراءات المطلوب اتخاذها تؤدي إلى الوصول إلى الحقيقة، كأن تكون أدلة الجريمة موجودة بالدولة المطلوب إليها، كما يجوز للدولة المطلوب إليها أن ترفض نقل الإجراءات في الحالات الآتية:

- أ - إذا كان طلب نقل الإجراءات ليس له ما يبرره، كأن تكون الأسباب التي ذكرتها الدولة الطالبة لا تدعو لاتخاذ مثل هذه الإجراءات.
- ب - إذا ثبت أن الدافع وراء طلب نقل الإجراءات اعتبارات سياسية أو دينية عنصرية.

(٢٢) صدرت هذه المعاهدة في ١٤/١٢/١٩٩٠م في الجلسة العامة (٦٨) للجمعية العامة للأمم المتحدة، وتقضي باتفاق أطرافها على أن يقدم كل طرف أكبر قدر ممكن من المساعدة المتبادلة في التحقيقات وإجراءات المحاكمة المتعلقة بجرائم يكون العقاب عليها وقت طلب المساعدة داخلاً في اختصاص السلطة القضائية في الدولة الطالبة للمساعدة.

(٢٣) صدرت هذه المعاهدة في عام ١٩٩٩م من قبل مؤتمر وزراء خارجية دول المنظمة في اجتماعهم الذي انعقد في أوغندا في عام ١٩٩٩م.

(٢٤) صدرت هذه الاتفاقية في ٦/٤/١٩٩٣م بمدينة الرياض بالملكة العربية السعودية.

(٢٥) تم اعتماد هذا النموذج من المجلس الأعلى لمجلس التعاون الخليجي في دورته الرابعة والتي انعقدت في دولة الكويت في الفترة من ٢١-٢٢/١٢/٢٠٠٣م. انظر: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٢٢ وما بعدها. انظر أيضاً: حسين سعيد الغافري، المرجع السابق. ص ٦٤٢ وما بعدها.

- ج - إذا كانت الدولة المطلوب إليها قد طبقت قوانينها على الجريمة قبل استلامها من الدولة الطالبة، وكان الإجراء الذي سبق اتخاذه مطابقاً للقانون^(٢٦).
- د - إذا كانت الإجراءات التي تطلبها الدولة الطالبة مخالفة لواجبات تلتزم بها الدولة المطلوب إليها.
- هـ - إذا كانت الإجراءات المطلوبة مخالفة لقوانين الدولة المطلوب إليها^(٢٧).

ثالثاً - الإنابة القضائية الدولية:

ويقصد بها طلب اتخاذ إجراء قضائي من إجراءات الدعوى الجنائية تتقدم به الدولة الطالبة إلى الدولة المطلوب إليها، لضرورة ذلك في الفصل في مسألة معروضة على الجهات القضائية في الدولة الطالبة ويتعذر عليها القيام به بنفسها، وتهدف هذه الصورة إلى تسهيل الإجراءات الجنائية بين الدول بما يكفل إجراء التحقيقات اللازمة لتقديم المتهمين للمحاكمة والتغلب على مشكلة السيادة (Sovereignty) التي تمنع الدولة الأجنبية من ممارسة بعض الإجراءات القضائية داخل أقاليم الدول الأخرى، كسماع الشهود أو استجواب المتهمين أو إجراء التفتيش وغيرها.

وتتطلب الإنابة القضائية الدولية إرسال الملف الخاص بالدعوى الجنائية بمرفقاته من مستندات ووثائق ومحاضر التحقيق التي تم إجرائها من قبل السلطة القضائية في الدولة المطلوب فيها اتخاذ بعض إجراءات التحقيق.

وعادة ما يتم إرسال طلب الإنابة القضائية عبر القنوات الدبلوماسية، فمثلاً طلب

(٢٦) خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق، ص ٤٠٦ وما بعدها. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٤٢١ وما بعدها. انظر أيضاً:

Terrence Berg, State Criminal Jurisdiction in Cyber Space, Is There A Sheriff on The Electronic Frontier? 79 Mich. B.J.670- 675 (2000).

(٢٧) ومن التطبيقات العملية للمساعدة القضائية قيام المجلس الأوروبي (Council of Europe) بإقرار اتفاقية نقل الإجراءات الجنائية التي تعطي للأطراف المنضمة خيار محاكمة الجاني طبقاً لقوانينها، بناء على طلب دولة أخرى طرف في هذه الاتفاقية، بشرط أن يكون معاقباً عليه في الدولتين. كما أقر المجلس الأوروبي في ١١ سبتمبر عام ١٩٩٥م التوصية رقم ٩٥/١٣ المتعلقة بمشاكل الإجراءات الجنائية المرتبطة بتقنية المعلومات. وقد حثت هذه التوصية الدول الأعضاء على مراجعة قوانين الإجراءات الجنائية على ضوء المبادئ التي وضعتها وهي: ١- تفتيش الأنظمة المعلوماتية وضبط البيانات. ٢- الرقابة الفنية التقنية من أجل التحقيق الجنائي ٣- الالتزام بالتعاون مع سلطات التحقيق. ٤- الإجراءات والوسائل التقنية والفنية لمعالجة الدليل الإلكتروني. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٤٢٢ وما بعدها.

الحصول على دليل إثبات وهو عادة من شأن النيابة تقوم بتوثيقه المحكمة المختصة في الدولة الطالبة، ثم يرسل بعد ذلك عن طريق وزارة الخارجية إلى سفارة الدولة متلقية الطلب لتقوم هذه الأخيرة بإرساله بعد ذلك إلى السلطات القضائية المختصة في الدولة متلقية الطلب، وما أن يتم تلبية الطلب ينعكس الاتجاه الوارد في سلسلة العمليات^(٢٨).

إلا أن مرور إجراءات التعاون القضائي الدولي بالطرق الدبلوماسية يجعلها تتسم بالبطء وكثرة الشكليات، وهو ما يتعارض مع طبيعة شبكة الإنترنت التي تتميز بسرعة مرور وتبادل المعلومات، ولذلك فإن مكافحة جرائم المعلوماتية تتطلب تعاملًا سريعاً تجنباً لاحتمالية التلاعب في البيانات التي قد تشكل دليلاً ضد المتهم^(٢٩).

وتتضمن الاتفاقيات شروط وأساليب تنفيذ الإنابة القضائية، وعادة ما تتضمن شرطاً باستبعاد تنفيذ الأحكام في الجرائم السياسية والضريبية والعسكرية، أو إذا قدرت الدولة المطلوب منها أن التنفيذ المطلوب من شأنه المساس بسيادة الدولة، أو النظام العام أو المصالح الأساسية، الأمر الذي يسمح للدولة بإعمال سلطاتها التقديرية لتنفيذ أو عدم تنفيذ ما يطلب منها، وبالمقابل فإنه في ظل عدم وجود اتفاقية فإن

(٢٨) وقد نص البند الثاني من المادة (٣٠) من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي لعام ١٩٩٩م والمادة (١٩) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣م، والمادة (٥٣) من اتفاقية شينجن لعام ١٩٩٠م والخاصة باستخدام الاتصالات المباشرة بين السلطات القضائية في الدول الأطراف، والفقرة (١٣) من المادة (٤٦) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على ضرورة وجود تعاون بين السلطات القضائية للدول في مكافحة الجريمة. انظر: خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق. ص ٤٠٧ وما بعدها. انظر أيضاً: حسين سعيد الغافري، المرجع السابق. ص ٦٤٦ وما بعدها. انظر أيضاً: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، بدون ناشر، بدون تاريخ. ص ٤٢٢ وما بعدها.

(٢٩) ومن أمثلة الاتفاقيات التي تبرم في مجال الإنابة القضائية تلك التي أبرمتها فرنسا مع ألمانيا في أكتوبر عام ١٩٧٤م، ومع مصر في ١٥ مارس عام ١٩٨٢م، ومع الجزائر في ٢٨ أغسطس عام ١٩٦٢م، والاتفاقية الأوروبية للتعاون القضائي في المواد الجنائية عام ١٩٦٢م. وكذلك الاتفاقية المبرمة بين دول الجامعة العربية في ٩ يونيو لعام ١٩٥٣م، والاتفاقية الخاصة بالتعاون القضائي في المواد الجنائية مع المملكة المغربية في ٤ يونيو ١٩٨٩م، وكذلك اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية والتي أكدت على ضرورة التعاون الدولي القضائي وتقديم المساعدة القضائية بين الدول الأعضاء. انظر: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق. ص ٤٠٨ وما بعدها. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٢٣ وما بعدها.

الإنبابة القضائية لا يمكن تنفيذها إلا إذا وافقت الدولة المطلوب إليها ذلك، وفقاً للإجراءات والشروط المنصوص عليها في قانونها الداخلي^(٣٠).

المطلب الثالث

التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين

يعد تسليم المجرمين شكلاً من أشكال التعاون الدولي في مكافحة الجريمة والمجرمين حتى لا يبقى هؤلاء المجرمون بمنأى عن العقاب على جرائمهم التي ارتكبوها، فإمكانية ارتكاب الجرائم المعلوماتية من خلال وحدة طرفية في دولة أجنبية أدت إلى ابتعاد المجرمين عن سلطات الدولة المتضررة من الجريمة وإفلاتهم من العقاب في أحيان كثيرة، ولضمان توقيع العقاب على مرتكبي هذه الجرائم، فقد قامت العديد من دول العالم بإبرام اتفاقيات فيما بينها بشأن تسليم المجرمين في الجرائم المعلوماتية، تهدف إلى قيام الدولة المطلوب إليها بتسليم أحد الأشخاص المتواجدين على إقليمها إلى الدولة الطالبة لمحاكمته أو تنفيذ عقوبة قضت بها عليه إحدى محاكمها^(٣١).

ويعد هذا النوع من التعاون الدولي نتيجة طبيعية للتطورات التي تمت في مجال الاتصالات وتقنية المعلومات، حيث لم تعد الحدود الجغرافية بين الدول تشكل حاجزاً أمام مرتكبي الجرائم، كما أن نشاطهم الإجرامي لم يعد مقتصرًا على دولة معينة بل امتد إلى أكثر من دولة، وحيث إن أجهزة الشرطة لا تستطيع تجاوز حدودها الإقليمية لتعقب المجرمين، فكان لا بد من إيجاد آلية للتعاون مع الدولة التي يوجد المتهم على أراضيها^(٣٢). ولكي يتم ذلك ويكون هناك تعاون دولي فعال في مجال تحقيق العدالة كان ضرورياً تنظيم هذا النوع من التعاون الدولي من الناحية التشريعية والقضائية والتنفيذية، فالدولة ما دامت عضواً في المجتمع الدولي لا بد لها من الإيفاء بالالتزامات

(٣٠) فتحي محمد عزت، المرجع السابق. ص ٤١٠ وما بعدها. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٢٥ وما بعدها.
انظر أيضاً:

Nick Nykodym and Robert Taylor, The Worlds Current Legislative efforts Against Cyber Crime, Computer Law and Security Report, Volume 20, Issue No. 5, September, 2004.

(٣١) سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٣٨ وما بعدها. انظر أيضاً: حسين الغافري، المرجع السابق. ص ٤٣٩ وما بعدها.

(٣٢) سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٣٩ وما بعدها.

الناشئة عن هذه العضوية ومن ضمنها الارتباط بعلاقات دولية وثنائية تتعلق بتسليم المجرمين، ويقوم مبدأ تسليم المجرمين على أساس أن الدولة التي يتواجد على إقليمها المتهم بارتكاب إحدى الجرائم عابرة الحدود مثل جرائم الحاسب والإنترنت عليها أن تقوم بمحاكمته، إذا كان تشريعها يسمح بذلك، وإلا عليها أن تقوم بتسليمه لدولة أخرى تطلب محاكمته، أو لتنفيذ حكم صادر ضده بعقوبة في جريمة جنائية. ويشترط لتسليم المجرم أن يكون الفعل المطلوب التسليم من أجله مجزماً في تشريع الدولة طالبة التسليم، ومجزماً كذلك في تشريع الدولة المطلوب إليها التسليم، فمن غير الجائز مطالبة الدولة المطلوب إليها التسليم بإيقاع عقوبة على ارتكاب فعل ما هو في الأساس غير مجرم وفقاً لقانونها الوطني^(٣٣).

وبالإضافة إلى ما سبق فإنه يوجد نوع آخر من مظاهر التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين يتمثل في الاعتراف المتبادل بأوامر القبض أو الحبس أو التوقيف. وبمقتضاه تصدر السلطة المختصة بإحدى الدول أمراً بالقبض أو الحبس أو التوقيف، وتتعترف بصلاحيته الدول الأخرى، ويتعين عليها تنفيذه، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يجب

(٣٣) ففي إحدى القضايا تمكن شاب فرنسي في عام ٢٠٠٦م من اختراق أحد البنوك الأمريكية. فباستخدام حاسبه الآلي الموجود في فرنسا، تمكن هذا الشاب من الاختراق غير المشروع لوحدات خدمة الحاسب الآلي لذلك البنك في الولايات المتحدة، كما قام بالاشتراك مع عدد من المتواطئين لفتح حسابات بنكية في أنحاء مختلفة من العالم، ثم قام بإصدار تعليمات إلى حاسب البنك الأمريكي بتحويل أموال إلى تلك الحسابات، وعند اكتشاف المخطط وتحديد هوية المتهم، صدر بحقه مذكرة اعتقال (Arrest Warrant) من محكمة نيويورك الفدرالية في الولايات المتحدة، ولم تكن هناك معاهدة لتسليم المجرمين بين فرنسا والولايات المتحدة. ولكن عند قيام المتهم بزيارة عمل لبريطانيا تم القبض عليه من السلطات البريطانية التي قامت بتسليمه إلى الولايات المتحدة لمواجهة التهم القائمة ضده، فوفقاً لمعاهدة تسليم المجرمين النافذة بين المملكة المتحدة والولايات المتحدة، يمكن للسلطات البريطانية تقديم المساعدة ما دامت الجريمة موضع الاتهام لها ما يقابلها في قوانين المملكة المتحدة، وطلب المتهم أن تنظر المحكمة في قانونية توقيفه للطعن في تسليمه، وأورد دافعاً منها أن أمر تحويل الأموال قد صدر في فرنسا حيث يوجد حاسبه الآلي وليس في الولايات المتحدة الأمريكية، وقررت المحكمة أن وجود المتهم في باريس هو أقل أهمية من كونه باشر عملياته على أقراص ممغنطة موجودة في الولايات المتحدة، إضافة إلى أن التهم الموجهة للمتهم لها مقابلها الواضح في قانون إساءة استعمال الحاسبات الآلية الإنجليزي لعام ٢٠٠١م، ولو ارتكب هذا المتهم أفعاله من المملكة المتحدة بدلاً من فرنسا لانعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الإنجليزية، وقد تم تسليم المتهم إلى الولايات المتحدة حيث تمت إدانته وحكم عليه بالسجن لمدة خمس سنوات. انظر: جريدة الرياض، ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٨م، العدد ١٤٧٢٩ ص ٤٥.

عند تسليم المتهم محل التسليم تسليم كل ما كان في حوزته أثناء القبض عليه، وكل ما يمكن أن يكون دليلاً على الجريمة^(٣٤).

المطلب الرابع

التعاون الدولي في مجال التدريب على مواجهة الجرائم المعلوماتية

تبرز الحاجة إلى وجود تعاون بين الدول في مجال التدريب على مواجهة جرائم المعلوماتية، حيث إن التقدم المستمر والسريع في تقنية الحاسب الآلي والإنترنت يفرض على جهات العدالة أن تكون مواكبة لهذه التطورات السريعة التي تشهدها هذه التقنية، والإلمام بها حتى تستطيع أن تتصدى للأفعال الإجرامية التي صاحبت هذه التقنية ومواجهتها. إضافة إلى أن تطبيق القانون في مواجهة جرائم المعلوماتية يتطلب اتخاذ إجراءات قد تتجاوز ما هو منصوص عليه في قوانين العقوبات التقليدية، لما تتسم به هذه الجرائم من حداثة في الأسلوب وسرعة في التنفيذ وسهولة في إخفائها والقدرة على محو آثارها^(٣٥). وحتى تتمكن أجهزة العدالة من رجال ضبط جنائي ومحققين ومدعين وقضاة من مكافحة هذا النوع المستحدث من الجرائم لا بد من أن تتمتع هذه الأجهزة بقدر كبير من الخبرة والكفاءة والمعرفة والقدرة على كشف غموض هذه الجرائم والتعرف على مرتكبيها بسرعة ودقة كبيرتين. وهذا لن يتم إلا

(٣٤) سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٤٠. انظر أيضاً: حسين الغافري، المرجع السابق. ص ٦٥١ وما بعدها.

(٣٥) فقد ثبت في حالات متعددة أن هناك جرائم متعلقة بالحاسب الآلي وشبكة الإنترنت قد ارتكبت على مرأى ومسمع من رجال الشرطة، بل قام بعض رجال الشرطة بتقديم يد المساعدة لمرتكبي هذه الجرائم دون قصد منهم، مثلما حدث حينما طلبت إحدى نواثر الشرطة بمدينة سياتل الأمريكية من إحدى الشركات التي تعرض نظامها المعلوماتي للاختراق أن تقوم بوقف تشغيل هذا النظام المعلوماتي لتتمكن من وضعه تحت المراقبة بهدف كشف مرتكب الجريمة، ونتيجة لذلك أتلّف ما كان قد سلم من البرامج والملفات، وقد يقع إتلاف الأدلة أيضاً عن خطأ مشترك بين الخبراء وبين الجهة المجني عليها، فمثلاً في تحقيق إحدى جرائم المعلوماتية والتي تتمثل وقائعها حول زعم أحد الأشخاص لإحدى الشركات بأنه قام بوضع قنبلة منطقية (Logical Bomb) بالنظام المعلوماتي الخاص بها، فقامت الشركة وقبل إبلاغ السلطات المختصة باستدعاء خبير للتحقق من صحة هذا الزعم وإبطال مفعول هذه القنبلة في حالة وجودها، وبالفعل نجح هذا الخبير في اكتشاف القنبلة وإزالتها من النظام المعلوماتي العائد للشركة، وعندما تولت الشرطة التحقيق تبين أنه بإزالة القنبلة المنطقية من قبل الخبير أتلّفت كل الأدلة المتعلقة بها. انظر: هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، ١٩٩٤م. ص ٤٣٩ وما بعدها.

بالتدريب المستمر. ومن هنا كانت أهمية التدريب ووجوب تأهيل العاملين بهذه الأجهزة. وفي المقام نفسه فإنه لا يمكن لدولة ما أن تنجح في مكافحة مثل هذا النوع من الجرائم دون تعاون وتنسيق مع غيرها من الدول فيما يسمى بالتدريب المشترك^(٣٦). فتدريب الكوادر البشرية القائمة على تطبيق القانون ليس بذات المستوى في كل الدول وإنما يختلف من دولة لأخرى بحسب تقدم الدولة وإمكاناتها المادية والبشرية. ولو نظرنا إلى العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية لوجدنا أنها دعت إلى ضرورة وجود تعاون بين الدول في مجال التدريب ونقل الخبرات فيما بينها^(٣٧).

والتعاون الدولي في مجال تدريب العاملين في مجال العدالة الجنائية على مواجهة الجرائم المتعلقة بالجرائم المعلوماتية قد يكون بين الدول وأجهزة العدالة الجنائية لديها. فعلى سبيل المثال يوجد تنسيق بين المعاهد القضائية العربية لتوفير التدريب والتأهيل للقضاة العرب والعاملين في المحاكم في الدول العربية^(٣٨). كما نجد أن العديد من الدول تقوم بعقد العديد من المؤتمرات والندوات وحلقات النقاش، إضافة إلى قيام العديد من الدول بإرسال أعضاء النيابة العامة التابعين لها في برامج تدريبية خارجية بالتعاون مع أجهزة النيابة العامة في الدول الأخرى والهيئات والمنظمات الدولية بهدف الاطلاع على أحدث الدورات والحلقات التدريبية، وقد يتم ذلك من خلال عقد ندوات ومؤتمرات أو ورش عمل جماعي متخصصة في مواجهة تلك الجرائم تعقد على المستوى الدولي أو الإقليمي^(٣٩). حيث يتم في مثل هذه الفعاليات العلمية والتدريبية ومن خلال الأبحاث والدراسات والموضوعات المطروحة فيها الاطلاع على أحدث المستجدات المتعلقة بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت من خلال مناقشة وتحليل

(٣٦) ومثال ذلك التوصية الصادرة من اللجنة الفنية المتخصصة بدراسة سبل مكافحة الجرائم الإلكترونية بدول مجلس التعاون بالملكة العربية السعودية في الفترة من ٤-٥/٤/٢٠٠٤م.

والبند (د) من القرار الصادر بشأن الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي من مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعامل السجناء المنعقد في هافانا عام ١٩٩١م.

(٣٧) انظر مثلاً: المادة (٢٩) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠م. والمادة (٩) من مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود.

(٣٨) وقد نتج عن تلك الاجتماعات الاتفاق على إعداد مشروع اتفاقية للتعاون بين المعاهد القضائية العربية تسمى اتفاقية عمّان للتعاون العلمي بين المعاهد القضائية العربية والتي تم التوقيع عليها في ٩ إبريل لعام ١٩٩٧م. انظر: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق. ص ٤١٠ وما بعدها. انظر أيضاً: حسين الغافري، المرجع السابق. ص ٦٧٥ وما بعدها.

(٣٩) ومن أمثلة ذلك المؤتمر الدولي لقانون الإنترنت والذي تم عقده في مدينة الغدقة بجمهورية مصر العربية في الفترة من ٢١-٢٥/٨/٢٠٠٥م والذي تم تنظيمه من قبل المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

أبعادها؛ مما يمكن العاملين في مجال مكافحتها من التعرف على أحدث الوسائل والأساليب المستخدمة في مكافحة تلك الجرائم، كما يتم في مثل تلك الفعاليات من مؤتمرات وندوات وورش عمل تبادل الآراء والخبرات بين العاملين في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية^(٤٠).

(٤٠) فعلى سبيل المثال تحرص الولايات المتحدة الأمريكية على توفير المساعدة التقنية والتدريب لرفع قدرات أجهزة العدالة الجنائية لدى الدول الأخرى، ومساعدة أجهزة الشرطة، والإدعاء العام، والقضاة في تلك الدول ليصبحوا أكثر فاعلية في مكافحة الجرائم المعلوماتية. ومثل هذه المساعدة لا تؤدي إلى بناء إطار للتعاون في مجال تطبيق القانون فحسب، بل تؤدي أيضاً إلى تعزيز قدرة تلك الدول على مكافحة الجرائم المعلوماتية، فمكتب المساعدة والتدريب على تطوير أجهزة الإدعاء العام في الدول الأخرى، التابع لوزارة العدل الأمريكية (Ministry of Justice) مكلف تحديداً بتوفير المساعدة اللازمة لتعزيز وتدعيم أجهزة العدالة الجنائية (Criminal Justice) في الدول الأخرى وتعزيز إدارة القضاء في الخارج. سليمان فضل المرجع السابق. ص ٤٤٢. انظر أيضاً:

Scot charney, computer Crime, 45 Emory L. J. 941-950 (1996).

انظر أيضاً: حسين الغافري، المرجع السابق. ص ٦٨٥ وما بعدها.

المبحث الثالث

جهود هيئة الأمم المتحدة والاتفاقيات والمعاهدات والجهود الدولية الأخرى في مجال مكافحة جرائم المعلوماتية

سنبين في هذا المبحث جهود هيئة الأمم المتحدة والاتفاقيات والمعاهدات الدولية والجهود الدولية الأخرى في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية.

المطلب الأول

جهود هيئة الأمم المتحدة (United Nations) في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية

أكدت جميع المؤتمرات التي عقدتها الأمم المتحدة والمتعلقة بمنع الجريمة والعدالة الجنائية على أهمية التعاون الدولي في مكافحة الجريمة، إذ صدر عن مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين والمنعقد في فيينا في عام ٢٠٠٠م التركيز على مواجهة الجريمة.

حيث ورد في الإعلان الصادر عن هذا المؤتمر "نحن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، إذ يساورنا القلق إزاء الأثر الذي يتركه ارتكاب جرائم خطيرة ذات طبيعة عالمية على مجتمعاتنا، واقتناعاً منا بضرورة التعاون الثنائي والإقليمي والدولي في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية، وإذ يساورنا القلق بشكل خاص إزاء الجريمة المنظمة عبر الوطنية والارتباطات بين مختلف أشكالها، واقتناعاً منا بأن وجود برامج مناسبة للوقاية وإعادة التأهيل يشكل ضرورة أساسية لأي إستراتيجية فعالة لمكافحة الجريمة، وبأنه ينبغي لتلك البرامج أن تأخذ بالاعتبار العوامل الاجتماعية والاقتصادية التي تجعل الأشخاص أكثر عرضة للانخراط في السلوك الإجرامي (Criminal Conduct)^(٤١).

كما برز اهتمام هيئة الأمم المتحدة بالجرائم المعلوماتية من خلال ما دعت إليه الجمعية العامة للأمم المتحدة (General Assembly) بخصوص التطورات في مجال المعلومات والاتصالات، حيث دعت الدول الأعضاء بضرورة إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بأدائها وتقييماتها بشأن ما يلي:

(٤١) انظر: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٥٦ / ١٩ بتاريخ ٢٩ نوفمبر ٢٠٠١م. انظر أيضاً: ناصر محمد البقمي، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

- ١ - التقييم العام لمسائل أمن المعلومات.
- ٢ - تحديد المفاهيم الأساسية المتعلقة بأمن المعلومات (Information Security).
- ٣ - مضمون المفاهيم الدولية (International Concepts) ذات العلاقة الهادفة إلى تعزيز وتدعيم أمن النظم العالمية للمعلومات والاتصالات. كما دعت الجمعية العامة إلى دراسة الأخطار القائمة والمحتملة لأمن المعلومات والتدابير التعاونية التي يمكن للدول اتخاذها للتصدي لهذه الأخطار^(٤٢).

أولاً - القرار الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة السجناء المنعقد في هافانا عام ١٩٩٠م:

أقر مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة السجناء الذي عقد في هافانا في عام ١٩٩٠م إطاراً دولياً في مكافحة جرائم الحاسب الآلي، كما أكد على ضرورة تطوير سبل ووسائل التعاون في المسائل الجنائية، كما ربط المؤتمر بين الجريمة المنظمة وما يتصل بها من إساءة استخدام الحاسب الآلي، وأن الحاسب الآلي يستخدم من قبل الجريمة المنظمة (Organized Crime) لارتكاب جرائم مثل غسيل الأموال أو في إدارة الأصول المتحصلة بطريقة غير مشروعة. وقد جاء القرار الصادر عن هذا المؤتمر متماشياً مع قرارات وتقارير منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وبشكل خاص تقريرها الصادر عام ١٩٨٦م وتوصية وتقرير مجلس أوروبا بشأن الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي والمبادئ الإرشادية التشريعية المعتمدة من اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا. (Ministerial Committee of the Council of Europe) بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٨٩م^(٤٣).

ويمكن إجمال توصيات مؤتمر هافانا في المبادئ الآتية:

- ١ - التأكيد على أن وضع إطار قانوني دولي ملائم يتطلب بذل جميع الدول الأعضاء جهداً جماعياً مشتركاً.
- ٢ - الطلب من الدول الأعضاء تكثيف جهودها في مكافحة الجرائم ذات الصلة بالحاسب

(٤٢) انظر: قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٩/٥٦، مرجع سابق. انظر أيضاً: وليد الزبيدي، القرصنة على الإنترنت والحاسوب، دار أسامة، عمان، ٢٠٠٣م. ص ١٤٩ وما بعدها. انظر أيضاً:

Nick Nykodyum and Robert Taylor, Supra, 260-269.

(٤٣) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٠١ وما بعدها. انظر أيضاً: عبدالله عبدالكريم عبدالله، المرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها.

الآلي، ومكافحة عمليات إساءة استخدام الحاسب الآلي والتي تستدعي تطبيق جزاءات جنائية على المستوى الوطني بما في ذلك النظر - إذا دعت الضرورة إلى ذلك - في اتخاذ التدابير الآتية:

أ - تحديث القوانين وأغراضها الجنائية بما في ذلك التدابير المتخذة لضمان تطبيق الجزاءات والقوانين المعمول بها بشأن سلطات التحقيق وقبول الأدلة في الإجراءات القضائية على نحو ملائم وإدخال تعديلات ملائمة إذا دعت الضرورة إلى ذلك، إضافة إلى وضع أحكام وإجراءات تتعلق بالتحقيق والأدلة للتصدي لهذا الشكل الجديد والمعقد من أشكال النشاط الإجرامي، إضافة إلى مصادرة ورد الأصول المتحصل عليها بصورة غير مشروعة والناجمة عن ارتكاب جرائم ذات صلة بالحاسب الآلي.

ب - تحسين تدابير الأمن والوقاية المتعلقة بالحاسب الآلي مع وجوب مراعاة حماية الخصوصية واحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية.

ج - اعتماد تدابير لزيادة وعي الجماهير والعاملين في الأجهزة القضائية وأجهزة إنفاذ القانون (Law Enforcement) بالمشكلة وبأهمية مكافحة الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي.

د - اعتماد تدابير مناسبة لتدريب القضاة والموظفين والأجهزة المسؤولة عن منع الجرائم الاقتصادية والجرائم ذات الصلة بأجهزة الحاسب الآلي والتحقيق فيه، ومحاكمة مرتكبيها وإصدار الأحكام المتعلقة بها.

هـ - ضرورة التعاون مع المنظمات المعنية بهذا المجال في وضع قواعد للآداب المتبعة في استخدام أجهزة الحاسب الآلي والدخول إلى الشبكات^(٤٤).

و - اعتماد سياسات بشأن ضحايا الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي تتناسب مع إعلان الأمم المتحدة بشأن مبادئ العدل المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استغلال السلطة، وتتضمن إعادة الممتلكات

(٤٤) سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٢٨ وما بعدها. انظر أيضاً: عبدالله عبدالكريم عبدالله، المرجع السابق. ص ١٠٨ وما بعدها.

التي يتم الحصول عليها بطرق غير مشروعة، وتدابير لتشجيع الضحايا على إبلاغ السلطات المختصة بهذه الجرائم^(٤٥).

ثانياً - مقررات وتوصيات المؤتمر الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات:

تم عقد المؤتمر الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات في ريودي جانيرو في البرازيل في عام ١٩٩٤م بشأن جرائم الحاسب الآلي، وقد أوصى المؤتمر المذكور بأن تتضمن قائمة الحد الأدنى للأفعال المتعين تجريمها واعتبارها من قبيل جرائم الحاسب الآلي.

وسوف نستعرض فيما يلي القواعد الموضوعية والإجرائية لهذه القائمة.

أولاً - القواعد الموضوعية:

وتضمنت القواعد الموضوعية النص على قائمة الحد الأدنى للأفعال المتعين تجريمها واعتبارها من قبيل جرائم الحاسب الآلي، وهي تلك الجرائم المتضمنة فيما يلي:

١ - جريمة الاحتيال أو الغش المرتبط بالحاسب الآلي:

ويشمل ذلك الإدخال والإتلاف والمحو لمعطيات الحاسب الآلي أو برامجه أو القيام بأية أفعال تؤثر بمجرى المعالجة الآلية للبيانات وتؤدي إلى إلحاق الخسارة أو فقدان الحيازة أو ضياع ملكية شخص وذلك بقصد جني الجاني منافع مادية له أو للغير.

٢ - جريمة التزوير التي تطل برامج الحاسب الآلي:

ويشمل ذلك إدخال أو إتلاف أو محو أو تحويل المعطيات أو البرامج أو أية أفعال تؤثر على المجرى الطبيعي لمعالجة البيانات ترتكب باستخدام الحاسب الآلي وتعد - فيما لو تم ارتكابها بغير هذه الطرق - من قبيل أفعال التزوير المنصوص عليها في القوانين الوطنية.

٣ - جريمة الإتلاف:

وتشمل المحو والإتلاف والتعطيل والتخريب لمعطيات الحاسب الآلي وبرامجه.

٤ - جريمة تخريب وإتلاف الحاسب الآلي:

وتشمل الإدخال أو المحو أو الإتلاف أو التخريب أو أي فعل آخر بقصد تعطيل وظيفة من وظائف الحاسب الآلي أو نظم الاتصالات (الشبكات).

(٤٥) محمد الأمين بشرى ومحسن أحمد، معايير الأمم المتحدة في مجال العدالة الجنائية ومنع الجريمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٩٩٨م، ص ١٩ وما بعدها.

٥ - جريمة الدخول غير المشروع:

وهو التوصل أوولوج دون تصريح إلى نظام أو مجموعة نظم عن طريق انتهاك إجراءات الحماية.

٦ - جريمة الاعتراض غير المشروع:

وهو الاعتراض عن طريق وسائل فنية للاتصال توجه لنظام حاسب آلي أو نظم أو شبكة اتصالات.

ثانياً - القواعد الإجرائية:

وضع هذا القرار بعض الأسس الواجب اتباعها في مكافحة الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي.

أ - وجوب تحديد السلطات القائمة بإجراء التفتيش والضبط في بيئة تقنية المعلومات، وخاصة ضبط الأشياء غير المحسوسة وتفتيش شبكات الحاسب الآلي.

ب - وجوب وجود قدر كبير من التعاون الفعال من قبل المجني عليهم والشهود، وغيرهم من مستخدمي تقنية المعلومات، لكي تكون المعلومات متاحة في صورة يمكن استخدامها للأغراض القضائية بالنسبة لهذه الجرائم.

ج - السماح للسلطات العامة باعتراض الاتصالات داخل نظام الحاسب الآلي ذاته، أو بينه وبين نظم الحاسبات الآلية الأخرى، مع استخدام الأدلة التي يتم الحصول عليها في الإجراءات أمام المحاكم.

د - يجب أن يوضع في الاعتبار كل المسائل المرتبطة ببيئة تقنية المعلومات، مثل ضياع الفرص الاستثمارية، التجسس، انتهاك حرمة الحياة الخاصة، مخاطر الخسائر الاقتصادية، كلفة إعادة بناء قواعد البيانات كما كانت من قبل وإرجاعها إلى الوضع السابق قبل إجراء أي تفتيش أو تحقيق.

هـ - القواعد القائمة في مجال الإثبات الإلكتروني ومصادقية الأدلة، والمشاكل التي يمكن أن تثيرها عند تطبيقها^(٤٦).

(٤٦) انظر: مقررات وتوصيات المؤتمر الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات والذي تم عقده في الفترة من ٩-٤ تشرين الأول ١٩٩٤م في ريو دي جانيرو في البرازيل بشأن جرائم الحاسب الآلي. انظر أيضاً: عبدالله عبدالكريم عبدالله، المرجع السابق. ص ١١٢ وما بعدها..

المطلب الثاني

الاتفاقيات والمعاهدات والجهود الدولية الأخرى في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية

تعد المعاهدات والاتفاقيات الدولية من أهم صور التعاون الدولي بشكل عام، وفي مكافحة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت بشكل خاص.

إذ أن إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية سيجتري عليه التقريب بين القوانين الجنائية الوطنية من أجل مكافحة هذه الجرائم. وتظهر معالم هذا التقارب في قبول حالات تفويض الاختصاص في القيام بإجراءات التحقيق وجمع الأدلة وتسليم المجرمين والاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية، وبدون هذا التعاون بين الدول وعدم وجود معاهدات واتفاقيات فيما بينها لمكافحة الجرائم المعلوماتية سيؤدي إلى زيادة كبيرة في ارتكاب مثل هذه الجرائم^(٤٧). ومن هذه المعاهدات والاتفاقيات التي تعمل على التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية توصيات المجلس الأوروبي بشأن مشاكل الإجراءات الجنائية المتعلقة بتقنية المعلومات (Information Technology)، واتفاقية بودابست لمكافحة جرائم الإنترنت لعام ٢٠٠١م، إضافة إلى مؤتمر الفضاء الإلكتروني لعام ٢٠١١م، وسيتم تناولها في هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

أولاً - توصيات المجلس الأوروبي:

نتيجة للتطور الكبير في مجال تقنية الحاسب الآلي والإنترنت قررت الدول الأوروبية إعادة النظر في الإجراءات الجنائية في هذا المجال، فأصدر المجلس الأوروبي عدداً من التوصيات في شأن المشاكل التي تعترض الإجراءات الجنائية المتعلقة بتقنية المعلومات لحث الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي على مراجعة وتعديل قوانين الإجراءات الجنائية الوطنية حتى تلائم التطور في هذا المجال. ومن أهم هذه التوصيات ما يلي:

(٤٧) انظر:

Laura Quarntile, Cyber Crime: How To Protect Yourself From Computer Crime, Limelight Books, Tier Publications, 1997. at 73.

انظر أيضاً:

John Kntile, The Danger of Computer Hacking, Rosen Publishing Group, New York, 2000. at 132.

- ١ - وجوب توضيح القوانين في دول المجلس إجراءات تفتيش أجهزة الحاسب الآلي وضبط المعلومات أثناء انتقالها.
- ٢ - ضرورة أن تسمح الإجراءات الجنائية في دول المجلس لجهات التحقيق بتفتيش وضبط برامج الحاسب الآلي والمعلومات والبيانات المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وفقاً لذات الشروط الخاصة بإجراءات التفتيش العادية، كما يتعين إبلاغ الشخص القائم على الأجهزة بأن النظام كان محلاً للتفتيش مع بيان المعلومات والبيانات التي تم ضبطها.
- ٣ - أن يتم السماح أثناء إجراء التفتيش للجهات القائمة على التنفيذ باحترام الضمانات المقررة بمد التفتيش إلى أنظمة الحاسب الآلي في دائرة اختصاصهم، والتي تكون متصلة بالنظام محل التفتيش وضبط ما بها من معلومات وبيانات.
- ٤ - يجب أن تطبق إجراءات المراقبة والتسجيل في مجال التحقيق الجنائي في حالة الضرورة في مجال تقنية المعلومات، ويتعين توفير السرية والاحترام للمعلومات والبيانات التي يعطيها القانون حماية خاصة.
- ٥ - يجب أن يوضح قانون الإجراءات أن الإجراءات الخاصة بالوثائق التقليدية تنطبق بشأن المعلومات والبيانات الموجودة بأجهزة الحاسب الآلي^(٤٨).
- ٦ - ضرورة إلزام العاملين بالمؤسسات العامة والخاصة التي توفر خدمات الاتصال بالتعاون مع سلطات التحقيق لإجراء المراقبة والتسجيل.
- ٧ - يجب منح سلطات التحقيق سلطة إصدار أوامر لمن لديه معلومات خاصة للدخول على نظام معلوماتي أو الدخول على ما يحويه من معلومات باتخاذ اللازم للسماح لجهة التحقيق بالاطلاع عليها، وأن تخول سلطة التحقيق بإصدار أوامر مماثلة لأي شخص آخر لديه معلومات عن طريق التشغيل والمحافظة على المعلومات.
- ٨ - يجب تعديل القوانين الإجرائية بإصدار أوامر لمن لديه معلومات أو برامج أو بيانات تتعلق بأجهزة حاسب آلي بتسليمها للكشف عن الحقيقة.
- ٩ - يجب تطوير وتوحيد أنظمة التعامل مع الأدلة الإلكترونية، حتى يتم الاعتراف بها في الدول المختلفة، ويتعين أيضاً تطبيق النصوص الإجرائية الخاصة بالأدلة التقليدية على الأدلة الإلكترونية.

(٤٨) انظر: التوصية الخاصة بالمجلس الأوروبي (Council of Europe) رقم ٩٥/١٣ في ١١ سبتمبر لعام ١٩٩٥م. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٤٢٨ وما بعدها.

١٠ - يجب تشكيل وحدات خاصة لمكافحة جرائم الحاسب الآلي، وإعداد برامج خاصة لتأهيل العاملين في مجال العدالة الجنائية لتطوير معلوماتهم في مجال تقنية المعلومات.

١١ - قد تتطلب إجراءات التحقيق مد الإجراءات إلى أنظمة معلوماتية أخرى قد تكون موجودة خارج الدولة وتفترض التدخل السريع، وحتى لا يمثل مثل هذا الأمر اعتداء على سيادة الدولة يجب وضع قواعد قانونية واضحة تسمح بمثل هذا الإجراء^(٤٩).

ثانياً - اتفاقية بودابست (Budapest) لمكافحة الجرائم المعلوماتية لعام ٢٠٠١م:

صادقت دول مجلس أوروبا (The Council of Europe) على اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية في عام ٢٠٠١م. والتي تعد أول اتفاقية دولية شاملة تتعلق بجرائم الحاسب الآلي، والجرائم المرتكبة عبر شبكة الإنترنت وأجهزة تقنية المعلومات الأخرى^(٥٠). وتسعى هذه الاتفاقية إلى التعاون والتضامن الدولي في محاربة الجرائم المعلوماتية ومحاولة الحد منها خاصة بعد أن وصلت تلك الجرائم إلى حد خطير أصبح يهدد الأشخاص والممتلكات، كما تسعى هذه الاتفاقية إلى تحقيق وحدة التدابير التشريعية بين الدول الأوروبية والدول المنضمة للاتفاقية من غير الدول الأوروبية، ويعد التوقيع على هذه الاتفاقية الخطوة الأولى في طريق تكوين تضامن دولي مناهض لجرائم الحاسب الآلي والإنترنت. وقد وقعت على هذه الاتفاقية ٢٦ دولة أوروبية إضافة إلى كندا واليابان وجنوب أفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية. ولأن الاتفاقية جاءت حصيلة جهود دولية وإقليمية فقد أكدت المقدمة على أهمية ما أنجز من جهود في حقل جرائم الحاسب الآلي من قبل الأمم المتحدة ومنظمة

(٤٩) انظر: التوصية الخاصة بالمجلس الأوروبي (Council of Europe) في ١١ سبتمبر لعام ١٩٩٥م. انظر أيضاً: سليمان أحمد فضل، المرجع السابق. ص ٤٢٨ وما بعدها.

(٥٠) تم تأسيس مجلس أوروبا (The Council of Europe) في عام ١٩٤٩م ويتألف من ٤٦ دولة، ويقوم هذا المجلس بدور هام في مكافحة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت من خلال إقراره للعديد من التوصيات المتعلقة بحماية البيانات من سوء الاستخدام وكذلك حماية تدفق البيانات والمعلومات، وقد أصدر هذا المجلس العديد من القواعد التوجيهية في جرائم الحاسب الآلي. انظر: هاللي عبدالله أحمد، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة. ٢٠٠٧م. ص ٢٩٨ وما بعدها.

التعاون الاقتصادي والتنمية والاتحاد الأوروبي ومجموعة الدول الصناعية (مجموعة الثمانية) (G8).

وتتضمن هذه الاتفاقية ٤٨ مادة موزعة على أربعة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: تعريفات خاصة ببعض المصطلحات الفنية.

الفصل الثاني: ترتيبات لا بد من اتخاذها على المستوى الوطني:

القسم الأول: الجوانب الجنائية الموضوعية:

أ - بشأن الجرائم ضد الخصوصية وسلامة وتواجد معلومات الحاسب ونظم الحاسب، ويشمل وصفاً لأنواع متعددة من الجرائم.

ب - الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي، شاملة استخدام الحاسب الآلي في التزوير وفي ارتكاب الأفعال الاحتيالية.

ج - الجرائم المتعلقة بالمحتوى.

د - الجرائم المتصلة بالتعدي على الملكية الفكرية والحقوق المجاورة.

القسم الثاني: الجوانب الإجرائية لجرائم المعلوماتية شاملة التحفظ العاجل على البيانات المعلوماتية المخزنة والأمر بإنتاج بيانات معلوماتية وتفتيش وضبط البيانات المعلوماتية المخزنة وتجميع البيانات المعلوماتية واعتراض بيانات المحتوى.

الفصل الثالث: مسائل التعاون الدولي وتسليم المجرمين والمساعدة القضائية المتبادلة والمساعدة المتبادلة في مجال سلطات التحقيق.

الفصل الرابع: فيما يتعلق بالانضمام والانسحاب من الاتفاقية وفض المنازعات بين الأعضاء في الاتفاقية^(٥١).

وعلى الرغم من أن هذه الاتفاقية هي في الأصل أوروبية، إلا أنها دولية النزعة، وهي مفتوحة للدول الأخرى لطلب الانضمام إليها لتعم فائدتها الدول كافة.

وقد أكدت هذه الاتفاقية على أهمية التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، وبدون هذا التعاون لن يكون هناك أي أثر لأي مجهود تقوم به أية دولة بمفردها، حيث أن تلك الجرائم تكون غالباً جرائم عابرة للحدود (Transborder Crimes).

(٥١) هاللي عبدالله أحمد، جرائم المعلوماتية عابرة الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧ م. ص ٦٣ وما بعدها.

فقد نصت هذه الاتفاقية في المادة (٢٣) منها على مدى أهمية الالتزام بالتعاون، فقررت أن التعاون يجب أن يمتد نطاقه ليشمل كل الجرائم الجنائية المعلوماتية، وأن هذا التعاون يجب أن ينفذ وفقاً للأصول الدولية المتصلة بالتعاون الدولي في المواد الجنائية، والاتفاقيات المعتمدة في التشريعات المماثلة أو القانون الوطني.

كما أكدت هذه الاتفاقية على ضرورة الالتزام بمعاهدات تسليم المجرمين في الجرائم المعلوماتية، شريطة أن تكون معاقباً عليها في قانون الطرفين بعقوبة سالبة للحرية لا تقل عن سنة، أو بعقوبة أشد^(٥٢). وتناولت هذه الاتفاقية أيضاً مسألة المساعدة القضائية المتبادلة وأوجبت على الأطراف أن توفر لبعضها البعض مساعدة قضائية متبادلة إلى أقصى مدى ممكن لأغراض التحقيقات أو الإجراءات بالنسبة للجرائم الجنائية المرتبطة بنظم وبيانات معلوماتية أو بغرض جمع الأدلة الإلكترونية للجريمة الجنائية، كما أنه يمكن لكل طرف في حالة الاستعجال، أن يقدم طلباً للمساعدة المتبادلة أو الاتصالات عن طريق وسائل سريعة للاتصال كالفاكس أو البريد الإلكتروني، وذلك لما تقدمه هذه الوسائل من شروط كافية للأمن والتوثيق (بما في ذلك التشفير لو كان ضرورياً)، مع التأكيد الرسمي اللاحق حينما يكون ذلك مطلوباً بواسطة الدولة الموجه إليها الطلب، ويجب على الدولة المقدم إليها الطلب أن توافق وأن ترد على الطلب المقدم إليها عن طريق أية وسيلة من الوسائل العاجلة للاتصال^(٥٣).

ويجب أن تخضع المساعدة المتبادلة للشروط المحددة عن طريق القانون الداخلي للطرف الموجه إليه الطلب أو عن طريق الاتفاقات المطبقة للمساعدة المتبادلة، بما في ذلك الأسباب التي بناء عليها يمكن للطرف الموجه إليه الطلب أن يرفض التعاون.

كما أكدت هذه الاتفاقية أيضاً على أهمية المساعدة القضائية المتبادلة، وأنه يجب على كل طرف أن يعين هيئة مركزية أو هيئات تكون مسئولة عن إرسال أو الرد على طلبات المساعدة المتبادلة أو تنفيذه هذه الطلبات أو إرسالها إلى السلطات المختصة^(٥٤).

كما أكدت هذه الاتفاقية على أنه يمكن لأي طرف أن يطلب من طرف آخر أن

(٥٢) المادة (٢٤) اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية لعام ٢٠٠١م. انظر أيضاً: هلاي عبداللاه أحمد، جرائم المعلوماتية عابرة الحدود، المرجع السابق. ص ٧٣ وما بعدها.

(٥٣) المادة (٢٥)، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية.

(٥٤) المادة (٢٧)، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية.

يأمر أو يفرض بطريقة أخرى التحفظ العاجل على البيانات المخزنة بواسطة نظام معلوماتي يوجد داخل أراضي ذلك الطرف، والتي بخصوصها ينوي الطرف الملتزم أن يرسل طلباً للمساعدة المتبادلة من أجل تفتيش هذه البيانات أو الوصول إليها، أو ضبطها أو الحصول عليها، أو إفشاء سريتها^(٥٥).

كما أكدت الاتفاقية على أهمية التعاون الكامل وتطبيق التشريعات الدولية فيما يتعلق بمجالات التحقيق في الجرائم المعلوماتية كسرقة البيانات والمعلومات واعتراضها وإتلافها وتعطيل أنظمة الحاسب الآلي، وكافة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت المعروفة والمنصوص عليها في قوانين كل دولة، كما أكدت هذه الاتفاقية على أهمية تبادل المعلومات بين الدول الأطراف.

كما أوجبت هذه الاتفاقية على كل طرف أن يعين نقطة اتصال على مدار الساعة وطوال أيام الأسبوع لاستلام طلبات التحقيق في الجرائم المعلوماتية. وأكدت الاتفاقية أيضاً على ضرورة التزام الدول الأطراف بأحكامها وتنفيذها وضرورة أن تكون قوانينها الداخلية متماشية معها^(٥٦).

ثالثاً - مؤتمر الفضاء الإلكتروني (Cyber Space) بلندن لعام ٢٠١١م:

تم عقد المؤتمر الدولي للفضاء الإلكتروني في لندن بمشاركة حكومات ومنظمات دولية غير حكومية (Non-Governmental Organizations) وشركات عالمية. وشاركت أكثر من ٦٠ دولة في هذا المؤتمر منها الولايات المتحدة الأمريكية ودول الاتحاد الأوروبي والصين وروسيا ودول أخرى، وذلك بهدف تطوير فهم مشترك أفضل لكيفية حماية الإمكانيات والفرص الكبيرة التي يقدمها الفضاء الإلكتروني (Cyber Space) للجميع^(٥٧).

(٥٥) المادة (٢٩)، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية.

(٥٦) انظر المواد (٣١) - (٣٥) من اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية لعام ٢٠٠١م. انظر أيضاً هالالي عبدالله أحمد، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، المرجع السابق. ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٥٧) وأكد وزير الخارجية البريطاني وليام هيغ (William Hage) في الكلمة الافتتاحية للمؤتمر على أهمية الإنترنت، قائلاً "إن شبكة الإنترنت ليست بمعزل عن المجتمع، فهي تمثل جزءاً من المجتمع وتنعكس ما فيه". فهذه التقنية توفر فوائد جمة على حد سواء كما تتيح أيضاً مسألة إساءة استغلالها، وهذا ينطبق بشكل خاص على الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، التي هي في نمو متسارع جداً، فهناك أشخاص وجماعات في أنحاء العالم يسعون لتحويل بياناتنا الشخصية (Personal Data) إلى دخل مادي أو للتسبب بأضرار فادحة. كما أضاف الوزير =

وفي خطاب ألقاه نائب الرئيس الأمريكي جو بايدن (Joe Biden) في هذا المؤتمر قال: "تستثمر الولايات المتحدة في أمن الفضاء الإلكتروني من أجل معالجة تحدياته، وقد شمل ذلك تعيين المنسق القومي للفضاء الإلكتروني في البيت الأبيض، كما نعمل سويًا مع دول أخرى لمحاربة الجريمة التي تجتاز حدود الدول، بما في ذلك مساعدة الدول الأخرى على بناء قدراتها في فرض تطبيق القانون (Law Enforcement) لتتعاون مع بعضها البعض لأجل القضاء على التهديدات المنتشرة في الفضاء الإلكتروني (Cyber Space). وأضاف نائب الرئيس الأمريكي "لقد صادقنا على اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية التي نشجعها بقوة والتي وضعت الخطوات التي يتوجب على الدول اتخاذها من أجل خفض الجرائم المعلوماتية". كما أشار في كلمته إلى أن "الفضاء الإلكتروني يمثل تحديات تختلف عن أي تحديات واجهناها من قبل، كما يثير أسئلة جديدة، وهو يجبرنا على ابتكار أساليب جديدة، حيث لم تعد الأساليب القديمة كافية، فتحديد الإجراءات الفعالة وبناء الثقة في مجال الفضاء الإلكتروني يشكلان تحديًا، وعلينا أن نجد طريقة لحل ذلك" (٥٨).

وقد أجمعت الدول المشاركة في هذا المؤتمر على أن الإنترنت أداة رئيسة وحيوية في النمو الاقتصادي وخاصة في الدول النامية، وعلى الفوائد الإيجابية الجمة للإنترنت في تحسين حياة المواطنين، وقدرتها على كشف انتهاكات حقوق الإنسان عند حدوثها، واتفق المشاركون على ضرورة ألا تكون جهود تحسين أمن الإنترنت

= البريطاني "من الواضح بشكل متزايد أن الدول التي لديها دفاعات وقدرات إلكترونية ضعيفة تجد نفسها عرضة للخطر على المدى البعيد، وتفتقر لميزات إستراتيجية كبيرة بالنظر إلى الزيادة الواضحة في الهجمات". وقد وجه وزير الخارجية البريطانية ويليام هيغ خلال مؤتمر الفضاء الإلكتروني ٤ رسائل لحكومات الدول، تضمنت ما يلي:

- ١ - أن الزيادة الكبيرة في جرائم الإنترنت تمثل تهديدًا متناميًا لمواطنيها.
- ٢ - يجب عدم التعامل مع الفضاء الإلكتروني على أنه تابع للحكومة، فلا بد من الاستفادة من إبداع وأفكار الأفراد من خارج الحكومات.
- ٣ - أن الاعتداءات التي تكون برعاية الدولة (State Sponsored) ليست في صالح أي دولة على المدى البعيد، وعلى الحكومات التي تشن هذه الاعتداءات السيطرة عليها وضبطها، ولابد أن تتعاون مع بعضها البعض لأجل القضاء على التهديدات المنتشرة في الفضاء الخارجي (Cyber Space). انظر: جريدة الشرق الأوسط، العدد ١٢٩٤٥، الأحد ٢٠/١١/٢٠١١م. ص ٢١.

(٥٨) انظر: جريدة الشرق الأوسط، العدد ١٢٠٤٥. ص ٢١. انظر أيضًا: هاللي عبدالله أحمد، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، المرجع السابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

على حساب حقوق الإنسان، حيث أبدى المشاركون تأييداً قوياً لمبدأ وجوب أن يبدي مستخدمو الإنترنت تسامحاً واحتراماً لتنوع اللغات والأفكار والثقافات، مع التشديد على ضرورة ألا تكون حماية هذا المبدأ ذريعة لمحاولات الإخلال بحق حرية التعبير عن الرأي، وأشار مؤتمر الفضاء الإلكتروني إلى أن جرائم المعلوماتية تمثل تهديداً كبيراً للرفاه الاقتصادي والاجتماعي (Economic and Social Prosperity).

كما أنها تتطلب بذل جهود دولية عاجلة ومتكافئة لمواجهة هذه التهديدات، وضمن عدم وجود ملاذ آمن لمجرمي الإنترنت^(٥٩). وطالب المشاركون في المؤتمر بضرورة أن تكون القوانين المتعلقة بالجرائم المعلوماتية متوافقة دولياً، والتعاون بين الدول متى كان ذلك ضرورياً، وحث المشاركون الدول على النظر في إمكانية الانضمام لاتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية، حيث ينظرون إلى هذه الاتفاقية على أنها أفضل شكل من أشكال الاتفاق الدولي في هذا المجال، وكذلك حث القطاع الخاص (Private Sector) على قيادة تطوير منتجات وأنظمة وخدمات تقنية متطورة لأمن شبكة الإنترنت. كما تم الاتفاق على ضرورة أن تكون الحكومات نموذجاً يحتذى، بأن تعتبر أمن الإنترنت أحد المعايير الأساسية عند توفير خدماتها عبر الإنترنت^(٦٠).

الخاتمة:

أدى الانتشار الكبير في استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت إلى زيادة كبيرة في الجرائم المعلوماتية، فشبكة الإنترنت لا تعرف الحدود وبالتالي يمكن الدخول إليها من خلال أي جهاز يتم توصيله بها، فمستخدم تلك الشبكة يمكنه ارتكاب جريمة وهو جالس في منزله أمام جهاز الحاسب الآلي، ويترتب على هذه الطبيعة العالمية لشبكة الإنترنت أن الجرائم التي ترتكب عليها أو بواسطتها تكون لها صفة العالمية، أي أنها تكون جرائم عابرة للحدود.

وإذا كانت الدول تستطيع تطبيق قوانينها الوطنية في إطار حدودها الإقليمية، فإن الأمر يختلف بالنسبة للجرائم المعلوماتية المرتكبة عبر شبكة الإنترنت حيث لا حدود جغرافية بين الدول.

ويقتضي هذا الطابع الدولي للجرائم المعلوماتية وضع إستراتيجيات جديدة

(٥٩) انظر: جريدة الشرق الأوسط، العدد ١٢٠٤٥. ص ٢١. انظر أيضاً: هلالى عبدالله أحمد،

اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، المرجع السابق. ص ١٦٠ وما بعدها.

(٦٠) جريدة الشرق الأوسط، العدد ١٢٠٤٥. ص ٢١. انظر أيضاً: هلالى عبدالله أحمد، المرجع

السابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

للتعاون الدولي في مكافحة هذا النوع من الجرائم المستحدثة، ذلك أن جرائم الإنترنت وهي من الجرائم العابرة للحدود في تزايد مستمر، ويكتسب التعاون الدولي أهمية كبيرة في محاربة هذه الظاهرة المستحدثة، إذ لن تستطيع دولة بمفردها أن تكافح هذا النوع من الجرائم دون حصولها على تعاون الدول الأخرى، وبناء على ما ذكر تم التوصل في نهاية هذا البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً - النتائج:

- ١ - الطبيعة العابرة للجرائم المعلوماتية يترتب عليها إمكانية ارتكاب الفعل الإجرامي غير المشروع عن طريق وحدة طرفية في دولة ما بينما تتحقق النتيجة الإجرامية للفعل في دولة أخرى، الأمر الذي يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق بين قوانين الدول المختلفة، ويثير أيضاً مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق بين قوانين الدول المختلفة، إضافة إلى مشكلة تحديد المحكمة الجنائية المختصة بنظر الواقعة، وذلك في ضوء غياب أي تنظيم قانوني لهذه المسألة يحسم هذا النزاع.
- ٢ - تمثل الجرائم المعلوماتية تهديداً كبيراً للأمن والاستقرار والسلام في دول العالم، ولم تعد نتائجها مقتصرة على الأشخاص أو المؤسسات، بل أصبحت آثارها تهدد الدول نفسها، مما يؤكد على الحاجة إلى التعاون بين الدول لمواجهة هذه الجرائم.
- ٣ - يوجد اختلاف بين تشريعات الدول المختلفة على الأفعال المجرمة فيما يتعلق بالجرائم المعلوماتية، فما يكون مشروعاً في أحد الأنظمة قد يكون غير مشروع في نظام آخر. مما يساهم في عدم تعاون الدول فيما بينها في مكافحة هذا النوع من الجرائم.
- ٤ - اختلاف التشريعات في الدول المختلفة يجعل مسألة القبض على مرتكبي مثل هذه الجرائم ومحاكمتهم مسألة قد تكون صعبة في أحيان كثيرة، خاصة عند عدم وجود تعاون دولي يتفق مع طبيعة جرائم الإنترنت، والتي تتميز بطابع خاص يقتضي أن تكون هناك ردود فعل سريعة.
- ٥ - يوجد قصور وضعف كبيران في التعاون بين الدول المختلفة في مجال القبض والتحقيق والمحاكمة لمرتكبي هذه الجرائم، إذ أن كثير من الدول وتشريعاتها قد لا تهتم كثيراً بالجرائم المرتكبة خارج إقليمها أو التي نتجت آثارها الإجرامية خارج إقليمها، ويكون اهتمامها مركزاً على الجرائم التي تترتب آثارها الضارة في داخل إقليمها.
- ٦ - توجد صعوبات كبيرة في مسألة الحصول على أدلة في مثل هذا النوع من الجرائم

- خارج نطاق حدود الدولة، عن طريق الضبط أو التفتيش في نظام معلوماتي معين، إضافة إلى الصعوبات الفنية في الحصول على الدليل ذاته.
- ٧ - عدم وجود قنوات اتصال سريعة وفعالة بين دول العالم فيما يتعلق بالجرائم المعلوماتية، وعدم وجود تبادل معلومات أو تسليم مجرمين في هذه الجرائم وعدم وجود مواد في القوانين الوطنية تحت الدول على التنسيق والتعاون الدولي في مكافحة مثل هذا النوع من الجرائم.
- ٨ - قلة خبرة رجال الشرطة والمحققين والقضاة في العديد من الدول في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية قد يساعد في عدم قدرتهم على تقديم التعاون المطلوب منهم من أقرانهم في الدول الأخرى في حال طلب المساعدة من تلك الدول.

ثانياً - التوصيات:

- ١ - ضرورة قيام الدول باستحداث قواعد مناسبة في مجال الإجراءات الجنائية والإثبات بشأن التحقيق في الجرائم المعلوماتية.
- ٢ - ضرورة قيام الدول بتوحيد قوانينها الخاصة بالجرائم المعلوماتية.
- ٣ - ضرورة التنسيق والتعاون الدولي قضائياً وإجرائياً في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية.
- ٤ - ضرورة قيام الدول بالتنسيق فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية المتبعة في شأن الجرائم المعلوماتية، خاصة ما تعلق منها بأعمال الاستدلال والتحقيق.
- ٥ - ضرورة إيجاد صيغة ملائمة للتعاون الدولي لمكافحة الجرائم المعلوماتية، وتبادل الخبرات والمعلومات حول هذا النوع من الجرائم ومركبيها وتحديد أدلتها وسبل مكافحتها.
- ٦ - ضرورة قيام الدول بالدخول في معاهدات ثنائية أو جماعية على نحو يسمح بالتعاون المثمر في مكافحة هذا النوع من الجرائم، فالصعوبات الإجرائية التي تثيرها الجرائم المعلوماتية لا يمكن حلها إلا من خلال الاتفاقيات الدولية، مع ضرورة إيجاد آليات كفيلة لحل التنازع بين قوانين الدول المختلفة فيما يتعلق بمحاكمة مرتكبي تلك الجرائم، إذ أن حل مشاكل الاختصاص القضائي، التي تثيرها الجرائم المعلوماتية عابرة الحدود، تساعد في تعزيز التعاون الدولي في مكافحة مثل هذا النوع من الجرائم.
- ٧ - ضرورة قيام الدول المختلفة بإنشاء إدارة شرطية متخصصة لمكافحة جرائم

- المعلوماتية مع الاهتمام بعقد دورات تدريبية متخصصة للعاملين في تلك الإدارات بغرض تدريبهم على التحقيق في الجرائم المعلوماتية.
- ٨ - ضرورة تعزيز التعاون والتنسيق مع المؤسسات الدولية المعنية بمكافحة الجرائم المعلوماتية، وبشكل خاص الإنترنت.
- ٩ - ضرورة قيام أجهزة الشرطة في الدول العربية بالتنسيق في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية عبر شبكة الإنترنت وعقد اجتماعات تنسيقية دورية لهذا الغرض.

المراجع

أولاً - الكتب والبحوث العربية:

- ١ - أحمد، هلالى عبدالله، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- ٢ - أحمد، هلالى عبدالله، جرائم المعلوماتية عابرة الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م.
- ٣ - إبراهيم، خالد ممدوح، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- ٤ - البشرى، محمد الأمين، ومحسن أحمد، معايير الأمم المتحدة في مجال العدالة الجنائية ومنع الجريمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٩٩٨م.
- ٥ - البقمي، ناصر محمد، فاعلية التشريعات العقابية في مكافحة الجرائم المعلوماتية، مجلة البحوث الأمنية، المجلد ١٧، العدد ٤٠، أغسطس ٢٠٠٨م.
- ٦ - حجازي، عبدالفتاح بيومي، الإثبات الجنائي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- ٧ - رستم، هشام محمد فريد، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، ١٩٩٤م.
- ٨ - الزيدي، وليد، القرصنة على الإنترنت والحاسوب، دار أسامة، عمان، ٢٠٠٣م.
- ٩ - شحاته، علاء الدين، التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ١٠ - الصغير، جميل عبدالباقي، الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.
- ١١ - عزت، فتحي محمد، الحماية الجنائية الموضوعية والإجرائية، الاعتداء على المصنفات والحق في الخصوصية والكمبيوتر والإنترنت في نطاق التشريعات الوطنية والتعاون الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م.
- ١٢ - عفيفي، كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، بدون ناشر، بدون تاريخ.
- ١٣ - الغافري، حسين سعيد، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

١٤ - قورة، نائلة عادل، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥م.

١٥ - يوسف، حسن يوسف، الجرائم الدولية للإنترنت، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١١م.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- 1 - Berg, Terrence, State Criminal Jurisdiction in Cyber Space, Is There a Sheriff on the Electronic Frontier? 79 Mich. B.J.670- 675 (2000).
- 2 - Brown, Jack, Jurisdiction to Prosecute Crimes. Committed by Use of The Internet, 38 Jurimetrics J. 611, 1998.
- 3 - Charney, Scot, Computer Crime, 45 Emory L. J. 931- 953 (1996).
- 4 - Kntile, John, The Danger of Computer Hacking, Rosen Publishing Group, New York, 2000.
- 5 - Mason, Donald R, Sentencing Policy and Procedure As Applied to Cyber Crime: A Call for Reconsideration And Dialogue, Mississippi Law Journal, Winter 2007. At 12.
- 6 - Nadelman, the Evolution of United States Involvement in the International Rendition of Fugitive Criminals, 25 N. Y. U. Int. L. L. 813 - 14. (1993).
- 7 - Nykodym and Robert Taylor, The Worlds Current Legislative Efforts Against Cyber Crime, Computer Law and Security Report, Volume 20, Issue No. 5, September, 2004.
- 8 - Quarntile, Cyber Crime: How To Protect Yourself From Computer Crime, Limelight Books, Tier Publications, 1997.

ثالثاً - المعاهدات والاتفاقيات والقرارات الدولية:

- ١ - معاهدة ماسترخت (Maastricht Treaty) لعام ١٩٩٢م.
- ٢ - معاهدة الأمم المتحدة النموذجية لتبادل المساعدة في المسائل الجنائية لعام ١٩٩٠م.

- ٣ - اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٩٣م.
- ٤ - النموذج الاسترشادي لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي لعام ٢٠٠٣م الصادر عن مجلس التعاون الخليجي.
- ٥ - معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي لعام ١٩٩٩.
- ٦ - توصية المجلس الأوروبي (Council of Europe) رقم ١٣/٩٥ لعام ١٩٩٥م المتعلقة بمشاكل الإجراءات الجنائية المرتبطة بتقنية المعلومات.
- ٧ - اتفاقية شينجن لعام ١٩٩٠م.
- ٨ - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- ٩ - التوصية الصادرة من اللجنة الفنية المتخصصة بدراسة سبل مكافحة الجرائم الإلكترونية بدول مجلس التعاون الخليجي، الاجتماع الأول المنعقد بالأمانة العامة للمجلس بالرياض بالمملكة العربية السعودية في الفترة من ٤-٥/٤/٢٠٠٤م.
- ١٠ - القرار الصادر بشأن الجرائم ذات الصلة بالحاسب الآلي من مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة السجناء المنعقد في هافانا في عام ١٩٩١م.
- ١١ - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠م.
- ١٢ - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (General Assembly) رقم ٥٦/١٩ بتاريخ ٢٩ نوفمبر ٢٠٠١م.
- ١٣ - مقررات وتوصيات المؤتمر الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات والذي عقد في الفترة من ٤-٩ تشرين الأول ١٩٩٤م في ريو دي جانيرو في البرازيل بشأن جرائم الحاسب الآلي.
- ١٤ - اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية لعام ٢٠٠١م.
- ١٥ - قرارات مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة والمجرمين، والذي تم عقده في هافانا بكوبا عام ١٩٩٠م المتعلقة بجرائم الحاسب الآلي.

رابعاً - الصحف:

- ١ - جريدة الرياض، العدد ١٤٧٢٩، ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٨م. ص ٤٥.
- ٢ - جريدة الشرق الأوسط، ١٢٠٤٥، الأحد ٢٠/١١/٢٠١١م.

خامساً - الإنترنت:

- 1 - Interpol.at <http://en.wikipedia.org/wiki/Interpol>.

- 2 - About Europol, 12 the Europol Training Course at <http://www.europa/news> <<http://www.europa/news>> .
- 3 - Cyber Crime Unit For Europe? The New New Internet.at <http://www.The.new.newinternet.com>.
- 4 - Europol, at <http://en.wikipedia.org/wiki/Europol>.
- 5 - Internet Complaint Center, at <http://www.ic3.gov>.

اتفاقية منع التمييز ضد المرأة في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة تحليلية مقارنة لمواد الاتفاقية وفق الأنظمة في المملكة العربية السعودية

الدكتور/ إبراهيم بن سليمان الحربي

قسم العلوم القانونية - كلية الملك فهد الأمنية

المملكة العربية السعودية

ملخص:

يحظى القانون الدولي في العصر الحالي باهتمام بالغ بعد أن قاربت التقنية الحديثة أطرافه، وأصبح للقانون الدولي أهميته كفرع من فروع القانون، فبعد أن كان محل نقاش مدى الاعتداد به كفرع من فروع القانون أصبح باباً وفرعاً في كل فرع من فروع القانون.

ولا يمكن الحديث عن القانون الدولي دون الإشارة للاتفاقيات الدولية، فهي عصبه ومصدره الأصيل، وتعد اتفاقية منع التمييز ضد المرأة (سيداو) من الاتفاقيات التي حظيت بخلاف طويل حيالها وما ورد فيها من مواد، خصوصاً في الدول الإسلامية. هذا البحث يناقش بنود هذه الاتفاقية من الناحية القانونية والشرعية وموقف إحدى الدول الإسلامية منها وهي المملكة العربية السعودية، ومدى تحفظها على الاتفاقية وموادها.

توطئة:

المرأة والغرب...

لقد عنى الإسلام - منهج الله للحياة الإنسانية - بتصحيح النظرة إلى المرأة، وإقامة العلاقة بين الجنسين على أساس من حقائق الفطرة، وقبل توضيح هذه العلاقة في كل فرع من فروعها النفسية والعملية، بحيث لا تضرب ولا تتأرجح، ولا يكتنفها الغموض في زاوية من زواياها نقول: إن البشرية في أطوارها المختلفة، وهي تشرذ عن الله، وتتخذ لنفسها مناهج تقوم على الجهل والهوى والضعف والشهوة في أطوارها المختلفة، قد تأرجحت في النظر إلى المرأة بين اعتبارها كائناتاً منحطاً أشبه بالأشياء منه بالأحياء!! إلى اعتبارها شيطاناً رجيماً يوسوس بالشر والخطيئة!! إلى اعتبارها سيدة المجتمع والحاكمة في أقداره وأقدار حاكميه!! إلى اعتبارها عاملة عليها أن تكافح وتشقى لتعيش... ثم تحمل وتضع وتربي!

كما تأرجحت العلاقة بين الجنسين بين اعتبارها علاقة حيوان بحيوان... إلى اعتبارها دنساً ورجساً من عمل الشيطان.

أما أن المرأة شطر النفس الإنسانية، وأنها صانعة الجنس البشري، وأنها حارسة العش الذي تدرج فيه الطفولة.... وأنها الأمانة على أنفس عناصر هذا الوجود.... "الإنسان" .. وأن عملها في إتقان هذا العنصر لا يعدله عملها في إتقان أي عنصر آخر أو أي جهاز.... إلى آخر هذه الاعتبارات الفطرية الإنسانية الكريمة.... فهذا ما لم يعتدل به الميزان قط، في تلك المناهج الجاهلية القديمة أو الحديثة^(١).

وفي التنويه عن هذه المناهج المضطربة يظهر لكل عاقل - كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد - مدى عناية الإسلام بالمرأة.

فقد كانت المرأة عند اليونان:

حبيسة البيت، تقوم بمصالحه ورعايته، حتى إنها لا تختلط ببنات جنسها إلا في الاحتفالات الدينية الرسمية^(٢).

وكانت محتقرة ذليلة، مسلوقة الحرية والمكانة، تباع وتشترى في الأسواق^(٣)، وكان الرجل يتزوج ما شاء من النساء من غير تقيد بعدد^(٤)، وإذا وضعت ولداً دميماً قضوا عليها^(٥). بل وصل الأمر بها إلى أن اقترح أفلاطون أن تكون النساء ملكاً مشاعاً بين الرجال يؤدين وظيفة الحمل والولادة كما تؤديه إناث الحيوانات^(٦)، كما أخضعوها لسلطة رجل وكلوا إليه أمر زواجها والإشراف على شؤونها يزوجها من يشاء قاصرة، ولا تفعل إلا بأمره^(٧).

ثم في أوج حضارتهم تبدل حال المرأة واختلطت بالرجال في الأندية والمجمعات، حتى أصبح دور البغايا مراكز للسياسة والأدب، وصرن يرأسن أندية العلم ومراكز الأدب، وإليه يلجأ في المعضلات، واتخذوا التماثيل العارية باسم الأدب، والفن، وكان من آلهتهم "افروديت" التي خادنت ثلاثة آلهة بزعمهم، وهي زوجة إله واحد، وكان من أخدانها رجل من عامة البشر فولدت "كيوبيد" إله الحب عندهم، ثم لم يلبثوا إلا قليلاً حتى زال سلطانهم^(٨).

(١) الإسلام ومشكلات الحضارة، سيد قطب، ٦٩، ٧٠، باختصار، ط٥، دار الشروق، بيروت، القاهرة، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٢) انظر: المرة في القديم والحديث، عمر رضا كحالة، ١٧٣/١، ط١، ١٣٩٩هـ.

(٣) انظر: المرأة في الفقه والقانون، مصطفى السباعي، ١٣-١٤، ط٦، المكتبة الإسلامية، ١٤٠٤هـ.

(٤) انظر: الإسلام والمرأة، أحمد تفاع، ص١٣، ط١، مؤسسة الرسالة، ١٩٧٩م.

(٥) انظر: عمل المرأة، محمد علي البار، ص٢٩، ط١، ١٤٠١هـ.

(٦) انظر: المرأة في القرآن، عباس العقاد، ص١٠٦-١٠٧، المكتبة العصرية.

(٧) انظر: المرأة في الفقه والقانون، مصطفى السباعي، ١٤.

(٨) المرجع السابق، ١٤.

وجاء في شرائع الهند: "أن الوباء والموت والجحيم والسم والأفاعي والنار خير من المرأة، وأنها رجس نجس^(٩). ولم تكن التوراة المحرفة أكثر رحمة بالمرأة من شرائع الهند: فقد جاء في سفر الجامعة: "دُرت أنا وقلبي لأعلم ولأبحث ولأطلب حكمة وعقلاً ولأعرف الشرُّ أنه جهالة والحمافة أنها جنون، فوجدت أمر من الموت المرأة التي هي شبك، وقلبها أشراك، ويدها قيود.... رجلاً واحداً بين ألف وجدت. أما المرأة فبين كل أولئك لم أجد"^(١٠).

وفي رومية اجتمع مجمع كبير وبحث في شؤون المرأة فقرر أنها كائن لا نفس له، وأنها لن ترث الحياة الأخروية لهذه العلة، وأنها رجس يجب أن لا تأكل اللحم، وأن لا تضحك بل ولا أن تتكلم، وعليها أن تمضي أوقاتها في الصلاة والعبادة والخدمة، ولأجل أن يمنعوها الكلام جعلوا على فمها قفلاً من حديد فكانت المرأة من أعلى الأسر وأدناها تسير في الطرقات، وتروح وتغدوا في دارها وعلى فمها قفل، هذه غير العقوبات البدنية التي كانت تعرض لها المرأة باعتبار أنها أداة للإغواء يستخدمها الشيطان لإفساد القلوب.

أما في فرنسا: فقد عقد سنة ٥٨٦م اجتماع في بعض ولاياتها دار فيه البحث عن المرأة: أتعد إنساناً أم غير إنسان؟ وكان ختام البحث أن قرر المجمع: أن المرأة إنسان، ولكنها مخلوقة لخدمة الرجل.

أما في إنكلترا: فقد أصدر الملك هنري الثامن أمراً بتحريم مطالعة الكتاب المقدس على النساء، كما أن النساء كن طبقاً للقانون الإنجليزي العام حوالي سنة ١٨٥٠م غير معدودات من المواطنين، ولم يكن لهن حقوق شخصية ولا حق لهن في تملك ملابسهن، ولا في الأموال التي يكسبها بعرق الجبين^(١١).

ووفقاً للتصور الكنسي كان هناك نظريتان:

النظرية الأولى: أن المرأة ينبوع المعاصي، وأصل السيئة والفجور، وهي للرجل باب من أبواب جهنم، من حيث هي مصدر تحريكه وحمله على الآثام، ومنها انبجست عيون المصائب الإنسانية جمعاء، فحبسها ندامة وخجلاً أنها امرأة! وينبغي لها أن تستحي من جنسها وجمالها، لأنه سلاح إبليس الذي لا يوازيه سلاح من أسلحته

(٩) انظر: المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى السباعي، ص ١٨، وعمل المرأة، محمد علي البار، ص ٣١.

(١٠) روح الدين الإسلامي، "عرض وتحليل لأصول الإسلام وآدابه وأحكامه تحت ضوء العلم والفلسفة"، عفيف عبدالفتاح طيارة، ص ٣٥٧، ط ١٦، دار العلم للملايين - بيروت - لبنان.

(١١) المرجع السابق.

المتنوعة، وعليها أن تكفر ولا تنقطع عن أداء الكفارة أبداً، لأنها هي التي أتت بما أتت من الرزء والشقاء للأرض وأهلها....

ودونك ما قاله: "ترتوليان" Tortulian أحد أقطاب المسيحية الأول وأئمتها، مبيناً نظرية المسيحية في المرأة.

"إنها مدخل الشيطان إلى نفس الإنسان، وإنها دافعة بالمرء إلى الشجرة الممنوعة ناقضة لقانون الله - ومشوهة لصورة الله -".

وكذلك يقول "كرائي سوستام" Chry Sosterm الذي يعد من كبار أولياء الديانة المسيحية في شأن المرأة: "هي شر لا بد منه، ووسوسة جبليّة، وآفة مرغوب فيها، وخطر على الأسرة والبيت، ومحبوبة فتاة، ورزء مطلي مموه!.

أما النظرية الثانية: في باب النساء، فخلاصتها أن العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة هي نجس في نفسها يجب أن تتجنب - ولو كانت عن طريق نكاح عقد رسمي مشروع - هذا التصور الرهباني للأخلاق جاءت به المسيحية فزادته شدة، وبلغت به منتهاه. وذلك أن أصبحت حياة العزوبة مقياساً لسمو الأخلاق وعلو شأنها؛ كما صارت الحياة العائلية علماً على انحطاط الأخلاق ومهانة الطباع، وجعلوا يعدون العزوبة، وتجنب الزواج من أمارات التقوى والورع ونكاء الأخلاق^(١٢).

وهاتان النظريتان ما وضعتا من مكانة المرأة وحطتا من شأنها في حقول الأخلاق والاجتماع فحسب، بل كان من مفعولهما القوي، ونفوذهما البالغ من القوانين المعينة، أن أصبحت الحياة الزوجية مبعث حرج وضيق للرجال والنساء بجانب، وبجانب آخر انحطت منزلة المرأة في المجتمع في نواحي الحياة^(١٣).

ويؤكد أبو الحسن الندوي ذلك فيقول في كتابه: "ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين" تحت عنوان: "عجائب الرهبان" جاء فيه:

وكانوا يفرون من ظل النساء، ويتأثمون من قربهن والاجتماع بهن، وكانوا يعتقدون أن مصادفتهن في الطريق والتحدث إليهن - ولو كن أمهات أو أزواج وشقيقات - تحبط أعمالهم وجهودهم الروحية^(١٤).

فماذا كانت ثمرة هذا الغلو في مجافاة الفطرة، ومحاولة سحق الميول والاستعدادات الفطرية العميقة في الكينونة الإنسانية؟

(١٢) الإسلام ومشكلات الحضارة، سيد قطب، ٧٣-٧٤.

(١٣) كتاب الحجاب، الأستاذ المودودي، ص ٢٥-٢٨، نقلاً عن الإسلام ومشكلات الحضارة، سيد قطب، ص ٧٤.

(١٤) ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين، أبو الحسن الندوي، ص ١٤٣.

نقول إن ذلك أدى إلى انفلات المجتمع الأوروبي أو الغربي إلى تيه الجاهلية الحديثة في إباحيتها المطلقة وشهوانيتها العارمة.

ولا غرو بعد ذلك أن ينتفض الغرب المسيحي عندما تمسه نفحة من الشرق الإسلامي، معتقداً أنه كدين الكنيسة والبابوات الذي حرمة من الدنيا وغل حريته عن الفطرة.

فيسعى جاهداً لعقد المؤتمرات، وإبرام الاتفاقيات؛ للدفاع عن حرياته المزعومة، وكانت حرية المرأة من أول هذه الحريات، فأطلق لها العنان في انحلال أخلاقي لم يسبق له مثيل. تحت مسمى المساواة والاختلاط وتغيير الأنماط التشريعية والاجتماعية والثقافية.

وعلينا أن نتساءل: هل المرأة في الإسلام وفقاً لتشريعها وعقيدتها تحتاج إلى أن تدافع وتكافح لنيل حقوقها وإقامة كرامتها وحريتها!!!!

نقول إن الإسلام جاء والعالم على ما وصفناه فقام بتحرير المرأة مما وقع عليها من حيف وظلم، ورفعها إلى مكانة عالية لم تصل إليها في آخر تطورات المدنية^(١٥).

وسنتناول في الصفحات التالية بنود الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمسماة بـ(السيداو) بشكل من الموضوعية والإنصاف الذي لطالما أوصانا بهما الإسلام؛ لعلنا في ذلك نبين طريق الهدى الذي أراده الله للمرأة خاصة وللإنسانية عامة، فما كان من صواب فمن الله وما كان من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان.

المادة الأولى:

عُني بتوضيح مصطلح (التمييز ضد المرأة)، حيث بينت إنه يشمل أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل.

دراسة المادة الأولى :

(أولاً): تناولت المادة الأولى الدفاع عن حقوق المرأة - بشكل عام - والاعتراف بالحريات الأساسية لها.

(١٥) روح الدين الإسلامي، عفيف عبدالفتاح طيارة، ٣٥٧.

ونقول بملء أفواهنا إن هذه المادة لم تكن بنت بَجْدَتِهَا^(١٦) في ذلك بل حُق للإسلام بلا مرأ أن يتصدر قافلة الدفاع عن حقوق المرأة وأن يدون في شفافية كاملة الاعتراف بحق تمتعها بالحريات الأساسية، بل وأن يكون له قصب السبق في ذلك.

ولعلنا نبين في ذلك فيض الإسلام العظيم في حمايته للمرأة من التمييز الظالم،
وتحريرها من سوءات الجهل والسفه والتخلف الذي أصاب البشرية في شتى
المعمورة، حتى كاد أن يريدها بلا حياة لولا فضل الله - تعالى - وجود كرمه بتنزيله
وكامل تشريعه.

تكریم الإسلام للمرأة:

فبينما كانت المرأة عند شعوب أوروبا وغيرها تعد من الحيوان الأعجم، أو من الشيطان الرجيم، جاء الإسلام معلناً أن المرأة أحد العنصرين اللذين تكاثر منهما الإنسان، وجعل ذلك نعمة وممة على الناس، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ (١٧).

وبينما كان بعض البشر يرون أن المرأة لا يصح أن يكون لها دين، حتى إنهم كانوا يحرمون عليها قراءة الكتب المقدسة، جاء الإسلام مقرراً: أن للنساء ثواب أعمالهن الصالحة كالرجال، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِنْ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾^(١٨).

كما أن الإسلام أمر المرأة بتكاليف العقيدة وفضائل الأخلاق كما أمر الرجل، قال تعالى: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّبِرِينَ وَالصَّبِيرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّامِتِينَ وَالصَّامِتَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُم مَّغْفَرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا﴾^(١٩).

ومسؤولية المرأة مستقلة عن مسؤولية الرجل، فلا يؤثر عليها وهي صالحة فساد الرجل وطغيانه، ولا ينفعها وهي طالحة صلاح الرجل وتقواه، قال الله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ كَفَرُوا امْرَأَتَ نُوحٍ وَامْرَأَتَ لُوطٍ كَانَتَا تَحْتَ عَبْدَيْنِ مِنْ عِبَادِنَا صَالِحِينَ فَخَانَتَاهُمَا فَلَمْ يُغْنِيَا عَنْهُمَا مِنَ اللَّهِ شَيْئًا وَقِيلَ ادْخُلَا النَّارَ مَعَ

(١٦) البجدة هي الأصل، انظر القاموس المحيط، فصل الباء، ٣٥٩/١

(١٧) سورة النساء، الآية: ١.

(١٨) سورة النساء، الآية: ١٢٤.

(١٩) سورة الأحزاب، الآية: ٣٥.

الذَّٰخِلِينَ ﴿١٦﴾ وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا أُمْرَأَتَ فِرْعَوْنَ إِذْ قَالَتْ رَبِّ ابْنِ لِي عِنْدَكَ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ وَنَجِّنِي مِنْ فِرْعَوْنَ وَعَمَلِهِ وَنَجِّنِي مِنَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ ﴿٢٠﴾.

كما أن الإسلام ساوى بين المرأة والرجل في حق المبايعة، فقد كان النبي يبايع الرجال على السمع والطاعة والقيام بحدود الشريعة، وكذلك بايع النساء، كما أمره الله. ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعُنَكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَدَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعُهُنَّ وَاسْتَعْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (٢١).

ثم بينما نرى بعض الشعوب تحتقر المرأة فلا تعتبرها أهلاً للاشتراك مع الرجال في النشاط الاجتماعي، جاء الإسلام فأنشأت أنهن والرجال سواء، قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ يُؤَقِّمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَٰئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ﴾ (٢٢). ففي هذه الآية إثبات ولاية المؤمنين ببعضهم لبعض، والولاية عبارة عن تعاونهم وتنصرهم لما فيه خيرهم، كما أن الآية أثبتت للمرأة حق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والقيام بالأعمال الصالحة، وهذا برهان واضح في إعطاء المرأة حقها من النشاط الاجتماعي (٢٣).

وقد كان بعض العرب يئد البنات فجاء الإسلام بتحريم وأدهن، وبذلك أعطى المرأة حق الحياة، قال تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ﴿٥٨﴾ يَتَوَرَّى مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾ (٥٩) (٢٤).

قال ابن كثير رحمه الله :

فإنه: "﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا﴾ أي: كئيماً من الهم ﴿وَهُوَ كَظِيمٌ﴾ ساكت من شدة ما هو فيه من الحزن ﴿يَتَوَرَّى مِنَ الْقَوْمِ﴾ أي: يكره أن يراه

(٢٠) سورة التحريم، الآيتان: ١٠-١١.

(٢١) سورة الممتحنة، الآية: ١٢.

(٢٢) سورة التوبة، الآية: ٧١.

(٢٣) روح الدين الإسلامي، عفيف عبدالفتاح طبارة، ٣٥٨-٣٥٩.

(٢٤) سورة النحل، الآيتان: ٥٨-٥٩.

الناس ﴿مِنْ سَوْءِ مَا بُشِّرَ بِهِ﴾ أَيْمَسْكُمُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُمُ فِي التُّرَابِ ﴿٢٥﴾ أي: يئدها وهو يدفنها حية، كما كانوا يصنعون في الجاهلية" (٢٥).

وقال البغوي رحمه الله :

وذلك أن مضر وخزاعة وتميماً كانوا يدفنون البنات أحياء، خوفاً من الفقر عليهم، وطمع غير الأكفاء فيهن، وكان الرجل من العرب إذا ولدت له بنت وأراد أن يستحييها ألبسها جبة من صوف أو شعر وتركها ترعى له الإبل والغنم في البادية، وإذا أراد أن يقتلها تركها حتى إذا صارت سداسية قال لأمها: زينها حتى أذهب بها إلى أحمائها وقد حفر لها بئراً في الصحراء، فإذا بلغ بها البئر قال لها: انظري إلى هذا البئر فيدفن بها من خلفها في البئر ثم يهيل على رأسها التراب حتى يستوي البئر بالأرض، فذلك قوله - عز وجل: ﴿أَيْمَسْكُمُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُمُ فِي التُّرَابِ﴾ (٢٦).

وقال سبحانه: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِمَا ضَرَبَ لِلرَّحْمَنِ مَثَلاً ظَلَ وَجْهُهُ مُسْوِداً وَهُوَ كَظِيمٌ﴾ (٢٧).

وقال الله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْنَلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قُلُوبَهُمْ كَانَتْ خِطَاءً كَبِيرًا﴾ (٢٨).

وقد توعد الحق تبارك وتعالى أولئك الظلمة المجرمين فقال: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾ (٢٩).

قال ابن كثير رحمه الله :

والمؤودة: هي التي كان أهل الجاهلية يدسونها في التراب كراهية البنات، فيوم القيامة تسأل المؤودة على أي ذنب قتلت، ليكون ذلك تهديداً لقاتلها فإنه إذا سئل المظلوم، فما ظن الظالم إذا؟ أ. هـ (٣٠).

وكانت العرب لا تورث النساء ولا الصبيان من أبناء الميت، وإنما يورثون من يلاقي العدو ويقاوم في الحرب، فشرع الإسلام توريث المرأة، وبين حقوقها في الإرث

(٢٥) تفسير القرآن العظيم، ٢/ ٥٩٤.

(٢٦) تفسير البغوي، محمد بن مسعود البغوي، ٢٥/ ٥.

(٢٧) سورة الزخرف، الآية: ١٧.

(٢٨) سورة الإسراء، الآية: ٣١.

(٢٩) سورة التكاوير، الآيتان: ٨-٩.

(٣٠) تفسير القرآن العظيم، ٤/ ٥٠٩.

زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتًا^(٣١)، قال تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾^(٣٢).

قال سعيد بن جبير وقتادة - رحمهما الله - كان المشركون يجعلون المال للرجال والكبار ولا يورثون النساء ولا الأطفال شيئاً فأنزل الله تعالى هذه الآية^(٣٣).

وكانت العرب ترث النساء كرهاً، وذلك بأن يجيء الوارث ويلقي ثوبه على زوج مورثه ثم يقول: "ورثتها كما ورثت ماله" فيكون أحق بها من نفسها فإن شاء تزوجها، أو زوجها وأخذ مهرها لنفسه، أو حرم عليها الزواج طمعاً في أن تقدي نفسها بمال، أو تموت فيرثها، فجاء الإسلام محرماً ذلك.

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْنَهُنَّ﴾^(٣٤).

وكان بعض العرب يكرهون إماءهم على البغاء ليسكنن لهم مالاً، فمنعهم الإسلام من ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَّتَكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّنَبْغُوا عَرَضَ الْحَيَوةِ الدُّنْيَا﴾^(٣٥)^(٣٦).

وقد جعل الإسلام للمرأة حق التملك، وحمل مالها وشدد الوعيد لمن اعتدى على حقها، فعن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((اللهم إني أحرّج حق الضعيفين اليتيم والمرأة))^(٣٧).

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَّكَاتٍ زَوْجٍ وَعَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾^(٣٨).

أي: إذا أراد أحدكم أن يطلق زوجته ويستبدل مكانها أخرى فلا يحل له أن يأخذ مما أعطها شيئاً ولو كان مالاً عظيماً^(٣٩).

(٣١) روح الدين الإسلامي، عفيف عبدالفتاح طيارة، ص ٣٦٠.

(٣٢) سورة النساء، الآية: ٧.

(٣٣) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ١/٤٦٥.

(٣٤) سورة النساء، الآية: ١٩.

(٣٥) سورة النور، الآية: ٣٣.

(٣٦) روح الدين الإسلامي، عفيف عبدالفتاح طيارة، ص ٣٦٠.

(٣٧) أخرجه ابن ماجه، ٣٦٧٨، وحسنه الألباني في الصحيحة (١٠١١٥) والمعنى: أحرز أن يضيع حقهما تحذيراً بليغاً وأزجر عنه زجراً أكيداً.

(٣٨) سورة النساء، الآية: ٢٠.

(٣٩) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ١/٤٧٧.

وقد جعل لها الحق في قبول الخاطب أو رفضه، وليس لوليها إجبارها على من لا تريد، بل الولي ينظر لها الأصلاح والقبول والرد إليها.

وقد ثبت في الصحيحين أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: ((لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا يارسول الله وكيف إذن؟ قال: أن تسكت))^(٤٠).

وعن عائشة - رضى الله عنها - قالت: ((قلت: يارسول الله يستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال نعم. قلت: فإن البكر تستأمر فتسكتي فتسكت، قال: سكاتها إذن))^(٤١).

ولكن لما كان نظر المرأة قاصراً، وربما خدعت وغرت، حيث إنه لا معرفة لها بالرجال جعل الولي شرطاً في النكاح، وهذا من تمام مصلحة المرأة. فعن أبي موسى رضي الله عنه إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: ((لا نكاح إلا بولي))^(٤٢).

وعن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له))^(٤٣).

وقد راعى الإسلام حق أمومة المرأة، فقال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تُنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۖ﴾ (٢٣) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذِّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ۖ﴾^(٤٤).

قال الشيخ عبد الرحمن بن سعدي رحمه الله: ثم ذكر بعد حقه القيام بحق الوالدين، فقال: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ أي: أحسنوا إليهما بجميع وجوه الإحسان القولي والفعلي، لأنهما سبب وجود العبد، ولهما من المحبة للولد والإحسان إليه، والقرب، ما يقتضي تأكيد الحق ووجوب البر ﴿إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا﴾ أي: إذا وصلا هذا السن الذي تضعف فيه قواهما، ويحتاجان من اللطف والإحسان ما هو معروف ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ﴾ وهذا أدنى مراتب الأذى نبه به على ما سواه، والمعنى لا

(٤٠) أخرجه البخاري، ٥١٣٠٦، ومسلم، ١٤١٩.

(٤١) أخرجه البخاري، ٦٩٤٦، ومسلم، ١٤٢٠.

(٤٢) أخرجه الترمذي، ١١٠١، وصححه الألباني في الأرواء، ١٨٣٩.

(٤٣) أخرجه أبو داود، ٢٠٨٣، وصححه الألباني في الأرواء، ١٨٤٠.

(٤٤) سورة الإسراء، الآيتان: ٢٣-٢٤.

تؤذهما أدنى أذية ﴿وَلَا نَهْرُهُمَا﴾ أي: تزجرهما وتتكلم كلاماً خشناً ﴿وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ بلفظ يحبانه وتأدب وتلطف معهما بكلام حسن يلذ على قلوبهما وتطمئن به نفوسهما، وذلك يختلف باختلاف الأحوال والعوائد والأزمان ﴿وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ﴾ أي: تواضع لهما ذلاً لهما ورحمة واحتساباً للأجر، لا لأجل الخوف منهما أو الرجاء لهما ونحو ذلك من المقاصد التي لا يؤجر عليها العبد ﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا﴾ أي: ادع لهما بالرحمة أحياء وأمواتاً جزاء تربيتهما إياك صغيراً^(٤٥) أ. هـ.

وقال تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفَصَّلَهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلَوْلَدِكَ إِلَى الْمَصِيرِ﴾  وَإِنْ جَهَدَاكَ عَلَى أَنْ تَشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا^(٤٦). قال ابن عطية: وهذه الآية شرك الله الأم والوالد منها في رتبة الوصية بهما ثم خصص الأم بدرجة ذكر الحمل ودرجة ذكر الرضاع، فتحصل للأم ثلاث مراتب، وللاب واحدة، وأشبه ذلك قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - حين قال له رجل: ((من أبر؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: ثم أمك، قال: ثم من؟ قال: ثم أمك. قال: ثم من؟ قال: ثم أبك))^(٤٧). فجعل له الربع من المبرة كالأية^(٤٨).

وقال سبحانه: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(٤٩).

قال ابن كثير رحمه الله: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا﴾ أي: قاست بسببه في حال حملة مشقة وتعباً من وحم وغشيان وثقل وكرب إلى غير ذلك مما ينال الحوامل من التعب والمشقة ﴿وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾ أي: بمشقة أيضاً من الطلق وشدته^(٥٠) أ. هـ.

وعن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما - قالت: ((قدمت على أمي وهي مشرقة في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاستفتيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قلت: قدمت على أمي وهي راغبة أفأصل أمي؟ قال: نعم صلي أمك))^(٥١).

(٤٥) انظر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ١٠٣/٣/٥-١٠٤.

(٤٦) سورة لقمان، الآيتان: ١٤-١٥.

(٤٧) أخرجه البخاري، ٥٩٧١، ومسلم، ٢٥٤٨.

(٤٨) انظر: تفسيره: ٢٤٨/٤.

(٤٩) سورة الأحقاف، الآية: ١٥.

(٥٠) تفسير القرآن العظيم، ١٦٩/٤.

(٥١) أخرجه البخاري، ٥٩٧٨.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: ((جاء رجل إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يارسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: أمك. قال ثم من؟ قال: أمك. قال: ثم من؟ قال: أمك. قال: ثم من؟ قال: أبوك))^(٥٢).

قال القرطبي رحمه الله: وهذا الحديث يدل على أن محبة الأم والشفقة عليها ينبغي أن تكون ثلاثة أمثال محبة الأب لذكر النبي - صلى الله عليه وسلم - الأم ثلاث مرات وذكر الأب في الرابعة فقط، وإذا توصل هذا المعنى شد له العيان، وذلك أن صعوبة الحمل وصعوبة الوضع وصعوبة الرضاع والتربية تنفرد بها الأم دون الأب، فهذه ثلاث منازل يخلو منها الأب^(٥٣) أهـ.

وقد أوجب الإسلام للمرأة حق النفقة والسكنى على زوجها، ما دامت في عصمتها، أو طلقها طلاقاً رجعيّاً ما دامت في العدة، أو طلقها طلاقاً بائناً، وكانت حاملاً؛ قال صلى الله عليه وسلم: ((إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة))^(٥٤).

وعن فاطمة بنت قيس - رضي الله عنها - أن عياش بن أبي ربيعة، والحارث بن هشام قالا لها بعد أن طلقها زوجها طلاقاً بائناً: ((والله مالك نفقة إلا أن تكوني حاملاً. فجاءت إلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - فأخبرته بقولهما فصدقهما))^(٥٥).

وقد راعى الإسلام ضعفها فلم يوجب عليها القتال، بل القتال على من يستطيع حمل السلاح من الرجال البالغين، وهذا من رحمة الله - عز وجل - بها، بخلاف أولئك الذي يدعون أنهم حماة حقوق المرأة وهم من أقسى الناس عليها حيث يزجون بها في المصانع والمعارك بدون شفقة ولا رأفة، عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: ((قلت: يارسول الله على النساء جهاد؟ قال: نعم؛ عليهن جهاد لا قتال فيه الحج والعمرة))^(٥٦).

وعنها رضي الله عنها قالت: ((استأذنت النبي - صلى الله عليه وسلم - في الجهاد، فقال: جهادكن الحج))^(٥٧).

(٥٢) أخرجه البخاري، ٥٩٧١، ومسلم، ٢٥٤٨.

(٥٣) الجامع لأحكام القرآن، ١/٣٣٩،

(٥٤) أخرجه النسائي، ٩٦/٢، وصححه الألباني في الصحيحة، ١٧١١.

(٥٥) أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، ١٤٨٠.

(٥٦) أخرجه ابن ماجه في المناسك، ٢٩٠١، وصححه الألباني في الإرواء، ٩٨١.

(٥٧) أخرجه البخاري، ٢٨٧٥.

قال العلامة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز رحمه الله: "أما ما يدعى في هذا العصر من إدخالها كجندي يحمل السلاح ويقا تل كالرجل فهو لا يتعدى أن يكون وسيلة لإفساد وتذوي ب أخلاق الجيوش باسم الترفيه عن الجنود؛ لأن طبيعة الرجل إذا التقت مع طبيعة المرأة كان منهما عند الخلوة ما يكون بين كل رجل وامرأة من الميل والأنس والاستراحة إلى الحديث والكلام وبعض الشيء يجر إلى بعض، وإغلاق باب الفتنة أحكم وأحزم وأبعد من الندامة في المستقبل.

فالإسلام حريص جداً على جلب المصالح ودرء المفاسد وغلق الأبواب المؤدية إليها.

وقد نهى الإسلام عن قتل المرأة في الحروب.

فعن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: ((أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مقتولة فأنكر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قتل النساء والصبيان))^(٥٨).

قال النووي رحمه الله، عند شرحه الحديث: أجمع العلماء على العمل بهذا الحديث وتحريم قتل النساء والصبيان إذا لم يقاتلوا، فإن قاتلوا قال جماهير العلماء: يقتلون^(٥٩) أ.هـ.

وقال ابن حجر رحمه الله: واتفق الجميع... على منع القصد إلى قتل النساء والولدان أما النساء فلضعفهن، وأما الولدان فلقصورهم عن فعل الكفر، ولما في استبقائهم جميعاً من الانتفاع بهم بالرق أو بالفداء فيمن يجوز أن يفادى به^(٦٠) أ. هـ.

وقد نهى الإسلام عن عضل المرأة إذا أرادت الرجوع إلى زوجها بعد انقضاء عدتها، قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلُهُنَّ فَلَا تَعْصُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٦١).

عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس رضي الله عنهم: نزلت هذه الآية في الرجل يطلق امرأته طلاقاً أو طلقتين فتتنقضي عدتها ثم يبدو له أن يتزوجها، وأن يراجعها وتريد المرأة ذلك فيمنعها أولياؤها من ذلك، فنهى الله أن يمنعوها^(٦٢).

(٥٨) أخرجه البخاري، ٣٠١٤، ومسلم، ١٧٤٤.

(٥٩) انظر: شرحه على صحيح مسلم، ٧٢/١٢.

(٦٠) فتح الباري، ١٤٨/٦.

(٦١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٢.

(٦٢) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ٢٨٩/١.

وقد ثبت في الصحيح أن أخت معقل بن يسار طلقها زوجها فتركها حتى انقضت عدتها فخطبها فأبى معقل فنزلت الآية^(٦٣).

وقد جعل الإسلام الأم أحق بحضانة أبنائها الصغار من الأب ما لم تنكح، وفي هذا مراعاة لعاطفتها، ومراعاة لمصلحة الأطفال، وذلك ما لم يخف على الأطفال من الضرر لحديث عبدالله بن عمرو: ((أن امرأة قالت: يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني؟ فقال: أنت أحق به ما لم تنكحي))^(٦٤).

قال ابن القيم رحمه الله: ودل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فالأم أحق به من الأب، ما لم يقيم بالأم ما يمنع تقديمها أو بالولد وصف يقتضي تخييره، وهذا ما لا يعرف فيه نزاع، وقد قضى به خليفة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أبو بكر رضي الله عنه، ولم ينكر عليه منكر، فلما ولي عمر قضى بمثله^(٦٥) أ. هـ. وقال: والولاية على الطفل نوعان: نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد وتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه، وتحصل به كفايته، ولما كان النساء أعرف بالتربية وأقدر عليها وأصبر وأرأف وأفرغ لها لذلك قدمت الأم فيها على الأب، ولما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البضع قدم الأب فيها على الأم، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال والنظر لهم، وتقديم الأب في ولاية المال والتزويج كذلك^(٦٦) أ. هـ.

وإذا طلق الرجل المرأة قبل الدخول وكان لم يفرض لها شيئاً وجب عليه لها المتعة على اختلاف بين العلماء في مقدارها جبراً لكسرها، قال الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعَّرِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾^(٦٧).

(٦٣) أخرجه البخاري، ٤٥٢٩.

(٦٤) أخرجه أبي داود، ٢٢٧٦، وأحمد، ٦٧٠٧، والحاكم في المستدرک، ٢٠/٢، وصححه ووافقه الذهبي، وقواه ابن القيم في زاد المعاد، ٤٣٤/٥.

(٦٥) انظر: زاد المعاد، ٤٣٥/٥.

(٦٦) انظر: المصدر السابق، ٤٣٧/٥-٤٣٨.

(٦٧) سورة البقرة، الآية: ٢٣٦.

وإذا طلقها بعد الفرض وقبل الدخول وجب لها نصف المفروض، قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوبَ أَوْ يُعْفُوا الَّذِي يَبْدِيهِ عُقْدَةُ الْكَأْفِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (٦٨).

قال ابن كثير رحمه الله: وتشطير الصداق أمر مجمع عليه بين العلماء لا خلاف بينهم في ذلك، فإنه متى كان قد سمى لها صداقاً ثم فارقتها قبل دخوله بها فإنه يجب لها نصف المسمى من الصداق (٦٩) أ. هـ.

وقد فرض الإسلام عليها الحجاب صيانة لكرامتها وحفظاً لعفافها وطهرها، وأمرها بالقرار في البيوت، فقال تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ وَآتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ (٧٠). ثم علل ذلك سبحانه بقوله: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً﴾ (٧١).

فالمرأة إذا نزعت حجابها وخرجت إلى الأسواق، تسلط عليها السفهاء فأذوها بالنظرات الفاجرة، والعبارات المسمومة وغالباً ما تقع في فخاخ المجرمين وحبائهم، وأقل ضرر يلحقها أن يظن بها ظن السوء، وكفى بذلك مصيبة وجرحاً لا يلتئم.

وقد حمى الإسلام عرضها من لوك الألسن الآثمة فشرع حد القذف، حماية للأعراض وردعاً للهمج الرعاع، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةٌ أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (٧٢).

فرتب سبحانه على ذلك خمس عقوبات:

الأولى: جلدهم ثمانين جلدة.

الثانية: سقوط شهادتهم.

الثالثة: الحكم بفسقهم وسقوط عدالتهم.

(٦٨) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

(٦٩) انظر: تفسير القرآن العظيم، ١/٢٩٦.

(٧٠) سورة الأحزاب، الآية: ٣٣.

(٧١) سورة الأحزاب، الآية: ٣٣.

(٧٢) سورة النور، الآية: ٤.

والرابعة والخامسة في قوله سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(٧٣).

فالرابعة: لعنهم، والخامسة: توعدهم بالعذاب العظيم.

وقد جعل الإسلام لها حق التصرف في الأموال والممتلكات بالبيع والشراء والإجارة والوقف والهبة، وغير ذلك، فلها حرية التصرف في ممتلكاتها ما دامت رشيدة، تباع وتشتري وتهب، وتوقف، بل ولها حق المرافعة وقبول الحكم وعدمه فيما يخصها من الحقوق.

وقد رفع الإسلام المضارة عن المرأة في الطلاق فقصر الطلاق على ثلاث وأباح في الأولى والثانية مراجعتها من الزوج ثم الإبانة في الثالثة، فقال تعالى: ﴿أَطْلُقْ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَنٍ﴾^(٧٤).

عن عائشة رضي الله عنها قالت: ((كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وإن طلقها مائة أو أكثر إذا ارتجعها قبل أن تنقضي عدتها حتى قال الرجل لامرأته: والله لا أطلقك فتبيني مني ولا أويك إليّ. قالت: وكيف ذاك؟ قال: أطلقك وكلما قاربت عدتك أن تنقضي ارتجعتك ثم أطلقك وأفعل ذلك، فشكت المرأة ذلك إلى عائشة فذكرت ذلك عائشة لرسول الله: فسكت فلم يقل شيئاً حتى نزل القرآن ﴿أَطْلُقْ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَنٍ﴾^(٧٥).

وإذا تشاقت الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليها في بذلها له ولا عليه في قبول ذلك منها^(٧٦).

عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما: ((أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يارسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حقيقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة))^(٧٧). وفي رواية: ((إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه))^(٧٨).

(٧٣) سورة النور، الآية: ٢٣.

(٧٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٧٥) أخرجه الحاكم في مستدركه، ٢/ ٢٨٠، وصححه ووافقه الذهبي.

(٧٦) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ١٢/ ٢٨٠.

(٧٧) أخرجه البخاري في الطلاق، ٥٢٧٣.

(٧٨) أخرجه البخاري في الطلاق، ٥٢٧٥.

ولكن لتحذر المرأة أن تسأل زوجها طلاقها من غير ما سبب. عن ثوبان رضي الله عنه قال: ((قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إياها امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة))^(٧٩).

وكان الرجل في الجاهلية يتزوج ما شاء من النساء من غير حصر بعدد ويسيء عشرتهن، فجاء الإسلام وحرم الجمع بين أكثر من أربع نسوة، وشرط لذلك العدل والاستطاعة، قال تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٨٠).

وروي أن قيس بن الحارث أسلم وتحتة ثمان نسوة، فلما نزلت هذه الآية قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((طلق أربعاً وأمسك أربعاً. قال: فجعلت أقول للمرأة التي لم تلد يا فلانة أدبري، والتي ولدت يا فلانة أقبلي))^(٨١).

وروي أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وتحتة عشر نسوة، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: ((أمسك أربعاً وفارق سائرهن))^(٨٢).

وهذا أمر مجمع عليه بين العلماء^(٨٣)، وهو خاص بالأحرار أما العبد فلا يجمع أكثر من امرأتين لقوله: ((ينكح العبد امرأتين ويطلق طلقتين وتعتد الأمة بحيضتين فإن لم تكن تحيض فشهريين أو شهر ونصف))^(٨٤). وهذا قول جل أهل العلم، وحكى عليه إجماع الصحابة^(٨٥).

وقد أمر الإسلام بالعدل بين الزوجات، قال تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٨٦). وقال

(٧٩) أخرجه أبو داود في الطلاق، ٢٢٢٦، وابن ماجه، ٢٠٥٥، والترمذي، ١١٨٧، وصححه الألباني في الإرواء، ٢٠٣٥.

(٨٠) سورة النساء، الآية: ٣.

(٨١) أخرجه أبو داود، ٢٢٤١، وابن ماجه، ١٩٥٢، والبيهقي، ١٣٨٤٦، وحسنه الشيخ الألباني في الإرواء، ١٨٨٥.

(٨٢) أخرجه الترمذي، ١١٢٨، وابن ماجه، ١٩٥٣، وأحمد في المسند، ٤٦٠٩، والحاكم في المستدرک، ١٩٢/٢، ١٩٣، وصححه الألباني في الإرواء، ١٨٨٣.

(٨٣) انظر: ابن كثير، ١/٤٦٠، ومعالم التنزيل، للبغوي، ٢/١٦١، دار طيبة - الرياض، ١٤٠٩هـ.

(٨٤) أخرجه البيهقي، ١٣٨٩٦، والبغوي في شرح السنة، ٢٢٧٦، وصححه الألباني في الإرواء، ٢٠٦٧، موقفاً على عمر رضي الله عنه.

(٨٥) انظر: سنن البيهقي، ١٣٨٩٨، ومعالم التنزيل، ٢/١٦٢.

(٨٦) سورة النساء، الآية: ٣.

سبحانه: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾^(٨٧).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط))^{(٨٨)(٨٩)}.

وبعد كل ما ذكرنا حُق لنا أن نتساءل: هل أعطى أي قانون وضعي ما أعطاه الإسلام للمرأة؟؟ وهل حمى أي نظام بشرى المرأة من التمييز والحيث والظلم كما حماها الإسلام؟؟

ونترك العقول المنصفة هي التي تجيب على هذه الأسئلة !!!!

المادة الثانية :

تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقاً لذلك تتعهد بالقيام بما يلي:

- أ - إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة.
- ب - اتخاذ المناسب من التدابير، تشريعية وغير تشريعية، بما في ذلك ما يناسب من جزاءات، لحظر كل تمييز ضد المرأة.
- ج - فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل وضمان الحماية الفعالة للمرأة عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد، من أي عمل تمييزي.
- د - الامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام.

(٨٧) سورة النساء، الآية: ١٢٩.

(٨٨) أخرجه أبو داود، ٢١٣٣، وابن ماجه، ١٩٦٩، والترمذي، ١١٤١، والحاكم في مستدركه، ٢/ ١٨٦، وصححه على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في الإرواء، ٢٠١٧، والصحيحة، ٢٠٧٧.

(٨٩) انظر: عناية الإسلام بالمرأة في ضوء الكتاب والسنة، د. ملقي بن ناعم الصاعدي، ضمن بحث مجلة الجامعة الإسلامية، السعودية، ٢٧-٤٢، بتصرف، العدد: ١٣٣، السنة ١٤٢٦-٣٨.

- هـ - اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة.
- و - اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.
- ز - إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

دراسة المادة:

تفرض علينا هذه المادة بداءة الحديث عن ماهية المساواة بين الرجل والمرأة؟؟؟
لذا سنبدأ ببيان نظرة الإسلام العادلة المنصفة فيما يتعلق بقضية المساواة بين الرجل والمرأة.

تمهيد لا بد منه:

إن قضية مساواة المرأة بالرجل في الوقت الحاضر تتذبذب كعقارب الساعة إلى أقصى اليمين وإلى أقصى اليسار، ولا تستقر غالباً عند الحد الوسط الذي يطلبه الإسلام.

قوم يجنحون بالمرأة ومساواتها بالرجل إلى تقاليد الشرق، وقوم يجنحون بها إلى تقاليد الغرب...هنا الانحسار الضيق !!! وهناك الانطلاق والمروق!!!
وقد يذهب هؤلاء وأولئك إلى الإسلام يتصيدون منه الشواهد لأهوائهم، والإسلام بعيد عن إرضاء أيهم جاء إليه.

فإن تعاليم الوحي وتقاليد أوروبا أو أفريقيا أو غيرها شيء آخر...
والتقاليد الشرقية التي يحرص بعض الناس على إحيائها تعتمد على :

- ١ - انتقاص مكانة الأنثى - لصفته الجسدية - فالرجل مطلقاً أفضل من المرأة.
 - ٢ - حصر وظيفة المرأة في المتعة المادية والاستيلاء الحيواني، وإبعادها عاطفياً وعقلياً عن كل ما يجاوز حدود هذه الوظيفة !!
 - ٣ - النظر إلى المكانة الشخصية، والقيمة الخلقية من خلال عرض المرأة وحدها، فقد يعلم أن ابنه زنى فيتركه بلا نكير!!! فإذا علم أن ابنته زنت قتلها في الحال!! وقد يضحك لفساد ابنه، ولكن يسود وجهه لفساد ابنته!!
- هذه التقاليد القائمة على ظلم المرأة تنشأ عنها تقاليد ثانوية أخرى تخضع لها المرأة من المهد إلى اللحد، وتصيبها بهزال شديد في جسمها وعقلها ودينها...

ولا يزال كثيرون من الناس يتمسكون بها، بل الأدهى من ذلك أن عوام المسلمين وطائفة من المتدينين الجهلة تحسب هذه التقاليد الضالة هي تعاليم الإسلام !! أما تقاليد الغرب الحديثة فهي تعتمد على :

- ١ - التسوية المطلقة بين الرجل والمرأة في المكانة المادية والأدبية.
- ٢ - إقامة المجتمع على الاختلاط التام وترك المرأة تتقلب فيه كما تشاء!
- ٣ - النظر إلى الناحية الجنسية على ضوء الاستقلال الشخصي والتصرف الطبيعي!!!^(٩٠).

إن قضية المرأة والمساواة بينها وبين الرجل ليست قضية جنس يسكن المريخ !إنها قضية أمهاتنا وأخواتنا وبناتنا، فنحن مدفوعون إلى بحثها وفي جوانحها عواطف التوقير والحب والحنان.

وهي قضية نصف الأمة، النصف الذي لو حكم بإعدامه ماديا وأدبيا مات النصف الآخر حتما، فنحن نحفظ ديننا ودينانا كليهما عندما نحفظ على المرأة وضعها الصحيح في المجتمع.

وهي قضية الإسلام الذي كذبوا عليه يوم أوهموا الناس أنه يحق إنسانية المرأة ويخدش اعتبارها ! يمنع تعليمها، ويعددها للفراش فقط!

ليس صحيحاً أن الإسلام يعد المرأة "لأنها أنثى" دون الرجل "لأنه ذكر" فرب امرأة أفضل من رجل؛ لأنها أرقى منه عقلاً واسمى خلقاً وأنقى ضميراً

ما قيمة اللحي والشوارب في وزن النفوس وعظمتها؟!

إن مريم ابنة عمران، وعائشة بنت أبي بكر أفضل من رجال كثيرين!!^(٩١)

لذا كان علينا أن نوضح عدالة الإسلام وفضل رحمته بالمرأة على النحو التالي:

أولاً - المساواة في جملة الحقوق والواجبات :

قال تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٩٢).

(هذه الآية جلية جمعت في إيجازها ما لا يؤدي بالتفصيل إلا في سفر كبير،

(٩٠) انظر: من هنا نعلم، محمد الغزالي، ١٤٢، (باختصار).

(٩١) المرجع السابق، ١٤٤.

(٩٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

فهي قاعدة كلية ناطقة بأن المرأة مساوية للرجل في جميع الحقوق، فهذه الآية تعطي الرجل ميّزاً يزن به معاملته لزوجته في جميع الشؤون والأحوال، فإذا هم بمطالبتها بأمر من الأمور يتذكر أنه يجب عليه مثله إزائها^(٩٣)، وليس من العدل أن يتحكم أحد الصنفين بالآخر ويتخذة عبداً يستنذله ويستخدمه في مصالحه لا سيما بعد عقد الزوجية والدخول في الحياة المشتركة التي لا تكون إلا باحترام كل من الزوجين الآخر والقيام بحقوقه^(٩٤).

وهذه الآية بعد أن أقرت المساواة بين الزوجين استثنت أمراً واحداً عبر عنه القرآن في: (والرجال عليهن درجة) وهذه الدرجة مفسرة بآية أخرى وردت في القرآن وهي: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾^(٩٥).

ولدحض أية شبهة تثار حول منافاة القوامة للمساواة بين الرجل والمرأة نبين الآتي :

ثانياً - القوامة ومصلحة الأسرة :

إن القوامة لا تعني القهر والتسلط والتمييز من قبل الرجل، ولكنها لمصلحة مؤسسة الأسرة القائمة بين الرجل والمرأة^(٩٦).

فقوامة الرجال على النساء بغية تنظيم مؤسسة الأسرة وضبط الأمور فيها، والمحافظة عليها من زعازع الأهواء والخلافات، واتقاء عناصر التهديد فيها والتدمير جهد المستطاع.

فالأسرة هي المؤسسة الأولى في الحياة الإنسانية.. الأولى من ناحية أنها نقطة

(٩٣) والمراد بالمماثلة - المماثلة في الوجوب لا في جنس الفعل، فلا يجب عليه إذا غسلت ثيابه أو خبزت له أن يفعل لها مثل ذلك، ولكن يقابله بما يليق بالرجال، أي أن الحقوق والواجبات بينهما متبادلة، وأنهما متماثلان في أن كل واحد منهما عليه أن يؤدي نحو صاحبه ما يجب عليه بالمعروف أي بما عرفته الطباع السليمة ولم تنكره، ووافق ما أوجبه الله على كل منهما في شريعته. (روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين الألوسي، ٢/ ٢٤٠، الوسيط، لسيد طنطاوي، ١/ ٤٠٨).

(٩٤) الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده، ج ٤/ ٦٠٦، دراسة وتحقيق د. محمد عماره، طبعة القاهرة، ١٩٩٣ م.

(٩٥) سورة النساء، الآية: ٣٤.

(٩٦) العنوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، د. فؤاد عبد الكريم العبد الكريم، ٢١٦، ط ١، سلسلة تصدر عن مجلة البيان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥ م.

البدء التي تؤثر في كل مراحل الطريق. والأولى من ناحية الأهمية لأنها تزاوّل إنشاء وتنشئة العنصر الإنساني، وهو أكرم عناصر هذا الكون، في التصور الإسلامي.

وإذا كانت المؤسسات الأخرى الأقل شأنًا، والأرخص سعرًا؛ كالمؤسسات المالية والصناعية والتجارية... وما إليها... لا يوكل أمرها - عادة - إلا لأكفأ المرشحين لها؛ ممن تخصصوا في هذا الفرع علميًا، ودربوا عليه عمليًا، فوق ما وهبوا من استعدادات طبيعية للإدارة والقوامة...

إذا كان هذا هو الشأن في المؤسسات الأقل شأنًا والأرخص سعرًا.. فأولى أن تتبع هذه القاعدة في مؤسسة الأسرة، التي تنشئ أئمن عناصر الكون.. العنصر الإنساني^(٩٧).

إذا فالضرورة تقتضي أن يكون هناك قيم توكل إليه الإدارة العامة لهذه الشركة القائمة بين الرجل والمرأة، وما ينتج عنها من نسل، وما تستتبعه من تبعات.

وقد اهتدى الناس في كل تنظيمااتهم إلى أنه لا بد من رئيس مسؤول، وإلا ضربت الفوضى أطنابها، وعادت الخسارة على الجميع.

وهناك ثلاثة أوضاع يمكن أن تفترض بشأن القوامة في الأسرة:

الوضع الأول: أن يكون الرجل هو القيم.

الوضع الثاني: أن تكون المرأة هي القيم.

الوضع الثالث: أن يكونا - الرجل والمرأة - معاً قيمين.

ونستبعد الفرض الثالث منذ البدء لأن التجربة أثبتت أن وجود رئيسين للعمل الواحد أدعى إلى الإفساد من ترك الأمر فوضى بلا رئيس. والقرآن يقول عن السماء والأرض: ﴿لَوْ كَانَ فِيهَا إِلَهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا فَسَبَّحَنَ اللَّهُ رَبَّ الْعَرْشِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾^(٩٨) وقال تعالى: ﴿إِذَا لَذَهَبَ كُلُّ إِلَهٍ بِمَا خَلَقَ وَلَعَلَّ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ سُبْحَنَ اللَّهُ عَمَّا يُصِفُونَ﴾^(٩٩) فإذا كان الأمر هكذا بين الآلهة المتوهمين فكيف هو بين البشر العاديين!!!!

وبقى الفرضان الأولان، وقبل أن نخوض في بحثهما نسأل هذا السؤال: أيهما أجدر أن تكون وظيفته القوامة، بما فيها من تبعات: الفكر أم العاطفة؟ فإذا كان الجواب

(٩٧) في ظلال القرآن، سيد قطب، ١١٨/٢.

(٩٨) سورة الأنبياء، الآية: ٢٢.

(٩٩) سورة المؤمنون، الآية: ٩١.

البديهي هو الفكر، لأنه هو الذي يدبر الأمور في غيبة عن الانفعال الحاد الذي كثيراً ما يلتوي بالتفكير فيحيد به عن الطريق المباشر المستقيم، فقد انحلت المسألة دون حاجة إلى جدال كثير.

فالرجل بطبيعته المفكرة لا المنفعلة، وبما يحتوي كيانه من قدرة على الصراع واحتمال أعصابه لنتائج وتبعاته، أصلح من المرأة في أمر القوامة على البيت^(١٠٠).

ثالثاً - القوامة والمشورة :

علينا أن نعلم جيداً أن القوامة لا تلغي الشورى والتفاهم وتبادل الرأي والبحث المخلص عن المصلحة.. وقوله تعالى في صفة المسلمين: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾^(١٠١) نزل في مكة قبل أن تكون هناك شؤون عسكرية أو دستورية!! وعموم الآية يتناول الأسرة والمجتمع، وهذا ما يوضحه الأستاذ/ أحمد موسى سالم، في قوله :

(إن القوامة للرجل لا تزيد عن أنه له بحكم أعبائه الأساسية وبحكم تفرغه للسعي على أسرته والدفاع عنها ومشاركته في كل ما يصلحها... أن تكون له الكلمة الأخيرة - بعد المشورة - ما لم يخالف بها شرعاً أو ينكر بها معروفاً أو يجدد بها حقاً أو يجنح إلى سفه أو إسراف، من حق الزوجة إذا انحرف أن تراجعها وألا تأخذ برأيه، وأن تحتكم في اعتراضها عليه بالحق إلى أهلها وأهله أو إلى سلطة المجتمع الذي له وعليه أن يقيم حدود الله)^(١٠٢).

لذا فالقوامة لا تعني القهر والتمييز والتسلط من قبل الرجل... ولنعود إلى لب القضية نفسها حتى لا نجعل لمستزيد في هذا الباب زيادة فنقول: إن من البديهيات الإسلامية التي لا تحتاج إلى ذكر ولا إعادة، أن المرأة في عرف الإسلام كائن إنساني، له روح إنسانية من نفس "النوع" الذي منه روح الرجل: ﴿تَأْتِيهَا النَّاسُ أُنْقُوا رَبِّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(١٠٣).

فهي إذن الوحدة الكاملة في الأصل والمنشأ والمصير، والمساواة الكاملة في الكيان البشري، تترتب عليها كل الحقوق المتصلة مباشرة بهذا الكيان، فحرمة الدم

(١٠٠) شبهات حول الإسلام، محمد قطب، ص ١٢١-١٢٢.

(١٠١) سورة الشورى، الآية: ٣٨.

(١٠٢) قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، محمد الغزالي، ١٥٥، ط ٧، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢م.

(١٠٣) سورة النساء، الآية: ١.

والعرض والمال، والكرامة التي لا يجوز أن تلمز مواجهة أو تغتاب، ولا يجوز أن يتجسس عليها أو تقتحم دارها... كلها حقوق مشتركة لا تمييز فيها بين جنس وجنس، والأوامر والتشريعات فيها عامة للجميع :

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَىٰ أَن يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِاللِّقَبِّ ۖ ﴿١٠٤﴾....
﴿وَلَا يَحْسَبُوا أَنَّهُمْ مُّغْنَىٰ عَنْهُمْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ۖ ﴿١٠٥﴾...﴾ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ ﴿١٠٦﴾... (كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِزُّهُ) ﴿١٠٧﴾.

وقد سَوَّى الله - سبحانه - بين الرجال والنساء في ميادين التقوى والاستقامة فقال تعالى: ﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمِلٍ مِّنْكُمْ مِّن ذَكَرٍ أَوْ أَنثَىٰ بَعْضُكُمْ مِّن بَعْضٍ﴾ ﴿١٠٨﴾ فيكون أولى الناس بالله اتقاهم له، ذكراً كان أو أنثى، وهو الأفضل في نفسه وعند ربه، فالحياة الإنسانية على ظهر الأرض اختبار للإخلاص والوفاء واستقامة الفكر والسلوك، فإن الإنسانية بنوعيتها سواء في هذا المضمار، قد يسبق الرجل، وقد تسبق المرأة، ولا دخل لصفات الذكورة والأنوثة في تقديم أو تأخير، ولا في مثوبة أو عقوبة، فربما دخل الرجل النار، ودخلت زوجته الجنة، وربما حدث العكس....

﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ كَفَرُوا امْرَأَتَ نُوحٍ وَامْرَأَتَ لُوطٍ كَانَتَا تَحْتَ عَبْدَيْنِ مِّنْ عِبَادِنَا صَالِحِينَ فَخَانَتَاهُمَا فَلَمْ يُغْنِيَا عَنْهُمَا مِنَ اللَّهِ شَيْئًا وَقِيلَ ادْخُلَا النَّارَ مَعَ الدَّٰخِلِينَ ﴿١٠٩﴾﴾ وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ آمَنُوا امْرَأَتَ فِرْعَوْنَ إِذْ قَالَتْ رَبِّ ابْنِ لِي عِنْدَكَ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ وَنَجِّنِي مِّن فِرْعَوْنَ وَعَمَلِهِ وَنَجِّنِي مِنَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ ﴿١٠٩﴾.

ولم تتوقف المساواة بين الجنسين عند ذلك فحسب، بل جعل الإسلام تحقيق الكيان البشري في الأرض متاحاً للجنسين: الأهلية للملك والتصرف فيه بجميع أنواع

١٠٤) سورة الحجرات، الآية: ١١.

١٠٥) سورة الحجرات، الآية: ١٢.

١٠٦) سورة النور، الآية: ٢٧.

١٠٧) أخرجه مسلم، ٦٧٠٦.

١٠٨) سورة آل عمران، الآية: ١٩٥.

١٠٩) سورة التحريم، الآيات ١٠-١١.

التصرف من رهن وإجارة ووقف وبيع وشراء.... الخ ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرُ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ (١١٠) ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾ (١١١) (١١٢).

إن الذي يتدبر القرآن الكريم يحس المساواة العامة في الإنسانية بين الذكور والإناث.

رابعاً - المساواة المطلقة في توزيع الاختصاصات تأباه فطرة المرأة :

بعد أن قرر الإسلام المساواة الكاملة بين المرأة والرجل في مجمل الحقوق والواجبات نجده يتبع الفطرة في تقسيم الوظائف؛ وتقسيم الأنصبة بين الرجال والنساء- وما ذلك إلا رحمة ورأفة وتكريماً للمرأة.

والفطرة ابتداءً جعلت الرجل رجلاً والمرأة امرأة؛ وأودعت كلاً منهما خصائصه المميزة؛ لتتوط بكل منهما وظائف معينة. (١١٣).

فالإسلام وزع الاختصاصات العملية توزيعاً يوافق طبائع الذكورة والأنوثة، وبالتالي خفف عن النساء بعض الأعباء، وألزمهن ببعض الوصايا:

١ - فالصلاة والصيام مثلاً واجبان على الرجال والنساء سواء بسواء إلا أن المرأة معفاة من الصلاة في دورة العادة الشهرية التي تمر بها.

وفي فترة الولادة وما يتصل بها، وهي كذلك معفاة من الصيام، ولكن تقضي ما فاتها منه في أيام أخرى، ويجوز لها وهي ترضع أولادها، أن تدع الصيام وتقضيه بعد ذلك.

٢ - لما كانت المرأة تتأثر نفسياً وعاطفياً بهذه الدورات البدنية التي تعتاها، وكثيراً ما ينحرف مزاجها، مما يجعلها مظنة خطأ في تصوير ما تشاهد من أحوال الناس، وأحداث الحياة، فقد احتاط الدين في القضاء بشهادتها منفردة، وضم إليها، للاستيثاق شهادة امرأة أخرى.

٣ - ولما كان الرجل بعيداً عن مشاغل الحيض والنفاس والحمل والرضاع كان أجلد على ملاقات الصعاب، ومعاناة الحرف المختلفة، وكان الضرب في الأرض ابتغاء

(١١٠) سورة النساء، الآية: ٧.

(١١١) سورة النساء، الآية: ٣٢.

(١١٢) شبّهات حول الإسلام، محمد قطب، ١١٢.

(١١٣) في ظلال القرآن، سيد قطب، ١١٠/٢.

الرزق ألصق به هو، ومن ثم كلفه الإسلام بالإففاق على زوجته، وعلى قرابته الإناث الفقيرات.

٤ - وتبع ذلك أن نصيب المرأة في الميراث نصف نصيب الرجل - وفق شروط وضوابط محددة كاتفاق وتساوي الوارثين في درجة القرابة-لأنه المسؤول عن النفقة كما قدمنا، فهي إذا تزوجت أخذت منه المهر، واستحقت عدة النفقة، ومن الظلم أن تسوى معه في الميراث بعد تحميله هذه الواجبات.

وهذه الفروق مع التطبيق العدل الدقيق لا تخدش المكانة الإنسانية للمرأة، بل إن الإسلام - إذ يعترف بهذه الفروق - يتمشى مع طبائع الأشياء، ولا يستطيع تجاهل فطرة الله فيها.

والفروق التي أحصيناها هي استثناءات من قاعدة عامة، استثناءات لها سرها وحكمتها، غير أن مسلك بعض المجتمعات جعل الاستثناء هو القاعدة، والقاعدة هي الاستثناء، وذلك ما يستنكره الإسلام الذي شرع المساواة في الحقوق والحريات الأساسية كلها، ونص على التفاوت والتقييد، لا ليهين المرأة، بل ليقم العدالة، ويوجه كلا الجنسين إلى ما يحسنه، ويوائم خلقته وفطرته^(١١٤).

بيد أن هناك بعض المترجلات من النساء يردن أن يشتط في طلب ما ليس له...ونكتفي في الرد على سذاجة من يشتط في ذلك بما نشرته منظمة الصحة العالمية، شرق البحر المتوسط، في تقرير لها تبين فيه: إنه في جميع الأحوال لا يليق بالمرأة أن تعمل في المجالات التي لا تلائم طبيعتها، وأن تدخل في أي ضرب من ضروب الصناعة والحرف المضنية، فالمجالات التي تحسنها المرأة وتتناسب معها كثيرة ومتعددة، كميدان التعليم والطب والتمريض، والرعاية الاجتماعية، والكتابة والنشر، وبعض الوظائف غير المرهقة، وتستطيع فوق كل ذلك أن تغشى الأسواق في حشمة ووقار فتبيع وتبتاع.

أما أن تعمل المرأة في كل أعمال الرجال كأن تكون شرطية وميكانيكية وعاملة في المصانع، ومنظفة في الشوارع، وسائقة للعربات وأدوات النقل وما شابه ذلك، فلا يليق بها ولا يجوز لها أن تزاوله، وقلما تساوي الرجل في هذا المجال..

والدول الصناعية لم تنظر إلى عمل المرأة على أنه مساو لعمل الرجل...ولذلك اختلفت الأجور التي يتقاضاها الرجال على الأجور التي يتقاضاها النساء، كما يلاحظ

(١١٤) حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، محمد الغزالي، ٨٦.

ذلك في بعض الإحصائيات العالمية، حيث نجد أن هذه تتراوح ما بين (٥٩٪- ٧٩٪) من الأجور التي يتقاضاها الرجال في الأعمال المتماثلة^(١١٥).

ومن المفيد جداً أن نشير إلى الدراسة القيمة التي نشرتها جريدة "الهيرالد تريبيون" الأمريكية الدولية في عددها ٣٢٦٥٠ بتاريخ ١٦ / شباط - فبراير / ١٩٨٨م، فقد قامت الدكتورة روز فريش أستاذة الصحة العامة بجامعة هارفارد، بدراسة أجرتها على ٥٣٩٨ امرأة تتراوح أعمارهن ما بين ٢١-٨٠ عاماً، وقدمت بتاريخ هذا البحث إلى الاجتماع السنوي للجمعية الأمريكية لتقدم العلوم، وخلصت من دراستها إلى النتائج التالية :

١ - تصاب اللاعبات الرياضيات النشيطات باضطراب في الدورة الطمثية، ويصبن غير مخصبات، طالما يقمن بالممارسة الرياضية، ويمكن أن تعود الخصوبة إلى وضعها الطبيعي بالتوقف عن الممارسة الرياضية، وأضافت الباحثة نصيحتهن إلى النساء قائلة: لا يمكن للمرأة أن تعمل كل شيء... بمقدور كل واحدة منكن أن تصبح نجمة رياضية أو لاعبة أولمبياد شهيرة ولكنها إذا رغبت في إنجاب طفل فإن عليها أن تتوقف عن اللعب، ذلك لأن المستوى الزائد من التمارين يمكن أن يكون له عواقب ضارة على الجهاز التناسلي في المرأة - والإسلام لا يحرم الرياضة بداءة ولكنه يراعي فطرة المرأة في عدم مناشدة المساواة بالرجل في بذل الجهد المطلق وإلا فالعواقب ستكون وخيمة كما بين أهل الاختصاص^(١١٦).

٢ - ولقد أظهرت الدراسة أن ٢٦٢٢ امرأة ممن كن يمارسن الألعاب الرياضية، قد بدت عليهن أعراض سرطان الثدي، أو الداء السكري، أو سرطان الجهاز التناسلي، في مقابل القسم الآخر من النساء وعددهن (٢٧٧٦) اللواتي لم تظهر عليهن هذه الأعراض.

٣ - بينت دراسة جامعة هارفارد إضافة إلى دراسة أخرى أجرتها (جامعة البرتا) أن

(١١٥) قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، محمد الغزالي، ص ٣٩.

(١١٦) حتى أن غير أهل الاختصاص من النساء الغربيات كان لهم نفس الرأي، فها هي ذا كيت ونسلت - الممثلة الأمريكية - تسخر من طروحات الحركات النسائية في الغرب - حول المساواة المطلقة - فنقول: "إن هذه الطروحات تصيبها بالقرف؛ لأنها تصر على تجاهل حتى الفروق البيولوجية بين الذكر والأنثى" انظر: مجلة البنات - الرئاسة العامة لتعليم البنات - العدد ٢٤ - ذو الحجة ١٤٢٠هـ نقلاً عن العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، د. فؤاد بن عبد الكريم العبد الكريم، ١٠٣.

الأعمال النشيطة التي تمارسها المرأة تؤثر جداً في إنتاج "الاستراتيجيات" التي تتحكم في الإنجاب لدى المرأة.

٤ - أشارت هذه الدراسة مع أخرى مماثلة أجرتها جامعة كندية، أن النساء اللواتي يمارسن الأعمال المجهدة يصبن باضطراب الإخصاب حتى لو استمر الطمث لديهن على وضعه النظامي.

يعلق الغزالي -رحمه الله - على هذه الإحصائية قائلاً: (أظن بعد هذه التجارب والاستقراءات أن الأفضل للمرأة الوقوف عند حدودها الفطرية واليأس من نشدان المساواة المطلقة مع الرجال في هذا الكدح المضنيوما يعقبه من ألم)^(١١٧).

فتكليف المرأة ما لا تطيق لا علاقة له بتكريم المرأة، بل هو إهانة لها، والتشدد بغير ذلك يعد سحقا لفطرة المرأة وتمزيقاً لأنوثتها، فعندما نضع رجلاً في حلبة لمصارعة ثور ضخم ماذا يكون رأي عقلاء بني آدم، إن من يرى أن ذلك شجاعة وتكريماً (للرجل) فقد زاد برأيه ذلك البلاهة والغبوة مائة درجة.

ولنفسح الطريق قليلاً لنرى رأي نساء الغرب حول مناشدة المساواة المطلقة مع الرجل في أداء الأعمال وكيف أن ذلك سحقا لفطرتها!!! ونبدأ بعالمة الأحياء الأمريكية (ميراهنت) حيث تقول: (إن النساء الأمريكيات أصبحن يصبن بالشيخوخة في سن مبكرة نتيجة صراعهن لتحقيق المساواة مع الرجال).

وتقول: إن هذا الاتجاه نحو الشيخوخة في أوساط النساء يبدو جلياً في كافة أجزاء الولايات المتحدة الأمريكية، إلا إنه يلحظ بصفة خاصة في المدن، حيث تدخل النساء العاملات في منافسة مباشرة مع الرجال في عالم الأعمال، وتقول اختصاصية أمراض النساء (اليزابيث كاني) في تفسيرها لأسباب الشيخوخة السابقة لأوانها:

(أنها ناجمة عن تغييرات هرمونية تطرأ بسبب الضغوط غير الطبيعية التي تتعرض لها النساء للتفوق على الرجال، وإنها تسبب انقطاع الطمث، الذي ينجم عنه جفاف الجلد، وضعف الشعر، وترهل الثديين، وآلام المفاصل، والتعرق أثناء الليل، والعقم، وهناك أيضاً مخاطر متزايدة من الإصابة بأمراض القلب، وهشاشة العظام، مما يؤدي إلى إصابتها بالكسور)^(١١٨).

إن الفطرة أناطت بكل من الجنسين وظائف معينة، لا لحسابه الخاص، ولا لحساب

(١١٧) المرجع السابق.

(١١٨) المساواة بين الوثائق الدولية والشريعة الإسلامية، شبكة نور الإسلام الإلكترونية، وانظر: جريدة الرياض العدد ١٠١١٢، بتاريخ ١٤١٦/١٢/١ هـ.

جنس منهما بذاته، ولكن لحساب هذه الحياة الإنسانية التي تقوم، وتنتظم، وتستوفي خصائصها، وتحقق غايتها - من الخلافة في الأرض وعبادة الله بهذه الخلافة - عن طريق هذا التنوع بين الجنسين؛ والتنوع في الخصائص والتنوع في الوظائف.. وعن طريق تنوع الخصائص؛ وتنوع الوظائف، ينشأ تنوع التكليف، وتنوع الأنصبه، وتنوع المراكز.. لحساب تلك الشركة الكبرى والمؤسسة العظمى.. المسماة بالحياة..

وحين يدرس المنهج الإسلامي كله ابتداء، ثم يدرس الجانب الخاص منه بالارتباطات بين شطري النفس الواحدة، لا يبقى مجال لمثل ذلك الجدل، الذي يملأ حياة الفارغين والفارغات في هذه الأيام، ويطغى أحياناً على الجادين والجادات بحكم الضجيج العام!

إنه عبث تصوير الموقف كما لو كان معركة حادة بين الجنسين، تسجل فيه المواقف والانتصارات.. ولا يرتفع على هذا العبث محاولة بعض الكتاب الجادين تنقص "المرأة" وثلبها، وإلصاق كل شائنة بها.. سواء أكان ذلك باسم الإسلام أم باسم البحث والتحليل.. فالمسألة ليست معركة على الإطلاق! إنما هي تنوع وتوزيع، وتكامل، وعدل بعد ذلك كامل في منهج الله.

يجوز أن تكون هناك معركة في المجتمعات الجاهلية؛ التي تنشئ أنظمتها من تلقاء نفسها؛ وفق هواها ومصالحها الظاهرة القريبة. أو مصالح طبقات غالبية فيها، أو يوبيوت، أو أفراد. ومن ثم تنتقص من حقوق المرأة لأسباب من الجهالة بالإنسان كله، وبوظيفة الجنسين في الحياة، أو لأسباب من المصالح الاقتصادية في حرمان المرأة العاملة من مثل أجر الرجل العامل في نفس مهنتها، أو في توزيع الميراث، أو حقوق التصرف في المال - كما هو الحال في المجتمعات الجاهلية الحديثة!- التي لا تركز إلى منهج الله وحُكمه -.

فأما في المنهج الإسلامي فلا.. لا ظل للمعركة، ولا معنى للتنافس على أعراض الدنيا، ولا طعم للحملة على المرأة أو الحملة على الرجل؛ ومحاولة النيل من أحدهما، وثلبه، وتتبع نقائصه!.. ولا مكان كذلك للظن بأن هذا التنوع في التكوين والخصائص، لا مقابل له من التنوع في التكليف والوظائف، ولا آثار له في التنوع في الاختصاصات والمراكز.. فكل ذلك عبث من ناحية وسوء فهم للمنهج الإسلامي ولحقيقة وظيفة الجنسين من ناحية!^(١١٩).

(١١٩) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٢/ ١١٠-١١١.

خامساً - التدابير التشريعية للمملكة العربية السعودية في حظر التمييز ضد المرأة :

بناءً على نص المادة الثانية من اتفاقية حظر التمييز ضد المرأة... والتي تتطلب إدراج مبدأ المساواة بين الجنسين في دستور الدول الأطراف، بل وإقامة التدابير التشريعية وغير التشريعية لمنع التمييز ضد المرأة...الخ.

نجد أن دستور المملكة العربية السعودية ونظامها الأساسي جاء مستمداً من دستور العدالة المطلق، من كتاب الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - الموضحة المبينة المفسرة لكتاب الله جل وعلا. إذاً فهو التشريع الذي يدفع متطلبات الإنسان إلى ما هو أنفع ويجيب واقعه إلى ما هو أمثل، فلا التواء ولا تعقيد إنما الاستقامة السامقة والعدالة المتناهية والوضوح الدقيق.

وقد تقيد النظام في المملكة العربية السعودية بعدالة الشريعة الإسلامية في تقرير مبدأ المساواة وفق المفهوم السابق، وعمل على تأكيد حظر التمييز ضد المرأة. حيث نصت المادة السادسة والعشرون من النظام على أن: "تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية".

ونصت المادة الثامنة من ذات النظام على أن: "الحكم في المملكة العربية السعودية يقوم على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية". ونصت المادة السابعة والأربعون من النظام على أن: "حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين - وقطعاً ذلك يشمل الجنسين من الرجال والنساء - والمقيمين في المملكة".

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل عنيت المملكة العربية السعودية بتعليم النساء خاصة فتولت تنظيم التعليم الأهلي، وصدر أمر ملكي بإقامة مدارس للبنات في مختلف مراحل التعليم، وعهدت بذلك إلى هيئة من كبار العلماء برئاسة مفتي الديار السعودية سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ وذلك يوم الخميس ٢٠ من ربيع الثاني من عام ١٣٧٩هـ.

وقد تم افتتاح المدارس الحكومية لتعليم النساء في العام التالي وواصلت رئاسة تعليم البنات بافتتاح المدارس في مختلف مراحل التعليم من رياض الأطفال وحتى التعليم الجامعي، وقامت هذه المدارس في كل مدينة وفي كل قرية وفي كل موقع يتجمع فيه عدد من السكان حتى أصبحت في عام ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م: ١٥١٤١

مدرسة / ١٠٣٥٧٤ فصل / ٦٨١٠٠١ طالبة مستجدة / ٢٤٢١١٢٦ طالبة / ٨٧ كلية
في مختلف التخصصات العلمية والنظرية^(١٢٠).

المادة الثالثة :

تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لكفالة تطوير المرأة وتقديمها الكاملين، وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل.

دراسة المادة:

ذكرنا أن المملكة العربية السعودية تستمد حقوق الإنسان من أحكام الشريعة الإسلامية، وتحميها بموجب تعاليمها.... فالمرأة تستمد حقوقها من هذه الحماية وينطبق عليها ما ورد في الإسلام بخصوص هذا الحق، ما عدا ما استثنى بموجب أحكام الشريعة الإسلامية لأسباب وجيهة تعود إلى الاختلاف الفطري بين الجنسين ومسؤوليات كل منهما - كما أوضحنا سالفاً^(١٢١).

والمادة الثالثة من هذه الاتفاقية تركز على عدم التمييز ضد المرأة في نيل حقوقها وحرياتها الأساسية في كل الميادين الإنسانية وبالأخص السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية..... ولعل الأمر يحتاج إلى توضيح عقيدة الإسلام في ذلك.

أولاً - المقصود بالميادين السياسية وموقف الإسلام منها :

الميادين السياسية تشمل صورتين أو صنفين:

(الأول): قول الحق وإسداء النصح والصدع بالمعروف والنهي عن المنكر....وهذا الأمر قبل أن يكون حقاً يشمل الجنسين بالتساوي فهو واجب ومسؤولية تقع على عاتق الرجل والمرأة أمام الله سواء.

قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ

(١٢٠) حقوق الإنسان في القرآن والسنة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، د. محمد أحمد صالح الصالح ٢٦٤، ط١، مكتبة الملك فهد، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

(١٢١) حقوق الإنسان في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، د. ناصر محمد البقمي، ص ٢١١، ط١، مكتبة الملك فهد، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ.

وَبَنَّهُنَّ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحْمِلُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (١٢٢).

وقد أسهمت المرأة الإسلامية بنصيبها كاملاً في هذا الشأن فبايعت على نصرته الإسلام، وبايعت على العمل بتعاليمه، وهاجرت من أجله وقاتلت أحياناً في سبيله.

والدارس لسيرة النبي - صلى الله عليه وسلم - يرى شواهد ذلك كله جلية... فإن النساء المؤمنات هاجرن من مكة إلى الحبشة وإلى المدينة، ومن آمن منهن من الأنصار حضرن موسم الحج، وبايعن الرسول - صلى الله عليه وسلم - بيعة العقبة الكبرى (١٢٣).

وفى المدينة ومكة بعد الفتح بايع النساء النبي - صلى الله عليه وسلم - على مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال وسائر شرائع الإسلام.

﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعُكَ عَلَى أَنْ لَا يَشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَدَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايَعُهُنَّ وَأَسْتَغْفِرَ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (١٢٤).﴾

وثبت أن عدداً من النساء شاركن في معارك الجهاد الديني الذي فرض على الإسلام وهو يشق طريقه وسط عوائق الجاهلية الأولى وخصوماتها العنيفة... بل إنه عندما ثارت الفتن بين المسلمين الأوائل شاركت المرأة برأيها فوقفت من تخطب في صفين مؤيدة لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه... وخرجت أم المؤمنين عائشة تحرض على أخذ الثأر لخليفة المسلمين عثمان رضي الله عنه.. (١٢٥).

هذا هو الميدان السياسي الأول والذي يعطي الإسلام المرأة الحق ويقيم عليها المسؤولية في القيام بواجبه وأداء مهامه.

(الثاني): أما الصورة الثانية للميادين السياسية فتشمل رئاسة الدولة وتوجيه دفة الحكم وتولي الإمامة العظمى للبلاد وما يتبع ذلك من ولايات عامة، والإسلام لا يرى في المرأة الكفاية لتولي هذه المهام الجسيمة التي لا تتحملها فطرتها المرهفة.

(١٢٢) سورة التوبة، الآية: ٧١.

(١٢٣) انظر الرحيق المختوم، صفي الرحمن المباركفوري، ١/ ١٢٤، باب طلائع الهجرة.

(١٢٤) سورة الممتحنة، الآية: ١٢.

(١٢٥) حقوق الإنسان، محمد الغزالي، ص ٨٨.

وصح أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما بلغه أن الفرس ولوا بنت كسرى ملكة عليهم قال: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" (١٢٦).

وللأزهر بشأن هذا الحديث فتوى جديرة بالذكر تقول: إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا يقصد بهذا الحديث مجرد الإخبار عن عدم فلاح القوم الذين يولون المرأة أمرهم؛ لأن وظيفته صلى الله عليه وسلم: بيان ما يجوز لأئمة أن تفعله حتى تصل إلى الخير والفلاح، وما لا يجوز لها أن تفعله حتى تسلم من الشر والخسار، وإنما يقصد نهى أئمة عن مجاراة الفرس في إسناد شيء من الأمور العامة إلى المرأة، وقد ساق ذلك بأسلوب من شأنه أن يبعث القوم الحريصين على فلاحهم وانتظام شملهم على الامتثال، وهو أسلوب القطع بأن عدم الفلاح ملازم لتولية المرأة أمراً من أمورهم، ولا شك أن النهي المستفاد من الحديث يمنع كل امرأة - في أي عصر من العصور - أن تتولى أي شيء من الولايات العامة، وهذا العموم تفيده صيغة الحديث وأسلوبه، كما يفيد المعنى الذي من أجله كان هذا المنع، هذا هو ما فهمه أصحاب الرسول - صلى الله عليه وسلم - وجميع أئمة السلف لم يستثنوا من ذلك امرأة ولا قوماً، ولا شأناً من الشؤون العامة، فهم جميعاً يستدلون بهذا الحديث على حرمة تولي المرأة الإمامة الكبرى، والقضاء، وقيادة الجيش، وما إليها من سائر الولايات.

إن المرأة بمقتضى الخلق والتكوين مطبوعة على غرائز تناسب المهمة التي خلقت لأجلها، وهي مهمة الأمومة، وحضانة النشء وتربيته، وهذه قد تجعلها ذات تأثير خاص بدواعي العاطفة، وهي مع هذا تعرض لها عوارض طبيعية، تتكرر عليها في الأشهر والأعوام - وهذا ما سنفصله لاحقاً - من شأنها أن تضعف قوتها المعنوية، وتوهن من عزميتها في تكوين الرأي والتمسك به، والقدرة على الكفاح والمقاومة في سبيله، وهذا شأن لا تنكره المرأة في نفسها، ولا تعوزنا الأمثلة الواقعية التي تدل على أن شدة الانفعال والميل مع العاطفة من خصائص المرأة في جميع أطوارها وعصورها" أ. هـ (١٢٧).

وجمهور الفقهاء على أن الرجال أولى بالمناصب السياسية والإدارية من النساء (١٢٨).

(١٢٦) أخرجه البخاري، ٧٠٩٩، ٤٤٢٥.

(١٢٧) انظر: مجلة رسالة الإسلام - السنة الرابعة - العدد الثالث، (يوليو/١٩٥٢م - شوال/١٣١٧).

(١٢٨) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢/٢٢٠٣، فصل امرأة.

وعلى ذلك جرت سنة الخلافة الراشدة، كما جرت سنة الرسول - صلى الله عليه وسلم - من قبل، فلم يسند منصب رياضي للمرأة^(١٢٩).

حكمة وفطرة :

إن القدرة الوظيفية لأعمال المرأة وأفكارها تحتاج إلى شرح علمي وثيق، حتى لا نكلفها فوق طاقتها، فنظلم الأعمال التي توكل إليها، ونضيق الأعباء المنوطة بها.

والحق أن الإسلام لما قرر إعفاء المرأة في أثناء الحيض والنفاس من الصلوات المكتوبة كان تمشياً مع منطق الفطرة في ضرورة الرفق بها.

ولما قرر الاستيثاق من شهادتها بضميمة أخرى إليها كان كذلك متمشياً مع ما أكده الطب من تغيرات عامة وهامة...تصويبها باستمرار.

وإن هذا التخفيف في تكاليفها الشرعية والعقلية يجعلنا لا نسوي بينها وبين الرجل في مشقات الحياة ومشاغله^(١٣٠).

وكما قال العقاد - رحمه الله - إن المساواة في الإسلام ليست على إطلاقها، وإنما يقر الإسلام بعض الفروق التي تتعلق بالاختلافات الطبيعية، التي أوجدها الله بين الرجل والمرأة، وإذا كانت المساواة هي الأصل، فإنه يوجد بعض الفوارق التي تكون لصالح الرجل أحياناً، وأحياناً أخرى لصالح المرأة، تبعاً للفرق بين دور كل منهما في المجتمع، وبما يتفق مع الفطرة الطبيعية السليمة، والمساواة ليست بعدل إذا قضت بمساواة الناس في الحقوق على تفاوت واجباتهم وكفاياتهم وأعمالهم، وإنما هي الظلم كل الظلم للراجع والمرجوح^(١٣١).

ولعلنا نوضح الأمر بشكل علمي مبسط فقد ذكر الدكتور فان ديلفد^(١٣٢) في كتابه الزواج المثالي:

"أن الأعراض البدنية الشائعة في المرأة قبل الحيض وخلالها ما يأتي الصداق غالباً فيمن اعتدن الصداق في هذه الفترات، ويزداد تدفق اللعب، ويتمدد الكبد ويتضخم، ويحدث مغص في الكيس الصفراوي، ويضطرب الهضم، وتضطرب شهية

(١٢٩) حقوق الإنسان، محمد الغزالي، ٨٨.

(١٣٠) حقوق الإنسان، محمد الغزالي، ٨٩.

(١٣١) المرأة في القرآن، عباس محمود العقاد، ص ٦٢.

(١٣٢) الزواج المثالي، فان ديلفد، ترجمة د/ محمد فتحي، ط ١، دار أسامة، دمشق، ١٩٩٨، نقلاً عن

حقوق الإنسان، محمد الغزالي، ٨٩.

الأكل فيما أن تحس المرأة بجوع شديد أو تعاف الطعام، وكثيراً ما يحدث الغثيان، والميل إلى القيء، ويسوء النفس، ويزداد الريح في الأمعاء، ولكن كل دورة شهرية تنتهي عادة، بالإمساك.

وتظهر الاضطرابات في الدورة الدموية، فالنبض غالباً لا يكون منتظماً متشابهاً وتضطرب ضربات القلب، وتتورم الأوردة الدموية، ويتضخم الرسغان والركبتان وتحتقن الأغشية الأنفية كما تحدث آلاماً مفصلية.....الخ

وقد علل د. فان ديفلد.... ذكر مقالته السابقة بقوله: "لقد ذكرت كل هذه الأعراض بالتفصيل لأظهر أن المرأة الحائض تكاد تكون مريضة، بل هي مريضة بعض المرض" ثم ذكر أن هذه الأعراض تتوزع فتظهر طائفة منها في امرأة وطائفة في أخرى أي أنها لا تتجمع كلها في امرأة واحدة.

يقول الغزالي رحمه الله: ونحن نؤكد قيام هذه الفروق، ونرى أنها بالنسبة إلى الحقيقة الإنسانية بين الجنسين تافهة حقاً، ولكنها بالنسبة إلى توزيع الوظائف والأعباء عليهما جميعاً لا يمكن تجاهلها أبداً...ومن هنا قلنا بتوزيع الأعمال حسب طبائع الجنس...فمن وضع الأمور في مواضعها أن تشغل المرأة الوظيفة العتيدة المهيأة لها وظيفه ربة البيت...وأن يشغل الرجل الوظائف الحيوية في كل ناحية من نواحي الحياة الشاقة، ولا يجوز أن تشغل امرأة إحدى هذه الوظائف مع وجود شاب عاطل كفاء لها.

فإن ذلك حكم على الرجل بالقعود حيث يجب أن يعمل ويستطيع الأداء الكامل، ثم هو في الوقت نفسه حكم على المرأة بالعمل حيث لا تستطيع الإجابة، وتعطيل لها عن الوظيفة التي تتقنها، والتي لا يحسن الرجل شيئاً منها، وهي القيام على البيت والأولاد.

أريد أن أقول في جلاء: إن استخراج المرأة من البيت ليس سداداً لثغرات في ميدان الزراعة والصناعة والتجارة - ودعك من ظروف الحرب - وليس انجازاً للأوراق المهملة في الدواوين ولا ترويجاً للبضائع المكدسة في الدكاكين. إنه مجون من بعض الرجال الذين يريدون تيسير المتاع بالمرأة، وابتذال محاسنها، وجعلها تحت بصر الذئاب، أو بين أيديهم كلما شاءوا.

وتوظيف المرأة في الجهاز الإداري للدولة يتبع الصالح العام للأمة، والإسلام يقبله في نطاق محدد^(١٣٣).

(١٣٣) حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، ٩٥.

ثانياً - الميادين الأخرى :

نبدأ بتأكيد القاعدة الإسلامية لعمل المرأة في أن الإسلام لا يعارض تمكين المرأة من العمل، ولكن على أساس أن عمل المرأة في الأصل هو أن تكون ربة الأسرة، فهي التي تظللها بعطفها وحنانها، ترأّم أولادها وتغذيهم بأعلى الأحاسيس الاجتماعية وهي التي تربي فيهم روح الائتلاف مع المجتمع حتى يخرجوا إليه، وهم يألّفون ويؤلفون^(١٣٤).

يقول الدكتور البوطي: (على فرض أن مشاركة المرأة للرجل في الوظائف وشؤون المعامل والمصانع هي مشاركة مؤثرة في زيادة الدخل والإنتاج، فيكون ذلك من التحسينات المتعلقة بحفظ المال، إلا أنها مفوته لضرورة ستر المرأة وحاجات الأسرة الصالحة، وهي المكملات المتعلقة بمصلحة حفظ النسل، ومصلحة النسل مقدمة على مصلحة المال^(١٣٥)).

فعمل المرأة ومشاركتها مع الرجل في الوظائف خارج بيتها لا يكون من الناحية الشرعية والاجتماعية أصلياً بل يكون استثنائياً^(١٣٦)، وهو أن تعمل المرأة في أحوال أربع :

(الأولى): أن تكون المرأة ذات نبوغ خاص يندر في الرجال والنساء معاً، والمصلحة الاجتماعية توجب في هذه الحالة أن تعمل ليعود ذلك النبوغ على المجتمع بنفع عام، ولا تخمد بهمالها، والمرأة في هذا تترك جزءاً من أمومتها في سبيل المصلحة العامة.

(الثانية): أن تتولى المرأة عملاً هو أليق بالنساء، كتربية الأطفال في سنينهم الأولى وتعليمهم، وذلك إلى سن مبكرة وهي السن التي قررت الشريعة لحضانة الأطفال، فيكون الطفل في حضانة أمه داخل البيت، وفي عطف المرأة ورعايتها بالمدرسة، ومثل تعلم الأطفال تطبيب النساء، ولقد قرر الفقهاء أن بعض هذه الأعمال فرض كفاية كالقابلات، فإن عملهن من فروض الكفاية، ولذلك قرر كمال الدين بن الهمام - من فقهاء الحنفية - أن الزوج ليس له منع امرأته من الخروج إذا كانت

(١٣٤) تنظيم الأسرة والمجتمع، محمد أبو زهرة، ٤٣.

(١٣٥) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د. محمد سعيد رمضان البوطي، ٢٦٠-٢٦١، ط ٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٢هـ.

(١٣٦) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ١٠٨/٤، ونهاية المحتاج ٤٠٩/٧، وزاد المحتاج ١٨٤/٤.

تحترف عملاً هو من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة، ولكنه اشترط في هذه المحترفة أن لا تخرج متبرجة غير كاملة في تصرفاتها.

(الحالة الثالثة): أن تُعين زوجها في ذات عمله، وهذا كثير في الريف -البادية - فالمرأة الريفية إذا كان زوجها عاملاً زراعياً، أو مالكاً صغيراً، أو مستأجراً لمساحة ضئيلة تعاونه امرأته في عمله معاونة كاملة، فهو يخرج من داره حاملاً فأسه وهي معه حاملة وعاء البذر وحولهما أولادهما يتعلقون بثيابهما ويحملان بعضهم على أذرعهما، ولو كان للمرأة صورة مثالية في مجتمعنا لكانت صورة تلك المرأة الكادحة العاملة العاطفة لا هؤلاء النساء اللاتي يغشين الأندية والملاهي ودور الغناء... و... ويلغطن في مجالسهن بالحلال والحرام....

(الحالة الرابعة): أن تكون في حاجة إلى العمل لقوتها وقوت عيالها إذا فقدت العائل هي وهم فكان لا بد أن تعمل لهذه الضرورة أو تلك الحاجة الملحة^(١٣٧).

المادة الرابعة:

١ - لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزاً بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع على أي نحو الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة.

٢ - لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة، بما في ذلك تلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية، إجراء تمييزياً.

دراسة المادة :

تتعلق هذه المادة بضرورة اتخاذ تدابير مؤقتة لتعجيل المساواة بين الرجل والمرأة حتى يتسنى إقامة التكافؤ التام بين الجنسين على نحو كامل في الفرص والعمل.... ونرى أن ما ذكرناه فيما سبق يكفي للرد على هذه المادة.. ولا داعي للتكرار.

المادة الخامسة:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي :

أ - تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء

(١٣٧) انظر: حقوق الإسلام، محمد الغزالي، ٩٦.

على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة. ب - كفالة تضمين التربية العائلية فهماً سليماً للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية، والاعتراف بكون تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين، على أن يكون مفهوماً أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات.

دراسة المادة:

تتناول هذه المادة عدة أمور خليقة بمخالفة الفطرة، فتبدأ أولاً بالقضاء على الأدوار النمطية للرجل والمرأة...بمعنى أن يحل الرجل محل المرأة وأن تحل المرأة محل الرجل في القيام بالأعباء وأداء المهام، مدعية أن هذا هو السبيل إلى قيام المساواة المنشودة.....وتنتهي بأكذوبة أخرى تتمثل في الادعاء بأن وظيفة الأمومة وظيفة اجتماعية وبالتالي يحسن للرجل القيام بها مثل الأنثى.....والأمر يحتاج إلى بيان وتفصيل على النحو التالي:

أولاً - ما سمعنا بهذا في الملة الآخرة:

نقول ذلك لا كما كانت تدعيه قريش كذباً في صدها عن صدق الدعوى وقبول الحق...بل نقول ما سمعنا بذلك في ملة العلماء وبرهان العلم وحسمه القاطع وتعاليمه الساطعة الواضحة.

إن إحصائية الدراسات العلمية الموثقة هي التي تستطيع أن تحسم هذا الأمر إذا كان الحق هو المراد، أما إذا كانت السفسطة و الجدل بلا عقلانية عادلة هو المطلوب فلن نصل مع المخالف في ذلك إلا إلى درب مسدود.

العلم أثبت أن للرجل أدواراً نمطية لا تستطيع المرأة بفطرتها وتكوينها أن تؤديها وكذلك العكس، ولا ندري أصحاب دعاوى تغيير الأدوار النمطية من البشر أم أنهم من عالم آخر لا يدري عن البشر شيئاً!!!! ولعلنا نوضح الأمر بصورة أكثر وضاحة في الصفحات التالية:

الجنسانية (genderIdentity) وانتكاسة الفطرة :

وحتى نوضح الخلفية الثقافية لمدعي تغيير الأدوار النمطية للرجل والمرأة ننقل ما كتبه الدكتور/ نورة خالد السعد في جريدة الرياض حول الجنسانية حيث قالت: (إن هذا المفهوم يعني أنه لا توجد هناك أنماط خاصة بالنساء باعتبارهن نساءً وليست هناك أنماط خاصة بالرجال باعتبارهم رجالاً، ومن ثم فهناك إمكانية واسعة لتبادل الأدوار باعتبار أن الأدوار (محايدة) بل ووصف دور المرأة في الحل الأسري

(بالأنماط الجامدة) وهذا المعنى وثيق الصلة بمفهوم النوع الاجتماعي social gender... ويرتبط بمفهوم الهوية الجندرية gender identity الذي تعرفه الموسوعة البريطانية (بأنه شعور الإنسان بنفسه كذكر أو أنثى، فإن الهوية الجندرية والخصائص العضوية تكون على اتفاق (أو تكون واحدة) ولكن هناك حالات لا يرتبط فيها شعور الإنسان بخصائصه العضوية ولا ليكون هناك توافق بين الصفات العضوية وهويته الجندرية (أي شعوره الشخصي بالذكورة أو الأنوثة) ومثال ذلك الحالات التي يريد فيها الإنسان تغيير خصائصه العضوية على الرغم من أن خصائصه العضوية الأصلية الطبيعة واضحة، ولكن الشخص المصاب يعتقد بأنه يجب أن يكون من أصحاب الجنس الآخر؛ لذلك فإن الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة بل تؤثر فيها العوامل النفسية والاجتماعية بتشكيل نواة الهوية الجندرية وهي تتغير وتتوسع بتأثير العوامل الاجتماعية كلها في الطفل^(١٣٨).

والجندرية على هذا النحو فكر مختل وقول لمريض يحتاج إلى علاج... إن الله جل في علاه جعل العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة تكاملية لا علاقة تنافسية، وذكر في محكم آياته على لسان مريم عليها السلام ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَى﴾^(١٣٩) وليس هذا معناه أن الرجل أفضل من المرأة بل معناه أن المرأة لا تنهض بما ينهض به الرجل في مجال القوة والتحمل وبذل الجهد^(١٤٠) ولعل الأمر يحتاج إلى برهان واستزادة نوضحه في العنوان التالي :

لنحتكم إلى العلم :

تقول د/عانيات عزت عثمان أستاذ قسم الباطنة بكلية طب (بنات) جامعة الأزهر: إن العظام تتوقف عن النمو عند عمر حوالي العشرين في الأنثى، بينما يكون هذا التوقف حوالي السادسة والعشرين عند الذكر^(١٤١) وبعد هذا تبدأ العظام في فقد حوالي ١-٢٪ من كتلة العظام سنوياً باقي عمر الإنسان، ولكن هذا الفقد يكون أكثر وضوحاً في المرأة عن الرجل وخاصة عظام العمود الفقري. وأهم الفروق بين الذكر والأنثى في العظام هي زيادة حدوث هشاشة العظام

(١٣٨) انظر: جريدة الرياض ١٢/٣/١٤٢٦ هـ العدد ١٣٧٠٧.

(١٣٩) سورة آل عمران، الآية: ٣٦.

(١٤٠) في ظلال القرآن، سيد قطب، ١/٣٦٣.

(١٤١) Gordon, C.L., Halton J.M. and Atkinson S.A. 1991; the contribution of growth and puberty to peak bone mass. Growth dev aging 55; p257-62.

بشكل واضح ومعدل أكبر في المرأة بعد انقطاع الحيض مباشرة، ويستمر هذا إلى مدة ما بين ٥-٦ سنوات، وأرجع العلماء هذه الهشاشة السريعة في المرأة إلى النقص الواضح في مستوى هرمون الاستروجين، وكذلك زيادة أيض العظام في المرأة عن الرجل بعد انقطاع الطمث مباشرة^(١٤٢).

كما يختلف تركيب العظام في الذكر عن الأنثى حيث يظهر هذا جلياً في عظام الفقرات التي هي أقوى بنية وأكثر سمكاً في الرجل عن المرأة، وهذا يحمي تلك الفقرات ضد الكسر في فترة ما بعد هبوط هرمونات الجنس في الرجل عنها في المرأة.

وبوجه عام فعظام المرأة أخف وزناً من الرجل فمثلاً: عظام الفخذ في المرأة تزن في المتوسط ٢٧٩ جم... بينما عظام الفخذ في الرجل تزن في المتوسط ٣٨٥ جم^(١٤٣).

وليت الأمر يتوقف عند هذا الحد ولكن الاستبيان التالي يوضح مدى استحالة توحيد الأدوار بين الرجل والمرأة في مساواة قد تكون قاتلة للمرأة. حيث أوردت نفس الباحثة السابقة في ذات بحثها (أن قدرة الشغل لعضلات المرأة أقل من قدرة الشغل لعضلات الرجل؛ لأن هرمون التستستيرون يزيد كتلة العضلات وقوتها. ومعدل الطاقة الكلية المحترقة في اليوم وكذلك معدل الأيض الأساسي أعلى من الرجل عن المرأة بسبب هرمون التستستيرون... والنساء أكثر شعوراً بالألم عن الرجال، ويقل لديهن النقطة التي يبدأ عندها الإحساس، كما إن استقبال الألم والشعور به يختلف تبعاً للدورة الشهرية وأيامها)^(١٤٤).

أبعد هذه الحتميات العلمية والاستطرادات القطعية في عدم المساواة بين الجنسين فيما يتعلق ببذل الجهد والقدرة على أداء الأعمال الشاقة، هل بقي لمحدث حديث عن عدم وجود أدوار نمطية للرجل والمرأة!!!!

السباق إلى الخلف :

هذا ما نستطيع أن نصف به ما تضمنته المادة الخامسة من اتفاقية السيداو، حول وصف الأمومة بأنها وظيفة اجتماعية فحسب، وتجاهل كونها وظيفة عضوية بيولوجية غريزية تمتد إلى سماقة العطاء بلا حدود، والقول بهذا التجاهل سباق إلى

(١٤٢) Eriksen EF, mosekildel and Nelson f 1985; differences between normal males and females bone 6; 141-6.

(١٤٣) المساواة بين الرجل والمرأة أذكوبة بيولوجية، ص ٢٣، بدون ذكر رقم طبعة ولا تاريخ نشر.

(١٤٤) المرجع السابق، ص ٢٩.

الخلف وإحياء لدعوة ماركسية حديثة تقوم على نفي الطبقة الاجتماعية - بعد أن كانت اقتصادية - في المجتمع باعتبار أن الأمومة توجب على المرأة أموراً تجاه أطفالها وهذا يستوجب عدم مشاركتها الكاملة في الحياة العملية للرجل؛ مما يوجب حسب نظرهم القاصر فجوة طبقية بين الجنسين، ولعلنا نستروح في هذا الجدل العقيم الذي لا يفي خصومه إلى ظل ثابت وحكم ركين بما أورده الشيخ سيد قطب من عذابة في التحليل وسطوع في التبيين: حيث ذكر في تفسيره لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(١٤٥) (...إن هذا الضلال ينشأ من أسباب كثيرة..... منها طبيعة المرأة الانفعالية، فإن وظيفة الأمومة العضوية البيولوجية تستدعي مقابلًا نفسياً في المرأة حتماً، تستدعي أن تكون المرأة شديدة الاستجابة الوجدانية الانفعالية لتلبية مطالب طفلها بسرعة وحيوية لا ترجع فيها إلى التفكير البطيء.. وذلك من فضل الله على المرأة وعلى الطفولة... وهذه الطبيعة لا تتجزأ، فالمرأة شخصية موحدة هذا طابعها...)^(١٤٦) ولعل الأمر يحتاج إلى توضيح نفصله على النحو التالي:

إن السنوات الأولى من عمر الإنسان تتشكل فيها ملامح شخصيته، وتنغرس بذور صفاتها الأساسية، لذلك يسميها خبراء التربية بالسنوات التأسيسية، وفي تلك السنوات لا أحد أقرب إلى الطفل وأشد التصاقاً به من الأم، وبذلك تكون هي الجهة الأكثر تأثيراً في تشكيل شخصيته وصناعتها... ولا تستطيع جهة أخرى أن تأخذ نفس مكانة الأم وتأثيرها، حتى وإن مارست وظائف الأم العملية، كالإرضاع والحضانه، لأنها لا تملك آليات التفاعل والارتباط النفسي والعاطفي الموجود لدى الأم، بل يمكن القول إن هناك برمجة غريزية، أودعها الخالق - جل وعلا - للاستجابة والتفاعل بين الأم ووليدها، ليس في عالم الإنسان فقط، بل في عوالم سائر الحيوانات أيضاً، فحتى عند الثدييات مثلاً يبدأ التعلق مباشرة بعد الولادة، فالصغير يتعرف على أمه ويبقى إلى جانبها دون غيرها، والأم بدورها ترعى وتغذي وتحمي وليدها دون غيره.

لقد حاولت بعض النظريات في مجالات التربية وعلم النفس، أن تقصر تفسير ظاهرة التعلق والانشداد بين الطفل والأم على أساس تلبية الأم للحاجات البيولوجية للطفل، حيث توفر له متطلباته الأساسية، لكن هذه النظرية لم تصمد أمام النقد العلمي، والملاحظ التجريبية، ويرى "بولبي" ومجموعة من العلماء المتخصصين: أن هذه النظرية ليست مقنعة في تفسيرها لظاهرة التعلق عند الإنسان، ويستند بولبي إلى

(١٤٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(١٤٦) في ظلال القرآن، سيد قطب، ١/٣١٨.

نتائج البحوث والدراسات التي تبين أن التعلق يمكن أن ينمو ويتطور تجاه أفراد غير معنيين بالعناية الجسدية للطفل، وتطور العلاقة بين الأم والطفل يتجاوز تلبية الحاجات البيولوجية.

ويعتمد إلى حد كبير على طبيعة التفاعل بين الجانبين، فإرضاء حاجات الطفل الأساسية عملية ضرورية، ولكنها غير كافية لنمو التعلق بين الأم والطفل، وغالباً ما يكون إرضاء هذه الحاجات فرصة للتفاعل المتبادل بكل أشكاله، فعندما ترضع الأم طفلها، تشعره بحرارة جسدها، وبحنو لمساتها، وبرقة عباراتها ومناعاتها، ويظهر الطفل بدوره علامات الرضا والارتياح، مما يشجعها على الاستمرار في التفاعل معه^(١٤٧).

وبعد هذا الاستطراد يتبين لنا أن الأمومة ليست وظيفة اجتماعية فحسب، يحسن الرجل القيام بها، بل إن الأمومة وظيفة الأنثى الغريزية وهي الوحيدة القادرة على أداء مهام وظفتها في ذلك، ونستنتج من ذلك أن المرأة التي تمتنع عن الأمومة دون أي سبب مادي فهي تتنازل عن دورها الطبيعي في الحياة تحت ظرف قاهر من الشذوذ المعنوي عن الطبيعة الخلقية^(١٤٨).

المادة السادسة:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال دعارة المرأة.

دراسة المادة:

إن نص المادة يوحي بأن هناك أنظمة تشريعية ترعى الاتجار بالمرأة وتهدف إلى استغلال البغاء بها في سفور وانحطاط ...

ونقول بشهادة التاريخ أن هذه جاهلية لطالما حاربها الإسلام بلا مهادنة ولا مهادنة ولا أنصاف حلول... بل إن الإسلام جعل ترك هذه الجاهلية المقيتة شرطاً لقبول مبايعة النساء على الدخول فيه، فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكَنَّ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَدَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِهِنَّ يَفْرِئُهُنَّ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَايِعْنَهُنَّ وَأَسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١٤٩).

(١٤٧) الأمومة وظيفة أرقى، حسن الصفار، موقع العالم الإخباري الإلكتروني.

(١٤٨) انظر: المرأة، حركة اللجان الثورية الفلسطينية، مقال إلكتروني.

(١٤٩) سورة الممتحنة، الآية: ١٢.

قال ابن كثير - رحمه الله - قال عروة قالت عائشة: فمن أقر بهذا الشرط من المؤمنات، قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قد بايعتك"،...^(١٥٠).

ولم يتوقف الإسلام عند ذلك الحد بل شرع في نشر العفة وإقامة الفضيلة، فمنع خروج النساء متبرجات في سفور وتكشف ومنع الاختلاط بين الرجال والنساء، وأمر المرأة بالاحتجاب وغض البصر، فقال تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُجُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّبَاعِيْنَ غَيْرَ أُولَى الْإِرَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الْطِفْلِ الَّذِي لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتَوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١٥١).

وقبل كل ذلك، أمر الرجل أن يغض بصره، فقال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغْضُوا مِنْ أَبْصَرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾^(١٥٢).

والإسلام لا يحارب دوافع الفطرة ولا يستقذرها، إنما ينظمها ويطهرها، ويرفعها عن المستوى الحيواني، ويرقيها حتى تصبح هي المحور الذي يدور عليه الكثير من الآداب النفسية والاجتماعية، وقيم العلاقات الجنسية على أساس من المشاعر الإنسانية الراقية، التي تجعل من التقاء جسدين، التقاء نفسين وقلبين وروحين، وبتعبير شامل التقاء إنسانين، تربط بينهما حياة مشتركة، وآمال مشتركة، وآلام مشتركة، ومستقبل مشترك، يلتقي في الذرية المرتقبة، ويتقابل في الجيل الجديد، الذي ينشأ في العش المشترك، الذي يقوم عليه الوالدان حارسين لا يفترقان.

ويعد الإسلام الزواج وسيلة للتطهير والارتفاع فيدعو الأمة المسلمة لتزويج رجالها ونسائها إذا قام المال عقبة دون تحقيق هذه الوسيلة الضرورية لتطهير الحياة ورفعها: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾^(٣٢) وَلَيْسَتَّعْفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ^(١٥٣).

(١٥٠) تفسير القرآن العظيم، ٨/ ١٩٥.

(١٥١) سورة النور، الآية: ٣١.

(١٥٢) سورة النور، الآية: ٣٠.

(١٥٣) سورة النور، الآيتان: ٣٢-٣٣.

ويسمى الزواج إحصاناً أي وقاية وصيانة، ويستقر في أخلاق المؤمنين أن البقاء بدون إحصان ولو فترة قصيرة لا ينال رضى الله، فيقول الإمام علي - رضى الله عنه - وقد سارع بالزواج عقب وفاة زوجه فاطمة بنت الرسول - صلى الله عليه وسلم - «لقد خشيت أن ألقى الله وأنا عزب»^(١٥٤).

...ولم يتوقف الإسلام بعد إغلاق منافذ الفتن عند هذا الحد بل شرع في إقامة سياج من الأمن يتمثل في عقوبة حدية لكل من تسول له نفسه خرق مناط العفة فقال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(١٥٥).
هذا هو الإسلام الذي يجله الغرب فقد حفظ للمرأة عفتها في سماقة وطهر.
الاتجار بالمرأة....

فيشمل صورتين: الأولى تتمثل في تجارة الرقيق الأبيض بغية إكراه المرأة على البغاء، وكان للإسلام قصب السبق منذ أربعة عشر قرناً من الزمان في منع الإنسانية من الولوج في مراتع الحيوانات الساقطة... حيث قال تعالى: (وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا)^(١٥٦).

قال ابن كثير- رحمه الله - كان أهل الجاهلية إذا كان لأحدهم أمة، أرسلها تزني، وجعل عليها ضريبة يأخذها منها كل وقت، فلما جاء الإسلام، نهى الله المسلمين عن ذلك^(١٥٧) وقوله: ر ط ط هذا خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له^(١٥٨).

أما الإنسانية فبعد أن جرّت ذيول الخيبة دهرًا حتى سوت جبين العفة في قذارة مستفحلة إلا أنها لم تر غير الإسلام منهجاً في ذلك، فذهبت تسن القوانين والأنظمة الملزمة لمنع هذه الصورة المزرية... فهي الدنمارك أول دولة أوروبية تلغي تجارة الرق وتبعتها بريطانيا وأمريكا بعد عدة سنوات، وفي مؤتمر فيينا عام ١٨١٤م عقدت كل الدول الأوروبية معاهدة منع تجارة العبيد، وعقدت بريطانيا بعدها معاهدة ثنائية مع الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٨٤٨م لقمع هذه التجارة، بعدها كانت القوات البحرية الفرنسية والبريطانية تطارد سفن مهربي العبيد، وحررت فرنسا عبيدها

(١٥٤) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٢٣٢/٧.

(١٥٥) سورة النور، الآية: ٢.

(١٥٦) سورة النور، الآية: ٣٣.

(١٥٧) تفسير القرآن العظيم، ٥٤/٦.

(١٥٨) المرجع السابق، ٥٦/٦.

وحذت حذوها هولندا وتبعتها جمهوريات جنوب أمريكاوبعد إعلان الاستقلال الأمريكي اعتبرت العبودية شراً ولا تتفق مع روح مبادئ الاستقلال، ونص الدستور الأمريكي على إلغاء العبودية عام ١٨٦٥م، وفي عام ١٩٠٦م عقدت عصبة الأمم مؤتمر العبودية الدولي، حيث قرر منع تجارة العبيد وإلغاء العبودية بشتى أشكالها، وتأكدت هذه القرارات بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الأمم المتحدة عام ١٩٤٨م^(١٥٩).

والصورة الثانية للاتجار بالمرأة: هي جعل المرأة سلعة ثانوية دعائية يتم من خلالها زيادة السلعة الأصلية ... وإننا لنتساءل أليس في جعل المرأة شبه عارية مع كل سلعة تجارية هو اتجار بالمرأة لنشر الاستعار الجنسي عند الرجل !!!!!

وفى ظل الأزمة الاقتصادية الطاحنة لا يجد الرجل معدوم أو ضعيف الإيمان ما يطفئ به استعار ما اشتعل به من اتجار بالمرأة على هذا النحو المبتذل إلا البحث عن دور البغايا وأوكار الجريمة !!!!!

لقد كشفت لنا بعض الباحثات في قسم الإعلام بجامعة قطر عن أن معظم الشركات المعلنه تعتمد على المرأة كعنصر رئيسي لتسويق أي نوع من البضائع والسلع، ويشير البحث الذي أعدته الباحثات عن أن المعلنين تجاوزوا كل الحدود الموضوعية والأخلاقية بعرضهم للمرأة كمسوق رئيسي لأي نوع من سلعهم ...وأكد البحث أن اعتماد المعلنين على الجميلات من الممثلات والموديلات العارضات وغيرهن ظاهرة لافتة للنظر، ليس في إعلانات منتجات الزينة فحسب بل في إعلانات منتجات أخرى - لا علاقة للمرأة بها - مثل إعلانات السجائر والسيارات والقوارب، ويضيف البحث إلى أن المعلنين يولون اهتماماً كبيراً لمسألة الجاذبية الجسدية، ما يسبب ضغطاً نفسياً شديداً لا مبرر له على النساء اللائي يجدن أنفسهن مضطرات إلى التركيز والاهتمام الشديد بمظهرهن... ويقول البحث إن الممثلات اللواتي يرتدين الحجاب لا يظهرن سوى في المطبخ، وإن تجاوزت حدوده، فهي إما تنظيف البيت أو في الفناء تنشر أو تجمع الغسيل^(١٦٠).

أليس ذلك الاتجار أشد ضراوة وفتكاً على الأخلاق أولاً وعلى المرأة ثانياً!!!! لقد

(١٥٩) موسوعة حضارة العالم، أحمد محمد عوف، نقلاً عن الموسوعة الحرة البريطانية (ويكيبيديا).

(١٦٠) صورة نمطية للمرأة في الإعلانات، إعداد مجموعة من الباحثات، عن موقع أمان الإلكتروني.

حسم الإسلام هذا الأمر وقطع منبت الفتنة فيه، فقال تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾^(١٦١).

وإنها لمعرفة عميقة بتركيب النفس البشرية وانفعالاتها واستجاباتها، فإن الخيال ليكون أحياناً أقوى في إثارة الشهوات من العيان، وهناك من تثير شهواتهم رؤية حذاء المرأة أو ثوبها، أو حليها أكثر مما تثيرها رؤية جسد المرأة ذاته، كما أن كثيرين يثيرهم طيف المرأة يخطر في خيالهم، أكثر مما يثيرهم شخص المرأة بين أيديهم وهي حالات معروفة عند علماء الأمراض النفسية اليوم، وسماع وسوسة الحلي أو شمام شذى العطر من بعيد، قد يثير حواس رجال كثيرين، ويهيج أعصابهم، ويفتنهم فتنة جارفة لا يملكون لها رداً، والقرآن يأخذ الطريق على هذا كله لأن منزله هو الذي خلق، وهو الذي يعلم من خلق، وهو اللطيف الخبير^(١٦٢).

وبعد هذا الاستطراد نتساءل من صاحب المصلحة في لغة الاتجار المبتذل للمرأة في نظام العولمة الحديثة مع تزامن الأزمة المالية الطاحنة !!!!

إن الذين يستبقون هذا الاتجار هم أول أعداء الإنسانية وخاصة المرأة... لذا نرى أن الاتجار بالمرأة من هذه الناحية يحتاج إلى تفصيل في المحافل الدولية على أن منعه هو فضيلة إنسانية.

المادة السابعة:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، الحق في:

- أ - التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والأهلية للانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام.
- ب - المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وفي تنفيذ هذه السياسة، وفي شغل الوظائف العامة، وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية.
- ت - المشاركة في أي منظمات وجمعيات غير حكومية تهتم بالحياة العامة والسياسية للبلد.

(١٦١) سورة النور، الآية: ٣١.

(١٦٢) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٥/ ٢٧٩.

دراسة المادة:

تم تناول شرح هذه المادة باستفاضة عند الحديث عن المادة الثالثة، ومنعاً للتكرار يرجى الرجوع إلى ما تم تفصيله هناك.

المادة الثامنة :

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، ودون أي تمييز، فرصة تمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية.

دراسة المادة:

إجهاد في غير جهاد:

هذا ما نستطيع أن نصف به مطالب المادة الثامنة... فهي تطالب بإشغال المرأة وإجهادها فيما لا علاقة لها به أصلاً ولا فائدة من ورائه..... فالمرأة ستظل هي اليد الأخرى للإنسانية، وسيظل عملها في البيت أكثر من عملها في الشارع.

وسيظل الرجال حاملو الأعباء الثقالة في الشؤون الخاصة والعامة؛ لأن طاقة كل من الجنسين هكذا...!

ولأمر ما لم يرسل الله نبيه من النساء، ولم يحك التاريخ إلا شواذ من الجنس الناعم قمن بأعمال ضخمة على حين شحنت صفحاته بأسماء الرجال.

وإذا كانت المرأة لم تختار رسولاً فقد استطاعت أن تكون زوجة عظيمة لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأن تعينه إعانة رائعة على تبليغ الوحي وجهود الناس.

فلماذا لا تتركس المرأة جهودها وتسخر مواهبها لتجعل من نفسها ظهير الرجل وعونه، وأن تقف في الصف الثاني بدلاً من مزاحمة الرجال في الصف الأول؟!

إننا نأسف إذا كانت المرأة ستفهم من هذا الكلام أنها في نظر الإسلام مهانة، أو أنها محرومة عنده من وضع تستحقه.... هذا غلط!

فالنساء شقائق الرجال، ولهن من الحرمة والمكانة والحقوق الفطرية ما يكفل لهن السعادة والاستقرار.

وتكليف النساء أن يعين ممثلات لحكوماتهن أو وزيرات يعد ظلاماً لطبيعتهن وافتيات على المصلحة!!^(١٦٣).

(١٦٣) انظر: من هنا نعلم، محمد الغزالي، ١٦٢.

حتى لا تُشغل المرأة بما ليس لها:

إننا نرفض وبشدة تغرير المرأة وإيهامها بأن وظيفتها الأساسية لبيتها وزوجها وإقامتها على رعاية و تنشئة جيل أمتها... وظيفة شبه ثانوية لا يُعَبَّأ بها
الإسلام عندما أوجب على الرجل نفقة البيت، كان في الحقيقة يعطى المرأة عوضاً عن تفرغها لخدمة الزوج وتنشئة أولاده، واتجاهها الكامل إلى أداء رسالتها الطبيعية...
والذين يزددون وظيفة " ربة البيت " جهال بخطورة هذا المنصب وآثاره البعيدة في حاضر الأمم ومستقبلها الأخلاقي والاجتماعي.
وأعباء هذا المنصب داخل البيت تكافئ أعمال الرجل الشاقة خارجه، وقد وجهت الشريعة كلا الجنسين إلى ما يليق به، ويتفوق به
والقدرات الخاصة لبعض النساء لا تلغي هذا التخصص.

إن صفية بنت عبد المطلب نزلت من الحصن الذي أوى إليه النساء لأنها رأت يهودياً يطوف به وقد يدل الأعداء عليه، فهاجمته وقتلته!! فهل نجد النساء كلهن لمثل هذه الحادثة ؟ كلا!! يقول الأطباء : كل واحد من الجنسين له دوره في الحياة الذي يتفق أحياناً مع دور الطرف الآخر، أو يختلف عنه.

ولا ريب أن كيان المرأة النفسي والجسدي قد خلقه الله على هيئة تخالف تكوين الرجل، فقد بُني جسم المرأة على نحو يتلاءم ووظيفة الأمومة تلاؤماً كاملاً، كما أن نفسياتها قد هيئت لتكون ربة الأسرة وسيدة البيت، وبالجملة فإن أعضاء المرأة الظاهرة والخفية، وعضلاتها وعظامها، وكثيراً من وظائفها العضوية، مختلفة إلى حد كبير عن مثيلاتها في الرجل - كما أوضحنا من قبل - .

وليس هذا البناء الهيكلي والعضوي المختلف عبثاً، إذ ليس في جسم المرأة ولا في الكون كله شيء إلا وله حكمة، وهيكل الرجل قد بُني ليخرج إلى ميدان العمل كادحاً مكافحاً، أما المرأة فلها وظيفة عظمى هي الحمل والولادة، وتربية الأطفال، وتهئية عش الزوجية ليسكن إليها الرجل بعد الكدح والشقاء^(١٦٤).

ولندع العلم يبسط قوله في ذلك حيث ذكرت نشرة مؤسسة الصحة العالمية : أنه لا ريب أن أجل أدوار المرأة في الحياة هو دور الأمومة وتربية النشء؛ وهي في هذا الدور تمد المجتمع بكل عناصر البناء والتقدم، وبقدر إخلاصها في هذه المهمة يكون المردود جيداً على الأمة بأسرها .

(١٦٤) قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، محمد الغزالي، ١١٦.

إن هذا الدور يكلفها كثيراً من العناء والمشقة دون سائر المخلوقات الإناث الأخرى اللائي يحملن ويلدن، وذلك لأن تلك الإناث لا تفرز بويضاتها إلا في فترة محدودة من العام، بينما تفرز بويضة كل شهر منذ البلوغ إلى سن اليأس، والمرأة طوال هذه المدة بين حيض وحمل، ونفاس وإرضاع، ناهيك بما يترتب على كل فترة من هذه الفترات من الآم ومتاعب.

وقد راعت الشريعة هذه الظروف التي تمر بالمرأة فأعفتها من بعض العبادات: كالصلاة أثناء الحيض... والنهي عن الصوم، وقضائه في أيام أخر... فإذا كان رب العالمين قد أسقط عن النساء واجبات عينية في تلك الحالات فهل تفرض على نفسها أو يفرض عليها المجتمع مالا تطيق؟! (١٦٥).

المصلحة توجب الاستثناء:

إن النظر بعين واحدة دون مراعاة المصلحة الاجتماعية أمر مرفوض، فالمرأة كما ذكرنا من قبل قد تتوافر فيها مقومات استثنائية ونبوغ خاص قد يندر في جنس الرجال والنساء معاً، والمصلحة الاجتماعية توجب في هذه الحالة أن تعمل ليعود ذلك النبوغ على المجتمع بنفع عام، ولا تخمد به إهمالها، والمرأة في هذا تترك جزءاً من أمومتها في سبيل المصلحة العامة (١٦٦).

والنبوغ الذي نعني بذلك في سبيل المصلحة العامة لا يقتصر على الأمور السياسية فحسب بل يشمل الأمور الاجتماعية والثقافية والعلمية، والإسلام لم يكن يوماً سجنًا للمرأة المسلمة، ولم يمنعها من أن تقف مثل موقف (ماري كوري) في حصولها على جائزة نوبل في الفيزياء مرتين عام (١٩٠٣م) وعام (١٩١١)، ولم يمنعها كذلك من أن تمثل دولتها للحصول على جائزة نوبل في الكيمياء مثل (ايرين جوليو كوري) يوم أن حصلت عليها بعد قيامها بتحضير أول نظير مشع من صنع الإنسان (١٦٧). ما دامت المرأة المسلمة ملتزمة في ذلك بتعاليم الإسلام والعفة.

المادة التاسعة :

١ - تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها، وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو

(١٦٥) المرجع السابق، ١١٨.

(١٦٦) حقوق الإنسان، محمد الغزالي، ٩٦.

(١٦٧) انظر: الموسوعة البريطانية الحرة، ويكيبيديا الإلكترونية.

على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

٢ - تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

دراسة المادة:

تشمل هذه المادة ثلاث نقاط، الأولى: الحق في اكتساب الجنسية لكلا الجنسين، والثانية: حق المرأة في حرية التمتع بجنسيتها بصرف النظر عن جنسية الزوج، والنقطة الثالثة: تتعلق بحق المرأة في منح جنسيتها لأطفالها شأنها شأن الرجل.... .

ولتوضيح ذلك نبين الآتي :

أولاً - المقصود بالجنسية لغة :

الجنسية عند اللغويين مشتقة من الجنس، والجنس في اللغة هو الضرب من الشيء، وهو أعم من النوع، حيث إن ماهيته تعم أنواعاً متعددة، ومنه جنس الأشياء أي شاكل بين أفرادها، والناس أجناس، وهو مجانس لهذا وهما متجانسان، ومع التجانس التأنس، وكيف يؤانسك من لا يجانسك ومنه التجنيس تقول : جنسه بجنسية بلد من البلدان أي أعطاه إياها وجعلها حالة له^(١٦٨).

ثانياً - المقصود بالجنسية في القانون :

هي نظام قانوني تضعه الدولة، لتحدد به الأفراد الذين ينتمون إليها، وبهم يتكون عنصر الشعب باعتباره أهم عنصر من عناصر قيام الدولة^(١٦٩).

ثالثاً - المقصود بالجنسية في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في الفقه الإسلامي في الاعتداد بفكرة الجنسية على مذهبين، الأول: قام على إنكار فكرة الجنسية بالوضع الذي هي مفهومة به اليوم في الأجواء الدولية السياسية والقانونية، وكان من قول أصحاب هذا الرأي أنه لا جنسية في الإسلام ولا امتياز في الحقوق بين مسلم ومسلم^(١٧٠) فلا جنسية للمسلمين إلا في

(١٦٨) مختار الصحاح، أبو بكر الرازي، مادة (ج ن س)، ط ١ مطبعة الحلبي القاهرة.

(١٦٩) جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الإسلامي، د/ مصطفى محمد الباز، ص ٢٨، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

(١٧٠) الفتاوى الإسلامية، محمد عبده، الفتوى رقم ٦٨٤ الصادرة في ٩ رمضان ١٣٢٢هـ، ص ١٥٢٧ وما بعدها، المجلد الرابع، إصدار دار الإفتاء المصرية. ١٩٨١م.

دينهم، ولذلك يعد تعدد الحكام عليهم كتعدد الرؤساء في قبيلة واحدة، أو تعدد السلاطين في جيش واحد مع اتحاد الغايات والأغراض^(١٧١).

واستدل أصحاب الرأي الأول على أنه لا جنسية في الإسلام وأن الجنسية بمعناها الحديث لم تكن معروفة لدى فقهاء الإسلام بعدة حجج من أهمها:

أولاً: أن الجنسية في حقيقتها تشبه ما كان يسمى عند العرب بالعصبية^(١٧٢) والتي على أساسها يتفاوت الناس في الحقوق، وقامت أحلاف بل وعداوات بسببها، وحين جاء الإسلام ألغى تلك العصبية ومحو آثارها، وسوى بين الناس في الحقوق، فلم يبق للنسب أو ما يتصل به أي أثر في الحقوق ولا في الأحكام، فالجنسية لا أثر لها على المسلمين قاطبة، ويؤيد ذلك ما روي عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "إن الله أذهب عنكم غيبة الجاهلية"^(١٧٣)، وقوله - صلى الله عليه وسلم -: "ليس منا من دعى إلى عصبية...."^(١٧٤) وعلى ذلك فالاختلاف في الأصناف البشرية - يقصد الجنسيات - كالعربي والهندي والرومي والشامي والمصري والتونسي... الخ، لا دخل له في اختلاف الأحكام والمعاملات بوجه من الوجوه، وأما حقوق الامتياز فلا يوجد شيء منها بين الحكومات الإسلامية قاطبة، وعلى ذلك فلا جنسية في الإسلام، ولا امتياز في الحقوق بين مسلم ومسلم^(١٧٥).

أما الاتجاه الثاني المؤيد لوجود الجنسية في الفقه الإسلامي يرى الاعتراف بوجود الجنسية من حيث مضمونها وفكرتها في الفقه الإسلامي لا من حيث مسمائها حديثاً - بمصطلح الجنسية - حيث وجدت تحت مسميات أخرى منها - التابعة الرعوية - أهل دار الإسلام - حيث إن الدولة الإسلامية قد سبقت غيرها من التنظيمات الحديثة من حيث النشأة والوجود، ودخلت مع غيرها في العديد من العلاقات والصلات والروابط على جميع مناحي الحياة، واطر القرآن الكريم في آياته، وكذلك سنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - ما يؤكد ذلك، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ اتْلُغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا

(١٧١) الوحدة الإسلامية والوحدة والسيادة، جمال الدين الأفغاني، ص ١٧.

(١٧٢) p.paul ghali- les natuionalites de lachees de Iasuit de la guerre-ed-1934 du rotary club d alexanria-egypt-pag39-et-pag42.

(١٧٣) أخرجه أبو داود، ٥١١٨، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة، ٢٨٠٣.

(١٧٤) أخرجه مسلم، ٤٨٩٨، وأبو داود ٥١٢٣ واللفظ له.

(١٧٥) جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقه الإسلامي، مصطفى محمد الباز، ص ٦٢-٦٣.

يَعْلَمُونَ ﴿١٧٦﴾ وقوله تعالى: ﴿فَقَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا يَأْبُورُوا الْآخِرَ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ ﴿١٧٧﴾.

فالآية الأولى أساس في علاقة المسلمين بغير المسلم الذي استوطن دار الإسلام بصفة مؤقتة لتحقيق غرض معين كتجارة - المستأمن - وهؤلاء لا يتمتعون برعية دار الإسلام، وحكمهم أنهم لا يقاتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ويعرض عليهم الإسلام فإن دخلوا فيه فالحمد لله أولاً وأخيراً، وإن لم يرغبوا فيه أبلغوا مأمّنهم وعادوا أهل حرب كما كانوا^(١٧٨).

والآية الثانية أساس في علاقة المسلمين بغير المسلم الذي أقام بصفة دائمة في دار الإسلام ورضي بجريان أحكام الإسلام عليه وأدى الجزية، فهو من أهل دار الإسلام - يحمل جنسيتها - وهذا الفريق له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين، وفي هذا يقول ابن عباس - رضي الله عنه - : "كان المشركون على منزلتين من النبي - صلى الله عليه وسلم - والمؤمنين، كانوا مُشركي أهل الحرب يقاتلهم ويقاتلونه ومشركي أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونه"^(١٧٩).

يقول ابن القيم الجوزية - رحمه الله - فاستقر أمر الكفار معه - صلى الله عليه وسلم - بعد نزول سورة "براءة" على ثلاثة أقسام: محاربين له، وأهل عهد، وأهل ذمة، ثم آلت حال أهل العهد والصلح إلى الإسلام فصاروا معه قسمين: محاربين له، وأهل ذمة، والمحاربون له خائفون منه، فصار أهل الأرض معه ثلاثة أقسام: مسلم مؤمن به ومسالّم له آمن، وخائف محارب^(١٨٠).

فالمسلمون المؤمنون، وأهل الذمة يحملون رعية - جنسية دار الإسلام والمحاربون له يحملون رعية دار الحرب.

لذا ذهب أنصار هذا الرأي إلى تعريف الجنسية بأنها نظام شرعي يحدد نطاقه

(١٧٦) سورة التوبة، الآية: ٦.

(١٧٧) سورة التوبة، الآية: ٢٩.

(١٧٨) أحكام أهل الذمة، ابن القيم الجوزية ٢/٤٧٥-٤٧٦، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

(١٧٩) فتح الباري بشرح صحيح البخاري - كتاب الطلاق - باب نكاح من أسلم من المشركات وعدتهن، ٣٣٧/٩، ط١، طبعة المطبعة الخيرية.

(١٨٠) زاد المعاد في خير هدى العباد، ابن القيم الجوزية، ٣/١٦٠، تحقيق الشيخ عبد القادر الأرناؤوط.

الشرع الحنيف، يتم بمقتضاه تحديد المركز القانوني للمسلم، والتمييز بينه وبين غيره، فالتعبير بلفظ نظام شرعي من شأنه الدلالة على ربط نظام الجنسية بجانب الشريعة، شأنه في ذلك شأن سائر الأنظمة الأخرى كنظام المعاملات ونظام الأفضية والشهادات، ونظام الحدود..... الخ^(١٨١).

وذهب أصحاب هذا الرأي إلى تفنيد استدلال الرأي الأول في أن الجنسية تدعو إلى العصبية المقيّنة التي نهى عنها الإسلام، واستدلوا في ذلك على أن الإسلام نهى عن عصبية الجنس وأن هناك فارقاً بين الجنسية والجنس..... وقد استطرده أصحاب هذا الرأي في الرد على أصحاب الرأي الأول، بما لا يتسع المقام لذكره.

رابعاً - المساواة بين الجنسين في نظام الجنسية العربية السعودية

لم يفرق نظام الجنسية العربية السعودية في اكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها بين كل من الجنسين... .

فنص المادة السابعة من ذات النظام لا تفرق بين الرجل والمرأة في اكتساب الجنسية، فكل من يولد داخل المملكة العربية السعودية - ذكراً أو أنثى - أو خارجها لأب سعودي، أو لأب سعودي يحصل على الجنسية السعودية.

ونجد أن نظام الجنسية العربية السعودية قد خالف مبدأ وحدة الجنسية في العائلة، حيث يقوم هذا المبدأ على فلسفة مؤداها دخول المرأة في جنسية زوجها وتبعيتها له، بحيث تكتسب تلك الجنسية حتماً بفعل الواقع الذي خلقه الزواج، وبقوة القانون؛ أي بصرف النظر عن رغبتها في ذلك، ولهذا المبدأ كانت المرأة الأكثر فقداً لجنسيتها^(١٨٢).

وهذا ما خالفه نظام الجنسية العربية السعودية حيث نص في مادته الثانية عشرة على أنه لا يترتب على تجنس السعودي بجنسية أجنبية - إذا أذن له بذلك - أن تفقد زوجته الجنسية السعودية..... إلا إذا قررت وأعلنت التحاقها بجنسية زوجها الجديدة، وصدر لها إذن بالموافقة على ذلك من وزير الداخلية..... .

ونصت المادة الرابعة عشرة من ذات النظام على أنه يترتب على اكتساب الأجنبي الجنسية العربية السعودية أن تصبح جنسية زوجته عربية سعودية متى قدمت إلى المملكة، وقررت رغبتها في ذلك..... .

(١٨١) جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقهاء الإسلامي، مصطفى محمد الباز، ٥٢، ٦٨.

(١٨٢) المرجع السابق، ١٤٥-١٥٥.

ونصت المادة السابعة عشرة من ذات النظام على أنه لا تفقد المرأة العربية السعودية جنسيتها الأصلية إذا تزوجت بأجنبي إلا إذا قررت وأعلنت التحاقها بجنسية زوجها، ودخلت في هذه الجنسية بحكم القانون الخاص بها.

ونصت الفقرة (أ) من المادة التاسعة عشرة من ذات النظام على أن زوجة من تسقط عنه الجنسية العربية السعودية بمقتضى المادة (١٣) يكون لها حق اختيار جنسية زوجها الجديد أو البقاء على جنسيتها العربية السعودية..... .

خامساً - فلنحرر موضع النزاع:

تحفظت المملكة العربية السعودية على الفقرة الثانية من نص المادة التاسعة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تنص على أن تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها.

ولعل القائمين على بنود الاتفاقية صياغة وإعداداً قد تجاهلوا آراء الشراح القانونيين، فضلاً عن تجاهلهم للواقع المرير الذي يترتب على الأخذ بهذه المادة على إطلاقها

فنظام الجنسية العربية السعودية بداءة قد أعطى حق المرأة في منح جنسيتها السعودية لأطفالها في حالة كون الأب مجهولاً أو لا جنسية له أما أن تمنح المرأة السعودية جنسيتها لأطفالها مع وجود جنسية الأب والذي -قطعاً- يمنح قانون جنسيته الجنسية لأطفاله، فإن ذلك يعني أننا أمام حالة من حالات التنازع الإيجابي للجنسية، والذي أثبت شراح القانون الدولي الخاص مدى الأضرار والمعوقات المترتبة على الشخص نفسه أولاً وعلى الدولة المنتسب إليها ثانياً عند قيام هذه الحالة.

ولعلنا نفصل البيان في ذلك بسؤال نطرحه مفاده: ماذا يكون الحال عندما تطلب كل من الدولتين - التي حصل الفرد على جنسيتهما - منه أداء الخدمة العسكرية... .

إن أداء الخدمة العسكرية في دولة ما يعني أن الولاء الكامل من الفرد لهذه الدولة، ومخالفة ذلك يعني جريمة الخيانة العظمى والتي غالباً ما يلقي صاحبها عقوبة الإعدام عند إثباتها عليه... ولعل ما ذكره د. عوض الله شيبه الحمد في كتابه الجنسية في القانون الدولي الخاص ما يؤكد ذلك، فبعد أن حصل "نيتو" على الجنسيتين اليابانية والأمريكية لولادته على الأراضي الأمريكية من أبوين يابانيين قد جعله يحمل الجنسيتين معاً، وقد فرضت الحرب بين الدولتين نفسها، فقام مع الجيش الياباني يؤدي خدمته العسكرية ضد دولته الثانية، وبعد انتهاء الحرب تم إعدامه بارتكابه

جريمة الخيانة العظمى ضد أمريكا بعد أن قبض عليه داخل الأراضي الأمريكية، وكان ذلك في يونيو ١٩٥٢م^(١٨٣).

ولعلنا نكتفي بذلك في تحرير النزاع.

المادة العاشرة:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة؛ لكي تكفل لها حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في ميدان التربية، وبوجه خاص لكي تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

أ - شروط متساوية في التوجيه الوظيفي والمهني، والالتحاق بالدراسات والحصول على الدرجات العلمية في المؤسسات التعليمية على اختلاف فئاتها، في المناطق الريفية والحضرية على السواء، وتكون هذه المساواة مكفولة في مرحلة الحضنة وفي التعليم العام والتقني والمهني والتعليم التقني العالي، وكذلك في جميع أنواع التدريب المهني.

ب - التساوي في المناهج الدراسية، وفي الامتحانات، وفي مستويات مؤهلات المدرسين، وفي نوعية المرافق والمعدات الدراسية.

ت - القضاء على أى مفهوم نمطي عن دور الرجل ودور المرأة في جميع مراحل التعليم بجميع أشكاله، عن طريق تشجيع التعليم المختلط وغيره من أنواع التعليم التي تساعد في تحقيق هذا الهدف ولا سيما عن طريق تنقيح كتب الدراسة والبرامج المدرسية وتكييف أساليب التعليم.

ث - التساوي في فرص الحصول على المنح والإعانات الدراسية الأخرى.

ج - التساوي في فرص الاستفادة من برامج مواصلة التعليم بما في ذلك برامج تعليم الكبار ومحو الأمية الوظيفي، ولا سيما البرامج التي تهدف إلى التعجيل بقدر الإمكان بتضييق أى فجوة في التعليم قائمة بين الرجل والمرأة.

ح - خفض معدلات ترك الطالبات الدراسة، وتنظيم برامج للفتيات والنساء اللاتي تركن المدرسة قبل الأوان.

خ - التساوي في فرص المشاركة النشطة في الألعاب الرياضية والتربية البدنية.

(١٨٣) الجنسية في القانون الدولي الخاص، عوض الله شيبية الحمد، ص ١٥٦، ط ٢، جمهورية مصر العربية، مطابع الجامعة بأسسيوط، ٢٠٠٠م.

د - إمكانية الحصول على معلومات تربوية محددة تساعد على كفالة صحة الأسرة ورفاهيتها بما في ذلك المعلومات والإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة.

دراسة المادة:

تناولت هذه المادة أموراً تم بيان بعضها على نحو مفصل، وبقي لنا أمور تحتاج إلى بيان كامل وهي على النحو التالي:

أولاً - بين حديث مكذوب وأصل متروك:

هذا ما نستطيع أن نصف به حال الفكر البائر في بعض العقول التي ظنت أن الدين تقاليد موروثة تمنع المرأة من التعلم وحشد المعرفة... ففي حديث مكذوب رواه الحاكم أن المرأة لا يجوز لها أن تتعلم الكتابة^(١٨٤).

وفي حديث متروك آخر أن المرأة لا يجوز أن ترى أحداً ولا يراها أحد... وقد تمسك من لا يفهم دينه في منع المرأة من العلم والتعلم بهذين الحديثين المتروكين^(١٨٥).

وعلى هذه الآثار انبنى حرمان المرأة من التعليم ومنعها من الذهاب إلى المدرسة، وفي مرويّات أخرى تخالف المتواتر والصحيح من السنن حظر على النساء جملة الذهاب إلى المساجد، فأقفرت منهن بيوت الله وانقطعن عن التعليم والتوجيه الديني، فلا قرآن ولا حديث ولا فقه، بل سائر العلوم الأدبية والإنسانية.

وبذلك أصبحت المرأة المسلمة دون غيرها من نساء العالم أقل ارتباطاً بالدين واتصالاً بالمجتمع....

ولما كانت المرأة ربة البيت، وحاضنة الأولاد، وغارسة الشمائل الطيبة أو الخبيثة، والأفكار الخاطئة أو الصحيحة، فإن حبل التربية اضطرب في العالم الإسلامي اضطراباً شديداً وكان ذلك لا ريب من أسباب خوره وانهزامه.

أما الأصل المتروك بالنسبة إلى هذه الثلة المصابة بعزل الشيخوخة في فكرها... هو أن المرأة تنال حقها في التعلم وجمع شتات المعرفة مثلها مثل الرجل سواء؛ فقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - للشفاء عندما دخل على حفصة زوجة - رضي الله عنهما -: ألا تعلمين هذه رقية النملة كما علمتها الكتابة؟^(١٨٦)

(١٨٤) قال الألباني في السلسلة الضعيفة حديث موضوع، رقم ٢٠١٧.

(١٨٥) الدعوة الإسلامية في القرن الحالي، محمد الغزالي، ٧١، ط ١، دار الشروق - القاهرة، ١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م.

(١٨٦) أخرجه الحاكم ٥٦/٤ - ٥٧، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة ٢٨٩/١.

وقال عروة بن الزبير رضي الله عنهما - مبيناً العلم الذي نالته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها - : ما رأيت أعلم بطب ولا بفقّه ولا بشعر من عائشة^(١٨٧).

وقال عروة يوماً لعائشة رضي الله عنهما :

إنني أفكر في أمرك فأعجب! أجذك من أفقه الناس فقلت: ما يمنعها؟ زوجة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وابنة أبي بكر، وأجذك عالمة بأيام العرب وأنسابها وأشعارها فقلت: وما يمنعها وأبوها علامة قريش؟ ولكن أعجب أنني وجدتك عالمة بالطب، فمن أين؟ فأخذت بيدي فقالت: يا عروة إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كثرت أسقامه فكانت أطباء العرب والعجم يبعثون له فتعلمت ذلك^(١٨٨).

وعن مسروق أنه قيل له: هل كانت عائشة تحسن الفرائض؟ قال: والذي نفسي بيده لقد رأيت مشيخة أصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - يسألونها عن الفرائض^(١٨٩).

وكانت عائشة - رضي الله عنها - تفتي في عهد عمر وعثمان - رضي الله عنهما - إلى أن ماتت^(١٩٠).

والناظر إلى الإحصائيات المقدرة في علم الحديث لما روته السيدة عائشة يبرهن على كثرة العلوم والمعارف التي حصلت لها - رضي الله عنها - فقد روت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - عشرة أحاديث ومائتين وألفين.

وروى منها الشيخان في الصحيحين سبعة وتسعين ومائتي حديث بعضها في صحيح البخاري وبعضها في صحيح مسلم، أما المتفق عليه منها فهو أربعة وسبعون ومائة حديث^(١٩١).

(١٨٧) أخرجه الطبراني في الأوسط، رقم ١٨٨١٥، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، حديث إسناده حسن، ١٥٣١٧.

(١٨٨) أخرجه الطبراني في الأوسط، ١٨٨١٦، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد، فيه عبد الله بن معاوية الزبيري، قال أبو حاتم: مستقيم الحديث، وفيه ضعف. وبقيّة رجال أحمد والطبراني في الكبير ثقات، إلا أن أحمد قال: عن هشام بن عروة أن عروة كان يقول لعائشة... فظاھر الانقطاع. وقال الطبراني في الكبير: عن هشام بن عروة عن أبيه، فهو متصل، والله أعلم، رقم ١٥٣١٥.

(١٨٩) أخرجه الطبراني في الأوسط، رقم ١٨٨١٢، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد، إسناده حسن، ١٥٣١٦.

(١٩٠) قضايا المرأة، محمد الغزالي، ٩٢.

(١٩١) راجع المجتبى لأبي الفرج بن الجوزي وقارن بجوامع السيرة، لابن حزم ص ٣١٩ نقلا عن الأسرة المسلمة وتحديات العصر، المستشار / حسن محمد الحفناوي، ص ٣٧، ط١، المجمع الثقافي، أبو ظبي، ٢٠٠١ م.

إن تعليم المرأة وتعبيدها يجعلان منها إنساناً مصوناً مأموناً، ويجعلان منها ربة منجبة محسنة، تنشأ الأجيال في كنفها وهي تألف الشمائل الذاكية والمسالك العالية^(١٩٢).

وعند الحديث عن تعليم المرأة يجب أن نبرز المعالم التي صان الإسلام بها الأعراض، فلا خلعة ولا تبرج، ولا يؤذن بخلوة مع أجنبي، ولا يؤذن بعمل يؤدي إلى ذلك^(١٩٣).

ثانياً - ظلام من الغرب:

عندما تتبجح المعصية كأنها فضيلة وعندما تحاك المؤامرات ضد الشرف والحياء والحشمة والعصمة نجد الدعوة المقننة إلى الاختلاط بين الجنسين في التعليم، إن الاختلاط على الصفة المألوفة في أوروبا أمر مرفوض، حرمة الإسلام وشدد في منعه.

والإسلام عندما فتح المساجد للنساء جعل لهن صفوفاً خاصة فلم يخطهن بالرجال، وأمر أن يجتن محتشمات قانتات لله، وأمر كلا الجنسين بغض البصر، وأمر النساء خاصة ألا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها بطبيعته، واجتماع النساء والرجال في مكان ما يجب أن تحكمه آداب الإسلام في الاحتشام وغض البصر واتقاء الريبة وانصراف كل امرئ إلى واجباته... هذا هو الحكم العام في الإسلام^(١٩٤).

وقد أصدر المجلس التأسيسي لرابطة العالم الإسلامي قراراً موجهاً لجميع ملوك ورؤساء الدول الإسلامية يمنع الاختلاط بين الذكور والإناث في جميع مراحل التعليم^(١٩٥).

ولعل الغرب يتشدد ويقولون: إن هذه المبادعة بين الجنسين ستجعل كلاً منهما مشوقاً أبداً إلى الآخر؛ ولكن الاتصال بينهما يقلل من التفكير في هذا الشأن، ويجعله أمراً عادياً في النفوس (وأحب شيء إلى الإنسان ما مُنع) وما ملكته اليد زهده النفس. إن ما يعقب لذة الاجتماع بحلاوة الأنس من ضياع الأعراض وخبث الطوايا

(١٩٢) الدعوة الإسلامية في القرن الحالي، محمد الغزالي، ٧٢.

(١٩٣) المرجع السابق.

(١٩٤) انظر: سر تأخر العرب والمسلمين، محمد الغزالي، ٩٥، ظلام من الغرب ١٥٥، تقاليد المرأة، محمد الغزالي، ٤٥.

(١٩٥) مختارات من الصحف في جريدة العرب والقطرية الصادرة بتاريخ ٣٠ يوليو ١٩٧٨م، ضمن بحوث مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة العدد ٤٢.

وفساد النفوس وتهدم البيوت وشقاء الأمر وبلاء الجريمة، وما يستلزمه هذا الاختلاط من طراوة في الأخلاق ولين في الرجولة لا يقف عند حد الرقة، بل هو يتجاوز ذلك إلى حد الخنوثة والرخاوة، وكل ذلك ملموس لا يماري فيه إلا مكابر.

كل هذه الآثار السيئة التي تترتب على الاختلاط تربو ألف مرة على ما ينتظر منه من فوائد، وإذا تعارضت المصلحة والمفسدة فدرء المفسدة أولى، ولا سيما إذا كانت المصلحة لا تعد شيئاً بجانب هذا الفساد.

وأما الأمر الثاني فغير صحيح، وإنما يزيد الاختلاط قوة الميل، وقديماً قيل إن الطعام يقوي شهوة النهم، والرجل يعيش مع امرأته دهرًا، ويجد الميل إليها يتجدد في نفسه؛ فما باله لا تكون صلته بها مذهباً لميله إليها.

ونريد من المدافعين عن وجود الاختلاط بين الجنسين في التعليم أن يوضحوا لنا عن سبب المآسي التي تلطخ بها وجه الإنسانية في الإحصائية التالية:

- ١ - إن نسبة الحبالى من تلميذات المدارس الثانوية في أمريكا بلغت في إحدى المدن ٤٨٪.
- ٢ - الفضائح الجنسية في الجامعات والكليات الأمريكية بين الطلاب والطالبات تتجدد وتزداد كل عام.
- ٣ - الطلاب يقومون بمظاهرة في جامعات أمريكا، يهتفون فيها نريد فتيات... نريد أن نرفه عن أنفسنا... وقد قال عميد الجامعة معقباً على الحدث: إن معظم الطلاب والطالبات يعانون جوعاً جنسياً رهيباً، ولا شك أن الحياة العصرية الراهنة لها أكبر الأثر في تصرفات الطلاب الشاذة.
- ٤ - أقدم طالب أمريكي يبلغ من العمر ١٩ عاماً على إطلاق النار على أستاذه، داخل إحدى قاعات الدروس - في إحدى المدارس - في كاليفورنيا فأرداه قتيلاً على الفور، وذكر بيان لرجال الشرطة أن خلافاً قديماً كان قد نشب بين الطالب وأستاذه بسبب التنافس على حب إحدى الطالبات (١٩٦).
- ٥ - دلت الإحصائيات على أن (١٢٠) ألف طفل أنجبتهن فتيات بصورة غير شرعية، لا تزيد أعمارهن على العشرين، وأن كثيراً من الطالبات منهن طالبات في الجامعات والكليات (١٩٧).

(١٩٦) صحيفة الشرق الأوسط - العدد ١٤٧ - بتاريخ ١٢/٤/١٩٧٨م.

(١٩٧) تربية الأولاد في الإسلام، عبد الله ناصح علون، ١/٢٧٨.

٦ - أكدت النقابة القومية للمدرسين البريطانيين - في دراسة أجرتها - أن التعليم المختلط أدى إلى انتشار ظاهرة التلميذات الحوامل سفاهاً، وعمرهن أقل من ١٦ عاماً، كما تبين أن استخدام الفتيات لحبوب منع الحمل في المدارس يتزايد، كمحاولة للحد من هذه الظاهرة، دون علاجها واستئصالها من جذورها^(١٩٨).

٧ - ترتب على الدعوة إلى الاختلاط التعليمي بين الجنسين أبشع صور الاغتصاب، وما وقع في مدرسة "سان كيزيتو" بمنطقة ميرو وسط كينيا؛ حيث أقدم مئات من الطلاب على اقتحام المسكن الذي تقيم به الفتيات - اللاتي تتراوح أعمارهن ما بين (١٥ و١٨) عاماً - بعد منتصف الليل، وقاموا باغتصاب حوالي ٧١ طالبة، ولقيت ١٩ طالبة مصرعهن، وأصيبت ٧٥ طالبة من عدد الطالبات البالغ عددهن ٢٧١ طالبة.

وقد زار الرئيس الكيني هذه المدرسة، وأمر بإلقاء الضوء على ما أسماه (الجريمة المجنونة)، بينما أغلقت هذه المدرسة لمدة غير محدودة.

كما هاجم - قبل أشهر من هذه الحادثة - عدد من طلبة مدرسة (كيرياني) الواقعة أيضاً في (ميرو) خمس فتيات واغتصبوهن، قبل أن يشعلوا النار في المبنى^(١٩٩).

وبعد هذا الاستطرد نتساءل أهذا ما تريده الحضارة الغربية الحديثة !!!! لقد حسم الإسلام الأمر وبين عظم المصيبة التي تحل بمن ألفوا الاختلاط... يقول ابن القيم رحمه الله: "ولا ريب إن تمكين النساء من اختلاطهن بالرجال، أصل كل بلية وشر، وهو من أعظم أسباب نزول العقوبات العامة، كما أنه من أسباب فساد أمور العامة والخاصة، واختلاط الرجال والنساء سبب لكثرة الفواحش والزنا، وهو من أسباب الموت العام، والطواعين المتصلة"^(٢٠٠).

ثالثاً - من آثار الاختلاط :

لم تتوقف آثار الاختلاط القاتلة عند تدمير الحدود الأخلاقية بل تعدت إلى هتك الهدف من التعليم وتحصيل المعرفة...

(١٩٨) انظر: إلى غير المحجبات أولاً، محمد سعيد مبيض، ص ٧٠، نقلاً عن العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، فؤاد عبد الكريم، ٢٢٣.

(١٩٩) انظر: صحيفة الرياض - العدد ٨٤٢٥ الصادر بتاريخ ١٤١٢/١/٨ هـ. نقلاً عن العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، فؤاد عبد الكريم، ٢٣٦.

(٢٠٠) انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ٢٨٨، دار المدينة جدة

يقول "إلكسيس كاريل" عندما تتحرك الغريزة الجنسية لدى الإنسان تفرز غدده نوعاً من المادة التي تتسرب بالدم إلى دماغه وتخرده، فلا يعود قادراً على التفكير الصافي^(٢٠١).

لذا قرر مدير مدرسة (شلنفيد) بمقاطعة (ايسكس) في بريطانيا - بعد أن لاحظ النتائج الجيدة التي حققتها المدارس غير المختلطة - قرر الفصل بين البنين والبنات ابتداء من العام الأكاديمي (١٤١٤هـ / ١٩٩٤م في مبان منفصلة، وأكد مدير هذه المدرسة بأن كلاً من الجنسين سوف يحقق نتائج أفضل حيث لن يكون هناك تشتيت للانتباه بوجود جنس آخر في غرفة الدراسة^(٢٠٢).

ولأجل ما سبق قررت "اينيد كاسل" مديرة كلية تشيلتينهام للسيدات في بريطانيا بتفضيل التعليم غير المختلط الذي يدرس فيه الأولاد والبنات كل على حدة، كما جاء ذلك في مقال نشرته بصحيفة (التايمز) اللندنية، حيث قالت فيه: "إن على الآباء أن يأخذوا في اعتبارهم التعليم غير المختلط عند إلحاق بناتهم بالدراسة، وإن أكثر النساء نجاحاً اليوم هن اللائي تعلمن في مدارس مخصصة للبنات، وهناك أدلة متزايدة، منها أن نتائج الامتحانات تدل على أن البنات والأولاد يحصلون على نتائج أفضل، إذا تعلم كل منهم على حدة"^(٢٠٣).

كما طالبت الحركة النسائية في ألمانيا الغربية بعودة التعليم غير المختلط؛ حيث الفتيات يتعلمن أفضل بدون وجود الذكور.

وحسب دراسات أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية، والسويد، وألمانيا، تبين أن اللاتي درسن في مدارس غير مختلطة أفضل من اللاتي درسن في مدارس مختلطة^(٢٠٤).

رابعاً - بين المجتمع الغربي والمجتمع العربي:

نشرت جريدة الجمهورية مقالاً لكاتبة أمريكية مختصة في شؤون الأحداث دون العشرين.... وقد زارت القاهرة عام ١٣٨٢هـ... وساءها ما رآته من اختلاط في المجتمع الإسلامي فكتبت تقول:

(٢٠١) تربية الأولاد، عبدالله ناصح علوان، ١/١٩٧.

(٢٠٢) انظر: صحيفة الرياض العدد ٩٢٥٤ بتاريخ ١٠/٥/١٤١٤هـ.

(٢٠٣) صحيفة المسلمون - العدد، ٤١١، بتاريخ ٢٤/٦/١٤١٣هـ.

(٢٠٤) مجلة المجتمع - العدد ٩١٦، بتاريخ ٢٩/٧/١٤١١هـ. نقلاً عن العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، د. فؤاد عبد الكريم، ٢٣٨-٢٣٩.

امنعوا الاختلاط قبل سن العشرين... فقد عانينا منه في أمريكا الكثير... ولقد أصبح المجتمع الأمريكي مجتمعاً معقداً، مليئاً بكل صور الإباحية والخلاعة، وأن ضحايا الاختلاط والحرية قبل سن العشرين يملأون السجون والأرصفة والبارات والبيوت السرية... إن الحرية التي أعطيناها لفتياتنا وأبنائنا الصغار قد جعلت منهم عصابات أحداث وعصابات (جيمس دين) وعصابات المخدرات والرقيق.

إن الاختلاط والإباحية والحرية في المجتمع الأوروبي والأمريكي هددت الأسر وزلزلت القيم والأخلاق... فالفتاة الصغيرة تحت سن العشرين في المجتمع الحديث تخالط الشبان وترقص وتشرب الخمر والسجائر... بل وتتعاطى المخدرات باسم المدنية والحرية والإباحية.

والعجيب في أوروبا وأمريكا أن الفتاة الصغيرة تحت سن العشرين تلعب وتلهو وتعاشر من تشاء تحت سمع عائلتها وبصرها، بل وتتحدى والدها ومدربيها والمشرفين عليها وتتحداهم باسم الحرية والاختلاط والانطلاق فتتزوج في دقائق وتطلق بعد ساعات ولا يكلفها هذا أكثر من إمضاء وعشرين قرشاً وعريس ليلة أو بضع ليال وهكذا... زواج وطلاق... مرات ومرات....

إن المجتمع المسلم مجتمع كامل وسليم، ومن الخلق بهذا المجتمع أن يتمسك بتعاليمه الدينية التي تقيد الفتاة والشاب -في حدود العفة- وأن هذا المجتمع يختلف عن المجتمع الأوروبي والأمريكي.

يقول الأستاذ محمد محمود صواف: ولهذا أنصح بأن تتمسكوا بتقاليدكم وأخلاقكم، وامنعوا الاختلاط... أيها المسلمون لقد نهض الإسلام بالمرأة نهضة روحية، وعلمية وإنسانية وأخلاقية واجتماعية واقتصادية فملكها وورثها، وجعل منها شخصية فائقة سامقة بين نساء العالمين، لقد فعل الإسلام هذا وأكثر من هذا، يوم كان للإسلام سلطان وكان المسلمون من الناس يطبقون في أنفسهم شريعته وأحكامه السامية، فاتقوا الله في هذه الأمة، واتقوا الله في أنفسكم وفي أهليكم، وعودوا إلى شريعتكم الصافية النامية يعزكم الله بها وينصركم ويثبت أقدامكم والله مع الذين اتقوا والذين هم محسنون^(٢٠٥).

(٢٠٥) المخططات الاستعمارية لمكافحة الإسلام، محمد محمود صواف، ٢٢٧-٢٢٩، دار الاعتصام، القاهرة، ١٩٧٩م.

خامساً - الدعوة إلى تنظيم النسل:

دعا البند الأخير من الاتفاقية إلى تنظيم الأسرة في إطار كفالة صحة الأسرة ورفاهيتها ...

والأمر يحتاج إلى إسهاب وتوضيح :

أ - المقصود بتنظيم الأسرة :

التنظيم في اللغة مادته نَظَمَ والنَّظْمُ : التآليف، ونظمت للؤلؤ أي جمعته في السلك أو الخيط والتنظيم مثله^(٢٠٦).

وقال الليث : النظم : نظمك الخرز بعضه إلى بعض في نظام واحد، كذلك هو في كل شيء حتى يقال : ليس لأمره نظام، أي لا تستقيم طريقته، والانتظام : الاتساق. والنَّظْمُ : الهدْيَةُ - بفتح الهاء وسكون الدال وفتح الياء المخففة - والسيرة، وليس لأمرهم نظام أي ليس له هَدْيٌ - بفتح الهاء وسكون الدال - ولا متعلق ولا استقامة، وما زال على نظام واحد أي عادة.

وانتظم الصيد إذا طعنه أو رماه حتى ينفذ، وقيل : لا يقال انتظمه حتى يجمع رميتين بسهم أو رمح^(٢٠٧).

وبعد : فإن التنظيم مما سبق ذكره يؤدي إلى عدة أمور منها :

الاختصار كما في قولهم : (حتى تجمع رميتين بسهم أو رمح)

وقولهم (وضم شيء إلى شيء آخر وكل شيء قرننه بآخر فقد نظمته)

ويطلق ويراد به (التنظيم) الجمع كما في جمع الرميتين وجمع اللؤلؤ في السلك والخرز في الخيط، ويطلق ويراد به : الترتيب والتنسيق كما في نظم الخرز بعضه إلى بعض، وجعله في نظم واحد^(٢٠٨).

وأقرب المعاني اللغوية مناسبة لموضوع "تنظيم النسل" المراد في الاصطلاح الشائع بين الناس، والذي يعتبر قدراً متفقاً عليه بين الجميع هو : ترتيب النسل والتنسيق بين الحمل والحمل الآخر^(٢٠٩).

(٢٠٦) لسان العرب، لابن منظور، مادة (ن ظ م) طبعة دار المعارف.

(٢٠٧) القاموس المحيط، الفيروز آبادي، مادة (ن ظ م)، التعريفات، الجرجاني، مادة (ن ظ م).

(٢٠٨) تنظيم النسل بين الحل والحرمة دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، د. فرج زهران الدمرداش، ص ٢٤، ملتنقى الفكر، الإسكندرية، ١٤٣١هـ-٢٠٠٢م.

(٢٠٩) انظر: تنظيم الأسرة وموقف الشريعة الإسلامية منه، د. عبدالله الطريقي، ١٨، ط١، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، بدون ذكر دار نشر.

ب - أسباب الدعوة إلى تنظيم النسل :

١ - سبب عام :

هو سبب يدعو إليه مؤيدو تحديد النسل أو تنظيم النسل، حيث يرون إن المساحة الصالحة للسكنى على وجه الأرض محدودة، كما أن وسائل الإنسان لكسب معاشه محدودة، ولكن أهلية النسل الإنساني للنمو والزيادة غير محدودة، إن أكبر عدد من أفراد البشر يمكن أن يتسع وجه الأرض لمعيشته بالمستوى المرتفع العادي هو (خمسون بليون نسمة) وإلى الآن قد بلغ عدد سكان الأرض ما يقرب من ثلاثين بليون نسمة.

ومعنى هذا أن الظروف إذا بقيت تجري في مجراها ولم يعتريها تغيير غير عادي فإن هذا العدد لسكان الأرض سوف يتضاعف مرتين قبل أن تمضى عليه ثلاثون سنة، وفي ذلك ما ينذر بأن الأرض سوف تكتظ بالسكان اكتظاظاً كاملاً بعد خمسين سنة، وأن النسل الإنساني سوف ينحط مستواه للمعيشة، انحطاطاً مطرداً على قدر ما يتزايد أفرادها، إلى أن يتعذر عليه أن يحيا حياة هادئة مطمئنة.

فاللزام إذن لإنقاذ البشرية من مواجهة هذا الخطر الباغث، أن يوضع من التدابير الفعالة والقيود المؤثرة، ما يقوم في وجه تزايد أفرادها^(٢١٠).

سبب مردود:

بداية إن ما سبق ذكره لا يعدو أن يكون نوعاً من السفسطة الفارغة واللغظ الهابط ... إن الإنسان يقم نفسه في علم لا دخل لعقله الصغير في إدراكه تماماً، بل إنه يقف حائراً حسيراً عند الولوج في تلابيب بابهِ العظيم - وهذا العلم يسمى بعلم الضوابط والموازنات ... حيث قوله تعالى: ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْتُهُ بِقَدَرٍ﴾^(٢١١) وقوله جل في علاه: ﴿وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ بِقَدَرٍ نَّعْدِرُ﴾^(٢١٢) وهذا الأمر هو الذي عبر عنه (أ. كريسي موريسون) رئيس أكاديمية العلوم بنيويورك في كتابه بعنوان: «الإنسان لا يقوم وحده» حيث قال:

(٢١٠) حركة تحديد النسل، أبو الأعلى المودودي، ١٠٥، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، وانظر: الحياة الاجتماعية في التفكير الإسلامي، د. أحمد شلبي، ص ٩٣، ط ٣، مكتبة النهضة، القاهرة، ١٩٨١م.

(٢١١) سورة القمر، الآية: ٤٩.

(٢١٢) سورة الفرقان، الآية: ٢.

"ومما يدعو إلى الدهشة أن يكون تنظيم الطبيعة على هذا الشكل، بالغاً هذه الدقة الفائقة..... ما أعجب نظام الضوابط والموازنات الذي منع أي حيوان مهما يكن من وحشيته أو ضخامته أو مكره من السيطرة على العالم، منذ عصر الحيوانات القشرية المتجمدة....(٢١٣).

فقد خلق الله على هذه المساحة من الأرض أنواعاً لا عداد لها من خلائقه وأودع كل واحد منها قدرة عاتية على التوالد والتناسل، بحيث لو أرخى العنان لزوجين منه فقط لينمو من نسلها على هواه ويزيد من أفرادها بكل قوته ونشاطه لاكتظ به -وحده- وجه الأرض من أقصاه إلى أقصاه، ولم يبق عليه شبر ما لنسل أي نوع آخر" (٢١٤).

هلا حدثنا من يدعي اكتظاظ وجه الأرض بالنسل عن تناسل الذباب... إن الذبابة الواحدة تبيض في الدورة الواحدة مئات الألوف.. وفي مقابل هذا لا تعيش إلا حوالي أسبوعين اثنين. فكيف لو أفلت الزمام فعاشت الذبابة الواحدة أشهراً أو سنين؟ لكان الذباب يغطي الأجسام ويأكل العيون؟ ولكن قدرة الله المدبرة هناك تضبط الأمور وفق تقدير محسوب فيه حساب كل الحاجات والأحوال والظروف (٢١٥).

يقول: (نيجل هاى): "وقد قدر أحد العلماء أنه إذا بدأنا بخلية بكتيرية واحدة، مع تهيئة أنسب الظروف لنموها وتكاثرها بدون قيود فإنه يمكنها في خلال ٤٨ ساعة فقط أن تنتج كتلة من الخلايا تزن آلاف الأطنان" (٢١٦) فهذا هو قدرة الله تمنع هذا الجسم من النمو والتكاثر لأن كل شيء عنده بمقدار.

إن هؤلاء القوم لا يعرفون الحد الذي تنتهي عنده جهود الإنسان وتجاربه، وتبدأ بعده السلطة الإلهية الخالصة، الذي لا يقدر الإنسان على فهمها فضلاً عن أن يتدخل في شأنها والحقيقة أنه ليس خلق السكان في العالم أو في بلد من بلاده ثم الزيادة أو النقصان في عددهم، وتهيئة الأسباب لبقائهم إلا مما يتعلق بحكمة الله ونظامه وحده "وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها كل في كتاب مبين" (٢١٧).

(٢١٣) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٣٠٣/٥.

(٢١٤) حركة تحديد النسل، أبو الأعلى المودودي، ١٠٦.

(٢١٥) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٣٧٩/٦.

(٢١٦) مشكلة الغذاء العالمي. نيجل هاى، ص ٣١٢، ترجمة د. فتحي محمد عبد التواب، هيئة الكتب

العلمية، نقلا عن تنظيم النسل بين الحل والحرمة، د. فرج زهران الدمرداش، ٣١٤.

(٢١٧) سورة هود، الآية: ٦.

لنواجه الحجة بالحجة :

أعلن السير وليم كروكس رئيس الجمعية البريطانية إنذاره بالويل سنة ١٨٩٨م. باعتبار أن إنجلترا وسائر البلاد المتحضرة في الدنيا مواجهة لخطر الجذب وقلة القمح وأن وسائل الدنيا لن تتمشى مع حاجات سكانها أكثر من ثلاثين سنة، وهكذا لا تتناسب زيادة السكان مع إنتاجية الأرض، مما يجب العمل معه على الحد من زيادة السكان التي تكون بطبيعتها أعلى نسبة من إنتاج الأرض باستمرار^(٢١٨).

وهلم لنستعرض فيما يلي مدى الصحة في الصيحات الطويلة العريضة التي تعمل اليوم لقلة وسائل المعاش في بلاد الدنيا عامة، وفي بلاد الشرق خاصة.

لنأخذ بالبحث أولاً المساحة الصالحة للسكنى على وجه الكرة الأرضية ... إن هذه الكرة الأرضية تبلغ مساحتها ٥٠ مليون و٧١٦٨ ألف ميل مربع، يخص الوطن العربي منها مساحة ١١١٠٢ مليون كيلو متر مربع، ويبلغ عدد سكانها - على حسب إحصائية سنة ١٩٧٦م - ٤٥٤٥ مليون نسمة، يخص الوطن العربي منها حوالي ١٤٧ مليون نسمة، ومعنى هذا أن كل ميل مربع منها لا يسكنه حالياً إلا ٥٤ شخصاً بالمعدل، وأن كل شخص يخصه نحو ١٢،٥ هكتار على حسب تقدير الأستاذ (دودلى استامب).

أما كم عدد الأشخاص الذين تستطيع الأرض أن تهيئ المكان لسكانهم ؟ فلنا أن نقدر ذلك بأن ألف شخص في هولندا، و ٨٥٣ شخصاً في إنجلترا، و ٢٢ ألف شخصاً في نيويورك يسكنون الآن في ميل مربع بكل سهولة، وأن هناك مساحات كبيرة من الأرض لا يسكنها ولا يزرعها أحد في أكثر بقاع العالم، فما نسبة الأرض المستغلة في الصين إلا ١٠٪ فقط كما أن ٦٢٪ من الأرض الصالحة للسكنى والزراعة أي نحو ١١٥٠ هكتاراً في غربي أفريقيا لا يسكنها ولا يزرعها أحد، كما أن البرازيل لا يزرع من أرضها البالغ مساحتها ٢٠٠٠ مليون هكتار إلا ٢،٢٥٪ كما أن كندا لا تزرع من أرضها البالغ مساحتها ٢٣١٠ هكتاراً إلا ٨٪، فما القول في مثل هذه الظروف بأن الأرض قد ضاقت على سكانها، إلا استهزاء بالحقيقة ومكابرة في وجهها.

ثم إننا إذا درسنا مع ذلك كثافة السكان في مختلف أقطار الدنيا علمنا أن فيها

(٢١٨) حركة تحديد النسل، المودودي، ١١٠، وانظر: الحياة الاجتماعية في التفكير الإسلامي، د.أحمد شلبي ص ٩٤ نقلاً عن تنظيم الأسرة بين الحل والحرمة، فرج الدمرداش، ٣١٧.

ميداناً واسعاً للرقي والتقدم، لا يزال ضحية الإهمال والتغافل، وفيما يلي نذكر كثافة السكان في عدد من أقطار الدنيا بكل كيلو متر مربع:

هولندا ٣٤٥، بلجيكا ٢٩٧، إنجلترا ٢١٣، ألمانيا ٢١٠، باكستان ٩١، مصر وسوريا ٢٣، الولايات المتحدة الأمريكية ١٩، إيران ١٢، جنوب أفريقيا ١٢، نيوزيلندا ٨، كندا ٢.

وأما إذا ذكرنا هذه الكثافة حسب القارات بدلاً من الأقطار فهي كما يلي بكل كيلو متر مربع: أوربا ٨٥، آسيا ٨٩، أمريكا ٩، أفريقيا ٨، أستراليا ٢، أي بمعدل ٢١ شخصاً لكل كيلو متر مربع في مجموع الكرة الأرضية....

ويضيف الأستاذ "ايدون ملر" في عدد أغسطس سنة ١٩٥٧م لمجلة مختار القراء الأمريكية أن أكثر من ربع المساحة اليابسة على وجه الأرض صحراء في الزمن الجاري، فنحن إذا عملنا على إخراج ذخائر المياه الدفينة في باطن الأرض باستخدام الطاقة الذرية، ومع ذلك اكتشفنا طريقاً رخيصاً لتحويل مياه البحر المالحة إلى مياه حلوة استطعنا أن نحول الصحاري كلها إلى جنات نضرات تجري من تحتها الأنهار^(٢١٩).

٢ - سبب خاص:

إن من الأدلة التي تدعو إلى القول بتحديد النسل هو أن الآباء من ذوي الدخل المحدود ليس بوسعهم أن يحققوا الوسائل الكافية لتنشئة أولادهم نشأة طيبة، وتعليمهم تعليماً عالياً، وتربيتهم تربية جيدة.

إن الأطفال عندما يتجاوز عددهم حدود استطاعة آبائهم، أو يولدون لآباء فقراء معوزين، فإن مستواهم للمعيشة لا يكون إلا منخفضاً جداً، ولا يكون كل شيء من نشأتهم وتربيتهم وتعليمهم وغذائهم ولباسهم إلا رديئاً وناقصاً^(٢٢٠).

سبب مردود:

إن هذا القول مما له وجاهته في ظاهر الأمر، لذا فقد صادف هوى من نفوس كثير من الناس، ولكن ليس ضعفه في حقيقة الأمر بأقل من ضعف سابقه... .

إن كلمات التعليم العالي والتربية الجيدة والنشأة الطيبة كلها كلمات فضفاضة مبهمة وليس لواحد منها مفهوم واضح معلوم يستوي فيه جميع أفراد المجتمع، بل قد يكون في ذهن شخص يختلف عنه في ذهن شخص آخر؛ لأن المستوى الذي قرره

(٢١٩) حركة تحديد النسل، المودودي، ١١٣.

(٢٢٠) تنظيم الأسرة بين الحل والحرمة، د. فرج الدمرداش، ٣٢٤.

كل شخص لهذه الكلمات في نفسه، لا يقوم على أساس تشخيصه الصحيح لظروفه ووسائله وإمكانياته، وإنما يقوم على طمعه في أن يبلغ مستوى كمستوى من يراه أكثر منه سعة ورفاهية؛ فيحكم على نفسه بأن يقتصر على طفل أو طفلين، أو لا ينجب أطفالاً أصلاً!!!!!!^(٢٢١).

يقول الدكتور عبد الكريم بكار، إن الإنسان يحتاج في نجاحه غالباً إلى معاكسة في الظروف، وإن أكثر الذين خدموا الإنسانية لم يولدوا وفي أفواههم ملاعق من ذهب، وإن الله أودع الإنسان قدرة على التكيف مع الأحوال، ولكن للأسف الشديد يتكيف معظم الناس مع الظروف المعاكسة تكيفاً سلبياً دون أن يجاهد نفسه في الرقي في المعالي^(٢٢٢).

ويزيد الغزالي الأمر وضوحاً فيقول: "فكثيراً ما كنت أسمع إلى كلمات الرضا "بما قسم الله لي" من أفواه الفلاحين الكسالى المنكوبين في أرزاقهم ومن أفواه العمال المضيعين في أجورهم، ومن أمثال هؤلاء وأولئك ممن حظهم في الحياة ضئيل ونصيبهم من الدنيا قليل!!!! ولا يسعون إلى تغيير وضعهم بالعمل والعلم والوعي والإيمان... .

فكنت أول الأمر مخدوعاً بما تشير إليه الكلمة من إيمان وتسليم، حتى تبينت أخيراً أن للكلمة الشائعة دلالة أخرى قد تكون أقرب إلى الواقع !!

فرجعت أتساءل... ترى هل هذا رضاء بالقدر في أشد أحواله؟؟ أم حرص على الحياة في أحط صورها!!!!

ولم يطل تساؤلي كثيراً فقد عرفت وجه الحق.

إن المسألة لا تعدو الاستمسك بأهداب الحياة، ولو كانت في الدرك الأسفل من الشقاء، والاستنامة في مهاد الذل، ولو كان مليئاً بالأشواك والأقذار!!!!

ترى هذا كله ثاوياً في قرارات النفوس المريضة، تمكن له التعاليم الضالة والفكر الخاطئ، فإذا هو يظهر على الألسنة كأنه تسبيح وتحميد، ولكنه في الحقيقة الركون إلى معيشة العبيد!!!!

وتجد أقواماً يطوون بطونهم على خشائش الأرض ثم لا يرضون بهذا فحسب بل يقولون: " اللهم أدمها نعمة واحفظها من الزوال "

أليس زوال هؤلاء نعمة تستريح بها الحياة !! إن استحلال إصلاحهم!!^(٢٢٣)

(٢٢١) المرجع السابق.

(٢٢٢) انظر: حول التربية والتعليم (ضمن موسوعة المسلمون بين التحدي والمواجهة)، أ. د. عبد الكريم بكار، ٤٥، ط٢، دار القلم، سوريا.

(٢٢٣) الإسلام والمناهج الاقتصادية، محمد الغزالي، ص ٥٩-٦٠، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٢ م.

وينقل ابن المقفع في كتاب كلیلة ودمنة بعد أن نقله إلى العربية من الهندية "وإن من الناس من لا مروءة له؛ وهم الذين يفرحون بالقليل ويرضون بالدون؛ كالكلب الذي يصيب عظماً يابساً فيفرح به. وأما أهل الفضل والمروءة فلا يقنعهم القليل، ولا يرضون به، دون أن تسموا به نفوسهم إلى ما هم أهل له، وهو أيضاً لهم أهل؛ كالأسد الذي يفترس الأرنب، فإذا رأى البعير تركها وطلب البعير، ألا ترى أن الكلب يبصبص بذنبه، حتى ترمي له الكسرة، وأن الفيل المعترف بفضله وقوته إذا قدم إليه علفه لا يعتلفه حتى يمسح ويتملق له، فمن عاش ذا مالٍ وكان ذا فضلٍ وإفضالٍ على أهله وإخوانه فهو وإن قل عمره طويل العمر، ومن كان في عيشه ضيقٌ وقلةٌ وإمساكٌ على نفسه وذويه فالمقبور أحياناً منه، ومن عمل لبطنه وقنع وترك ما سوى ذلك عد من البهائم، قال كلیلة: قد فهمت ما قلت؛ فراجع عقلك، واعلم أن لكل إنسان منزلةً وقدرًا. فإن كان في منزلته التي هو فيها متمسكاً، كان حقيقاً أن يقنع. وليس لنا من المنزلة ما يحط حالنا التي نحن عليها. قال دمنة: إن المنازل متنازعةٌ مشتركةٌ على قدر المروءة؛ فالمرء ترفعه مروءته من المنزلة الوضيعة إلى المنزلة الرفيعة؛ ومن لا مروءة له يحط نفسه من المنزلة الرفيعة إلى المنزلة الوضيعة. إن الارتفاع إلى المنزلة الشريفة شديداً، والانحطاط منه مهينٌ؛ كالحجر الثقيل: رفعه من الأرض إلى العاتق عسرٌ، ووضعه إلى الأرض هينٌ. فنحن أحق أن نروم ما فوقنا من المنازل، وأن نلتمس ذلك بمروءتنا. ثم كيف نقنع بها ونحن نستطيع التحول عنها؟^(٢٢٤)

سادساً - تنظيم النسل في الشريعة الإسلامية :

أولاً - مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة :

قرر ما يلي :

- ١ - إن الإسلام رغب في زيادة النسل وتكثيره؛ لأن كثرة النسل تقوي الأمة الإسلامية اجتماعياً واقتصادياً وحربياً وتزيده عزة ومنعة.
- ٢ - إذا كانت هناك ضرورة شخصية تحتم تنظيم النسل، فللزوجة إن يتصرفا طبقاً لما تقتضيه الضرورة، وتقدير هذه الضرورة متروك لضمير الفرد ودينه.
- ٣ - لا يصح شرعاً وضع قوانين تجبر الناس على تحديد النسل بأي وجه من الوجوه.
- ٤ - إن الإجهاض بقصد تحديد النسل أو استعمال الوسائل التي تؤدي إلى العقم لهذا الغرض - تحديد النسل - أمر لا تجوز ممارسته شرعاً للزوجين أو لغيرهما.

ويوصي المؤتمر بتوعية المواطنين وتقديم المعونة لهم في كل ما سبق تقريره بصدد تنظيم النسل^(٢٢٥).

ثانياً - قرار المجلس التأسيسي لرابطة العالم الإسلامي:

في الدورة السادسة عشرة اتخذ المجلس التأسيسي لرابطة العالم الإسلامي، قراراً يمنع فيه تحديد النسل وهذا هو نص القرار:

درس المجلس مسألة تحديد النسل أو تنظيمه كما يريد أن يسميه بعض دعائه، واتفق أعضاء المجلس على أن المخترعين لهذه الفكرة، أرادوا أن يكيّدوا بها للأمة الإسلامية، وأن المجندين لها من المسلمين وقعوا في أحبولتهم^(٢٢٦).

وستكون لهذا التحديد إن نجح - لا قدر الله - عواقب وخيمة سياسية واقتصادية واجتماعية وحربية، وقد صدرت فتاوى كثيرة من علماء أجلاء موثوق بعلمهم وديانتهم بحرمة هذا التحديد ومضادته للشريعة الإسلامية، فقد أجمع المسلمون على أن من أغراض الإسلام في النكاح التناسل.

وصح في الأخبار عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن المرأة الولود خير من العقيم لقوله - صلى الله عليه وسلم - : تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة وقد جاء رجلٌ إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالَ إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَجَمَالٍ وَإِنَّهَا لَا تَلِدُ أَفَأَتَزَوَّجُهَا قَالَ «لَا». ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ فَنَهَاهُ ثُمَّ أَتَاهُ الثَّالِثَةَ فَقَالَ «تَزَوَّجُوا الْوُدَّ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ»^(٢٢٧).

ولم يختلف الفقهاء في إن إسقاط الجنين بعد تخلق النطفة جريمة وفعل محرم يشمل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾^(٢٢٨) وفي الآية الأخرى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾^(٢٢٩).

وهو نوع من الوأد الذي كانت الجاهلية تفعله، وقال أكثرهم بحرمة إسقاط النطفة ولو كانت غير مخلقة.

(٢٢٥) المؤتمر الثاني المنعقد في القاهرة في ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.

(٢٢٦) الأحبولة: المصيدة، المعجم الوسيط، ١/ ١٥٣ مجمع اللغة العربية، القاهرة.

(٢٢٧) أخرجه أبو داود، ٢٠٥٢، وأخرجه أحمد في مسنده، ١٢٩٤٨ وقال الألباني في السلسلة الصحيحة حديث حسن صحيح، ٣٠٢.

(٢٢٨) سورة الأنعام، الآية: ١٥١.

(٢٢٩) سورة الإسراء، الآية: ٣١.

وقد ثبت طبيّاً أن تناول الدواء المجهض أو المانع من الحمل يلحق ضرراً بليغاً بالأُمّهات، أو بأولادهن إذا لم ينجح في منع الحمل وولدن، ولا يعتد بالأسباب الواهية التي يذكرها أنصار تحديد النسل كخوفهم من كثرة السكان، وتعذر التغذية، وفساد التربية، ففي الآية الكريمة الجواب عن ذلك فالرزق على الله وهو مكفول، والثروات الطبيعية عظيمة في البلدان الإسلامية، ومجالات العمل رحبة، والمساحات لإيواء السكان شاسعة: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۖ وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾ (٢٣٠).

ثم إن هذا التحديد اعتداء على الدين وعلى الحرية الشخصية وعلى حقوق الإنسان، والمجلس يأسف إذ يعلم أن بعض البلدان الإسلامية انخدعت بهذه المكيدة، فشجعت تحديد النسل، وأباحت بيع العقاقير المجهضة أو المانعة للحمل في أسواقها، وهم يعلمون حق العلم أن العدو الصهيوني يستورد من أقطار الدنيا شذاذ الآفاق لتعمير بلاد العرب المغتصبة، كما أن دولاً عظمى مثل فرنسا لا تكتفي بأبنائها للمكاثرة بل تفتح باب التجنس على مصراعيه.

فالمجلس يوصي الأمانة العامة باتخاذ ما تراه من وسائل لمقاومة هذه الفكرة الخاطئة ودرء مفسادها (٢٣١).

ثالثاً - قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية :

نظراً إلى أن الشريعة الإسلامية ترغب في انتشار النسل وتكثيره وتعتبر النسل نعمة كبرى، ومنة عظيمة من الله منّ بها على عباده، فقد تضافرت بذلك النصوص الشرعية من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

ومما أوردته اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في بحثها المعد للهيئة المقدم لها، ونظراً إلى أن القول بتحديد النسل أو منع الحمل، مصادم للفطرة الإنسانية التي فطر الله الخلق عليها، وللشريعة الإسلامية التي ارتضاها الرب تعالى لعباده، ونظراً إلى أن دعاة القول بتحديد النسل أو منع الحمل فئة تهدف بدعوتها إلى الكيد للمسلمين بصفة عامة، وللأمة العربية بصفة خاصة، حتى تكون لهم القدرة على استعمار البلاد وأهلها، وحيث إن الأخذ بذلك ضرب من أعمال الجاهلية، وسوء ظن بالله تعالى، وإضعاف للكيان الإسلامي، المتكون من كثرة اللبنة البشرية وترباطها؛

(٢٣٠) سورة الطلاق، الآيتان: ٢، ٣.

(٢٣١) مجلة المجتمع، الكويت، عدد ٢٤٧ في ١٨ من ربيع الثاني ١٣٩٥هـ، نقلاً عن تنظيم النسل بين الحل والحرمة، فرج الدمرداش، ص ٣٥٠.

لذلك كله فإن المجلس يقرر: بأنه لا يجوز تحديد النسل مطلقاً، ولا يجوز منع الحمل إذا كان القصد من ذلك خشية الإملاق؛ لأن الله تعالى هو الرزاق ذو القوة المتين، وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها.

أما إذا كان منع الحمل لضرورة محققة، ككون المرأة لا تلد ولادة عادية تضطر معها إلى إجراء عملية جراحية لإخراج الولد، أو كان تأخيرها لفترة ما لمصلحة يراها الزوجان فإنه لا مانع حينئذ من منع الحمل أو تأخيرها عملاً بما جاء في الأحاديث الصحيحة وما روي عن جمع من الصحابة - رضوان الله عليهم - من جواز العزل تمشياً مع ما صرح به بعض الفقهاء من جواز شرب الدواء لإلقاء النطفة قبل الأربعين، بل قد يتعين منع الحمل في حالة ثبوت الضرورة المحققة.

وقد توقف فضيلة الشيخ عبد الله بن غديان في حكم الاستثناء.
وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد وآله وسلّم (٢٣٢).

وبعد الاستطراد في تناول أوجه الموضوع على النحو السالف يتبين أن تحديد النسل بأي صورة مفقرة للحياة، وليس من مبادئ الإسلام في شيء، فالإسلام حياة تتفتح، أما الإجهاض والتعقيم فموت؛ لذلك ينفيهما الإسلام أصلاً.

وأما حالات الاستثناء فشذوذ عن القاعدة لمحظورات تقرها الضرورات، والأصل القاعدة العامة وروح الإسلام الكلية (٢٣٣).

المادة الحادية عشرة:

١ - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما:

أ - الحق في العمل بوصفه حقاً ثابتاً لجميع البشر.

ب - الحق في التمتع بنفس فرص الوظيفة، بما في ذلك تطبيق معايير الاختيار نفسها في شؤون التوظيف.

ت - الحق في حرية اختيار المهنة ونوع العمل، والحق في الترقية والأمن الوظيفي، وفي جميع مزايا وشروط الخدمة، والحق في تلقي التدريب وإعادة

(٢٣٢) مجلة البحوث الإسلامية، قرار رقم ٤٢ بتاريخ ١٣ من ربيع الآخر سنة ١٤٩٦ هـ، الرياض - المجلد الثاني، العدد الأول، ص ١٠٩، ١٢٨.

(٢٣٣) تنظيم النسل بين الحل والحرمة، فرج الدمرداش، ٣٥٤.

التدريب المهني، بما في ذلك التلمذة الصناعية والتدريب المهني المتقدم والتدريب المتكرر.

ث - الحق في المساواة في الأجر، بما في ذلك الاستحقاقات، والحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المساوية، وكذلك المساواة في المعاملة في تقييم نوعية العمل.

ج - الحق في الضمان الاجتماعي ولا سيما في حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عديم الأهلية للعمل، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر.

ح - الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب.

٢ - توخياً لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة، ولضمان حقها الفعلي في العمل، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة :

أ - لحظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتمييز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية، مع فرض جزاءات على المخالفين.

ب - لإدخال نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر أو المشفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة دون فقدان للعمل السابق أو للأقدمية أو للعلاوات الاجتماعية.

ت - لتشجيع توفير الخدمات الاجتماعية المساندة اللازمة لتمكين الوالدين من الجمع بين الالتزامات العائلية وبين مسؤوليات العمل والمشاركة في الحياة العامة، ولا سيما عن طريق تشجيع إنشاء وتنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال.

ث - لتوفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل في الأعمال التي يثبت أنها مؤذية لها.

٣ - يجب أن تستعرض التشريعات الوقائية المتصلة بالمسائل المشمولة بهذه المادة استعراضاً دورياً في ضوء المعرفة العلمية والتكنولوجية، وأن يتم تنقيحها أو إلغاؤها أو توسيع نطاقها حسب الاقتضاء.

دراسة المادة:

ذكرنا في الصفحات السابقة بإسهاب واضح أن الإسلام لا يعارض تمكين المرأة من العمل، ولكن يصون كرامتها ويرحم فطرتها بضوابط محددة وشروط واضحة

ولا نرى الحاجة في تكرار ما تم ذكره...ولكننا نفرد ما تم تقنينه في هذه المادة بالشرح والتوضيح.

أولاً - المساواة في الأجر:

لنعود إلى سبب المشكلة أولاً، والتي دعت إلى النص على الحق في المساواة في الأجر، بما في ذلك الاستحقاقات، والحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المساوية، وكذلك المساواة في المعاملة في تقييم نوعية العمل.

لقد كانت الطبيعة الأوربية في جميع عهودها جاحدة، لا تسخو ولا ترتفع إلى مستوى التطوع النبيل الذي يكلف جهداً ولا يفيد مالأً أو نفعاً قريباً أو غير قريب، ولكن الأوضاع الاقتصادية في عهدي الرق والإقطاع والتكتل الذي كان يستلزمه في البيئة الزراعية جعلاً تكليف الرجل إعالة المرأة هو الأمر الطبيعي الذي تقتضيه الظروف، فضلاً عن أن المرأة كانت تعمل في المنزل في الصناعات البسيطة التي تتيحها البيئة الزراعية فكانت تدفع ثمن إعالتها بهذا العمل !!!

ولكن الثورة الصناعية قلبت الأوضاع كلها في الريف والمدينة على السواء، فقد حطمت كيان الأسرة وحلت روابطها بتشغيل النساء والأطفال في المصانع.... وقد دفعت المرأة أقبح الثمن من جهدها وكرامتها، وحاجتها النفسية والمادية. فقد نكل الرجل عن إعالتها من ناحية، وفرض عليها أن تعمل لتعول نفسها حتى لو كانت زوجة وأماً!!! واستغلتها المصانع أسوأ استغلال من ناحية أخرى، فشغلتها ساعات طويلة من العمل، وأعطتها أجراً أقل من الرجل الذي يقوم معها بنفس العمل في نفس المصنع^(٢٣٤).

هذه هي المشكلة التي دعت اللجان الدولية والمحافل القانونية تعد العدة لحماية المرأة بعد أن ثارت المرأة ثورة جامحة تحطم فيها ظلم أجيال طويلة وقرون.

أما الإسلام فحسم الأمر بعدالته منذ فجر طبيعته، فقال تعالى: ﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمِلٍ مِنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْتِي بِعَعْضِكُمْ مِّنْ بَعْضٍ﴾^(٢٣٥).

حتى أن الهبة أو العطية التي يمنحها الوالد لولده والتي لا تبني على أدنى عمل يعمله أحد الجنسين جعل الإسلام الأمر فيها بالتساوي، وهذا ما ذهب إليه جمهور الإسلام^(٢٣٦)... فالإنسان مطالب بالتسوية بين أولاده في الهبة بدون محاباة وتفضيل

(٢٣٤) شبهات حول الإسلام، محمد قطب، ١٠٨.

(٢٣٥) سورة آل عمران، الآية: ١٩٥.

(٢٣٦) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢/ ١٣٢٦٤.

لبعضهم على بعض لما روى النعمان بن بشير رضي الله عنهما: «أنَّ أباه أتى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: إني نحلته - أي أعطيت بغير عوض - ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال: لا فقال: فأرجعه» وفي رواية: «فلا تشهدي إذا، فإني لا أشهد على جور» وفي الثالثة: «أتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» (٢٣٧).

إن كان هذا التساوي فرضه الإسلام في مجال العطية كما ذكرنا فقطعاً في مجال العمل وبذل الجهد هو أؤكد وأوجب...

ثانياً - الضمان الاجتماعي وتكافل الإسلام:

اشتمل نص المادة على ضرورة حق المرأة في الضمان الاجتماعي ولا سيما حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عدم الأهلية للعمل.

والإسلام في ذلك أوسع باعاً وأوفر نصوصاً تشدد على تحقيق هذا الضمان وقيام هذا التكافل في أتم صورته وأجمل معانية...

وحساسية الإسلام في ذلك منقطعة النظير... وتقسيم البشر بين آلهة وعبيد أمر مرفوض في الدين.. وقد خرج الإسلام عن حدود دائرة الزكاة، وأوجب إخراج ما يكفي من المال لإذهاب العيلة واستئصال الحرمان، وإشاعة فضل الله على عباده من ثروات الأغنياء ولو تجاوزت تجاوزاً بعيداً عن مقادير الزكاة المفروضة؛ لأن حق الحياة حق إسلامي أصيل... ومقادير الزكاة ليست إلا الحد الأدنى لما يجب إنفاقه (٢٣٨).

فعن فاطمة بنت قيس قالت: سألت أو سئل النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الزكاة فقال: إن في المال لحقاً سوى الزكاة، ثم تلا هذه الآية التي في البقرة: ﴿لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُولُوا وَجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَءَاتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَءَاتَى الزَّكَاةَ وَالْمُؤْتُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّادِقِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾ (٢٣٩).

(٢٣٧) أخرجه البخاري، ٢٦٥٠، ٢٥٨٦، ٢٥٨٧، وأخرجه مسلم، ٤٢٦٢.

(٢٣٨) الإسلام والأوضاع الاقتصادية، محمد الغزالي، ص ١١١، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٢م.

(٢٣٩) سورة البقرة، الآية: ١٧٧.

وعن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا أو عروا إلا بما يصنع أغنياؤهم، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً، ويعذبهم عذاباً أليماً^(٢٤٠).

فلا يجوز في الإسلام أن يبقى في مجتمعه أحد من غير دخل - قليل أو كثير - ويكفل له المستوى الواجب لمعيشته، وقد أفتى ابن حزم وغيره من العلماء، بأنه إذا مات رجل جوعاً في بلد اعتبر أهله قتلة، وأخذت منهم دية القتل^(٢٤١).

وقد اعتبر القرآن أن من التكذيب بالدين، أن تدع اليتيم، وألا تحض على طعام المسكين.

فالمسلم - رجل أو امرأة - أخو المسلم يفرح لفرحه ويحزن لترحته، شعاره قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾^(٢٤٢) كيانه مرتبط بكل فرد في أمته، متمثلاً قوله صلى الله عليه وسلم: (مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ وَتَرَاحُمِهِمْ وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى)^(٢٤٣).

وهذا ما قد ظهر عمر بن الخطاب أمير المؤمنين- رضوان الله عليه- فجعل قلبه مع كل فرد من أمته بلا استثناء يذكر ولا وساطة تظهر... يسعى لتكافل ضعيفهم من نسائهم وصبيانهم على نفسه وبيته ... فهذا هو ذا زيد بن أسلم عن أبيه يقول: خرجنا مع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وأرضاه إلى "حَرَّةٍ وَاقِمٍ"^(٢٤٤) حتى إذا كنا بـ"صرار" إذ نار توقد.

فقال يا أسلم إنى لأرى ركب قد ضربهم البرد والليل، انطلق بنا.

فخرجنا نهول حتى دنونا منهم، فإذا امرأة معها صبيان صغار وقدر منصوبة على نار وصبيانها يتصاعقون.

(٢٤٠) قال المنذري: رواه الطبراني في الأوسط والصغير وقال: انفرد به ثابت بن محمد الزاهد، وقال المنذري: وثابت ثقة صدوق روى عنه البخاري وغيره وبقيّة رواه لا بأس بهم، وروي موقوفاً على علي بن أبي طالب رضي الله عنه (الترغيب والترهيب، ١، الزكاة)، وذكره ابن حزم موقوفاً على علي بن أبي طالب رضي الله عنه ١٥٨/٦ من طريق سعد بن منصور.

(٢٤١) المرجع السابق، الإسلام والأوضاع الاقتصادية، محمد الغزالي، ١١١.

(٢٤٢) سورة الحجرات، الآية: ١٠.

(٢٤٣) أخرجه مسلم، ٦٧٥١.

(٢٤٤) هي بكسر القاف: أُطْمٌ من أطام المدينة وإليه تُنسب الحَرَّة، النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، ٤٨٢/٥، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

فقال: السلام عليكم يا أهل الضوء، وكره أن يقول يا أهل النار.

فقالت: وعليكم السلام.

فقال: أأدنو؟ فقالت أدنو بخير أو دع.

فقال: ما بكم؟ فقالت ضربنا البرد والليل.

فقال: وما بال الصبية يتضاغون؟ قالت: الجوع.

فقال: فأَي شيء في هذا القدر؟ ماء أسكتهم به حتى يناموا... والله بيننا وبين عمر.

قال: أي يرحمك الله، وما يدري عمر عنكم؟

فقالت: يتولى أمرنا ثم يغفل عنا؟؟؟

فأقبل عمر على أسلم وقال انطلق بنا، فانطلقنا نهرول حتى أتينا دار الدقيق فأخرج عدلاً فيه كبة شحم فقال أحمله علي!!

فقلت أحمله عنك، قال أحمله علي مرتين أو ثلاثاً كل ذلك أقول أنا أحمله عنك، فقال لي في آخر ذلك، أنت تحمل عني وزري يوم القيامة لا أم لك! فحملته عليه، وانطلقت معه نهرول، فألقى ذلك عندها وأخرج من الدقيق شيئاً فجعل يقول: نري علي وأنا أحرك لك، وجعل ينفخ تحت القدر وكان ذا لحية عظيمة فجعلت أنظر إلى الدخان من خلل لحيته حتى أنضج وأدم القدر ثم أنزلها.

وقال: أبغيني شيئاً، فأتته بصفحة فأفرغها فيها ثم جعل يقول لها: أعطيههم وأنا أسطح لهم، فلم يزل حتى شبعوا، وترك عندها فضل ذلك، وقام وقمت معه. فجعلت تقول جزاك الله خيراً... كنت أولى بهذا الأمر من أمير المؤمنين. فيقول: قللي خيراً.

إذا جئت أمير المؤمنين وجدنتني هناك إن شاء الله.

ثم تنحى ناحية عنها ثم استقبلها فربض مربضاً.

فقلت له: لك شأن غير هذا؟

فما كلمني حتى رأيت الصبية يصرعون ويضحكون ثم ناموا وهدأوا.

فقام وهو يحمد الله ثم أقبل علي فقال: يا أسلم إن الجوع أسهرهم وأبكاهم فأحببت أن لا أنصرف حتى أرى ما رأيت^(٢٤٥).

(٢٤٥) تاريخ الطبري، ٣/ ٢٧٥.

هذا هو الإسلام... وهذه هي رحمته بكفالة المرأة ضد ما يمر بها من عقبات وعثرات، وهذا ما سبق به الإسلام الأنظمة الوضعية النفعية التي أذاقت المرأة مر الدنيا وقبحها.

ولم يجعل الإسلام القيام بحق الكفالة والضمان عامة ضد آفات الدنيا من عمل وغيرها، نافلة شاء أفراده أن يقيموها أم لا!!! بل أوجب ذلك وجعل الالتزام به واجباً على المجتمع وفق المسؤولية المشتركة التي تجمع بين الفردية والجماعية، فهناك تكافل بين الفرد والجماعة وبين الجماعة والفرد، يوجب على كل منهما تبعات ويرتب على كل منهما حقوق، والإسلام يبلغ في هذا التكافل والتضامن حد التوحيد بين المصلحتين^(٢٤٦).

يقول الدكتور يوسف القرضاوي: لكل مواطن عجز عن العمل، عجزاً أصلياً أو طارئاً، عقلياً أو جسمياً، أو كان قادراً عليه ولكنه لم يجد عملاً، ولم تستطع الدولة أن تهئ له سبيل العمل المناسب لمثله... أو وجد عملاً ولكن كان دخله منه لا يكفي، لكثرة أعبائه العائلية، أو لظروف عارضة زادت في معدل نفقاته كمرض ألم به، أو بأحد من أسرته، أو لغلاء الأسعار أو نحو ذلك.

فمن واجب الدولة المسلمة أن توفر لكل إنسان يعيش في كنفها - مسلماً أو غير مسلم - الغذاء الصحي اللازم، والملبس الواقى للجسم في حالتي الحر والبرد، والمسكن الذي يكن صاحبه ويستره ويشعره باستقلاله عن غيره، والعلاج الذي يزيل عنه آلام المرض وييسر له الشفاء وفقاً لسنن الله تعالى... والتعليم المجاني الذي يخرج من ظلمة الأمية والجهالة إلى نور المعرفة والثقافة، وتتيح لذوي المواهب أن يبلغوا أقصى درجات التعليم المستطاع للبشر، وأن يسدوا كل الثغرات التي تحتاج إليها الأمة في مختلف النواحي والتي عدها العلماء من فروض الكفاية ..

ومن حق كل مواطن في دولة الإسلام أن يطالبها بهذه الحاجات الأساسية إذا قصرت في توفيرها لمستحقيها، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (الإمام راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته)^(٢٤٧).

فجعل مسؤولية الإمام - رئيس الدولة - عن الأمة كمسؤولية رب البيت عن الأسرة، وهذا ما بدأ النبي - صلى الله عليه وسلم - بتطبيقه بوصفه إمام المسلمين

(٢٤٦) الحقوق والحريات العامة في عالم متغير، أنور أحمد رسلان، ٧٤، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٣ م.

(٢٤٧) أخرجه البخاري، ٨٩٣، ومسلم، ٤٨٢٨.

في عهده، وذلك حين قال: (أنا أولى بكل مسلم من نفسه، من ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً أو ضياعاً (يعني أولاداً صغار ضائعين لعدم ما يكفيهم ومن يكفيهم) فإلي وعلي) (٢٤٨).

ولهذا كان - صلى الله عليه وسلم - يقضي من بيت المال ديون من مات ولم يترك وفاء.

وجاء عمر من بعد - وقد اتسعت ثروة الدولة الإسلامية - فبلغ بالنكافل مبلغاً لم تحلم به الإنسانية من قبل، ففرض عطاء لكل مولود في الإسلام وأمر بإجراء معاش أو راتب لكل عاجز عن العمل ولو كان من أهل الذمة من اليهود أو النصارى (٢٤٩).

ثالثاً - تدابير وقائية :

تضمن عجز المادة المعني بدراساتها تدابير وقائية لمنع التمييز ضد المرأة كان منها:

- ١ - حظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتميز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية مع فرض جزاءات على المخالفين.
 - ٢ - إدخال نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر أو المشفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة دون فقدان للعمل السابق أو للأقدمية أو للعلاوات الاجتماعية.
 - ٣ - تشجيع توفير الخدمات الاجتماعية المساندة اللازمة لتمكين الوالدين من الجمع بين الالتزامات العائلية وبين مسؤوليات العمل والمشاركة في الحياة العامة، ولا سيما عن طريق تشجيع إنشاء وتنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال..
- وقد يجد كل من يطالع نظام العمل السعودي المعني بتنظيم العلاقة بين العامل وصاحب العمل أنه يحمي هذه التدابير بنصوص محددة نوردها على النحو التالي:
- نصت المادة الحادية والخمسون بعد المائة: (أن للمرأة العاملة الحق في إجازة وضع لمدة الأسابيع الأربعة السابقة على التاريخ المحتمل للوضع، والأسابيع الستة اللاحقة له، ويحدد التاريخ المرجح للوضع بوساطة طبيب المنشأة، أو بموجب شهادة

(٢٤٨) أخرجه البخاري، ٢٣٩٩، ومسلم، ٢٠٤٢.

(٢٤٩) الحل الإسلامي فريضة وضرورة، د. يوسف القرضاوي، ٧٠-٧١، ط ٢ مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

طبية مصدقة من جهة صحية، ويحظر تشغيل المرأة خلال الأسابيع الستة التالية مباشرة للوضع).

ونصت المادة الثانية والخمسون بعد المائة: (أن على صاحب العمل أن يدفع إلى المرأة العاملة أثناء انقطاعها عن عملها في إجازة الوضع ما يعادل نصف أجرها، إذا كان لها خدمة سنة فأكثر لدى صاحب العمل، والأجرة كاملة إذا بلغت مدة خدمتها ثلاث سنوات فأكثر يوم بدء الإجازة، ولا تدفع إليها الأجرة أثناء إجازتها السنوية العادية إذا كانت قد استفادت في السنة نفسها من إجازة وضع بأجر كامل، ويدفع إليها نصف أجرها أثناء الإجازة السنوية، إذا كانت قد استفادت في السنة نفسها من إجازة وضع بنصف أجر).

وتنص المادة الثالثة والخمسون بعد المائة: (على صاحب العمل توفير الرعاية الطبية للمرأة العاملة أثناء الحمل والولادة).

وتنص المادة الرابعة والخمسون بعد المائة: (على أنه يحق للمرأة العاملة عندما تعود إلى مزاولة عملها بعد إجازة الوضع أن تأخذ بقصد إرضاع مولودها فترة أو فترات للاستراحة لا تزيد في مجموعها على الساعة في اليوم الواحد، وذلك علاوة على فترات الراحة الممنوحة لجميع العمال، وتحسب هذه الفترة أو الفترات من ساعات العمل الفعلية ولا يترتب عليها تخفيض الأجر).

وتنص المادة الخامسة والخمسون بعد المائة: (على أنه لا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة أو إنذارها بالفصل أثناء تمتعها بإجازة الوضع).

المادة السادسة والخمسون بعد المائة: (لا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة أثناء فترة مرضها الناتج عن الحمل أو الوضع، ويثبت المرض بشهادة طبية معتمدة، على ألا تتجاوز مدة غيابها مائة وثمانين يوماً، ولا يجوز فصلها بغير سبب مشروع من الأسباب المنصوص عليها في هذا النظام خلال المائة والثمانين يوماً السابقة على التاريخ المحتمل للولادة).

وتنص المادة الثامنة والخمسون بعد المائة: (أن على صاحب العمل في جميع الأماكن التي يعمل فيها نساء وفي جميع المهن أن يوفر لهن مقاعد، تأميناً لاستراحتهن).

وتنص المادة التاسعة والخمسون بعد المائة على أنه:

- ١ - على كل صاحب عمل يشغل خمسين عاملة فأكثر أن يهيئ مكاناً مناسباً يتوافر فيه العدد الكافي من المربيات، لرعاية أطفال العاملات الذين تقل أعمارهم عن ست سنوات، وذلك إذا بلغ عدد الأطفال عشرة فأكثر.

٢ - يجوز للوزير أن يلزم صاحب العمل الذي يستخدم مائة عاملة فأكثر في مدينة واحدة أن ينشئ داراً للحضانة بنفسه أو بالمشاركة مع أصحاب عمل آخرين في المدينة نفسها، أو يتعاقد مع دار للحضانة قائمة لرعاية أطفال العاملات الذين تقل أعمارهم عن ست سنوات وذلك أثناء فترات العمل، وفي هذه الحالة يحدد الوزير الشروط والأوضاع التي تنظم هذه الدار، كما يقرر نسبة التكاليف التي تفرض على العاملات المستفيدات من هذه الخدمة).

رابعاً - عناية الإسلام بحمل المرأة :

تضمن نص المادة محل الدراسة ضرورة توفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل في الأعمال التي يثبت أنها مؤذية لها...

ونقول إن البشرية لم تر تشريعاً ذهب إلى ما ذهب إليه الإسلام في حماية حمل المرأة من ثمة أدنى اعتداء يمس حياة الحمل، حتى لو اتخذ هذا الاعتداء شكلاً معنوياً لا قصد فيه لجناية قط...

فقد روي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بعث إلى امرأة كان يُدْخَلُ عليها فقالت: يا ويلها، ما لها ولعمر؟؟... فبينما هي في الطريق إذ فزعت، فضربها الطلق فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحيتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، وصمت علي - رضي الله عنه - فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هোক فلم ينصحوا لك، إن ديتك عليك؛ لأنك أفزعتها فألقتك. فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك^(٢٥٠).

هذا ولا فرق بين أن تكون الجناية الواقعة على حياة الحمل بفعل الحامل نفسها أو بفعل غيرها، فلو شربت المرأة دواء بدون ضرورة، وهي تعلم أنه مسقط للحمل، أو صامت شهر رمضان وهي تظن أنه يضرها فأجهضت فهي جانية وضامنة^(٢٥١).

وقد اتفق الفقهاء على أن الواجب في الجناية على جنين الحرة هو غرة.

لما ثبت عنه - صلى الله عليه وسلم - من حديث أبي هريرة وغيره: «أنَّ امْرَأَتَيْنِ مِنْ هَذِيلٍ رَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى، فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - فِيهَا بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ»^(٢٥٢).

(٢٥٠) المغني، لابن قدامة ٩/٥٧٩، دار الكتاب العربي، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

(٢٥١) المرجع السابق، ٩/٥٥٧/٥٥٨.

(٢٥٢) أخرجه البخاري، ٥٧٥٨، ٥٧٥٩، وأخرجه مسلم، ٤٤٨٣.

واتَّفَق فقهاء المذاهب على أَنَّ مقدار الغرّة في ذلك هو نصف عشر الدية الكاملة، وأنَّ الموجب للغرّة كلّ جنائية ترتّب عليها انفصال الجنين عن أمّه ميتاً، سواء أكانت الجنائية نتيجة فعل أم قول أم ترك، ولو من الحامل نفسها أو زوجها، عمداً كان أو خطأ^(٢٥٣).
ويختلف الفقهاء في وجوب الكفّارة - وهي العقوبة المقدّرة حقاً لله تعالى - مع الغرّة.

والكفّارة هنا هي عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين^(٢٥٤) فالحنفية والمالكية يرون أنّها مندوبة وليست واجبة، لأنّ النّبّي - صلى الله عليه وسلم - لم يقض إلّا بالغرّة.

كما أنّ الكفّارة فيها معنى العقوبة؛ لأنّها شرعت زاجرةً، وفيها معنى العبادة؛ لأنّها تتأدّى بالصّوم. وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا يتعداها لأنّ العقوبة لا يجري فيها القياس، والجنين يعتبر نفساً من وجه دون وجه لا مطلقاً. ولهذا لم يجب فيه كلّ البدل، فكذا لا تجب فيه الكفّارة لأنّ الأعضاء لا كفّارة فيها، وإذا تقرّب بها إلى الله كان أفضل، وعلى هذا فإنّها غير واجبة.

ويرى الشافعية والحنابلة وجوب الكفّارة مع الغرّة، لأنّها إنّما تجب حقاً لله تعالى لا لحقّ آدمي؛ ولأنّ نفس مضمونة بالدية، فوجب في الكفّارة. وترك ذكر الكفّارة لا يمنع وجوبها، فقد ذكر الرّسول - صلى الله عليه وسلم - في موضع آخر الدية، ولم يذكر الكفّارة. وهذا الخلاف إنّما هو في الجنين المحكوم بإيمانه لإيمان أبويه أو أحدهما، أو المحكوم له بالذمّة.

كما نصّ الشافعية والحنابلة على أنّه إذا اشترك أكثر من واحد في جنائية الإجهاض لزم كلّ شريك كفّارة، وهذا لأنّ الغاية من الكفّارة الرّجر. أمّا الغرّة فواحدة لأنّها للبدلية^(٢٥٥).

(٢٥٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الثاني ص ٤٢، انظر: موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت على الرابط www.werathah.com/islam/kuwait

(٢٥٤) ودليل ذلك قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ سورة النساء، آية: ٩٢.

(٢٥٥) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٨٧/٢ - ٣٨٨.

المادة الثانية عشرة:

١ - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، الحصول على خدمات الرعاية الصحية، بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

٢ - بالرغم من أحكام الفقرة ١ من هذه المادة تكفل الدول الأطراف للمرأة خدمات مناسبة فيما يتعلق بالحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة، موفرة لها خدمات مجانية عند الاقتضاء، وكذلك تغذية كافية أثناء الحمل والرضاعة.

دراسة المادة:

لقد أسهبا الحديث عن نظرة الإسلام في تنظيم الأسرة وما يتعلق برعاية الحمل وحفظ حياته من أي مساس في الشريعة والقانون، ونرى عدم تكرار ما سبق.

المادة الثالثة عشرة:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما :

- أ - الحق في الاستحقاقات العائلية.
- ب - الحق في الحصول على القروض المصرفية، والرهن العقاري وغير ذلك من أشكال الائتمان المالي.
- ج - الحق في الاشتراك في الأنشطة الترويحية والألعاب الرياضية وفي جميع جوانب الحياة الثقافية.

دراسة المادة:

تناولت المادة عدة أمور أولها طلب المساواة في الاستحقاقات الاقتصادية العائلية بين الرجل والمرأة... ونقول بملء أفواهنا لقد منح الإسلام المرأة هذا الحق ابتداءً؛ وبدون طلب منها، وبدون ثورة، وبدون جمعيات نسوية، وبدون عضوية برلمان!! منحها هذا الحق تمشيًا مع نظرته العامة إلى تكريم الإنسان جملة؛ وإلى تكريم شقّي النفس الواحدة؛ وإلى إقامة نظامه الاجتماعي كله على أساس الأسرة؛ وإلى حيطة جو الأسرة بالود والمحبة والضمانات لكل فرد فيها على السواء، ولنا هنا وقفة حق تجلّى بها أفهام صدئة وقلوب مغلقة من غبش التعنت الجاهل والمدعى به كذباً على ظلم الإسلام للمرأة فيما يتعلق بالاستحقاقات العائلية، نوردها في الصفحات التالية :

أولاً - الاستحقاقات الإرثية بين الرجل والمرأة :

في الوهلة الأولى يبدو أن هناك إثارة للرجل في قاعدة: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾.. ولكن هذه النظرة السطحية لا تفتأ أن تتكشف عن وحدة متكاملة في أوضاع الرجل والمرأة وتكاليتهما.. فالغنم بالغرم، قاعدة ثابتة متكاملة في المنهج الإسلامي.. فالرجل يؤدي للمرأة صداقها ابتداء ولا تؤدي هي له صداقاً. والرجل ينفق عليها وعلى أولادها منه، وهي معفاة من هذا التكليف، ولو كان لها مال خاص - وأقل ما يصيب الرجل من هذا التكليف أن يحبس فيه إذا ماطل!! - والرجل عليه في الديات والأرش (التعويض عن الجراحات) متكافلاً مع الأسرة، والمرأة منها معفاة. والرجل عليه في النفقة على المعسرين والعاجزين والعواجز عن الكسب في الأسرة - الأقرب فالأقرب - والمرأة معفاة من فريضة التكافل العائلي العام.. حتى أجر رضاع طفلها من الرجل وحضانتها عند افتراقهما في المعيشة، أو عند الطلاق، يتحملها الرجل، ويؤديها لها كنفقتها هي سواء بسواء.. فهو نظام متكامل، توزيع التبعات فيه هو الذي يحدد توزيع الميراث، ونصيب الرجل من التبعات أثقل من نصيبه في الميراث، ومنظور في هذا إلى طبيعته وقدرته على الكسب؛ وإلى توفير الراحة والطمأنينة الكاملة للمرأة، لتقوم على حراسة الرصيد البشري الثمين؛ الذي لا يقوّم بمال، ولا يعد له إنتاج أي سلعة أو أي خدمة أخرى للصالح العام!

وهكذا نجد معالم التوازن الشامل، والتقدير الدقيق في المنهج الإسلامي الحكيم، الذي شرعه الحكيم العليم^(٢٥٦).

وهناك معايير ثابتة أوجدها الإسلام بعدالته المتناهية في ميراث الرجل والمرأة نوردها على النحو التالي:

(أ) معايير الفلسفة الإسلامية لأحكام الميراث:

هناك ثلاثة معايير تحكم الفلسفة الإسلامية لأحكام الميراث هي على النحو التالي:

(أولها): درجة القرابة بين الوارث ذكراً كان أو أنثى وبين المورث المتوفى، فكلما اقتربت الصلة.. زاد النصيب في الميراث.. وكلما ابتعدت الصلة قل النصيب في الميراث دونما اعتبار لجنس الوارثين.

(ثانيها): موقع الجيل الوارث من التابع الزمني للأجيال.. فالأجيال التي تستقبل

(٢٥٦) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٢/ ١١٢.

الحياة، وتستعد لتحمل أعبائها، عادة يكون نصيبها في الميراث أكبر من نصيب الأجيال التي تستدبر الحياة، وتتخفف من أعبائها، بل وتصبح أعباؤها - عادة - مفروضة على غيرها، وذلك بصرف النظر عن الذكورة والأنوثة للوارثين والوارثات.. فبنت المتوفى ترث أكثر من أمه - وكلتاها أنثى -.. وترث البنت أكثر من الأب! - حتى لو كانت رضيعة لم تدرك شكل أبيها.. وحتى لو كان الأب هو مصدر الثروة التي للابن، والتي تنفرد البنت بنصفها! -.. وكذلك يرث الابن أكثر من الأب - وكلهما من الذكور..

وفى هذا المعيار من معايير فلسفة الميراث في الإسلام حكم إلهية بالغة ومقاصد ربانية سامية تخفى على الكثيرين!.. وهي معايير لا علاقة لها بالذكورة والأنوثة على الإطلاق..

(ثالثها): العبد المالي الذي يوجب الشرع الإسلامي على الوارث تحمله والقيام به حيال الآخرين.. وهذا هو المعيار الوحيد الذي يثمر تفاوتاً بين الذكر والأنثى في الميراث^(٢٥٧).

فالقاعدة القرآنية الجلية ليست مطردة في عموم الرجال والنساء الوارثين ولكنها خاصة بحالة اتفاق وتساوي الوارثين في درجة القرابة.. والاتفاق والتساوي في موقع الجيل الوارث من تتابع الأجيال - مثل أولاد المتوفى، ذكوراً وإناثاً، ولذلك، لم يعمم القرآن الكريم هذا التفاوت بين الذكر والأنثى في عموم الوارثين، وإنما حصره في هذه الحالة بالذات، فقال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾.. ولم يقل: يوصيكم الله في عموم الوارثين^(٢٥٨).

(ب) وقفة هامة:

إن استقراء حالات ومسائل الميراث - كما جاءت في علم الفرائض (المواريث) - يكشف عن حقيقة قد تذهل الكثيرين عن أفكارهم المسبقة والمغلوبة في هذا الموضوع.. فهذا الاستقراء يقول لنا:

١ - إن هناك أربع حالات فقط ترث فيها المرأة نصف الرجل.

وتفصيلها على النحو التالي:

١ - في حالة وجود أولاد للمتوفى - على درجة واحدة من القرابة -، ذكوراً وإناثاً (أي

(٢٥٧) شبهات المشككين، مجموعة من العلماء، ١/١٢٥، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، بدون تاريخ طبعة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٥م.

(٢٥٨) المرجع السابق.

الأخوة أولاد المتوفى) ترث المرأة نصف نصيب الذكر، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ (٢٥٩)

٢ - في حالة التوارث بين الزوجين، حيث يرث الزوج من زوجته ضعف ما ترثه هي منه، لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٌ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تَوْصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٌ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٌ﴾ (٢٦٠).

٣ - يأخذ والد المتوفى ضعف زوجته هو إذا لم يكن لابنهما وارث، فيأخذ الأب الثلثين وزوجته الثلث.

٤ - يأخذ والد المتوفى ضعف زوجته هو نفسه إذا كان عند ابنهما المتوفى ابنة واحدة، فهي لها النصف، وتأخذ الأم السدس ويأخذ الأب السدس والباقي تعصيباً، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُوْصِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ (٢٦١).

٢ - وهناك حالات أضعاف هذه الحالات الأربع ترث فيها المرأة مثل الرجل تماماً.

وتفصيلها على النحو التالي:

١ - في حالة وجود أخ وأخت لأم في إرثهما من أخيهما، إذا لم يكن له أصل من الذكور ولا فرع وارث (أي ما لم يحجبهم عن الميراث حاجب). فلكل منهما السدس، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ﴾ أي لا ولد له ولا أب (وله أخ أو أخت) أي لأم ﴿فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٌ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّتَهُ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ (٢٦٢).

(٢٥٩) سورة النساء، الآية: ١١.

(٢٦٠) سورة النساء، الآية: ١٢.

(٢٦١) سورة النساء، الآية: ١١.

(٢٦٢) سورة النساء، الآية: ١٢.

- ٢ - إذا توفي الرجل وكان له أكثر من اثنين من الأخوة أو الأخوات لأم فيأخذوا الثلث بالتساوي نكورا ونساءً.
- ٣ - فيما بين الأب والأم في إرثهما من ولدهما إن كان له ولد أو بنتان فصاعداً لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ (٢٦٣).
- ٤ - إذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وأختاً شقيقة فلكل منهما النصف.
- ٥ - إذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وأختاً لأب فلكل منهما النصف.
- ٦ - إذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وأماً وأختاً شقيقة فللزوجة النصف وللأم النصف ولا شيء للأخت (عند ابن عباس).
- ٧ - إذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وأختاً شقيقة وأختاً لأب وأختاً لأم فللزوجة النصف، والأخت الشقيقة النصف، وللأخت لأب السدس تكملة الثلثين وللأخت لأم السدس.
- ٨ - إذا مات الرجل وترك ابنتين وأباً وأماً فالأب السدس والأم السدس ولكل ابنة الثلث.

وتفصيلها على النحو التالي:

- ١ - إذا مات الرجل وترك أماً وابنتين وأخاً؛ فالابنة هنا ترث ضعف الأخ.
- ٢ - إذا مات الأب وترك ابنةً وأماً وأباً؛ فالابنة تأخذ أكثر من الأب.
- ٣ - إذا مات الرجل وترك ابنتين وأباً وأماً فالابنة هنا ترث ضعف الأب.
- ٤ - وهناك حالات ترث فيها المرأة ولا يرث نظيرها من الرجال.

وتفصيلها على النحو التالي:

- ١ - إذا مات وترك بنتاً وأختاً وعماً؛ فللابنة النصف وللأخت النصف، ولا شيء للعم .
 - ٢ - إذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وأختاً شقيقة وأختاً لأب وأختاً لأم فللزوجة النصف، والأخت الشقيقة النصف، وللأخت لأب السدس وللأخت لأم السدس.
 - ٣ - إذا ماتت وتركت زوجاً وأباً وأماً وابنةً وابنة ابن وابن الابن، فللزوجة الربع وسهمه ٣، ولكل من الأب والأم السدس وسهم كل منهما ٢، والابنة النصف وسهمها ٦، ولا شيء لكل من ابنة الابن وابن الابن لأنهم عصبة ولم يتبق لهم شيئاً بعد إعطاء أصحاب الفروض أنصبتهم الشرعية.
- أي أن هناك حالات تأخذ فيها المرأة مثل الرجل، أو أكثر منه، أو ترث هي ولا

يرث نظيرها من الرجال، في مقابلة أربع حالات محددة ترث فيها المرأة نصف الرجل...!!^(٢٦٤).

فهل يُعقل بعد هذا أن يأتي أحد فيقول: إن الإسلام ظلم المرأة في حصولها على الاستحقاقات العائلية المتعلقة بالميراث؟

ثانياً - الاستحقاقات العائلية المتعلقة بالعطية والمنح والهدايا:

ذكرنا فيما سبق أن جمهور الفقهاء أمروا بالتسوية بين الأبناء - ذكوراً وإناثاً - في المنح والعطايا^(٢٦٥)... لما روى النعمان بن بشير رضي الله عنهما: «أن أباه أتى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: إني نحلته - أي أعطيت بغير عوض - ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال: لا فقال: فأرجعه» وفي رواية: «فلا تشهدني إذاً، فإني لا أشهد على جور» وفي الثالثة: «أتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»^(٢٦٦).

ودعنا نتساءل هل خرجت الأنظمة الوضعية يوماً بحديث مثل هذا؟!!! أم أنها ترى أن الرجل حر في ماله يعطيه من شاء و ينفقه كيفما شاء فيما شاء؟!!!

ثالثاً - حق المرأة في الممارسات الاقتصادية والمالية :

هذا ما نضفي صفته على ما ورد في المادة الثالثة عشرة من بند الحق في حصول المرأة على القروض المصرفية، والرهون العقارية وغير ذلك من أشكال الائتمان المالي... وهذا قطعاً لا يكون إلا إذا كان للمرأة ذمة مالية خاصة لا تختلط بذمة زوجها ولا بمال أخ لها.

ولقد هال الإنسانية الوضع الشائن لممارسات الحظر الاقتصادية للمرأة في الأمم الغربية... ففي القانون المدني الفرنسي إلى عهد قريب كانت المرأة أشبه شيء بحالة الرق المدني.

فقد نزع منها القانون صفة الأهلية في كثير من الشؤون المدنية، كما تنص على ذلك المادة السابعة عشرة بعد المائتين من القانون المدني الفرنسي، إذ تقرر أن:

(٢٦٤) المرأة وقضية المساواة، د. صلاح الدين سلطان، ص ١٠، ٤٦، طبعة القاهرة، دار نهضة مصر سنة ١٩٩٩م - "سلسلة في التنوير الإسلامي". ونظرات اقتصادية في حكمة توزيع الميراث، د. كمال توفيق محمد الحطاب، ٣٠٨.
(٢٦٥) الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٣٢٦٤/٢.
(٢٦٦) أخرجه البخاري، ٢٦٥٠، ٢٥٨٦، ٢٥٨٧ - وأخرجه مسلم، ٤٢٦٢.

«المرأة المتزوجة - حتى ولو كان زواجها قائماً على أساس الفصل بين ملكيتها وملكية زوجها - لا يجوز لها أن تهب، ولا أن تنقل ملكيتها، ولا أن ترهن، ولا أن تمتلك بعوض أو بغير عوض، بدون اشتراك زوجها في العقد، أو موافقته عليه موافقة كتابية!...»

ومع ما أدخل على هذه المادة من قيود وتعديلات، فيما بعد، فإن كثيراً من آثارها لا يزال ملازماً لوضع المرأة الفرنسية من الناحية القانونية إلى الوقت الحاضر^(٢٦٧).

وقد نشرت الجريدة الفرنسية للقوانين في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٨م قانوناً بمنع المرأة المتزوجة:

- أ - من توقيع أنونات الصرف المالية (الشيكات).
 - ب - من فتح حساب جار في أي مصرف من المصارف.
 - ج - من أن توقع أي عقد مالي.
 - د - من استيلائها على الإرث مباشرة بدون إذن القاضي في ذلك كله.
- وفي إنجلترا لم يكن الأمر مختلفاً عن مثيلتها... فأملك المرأة تنتقل إلى ملكية زوجها بمجرد الزواج وتصبح المرأة في نظر القانون العام هي زوجها شخصاً واحداً ليس لها وحدها الحق في التملك أو الدخول في الالتزامات، وعندما صدر قانون ١٨٨٢م مبيحاً لملكية النساء المتزوجات، فأعطاهن الحق الذي لم يتمتعن به من قبل، فأصبحت المرأة مسؤولة عما تدخله من الالتزامات والتعهدات بقدر أملاكها الخاصة إلا أن القانون لم يجعل الزوج خالياً من تبعه تصرفات زوجته، فإن للمدعي حق الاختيار بين مقاضاة الزوجة بمفردها أو إشراك زوجها معها، وإذا لم يكن للزوجة مال خاص أمكن المدعي مقاضاة الزوج بصفته مسؤولاً عن تصرفات زوجته^(٢٦٨).

أما الإسلام فحدث عن حريته المدنية التي أثبتها للمرأة ولا حرج.... .
ونعني بالحرية المدنية كل التصرفات النابعة من شعور الإنسان بذاته وضرورة اعتراف الجماعة بشخصه، وأهليته المطلقة للتصرف وفق ما يريد.

وعلى أساس هذه الحرية يملك كل إنسان أن يحوز من المال ما يكسب، وأن يباشر العقود التي يرى إبرامها ويفسخ التي يريد فسخها من بيع وشراء، وشركة ووكالة وكفالة وإيجار... الخ.

(٢٦٧) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٢/ ١١٤.

(٢٦٨) روح التشريع الإسلامي، عفيف عبد الفتاح طباره، ٣٨٧.

والمرأة لها في الإسلام شخصيتها المعنوية الثابتة مثلها مثل الرجل، وحققها في التصرف ومباشرة جميع العقود مقرر في الشريعة، لها أن تباع وتشترى، وأن توكل عن نفسها، وأن تكون وكيلة عن غيرها، وليس هناك ما يميز الرجل عنها في هذا المجال..^(٢٦٩).

قال تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾^(٢٧٠).

وقال تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾^(٢٧١).

أورد الدكتور عبد الواحد وافي، في كتاب «حقوق الإنسان» لفئة دقيقة إلى وضع المرأة في الإسلام ووضعها في الدول الغربية جاء فيه:

«وقد سوى الإسلام كذلك بين الرجل والمرأة أمام القانون، وفي جميع الحقوق المدنية سواء في ذلك المرأة المتزوجة وغير المتزوجة، فالزواج في الإسلام يختلف عن الزواج في معظم أمم الغرب المسيحي، في أنه لا يفقد المرأة اسمها ولا شخصيتها المدنية، ولا أهليتها في التعاقد، ولا حقها في التملك، بل تظل المرأة المسلمة بعد زواجها محتفظة باسمها واسم أسرتها، وبكامل حقوقها المدنية؛ وبأهليتها في تحمل الالتزامات، وإجراء مختلف العقود، من بيع وشراء ورهن وهبة ووصية؛ وما إلى ذلك؛ ومحتفظة بحقها في التملك تملكاً مستقلاً عن غيرها، فللمرأة المتزوجة في الإسلام شخصيتها المدنية الكاملة، وثروتها الخاصة المستقلة عن شخصية زوجها وثروته، ولا يجوز للزوج أن يأخذ شيئاً من مالها - قل ذلك أو أكثر - قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾^(٢٧٢) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾^(٢٧٣) وقال تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾^(٢٧٤). وإذا كان لا يجوز للزوج أن يأخذ شيئاً مما سبق أن آتاه لزوجته فلا يجوز له من باب أولى أن يأخذ شيئاً من ملكها الأصيل إلا أن يكون هذا أو ذاك برضاها، وعن طيب نفس منها، وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ

(٢٦٩) حقوق الإنسان، محمد الغزالي، ٩٧.

(٢٧٠) سورة النساء، الآية: ٧.

(٢٧١) سورة النساء، الآية: ٣٢.

(٢٧٢) سورة النساء، الآيتان: ٢٠-٢١.

(٢٧٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

نَحْلَةً فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴿٢٧٤﴾ ولا يحل للزوج كذلك أن يتصرف في شيء من أموالها، إلا إذا أذنت له بذلك، أو وكلته في إجراء عقد بالنيابة عنها، وفي هذه الحالة يجوز أن تلغي وکالته، وتوكل غيره إذا شاءت (٢٧٥).

هذا هو الإسلام الذي يحق للمرأة أن تفخر بتعاليمه التي أعطت لها كياناً اقتصادياً مستقلاً، فصارت تملك وتتصرف وتنتفع بشخصيتها مباشرة بلا كفالة، وتعامل المجتمع بلا وسيط (٢٧٦).

المادة الرابعة عشرة:

- ١ - تضع الدول الأطراف في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية، والأدوار الهامة التي تؤديها في توفير أسباب البقاء اقتصادياً لأسرتها، بما في ذلك عملها في قطاعات الاقتصاد، وتتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المرأة في المناطق الريفية.
- ٢ - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، أن تشارك في التنمية الريفية وتستفيد منها، وتكفل للمرأة بوجه خاص الحق في:
 - أ - المشاركة في وضع وتنفيذ التخطيط الإنمائي على جميع المستويات.
 - ب - الوصول إلى تسهيلات العناية الصحية الملائمة، بما في ذلك المعلومات والنصائح والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.
 - ج - الاستفادة بصورة مباشرة من برامج الضمان الاجتماعي.
 - د - الحصول على جميع أنواع التدريب والتعليم، الرسمي وغير الرسمي، بما في ذلك ما يتصل منه بمحو الأمية الوظيفي، وكذلك التمتع خصوصاً بكافة الخدمات المجتمعية والإرشادية، وذلك لتحقيق زيادة كفاءتها التقنية.
 - هـ - تنظيم جماعات المساعدة الذاتية والتعاونية من أجل الحصول على فرص اقتصادية مكافئة لفرص الرجل عن طريق العمل لدى الغير أو العمل لحسابهن الخاص.
 - و - المشاركة في جميع الأنشطة المجتمعية.

(٢٧٤) سورة النساء، الآية: ٤.

(٢٧٥) حقوق الإنسان، ١٢٨.

(٢٧٦) شبهات حول الإسلام، محمد قطب، ١١٤.

- ز - فرصة الحصول على الائتمان والقروض الزراعية، وتسهيلات التسويق، والتكنولوجيا المناسبة، والمساواة في المعاملة في مشاريع إصلاح الأراضي والإصلاح الزراعي وكذلك في مشاريع التوطين الريفي.
- ح - التمتع بظروف معيشية ملائمة، ولا سيما فيما يتعلق بالإسكان والمرافق الصحية والإمداد بالكهرباء والماء والنقل والمواصلات.

دراسة المادة:

محور نص المادة يدور حول المرأة الريفية وحقوقها في أن تحفظ لها الدولة كل الحقوق التي تحفظها لغيرها من النساء والرجال على قدم المساواة، والأمر يحتاج إلى بيان عدالة الإسلام في ذلك على النحو التالي:

الإسلام يكيل بمكيال واحد:

إننا نبين أن الإسلام يكيل بمكيال واحد فهو دين الله للبشرية جميعاً.. فلا فرق فيه بين امرأة ريفية أو امرأة ملكية.. فالجميع سواء في الحقوق والواجبات، وإن ما يسري على زوجة حاكم البلاد يسري على زوجات فقراء البلاد.. بل إن من العجيب أن نساء بيت النبوة كن أقل النساء حظاً في رغد الدنيا وحسن متاعها.

فها هي أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - تقول لِعُرْوَةَ يَا ابْنَ أُخْتِي، إِنَّ كُنَّا لَنَنْظُرُ إِلَى الْهَلَالِ ثُمَّ الْهَلَالِ، ثَلَاثَةَ أَهْلَةٍ فِي شَهْرَيْنِ، وَمَا أُوقِدَتْ فِي أَبْيَاتِ رَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - نَارٌ. فَقُلْتُ يَا خَالَهُ مَا كَانَ يُعِيشُكُمْ قَالَتْ: الْأَسْوَدَانِ التَّمْرُ وَالْمَاءُ، إِلَّا أَنَّهُ قَدْ كَانَ لِرَسُولِ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - جِيرَانٌ مِنَ الْأَنْصَارِ كَانَتْ لَهُمْ مَنَائِجُ، وَكَانُوا يَمْنَحُونَ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - مِنْ أَلْبَانِهِمْ، فَيَسْقِينَا^(٢٧٧).

وأورد إسحاق بن راهوية في مسنده أن فاطمة - رضي الله عنها - انتزعت سلسلة من ذهب في عنقها فقالت هذه أهداها إلي أبو الحسن فدخل عليها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهي في يدها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أيسرك أن يقول الناس ابنة رسول الله في يدها سلسلة من نار) ثم انطلق ولم يقعد فأرسلت فاطمة بالسلسلة فباعتها فاشتريت غلاماً فأعتقته فحدث بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (الحمد لله الذي نجا فاطمة من النار)^(٢٧٨).

(٢٧٧) أخرجه البخاري، ٢٥٦٧.

(٢٧٨) مسند إسحاق بن راهوية، ٢١٠٦ وقال محقق المسند د. عبد الغفور البلوشي: صحيح على شرط مسلم.

فلم تكن أسرة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أسرة إقطاعية ملكية.. بل كان بيت النبوة أقل البيوت عمراناً وأضيقتها مكاناً، فقد أورد ابن كثير في سيرته أنه بُني لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - حول مسجده الشريف حجراً لتكون مساكن له ولأهله وكانت مساكن قصيرة البناء قريبة الفناء.

قال الحسن بن أبي الحسن البصري و كان غلاماً مع أمه خيرة مولاة أم سلمة: لقد كنت أنال أطول سقف في حجرة النبي - صلى الله عليه وسلم - بيدي^(٢٧٩).

وقال عمر - رضي الله عنه - في جزء من الحديث الذي أخرجه البخاري: (نُمِّ رَفَعْتُ بَصْرِي فِي بَيْتِهِ، فَوَاللَّهِ مَا رَأَيْتُ فِيهِ شَيْئاً يَرُدُّ الْبَصَرَ غَيْرَ أَهْبَةٍ ثَلَاثَةٍ، فَقُلْتُ ادْعُ اللَّهَ فَلْيُوسِّعْ عَلَيَّ أُمَّتِكَ، فَإِنَّ فَارِسَ وَالرُّومَ وَسَّعَ عَلَيْهِمْ وَأَعْطُوا الدُّنْيَا، وَهُمْ لَا يَغْبُدُونَ اللَّهَ، وَكَانَ مُتَكَبِّراً، فَقَالَ: «أَوْفِي شَكُّ أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ أَوْلَيْكَ قَوْمٌ عَجَلَتْ لَهُمْ طَبِيبَاتُهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا». فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ اسْتَغْفِرْ لِي...)^(٢٨٠).

والشاهد مما سبق كله أن الإسلام لم يجعل لنساء بيت النبوة فضلاً في الحقوق عن نساء غيره، بل كانت حظوظهن من الدنيا أقل من حظوظ غيرهن، فالإسلام ليس دين طبقات، فالكل سواء كأسنان المشط.

وهذا يبين أن المرأة الريفية لها من الحقوق مثل ما للمرأة الحضرية وكلاهما لهما من الحقوق ما لزوجته الحاكم.

المادة الخامسة عشرة:

- ١ - تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.
- ٢ - تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.
- ٣ - تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية.
- ٤ - تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم.

(٢٧٩) سيرة ابن كثير، ٢/ ٣١٣.

(٢٨٠) أخرجه البخاري، ٢٤٦٨.

دراسة المادة:

تناولنا في المادة الثالثة عشرة كل ما يتعلق بالحرية المدنية للمرأة في الإسلام... وكيف أن الإسلام كفل لها استقلالية الذمة المالية وحرية التصرف كيفما شاءت بلا قيد من زوج ولا أب، وقد أبسطنا القول بما لم ندع لمستزيد زيادة... ونرى الاكتفاء بما ورد منعاً للتكرار.

المادة السادسة عشرة:

١ - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

أ - نفس الحق في عقد الزواج.

ب - نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

ج - نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه.

د - نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، تكون مصلحة الأطفال هي الراجحة.

هـ - نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وإبداء للناتج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

و - نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

ز - نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل.

ح - نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

٢ - لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات

الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.

دراسة المادة:

بدأت المادة بما أتى به الإسلام منذ أربعة عشرة قرناً من الزمان في وجوب حرية اختيار الزوج وعدم إكراه الزوجة على الزواج بمن لا ترغب ... والأمر يحتاج إلى إسهاب وتوضيح نبينه على النحو التالي:

أولاً - الزواج رباط حر: (٢٨١)

في سبيل رفع قواعد الأسرة وتثبيت دعائمها شرع الإسلام مجموعة من المبادئ العظيمة منها (الزواج رباط حر) بين طرفين كاملي الإرادة، فلا الرجل يُكره على أخذ من يكره، ولا الفتاة تُرغم على قبول من تبغض.

وقد يحدث أن تستضعف البنت وتزوج من لا رغبة لها فيه، وهنا يحكم الإسلام بأن هذا الإكراه لا قيمة له.

روي عن خنساء بنت خزام الأنصارية أن أباه زوجها - وهي ثيب - فكرهت، فأتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحها (٢٨٢).

وروي أنه جاءت جارية بكر إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي - صلى الله عليه وسلم - بين القبول والرفض (٢٨٣).

وفى رواية أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا له كارهة، فقال لها إن شئت أمضيت أمر أبيك وإن شئت فسخته.

فقالت: أمضيت أمر أبي، ولكن فعلت ذلك ليعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء (٢٨٤).

تعني ليس لهم إكراه بناتهم في التزويج ممن يكرهن... .

لكن للآباء، والأولياء عموماً حق الاعتراض على العقد إذا أساءت الفتاة التصرف

(٢٨١) هذا ديننا، الغزالي، ١٥٣-١٥٤.

(٢٨٢) أخرجه البخاري، ٤٨٤٥.

(٢٨٣) مسند الإمام أحمد، ٢٤٦٩ وقال شعيب الأرئوط، حديث صحيح على شرط البخاري

(٢٨٤) أخرجه النسائي، ٣٢٦٩، وقال الألباني ضعيف شاذ، صحيح وضعيف النسائي، ٣٤١/٧.

في نفسها بأن قبلت الزواج من أفاك، أو رقااص، أو محتال، وكثيراً ما تقع البنات الأغرار في شرك هؤلاء الدجالين.

فإذا لم يكن العقد قد تم مع كفاء، فسخه القضاء بعد اعتراض الأولياء.

إن الإسلام أباح للنساء أن يتصرفن في حدود المعقول ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢٨٥).

ومناط الكفاءة المعتبرة: الدين والخلق، لا النسب، أو الثروة.

قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضُونَ بَيْنَهُ وَخُلُقُهُ فَأَنْكِحُوهُ إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ). قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ قَالَ «إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضُونَ بَيْنَهُ وَخُلُقُهُ فَأَنْكِحُوهُ». ثَلَاثَ مَرَّاتٍ^(٢٨٦).

ثانياً -: واقعية الإسلام :

تضمنت المادة المعنية بالشرح أن المرأة لها نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه

وقد سطرنا في الصفحات السابقة ما يتعلق بالمساواة بين مجمل الحقوق والواجبات - في العلاقة الزوجية - بين الرجل والمرأة، وسنترك هذه الصفحات لبيان واقعية الدين فيما يتعلق بفسخ العلاقة الزوجية!!! وكيف أن الإسلام لم يسجن المرأة - كما هو مزعم كذبا - بزواجها من زوجها الذي ارتضته بادی الأمر!!؟

وبدأة نبين أن النكاح بين الرجل والمرأة شرع للمودة والألفة والنسل الصالح، وقد أحاط الإسلام محضن هذا النكاح وأساس هذا الرباط بكامل عنايته، وجعل الأصل في الرابطة الزوجية هو الاستقرار والاستمرار، وفي سبيل هذه الغاية يرفع الإسلام الرابطة الزوجية إلى مرتبة الطاعات ويعين على قيامها بمال الدولة للفقراء والفقيرات، ويقيم نظام البيت على أساس قوامة أحد الشريكين وهو الأقدر على القوامة، منعاً للفوضى والاضطراب والنزاع .. إلى آخر الضمانات والتنظيمات الواقعية من كل اهتزاز، فوق التوجيهات العاطفية، وفوق ربط هذه العلاقة كلها بتقوى الله ورقابته^(٢٨٧).

ولكن الحياة الواقعية للبشر تثبت أن هناك حالات تتهدم وتتحطم على الرغم من جميع الضمانات والتوجيهات، وهي حالات لا بد أن تواجه مواجهة عملية، اعترافاً

(٢٨٥) سورة البقرة، الآية ٢٣٤.

(٢٨٦) أخرجه الترمذي ١١٠٧، وحسنه الألباني في السلسلة الصحيحة، ٢٠/٢.

(٢٨٧) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٠٢٩/٢، وفي ظلال القرآن، سيد قطب، ٢٣٤/٧.

بمنطق الواقع الذي لا يجدي إنكاره حين تتعذر الحياة الزوجية، والإسلام لا يسرع إلى رباط الزوجية المقدسة فيفصمه لأول وهلة ولأول بادرة من خلاف.

إنه يشد على هذا الرباط بقوة فلا يدعه يفلت إلا بعد المحاولة واليأس... وعندما لا يرجى مع استمرار الزواج شفاء، هنا يواجه الإسلام بواقعيته علاج الحياة فيقرر الطلاق بين الزوجين^(٢٨٨).

والسؤال الذي تتناوله الاتفاقية في معنى بند حق الفسخ .. هو أيحق للزوجة أن تفسخ هذه العلاقة الزوجية كما هو حق للزوج؟ وهذا ما سنجيب عليه في الأسطر التالية :

ثالثاً - الإسلام لا يقسر الزوجة على حياة تنفر منها:

إذا وجدت المرأة نفسها كارهة لا تطيق عشرة زوجها لسبب يخص مشاعرها الشخصية، وتحس كراهيتها له، أو نفورها منه، وأن ذلك سيقودها إلى الخروج عن حدود الله في حسن العشرة، أو العفة، أو الأدب، فهنا يجوز لها أن تطلب الطلاق منه، وأن تعوضه عن تحطيم عشه بلا سبب متعمد منه، برد الصداق الذي أمهرها إياه أو بنفقاته عليها كلها أو بعضها لعصم نفسها من معصية الله وتعدي حدوده، وظلم نفسها وغيرها في هذا الحال.

وهكذا يراعي الإسلام جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس؛ ويراعي مشاعر القلوب الجادة التي لا حيلة للإنسان فيها؛ ولا يقسر الزوجة على حياة تنفر منها؛ وفي الوقت ذاته لا يضيع على الرجل ما أنفق بلا ذنب جناه.

ولكي نتصور حيوية هذا النص ومداه، يحسن أن نراجع سابقة واقعية من تطبيقه على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تكشف عن مدى الجد والتقدير والقصد والعدل في هذا المنهج الرباني القويم^(٢٨٩).

روى الإمام مالك في كتابه : الموطأ.. «أن حَبِيبَةَ بِنْتُ سَهْلٍ الْأَنْصَارِيَّةِ كَانَتْ تَحْتِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ بْنِ شَمَّاسٍ وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - خَرَجَ إِلَى الصُّبْحِ فَوَجَدَ حَبِيبَةَ بِنْتُ سَهْلٍ عِنْدَ بَابِهِ فِي الْغُلَسِ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - «مَنْ هَذِهِ». فَقَالَتْ أَنَا حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ «مَا شَأْنُكَ». قَالَتْ لَا أَنَا وَلَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ. لِرُزُوجِهَا فَلَمَّا جَاءَ زَوْجُهَا ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ -

(٢٨٨) المرجع السابق، ٢٣٤/٧.

(٢٨٩) في ظلال القرآن، سيد قطب، ٢٢٩/١.

صلى الله عليه وسلم - «هَذِهِ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلٍ قَدْ ذَكَرْتُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ». فَقَالَتْ حَبِيبَةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ كُلُّ مَا أَعْطَانِي عِنْدِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - لثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ «خُذْ مِنْهَا». فَأَخَذَ مِنْهَا وَجَلَسَتْ فِي بَيْتِ أَهْلِهَا^(٢٩٠).

وروى البخاري - بإسناده - عن ابن عباس رضي الله عنهما - «أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ - صلى الله عليه وسلم - فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أُعْتِبَ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - «أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ» قَالَتْ نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»^(٢٩١).

وفي رواية أكثر تفصيلاً رواها ابن جرير «عن أبي جرير أنه سأل عكرمة: هل كان للخلع أصل؟ قال: كان ابن عباس يقول: إن أول خلع كان في الإسلام في أخت عبد الله بن أبي، إنها أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله، لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً. إني رفعت جانب الخباء فرأيت أنه قد أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً فقال زوجها: يا رسول الله إني قد أعطيتها أفضل مالي: حديقة لي فإن ردت علي حديقتي. قال: ما تقولين؟ قالت: نعم وإن شاء زدتها، قال: ففرق بينهما»^(٢٩٢).

رابعاً - الخلع وعدم عضل الزوجة لزوجها :

كما أن الإسلام منع العضل بالنساء كذلك منع المرأة أن تستعمل الحق في الخلع من زوجها بلا سبب، وقد أفرد الفقهاء في ذلك القول والذي اشتمل على أن الخلع جائز في الجملة سواء في حالة الوفاق والشقاق خلافاً لابن المنذر.

وقال الشافعية: يصح الخلع في حالتي الشقاق والوفاق، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه، أو دينه، أو تحرّجت من الإخلال ببعض حقوقه، أو ضربها تأديباً فافتدت، وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقةً أو غيرها فافتدت لتتخلص منه، قال القليوبي: فإن منعها النفقة لكي تختلع منه فهو من الإكراه، فتبين منه بلا مال إذا ثبت الإكراه، قال الرملي: والمعتمد أنه ليس بإكراه.

وجاء في مغني المحتاج استثناء حالتي من الكراهة، إحداهما أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله أي ما افترضه في النكاح. والثانية: أن يحلف بالطلاق الثلاث على

(٢٩٠) أخرجه مالك في موطئه، ١١٨٧.

(٢٩١) أخرجه البخاري، ٥٢٧٣.

(٢٩٢) جامع البيان في تأويل أي القرآن، ابن جرير الطبري، ٥٢٢/٤.

فعل شيء لا بدّ له منه كالأكل والشرب وقضاء الحاجة، فيخلعها، ثمّ يفعل الأمر المحلوف عليه، ثمّ يتزوَّجها فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعل الأولى، إذ لا يتناول إلاّ الفعلة الأولى وقد حصلت، فإن خالعه ولم يفعل المحلوف عليه ففيه قولان: أصحهما: أنّه يتخلّص من الحنث فإذا فعل المحلوف عليه بعد النكاح لم يحنث، لأنّه تعليق سبق هذا النكاح فلم يؤثر فيه، كما إذا علّق الطلاق قبل النكاح على صفة وجدت بعده.

والخلاف في كون الخلع جائزاً أو مكروهاً إنّما هو من حيث المعاوضة على العصمة، كما في حاشية الصّاوي، وأمّا من حيث كونه طلاقاً فهو مكروه بالنظر لأصله أو خلاف الأولى، لقوله عليه الصلاة والسلام: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»^(٢٩٣).

واستدلوا بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢٩٤) وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾^(٢٩٥).

وأمّا السنة فما رواه البخاريّ في امرأة ثابت بن قيس بقوله صلى الله عليه وسلم له: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»^(٢٩٦) وهو أول خلع وقع في الإسلام.

وأمّا الإجماع فهو إجماع الصحابة والأئمة على مشروعيّته وجوازه.

واستدلوا من المعقول بأنّ ملك النكاح حقّ الزوج فجاز له أخذ العوض عنه كالقصاص.

فقد ذكر الحنابلة أنّ الخلع على ثلاثة أضرب:

الأول: مباح، وهو أن تكره المرأة البقاء مع زوجها لبغضها إيّاه، وتخاف ألاّ تؤدّي حقّه، ولا تقيم حدود الله في طاعته، فلها أن تفتدي نفسها منه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(٢٩٧).

ويسنّ للزوج إجابتها، لما رواه البخاريّ - في الحديث السابق ذكره - عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النّبيّ صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلاّ أنّي أخاف الكفر

(٢٩٣) أخرجه ابن ماجه، ٢٠٩٦، وضعفه الألباني في مختصر الإرواء، ٢٠٤٠.

(٢٩٤) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٢٩٥) سورة النساء، الآية: ٤.

(٢٩٦) أخرجه البخاري، ٥٢٧٣.

(٢٩٧) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردّي عليه حديقته فقالت: نعم. فردّت عليه، وأمره ففارقها»^(٢٩٨).

ولأن حاجتها داعية إلى فرقة، ولا تصل إلى الفرقة إلا ببذل العوض فأبيح لها ذلك، ويستثنى من ذلك ما لو كان الزوج له إليها ميل ومحبة فحينئذ يستحب صبرها وعدم افتدائها، قال أحمد: ينبغي لها أن تصبر. قال القاضي: أي على سبيل الاستحباب، ولا كراهة في ذلك، لنصهم على جوازه في غير موضع.

الثاني: مكروهه، كما إذا خالعه من غير سبب مع استقامة الحال لحديث ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»^(٢٩٩) ولأنه عبث فيكون مكروهاً، ويقع الخلع لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَاءً مَرِيئًا﴾^(٣٠٠).

الثالث: محرّم، كما إذا عض الرجل زوجته بأذاه لها ومنعها حقّها ظمناً لتفتدي نفسها منه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ﴾^(٣٠١). فإن طلقها في هذه الحال بعوض لم يستحقّه، لأنّه عوض أكرهت على بذله بغير حقّ فلم يستحقّه ويقع الطلاق رجعيّاً^(٣٠٢).

وقد شرع الإسلام هذا كله، لا لأن النساء في شبه الجزيرة أو في أي مكان في العالم حينذاك شعرن بأن مكانهن غير مرض! ولا لأن شعور الرجال كذلك قد تآذى بوضع النساء، ولا لأنه كان هناك اتحاد نسائي عربي أو عالمي! ولا لأن المرأة دخلت دار الندوة أو البرلمان! ولا لأن هاتفاً واحداً في الأرض هتف بتغيير الأحوال، لا ولكنها عدالة السلام السامقة.

خامساً – مسؤولية المرأة عن بيتها كمسؤولية الرجل:

تضمنت المادة السادسة عشرة النص على أن المرأة لها نفس الحقوق والمسؤوليات التي للرجل بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما..... الخ.

(٢٩٨) أخرجه البخاري، ٥٢٧٣.

(٢٩٩) أخرجه أبو داود، ٢٢٢٨، وصححه الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود، ٢٢٢٦.

(٣٠٠) سورة النساء، الآية: ٤.

(٣٠١) سورة النساء، الآية: ١٩.

(٣٠٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ٦٧٩٠/٢.

وقد كان الإسلام عادلاً بين صنوي العلاقة الزوجية، فكما أن كلاهما له على الآخر حقوقاً متساوية ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣٠٣) كذلك كان عليهما تبع المسؤولية في رعاية الأسرة وحفظ أفرادها... وهذا ما أرسى دعائمه نبي الرحمة - صلى الله عليه وسلم - في قوله: «كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ - قَالَ وَحَسِبْتُ أَنْ قَدْ قَالَ - وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي مَالِ أَبِيهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ وَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»^(٣٠٤).

والرَّاعِي هُوَ الْحَافِظُ الْمُؤْتَمِنُ الْمُلتَزِمُ صَلَاحَ مَا قَامَ عَلَيْهِ، وَمَا هُوَ تَحْتَ نَظَرِهِ، فَفِيهِ أَنْ كُلُّ مَنْ كَانَ تَحْتَ نَظَرِهِ شَيْءٌ فَهُوَ مُطَالَبٌ بِالْعَدْلِ فِيهِ، وَالْقِيَامُ بِمَصَالِحِهِ فِي بَيْتِهِ وَدُنْيَاهُ وَمَتَعَلِّقَاتِهِ^(٣٠٥).

قال ابن حجر نقلاً عن الخطابي رحمهما الله: وَرِعَايَةُ الْمَرْأَةِ تَدْبِيرُ أَمْرِ الْبَيْتِ وَالْأَوْلَادِ وَالْخَدَمِ وَالنَّصِيحَةِ لِلزَّوْجِ فِي كُلِّ ذَلِكَ^(٣٠٦).

سادساً - الإسلام وتحديد سن الزواج :

نص عجز المادة السادسة عشرة من الاتفاقية المعنية بالشرح على أنه: (لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً) وحتى نتناول هذه المادة بالشرح وفق الشريعة الإسلامية يحسن بنا أن نمهد بالآتي:

إن الشريعة الإسلامية تدور حول الاعتناء بالمصالح ونبذ المفساد، وكما قال ابن القيم رحمه الله: "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها.

فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل.

(٣٠٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

(٣٠٤) أخرجه البخاري ٢٤٠٩، ٢٥٥٤، ٢٥٥٨.

(٣٠٥) شرح صحيح مسلم، النووي، ٦/٣٠٠.

(٣٠٦) فتح الباري، ٢/١٥٣.

فالشريعة عدل الله في عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسله أتم دلالة وأصدقها.....^(٣٠٧) ومن هذا المنطلق فإن الشريعة تعنى بالمصالح الآجلة والعاجلة، وهذا يقتضي منها أن تصون حماها ولو بتشريعات داخلية في منطقة العفو، ولعل زواج القاصرات وما تضمنه من أضرار في العصر الحديث يستوجب اتخاذ التدابير المناسبة لتحقيق المصلحة التي اقتضاها الشرع، وهذا ما سنوضحه بشيء من التفصيل في البنود التالية :

أولاً - المقصود بزواج القاصرات :

أ - المقصود بالزواج:

- لغة: هو الضم والجمع والوطئ^(٣٠٨).
 - اصطلاحاً: عقد يحل به استمتاع كل من الزوجين بالآخر^(٣٠٩).
- قال ابن منظور: "امرأة يَنْكِحُهَا نِكَاحاً إِذَا تَزَوَّجَهَا وَنَكَحَهَا يَنْكِحُهَا بِاضْعَافٍ أَيْضاً وكذلك نَحَمَهَا وَحَجَّأَهَا وَقَالَ الْأَعَشَى فِي نَكَحٍ بِمَعْنَى تَزَوَّجَ وَلَا تَقْرَبَنَّ جَارَةً إِنَّ سِرَّهَا عَلَيْكَ حَرَامٌ فَانْكِحْنِ أَوْ تَأْتِدِ الْأَزْهَرِي، وقوله عز وجل: "الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زانٍ أو مشرك" تأويله لا يتزوج الزاني إلا زانية وكذلك الزانية لا يتزوجها إلا زان، وقد قال قومٌ معنى النكاح ههنا الوطء، فالمعنى عندهم الزاني لا يطأ إلا زانية والزانية لا يطؤها إلا زان، قال وهذا القول يبعد لأنه لا يعرف شيء من ذكر النكاح في كتاب الله تعالى إلا على معنى التزويج، قال الله تعالى: "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ" فهذا تزويج لا شك فيه، وقال تعالى: "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ" فاعلم أن عقد التزويج يسمى النكاح وأكثر التفسير أن هذه الآية نزلت في قوم من المسلمين فقراء بالمدينة وكان بها بغايا يزينن ويأخذن الأجرة فأرادوا التزويج بهنَّ وَعَوَّلَهُنَّ فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ تحريم ذلك، قال الأزهرى أصل النكاح في كلام العرب الوطء وقيل للتزويج^(٣١٠).

ب - والقاصر شرعاً: هو عدم اكتمال القدرة العقلية والجسدية، والمتعلق بهما

(٣٠٧) إعلام الموقعين، ٣/٣.

(٣٠٨) معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي، ١/٤٨٧.

(٣٠٩) المرجع السابق.

(٣١٠) لسان العرب، مادة (ن، ك، ح).

فهم الخطاب والعمل.. وكل من يثبت له عدم الاكتمال في إحدى هاتين الصفتين سمي قاصراً^(٣١١).

ج - وزواج القاصرات: هو زواج يعقده ولي القاصرة، يُحلُّ به وطؤها والاستمتاع بها دون اكتمالها السن الشرعي لذلك.

ثانياً - الإسلام وتحديد سن الزواج:

١ - إن الإسلام تطلب شروطاً يجب تحقيقها في العاقدین وفي عقد الزواج - استنباطاً من المصادر الأصلية للشرعية الإسلامية - ليس من بينها بلوغ الزوجين سنّاً معيّناً، ولا توثيق العقد في ورقة رسمية^(٣١٢).

٢ - أقر الاجتهاد الإسلامي لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرح فقهاؤنا، وفقاً لقاعدة "المصالح المرسلة" وقاعدة "تبدل الأحكام بتبدل الأزمان"^(٣١٣) ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أن السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي "أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعاً، فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية، وقد كانت تلك العقود جائزة نافذة شرعاً، فإنها تصبح بمقتضى منعه باطلة أو موقوفة على حسب الأمر"^(٣١٤).

٣ - ولما كان عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها، والعناية بالنسل أو إهماله، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت المعيشة المنزلية تتطلب استعداداً كبيراً لحسن القيام بها، ولا تتأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن معين^(٣١٥).

٤ - وقد أظهرت الدراسات الطبية مدى الآثار الصحية والنفسية السلبية المترتبة على

(٣١١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، باب (أهلية)، ٢/ ٢٥٣٠.

(٣١٢) فتاوى الأزهر، جاد الحق على جاد الحق، ١٨ ذو الحجة ١٤٠٠ هـ - ٢٧ أكتوبر ١٩٨٠ م.

(٣١٣) المدخل الفقهي العام "الفقه في ثوبه الجديد"، مصطفى أحمد الزرقا، ١/ ١٩١، ط ٩، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٧ م.

(٣١٤) الرد المحتار، ابن عابدين، ١/ ٥٥.

(٣١٥) فتاوى الأزهر، جاد الحق على جاد الحق، ١٨ ذو الحجة ١٤٠٠ هـ - ٢٧ أكتوبر ١٩٨٠ م.

زواج القصر؛ لذا لجأت الدول إلى وضع سن محددة للزواج، دفعاً للأضرار المترتبة على ذلك.

٥ - والإسلام لم يضع سنّاً محددة للزواج - كما ذكرنا من قبل -، وإنما وضع حداً للتكليف بوجه عام، وهو البلوغ إما بالعلامة الطبيعية أو بمرور خمس عشرة سنة قمرية، وللظروف أثرها في العلامة الطبيعية، غير أن هذه السن لم يجعلها الإسلام أساساً لصحة العقد، فقد أجازته قبل ذلك عن طريق أولياء الأمور.

٦ - وعلى الرغم من عدم تحديد سن الزواج شرعاً فقيام بعض الحكومات بتحديد سن الزواج قد يكون فيه خير، على أن يراعى في التحديد كل الظروف المحيطة، وتجب طاعة أولي الأمر في ذلك كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (٣١٦)(٣١٧).

خاتمة:

إن فكرة الناس عن شرع الله تحتاج الى تصحيح طويل فجمهورهم يحسبها شواظ من الغضب، يلسع بصرامته، ويروع بجهامته، ويحسب أن أصولها وفروعها مبهمة.. وهذا كله خطأ كبير .. فالشريعة تدور على تحقيق المصالح واجتناب المفساد، وكما قال ابن القيم - رحمه الله - : "إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد. وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله في عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسله أتم دلالة وأصدقها.....".

وهذا ما أردنا أن نبينه من دراسة نصوص الاتفاقية ومقارنتها بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء سائلين المولى عز وجل أن يغفر لنا الخطأ ويعفو عن الزلل.

(٣١٦) سورة النساء، الآية: ٥٩.

(٣١٧) الأسرة تحت رعاية الإسلام، عطية صقر، ١/٣٥٧، وزارة الأوقاف المصرية، القاهرة.

المراجع

- ١ - أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي، بدون ذكر رقم طبعة ودار نشر.
- ٢ - إحياء علوم الدين، أبو حامد الغزالي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون رقم طبعة وتاريخ نشر.
- ٣ - الإسلام والمرأة، أحمد تفاع، ط١، مؤسسة الرسالة، ١٩٧٩م.
- ٤ - الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده، دراسة وتحقيق، د. محمد عمارة، طبعة القاهرة، ١٩٩٣م.
- ٥ - الإفصاح عن معاني الصحاح، شرح للجمع بين الصحيحين، الوزير ابن هبيرة، دار الوطن، القاهرة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- ٦ - التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، بدون رقم طبعة ودار نشر.
- ٧ - تفسير ابن عرفة، محمد بن عرفة الورغمي، بدون ذكر رقم طبعة ودار نشر.
- ٨ - تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ط٢، دار طيبة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ٩ - جامع البيان في تفسير آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ١٠ - جاهلية القرن العشرين، محمد قطب، ط١٢، دار الشروق، القاهرة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ١١ - الجنسية في القانون الدولي الخاص، عوض الله شيبه الحمد، ط٢، جمهورية مصر العربية، مطابع الجامعة بأسيوط، ٢٠٠٠م.
- ١٢ - جنسية المرأة المتزوجة في القانون الدولي الخاص المقارن والفقهاء الإسلاميين، د. مصطفى محمد الباز، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
- ١٣ - الحل الإسلامي فريضة وضرورة، د. يوسف القرضاوي، ط٢ مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ١٤ - الحلول المستوردة وكيف جنت على أمتنا، د. يوسف القرضاوي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١٥ - حول التربية والتعليم، د. عبد الكريم بكار، ضمن سلسلة المسلمون بين التحدي والمواجهة، ط٢، دار القلم، بيروت، ٢٠٠٥م.

- ١٦ - الدعوة الإسلامية في القرن الحالي، محمد الغزالي، ط١، دار الشروق - القاهرة، ١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م.
- ١٧ - روح الدين الإسلامي، "عرض وتحليل لأصول الإسلام وآدابه وأحكامه تحت ضوء العلم والفلسفة"، عفيف عبدالفتاح طيارة، ط١٦، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ١٩٩٢م.
- ١٨ - شبهات العلمانيين، د. يوسف القرضاوي، دار وهبة، القاهرة، ١٩٩٥م.
- ١٩ - شبهات المشككين، مجموعة من العلماء، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة، بدون تاريخ طبعة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ٢٠ - صلاح الدين الأيوبي، محمد فريد أبو حديدة، ضمن سلسلة المعارف العامة، طبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٤٦هـ - ١٩٢٧م.
- ٢١ - العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، د. فؤاد عبد الكريم العبد الكريم، ط١، سلسلة تصدر عن مجلة البيان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- ٢٢ - عمل المرأة، محمد علي البار، ط١، بدون ذكر دار نشر، ١٤٠١هـ.
- ٢٣ - العولمة، د. عبد الكريم بكار، ط٢، دار البيان، المملكة العربية السعودية، ٢٠٠١م.
- ٢٤ - فتاوى الأزهر، جاد الحق علي جاد الحق، ١٨ ذو الحجة ١٤٠٠هـ - ٢٧ أكتوبر ١٩٨٠م.
- ٢٥ - الفتاوى الإسلامية، محمد عبده، إصدار دار الإفتاء المصرية، ١٩٨١م.
- ٢٦ - فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، ط ٢، دار طيبة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٢٧ - في ظلال القرآن، سيد قطب، دار الشروق، القاهرة، ١٩٨٦م.
- ٢٨ - قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، محمد الغزالي، ط٧، دار الشروق، القاهرة، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ٢٩ - لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، ط بيروت، بدون تاريخ نشر.
- ٣٠ - ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين؟ أبو الحسن الندوي، ط٥، دار العلم، القاهرة، ١٩٨٩م.
- ٣١ - مجلة البحوث الإسلامية، قرار رقم ٤٢ بتاريخ ١٣ من ربيع الآخر سنة ١٣٩٦هـ، الرياض - المجلد الثاني، العدد الأول.
- ٣٢ - مختار الصحاح، أبو بكر الرازي، ط١، مطبعة الحلبي، القاهرة.

- ٣٣ - المدخل الفقهي العام " الفقه فى ثوبه الجديد "، مصطفى أحمد الزرقا، ط٩، دار الفكر، بيروت، ١٩٦٧م.
- ٣٤ - المرأة فى الفقه والقانون، مصطفى السباعي، ط٦، المكتبة الإسلامية، ١٤٠٤هـ.
- ٣٥ - المرأة فى القديم والحديث، عمر رضا كحالة، ط١، بدون ذكر دار نشر ١٣٩٩هـ.
- ٣٦ - المرأة فى القرآن، عباس العقاد، المكتبة العصرية، ١٩٨٦م.
- ٣٧ - المرأة وقضية المساواة، د. صلاح الدين سلطان، طبعة القاهرة، دار نهضة مصر سنة ١٩٩٩م.
- ٣٨ - مشكلة الأفكار فى العالم الإسلامى، مالك بن نبي، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ٣٩ - مقدمات للنهوض بالعمل الدعوي، د. عبد الكريم بكار، ضمن سلسلة المسلمون بين التحدي والمواجهة، ط٢، دار القلم، بيروت، ٢٠٠٥م.
- ٤٠ - مقدمة ابن خلدون، دار البيان، الكويت، بدون ذكر تاريخ النشر.
- ٤١ - من حديث النفس، علي الطنطاوي، ط٣، دار الفكر ببيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨١م.
- ٤٢ - منهج التربية الإسلامية، محمد قطب، دار الشروق، القاهرة، ١٤٠٩هـ.
- ٤٣ - من هنا نعلم، محمد الغزالي، ط٣، نهضة مصر، القاهرة ٢٠٠٠م.
- ٤٤ - الموسوعة الفقهية الكويتية، إعداد مجموعة من العلماء، ط٢، وزارة الأوقاف بالكويت، ١٩٩٨م.
- ٤٥ - هذا ديننا، محمد الغزالي، ط٥، دار الشروق، القاهرة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

الخلفية الثقافية والقانونية للمحكم ومدى تأثيرهما على الدعوى التحكيمية

الدكتور/ محمد مصطفى عبدالصادق

أستاذ القانون التجاري المساعد - كلية الشرق العربي
للدراستات العليا بالرياض - المملكة العربية السعودية

ملخص:

يتناول هذا البحث الخلفية الثقافية والقانونية للمحكم ومدى تأثيرهما على الدعوى التحكيمية. وذلك نظراً لما يتمتع به المحكم من مسؤولية في النظام التحكيمي للمنازعات المتزايدة في عالمنا المعاصر ومساندته للنظام القضائي في تحقيق العدالة واحتلاله نفس مرتبة القاضي، فإنه من الضروري الالتفات إلى إعدادة بشكل صحيح وتأهيله قانونياً مع وجوب توافر كل الشروط والمؤهلات اللازمة لاعتلائه منصة التحكيم، بحيث يصبح محكماً عادلاً عارفاً بجميع المسائل التفصيلية لكل نزاع والآثار القانونية المترتبة عليه بالنسبة لطرفي التحكيم ومعرفته بالحقوق والالتزامات الواجبة عليه، لذا كان من الواجب الاهتمام بإعدادة وتأهيله بالإضافة إلى صقل المواهب التحكيمية ورفع الكفاءات للمساهمة في إعدادة وتأهيله قانونياً، وبالتالي يجب أن تتوافر فيه الشروط التي تؤهله لهذا العمل حتي لا يكون إغفال القواعد القانونية سبباً في إفشال تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو تعريض حكم التحكيم للإبطال وفي هذا الإطار يأتي أهمية البحث. وسوف نتناول في المبحث التمهيدي تعريف المحكم وشروط تعيينه ووظيفته، وفي المبحث الأول الخبرة والتخصص وكفاءة المحكم وثقافته القانونية، وما نوع الكفاءة المطلوب توافرها؟ وما الاعتبارات الثقافية التي يجب أن يراعيها المحكم؟. وفي المبحث الثاني أثر توافر الخلفية الثقافية والقانونية على العملية التحكيمية، وأثر تخلف كفاءة المحكم في العملية التحكيمية. وانتهت الدراسة بعدة توصيات أهمها إعطاء دورات تدريبية للمحكمين وخصوصاً غير القانونيين في المجال القانوني وضرورة وجود محكم قانوني ضمن هيئة التحكيم، ومراجعة قوائم المحكمين لدى مراكز التحكيم واستبعاد المحكم الذي لم يحصل على دورات تثقيفية.

مقدمة:

هل الأصلح لتولي العملية التحكيمية، هو شخص متخصص فنياً أو مهنياً في مجال النزاع أم رجل القانون؟. وما هي الحدود الدنيا للثقافة القانونية؟ أو الدراية بأصول التقاضي التي يجب توافرها في المحكم ليكون أهلاً للقيام بمهمة التحكيم التي تحتاج إلى علم ودراية وتخصص يأخذ سنوات طويلة من الدراسة^(١).

(١) المستشار/ طلال صوفان، مقال منشور في مجلة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي، العدد ١، أكتوبر ٢٠٠٩، ص ٢٦.

وللإجابة على هذه الأسئلة لابد أن نستعرض في هذا البحث بعض الأمور الهامة منها، توافر مؤهلات معينة في المحكم، وثقافة قانونية وخبرات فنية، ومدى تأثير ذلك على العملية التحكيمية، وهل يجوز أن يتولى شخص غير متخصص الفصل في موضوع النزاع، أو يكون المحكم غير ملم بلغة الخصوم؟^(٢).

المحكم هو أهم عناصر العملية التحكيمية، ذلك لأن نجاح عملية التحكيم يتوقف على كفاءة المحكم ودرايته بمهمته، بالإضافة إلى كونه المحور الرئيسي الذي تدور حوله عملية التحكيم، وبقدر ثقافته ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم.

والمحكم هو الحارس الأمين لعملية التحكيم لذا يجب أن يكون لديه ثقافته الخاصة المتميزة، وكفاءته ومهارته الخاصة به، ونظراً لما يحظى به المحكم من مسؤولية في النظام التحكيمي للنزاعات المتزايدة في عالمنا المعاصر، مع وجوب توافر الشروط والمؤهلات اللازمة لاعتلائه منصة التحكيم ومعرفته بالحقوق والالتزامات الواجبة عليه. وحتى يمكن إيضاح المركز القانوني للمحكم والمساهمة في إعداد وتأهيله قانونياً، فإنه من الضروري الالتفات إلى إعداداته بشكل صحيح وتأهيله تأهيلاً قانونياً. وللإجابة على الأسئلة السابقة.

فإننا سوف نتناول هذا الموضوع وهو ثقافة المحكم وخبراته القانونية، ومدى تأثير خلفهما على الدعوى التحكيمية، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث التمهيدي: تعريف المحكم وشروط تعيينه ووظيفته.

لمبحث الأول: الخبرة والتخصص وكفاءة المحكم وثقافته القانونية.

المبحث الثاني: أثر الخلفية الثقافية والقانونية على عملية التحكيم.

(٢) أ. جمال حسن النجار، بحث منشور في مجلة الحق (شريعة وقانون) بدولة الإمارات العربية، ص ٢١ بعنوان (التحكيم وفقاً لقانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ٩٢ الإمارات منشور على الموقع الإلكتروني).

المبحث التمهيدي تعريف المحكم وشروط تعيينه

تقسيم:

نتناول في هذا المبحث تعريف المحكم، وشروط تعيينه، وكيفية اختياره للتحكيم، وذلك من خلال المطالب التالية، المطلب الأول نخصه لتعريف التحكيم، والمطلب الثاني اختيار المحكمين، والثالث نخصه لوظيفة المحكم.

المطلب الأول تعريف المحكم

تعريف المحكم في اللغة: مصدره في اللغة العربية مادة (حكم) فيقال استحكم فلان في مال فلان إذ جاز فيه حكمه^(٣)، والمحكم بتشديد الكاف مع الفتح هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء، وقيل هو الرجل المجرب^(٤)، وهو من يختار للفصل بين المتنازعين.

والمحكم بالفتح الحكم والفاصل، فنقول تحكم في الأمر أي حكم فيه، وفصل برأي نفسه، وتصرف فيه وفق مشيئته، ويقال حكم بفتحيتين وهو منفذ الحكم بين الناس والذي يمنع الظلم، وهو في معنى القاضي القاطع للأمور المحكم لها وجمعه حكام^(٥). ويقال محكم بضم الميم وفتح الحاء وكسر الكاف، على من يفوض إليه الحكم في الشيء، أو الشخص الذي يفوض إليه المتنازعان سلطة الفصل بينهما في نزاعهما^(٦).

تعريف المحكم في الاصطلاح القانوني: ومصطلح المحكم هو من أهم المصطلحات القانونية التي ترتبط بنظام التحكيم، وهو الشخص الذي يتولى سلطة الفصل في نزاع قائم أو أكثر وفقاً لاختيار الأشخاص له بناء على ثقتهم فيه^(٧).

(٣) مختار الصحاح، ص ١٤٨.

(٤) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط ٢ ج ١ ص ١٩٠.

(٥) السيد محسن مرتضى الزبيدي، تاج العروس، بيروت دار صادق ج ٨، ص ٢٠٢.

(٦) المعجم الوجيز ص ١٩٠، مختار الصحاح، ص ١٥٠.

(٧) د. عبد الله عيسى على، حكم التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٩ ص ٧٤.

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة بينهم، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة في الحالات المقررة^(٨)، إذا كان التشريع يجيز ذلك. وذهب البعض إلى أن المحكم هو الشخص الذي يتولى مهمة التحكيم فهو له سلطة الفصل في النزاع بدلا من قاضي الدولة بناء على اتفاق التحكيم، وهو يتمتع بثقة الخصوم ولذا أولوه مهمة الفصل في النزاع القائم بينهم^(٩).

وهناك رأي يرى أن المحكم هو الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل بفض نزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت محدود، وفي إصدار الحكم وفي التوقيع عليه^(١٠). والمحكم هو قاضٍ ولكنه قاضٍ خاص ولقراره حجية الأمر المقضي.

وهو المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم، وبقدر دقة المحكم وكفاءته تكون سلامة إجراءات التحكيم، وصحة الحكم الصادر فيه، وفي الواقع العملي فإن حسن أداء المحكم لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات وخبرات^(١١). والمحكم يعتبر المحور الأساسي الذي يتولى إدارة خصومة التحكيم، وكلما كان المحكم على قدر عال من الكفاءة كان حكمه صحيحاً، فالمحكم ليس كالقاضي رجل قانون فقط، وإنما هو رجل قانون في ما يتعلق بالقانون، ورجل خبرة فيما يتعلق بالخبرات الفنية إذا تطلب النزاع ذلك.

المطلب الثاني شروط اختيار المحكم

يشترط القانون المصري في المحكم عدة شروط نصت عليها المادة ١٦/١ (لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ما لم

(٨) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختباري والإجباري / منشأة دار المعارف الإسكندرية ١٩٨٨، ص ١٥٣، أبو العلا النمر، ود / أحمد فسمت الجداوي، المحكمون دراسة تحليلية، دار أبو المجد لطباعة، القاهرة سنة ٢٠٠٢ ص ٩.

(٩) أحمد المليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٦، ص ١٠١.

(١٠) المستشار / معوض عبد التواب الموسوعة الشاملة في التحكيم، ط ١ مجلد ١، دار مشاري للإصدارات القانونية، سنة ٢٠٠٩، ص ١٤٧.

(١١) د. ماهر محمد حامد، بحث منشور في مجلة الجامعة الخليجية، العدد ٢ لسنة ٢٠٠٩، ص ١٢٧.

يرد إليه اعتباره)، وأن يكون شخصاً طبيعياً، متمتعاً بالرشد وبكافة حقوقه المدنية، كذا يجب أن يكون محايداً وليس له ثمة مصلحة في الحكم الذي عسى أن يصدره، والمحكم قد يكون شخصاً عادياً، وقد يكون موظفاً حكومياً، شريطة عدم تعارض ذلك مع مقتضيات الوظيفة مع حصوله على ترخيص من السلطة الإدارية التي يتبعها.

أولاً - أن يكون شخصاً طبيعياً:

يشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً، ولا يكون شخصاً معنوياً، والشخص الطبيعي هو الذي يفكر ويحس ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق. ولا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره، وأن يكون محل ثقة الخصوم حتى يتم اختياره للتحكيم^(١٢). ويجب توافر الصفات العقلية والنفسية التي تمكنه من استلزام روح العدالة والتمييز بين الحق والباطل.

إلا أنه يجوز أن يكون المحكم شخصاً معنوياً طبقاً لاتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة لا يملك الشخص المعنوي سوى تنظيم عملية التحكيم دون أن يكون محكماً^(١٣). وقد نصت المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، (إن إسناد مهمة التحكيم للشخص المعنوي، هذا الشخص لا يكون له سوى سلطة تنظيم التحكيم).

ومن الناحية العملية يحدث ذلك أحياناً بأن يختار كل خصم محكماً من القائمة التي تعدها منظمة من منظمات التحكيم المؤسسي، ويتفقوا على أن تعين المنظمة المحكم الثالث، وإذا اختار الشخص المعنوي المحكمين كجزء من تنظيم عملية التحكيم فلا بد من موافقة أطراف التحكيم على المحكمين الذين تختارهم هذه الهيئة ومهما كان عددهم، ودور الشخص المعنوي لا يعدو أن يكون دوراً تنظيمياً ولا يمارس عملية التحكيم. ولا شك أن العامل الشخصي في اختيار المحكم والعلاقة الشخصية القائمة على الثقة في شخص، هما أحد الأسباب الرئيسية التي تنم على أساسها اختياره من قبل الأطراف، وإسناد المهمة إليه في حالة قبولها، ومن ثم يتعين أن يكون الشخص المحكم شخصاً طبيعياً وليس معنوياً.

(١٢) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكويت، ١٩٩٦، ص ١١٦.

(١٣) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، جامعة الكويت، مشار إليه/ سليمان محمد الهاجري، رسالة ماجستير النظام القانوني لتعيين المحكمين، الجامعة الخليجية، ٢٠٠٣، ص ٧٥.

ثانياً - أن يكون المحكم كامل الأهلية:

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أو هي صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه المدنية، وهي شرط من الشروط اللازمة فيمن يتولى مهمة المحكم، وقد نص قانون التحكيم المصري في المادة ١٦/١ (لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره). ونصت لوائح هيئات التحكيم الدائمة على وجوب توافر كمال أهلية المحكم، منها نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي عام ١٩٩٤م، حيث نصت م ١٩ على أن (لايجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية). والحكمة من ذلك أن ناقص الأهلية أو عديمها ليس لديه القدرة على القيام بوظيفة المحكم بالفصل في النزاع بالعدل، كما أن القاصر والمحجور عليه لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه، وذلك لأنه لا يمكن أن يسمح له القانون بأن يلي التحكيم في شأن من شئون الغير، وتكون لمطلق إرادته التصرف في حقوق الغير^(١٤).

ويلزم توافر شروط لصلاحيته لممارسة العمل القضائي مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاولة مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية^(١٥). وعند التحكيم التجاري الدولي يرجع في تقدير أهلية الشخص إلى قانون دولة الشخص الذي يثور النزاع حول أهليته^(١٦).

ثالثاً - العدالة شرط في المحكم :

والعدالة هي مجموعة من المفاهيم والقناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكم، وتشكل فكرته عما هو حق أو عدل دون ميل أو هووى^(١٧). وينبغي ألا يكون له صلة أو عداوة أو قرابة مع أحد الخصوم أو مصلحة مالية أو شراكة تجعله يميل لطرف في النزاع دون الآخر، ولا أن يكون زوجاً لأحد الخصوم أو أن يكون له أو لزوجته خصومة قائمة مع الخصوم في القضية التي ينظرها، أو إذا اعتاد مواكلة أحد

(١٤) د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص ١١٧.

(١٥) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة سنة ٦٩ العدد ٣٧١ يناير، ١٩٧٨، ص ٥٤.

(١٦) أ. سرحان فلاح الحميدي رسالة ماجستير (العلاقة بين المحكم والمحكم) الجامعة الخليجية، ٢٠٠٩، ص ٥٦١٧.

(١٧) د. عبد المنعم محمود داود، آفاق التحكيم التجاري الدولي الوطني، مركز البحوث سنة ٢٠٠٧، ص ٧١.

الخصوم أو مساكنته، وقد نص قانون التحكيم السوري في م ١٧٢ فقرة ١ / حيث ورد فيها "ويجب عليه أن يفصح لطرفي التحكيم وللمحكمن الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حياديته، سواء أكانت هذه الظروف قائمة عند قبوله لمهمته أم استجبت أثناء إجراءات التحكيم، وقد ورد في تقرير لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة في الحديث عن استقلال القضاة والمحلفين لعام ١٩٨٥: "يجب على القضاة أن يكونوا مستقلين وأن يتحرروا من أية قيود أو نفوذ أو إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة أو غير مباشرة".

وقد نص ميثاق سلوك المحكمين لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادر تحت عنوان (سلوكيات المحكم)، وقد نصت المادة الأولى من الميثاق (على أنه لا يجوز للمحكم الاتصال بأطراف التحكيم للسعي والتعيين أو الاختيار كمحكم). ونصت م ٢ (لا يجوز للمحكم قبول التعيين أو الاختيار كمحكم إلا بعد التأكد من القدرة والصلاحيات لأداء هذه المهمة دون تحيز، وإمكان تخصيص الوقت والاهتمام اللازمين لذلك). ونصت أيضاً م ٦ (لا يجوز للمحكم قبول هدايا أو مزايا بطريق مباشرة أو غير مباشرة من أي طرف من أطراف التحكيم).

تعتبر مسألة المحافظة على أسرار التحكيم بالغة الأهمية في سلوك المحكمين، لذلك نجد نصوص قوانين التحكيم الحديثة تمنع نشر الأحكام دون موافقة أطرافها؛ لأن القضايا التحكيمية التجارية تتضمن أسراراً لا يجوز للغير الاطلاع عليها^(١٨). وقد نصت م ٥/١١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، "ويتعين على المحكمة أو السلطة الأخرى لدى قيامها بتعيين محكم أن تولي الاعتبار الواجب إلى المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم وفقاً لاتفاق الطرفين وللاعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحايّد".

ويمكن أن يكون المحكم من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم مثل الطبيب أو المحامي أو المحاسب أو رجل أعمال أو صاحب أملاك أو صاحب مصنع.

رابعاً - أن يكون حسن السير والسلوك:

وهذا تقتضيه طبيعة المهمة المسندة إليه، ولا تشوب تصرفاته وسيرته العامة أو الخاصة أية شائبة تؤدي إلى الشبهة في حيده أو عدم الاطمئنان إلى قراراته أو تصرفاته،

(١٨) أحمد الرجوب، بحث بعنوان الحياد والاستقلال والنزاهة في سلوك المحكمين ٢٧/٦/٢٠١٠ منشور على شبكة الإنترنت [www. ntzcosoft.comlads12p=269](http://www.ntzcosoft.comlads12p=269).

واشترط القانون السعودي في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك، كامل الأهلية، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً^(١٩).

يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيده^(٢٠).. وشروط المحكم في الفقه الإسلامي وردت جملتها في أن المحكم بمنزلة القاضي ولا يصلح إلا من تقبل شهادته، على أن تستمر صلاحيته للشهادة في وقت التحكيم إلى وقت الحكم، أي يجب أن يكون رجلاً عدلاً في شهادته، مسلماً حراً بالغاً عاقلاً غير فاسق، وغير جاهل أي عالماً بما حكم به؛ لأن التحكيم عندهم من القضاء ولذلك يجب أن تتوافر في المحكمين نفس الشروط الواجب توافرها في القضاء^(٢١). وقد وضعت الجمعية الأمريكية للتحكيم والجمعية الدولية للمحامين التي وضعت قواعد لسلوك المحكمين الدوليين عدة قواعد منها:

- عدم السعي لدى الأطراف لتولي مهمة التحكيم، ولا يجوز لأي شخص أن يسعى بأي صورة من الصور لتولي مهمة التحكيم في نزاع معين.
- عدم قبول مهمة التحكيم إلا بعد التأكد من توافر المقدرة المهنية لديه والتي تؤهله للقيام بمهمة التحكيم ومراعاة التخصص في الموضوع، والتفرغ لنظر الموضوع؛ حتى لا يكون سبباً في تأخير الفصل في النزاع.
- الإفصاح التام عما قد يكون من شأنه التأثير على حيده المحكم.
- عدم تجاوز الحدود المحددة له طبقاً لاتفاق التحكيم بالزيادة أو النقصان.
- الالتزام بضرورة إدارة التحكيم في كل مراحله بعدل ونزاهة وحسن معاملة.
- الامتناع عن الاتصال بأي طرف من الأطراف لتعارض ذلك مع مبدأ الشفافية.
- حظر الاستفادة من المعلومات التي حصل عليها المحكم أثناء إجراءات التحكيم؛ وذلك لتحقيق أي مغنم أو مكسب لنفسه أو للغير.
- على المحكم عدم التنازل عن اختصاصه بحسم النزاع إلى أي شخص آخر.

(١٩) المرسوم الملكي رقم م/٦٤ بتاريخ ٢١-٧-١٤٠٣ ونشر بالجريدة أم القرى في رقم ٢٩٦٩ بتاريخ ١٤٠٣/٨/٢٢.

(٢٠) وأكدته المادة ٩ من لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

(٢١) د/ حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨ ص ١٢٣.

- سرية المداوالات والقرارات.
- على المحكم النأي بنفسه والابتعاد تماماً عن التأثير بالضغوط الخارجية والإشاعات والخوف من الانتقاد^(٢٢). والاستعداد لمقابلة كل مايطرأ من ظروف أو مواقف بالحكمة والكياسة.

المطلب الثالث

من يجوز تعيينه محكماً ومن لا يجوز تعيينه محكماً

يمنح قانون التحكيم طرفي النزاع حرية واسعة في تشكيل هيئة التحكيم، سواء عن طريق قيام الطرفين باختيار أعضاء هيئة التحكيم بأنفسهم أو صفاتهم، أو بطريق غير مباشر خلال إحالة الأمر إلى جهة ثالثة كمؤسسة التحكيم مثلاً، وقد يتفق الطرفان على أن يتم اختيار المحكم من المحترفين لمهنة معينة.

- من يجوز تعيينه محكماً:

من الجائز أن يكون المحكم شخصاً واحداً ومن الجائز تعدده، وليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم امرأة، أو غير متخصص ولا خبرة له في موضوع النزاع أو جاهلاً بالقانون ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية؛ لأن القانون لا يتطلب ذلك.

ويجوز أن يكون المحكم على غير علم بلغة الخصوم فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه ولو كانت مترجمة، كما يجوز أن يكون المحكم على غير ديانة الخصوم حتى ولو كان موضوع النزاع يمس الدين عن قرب أو بعد^(٢٣).

ويجوز أن يكون المحكم أصم أو أكم، أو أعمى لأن القانون لا يمنع ذلك متى اتفق الخصوم على اختياره، وعندئذ يحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه، ومن الجائز اتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد يجهل القراءة والكتابة، بشرط أن يعينوا شخصاً آخر لمجرد كتابة الحكم والأوراق اللازمة لمباشرة العملية التحكيمية^(٢٤).

وليس هناك ما يمنع أن يكون المحكم موظفاً في الحكومة، وكثيراً ما يتفق على

(٢٢) د. عبد القادر ورسمه غالب، القواعد الذهبية الحاكمة لسلوك المحكم، منشور في مجلة التحكيم، والقانون الخليجي، العدد الثالث عشر، أغسطس، ٢٠١١م.

(٢٣) م. معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في التحكيم في مصر والدول العربية ط ٢٠٠٩ مج ١ ص ١٥٠.

(٢٤) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٣٥.

تعيين بعض المهندسين مما يعملوا في الحكومة محكمين في المنازعات بين المفاوض ورب العمل.

بعض الشراح في فرنسا اتجهوا إلى جواز أن يكون القاصر محكماً، على تقدير أنه في بعض الأحيان قد يكون القاصر محامياً أو مهندساً أو محاسباً أو طبيباً، ويكون في عمله وفنه ورجاحة عقله أفضل بكثير ممن بلغ سن الرشد، ومع ذلك قيل أن القاصر الذي لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه لا يمكن أن يسمح له القضاء في شأن من شؤون الغير وتكون لمطلق إرادته التصرف في حقوق الغير. وقيل إن القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإدارة أو التجارة يجوز تعيينه محكماً في حدود تلك الأعمال^(٢٥).

وبعض الفقهاء في فرنسا لهم رأي هو عدم منع المحروم من حقوقه المدنية والممنوع من القيام بالوظائف العامة من أن يكون محكماً على تقدير أن المحكم لا يقوم بوظيفة عامة، وعلى اعتبار أنه لا يباشر أمراً سياسياً ولا يعتبر اختياره محكماً تكريماً له أو احتفالاً به، إلا أن البعض الآخر يرى أن الممنوع من مباشرة حقوقه المدنية والسياسية يمتنع عليه أن يكون خبيراً فيمتنع عليه بالتالي أن يكون محكماً ولو كان القانون لم ينص على ذلك صراحة^(٢٦).

هل يشترط أن يكون المحكم متعلماً؟

لا يوجد نص في قانون التحكيم المصري يوجب صراحة أن يكون المحكم متعلماً أو على درجة معينة من التعليم، إلا أنه بالنظر إلى قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م ١٦/نص على أن (يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عن قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك استقلاله أو حيده)، يستفاد من هذا النص أن المحكم يجب أن يكون ملماً بالقراءة والكتابة، وأيضاً نصت المادة ٤٣/١ يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية،

ويستفاد من هذا النص أيضاً أنه يشترط أن يكون المحكم ملماً بالقراءة والكتابة أي على درجة معينة من الثقافة؛ وذلك لأن وظيفة المحكم تستوجب الاطلاع على

(٢٥) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ص ١٤٠.

(٢٦) د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، ١٩٧٤، ص ٤٢١.

المستندات المقدمة من الخصوم وكتابة الحكم وتوقيعه، وذكر أسبابه والاطلاع على القوانين المختلفة، وبالتالي عدم النص على هذا الشرط يبرره أنه شرط بديهي واجب التطبيق^(٢٧).

ويرى فريق من الفقة أنه لا يشترط أن يكون المحكم يجيد القراءة أو الكتابة ويجوز أن يكون المحكم أمياً بشرط ألا يكون بمفرده في هيئة التحكيم، حيث إنه يتعين اختيار محكم آخر في هذه الحالة لمجرد كتابة الأوراق اللازمة لمباشرة عملية التحكيم وكتابة الحكم والتوقيع عليه، خاصة وأن القانون لا يتطلب إلا توقيع أغلبية المحكمين على الحكم^(٢٨)، حيث قد يحتاج للفصل في بعض المنازعات الاستعانة بذوي الخبرة الحرفية أو المهنية من الصناع والتجار والمقاولين وغيرهم، فهؤلاء رغم عدم معرفتهم بالقراءة أو الكتابة قد يكونون أكثر من المتعلمين إدراكاً وإماماً بأصول وأعراف الحرفة أو المهنة التي ينتسبون إليها، فقد تكون الحاجة مثلاً لاختيار أحد المقاولين المشهود لهم بالكفاءة والخبرة كمحكم في منازعات عقود التشييد والبناء مسألة ذات أهمية على الرغم من كونه أمياً^(٢٩).. ويذهب رأي آخر إلى أن التفسير الصحيح لنص المادة (١٦٣ / ٣) يستوجب القول بأنها تنظم فقط عملية التحكيم ولا تحدد الشروط الواجب توافرها في المحكم. ويضاف إلى ذلك، أنه قد يغني عن توقيع المحكم بإمضائه عند قبوله لمهمة التحكيم وعند إصداره للحكم أن يوقع ببصمة أصبعه وبخاتمه^(٣٠). إلا أنني لا أتفق مع هذا الرأي لأنه يجب أن ينص القانون صراحة على أنه يشترط في المحكم أن يجيد القراءة والكتابة ويكون على درجة معينة من الثقافة والاطلاع على وسائل الاتصال الحديثة؛ ليوكب تطورات العصر والتقدم العلمي والتقني، واستخدام وسائل الاتصال الحديثة من الإنترنت وخلافه.

وذلك لأن وظيفة المحكم تستلزم في القائم بها أن يكون ملماً بقواعد القراءة والكتابة حتي يتمكن من الاطلاع على المستندات وأوراق الدعوى، وكتابة حكمه وتوقيعه وذكر أسبابه حتى ولو لم تنص التشريعات على ذلك، فهذا شرط بديهي واجب التطبيق^(٣١).

واشترط معظم تشريعات التحكيم إثبات قبول المحكم لمهمته كتابة (مستند

(٢٧) د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص ١٨٣.

(٢٨) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٢٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط ١، ٢٠٠٧ ص ٦٢١.

(٣٠) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٦٢٠.

(٣١) د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ١٨٣.

المهمة) وبالتالي فإن الكتابة شرط بديهي، ويجب أن يكون المحكم على درجة من الإلمام بالقراءة والكتابة.

– هل يجوز أن يكون المحكم أجنبياً؟

نص قانون التحكيم المصري في المادة ١٦/٢ (لايشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم، أو نص القانون على غير ذلك). من هذا النص يتضح أنه يجوز أن يكون المحكم أجنبياً ولا فرق بين الوطني أو الأجنبي ولايستثنى إلا ١- إذا اتفق الأطراف المحتكمون على عدم اختيار الأجنبي الذي لا يتمتع بالجنسية المصرية محكماً، سواء أكان ذلك في اتفاق التحكيم ذاته شرطاً أم مشاركة أم في اتفاق مستقل. ٢- إذا نص القانون على عدم جواز تعيين الأجنبي الذي لا يتمتع بالجنسية المصرية محكماً، إلا أننا نؤيد الرأي الذي يجيز تحكيم الأجنبي، ولايشترط أن يكون المحكم وطنياً، وذلك لأن التحكيم قضاء خاص وليس قضاء عاماً، ونصت م ١١/١ من قواعد اليونسترال الذي وضعتها الأمم المتحدة ١٩٨٥ بقولها: "لا يمنع أي شخص من العمل كمحكم بسبب جنسيته ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك" ونصت م ٤/٦ من قواعد اليونسترال: "تراعي سلطة التعيين، وهي بصدد اختيار المحكم، الاعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحيد وتأخذ بعين الاعتبار من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية غير جنسية أحد أطراف النزاع".

– الأشخاص الذين لا يجوز تعيينهم محكمين:

- لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له ثمة مصلحة في النزاع، أي لا يجوز أن يكون الكفيل أو الضامن محكماً في الخصومة التي تتعلق بموضع الكفالة أو الضمان؛ وذلك لأن الضامن أو الكفيل له مصلحة دائماً في تأييد مركز المدين، كما لا يجوز للمهندس المشرف على تنفيذ مشروع معين أن يكون محكماً بين صاحب العمل والمقاول الذي نفذ المشروع لأن له مصلحة، ولا يجوز أيضاً للمساهم في شركة مساهمة أن يكون محكماً في نزاع بين الشركة والغير؛ حيث إن المساهم له مصلحة في أن تكون نتيجة الحكم لصالح الشركة^(٣٢).
- لا يجوز أن يكون محكماً، من حكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف والأمانة. اشترط النظام في الحكم بإقامة الحد أو التعزير الذي يمنع الشخص المحكوم عليه به

(٣٢) د. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الثاني، منشأة المعارف، بالإسكندرية ص ١٥٤.

من أن يكون محكماً أن يكون هذا الحكم متعلقاً بجريمة مخلة بالشرف، مما يعني أن هناك جرائم معاقب عليها ولا تخل بالشرف، من أمثلة ذلك الجرائم المتعلقة بأنواع المخالفات المرورية أو الإصابة الخطأ أو المخالفات المتعلقة بتنظيم العمل أو الترخيص إلى غير ذلك من المخالفات الكثيرة المعاقب عليها ولا تمس شرف الإنسان أو اعتباره.

- لا يجوز أن يكون محكماً من صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة.. - ولا يجوز أن يكون محكماً من حكم بشهر إفلاسه، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره وبعض التشريعات تكتفي برد الاعتبار ليكون الشخص صالحاً لأن يكون محكماً^(٣٣).

- لا يجوز أن يكون محكماً من حكم بشهر إفلاسه، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

- لا يجوز أن يكون محكماً القاصر أو المجنون أو السفیه ونحو الغفلة وكل من تشوب أهليته أي عارض يؤدي إلى إنقاصها، ولا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنة مخلة بالشرف.

ويمنع القانون بعض الأشخاص بنص خاص رغم توافر الأهلية المدنية من التحكيم^(٣٤)، (لا يجوز لأي قاضٍ بغير موافقة المجلس الأعلى للقضاء الاتحادي من أن يكون رئيساً لهيئة التحكيم أو محكماً، ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء، ولا يجوز للقاضي أن يكون محكماً عن أحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وعدم جواز تعيين أحد الخصوم في الدعوى حكماً). ولا يجوز أن يكون الشخص خصماً وحكماً في وقت واحد وهذه القاعدة من النظام العام، ونصت م ٢/١٤ من نظام التحكيم السعودي الجديد "أن يكون حسن السيرة والسلوك".

ونصت م ٢/٨ من اتفاقية تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية منازعات قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه ينبغي اختيار أعضاء فرقة التحكيم بما يكفل استقلالهم، وتنوع كاف في معارفهم وسعة في نطاق خبراتهم.

(٣٣) د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ص ١١٤.

(٣٤) نص المادة (٢٦) من القانون الاتحادي في شأن السلطة القضائية الاتحادية رقم ٨٣/٣ المعدل في ٩٠).

واشترطت المادة ٨ فقرة ١ من الاتفاقية:

"يجب أن تتكون فرقة التحكيم من أفراد حكوميين و/أو غير حكوميين مؤهلين بما فيهم الأشخاص الذين سبق أن كانوا أعضاء في فرقة التحكيم أو عرضوا قضية أمامها، أو ممن عملوا بصفتهم ممثلين لعضو ما أو لطرف متعاقد في اتفاقية الجات ١٩٤٧م أو ممثلين في المجلس أو اللجنة لاتفاق مشمول له، أو عملوا في الأمانة، أو عملوا في تدريس قانون التجارة الدولية أو سياساتها أو نشروا في ميدانها، أو عملوا كمسؤولين كبار عن السياسات التجارية لدى أحد الأعضاء^(٣٥).

يجب أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً؛ بمعنى ألا يكون له صلة أو مصلحة بينه وبين أحد الخصوم تكون خفية على الخصم الآخر، وألا تقوم ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله.

(٣٥) د. فارس محمد عمران، قوانين ونظم التحكيم ص ٣، ط ٢٠١٠ ص ١١٦.

المبحث الأول الخبرة والتخصص وكفاءة المحكم وثقافته

تمهيد:

الخبرة والكفاءة لا تعد شرطاً لاختياره إلا في الحدود التي يقرها الخصوم، وهذه الشروط رغم طابعها الاتفاقي إلا أنها تعد شروطاً جوهرية لاختيار المحكم، فالمتعاملون ينشدون التحكيم سعياً وراء قاض متخصص ذي خبرة ومران؛ فالخبرة والكفاءة تدعم استقلاله، فبدون ذلك يكون أكثر عرضة للتأثر بآراء الآخرين والتأثر بعواطفه ومصالحه الشخصية.

وتوفر تلك الثقافة والخبرة إضافة إلى فهم المحكم في التجارة أو فنيات موضوع النزاع، أو تلك التي يثيرها الخصوم أو وكلاؤهم أثناء نظر الدعوى دوراً كبيراً في تحقيق أهم مزايا التحكيم ألا وهي سرعة البت في النزاع بقرار سليم ومتوافق مع الوقائع والإجراءات المطلوبة، واختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وفي الواقع التطبيقي العملي فإن الكثير من القرارات التي تصدر عن بعض المحكمين يشوبها القصور أو الغموض بسبب عدم معرفة من نظر النزاع بالنواحي الثقافية والقانونية لموضوع التحكيم.

المطلب الأول الخبرة والتخصص

الخبرة ليست مرادفاً للتخصص، فالتخصص وإن مكن المحكم من فهم طبيعة ما يعرض عليه من منازعات تثير مشاكل فنية قد لا يدركها إلا من هو في نفس تخصصه، وتمكنه من إصدار حكم عادل في هذه المنازعات، إلا أن ذلك لا يتأتى له ما لم تصاحبه تكرار لممارسة مهمة التحكيم في هذه المنازعات ومن ثم توافر الخبرة لديه في التحكيم في مثل هذه المنازعات، أي أن ممارسة المحكم لذات النشاط أو المهنة الذي يثور بصده النزاع ليس دليلاً كافياً على نجاحه كمحكم، ما لم يصاحب هذه الممارسة خبرة عملية في مجال التحكيم في مثل هذا النوع من المنازعات^(٣٦) ويجوز اختيار المحكم دون التقيد بمهنة معينة، فيصح اختيار المحكم سواء أكانت

(٣٦) أحمد السيد الصاوي التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ٩٢، وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ٩٣.

مهنته حرة أم من أصحاب المهن غير الحرة، وعلى ذلك يمكن أن يكون المحكم مهندساً أو طبيباً أو محامياً أو محاسباً، ويجوز أن يكون غير ذلك كأن يكون تاجراً أو رجل أعمال أو صاحب أملاك أو صاحب مصنع أو رئيساً لهيئة^(٣٧).

وعنصر الخبرة من العناصر الجوهرية التي تحرص بعض قوانين التحكيم في الدول المختلفة على اشتراطه في المحكم ومن أمثلة ذلك، ما تنص عليه م ٤ من قانون التحكيم السعودي^(٣٨)، ونصت م ٨ من قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٢م التي توجب أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً رشيداً كفؤاً، وتبدو أهمية الخبرة كطريقة من طرق الإثبات في خصومة التحكيم، وبصفة خاصة في التحكيم التجاري الدولي، وبصفة أخص في تحكيم المنازعات البحرية، نظراً لما تنطوي عليه هذه المنازعات من إشكاليات فنية دقيقة لا يستطيع السير فيها سوى متخصص، وأن الخصوم لا يلجأون إلى التحكيم في مثل هذه المنازعات إلا لثقتهم في الكفاءة المهنية لهيئات التحكيم المتخصصة على الفصل في هذه المنازعات، وذهب اتجاه إلى اشتراط أن يكون المحكم المختار متخصصاً في موضوع الدعوى، ومحيطاً بشكل يجعله متمكناً من تحقيق العدالة، وأن يقود التحكيم إلى نهايته، فعمل المحكم عمل فني دقيق كعمل القاضي في قضاؤه.. والقانون الإسباني يشترط أن يكون المحكم من بين المحامين في حالة حسم النزاع طبقاً لأحكام القانون الإسباني^(٣٩). وفي فنزولا ينص على اختيار المحكمين من بين التجار في الأمور المتعلقة بالمعاملات التجارية^(٤٠).

وقد قضت محكمة التمييز بدبي بأن اختيار المحكمين من المهندسين، وإن اعتبروا قضاة إلا أنه لا يحظر عليهم استخدام خبرتهم ومعلوماتهم العامة السائدة في السوق في مجال أعمال المقاوله موضوع التحكيم، مثال معرفة الأسعار السائدة في السوق لبعض المواد الخاصة بالمقاولات^(٤١).

(٣٧) د. هشام خالد، المرجع السابق، ص ١٥١، (وقد اشترطت المادة ٤ من النظام السعودي والمادتين ٣٤ من اللائحة التنفيذية، يجب أن يكون المحكم من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم).

(٣٨) الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٤٦ بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣ هـ.

(٣٩) القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٨ الصادر في ٥ كانون الأول ١٩٨٨ المادة ١٢ الفقرة ٢.

(٤٠) د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٤١) طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٩٩ جلسة ٢٣/٤/٢٠٠٠ محكمة التمييز دبي الموسوعة العربية لأحكام النقض والتمييز، صلاح هاشم، الكويت.

– قواعد السلوك المهني للمحكمين.

وضع مركز القاهرة للتحكيم قواعد للسلوك المهني للمحكمين منها القواعد التنفيذية لإجراءات الخبرة وقواعد الصلح أو التحكيم الفني، حيث راعت عند تشكيل اللجان الفنية قواعد من أهمها: الملاءمة من حيث التخصص الفني بحيث تختار الهيئة التخصصات والخبرات التي تناسب موضوع النزاع، والملاءمة من حيث حجم القضية وأبعادها بحيث تنتقي الهيئة من الخبراء المتعاقدين معها، والمسجلين بقوائم المحكمين والخبراء الفنيين من جميع القطاعات ما يناسب طبيعة القضية المتنازع عليها، مع مراعاة التخصص الفني وحجم النزاع؛ مما يعطي الطمأنينة والثقة في نفوس أطراف النزاع، ويسد باب الطعن في نتيجة الخبرة أو التحكيم فيما بعد، وإمكانية تشكيل أكثر من لجنة خبرة أو تحكيم فنية في أكثر من قضية؛ مما يساعد على السرعة في نظر القضايا والوصول إلى حل لها، وتستمد الهيئة في تشكيل لجان الخبرة الفنية والتحكيم إلى قاعدة عريضة من المحكمين والخبراء الفنيين^(٤٢). ونصت المادة ١١ / ٥ من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (يتعين على المحكمة أو السلطة الأخرى لدى قيامها بتعيين محكم أن تولى الاعتبار الواجب إلى المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم وفقاً لاتفاق الطرفين، وإلى الاعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحيد، وفي حالة تعيين محكم فرد أو محكم ثالث، يتعين عليها أن تأخذ في الاعتبار كذلك استصواب تعيين محكم من جنسية غير جنسية الطرفين).

المطلب الثاني

كفاءة المحكم

إن القاضي قد يكون بارعاً في مجال اختصاصه ولكنه في أغلب الأحيان يكون قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية، الأمر الذي قد يتعذر عليه معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني يعينه في كشف ما كان غامضاً عليه من جوانب النزاع، بل في أحيان كثيرة يتوجب عليه ذلك حتى ولو كان يعلم شخصياً بموضوع الخبرة، فضلاً على أنه لا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي، فإذا تطلب الأمر تعيين خبير رغم ما يترتب على ذلك من إضاعة للوقت في انتظار تقريره بالإضافة إلى النفقات الإضافية التي قد تترتب على اللجوء إلى الخبرة، فإنه بلا شك يكون من الأجدى في أطراف النزاع اللجوء إلى الخبير مباشرة واختياره محكماً ليفصل في النزاع.

(٤٢) د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٥٠.

ومهمة المحكم هي مهمة قضائية ذات طبيعة خاصة؛ لذا يجب أن يتوافر لديهم مايتوافر في القضاة من كفاءة مهنية ومهارة وتخصص فني، وتكاد تتفق القوانين في مختلف الدول على وجوب توافر الكفاءة في المحكم. ونص نظام التحكيم السعودي في المادة الرابعة منه على أنه "يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السير والسلوك. نصت م ١٤ من نظام التحكيم السعودي الجديد: "يشترط في المحكم ما يأتي: ... ٢ - أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية وإذا كانت هيئة التحكيم على الأقل مكونة من أكثر من محكم فيكتفى بتوافر هذه الشروط في رئيسها". (ونصت م ١/١٤ من اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥م (يكون الأشخاص المعينون للعمل في هيئة التحكيم على قدر من الأخلاق، وأن يكون معترفاً بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكماً مستقلاً، وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم). ويلاحظ أن النص قد حرص على اشتراط الكفاءة في المجال المهني بجانب الكفاءة في مجال القانون.

وقد استلزمت لوائح هيئات التحكيم الكفاءة والتخصص في المحكم، من ذلك مثلاً النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، حيث نصت المادة (١١) على أنه يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو الصناعة أو المال، وأن يكون متمتعاً بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة والاستقلال في الرأي والكفاءة أو الاختصاص الفني المطلوب والتي تعتمد على طبيعة النزاع، والغالب أن يكون المحكم مختصاً مهنيّاً في مجال التجارة، أو الصناعة، أو المال، أو المقاولات. كما نصت المادة ١/١٤ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧م على ذات المعنى بقولها: (يعد مجلس الإدارة قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال والمتمتعين بالأخلاق والسمعة الحسنة.

واستلزمت لوائح هيئات التحكيم الكفاءة والتخصص في المحكم، حيث نصت المادة ١١ من لائحة مركز التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي أنه يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو القضاء أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال، أو أن يكون متمتعاً بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة والاستقلال في الرأي.

- ما هي نوعية الكفاءة المطلوب توافرها ؟

الكفاءة والتخصص الفني المطلوب توافرها للمحكم يعتمدان على طبيعة النزاع،

والغالب أن يكون المحكم مختصاً مهنيّاً في مجال التجارة أو الصناعة أو المال أو المقاولات، ولا يجب أن يغيب العنصر القانوني عن تشكيل هيئة التحكيم، بحيث يختار الأطراف أحد رجال القانون لعضوية تلك الهيئة، كأحد أساتذة كلية الحقوق، أو أحد المحامين أو أحد القضاة، والأخير يختار بشخصه، وليس بصفته^(٤٣).

– واشتراط مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي بعض الشروط المطلوب توافرها للقيد في قائمة المحكمين حتى يصبح الشخص محكماً^(٤٤):

أ – بالنسبة لأصحاب القانون والقضاء والمهندسين والتخصصات الأخرى:
١ – أن يكون المتقدم حاصلاً على درجة الليسانس أو البكالوريوس أو ما يعادلها.

٢ – أن يكون متميزاً في تخصصه وله خبرة علمية في مجال عمله.
٣ – أن يكون مرخصاً له بمزاولة مهنة الفرع الذي يطلب قيده كمحكم فيه.
ب – بالنسبة لذوي الخبرات العالية في التجارة والصناعة والمال يشترط.
١ – خبرة عملية لا تقل عن خمس عشرة سنة.

٢ – أن يكون الشخص مشهوداً له بالخبرة والدراية بمجال عمله.
هذا بالإضافة إلى ماسبق ألا يكون قد صدرت ضده أحكام جنائية ماسة بالشرف والأمانة، وألا يكون سنه يقل عن ٣٠ سنة، واجتيازه دورات تدريبية في التحكيم، ويتضح من خلال هذه الشروط أن شرط الخبرة والكفاءة لابد من توافرها في المحكم كما هو وارد في الفقرة (٢/أ – ب/١/٢).

المطلب الثالث الخلفية الثقافية

– ما هي الاعتبارات الثقافية التي يجب أن يراعيها المحكم ؟
تتضمن بعض الاعتبارات الثقافية الرئيسية التي يجب أن يكون الإجراء التحكيمي مراعيّاً لها ما يلي:

(٤٣) خوار قريشي، الحس الثقافي والتحكيم الدولي منشور على الموقع الإلكتروني.
(٤٤) الشروط الواجب توافرها في المحكم طبقاً للأنظمة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي.

- التحيز الثقافي للمجتمع، أي يجب أن يدرك كافة المحكمين هذه الاعتبارات ويعملون نهجهم وفقاً لذلك.
 - ويجب على المحكم أن يكون ملماً بعادات وطباع وثقافة وديانة أطراف النزاع.
 - السياسة والدين يمكن أن تلعب السياسة والدين دور العنصر الديناميكي أي العلاقة بين المحكمة والأطراف، أي يجب أن يتضمن دور محكمة التحكيم الإدراك التام للمشاكل المحتملة واستخدام الإجراء بفعالية ولتفادي هذه المشاكل التي تؤثر سلباً على الإجراء.
 - سوء التواصل شفهيًا وغير شفهي، يمكن أن تكتسب الكلمات المنطوقة في غالبية الأوقات دلالة مختلفة عند ترجمتها، ويمكن أحياناً للغة الجسد وتعبير الوجه والإيماءات إرسال إشارات غير صحيحة.
 - المدرك الحسي لثقافة التفاوض والوساطة وكيفية ممارسة العمل في مختلف الثقافات^(٤٥).
- ويجب أن تتمتع مؤسسات التحكيم بحس ثقافي، أي يجب أن يكون المحكم على علم باللغات والثقافات المختلفة، ويجب دعم مركز التحكيم بدورات تدريبية ثقافية، ودورات في اللغات للمحكمين، وفي المملكة المتحدة يتعين على كافة القضاة الاطلاع على ثقافات وعادات الأشخاص الذين يمثلون أمامهم، ويجب زيادة نسبة الوعي والإدراك تجاه المحكم. ويجب على المحكم أن يكون على علم ودراية واطلاع على عادات وثقافات المجتمع التابع لأطراف التحكيم.

(٤٥) قريشي، الحس الثقافي والتحكيم الدولي منشور على الموقع الإلكتروني www.mcnainchgambns.com

المبحث الثاني أثر توافر الخبرة والثقافة القانونية والكفاءة على العملية التحكيمية

المطلب الأول

أثر توافر الخبرة الفنية والمهنية للمحكم على العملية التحكيمية

مراكز التحكيم المؤسسي تضم خبرات في مجال الهندسة والقانون والطب وسائر فروع التخصصات وغيرها من الخبرات المختلفة، ولكن المشكلة في حالة التحكيم الحر فيختارون أولى الثقة بصرف النظر عن تمتعهم بالخبرة والثقافة.

والحقيقة إن الخبرة ليست شرطاً قانونياً لتعيين المحكم، وإنما هي مسألة قد يحرص الأطراف على توافرها في شخص المحكم الذي سيقوم بالفصل في نزاعهم، فهذه الخبرة الناتجة عن الثقافة الموروثة من العمل والاطلاع هي التي تمكن المحكم من الوصول بالعملية التحكيمية إلى بر الأمان، وذلك بحسب إدارته لخصومة التحكيم، وقدرته على التغلب على ما قد يعترض سيرها من عقبات فنية، فضلاً عن تجنب الوقوع في أخطاء قد تؤدي إلى بطلان الحكم الذي يصدره^(٤٦) وبالإضافة إلى أن بعض منازعات التحكيم تتطلب في المحكم خبرات متراكمة لديه تمكنه من حسم هذه المنازعات، ويجب على المحكم اتباع السلوك المهني.

ويجب على المحكم التأكد من القدرة والصلاحية لأداء المهمة المنوط بها دون أي تحيز، وعلاقة المحكم بالنزاع مثل علاقة القاضي به، فلا يجوز له أن يحكم متأثراً بمصالحه الشخصية، ويجب أن يفصل في النزاع من واقع الأوراق، ولا يقضي بمعلوماته الشخصية، ومع ذلك فإن هذه القاعدة الأخيرة يجب التخفيف منها في مجال التحكيم، ذلك لأن المحكم قد يكون من رجال الأعمال الملمين بالظروف والملايسات المعروفة في الأوساط التجارية، أو التي يستطيع من خلالها أن يعرف ما يجري من عادات وأعراف بين التجار، وإمام المحكم نفسه بالموضوع لكونه مهنيًا ومتخصصاً في مجال المحاسبة والشؤون المالية والتحكيم التجاري، هذه الميزة توفر له إمكانية جمع الأطراف المتخصصة مباشرة معه والاستماع لها مباشرة والتداول

(٤٦) د. أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢ ص ٩٣.

معها مباشرة، والتثبت من كل نقاط الأخذ والرد مباشرة، الشيء الذي يوفر الوقت والبيروقراطية الإجرائية بكل حذافيرها^(٤٧). مما قد يكون له أثره الفعال عند الفصل في النزاع، إذا أن أطراف النزاع والمحكمين يجمعهم نفس الوسط الفني والاقتصادي.

وفي الغالب يتم اختيار المحكم بسبب معرفته الفنية في التحكيم المهني، وعلى الأخص معرفته الشخصية بالسوق وخبرته بشؤون التجارة الدولية، وعادات الفرد من النشاط المراد أن يتم الفصل في النزاع بشأنه، والأطراف يتوقعون من المحكم أن يعمل هذه العادات عند فحص النزاع، وبالتالي يعتبر بمثابة حكم الخبير المحكم، ولهذا فإن الأطراف بوجه عام غالباً ما يطلبون شكلاً معيناً لمحكمة التحكيم تكون فيه المحكمة مشكلة من اثنين من الفنيين وأحدهما من رجال القانون كرئيس للهيئة بهدف تفادي الرجوع الى أهل الخبرة^(٤٨). ويشترط الفقه أن يكون المحكم الدولي صاحب فكر موضوعي بحيث يستجيب للثقافات المختلفة، ويستطيع أن يستجيب للنظم السياسية والاجتماعية المتغيرة، فلا يفصل في النزاع متشبعاً بثقافة معينة. وظهرت في المعاملات الدولية الراهنة عقود جديدة مثل عقد نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعي التي طغت على العقود التقليدية مثل البيوع الدولية^(٤٩).

وتستلزم بعض هيئات التحكيم لإرشاد الهيئة إلى الآراء الواجب اتباعها وإلى حكم القانون في المسائل المعروضة، ويكون هذا النظام مفيداً إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من فنيين من بينهم أحد من رجال القانون^(٥٠).

المطلب الثاني

تأثير الثقافة القانونية لدى المحكم على العملية التحكيمية

نظراً لما تتطلبه صياغة أحكام التحكيم والتي تتطلب قدرات قانونية وكفاءة في معرفة الأصول والقواعد القانونية والأركان الأساسية لصياغة الحكم النهائي سواء لرجال القانون أو القضاء بصفة خاصة أو المحكمين بصفة عامة، وذلك لخطورة الآثار القانونية والمترتبة عليها، وأيضاً كيفية كتابة الحكم وصياغته وفق الضوابط والمعايير

(٤٧) أ. علي إبراهيم علي الفردان، مقال منشور في مجلة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي العدد ١٣ أغسطس ٢٠١١ ص ٢٦.

(٤٨) Claude Raymond: Desconnaissances person ells de L arbitre a son information privilege Rev Arbi 1991, 4ets.

(٤٩) د. محسن شفيق، التحكيم الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية سنة ١٩٧٣، ص ١٤٠.

(٥٠) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم، المرجع السابق، ص ١٥٥.

القانونية، أو اللغة الفنية وكيفية الاستناد في الحكم على أقوال الخصوم ومستنداتهم مثل (بيانات الحكم، تسبب الحكم - إعلان الخصوم بالحكم - إيداع الحكم) حتى لا يكون حكم التحكيم معرضاً للطعن فيه بالبطلان^(٥١).

وترجع أيضاً أهمية الثقافة القانونية إلى المقدرة على فهم موضوع النزاع وإعطاء التكييف القانوني له، والمقدرة على تحديد المراجع المفيدة لفهم أكثر عمقاً واحترافية في موضوع النزاع، والنص القانوني الذي ينطبق على جزئيات النزاع محل التحكيم، والقدرة على الاستفادة من السوابق التحكيمية أو القضائية المشابهة لموضوع النزاع، وإدارة الجلسات بالمستوى المطلوب، وفهم الطلبات العارضة وكل ما يتعلق بإجراءات الإثبات والإجراءات التحفظية والمسائل الوقتية والأولية واتخاذ القرارات الملائمة على صياغة حكم عادل بشكل مفهوم ومسبب ومتوافق مع متطلبات النظام^(٥٢) ولا غنى للمحكم عن التأهيل القانوني لما في التحكيم من مسائل قانونية هامة قد يصعب على غير المحكم القانوني حلها أو مراعاتها، خصوصاً المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق في صياغة الأحكام^(٥٣) لأن صياغة الأحكام تتطلب قدرات قانونية وكفاءة في معرفة الأصول والقواعد القانونية والأركان الأساسية لصياغة الحكم النهائي، وكتابة الحكم وصياغته وفق الضوابط والمعايير القانونية واللغة الفنية وكيفية الاستناد في الحكم على أقوال الخصوم ومستنداتهم، وقد أعطت بعض القوانين لهيئة التحكيم الحق في اتخاذ إجراءات تحفظية ومستعجلة تتفق مع مبدأ استقلال هيئة التحكيم، واتفاق التحكيم، وأعطت للطرفين الحق بأن يكون لهيئة التحكيم اتخاذ كل إجراء تحفظي أو مستعجل، الأمر الذي يستند إلى قابلية هذه الأمور المستعجلة أو التحفظية للتحكيم، وسمحت المادة ١٧ من القانون السويسري لسنة ١٩٨٧ م التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥، والمادة ١٨٣ / من القانون السويسري لسنة ١٩٨٧ م لهيئة التحكيم اتخاذ الإجراءات التحفظية. ويتضح من هذا أنه يتعين أن يكون المحكم لديه ثقافة قانونية لمواجهة مثل هذه الأمور^(٥٤). والمحكم مطالب بتوخي الطريقة الوقائية، وذلك بأن يتحسب لظهور النظام العام في وقت التنفيذ، ومع أنه يصح القول نظرياً أن المحكم لا يمكنه أن يتنبأ بالبلاد التي سيطلب فيها التنفيذ فإنه ينبغي عليه

(٥١) (الموقع الإلكتروني www.ntzcosoft.com/lads12p=269).

(٥٢) المستشار، طلال صوفان، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٥٣) د. حميد محمد علي اللهبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، ط ١، سنة ٢٠٠١.

(٥٤) د. أمين دواس، بحث بعنوان (دور القضاء في إجراءات التحكيم) منشور بمجلة الحقوق، جامعة البحرين، العدد الأول يناير ٢٠٠٨ ص ٤٦٧.

أن يأخذ بالراجح والغالب وأن يتوقع الاعتراضات التي يمكن أن تثار من قبل الخصوم أو المحاكم الوطنية في طور التنفيذ^(٥٥).

ولكن من الصعب تصور وضع نص قانوني يلزم بأن يكون جميع المحكمين من رجال القانون حتى لا يفقد التحكيم خصوصيته من حيث طابعه الاتفاقي ويصبح نسخة مكررة من قضاء الدولة، ولا يمكن تجاهل العنصر القانوني حتى تسير المحاكمة طبقاً لإجراءات قانونية صحيحة، ومن أجل ذلك لابد من وجود عنصر قانوني. وتحقيق أهم مزايا مؤسسة التحكيم وهي السرعة في الفصل في الدعوى وقلة التكاليف، وتتطلب صياغة أحكام التحكيم قدرات قانونية وكفاءة في معرفة الأصول والقواعد القانونية والأركان الأساسية لصياغة الحكم النهائي، سواء للعاملين بالقانون أو بالقضاء بصفة خاصة، أو للمحكمين بصفة عامة؛ وذلك لخطورة الآثار القانونية المترتبة عليها، حيث بات التحكيم كنظام قضائي مواز للقضاء مثار اهتمام المؤسسات العامة والخاصة ومختلف الشركات التجارية والاقتصادية؛ نظراً للمميزات التي يوفرها التحكيم للأطراف المتنازعة وسرعة إجراءاته وقلة تكاليفه. فضلاً عن أن الأحكام الصادرة عنه تعتبر نهائية لا استئناف فيها ولا تمييز، مما يوجب الاهتمام بصياغتها وفق الأصول الفنية المرعية لضمان سلامتها ووضوح منطوقها وإمكانية تنفيذها. وأيضاً في المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق أو في صياغة الأحكام، ولكن توجد آثار سلبية تنتج عن عدم توفر الثقافة القانونية لدى المحكم منها:

- عدم الفهم السليم لموضوع النزاع.
- الإدارة غير الاحترافية للجلسات والقصور في اتخاذ القرارات الوقتية والتحفظية، أو الناحية الشكلية لإدارة الجلسات.
- الضعف أو الفشل في صياغة القرار التحكيمي بما يتوافق مع نظام التحكيم والقانون الواجب التطبيق.
- الوقوع في أخطاء تؤثر على إجراءات التحكيم مما يبطل الحكم أو يكون الحكم مهدداً بالإلغاء أو البطلان؛ لأن الصياغة القانونية لدى المحكم مطلوب توافرها، إضافة إلى الدراية في أمور التجارة أو فنيات موضوع النزاع المطروح عليه، وخصوصاً وأن أغلب القوانين لم تشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو من طائفة أو مهنية معينة.

(٥٥) أحمد الورفلي، بحث بعنوان (التمسك بقواعد النظام العام في التحكيم) مجلة التحكيم، العدد العاشر أكتوبر ٢٠٠٩، ص ٢٠.

ومن التشريعات الدول التي ألزمت الأطراف بتعيين محكمين من رجال القانون، القانون الإسباني الصادر بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠٠٣م، فقد نصت المادة ١/١٥ منه على ضرورة تعيين قانونين محامين متمرسين في كل تحكيم وطني لا يفصل فيه على مقتضي قواعد العدل والإنصاف، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك^(٥٦). ويوجد بعض المبادئ القانونية المعترف بها في الأمم المتمدينة يجب على المحكم أخذها في الاعتبار في الدعوى التحكيمية.

ومضمون المبادئ المشتركة أو المبادئ القانونية المعترف بها في الأمم المتمدينة أو المبادئ وقواعد القانون والتي يغلب عليها طابع التآلف بين مبادئ تشريعية تنطبق أو تتقارب بعضها مع بعض مثل العقد شريعة المتعاقدين، وعدم الإثراء بلا سبب، والحق في التعويض عن الأضرار ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

كما قد يأخذ هذا التآلف أحياناً أخرى طابعاً نوعياً عندما يتعلق الأمر بتطبيق المحكم لقواعد مشتركة في بعض النظم القانونية التي تتقارب فيما بينها مثل: النظم القانونية فيما بين مجموعة دول القانون العام أي النظم الأنجلو سكسونية أو مجموعة دول القانون المكتوب، أي الدول اللاتينية أو مجموعة الدول الاشتراكية أو مجموعة الدول الاستكندنافية أو مجموعة الدول العربية^(٥٧). إن تطبيق المبادئ العامة في القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة يواجه بعض الصعاب منها:

١ - إن تطبيق هذا المبدأ يعقد إلى حد بعيد على الثقافة القانونية للمحكم الدولي وقدرته الذهنية على استخلاص هذه المبادئ من خلال تحليل مقارن لكثير من القوانين الوطنية أو من خلال قناعات المحكم الدولي بتطابق حكمه في موضوع النزاع مع هذه المبادئ العامة أو المشتركة أو قواعد القانون.

٢ - إن تطبيق المحكم الدولي لمصطلحات مثل: المبادئ العامة في القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة كثيراً ما تكتنفه بعض المحاذير مثل صعوبة تحديد مضمون هذه القواعد القانونية. كما أن هذه القواعد مفهوماً غامض وغير محدد والتي يمكن أن تكون ستاراً يخفي وراءه المحكم الدولي حلولاً قد تصطدم بالقانون وبالموضوعية في الفصل في المنازعات، وغالباً ما يكون تطبيق هذا المبدأ في المنازعات التي تتعلق بما يسمى بعقود القانون العام وهي العقود التي تكون الدولة

(٥٦) د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠ ص ٤١٩.

<http://forum.koora.com/f.aspx>

(٥٧)

أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سلطان وسيادة مع أحد الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية، مثل الشركات الخاصة من رعايا الدول كعقود الامتيازات الدولية، وعقود التوريدات الصناعية واستيراد بما قد تتضمنه في الغالب من إشارات ذات طابع سياسي تتعلق بضرورة احترام مبدأ سيادة الدول وحصانتها القضائية.

٣ - إن سجل قرارات التحكيم بالنسبة لتطبيق مصطلحات مثل (المبادئ المشتركة في الأمم المتحدة) على منازعات عقود القانون العام ليس سجلاً ناصعاً تماماً، بحيث إن المحكمين من دول الغرب لا ينظرون إلى مبادئ القانون أو المبادئ المشتركة في الأمم المتحدة من خلال إعمال قانون القوي على الضعيف، الأمر الذي يصبح معه أمر تدويل القواعد التي تحكم النزاع في هذه العقود هو في الواقع تكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة.

إلا أنه يوجد عدة مبادئ عامة متعارف عليها في كل النظم القانونية لا يستهان بها، في تسوية بعض منازعات العقود الدولية مثل مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ توازن الأدعاءات المتقابلة ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، ومبدأ عدم جواز تفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة، ومبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، هذه المبادئ عموميتها تسمح لها بالتطبيق على مختلف النزاعات وتعطى للمحكم حرية تقدير واسعة لمصالحة القصور في النظم القانونية الوضعية^(٥٨).

المطلب الثالث

أثر تخلف كفاءة المحكم في العملية التحكيمية.

ينبغي التنويه إلى أن عنصر كفاءة المحكم وتخصصه من الأهمية بمكان حيث هو عنصر محل اعتبار شخصي، بحيث إن تخلفه يمكن أن يبطل تشكيل هيئة التحكيم، حتى إن القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ م، قد جعل عدم توافر الكفاءة في المحكم، على عكس ما يعتقد المحكمون سبباً لرد المحكم، حيث نصت المادة (٢/١٢) على أنه "يجوز رد المحكم إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان"^(٥٩).

(٥٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص ٢٢.

(٥٩) أ. سلمان الهاجري، بحث للحصول على درجة الماجستير الجامعة الخليجية بعنوان (النظام القانوني لتعيين المحكمين) ٢٠٠٩، ص ٨٢.

ونصت م ١٧ من لائحة مركز الوساطة والتحكيم التجاري التابع لغرفة التجارة والصناعة والخدمات المغربية بمكناس "تشكل هيئة الوسطاء والمحكمين من رجال القانون والقضاء والأشخاص الذين يتمتعون بالخبرة والكفاءة والمعرفة في مجال التجارة والصناعة والخدمات.

م ١٨ من لائحة المركز (مجلس الإدارة يقوم باختيار الوسطاء والمحكمين، وفقاً للقطاعات من بين الأشخاص المعروفين بحسن سمعتهم وتخصصهم العلمي والمهني)^(٦٠).

وقد صدر قرار وزير العدل المصري م ٢ إلى أن المكتب يتولى إعداد قوائم المحكمين الذين تتوافر فيهم الشروط المعترض عليها في م ١٦ من القانون التحكيم، على أن يراعى في إدراج اسم المحكم في القوائم المشار إليها أن تتوافر فيه خبرة كافية في مجال من المجالات التي تكون موضوعاً للتحكيم^(٦١).

لذا نرى أن هيئة التحكيم يجب أن تتوافر فيها محكم في مجال التخصص يتمتع بالخبرة والثقافة في مجال موضوع التحكيم؛ حتى يستطيع إدراك طبيعة النزاع المطروح على الهيئة، وفهم ما يقدمه له الأطراف من مستندات وحجج فنية، وكذلك تقييم ما يقدم للهيئة من تقارير الخبراء في هذا الشأن، ويجب أن يتواجد محكم آخر على الأقل تتوافر فيه الخبرة والكفاءة في مجال القانون، والمحكم لا يعذر بجهله بالقانون، وإن أنس في نفسه عدم القدرة على أداء مهمته فعليه ألا يقبلها من أول الأمر؛ لأنها تتطلب منه الإلمام بالقوانين، ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح إذ عليه مراعاة الشكل الخاص المقرر في باب التحكيم.

وليس هذا بغريب في التشريع، فمن الأشخاص من يلزم بمراعاة الشكل المقرر على الرغم من أنه لا يعد من رجال القانون، ومثال هؤلاء خبير الدعوى، فهو ملزم بمراعاة شكل معين وإلا كانت إجراءاته باطلة.

وإذا كان المحكم ملزماً بقواعد القانون فعليه أن يحكم بحسب نصوصه، سواء تلك النصوص المقررة في القانون المدني أو التجاري أو البحري، أو تلك المقررة في القوانين الخاصة.

(٦٠) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٦١) قرار وزير العدل المصري رقم ٢١٠٥ / ١٩٩٥ الصادر في ٢٦ / ٤ / ١٩٩٥ منشور في الوقائع المصرية العدد ١٠٤ بتاريخ ٨ / ٥ / ١٩٩٥ م.

وللخصوم أن يثقوا في عدالة المحكم رغم الإفضاء لهم بهذه الظروف، وقد نصت م ١٣ / ٢ من القانون النموذجي بإضافة سبب جديد من أسباب الرد، إذا تبين أن المحكم لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان، كما إذا اتضح أنه ليس لديه من الخبرة المطلوبة ما يؤهله للفصل في النزاع بطبيعته^(٦٢).

في القانون المصري أجملت المادة ١٦^(٦٣) الشروط الواجب توافرها في المحكم، وهى أن يكون شخصاً طبيعياً، وأن تتوافر فيه الأهلية لتولي المهمة التحكيمية، فضلاً عن الحيادة والاستقلال الواجبين في المحكم كضمان أساسي في التقاضي بصفة عامة^(٦٤).

وقد نظم القانون للخصوم مجموعة من الضمانات التي تكفل لهم هذا الأمر، ولهم حق استبعاد المحكم وإنهاء مهمته عند اختلال هذه الشروط، وتتمثل هذه الضمانات في إمكانية رد المحكم وعزله وإنهاء مهمته، ولهم الحق برفع دعوى بطلان أصلية ضد حكم التحكيم للضرر الذي يصدر من محكم يفتقد الشروط القانونية أو الاتفاقية الواجبة فيه، وإمكانية مساءلته كذلك مدنياً إذا خرج عن الضوابط القانونية الواجبة فيه، وشكل فعله أو امتناعه خطأ جسيماً أو غشاً أو تدليساً^(٦٥).

ونرى أنه يجب أن يكون من ضمن شروط اختيار المحكم، بالنسبة للمحكم من غير رجال القانون أن تكون لديه الثقافة القانونية اللازمة والتي تساعد في التصدي لمهمة التحكيم وإصدار حكم سليم، واشتراط اجتياز دورات قانونية متخصصة، واشتراط سنوات معينة في مجال خبرته وأن يتم تصنيف المحكمين وفق قوائم حسب تخصصهم وخبراتهم.

- بالنسبة للمحكمين ممن يحملون شهادات علمية في القانون يشترط أن يكون قد مارس العمل القانوني بشكل عملي مدة زمنية معينة، أو اجتياز عدد من الدورات التثقيفية في مجال التحكيم.

(٦٢) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي سنة ٢٠٠٥، ص ١٤٩.

(٦٣) القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من قانون التحكيم المصري.

(٦٤) صدر قرار من وزير العدل سنة ١٩٩٥ برقم ١٩٩٥/٢١٠٥ الصادر بتنفيذ بعض أحكام قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ٩٤ وقد أنشأ بموجبه مكتب لشئون التحكيم تابع لوزارة العدل يتولى إعداد قوائم المحكمين الذين تتوافر فيهم الشروط التي ينص عليها قانون التحكيم م ٢، وذلك لتيسير عملية اختيار المحكمين، صدر بالقوائم المصرية العدد ١٠٤ بتاريخ ١٩٩٥/٥/٨.

(٦٥) انظر: د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩، ص ٧٢.

وقد درجت بعض قواعد الاتفاقيات الدولية، وبعض لوائح هيئات التحكيم ومؤسساته على التأكيد على أهمية توافر الخبرة والكفاءة والتخصص في المحكم، كما أنها تراعي هذا الأمر عند انتقاء قوائم محكميها، حيث يتم تحديث هذه القوائم بشكل دوري يراعي فيه تزويدها بأفضل الخبرات والكوادر المتخصصة^(٦٦).

- قد نصت م ٨ من مذكرة التفاهم التي تم اعتمادها في أوجواي عام ١٩٩٤ لتسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية wto، والتي أوجبت أن يتكون فريق التحكيم من أفراد حكوميين أو غير حكوميين مؤهلين بما فيهم الأشخاص الذين سبق أن كانوا أعضاء في فريق تحكيم أو عرضوا قضية أمامها أو ممن عملوا كممثلين لدولة عضو أو لطرف متعاقد في اتفاقية الجات لعام ١٩٤٧، أو هؤلاء الذين عملوا في أمانة المنظمة أو تدريس قانون التجارة الدولية أو سياساتها أو نشروا في ميدانها، أو عملوا كمسؤولين قياديين في ميدان السياسات التجارية، لدى إحدى الدول الأعضاء.

وكذلك ما تنص عليه المادة م ١/١٤ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات من أن يكون الأشخاص المعينون للخدمة في الهيئة (هيئات التوفيق أو التحكيم) على قدر عظيم من الأخلاق وأن يكون معترفاً بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكماً مستقلاً، وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم. ويلاحظ أن النص قد خصص اشتراط الكفاءة في المحال المهني بجانب الكفاءة في مجال القانون.

وأيضاً نصت م ١/١٤ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ (يعد مجلس الإدارة سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العملية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال والمتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة) ونصت م ٢/١١ من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي " يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو القضاء أو من ذوي الخبرة العلمية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال، وأن يكون متمتعاً بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة، والاستقلال في الرأي).

وبناء على ما تقدم فإننا نرى أنه من الأفضل أن تضم هيئة التحكيم، التي

(٦٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية ط١، ص ٦٨٦.

تشكل من أكثر من محكم في المنازعات ذات الطابع الهندسي أو المهنية. أن يكون محكماً متخصصاً في مجال النزاع يتمتع بالخبرة في مجال التحكيم في مثل هذه المنازعات حتى يستطيع إدراك طبيعة النزاع المطروح على الهيئة وفهم ما يقدمه لها الأطراف من مستندات وحجج فنية. وأيضاً تقييم ما يقدم للهيئة من تقارير الخبراء في هذا الشأن، وهذا فضلاً عن محكم قانوني تتوافر فيه الخبرة والكفاءة في مجال القانون.

وعنصر كفاءة المحكم وتخصصه ليس ترفاً إجرائياً بل هو عنصر محل اعتبار شخصي، بحيث إن تخلفه يمكن أن يبطل تشكيل هيئة التحكيم^(٦٧) ذلك مما يؤيد هذا التحليل أن القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م قد جعل عدم الكفاءة في المحكم على عكس ما يفقد المحكمون سبباً لرد المحكم، حيث نصت م ١٢/٢ على أنه يجوز رد المحكم... إذا لم يكن حائزاً المؤهلات التي اتفق عليها الطرفان.

وتقع مسؤولية المحكم في حالة إخلاله بوظيفته بسبب قلة خبرته أو عدم كفاءته، وذلك إذا تسبب المحكم في ضرر نتيجة إخلاله بواجباته في مواجهة الأطراف، أو ارتكب أخطاء، أو تجاوز اختصاصاته، ولم يتبع الإجراءات بسبب جهله بأحكام القانون أو قلة خبره الفنية، مما يترتب عليه بطلان الحكم، فيترتب عليه مسؤولية مدنية توجب التعويض، ويمكن للطرف المضرور اللجوء للقضاء للحصول على التعويض على ما فاتته من كسب، وما لحقه من خسارة، ويمكن أيضاً رد المحكم أو عزله، ويمكن الحكم بعقوبات جنائية منها الحبس أو الغرامة، وذلك إذا ارتكب المحكم فعلاً يشكل جريمة عن عمد بالغش أو التزوير أو التدليس.

الخاتمة:

استعرضنا من خلال هذا البحث أهمية ثقافة المحكم وخبرته القانونية ومدى تأثيرهما على الدعوى التحكيمية من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحث تمهيدي ومبحثين، وخلصنا إلى أهمية توافر الثقافة والخبرة للمحكم، وتبين لنا أن أهم عناصر العملية التحكيمية هو المحكم؛ لأن نجاح العملية التحكيمية يتوقف على مدى خبرة وثقافة المحكم، وأطراف التحكيم هما المعنيان باختيار المحكم وغالباً ما يلجأ الأطراف إلى اختيار المحكم الأصلح والمناسب لموضوع النزاع، ولاحظنا أن أغلب القوانين لم

(٦٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ج١ دار النهضة العربية ص ٣٨٨.

تشتط في المحكم أن يكون ذا كفاءة أو خبرة قانونية.. وخلصنا إلى بعض التوصيات منها :

- ١ - يجب إعطاء دورات في مجال العمل القانوني للمحكمين غير المتخصصين في القانون لاستيعاب الإجراءات القانونية للعملية التحكيمية، وكيفية إصدار الحكم وإجراءات سير خصومة التحكيم لتجنب الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، وزيادة الثقافة التحكيمية للمحكم بتنمية المهارات القانونية والقضائية المتعلقة بعملية التحكيم.
- ٢ - إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من عنصر (ثلاثة أو خمسة) يجب أن يكون ضمن تشكيل هيئة التحكيم عنصر قانوني متخصص في القانون، وعنصر آخر في مجال التخصص المطروح على هيئة التحكيم، فإذا كان الموضوع الدعوى (أعمال هندسية) يجب أن يكون من ضمن هيئة التحكيم محكم هندسي
- ٣ - نوصي بتعديل نص المادة ١٦ من قانون التحكيم المصري بإضافة شرط وجود - ضمن هيئة التحكيم - عنصر قانوني ومهني حسب نوع النزاع.
- ٤ - مراجعة قوائم التحكيم المعتمدة لدى مؤسسات التحكيم ومراكز التحكيم واستبعاد المحكم الذي لا يحصل على دورة تدريبية كل عامين أو ثلاثة على الأقل، سواء قانونية أو في مجاله المهني حتى يرتفع مستواه الثقافي والقانوني، وأيضاً حصوله على دورات في اللغات وتنقيفه قانونياً وفكرياً وعلمياً.

المراجع

- ١ - د. أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢.
- ٢ - د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختباري والإجباري، منشأة دار المعارف الإسكندرية ١٩٨٨.
- ٣ - د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المضبوطات الجامعية، ٢٠٠٧.
- ٤ - د. أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.
- ٥ - د. أحمد المليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، ١٩٩٦.
- ٦ - د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية ط١.
- ٧ - د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المنازعات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية.
- ٨ - د. أحمد الرجوب، بحث بعنوان الحياد والاستقلال والنزاهة في سلوك المحكمين ٢٧ / ٦ / ٢٠١٠ منشور على شبكة الإنترنت.
- ٩ - د. أسامة روبي عبد العزيز، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية ٢٠٠٩.
- ١٠ - د. جلال وفاء محمد، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢.
- ١١ - أ. جمال حسن النجار، بحث في مجلة الحق (شريعة وقانون) بدولة الإمارات العربية.
- ١٢ - د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، ١٩٧٤.
- ١٣ - المستشار طلال صوفان، مقال منشور في مجلة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي، العدد د اكتوبر ٢٠٠٩.
- ١٤ - د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، جامعة الكويت.
- ١٥ - د. عبد الله عيسى علي الربح، حكم التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- ١٦ - د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة سنة ٦٩ العدد ٣٧١ يناير ١٩٧٨.

- ١٧- د. عبد المنعم محمود داود، آفاق التحكيم التجاري الدولي الوطني، مركز البحوث سنة ٢٠٠٧.
- ١٨- المستشار معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في التحكيم، ط ١ مجلد ١، دار مشاري للإصدارات القانونية، سنة ٢٠٠٩.
- ١٩- د. محسن مرتضى الزبيدي، تاج العروس، بيروت دار صادق ٢٠.
- ٢٠- محسن شفيق، التحكيم الدولي دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية ١٩٧٤.
- ٢١- د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط ١ اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، سنة ١٩٩٠.
- ٢٢- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط ١، ٢٠٠٧.
- ٢٣- د. فارس محمد عمران، قوانين ونظم التحكيم ج ٢ ط ١ المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٠.
- ٢٤- د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة.
- ٢٥- محمود سلامة وهشام زوين، التحكيم والمحكم، ج ١ دار مصر للموسوعات القانونية، ٢٠٠٧.
- ٢٦- د. محسن شفيق، التحكيم الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، سنة ١٩٧٣.
- ٢٧- د. ماهر محمد حامد، بحث بعنوان (دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي ومسؤوليته القانونية دراسة مقارنة) منشور بمجلة الجامعة الخليجية العدد ٢، لسنة ٢٠٠٠.
- ٢٨- د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المضبوعات الجامعية، الإسكندرية سنة ٢٠٠٠.
- ٢٩- د. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المعارف ٢٠٠٣.
- ٣٠- م. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، سنة ٢٠٠٥.
- ٣١- د. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الثاني، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ٣٢- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

- ٣٣ - سليمان محمد الهاجري، رسالة ماجستير النظام القانوني لتعيين المحكمين، الجامعة الخليجية، ٢٠٠٩.
- ٣٤ - د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
- ٣٥ - أ. دعيح اسباغ الدبوس، رسالة ماجستير، دور مؤسسات التحكيم في حل منازعات التحكيم التجاري الدولي، الجامعة الخليجية، ٢٠٠٩.
- ٣٦ - مجلة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي، العدد الثالث عشر، أغسطس ٢٠١١.
- ٣٧ - مجلة كلية الحقوق جامعة البحرين يناير ٢٠٠٨.
- ٣٨ - مجلة الجامعة الخليجية، العدد ٢، السنة ٢٠٠٩ م.
- ٣٩ - مجلة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي، العدد، العاشر ٢٠٠٩.
- ٤٠ - المواقع الإلكترونية:
- www.mcnainchambns.com
 - www.ntzcosoft.com lads12p = 269
 - [f.aspx/ http: forum.koora.com](http://forum.koora.com)
- ٤١ - قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م.
- ٤٢ - نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ.
- ٤٣ - قواعد اليونسترال التي أرستها الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعتمدة بالقرار رقم ٩٨/٣١ الصادر في ١٥/١٢/١٩٧٦ م.

إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء دراسة تحليلية للمشاكل العملية المتعلقة بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري في فرنسا ومصر

الأستاذ الدكتور/ مجدي عبدالحميد شعيب
أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة الزقازيق
ورئيس قسم القانون العام بجامعة الشارقة

ملخص:

تنصب الدراسة التي نحن بصدها على إلقاء الضوء على بعض المشاكل العملية المتعلقة بالأثر الإيجابي الذي يربته التحكيم الإداري. ويأتي في مقدمتها الإشكالية المتعلقة بمعرفة القاضي الذي يمكن اللجوء إليه، للمساعدة في تشكيل المحكمة في حالة تقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكمه، فهل يتم اللجوء لقاضي القانون العام، باعتبار أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في النزاع أم على العكس يتم اللجوء لقاضي القانون الخاص.

وهناك إشكاليات أخرى تتعلق بمعرفة إذا ما كان من الملائم أن تؤخذ جنسية المحكمين بعين الاعتبار من عدمه عند تشكيل المحكمة، وكذلك معرفة إذا ما كان التحكيم الإداري يقتضي أن يختار المحكمين من بين قضاة محاكم مجلس الدولة باعتبارهم على دراية جيدة بالطبيعة التي تتميز بها المنازعات الإدارية من عدمه.

هذا ولقد أجبنا عبر هذه الدراسة عن كافة التساؤلات السابق الإشارة إليها وغيرها، والتي تتعلق بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري من خلال مطالب ثلاثة، عرضنا في الأول منها للشروط الواجب مراعاتها عند إنشاء محكمة التحكيم، وتناولنا في الثاني الدور الجوهرية الذي تضطلع به إرادة الأطراف في هذا الخصوص والشروط الواجب مراعاتها، أما الثالث فقد خصصناه للإجابة عن التساؤل المتعلق بمعرفة القاضي الذي يتولى مهمة تقديم المساعدة لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ عندما يقتضي الأمر ذلك.

مقدمة:

يحكم المنازعات الإدارية التي تنور بين أشخاص القانون العام وغيرهم قواعد معروفة سلفاً تخص قاضي القانون العام^(١)، في البلاد التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وقاضي القانون الخاص في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد بمهمة

(١) وفقاً لنص المادة ١٠/١٤ من قانون مجلس الدولة المصري تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في سائر المنازعات الإدارية.

الفصل فيها. ومن ثم يختص قضاء الدولة، سواء أكان إدارياً Administratif أم عادياً Judiciaire، بالفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

ولقد ترتبت على ازدياد الدور الذي تضطلع به الدولة في وقتنا الحاضر زيادة عدد المنازعات التي ترفع أمام القضاء، الأمر الذي يؤدي إلى إعاقته عن القيام بمهمة الفصل فيها في وقت معقول، وهو ما يؤدي إلى بطء العدالة^(٢). لذا يلجأ أصحاب الشأن إلى البحث عن طرق أخرى، كالوساطة والتوفيق أو المصالحة، تمكنهم من الفصل في المنازعات التي تثور بينهم خارج أروقة القضاء^(٣). وقد يصل الأمر بهم إلى إنشاء قضاء خاص ليتولى مهمة الفصل في المنازعات التي قد تثور بينهم، وهو الطريق المعروف بالتحكيم.

(٢) وهذا ما أشارت إليه الدراسة التي أعدها مجلس الدولة الفرنسي والتي كانت مصدر التعديل الذي تضمنته المادة ١٣ من القانون رقم ٨٧-١١٢٧ الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ والذي أعطى أساساً قانونياً لبعض الوسائل البديلة للقضاء لحل المنازعات؛ حيث أحالت هذه المادة إلى مراسيم تصدر من مجلس الدولة يحدد فيها شروط خضوع الدولة، والهيئات المحلية، والمؤسسات العامة، للوسائل البديلة لحل منازعاتها في مجال العقود والمسئولية غير التعاقدية La responsabilité extracontractuelle ومن شأن السماح باللجوء إلى مثل هذه الوسائل البديلة للقضاء تخفيف العبء عن كاهل هذا الأخير ومساعدته في القيام بمهمته بنجاح.

(٣) Laurent Richer, Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif, A.J.D.A., 1997, no 1 p. 3; Conseil d'Etat; Régler autrement les conflits: Conciliation, Transaction, Arbitrage en matière administrative, Les études du Conseil d'Etat, La documentation Française, Paris, 1993; Françoise Ducarouge; Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits, Transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit administratif français, R.F.D.A., 1996 no 1 Janvier-Février p.86; V. Gaudement; L'Arbitrage: aspects de droit public; état de la question, Revue arbitrage 1992, p.241.

ولا تتسم هذه الأنماط بكونها جديدة تماماً؛ فهي معروفة منذ زمن بعيد، بيد أن المتغيرات التي طرأت على المستوى الدولي، وعلى الدور الذي تضطلع به الدولة في مجال التنمية الاقتصادية، هي التي أبرزت أهميتها ووضعتها في بؤرة الاهتمام، فهذه الأنماط الودية كانت وما زالت موضع اهتمام القانون الوضعي؛ ففي المنازعات الضريبية على سبيل المثال غالباً ما ينص القانون على ضرورة اللجوء بداية إلى السلطة الضريبية قبل اللجوء إلى المحكمة، ومن شأن هذا اللجوء الإجمالي وضع نهاية للكثير من المنازعات بعيداً عن القاضي. د. صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، النهضة العربية، ١٩٥٧، ص ٧٩. في إنجلترا على سبيل المثال تم التسليم بالتحكيم منذ وقت طويل، سواء من جانب المحاكم - Affaire Cook & Songate, 1588 - أو من جانب المشرع حيث يرجع تاريخ أول قانون للتحكيم إلى عام ١٦٩٨ انظر في ذلك:

Antoine Adeline; La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage; Les Petites Affiches, 20 Janvier 1997 no9, p.4.

وإذا كان اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات قد بات أمراً مسلماً به في نطاق القانون الخاص؛ فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لمنازعات القانون العام؛ حيث يرفض الفقه التسليم بإمكانية اللجوء للتحكيم لفض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها. ويجد هذا الفقه الرفض للتحكيم أصوله في الفكرة التي دافع عنها Édouard Laferrière والتي تقضي بوجوب عدم التسليم بإمكانية فض منازعات الدولة عن طريق التحكيم باعتبار أنه يؤدي، في نطاق القانون العام، لنتائج غير محمودة العواقب، فضلاً عن تعارضه مع جوهر النظام القانوني الذي يوجب حل منازعات أشخاص القانون العام بمعرفة القضاء الرسمي دون غيره^(٤). وهو الأمر الذي أكدته في وقت لاحق عدد لا بأس به من فقه القانون العام، باعتبار أن التحكيم يتعارض مع طبيعة القانون الإداري^(٥) كتعارض الماء مع النار^(٦).

هذا ولقد طرأ على هذا الفكر المعارض للأخذ بالتحكيم في مجال القانون الإداري تطور تدريجي^(٧) جعل المشرع يتدخل في العديد من الدول ليجسد شرعية

(٤) "l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres tant en raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage que des considérations d'ordre juridique qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi". E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative, t. 2, 1re éd., 1888, p. 146, réimprimé. LGDJ, 1989. V. aussi; CE, avis, ass. gén., 6 mars 1986, EDCE 1987, n° 38, p. 178; Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz, 3e éd., 2008, p. 160, comm. D. Labetoulle. CE, 29 oct. 2004, n° 269814, Sueur: Rec. CE 2004, p. 393, concl. D. Casas; AJDA 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lénica; RFD adm. 2004, p.1103, concl. D. Casas.

(٥) Françoise Ducarouge; Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits, Transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit administratif français, R.F.D.A., 1996 no 1 Janvier-Février p.86; V. Gaudement; L'Arbitrage: aspects de droit public; état de la question, Revue arbitrage 1992, p.241.

(٦) Cambournac, allocation de bienvenue, prononcé au colloque du 17 septembre 1970, organisé par l'Associations Française d'Arbitrage.

(٧) Y. Gaudemet, L'avenir de l'arbitrage en droit administratif, in Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica, 2003, p. 165.; S. Braconnier, Arbitrage et contrats publics d'affaires-Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité, in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal, t. 2, PU Montpellier I, 2006, p. 319.; Daniel Labetoulle; Pour un statut de l'arbitrage en droit administratif, in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz 2007, p. 667; Th. Clay, Arbitrage et personne morale de droit public: le grand bazar, LPA 25 mars 2008, p. 3.; V. aussi; J.-L. Delvolvé, Une véritable révolution...inaboutie: remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en =

اللجوء للتحكيم لحسم منازعات عقود الإدارة، فمن جانبه أجاز المشرع الفرنسي لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم لحسم بعض منازعاتها، استثناء من الأصل العام الذي أورده المادة ٢٠٦٠ من تقنين القانون المدني والذي يحظر على هذه الأشخاص اللجوء للتحكيم لفض المنازعات التي تكون طرفاً فيها^(٨).

وإذا كان المشرع الفرنسي جسد على استحياء شرعية اللجوء للتحكيم لحسم منازعات القانون العام، فإن المشرع المصري أجاز صراحة تسوية منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذي قرر فيه صراحة مشروعية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم^(٩).

ولا تكفي الإجازة التشريعية وحدها، لكي تتمكن أطراف منازعة ما من اللجوء إلى التحكيم، بل يلزم علاوة على ذلك، أن يعلن الأطراف عن رغبتهم هذه دون أي غموض وذلك في اتفاق التحكيم^(١٠). ويعطي هذا الاتفاق للتحكيم أساساً اتفاقياً يسمح ببدء إجراءات الدعوى التحكيمية، ويكون له تأثير عظيم الأهمية على سير خصومة التحكيم، وتبدأ آثاره منذ البداية وحتى نهاية الدعوى التحكيمية، ويتجسد اتفاق التحكيم

= matière administrative, Rev. arb. 2007, p. 373.; S. Lemaire, La libéralisation de l'arbitrage international en droit administratif: approche critique du projet de réforme du 13 mars 2007, Rev. arb. 2007, p.407.; S. Lemaire, C. Jarroson et L. Richer, Pour un projet viable de l'arbitrage en droit administratif, AJDA 2008, p. 617.; P. Terneyre et C. Vérot, Le projet de réforme des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable, AJDA 2008, p. 905.; P. Delvolvé, L'arbitrage en droit public français, in L'arbitrage en droit public, Bruylant 2010, p. 208.

(٨) من المعلوم في مجال القانون أن الاستثناء عادة ما يتم النص عليه بغية تأكيد القاعدة التي جاء خروجاً على أحكامها، بيد أن تعدد الاستثناءات التي جاء بها المشرع الفرنسي في هذا المجال تكاد تفرغ قاعدة الحظر من مضمونها وتجعلنا نقرر دون عناء أن قاعدة حظر التحكيم في مجال القانون الإداري لم يعد لها في الوقت الراهن قيمة تذكر وبعبارة أخرى لم يعد لها وجود.

(٩) وبهذا المسلك وضع المشرع نهاية للخلاف الفقهي وللتعارض بين الأحكام القضائية وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها.

(١٠) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية ١٩٩٦؛ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ٢٠٠١؛ محمود التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية ١٩٩٥.

في إحدى صورتين^(١١): شرط التحكيم^(١٢) Clause compromissoire ومشاركة التحكيم^(١٣) La compromis.

(١١) "L'arbitrage est un mode conventionnel et juridictionnel de règlement alternatif des litiges. Il consiste à faire trancher le litige par un tiers, librement choisi par les parties, qui rend une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée. La décision de recourir à l'arbitrage résulte de la volonté des parties exprimée sous une forme contractuelle. Il existe deux catégories de conventions d'arbitrage: le compromis et la clause compromissoire". Sabine Boussard; Conciliation, Transaction et Arbitrage, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1005.

(١٢) يعرف شرط التحكيم بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف علاقة عقدية بحل المنازعات التي يمكن أن تتولد عن العقد المبرم بينهما عن طريق التحكيم (انظر في تعدد التعاريف، د. أبوزيد رضوان؛ التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ١٩٨٠، ص ١٩؛ د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣، ص ٥ وما بعدها). ويستمد هذا التعريف من نص المادة ١٤٤٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذلك من نص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ويتضح من هذا التعريف أن شرط التحكيم ليس اتفاقاً مستقلاً للتحكيم؛ فهو اتفاق فرعي مرتبط بالعقد الأساسي، هدفه بيان وتنظيم الكيفية التي يتم بها حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد المرتبط به.

V.; S. Bollée, La clause compromissoire et le droit commun des conventions: Rev. arb. 2005, 917.- L. Cadiet, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des différends, cité supra n° 253. D. Cohen, Arbitrage des groupes de contrats: Rev. arb. 1997, 471. J. El-Ahdab, L'interprétation restrictive du consentement à une clause compromissoire: Procédures 2006, Etudes 2. - Ph. Fouchard, La laborieuse réforme de la clause compromissoire: Rev. arb. 2001, 397. I. Gallmeister, De la validité de la clause compromissoire dans un acte mixte: LPA 29 oct. 2004, 12. C. Jarrosson, Le nouvel essor de la clause compromissoire: JCP G 2001, 1, 333.- P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire: Rev. arb. 1998, 359.- B. Moreau et L. Degos, La clause compromissoire réhabilitée- Chronique d'une réforme annoncée: Gaz. Pal. 13-14 juin 2001, 6.

(١٣) تعرف مشاركة التحكيم Le compromis بأنها اتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف منازعة قائمة بحل هذه المنازعة عن طريق التحكيم، ويتضح من هذا التعريف أن مشاركة التحكيم هي بمثابة اتفاق بين أطراف منازعة قائمة نة litige Parties a un و هو ما يميزه عن التعريف الخاص بشرط التحكيم حيث يعد هذا الأخير اتفاقاً ليس بين أطراف منازعة قائمة كما هو الحال بالنسبة لمشاركة التحكيم وإنما اتفاق بين أطراف عقد Parties a un contrat ويتمثل الفارق الأساسي بين صورتَي اتفاق التحكيم في مدى تحقق أو إمكانية تحقق النزاع، فيواجه شرط التحكيم نزاعاً مستقبلياً Future ومحتماً éventuel في حين أن مشاركة التحكيم تتعلق بنزاع حدث في الماضي أو تحقق في الحاضر وفي كل الأحوال نزاع تحقق وحال né et actuel. راجع في كل ذلك بحثنا بعنوان؛ اتفاق التحكيم الإداري وإشكالية الاختصاص بالفصل في الأمور المستعجلة، مجلة القانون والأمن، أكاديمية شرطة دبي، عدد يوليو ٢٠١١.

ويرتب اتفاق التحكيم، أياً كانت الصورة التي يتجسد من خلالها، أثراً سلبياً يتمثل في كونه يؤدي إلى استبعاد اختصاص قضاء الدولة؛ إذ يمتنع على القضاء، أياً كان إدارياً أم عادياً، النظر في منازعة اتفق على حسمها عن طريق التحكيم وذلك تطبيقاً للأثر المانع أو السلبي^(١٤) الذي يترتب عليه اتفاق التحكيم. ويحظر كذلك على أطراف اتفاق التحكيم^(١٥)، اللجوء إلى قضاء الدولة للفصل في النزاع الذي اتفق على أن تتولى محكمة التحكيم مهمة الفصل فيه^(١٦).

كما يترتب اتفاق التحكيم، إلى جوار الأثر السلبي، أثراً إيجابياً يتمثل في التزام أطراف اتفاق التحكيم بإنشاء المحكمة التي تتولى مهمة الفصل في النزاع المتفق على وضع نهاية له عن طريق التحكيم، وهي تشكل بالآلية المتفق عليها في اتفاق التحكيم. هذا ولن نتعرض في دراستنا لبحث مشروعية التحكيم في القانون الإداري^(١٧)،

(١٤) ولقد أكد المشرع الفرنسي على هذا الأثر المانع في المادة ١٤٥٨ من قانون الإجراءات المدنية والتي أوجبت على قضاء الدولة في حالة رفع الأمر إليه من قبل أحد أطراف اتفاق التحكيم بأن يعلن عدم اختصاصه بالفصل في النزاع باعتبار أن اتفاق التحكيم قد حصر هذا الاختصاص لمحكمة التحكيم دون غيرها.

Clay T.; Le Secrétaire arbitral, Rev. arb. 2006, p. 931; Couchez, Référé et arbitrage, Rev. arb. 1986, p. 155; Hory A., Mesures d'instruction, in futurum et arbitrage, Rev. arb. 1996, p. 191; Cass. 1er Civ., 11 juillet 2005, SARL Optimel, JCP 2006, IV, 2782.

(١٥) Henri-Jacques Nougéin, Yves Reinhard, Pascal Ancel, Marie - Claire Rivier, André Boyer et Philippe Genin; Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, Litec, 2004, p.29

(١٦) محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٦٢.

(١٧) فقد اقتصررت الدراسات التي انصبّت على موضوع التحكيم في منازعات القانون العام في مجملها على بحث هذه الشرعية انظر على سبيل المثال: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٤٥-٢٨٨؛ د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧؛ د. حمدي على عمر، التحكيم في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧؛ د. مجدي عبد الحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ١٩٩٨؛ د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، ١٩٧٣؛ د. عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية ١٩٩٢/١٩٩٣؛ محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، تعليق على حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ جلسة ٢٠٠٠/٢/١٩٩٠، مجلة العلوم الإدارية، ١٩٩١ العدد ٣، السنة الثالثة والثلاثون العدد الأول يونيو ١٩٩١، ص ٣٠٩؛ د. يسري العصار، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة =

كما لن نتناول الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، بل سنقتصر على تحليل المشاكل العملية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم وهي مشاكل ترجع في المقام الأول إلى غياب التنظيم القانوني للتحكيم الإداري في الدولتين التي ستقتصر عليهما الدراسة وهما مصر^(١٨) وفرنسا^(١٩).

فنظراً لحدثة عهد القانون الإداري بالتحكيم، عادة ما تحيل النصوص التشريعية إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية^(٢٠)، المعمول بها في هذا المجال، بل يضطر القاضي الإداري أو المحكم في منازعة إدارية، في غياب هذه الإحالة الصريحة لنصوص القانون الخاص، إلى الاعتماد على القواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية لحسم النزاع المعروض عليه.

وتتسم مهمة القاضي أو المحكم في المنازعة الإدارية بقدر من الصعوبة نوعاً ما؛ حيث يترتب على وجود الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في المنازعة قدر من التعقيد، خاصة في مجال تطبيق القواعد الإجرائية، وذلك بخلاف الوضع بالنسبة للتحكيم الخاص، وهذا يفرض على المحكم نقل القواعد الإجرائية المعمول بها في نطاق التحكيم الخاص إلى مجال دعاوى التحكيم الإدارية بطريقة لا تتعارض مع الطبيعة التي تتميز بها.

= العربية، ٢٠٠١؛ درقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١؛ د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٣؛ زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحل المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣؛ د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار الكتب القانونية ٢٠٠٤؛ نجلاء حسن سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية ٢٠٠٣-٢٠٠٤؛ جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٩؛ د. أنور أحمد رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، السنة السادسة، العدد الأول يناير ١٩٩٨، ص ٤؛ مصطفى عبد المقصود سليم، تطور دور الدولة وتأثيره في النظريات الكبرى في القانون العام، دار النهضة العربية ٢٠٠٣.

(١٨) باعتبارها مهد القضاء الإداري في العالم العربي.

(١٩) بحسبانها الدولة الأم بالنسبة للقضاء الإداري.

(٢٠) كما هو الحال بالنسبة للتحكيم المنصوص عليه في المادة ٦٩ من قانون المالية الفرنسي

الصادر في عام ١٩٠٦. راجع في هذا الخصوص؛

Charles Debbahe, Procédure administrative contentieuse et procédure civile,, pp. 358 et s.; Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, p. 157.

وتتمثل أهمية الدراسة التي نحن بصدها في كونها تجيب على العديد من التساؤلات المتعلقة ببعض الإشكاليات العملية المرتبطة بالتحكيم الإداري، كما هو الشأن بالنسبة للتساؤل المتعلق بمعرفة القاضي الذي يعهد إليه بمهمة تقديم المساعدة لتشكيل محكمة التحكيم. فمن المعروف أن اتفاق التحكيم، يلزم أطرافه، بإنشاء محكمة التحكيم، وقد لا يسير أمر إنشاء المحكمة بسهولة ويسر، فقد يتقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكمه وهنا يتم اللجوء لقضاء الدولة الرسمي لإجبار الطرف المتقاعس على الوفاء بما التزم به، أو يتولى القضاء بنفسه هذه المهمة نيابة عنه. ويثور التساؤل في هذه الحالة حول معرفة القاضي الذي يمكن اللجوء إليه، أهو قاضي القانون العام؛ نظراً لكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في المنازعة، أم هو قاضي القانون الخاص، باعتبار أن نصوص القانون الخاص تعهد إليه بمثل هذا الاختصاص، علاوة على الخبرة التي يتمتع بها في هذا الشأن نظراً لكون التحكيم قد نشأ وترعرع في أحضان القانون الخاص.

وهناك تساؤل آخر يثيره التحكيم الإداري يتصل بالشروط الواجب توافرها في المحكم خاصة شرط الجنسية؛ فإذا كانت أغلب تشريعات التحكيم المختلفة لا تمنع من حيث المبدأ من أن يكون المحكم أجنبي، إلا أن الطبيعة التي يتميز بها التحكيم الإداري تقتضي التساؤل عما إذا كان من الملائم، باعتبار أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه، أن يؤخذ موضوع الجنسية بعين الاعتبار أم لا.

وهل من الملائم كذلك وجوب اشتراط أن يكون المحكم قاضياً؛ وبعبارة أكثر دقة، هل من الأفضل أن يختار المحكم من بين قضاة محاكم جهة القضاء الإداري باعتبارهم الأكثر حرصاً من غيرهم على مراعاة ذاتية التحكيم الإداري نظراً لارتباطه بقواعد القانون العام؟.

وإذا كانت إرادة أطراف اتفاق التحكيم تتمتع، من حيث المبدأ بدور جوهري في إنشاء المحكمة، فهل تلتزم هذه الإرادة وهي بصدد القيام بذلك بمراعاة أن يتم التشكيل بطريقة تتفق وطبيعة المنازعة المعروضة على التحكيم أم لا؟

تقتضي الإجابة عن كافة التساؤلات التي سبقت الإشارة إليها وغيرها، والتي تتعلق بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري، أن نعرض للشروط الواجب مراعاتها عند إنشاء محكمة التحكيم (المطلب الأول)، والدور الجوهري الذي تضطلع به إرادة الأطراف في هذا الخصوص (المطلب الثاني) وأخيراً القاضي الذي يتولى مهمة تقديم المساعدة لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ عندما يقتضي الأمر ذلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول

شروط يلزم مراعاتها عند إنشاء محكمة التحكيم

يلتزم أطراف اتفاق التحكيم بإنشاء محكمة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع المتفق على حله عن طريق التحكيم. وتثور عدة تساؤلات في هذا المقام تأتي في مقدمتها معرفة ما إذا كان وجود الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في اتفاق التحكيم، يقتضي أن يؤخذ شرط الجنسية في الاعتبار أم لا عند تشكيل المحكمة. وكذلك بيان ما إذا كانت طبيعة التحكيم الإداري تستوجب مراعاة، اختيار أعضاء المحكمة من بين القضاة، وخاصة قضاة مجلس الدولة من عدمه. وأخيراً معرفة ما إذا كان التحكيم الإداري يقتضي أن يصدر حكم التحكيم عن محكمة ذات تشكيل فردي أم على العكس ذات تشكيل متعدد.

وإذا كانت إرادة الأطراف تلعب دوراً جوهرياً في إنشاء محكمة التحكيم فإن ذلك لا يعني أنها تتحلل من أي قيد أو شرط؛ إذ يلزم بالرغم من هذه الحرية أن يراعي أطراف التحكيم بعض الشروط العامة خاصة تلك المتعلقة بمن يتولى مهمة التحكيم (أ)، وبالعقد الذي تتشكل منه المحكمة (ب)، والتي سنعرض لها بقدر من التفصيل لنتعرف من خلالها على إجابة التساؤلات السالف ذكرها.

أ - الشروط التي تتعلق بالمحكم:

يمكن القول أنه وعلى الرغم من كون التحكيم يعد قضاء خاصاً، إلا أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر تنظيمه خاضعاً بصورة مطلقة لإرادة الأطراف؛ لذا استوجب أن يتوافر في المحكم حداً أدنى من الشروط تضمن بقدر الإمكان قيامه بمهمته بصورة جيدة.

وفي هذا السياق تضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدل بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، وكذلك قانون التحكيم المصري النص على شروط يلزم توافرها فيمن يعين محكماً، يأتي في مقدمتها الشرط القاضي بضرورة أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً^(٢١). ويحظر بمقتضى هذا الشرط اختيار شخص

(٢١) En vertu de l' (Modifié par) " La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits"; Ph. Fouchard, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev. arb. 1996, p. 325.

معنوي عام أو خاص للقيام بدور المحكم^(٢٢). كما لا يسمح لهيئات التحكيم بأن تتولى بنفسها إصدار حكم التحكيم، إذ يقتصر دورها في هذا الصدد على تنظيم التحكيم^(٢٣).

ويعد هذا الشرط شرطاً منطقياً؛ فمن ناحية لا يستطيع الشخص المعنوي القيام بهذه المهمة إلا من خلال تعيينه لشخص طبيعي يتولى القيام بمهمة المحكم^(٢٤). ومن ناحية أخرى، قد لا يتضمن النظام القانوني للشخص المعنوي تحديد الآلية التي يتم من خلالها تعيين المحكمين، وهو ما قد يؤدي في نهاية المطاف إلى تأخر تشكيل المحكمة، ومن ثم البعد عن الميزة الأساسية التي يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في النزاع.

ولكن ما هو الأثر القانوني المترتب على إغفال هذا الشرط؟ وبعبارة أخرى، هل يترتب على تعيين أحد الأشخاص المعنوية محكماً بطلان اتفاق التحكيم؟ لا يترتب على اختيار أحد الأشخاص المعنوية محكماً بطلان عقد التحكيم؛ إذ يُفسَّر مسلك الأطراف بطريقة تعطي لهذا الاختيار قيمة قانونية، حيث يفترض في هذه الحالة أن إرادة الأطراف الحقيقية تكمن في منح الشخص المعنوي سلطة اختيار شخص طبيعي لتولي مهمة التحكيم، وهذا يعني أن سلطة الشخص المعنوي تقتصر فقط على الجانب التنظيمي للتحكيم^(٢٥)، وهو الحل الذي تضمنت النص عليه المادة ١٤٥٠/٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية والمعدل بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١^(٢٦).

ولا يكفي أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً، بل يلزم علاوة على ذلك أن يكون متمتعاً بكافة حقوقه المدنية، وهو شرط ورد النص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذلك المادة ١٦/١ من قانون التحكيم المصري التي ورد نصها على النحو التالي "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو

(٢٢) CA Grenoble, 26 avr. 1996, Rev. arb. 1996, p. 452, note Fouchard.

(٢٣) Eric Loquin, Arbitrage: l'arbitre, Conditions d'exercice, Statut, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1015.

(٢٤) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; Charles Jarroson, Arbitrage, Commentaires, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fasc. 10, Cote: 03, 2010.

(٢٥) V. not., M. Philippe, Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence, Rev. arb. 2006, p. 591.

(٢٦) L'alinéa 2 de l'ajoute: "Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage".

مجبوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره". وعلى ذلك يستبعد الشخص الطبيعي غير المميز وكذلك القاصر، كما يستبعد من الاختيار فاقد الأهلية... إلخ، ولسنا في حاجة هنا إلى الدخول في تفاصيل هذا الشرط ونكتفي بالإحالة في شأنه إلى القواعد العامة.

وإذا كان يشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً يتمتع بكافة حقوقه المدنية على النحو السابق بيانه، فهل يلزم أن ينتمي كافة أعضاء محكمة التحكيم لدولة بعينها؟ أم على العكس يمكن اختيارهم من جنسيات مختلفة؟ وبعبارة أخرى هل يجب أن تؤخذ جنسية المحكمين في الاعتبار عند تشكيل المحكمة؟. ليس هناك ما يمنع، من الناحية القانونية، وفقاً لتشريعات التحكيم في بعض البلدان، من أن تشكل محكمة التحكيم من أشخاص طبيعيين يحملون جنسيات دول مختلفة، أو من أشخاص ينتمون جميعهم لدولة بعينها. وهذا هو المسلك الذي جسده قانون التحكيم المصري في الفقرة الثانية من المادة ١٦ منه التي جاء نصها على النحو التالي: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك".

بيد أن هذا المسلك وإن كان يتفق تمام الاتفاق مع جوهر التحكيم الذي يتم بين أشخاص القانون الخاص، إلا أن الوضع قد يختلف بالنسبة للتحكيم الذي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيه. وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كان من الملائم أن يؤخذ شرط الجنسية بعين الاعتبار في هذه الحالة؛ بحيث يتم اختيار محكمين ينتمون لجنسية دولة الشخص المعنوي العام، وهو ما يعطي الانطباع بأن قضاء محكمة التحكيم سيتم في ضوء الاعتبارات التي يراعيها قاضي القانون العام وهو بصدد الفصل في المنازعات الإدارية، ومن ثم سيرا على قدر الإمكان الطبيعة التي تتميز بها هذه المنازعات بما يترتب على ذلك من آثار، ويأتي في مقدمة هذه الآثار وجوب الانطلاق من نقطة جوهرية مفادها أن اتفاق أطراف النزاع يفترض تعاونهما في تحقيق المصلحة العامة.

ويمكن القول أن عدم اشتراط بعض قوانين التحكيم^(٢٧)، وجوب أن تتشكل محكمة التحكيم في الحالة التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى

(٢٧) كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم المصري على سبيل المثال.

طرفاً في النزاع، من أشخاص يحملون جنسية الدولة أو الشخص المعنوي العام، لا يعني بأي حال من الأحوال، إسقاط شرط الجنسية من الحساب عند تشكيل محكمة التحكيم.

فليس هناك ما يمنع من أن يؤخذ شرط الجنسية في الاعتبار من قبل أطراف الاتفاق عندما يشرعون في تعيين المحكم، وليس أدل على ذلك مما كتبه رئيس إحدى محاكم التحكيم^(٢٨)، في إحدى رسائله والتي تليت في جلسة علنية أمام محكمة باريس الابتدائية بمناسبة قيامها بتعيين محكم بدلاً من الطرف الذي تقاعس عن تعيين محكمه: "أفضل وبصراحة أن يعين القضاء الفرنسي فرنسياً^(٢٩)".

ولا يخفى على أحد أن شرط الجنسية يثير قدراً من الحساسية تجاه حياد المحكم؛ إذ قد يتصور البعض أن المحكم سيتعاطف بصورة طبيعية مع الطرف الذي يحمل نفس جنسيته، وهو سبب نفسي لا يمكن تجاهله^(٣٠). بل قد يكون هذا التخوف هو السبب الحقيقي الذي جعل المشرع، في بعض الدول، يتجاهل النص على شرط الجنسية أثناء إنشاء محكمة التحكيم، بيد أن ذلك لا يمنع، كما أوضحنا، من أن الطبيعة التي تتميز بها التحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه يقتضي مراعاة هذا الشرط عند تشكيل المحكمة خاصة بعد ظاهرة العولمة.

فلقد ساهمت ظاهرة العولمة وما صاحبها من انتشار للعقود العابرة للقارات في نقل موضوع الجنسية من المجال القانوني الذي لا يعتبرها شرطاً مانعاً من حيث المبدأ إلى مجال الملاءمة^(٣١). إذ قد يكون من الملائم في بعض الأحيان أخذ موضوع جنسية المحكم بعين الاعتبار، خاصة عندما يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً في النزاع المعروض على محكمة التحكيم.

ويبرر البعض إمكانية اشتراط أن ينتمي المحكم لجنسية دولة الشخص المعنوي العام الذي يعد طرفاً في التحكيم الإداري باعتبار أن السماح بتشكيل محكمة التحكيم

(٢٨) وهو في الوقت نفسه أستاذ للقانون بجامعة كولومبيا بالولايات المتحدة الأمريكية.

(٢٩) "Franchement, j'aurais de beaucoup préféré que la juridiction française désigne un français" Tribunal de grande instance de Paris, 29 octobre 1996, G.E.C.I, C / S A Industriel export, inédit.

(٣٠) Philippe Fouchard L'arbitrage commercial international, préface de B. Goldman, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, vol.2, 1965, no 363.

(٣١) Pierre Lafive, Les choix de l'arbitre, in Libertés, Mélanges Jacques Robert, préface de Georges Vedel, Montchrestien, 1998, p.353, notamment p. 358.

من محكمين لا ينتمون لجنسية دولة الشخص المعنوي العام قد يتعارض مع مفهوم السيادة، ويزداد هذا التعارض عندما تطبق المحكمة قانون دولة المحكم الأجنبي أو المحكمين الأجانب^(٣٢).

انطلاقاً من الاعتبارات السابقة، حرص المشرع في الكثير من الدول، على اشتراط أن يكون المحكم وطنياً، خاصة عندما تكون الدولة طرفاً في التحكيم، وهو المسلك الذي أخذ به المشرع الكومبي على سبيل المثال حيث تنص المادة ٨ من المرسوم رقم ٢٢٧٩ الصادر في ٧ أكتوبر عام ١٩٨٩ على ضرورة أن يكون المحكم ممن يحمل جنسية كولومبيا، ولقد صدر هذا المرسوم على أثر قرار محكمة العدل العليا في كولومبيا الذي أعلن عدم دستورية النص القديم للمادة ٨ من قانون التحكيم الذي كان يسمح بأن يكون المحكم أجنبياً^(٣٣).

وإذا كان المسلك التشريعي، الذي يقضي بوجوب مراعاة شرط الجنسية قد يتلاءم مع التحكيم الإداري، إلا أننا لا نسلم بصحة الرأي القائل بأن مرجع ذلك تعارضه مع مفهوم السيادة الوطنية؛ ذلك أن التحكيم وإن كان يتوقف على إرادة الأطراف، إلا أن هذه الإرادة ليست العنصر الوحيد الذي يرسى مشروعيتها، فهذه لا تثبت إلا إذا تدخلت الدولة ذاتها واعترفت بمشروعية التحكيم، وهو عين ما أكدت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري حينما أعلنت "غير أن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقه"^(٣٤).

ومن ثم فإذا أقرت الدولة مشروعية التحكيم في القانون الإداري ولم تحظر أن يكون المحكم أجنبياً، فإن ذلك يعني خضوعها الإرادي وقبولها بحكم المحكم حتى لو طبق قانوناً غير القانون الوطني، وهو التفسير الذي يستمد من نظرية التحديد الذاتي للسيادة.

(٣٢) G.Ballador fallieri, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, Rec. Cours La Haye, 1935, I, 287 Spec. p. 322; Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, op. cit, pp. 183 et s

راجع كذلك: د. حمدي على عمر، المرجع السابق ص ٣١.

(٣٣) F. Mantilla Serrano, La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage, Rev. arb. 1992, p. 41, spéc. p. 49.

(٣٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ٧ يناير ١٩٧٠ ملف رقم ١٦٣/٦/٨٦.

وإذا كانت طبيعة التحكيم الإداري تقتضي أن يؤخذ في الاعتبار جنسية المحكمين على النحو السابق بيانه، فهل هذه الطبيعة تستوجب اختيار المحكمين من بين قضاة مجلس الدولة؟ الإجابة على هذا التساؤل تقتضي الإجابة على تساؤل آخر: هل يجوز أن يكون القاضي محكماً؟

تعددت آراء الفقه في هذا الشأن، بيد أن الاتجاه الغالب يرى عدم وجود ما يمنع من إمكانية أن يكون القاضي محكماً، ويستند هذا الاتجاه على العديد من الحجج، يأتي في مقدمتها القول بأن هذا الرأي يتفق وإرادة الأطراف؛ فإذا سلمنا بإمكانية اتفاق الأطراف على الفصل في النزاع بعيداً عن القضاء الرسمي فيقتضي الأمر إذن أن نسلم بقدرة الإرادة على اختيار أحد القضاة كمحكم^(٣٥).

ويضيف هذا الرأي حجة ثانية مفادها قدرة القاضي بما لديه من ثقافة قانونية وخبرة عملية على القيام بمهمة المحكم على خير وجه، بل لا يتردد البعض في التأكيد على أن القاضي يعد أقدر من غيره بالاضطلاع بأعباء هذه المهمة^(٣٦) وتتمثل الحجة الثالثة التي يستند إليها أنصار الرأي المتقدم في الأهمية العملية التي تترتب على اختيار القاضي كمحكم؛ حيث يضفي القاضي قدراً من الاطمئنان في نفوس الأطراف تجعلهم يثقون في حياده^(٣٧). فضلاً عن قدرته على كتابة الحكم بطريقة سليمة وواضحة^(٣٨). كما أن من شأن السماح للقاضي بأن يكون محكماً يجعله يحيط إحاطة كاملة بالمشاكل العملية المرتبطة بالتحكيم والتي يأخذها في الاعتبار عندما يطلب منه التدخل كقاضٍ لتقديم يد العون لمحكمة التحكيم.

بيد أن هذه الحجج التي ساقها أنصار الرأي السابق ليست لها دلالة مطلقة، ويمكن التشكيك فيها دون عناء؛ ففيما يتعلق بالحرية التي يتمتع بها الأطراف والتي تسمح لهم باختيار القاضي كمحكم، يمكن الرد عليها بأن هذه الحرية غير مطلقة، أو

(٣٥) Philippe Fouchard; La Compatibilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou La fin d'une mauvaise querelle, Rev.arb. 1994, surtout no 22.

(٣٦) R. David; L'arbitrage dans le commerce international, Economica, coll. Etudes juridiques comparatives, 1982, surtout no 272; B. Goldman; Intervention aux débats sur le choix des arbitres, in Qualification de l'arbitre international, Symposium du comité français de l'arbitrage, Paris 20 novembre 1970, spec. p. 218.

(٣٧) Philippe Fouchard; La Compatibilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou La fin d'une mauvaise querelle op.cit., no 7.

(٣٨) Ch. Carabiber; Justice d'Etat et arbitrage, Rec. arb. 1961, 4, spéc. p. 8.

بمعنى آخر ليس هناك ما يمنع من تقييد هذه الحرية خاصة وأنها تمارس في ضوء القواعد القانونية المعمول بها في هذا الشأن.

وفيما يتعلق بالقدرة التي تثبت للقاضي والتي تمكنه من تحقيق العدالة بصورة سليمة، فمردود عليها بأن اتفاق الأطراف على استبعاد اختصاص القضاء الرسمي من الفصل في النزاع يعني في حقيقة الأمر رغبتهم في حسم نزاعهم بعيداً عن الطريق التقليدي. كما أن ثبوت خبرة القاضي في هذا الشأن لا تعني انعدامها بالنسبة للمحكم فمن المتصور أن يتسم النزاع بقدر من الأمور الفنية التي يجهلها القاضي؛ لذا قد يكون من الأوفق اختيار محكم من أهل الخبرة بحيث يكون عالماً بفنيات النزاع.

وفيما يتعلق بالحجة القائلة بأن مشاركة القاضي في محاكم التحكيم تكسبه خبرة تجعله يقوم بدوره على أكمل وجه، خاصة عندما يطلب تدخله بمد يد العون لهيئة التحكيم، فمردود عليها بأنه لا يلزم لثبوت الخبرة للقاضي في هذا المجال أن يسمح له بأن يكون محكماً، وإلا فكيف تفسر القرارات التي تصدر عن المحاكم في بعض الموضوعات التي قد لا يكون القضاة على دراية بها، أيشترط إذن أن يكون القاضي مُطلقاً كي يستطيع الفصل في قضية طلاق!

علاوة على ما تقدم نرى أن السماح للقاضي بأن يكون محكماً قد يؤثر على استقلال القضاة أنفسهم^(٣٩)، وهو خطر مزدوج يمكن أن يتعلق بالقاضي الذي اختير كمحكم، كما قد يتعلق بالقضاة الذين يتدخلون أثناء خصومة التحكيم.

وقد يرى البعض أن اختيار القاضي كمحكم لا يؤدي إلى الاعتداء على استقلاله باعتبار أن القانون يلزمه بالتنحي عن نظر الدعوى إذا كان قد اتصل بها كمحكم.

ولا يخفى على أحد أنه وإن كان القانون قد تضمن النص على ضرورة تنحي القاضي عن نظر دعوى سبق له اتصاله بها كمحكم، فإن هناك أوضاعاً أخرى لم يضع المشرع حلولاً لها على الرغم من كونها قد تؤثر على استقلال القاضي، كأن يكون القاضي قد سبق اختياره كمحكم لأحد أطراف النزاع في قضية أو منازعة سابقة على سبيل المثال، ففي هذه الحالة لا نستطيع الجزم بأن استقلال القاضي سيكون مؤكداً^(٤٠).

(٣٩) J. Viatte; Réflexions sur le choix des arbitres, Rec. gén. Lois 1968, pp. 433 et S.;

I. Verougstrate; Le juge comme arbitre ou l'arbitre comme juge, La recherche d'un équilibre, Rev. dr. Intern. et dr. comparé 1991, p. 336, spéc. no 9.

(٤٠) E. Krings; Un magistrat de l'ordre judiciaire peut-il être désigné en tant qu'arbitre, conférence ou CEPANI, 30 mai 1979, Rev. dr. intern. et dr. Comp. 1979, p.278 v. spéc. p. 291.

ولا يقتصر التأثير على استقلال القاضي الذي اختير كمحكم بل قد يمتد ليشمل استقلال القاضي الذي يطلب منه الفصل في النزاع المتعلق بحكم التحكيم الذي صدر عن أحد زملائه؛ فبخلاف الوضع الذي قد يطلب فيه تدخل القضاء الرسمي سواء للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم أو لتنفيذ حكم التحكيم فقد يطلب منه الحكم ببطالان هذا الأخير، ولنا أن نتصور في هذه الحالة الحرج الذي قد يستشعره القاضي خاصة إذا ما علمنا أن حكم التحكيم المطلوب الحكم ببطلانه قد صدر عن قاضٍ يعلوه في السلم الوظيفي وهذا أمر متصور إذ جرت العادة، في البلدان التي تسمح قوانينها بإمكانية اختيار المحكم من بين القضاة، على أن يتم اختيار المحكم من بين القضاة الذين يشغلون درجات وظيفية عليا في السلم القضائي^(٤١).

وقد يرى البعض أن وضع القاضي في هذه الحالة لا يختلف عن وضع القاضي الذي ينظر في الإجراء المستعجل الذي صدر عن رئيس المحكمة التي يعمل بها^(٤٢)، وهذا قول غير سليم؛ إذ لا يخفى على أحد أن الإجراء الصادر عن رئيس المحكمة في هذه الحالة يرتبط بحالة الاستعجال التي تقتضي التصرف في وقت قصير وعلى وجه السرعة، كما أن الإجراء المستعجل لا يؤثر بأي حال من الأحوال على أصل الحق.

وهناك سبب آخر يجعلنا نتردد كثيراً قبل أن نسلم بإمكانية السماح للقاضي بأن يكون محكماً، وهو سبب يستمد من الواقع القضائي نفسه؛ فمن المعروف أن كثرة عدد القضايا المنظورة أمام محاكم الدولة تؤدي بلا شك إلى تأخر الفصل فيها، وهو أمر يؤثر سلباً على سير مرفق العدالة، فإذا سلمنا بإمكانية اختيار القضاة كمحكمين فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى زيادة هذا التأخير بصورة غير مقبولة.

في ضوء ما تقدم، نرى أنه من غير الملائم أن يشترط في التحكيم الإداري ضرورة أن يختار المحكم من بين قضاة مجلس الدولة، ولا يجوز التذرع لإجازة ذلك بالقول بأن القاضي الإداري يكون أقدر من غيره على مراعاة المصلحة العامة والتي من أجلها تبلورت قواعد القانون الإداري، فمن المعروف أن الإدارة لا تتمتع بالميزات التي يقرها لها القانون العام إلا إذا تصرفت باعتبارها صاحبة سلطة عامة وهو ما لا

(٤١) Philippe Fouchard; La compatibilité des Fonctions de magistrat et d'arbitre ou la fin d'une mauvaise querelle, op. cit. no 19.

(٤٢) P. Bellet; Le juge arbitre, Rapport, in, Le juge et L'arbitrage, Litec, 1991, p.410; E. Krings, op.cit., p. 288; Ph. Fouchard, La comptabilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou La fin d' une mauvaise querelle, op. cit no 19.

يتحقق عندما تقبل الإدارة بمحض إرادتها التخلي عن قاضيها الطبيعي والاحتكام إلى محكم ليست له علاقة بها ولا بقضائها.

وفيما يتعلق بالمسلك التشريعي في هذا المقام ننوه إلى أن تفحص قوانين الدول المختلفة تظهر انعدام وجود تجانس في هذا الشأن؛ فهناك تشريعات تسمح للقاضي بأن يكون محكماً شريطة الحصول على إذن بذلك من رئيس المحكمة التي يعمل بها، وهو المسلك الذي جسده المادة السابعة من مرسوم رقم ٣١٤-٩٤ الصادر في فرنسا في ٢٠ أبريل ١٩٩٤ حيث سمحت صراحة للقاضي بأن يجمع بين وظيفته كقاض وعمله كمحكم، بيد أنها قيدت ذلك بضرورة الحصول على موافقة رئيس المحكمة التي يعمل بها القاضي^(٤٣)، مع مراعاة ضرورة ألا يترتب على هذا الجمع اعتداء على استقلال القاضي وحيدته^(٤٤). وهو نفس المسلك الذي يأخذ به القانون السويسري^(٤٥) والقانون الألماني^(٤٦) والقانون العراقي^(٤٧).

وهناك تشريعات تسمح للقاضي بأن يكون محكماً شريطة التأكد من أن ذلك لا يضر بعمله الأساسي الذي يضطلع به كقاض وهو المسلك الذي يأخذ به التشريع التونسي^(٤٨).

كما أن هناك تشريعات تشترط لإمكانية الجمع بين الوظيفة القضائية والعمل كمحكم وجوب ألا يتقاضى القاضي أجراً نظير عمله كمحكم، وهو المسلك الذي يأخذ به القانون البلجيكي^(٤٩) والقانون اللبناني^(٥٠).

وهناك تشريعات تسمح للقاضي بأن يكون محكماً شريطة أن يتولى رئاسة محكمة

(٤٣) Eric Loquin, Arbitrage: l'arbitre, Conditions d'exercice, Statut, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1015.

(٤٤) Décret no 94-314 du 20 avril 1994, JO 23 avril 1994, III, 260 p. 6005; JCP, 1994, III, 66801

(٤٥) Loi fédérale d'organisation judiciaire art 3-a.

(٤٦) Loi allemande sur les professions judiciaires art 40-1.

(٤٧) " قانون الإجراءات المدنية العراقي المادة رقم ٢٥٥.

(٤٨) قانون التحكيم التونسي المادة ١٠ الفقرة الرابعة.

(٤٩) Code judiciaire belge, art. 298; voir aussi, G.de Leval, Le juge arbitre Rev. dr. intern. et dr. comp. 1982, p. 265 spec. no 2-10.

(٥٠) قانون التنظيم القضائي اللبناني المادة رقم ٤٧ انظر كذلك؛

H. El-Ahdab; La Loi libanaise sur L'arbitrage, Rev. ord. avoc. 1994 no 2, spéc. p. 49.

التحكيم، أو يكون المحكم الأوحد، وهو المسلك الذي نص عليه القانون الإنجليزي^(٥١) والقانون الكرواتي^(٥٢) والقانون السلوفاني^(٥٣).

كما أن هناك دولاً تحظر تشريعاتها صراحة على القاضي بأن يجمع بين القضاء والتحكيم وهو المسلك الذي يأخذ به القانون الإسباني^(٥٤) والقانون النمساوي^(٥٥) والقانون الأرجنتيني^(٥٦).

وفيما يتعلق بمسلك القانون المصري في هذا الشأن ننوه إلى أن المادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ قد أوردت قاعدة عامة مفادها حظر الجمع بين الوظيفة القضائية وعمل المحكم، بيد أن المادة المذكورة تضمنت النص على إمكانية تحقيق هذا الجمع وذلك في حالة موافقة مجلس القضاء الأعلى وفي حالة ما إذا كان أحد أطراف النزاع من أقارب القاضي أو أوصاهه حتى الدرجة الرابعة.

ويلزم علاوة على ما تقدم أن يقبل المحكم القيام بمهمته، ومن ثم لا تشكل محكمة التحكيم بمجرد اختيار المحكمين، بل يجب أن يقبل هؤلاء الاضطلاع بأعباء المهمة الملقة على عاتقهم، ويتم هذا القبول صراحة أو ضمناً وهو ما يستفاد من مسلك القضاء الفرنسي الذي أكد غير مرة على ثبوت قبول المحكمين للقيام بالمهمة الملقة على عاتقهم بمجرد سماعهم لأطراف النزاع^(٥٧) أو بمجرد دعوة المحكم للأطراف بالمثل أمامه^(٥٨).

ويعد تحديد تاريخ قبول المحكمين لمهمة التحكيم أمراً في غاية الأهمية؛ نظراً للالتزام المحكمة بأن تقضي في النزاع خلال ستة أشهر تحسب ابتداءً من تاريخ قبول

Loi anglaise du 17 juin 1996, art. 93. (٥١)

Article 472 CPC Croate; V. aussi; Sajko; L'arbitrage commercial international en Croatie; situation actuelle et développement futur, in L'arbitrage commercial international en Europe, Bull. CIA de la CCI no spécial, ICC publishing no 537, 1994, p. 85 spec.p.88. (٥٢)

Article 472 -2 CPC Slovène, cf. M. Ilesic; L'arbitrage international en Slovénie, in L'arbitrage international en Europe. op. cit., p. 126 et s. (٥٣)

Loi espagnole no 36/1988 du 5 déc. 1988, art. 12-4. (٥٤)

Article 578 ZPO autrichien. (٥٥)

Article 765 du code national de procédure civile argentin. (٥٦)

Paris, 30 mars 1962, D., 1962, p.446; TGI Paris, ord. de réf., 28 octobre 1983, Rev. arb., 1985, p.151. (٥٧)

= Montpellier 8 mars 2005, JCP 2006, IV, 1777. (٥٨)

آخر المحكمين للقيام بمهمته، وذلك ما لم يتفق الأطراف على بداية هذه المدة من تاريخ آخر^(٥٩).

وإذا كان قبول المحكم لمهمته يمكن أن يتم صراحة أو ضمناً وفقاً لما هو معمول به في فرنسا، فإن القانون المصري يشترط ضرورة أن يتم هذا القبول كتابة حيث تنص المادة ١٦/٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن:

Emmanuel Juland, Droit judiciaire privé, 5ème éd. Litec, 2006, p. 659. (٥٩)

ولا يخفى على أحد أن حساب مدة الستة أشهر من تاريخ قبول آخر المحكمين لمهمته، قد لا يمكن المحكمة من الفصل في بعض المنازعات خلال المدة المحددة؛ باعتبار أن اتصال المحكمة الفعلي بالنزاع قد يتم في تاريخ لاحق على قبول آخر المحكمين لتولي مهمته، لذا يرى بعض الفقه وجوب سريان مدة الستة أشهر ابتداء من تاريخ اتصال المحكمة فعلياً بالنزاع وليس من تاريخ تشكيلها وذلك في الفرض الذي لا يتفق فيه الأطراف على خلاف ذلك. راجع في ذلك؛

Emmanuel Gaillard, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, Chronique / Arbitrage, no 3/ 7452e 20 janvier 2011, pp. 180 et 181 no 16.

وننوه إلى أن المدة التي يجب أن تنتهي فيها مهمة محكمة التحكيم يمكن أن تمتد وذلك باتفاق الأطراف؛ يستوي في ذلك أن يكون صراحة أو ضمناً.

Montpellier 8 mars 2005, JCP. 2006, IV, 1777.

كما قد تمتد بقرار من رئيس المحكمة الابتدائية بناءً على طلب أحد الأطراف أو طلب محكمة التحكيم، وهذا يعني أن محكمة التحكيم لا تستطيع أن تمد مدة عملها من تلقاء نفسها فعلياً إن أرادت ذلك أن تطلب هذا المد من رئيس المحكمة الابتدائية.

Cass. 2e civ., 13 janv. 1993: Bull. civ. III, n0 11; D. 1993, 204, note Chartier; JCP 1993, II, 22179, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac; JCP G 1994, I, 3805, n0 19, obs. Cadiet; Justices 1995, 1, 284, obs. Rivier. Même par délégation des parties? La lettre du code semble l'interdire, mais le contraire avait été jugé, Cass. 2e civ., 20 juin 1996: Bull. civ. II, n0 167: dans la convention d'arbitrage, il n'est pas interdit aux parties d'accorder aux arbitres, par avance, le pouvoir de proroger le délai d'arbitrage; il suffit que les cas de prorogation et la durée maximum en soient clairement indiqués. Cette solution a cependant été remise en cause par Cass. 2e civ., 7 nov. 2002: Bull. civ. II, n0 242; JCP 2003, I, 164, n0 5, obs. Ortscheidt; Procédures 2003, n0 57, obs. Perrot; Gaz. Pal. 4-5 juill. 2003, 18, note Moreau; Rev. arb. 2003, 115, obs. Loquin (arbitrage interne); Paris, 27 oct. 2005: D. 2005, pan. 3061, obs. Clay.

وتلتزم محكمة التحكيم بإنهاء مهمتها خلال المدة المحددة لها ويعتبر الحكم الصادر منها بعد انقضاء هذه المدة حكماً باطلاً.

Paris 1er ch. C, 8 mars 2001, Rev. arb. 2001, p. 567, obs. Legros.

وهو ما يعني أن محكمة التحكيم ملتزمة بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

"يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده". ويستنتج من النص المتقدم عدم الاعتداد بالقبول الضمني إذ نص القانون صراحة على وجوب أن يتم هذا القبول كتابة^(٦٠).

وانطلاقاً من كون المهمة التي يعهد بها للمحكم لا تخرج عن المهمة التي يقوم بها قاضي الدولة، يلزم علاوة على ما تقدم، أن يكفل المشرع للمحكم بعض الضمانات التي تؤدي إلى كفالة استقلاله ومن ثم تحقيق عدالة جيدة^(٦١). وفي سبيل تحقيق هذا الهدف، تحرص التشريعات على كفالة استقلال المحكم في مواجهة الأطراف^(٦٢)؛ حيث

(٦٠) وتلتزم محكمة التحكيم شأنها في ذلك شأن نظيرتها في فرنسا بالفصل في دعوى التحكيم في خلال المدة التي يحددها الأطراف، ويختلف الوضع في مصر عنه في فرنسا في الحالة التي لا يحدد فيها الأطراف المدة الواجب إصدار حكم التحكيم خلالها، حيث يسمح القانون المصري لمحكمة التحكيم بأن تصدر حكم التحكيم في خلال عام من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم، وتحدد هذه المدة في فرنسا بستة أشهر تبدأ من تاريخ قبول آخر المحكمين لمهمته وذلك على النحو السابق بيانه. ونشير إلى أن بمكنة محكمة التحكيم وفقاً لنص المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصري أن تمد المدة ستة أشهر أخرى، وذلك بخلاف الحال في القانون الفرنسي حيث لا تستطيع محكمة التحكيم أن تمد مدة عملها من تلقاء نفسها، بل عليها أن تطلب ذلك من رئيس المحكمة الابتدائية. يجري نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري على النحو التالي: "١- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. ٢- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

(٦١) Eric Loquin, Les garanties de l'arbitrage, LPA 2 oct. 2003, n° 197, L'arbitrage, une question d'actualité, p. 13.

(٦٢) Ainsi l'Un arrêt ancien a même décidé que "la désignation de chaque arbitre n'est pas un acte unilatéral "mais" procède de la volonté commune des parties". Cass. 2e civ., 13 avr. 1972: JCP G 1972, II, 17189, note P. Level; Rev. arb. 1975, p. 235, note E. Loquin; D. 1973, jurispr. p. 2, note J. Robert. V. aussi, TGI Paris, Ord. référé 22 mars 1983: Rev. arb. 1983, p. 482, 2e esp., note B. Moreau; JCP G 1983, II, 20004, note O. d'Antin et M. Lacorne.

يتم اختيار المحكمين وعزلهم باتفاق هؤلاء دون الإخلال بالمساواة بينهم في هذا الشأن، وهو ما يكفل استقلال أعضاء المحكمة في مواجهة أطراف اتفاق التحكيم، الأمر الذي يجعلهم يحكمون بكل موضوعية دون التأثر بأي اعتبار شخصي^(٦٣). ويلتزم المحكم بالإفصاح عن كافة الملابسات التي قد تشكل في استقلاله أو في حيده، بحيث يتمكن الأطراف من تقرير ما إذا كان من شأن هذه الظروف التأثير على استقلاله وحياده من عدمه.

فمن جانبه حرص المشرع المصري على تضمين قانون التحكيم نصاً يقضي بضرورة أن يفصح المحكم عند قبوله لمهمته عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده^(٦٤). وهو ذات النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي^(٦٥) والمشرع الإنجليزي^(٦٦) والمشرع الألماني^(٦٧).

ولقد أكد القضاء الفرنسي على هذا الشرط غير مرة، حيث أعلن أن المحكم ليس وكيلًا عن الطرف الذي عينه، وإنما هو قاضي النزاع، ومن ثم يلزم أن يتمتع بالاستقلال الذي يجعله يحكم بموضوعية^(٦٨). ولا يقصد بالاستقلال هنا الاستقلال العضوي فقط، بل يشمل الاستقلال الذهني، وهو الأمر الذي يستشف من أحكام

(٦٣) M. Henry, L'indépendance de l'arbitre: LGDJ, 2001. - CA Paris, 29 janv. 2004.; Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry. - CA Paris, 10 févr. 2005.; Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry. - CA Paris, 17 févr. 2005.; Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry. - T. com Paris, référé, 6 juill. 2004, Chomet/A: Rev. arb. 2005, p. 709, note M. Henry.

(٦٤) المادة ٣/١٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٦٥) وهو الحكم الذي جسده الفقرة الثانية من المادة ١٤٥٦ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١ والتي ورد نصها على النحو التالي:

"Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission".

(٦٦) المادة الأولى فقرة ١ والمادة ٣٣ فقرة ١ من قانون ١٧ يونيو ١٩٩٦م.

(٦٧) المادة ٥/١٠٣٥ من قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٩٧؛ راجع كذلك:

M.Henry, Le devoir de l'indépendance de l'arbitre thèse Paris I, 1996, spéc. no 473 - 488 et 494.

(٦٨) Paris 8 mai 1970, Ury, Rev. arb. 1970, p. 80, conc. Av, gén. L. Granjon; TGI Paris 28 mars 1984, Raffineries de pétrole d' Homs et de Banias, Rev.arb.1985, p.141 1er esp., obs.ph. Fouchard p.235; TGI paris 13 juin 1990, Bompard Rev. arb.1996 p. 476 1er esp., obs. Ph. Fouchard p. 325, spec. no 67 et s.

محكمة النقض الفرنسية المتعلقة بالتحكيم والتي أعلنت فيها أن الاستقلال الذهني للمحكم يعد شرطاً أساسياً لممارسة مهمة القضاء، الأمر الذي يستوجب توافره في المحكم^(٦٩). ويعد الاستقلال الذهني، للمحكم، وفقاً لقضاء محكمة استئناف باريس، جوهر الوظيفة القضائية التي يضطلع بها المحكم، وهي وظيفة تقتضي أن يتمتع المحكم، منذ لحظة تعيينه، بما يجب أن يتمتع به قضاة الدولة من استقلال وهم بصدد ممارسة مهام وظيفتهم^(٧٠).

ويعبر عن الاستقلال الذهني للمحكم بشرط الحياد، وهو شرط يقضي ليس فقط بوجوب تحقيق استقلال المحكم في مواجهة أطراف اتفاق التحكيم بل يستوجب كذلك أن يتمتع بالحياد، وهو ما يجعله يتصرف بموضوعية، ويعد الحياد حالة تتولد في ذهن المحكم، وهي لا تخرج بهذا المفهوم عن سمة شخصية تظل كامنة في النفس يصعب الكشف عنها إلا من خلال تفحص بعض العناصر الموضوعية التي تستشف من تصرفات المحكم أثناء سير خصومة التحكيم^(٧١).

فمن المتصور أن يتصرف المحكم بصورة لا تمثل خروجاً على حقوق الدفاع، ولكن قد يتسم تصرفه بعدم الموضوعية في مواجهة أحد الأطراف، فهل يمكن أن يترتب على هذا المسلك بطلان حكم التحكيم؟ يوجد في الحقيقة علاقة بين حياد المحكم ومبدأ المساواة بين أطراف اتفاق التحكيم^(٧٢)، ويستشف من ذلك أن تصرفات المحكم التي تتسم بالعدائية في مواجهة أحد الأطراف تمثل خروجاً على مبدأ المساواة الذي نحن بصدد، ومن ثم تؤثر سلباً على حياد المحكم، الأمر الذي قد يؤدي في نهاية المطاف إلى بطلان حكم التحكيم.

ويقع على عاتق القضاء، الذي يعهد إليه بأمر مراقبة حكم التحكيم، مهمة تقدير ما إذا كان المحكم يتمتع بالاستقلال والحياد من عدمه، ويستطيع القاضي وهو بصدد التأكد من مدى استقلال وحياد المحكم، أن يبحث كافة التصرفات التي تنبئ عن تولد شكوك معقولة في ذهن أحد الأطراف، تجعله يعتقد بعدم حياد المحكم، وتلتزم المحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم بإجابة طلب المدعي إذا تبين لها أن مسلك

Cass. 1re civ., 13 avr. 1972, Rev. arb. 1975, p. 235, note E. Loquin. (٦٩)

CA Paris, 23 févr. 1999, RTD com. 1999, p. 371, obs. E. Loquin. (٧٠)

Eric Loquin, Arbitrage: l'arbitre, Conditions d'exercice, Statut, JurisClasseur (٧١)
Procédure civile, Fasc. 1015.

E. Loquin, ? la recherche du principe d'égalité dans l'arbitrage commercial (٧٢)
international, Cah. arbitrage 2008, n° 2, p. 5 à 20.

المحكم أو محكمة التحكيم يمثل خروجاً على مبدأ المساواة الواجب مراعاته بين الأطراف، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في غير مرة^(٧٣).

ب - العدد الذي تشكل منه المحكمة

تشكل محكمة التحكيم وفقاً لما ورد النص عليه في المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، من محكم واحد أو أكثر، ويجب في حالة تعدد المحكمين أن يكون العدد وترّاً^(٧٤). وهو نفس المسلك الذي أكد عليه المشرع المصري حيث تنص المادة ١٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على: "١- تشكل محكمة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. ٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترّاً، وإلا كان التحكيم باطلاً".

ويعد هذا النص القانوني نصّاً آمراً، ومن ثم لا يجوز بأي حال من الأحوال لأطراف اتفاق التحكيم مخالفة الحكم الوارد به، وإلا كان التحكيم باطلاً، ويترتب على ثبوت الصفة الأمرة للنص القانوني الذي يشترط أن يكون تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد^(٧٥) أو أكثر شريطة أن يكون عددهم وترّاً، أنه لا يجوز لطرفي اتفاق التحكيم الاقتصار على تعيين محكم لكل طرف ويعهد لهما بمهمة الفصل في النزاع.

وإذا كان القانون المصري قد قرر بطلان التحكيم في حالة صدور الحكم من محكمة ذات تشكيل زوجي، فإن القانون الفرنسي، وإن استوجب ضرورة أن تشكل محكمة التحكيم من عدد فردي، إلا أنه أجاز تصحيح تشكيل المحكمة بما يجعلها لا تخرج على هذا الحكم، وذلك في حالة ما إذا شكلت بمعرفة الأفراد تشكيلاً يتعارض مع قاعدة الفردية، فوفقاً لما ورد عليه النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٥١ من تقنين الإجراءات المدنية يجب تعيين محكم جديد في الحالة التي يقتصر فيها مسلك

(٧٣) La Cour de cassation a jugé "qu'il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d'apprécier l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l'essence de la fonction juridictionnelle". Cass. 1re civ., 16 mars 1999: D. 1999, p. 498, note P. Courbe.

(٧٤) وذلك وفقاً لما ورد عليه النص في الفقرة الأولى من المادة ١٤٥١ من قانون الإجراءات المدنية.

(٧٥) V. M. Armand-Prévost, L'arbitre unique, mythe ou réalité?, Cah. arb. 2006, vol. 3, p. 61.

الأطراف على تشكيل المحكمة من عدد زوجي^(٧٦). ويتم تعيين المحكم في هذه الحالة بمعرفة أطراف اتفاق التحكيم أو بمعرفة أعضاء محكمة التحكيم المعينين من قبل الأطراف، ويتولى رئيس المحكمة الابتدائية القيام بهذه المهمة، وذلك في حالة عدم تمكن الأطراف أو محكمة التحكيم من القيام بذلك؛ بغية تجنب بطلان حكم التحكيم في حالة صدوره عن محكمة ذات تشكيل زوجي^(٧٧).

ويكمن الهدف الأساسي من وراء اشتراط تشكيل محكمة التحكيم في حالة تعدد المحكمين بعدد فردي في الرغبة في الحصول على الأغلبية عند التصويت على الحكم^(٧٨)، الأمر الذي يترتب عليه تفادي عرقلة صدور الحكم عند تساوي الأصوات عندما يكون تشكيل محكمة التحكيم زوجياً وليس فردياً، وتعد هذه القاعدة من القواعد المتصلة بالنظام العام^(٧٩) ومن ثم لا يجوز للأطراف مخالفتها بأي حال من الأحوال، وإلا فإن قاضي التنفيذ سيرفض وضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم باعتباره باطلاً لمخالفته للنظام العام^(٨٠).

(٧٦) L' (Modifié par dispose que: "Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.

Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.

Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459."

Paris, 13 septembre 1995, D.aff. no 4/1995, p. 89.; Cass. 2e civ., 21 nov. 2002;; (٧٧) Rev. arb. 2003, p. 1356, obs. Jaeger; RTD com. 2003, p. 62, obs. E. Loquin. CA Paris, 29 avr. 2003: Cah. arb. 2004, vol. 2, p. 325.

"Cette règle se justifie par un souci d'efficacité. L'imparité permet de dégager (٧٨) des majorités en cas de désaccord entre arbitres. Elle est aussi le signe du caractère juridictionnel de l'arbitrage. Les arbitres sont des juges qui rendent une décision et non pas les représentants des parties. La règle de l'imparité fait cependant l'objet d'une application souple". Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.

V. Cass 2ème civ, 21 novembre 2002, Bull. civ. II, no 265; JCP. 2003, I, 164, no (٧٩) 4, obs. Ortscheidt; Petites affiches 2003, no 233, p. 18, note J. F. Barbiéri.

Cass, 2ème civ, 21 novembre 2002, Bull. civ. II, no 265.; Cass. 2e civ., 21 nov. (٨٠) 2002;; Rev. arb. 2003, p. 1356, obs. Jaeger; RTD com. 2003, p. 62, obs. E. Loquin. CA Paris, 29 avr. 2003: Cah. arb. 2004, vol. 2, p. 325.; en ce sens, V. Cass. 2e civ., 25 mars 1999: Bull. civ. 1999, II, n° 58; RTD com. 1999, p. 370, obs. E. Loquin. CA Paris, 12 janv. 2005: Les cahiers de l'arbitrage, 2006, vol. 3, p. 350.

وإذا كان يمكن أطراف اتفاق التحكيم تشكيل محكمة التحكيم تشكيلاً فردياً أو متعدداً، على النحو السابق بيانه، فإن تساؤلاً يثور في هذا الشأن يتعلق بمعرفة أى التشكيلين السابق بينهما يتلاءم أكثر مع التحكيم الإداري. نرى، رغبة في عدم التكرار، أن نجيب على هذا التساؤل ونحن بصدد الحديث عن الدور الذي تلعبه إرادة أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل المحكمة.

المطلب الثاني

الدور الذي تلعبه الإرادة في تشكيل محكمة التحكيم

تلعب إرادة أطراف اتفاق التحكيم دوراً محورياً في تشكيل محكمة التحكيم^(٨١)، وهو دور حرصت كافة تشريعات التحكيم في الدول المختلفة^(٨٢)، وكذا لوائح مراكز التحكيم على التأكيد عليه.

فمن جانبه أكد المشرع المصري على الدور الجوهرية الذي تلعبه إرادة الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، إذ نص في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضرورة أن تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين.

وقد يتم تشكيل محكمة التحكيم بطريقة مباشرة؛ ويتحقق ذلك عندما لا يقتصر اتفاق الأطراف على تجسيد مبدأ التحكيم، وإنما يتم تعيين المحكم أو المحكمين الذي يتولى أو الذين يتولون، مهمة الفصل في النزاع.

ويخضع تشكيل محكمة التحكيم لمبدأ هام يقضي بوجوب مراعاة قاعدة المساواة بين أطراف اتفاق التحكيم، بحيث يتمتع كل طرف بنفس الحق الذي يثبت للطرف الآخر في اختيار أعضاء محكمة التحكيم. ولقد حرصت محكمة النقض الفرنسية على التأكيد على مبدأ المساواة الذي نحن بصدد في منازعة Dutco بخصوص تحكيم خاضع لللائحة غرفة التجارة الدولية، حيث أعلنت بوضوح لا يشوبه لبس أن أطراف اتفاق التحكيم يتمتعون على قدم المساواة بالحق في اختيار أعضاء محكمة التحكيم، ولم يقتصر مسلك المحكمة على التأكيد على قاعدة المساواة التي

(٨١) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, n° 610, p. 387.

(٨٢) وهو ما يستفاد من نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الخاصة بالتحكيم والمعدلة بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١ وهو ما يستفاد أيضاً من الصياغة القديمة لنص المادة ١٤٥٥ قبل التعديل والتي كانت تنص على ما يلي:

"Lorsqu'une personne physique ou morale est chargée d'organiser l'arbitrage, la mission d'arbitrage est confiée à un ou plusieurs arbitres acceptés par toutes les parties. ? défaut d'acceptation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage invite chaque partie à désigner un arbitre et procède, le cas échéant, à la désignation de l'arbitre nécessaire pour compléter le tribunal arbitral. Faute pour les parties de désigner un arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage".

نحن بصدددها، وإنما أكدت كذلك على أنها تعد قاعدة من القواعد التي يتشكل منها النظام العام^(٨٣).

ولا يمثل خروجاً على مبدأ المساواة أن يعهد بأمر تشكيل محكمة التحكيم لجهة أخرى غير أطراف النزاع، كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم المؤسسي؛ حيث يقف الأطراف على قدم المساواة في عدم اشتراكهم في اختيار أعضاء هيئة التحكيم، إذ يقتصر دورهم على تفويض الجهة التي تتولى تنظيم التحكيم بالقيام بمهمة اختيار المحكمين نيابة عنهم، وبهذا المفهوم لن يتمتع أى طرف بميزة عن غيره في شأن تشكيل محكمة التحكيم^(٨٤).

وإذا كان الأطراف يتمتعون بحرية كاملة في تشكيل محكمة التحكيم فإن عليهم مراعاة قاعدة الفردية التي سبقت الإشارة إليها، وهو ما يعني تمتع الأطراف بحرية تشكيل المحكمة من محكم أو أكثر، بيد أنهم ملتزمون في حالة تعدد المحكمين بأن يكون العدد فردياً.

ولعل تجسيد تشريعات التحكيم لحرية الأطراف في الخيار بين تشكيل المحكمة من محكم أو أكثر تجعلنا نتساءل، عن العيوب والمزايا التي قد تترتب على التشكيل الأوحد لمحكمة التحكيم والتي قد تجعل أطراف اتفاق التحكيم يفضلونه أو على العكس يستبعدونه.

وتكمن الميزة الأساسية التي قد تدفع الأطراف إلى ترجيح تشكيل المحكمة من محكم واحد في تحقيق هذا التشكيل لعدالة سريعة^(٨٥) وغير مكلفة؛ حيث إنه يتلافى بعض العقبات التي ترتبط بالتشكيل المتعدد للمحكمة، خاصة في مجال تنظيم مواعيد التقاء المحكمين، وهو أمر قد يتسم بالصعوبة لاسيما في الحالة التي يكون فيها هؤلاء من دول مختلفة، وحتى في الفرض الذي يكون فيه المحكمون من رعايا دولة مقر

(٨٣) Cass. 1re civ., 7 janv. 1992: Rev. arb. 1992, p. 470, note P. Bellet; JDI 1992, p. 707, note Ch. Jarrosson: "le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public, qu'on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige".

(٨٤) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; V. aussi CA Paris, 8 sept. 2005: Rev. arb. 2005, p. 1022, note L. Franc-Menet.

(٨٥) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.

محكمة التحكيم، فمن المتصور أن يعيش كل منهم في مدينة تبتعد عن تلك التي يقطنها المحكمون الآخرون^(٨٦).

ويزداد الأمر تعقيداً عندما يثير أحد الأطراف بعض المسائل الأولية الواجب الفصل فيها على وجه السرعة كي تتمكن محكمة التحكيم من الفصل في النزاع، وهو أمر يسهل تحقيقه في حالة تشكيل المحكمة من محكم واحد بدلاً من محكمين متعددين؛ إذ يلزم في هذه الحالة دعوة هؤلاء للالتقاء في أقرب وقت ممكن لبحث هذه المسائل الأولية، وقد لا يكون من الميسور تجمعهم في الوقت المطلوب نظراً لانشغال البعض منهم بأعمال أخرى، أو قد يحول بعد المسافة بينهم في سرعة لقائهم.

ولا يخفى أن العدالة السريعة ليست هدفاً في حد ذاته، بل إن الهدف الحقيقي يكمن في تحقيق عدالة سريعة وجيدة في الوقت نفسه، وهو أمر يصعب الجزم بتحقيقه في الوضع الذي تشكل فيه محكمة التحكيم من محكم واحد؛ ونتساءل ألم نستمتع إلى هذه المقولة: "قاضي واحد، قاضي واحد" وهي عبارة، عادة ما يتقوه بها المتقاضون أمام قضاء الدولة، عندما يتبادر إلى علمهم أن منازعتهم سيتم الفصل فيها بمعرفة قاض واحد، ألم يتبادر إلى أذهاننا أن هذا الوضع يتحقق من باب أولى عندما تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد.

بل قد تزداد هذه النظرة المريبة في مجال التحكيم الذي يستبعد فيه أوجه الطعن المختلفة المعمول بها أمام قضاء الدولة باعتبار أن ميزته الأساسية تتمثل في سرعة الفصل في النزاع، وهو السبب الذي من أجله تحرص غالبية تشريعات التحكيم على حظر الطعن في أحكام التحكيم.

وبعبارة أخرى، يمكن القول بأنه وإن كان قضاء الدولة يجسد مبدأ التقاضي على درجتين، وهو مبدأ يضع ضمانة هامة تهدف إلى تحقيق عدالة جيدة تعتمد على دراسة المشكلات التي تثيرها الدعوى دراسة متعددة، وفي مراحل مختلفة، إلا أن ذلك لم يمنع المتقاضين من استنكار الفصل في دعواهم بمعرفة قاض منفرد، على الرغم من حقهم في الطعن على الحكم أمام محكمة أعلى وبتشكيل متعدد، فما بالك عندما يفصل في دعوى التحكيم بمعرفة محكم وحيد ولا يجوز الطعن على حكمه وفقاً لأوجه الطعن العادية المعمول بها أمام قضاء الدولة.

(٨٦) د. حمدي على عمر المرجع السابق، ص ٢٦؛ انظر كذلك:

Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, pp. 177 et s.

وقد يعتقد البعض أن هذا العيب يمكن تلافيه خاصة وأن أطراف الاتفاق عادة ما يشعرون في تعيين محكم عالم بكافة جوانب النزاع ويتمتع بسمعة طيبة وخبرة عريقة في هذا المجال، الأمر الذي يجعله يحكم بعيداً عن أي اعتبارات شخصية، ويجعل الأطراف يثقون في حكمه ويخضعون له، بيد أن هذا الرأي يغفل معلومة هامة وهي أن أطراف اتفاق التحكيم يحرصون على اختيار محكم معروف بنزاهته وعالمياً بفنيات النزاع إلا أنه قد لا يكون على دراية كافية بالإجراءات القانونية الواجب مراعاتها وهو ما قد يؤثر تأثيراً سلبياً على عمل المحكمة^(٨٧).

وقد يرى البعض أن هناك ميزة تترتب على التشكيل الأوحد لمحكمة التحكيم تتمثل في استبعاد شبهة محاباة أحد الأطراف؛ باعتبار أن تعيين المحكم قد يتم باتفاق طرفي اتفاق التحكيم، الأمر الذي يؤدي إلى تعضيد حقيقة أن المحكم ليس وكيلاً عن الطرف الذي قام بتعيينه، وإنما هو قاض يمارس وظيفة قضائية بالمعنى الفني للكلمة، ومن ثم يلزم، أن يتمتع بالاستقلال الذي يجعله يحكم بموضوعية بعيداً عن أي اعتبارات شخصية.

كما يعتقد البعض^(٨٨) أن تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد يؤدي إلى تعضيد لغة الحوار المباشر بين المحكم وأطراف النزاع، بحيث يمكن القول بأن الدور الذي يضطلع به في مرحلة تحضير الدعوى يتشابه مع دور القاضي الذي يتولى مهمة المقرر في الدعوى التي تنظرها محكمة من محاكم الدولة تصدر أحكامها عن طريق هيئة حكم. إذ يتولى المحكم بنفسه مهمة التحضير، وهو في سبيل ذلك يتفحص المستندات والوثائق والمذكرات التي يتقدم بها الأطراف، ويتولى سماع شهود كل طرف والاستفسار عن كل ما من شأنه إجلاء الغموض الذي يكتنف النزاع، ويؤدي كل ذلك في النهاية إلى وقوف المحكم على كافة جوانب النزاع، الأمر الذي يجعله يصدر حكمه بطريقة واضحة دون أن يشوبه أي غموض أو لبس.

بيد أن هناك حججاً أخرى قد تؤدي إلى ترجيح خيار تشكيل محكمة التحكيم من عدد من المحكمين، نذكر منها، أن التشكيل المتعدد يؤدي في الواقع إلى مزج العديد من الخبرات المطلوبة، بحيث يمكن اختيار محكم عالم بفنيات النزاع عندما

(٨٧) Michel Armand-Frévost; L'arbitre unique, Mythe ou réalité? Gazette du Palais, 10-13 novembre 2004, p.27.

Ibid., p. 30.

(٨٨)

تقتضي طبيعة النزاع ذلك، دون إغفال بعض الجوانب الأخرى الواجب مراعاتها كالجانب القانوني على سبيل المثال^(٨٩).

يضاف إلى ما تقدم أن تشكيل محكمة التحكيم من محكمين عدة يترتب عليه تعدد وجهات النظر التي تتولى فحص النزاع وهو يثير لغة من الحوار بين أعضاء المحكمة، حيث يتولى كل منهم أثناء اجتماعهم أو أثناء مداولاتهم عرض وجهة نظره عن النزاع مبيناً الحجج التي يستند عليها، في حين يتولى من يعارض وجهة النظر هذه بيان ما يراه في هذا الشأن، وقد يدلل وهو في سبيل ذلك على عدم صحة وجهة نظر المحكم الآخر، وقد ينتهي الأمر إما باقتناع الجميع أو الأغلبية بوجهة نظر معينة، وفي كلتا الحالتين يصدر الحكم عن هيئة المحكمة بعد دراسة مستفيضة لكافة الجوانب التي يثيرها النزاع، ويؤدي ذلك في النهاية إلى تلافي الحرج الذي قد يستشعره المحكم المنفرد خاصة عندما يفصل في نزاع على قدر عظيم من الأهمية؛ حيث يصدر الحكم في نهاية المطاف عن هيئة المحكمة وليس عن محكم بعينه.

ولكن التساؤل الذي يفرض نفسه يتمثل في معرفة أي من التشكيلين الأوضح أو المتعدد لمحكمة التحكيم يتلاءم أكثر مع التحكيم في القانون الإداري.

نوه بداية إلى أن ليس هناك ما يمنع من الأخذ بنظام التشكيل الموحد أو المتعدد لمحكمة التحكيم في مجال التحكيم الإداري، بيد أن ذلك لا يمنعنا من التقرير، كما يرى البعض^(٩٠)، بأن تشكيل محكمة التحكيم من هيئة قد يتلاءم أكثر مع جوهر القانون الإداري.

فعلى الرغم من التعديل الذي جاء به القانون رقم ٩٥-١٢٥ الصادر في ٨ فبراير عام ١٩٩٥ في فرنسا، والذي يسمح بأن تصدر الأحكام في بعض المنازعات الإدارية البسيطة بمعرفة قاض منفرد، إلا أن السمة الغالبة في نطاق القضاء الإداري الفرنسي، وكذلك القضاء الإداري المصري، أن تصدر الأحكام عن هيئة حكم وليس عن قاض منفرد، لذا فإن التشكيل المتعدد لمحكمة التحكيم قد يكون الأكثر ملاءمة لهذا الوضع. يضاف إلى ما تقدم اعتبار عملي يستمد من الطريقة التي تشكل منها محكمة

(٨٩) Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, p. 178.

Ibid, p. 179.

(٩٠)

انظر كذلك: د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص ٢٨.

التحكيم، فمن المعروف أن تشكيل محكمة التحكيم يعتمد في حقيقة الأمر على إرادة الأطراف، حيث جرت العادة في حالة التشكيل المتعدد لمحكمة التحكيم على أن يعين كل طرف أحد المحكمين، ثم يقوم هذان المحكمان باختيار المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة المحكمة، وتسمح هذه الطريقة للإدارة أن تختار محكمة من بين الأشخاص ذوي الخبرة في مجال القانون العام، بحيث يتمتع بثقافة واسعة في هذا المجال، تجعله يدرك تماماً ضرورة الحفاظ على ذاتية القانون الإداري، ويتولى من ثم إقناع بقية أعضاء هيئة المحكمة بضرورة مراعاة الحفاظ على المصلحة العامة، وبالتالي تستشعر الإدارة أنه على الرغم من قبولها الاحتكام إلى قاض آخر غير قاضيتها الطبيعي إلا أن ذلك لا يحول دون مراعاة المصلحة العامة، على الأقل من خلال تعيينها لمحكم يؤمن بسمو هذه المصلحة، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى جعل الإدارة تقبل اللجوء إلى التحكيم لحسم بعض المنازعات التي تكون طرفاً فيها دون خشية أو تردد.

وإذا كان يمكن أطراف اتفاق التحكيم تعيين المحكمين بأنفسهم وهو ما نطلق عليه التشكيل المباشر لمحكمة التحكيم، كما سبق وأشرنا، فإن بإمكانهم أن يعينوا المحكمين بطريقة غير مباشرة، ويتحقق ذلك عندما يعهد الأطراف لطرف ثالث، قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، عادة ما يكون في هذه الحالة أحد مراكز التحكيم، بمهمة تنظيم التحكيم، ويتم ذلك بعقد يبرم بين أطراف اتفاق التحكيم وبين مركز التحكيم، يلتزم بمقتضاه المركز بتنظيم خصومة التحكيم، ويترتب على عدم قيام المركز بالمهمة المكلف بها أو في حالة القيام بها على وجه غير مرضٍ ثبوت مسؤوليته عن هذا الخلل^(٩١).

ويتم التعيين غير المباشر للمحكمين وفقاً لما تقضي به المادة ١٤٥٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١ حسب أنماط عدة محتملة؛ فقد يتولى من يعهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم تعيين المحكمين، ويجب في هذه الحالة أن يحوز هذا التعيين على موافقة الأطراف^(٩٢).

(٩١) V. Paris, 15 septembre 1998, Rev. arb. 1999, p.103, note Lalive; RGDP 1999, p.405, obs. Rivier; Cass., 1er civ., 20 février 2001, Bull.civ.1, no 39; Gaz.pal.12-13 décembre 2001, p.29, obs. Niboyet, Rev.arb.2001, p.511, obs. Clay; Rev. critique DIP 2002, p. 124, obs. Séràglini.

(٩٢) L'article 1452 (Modifié par dispose que: "En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres:

1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser =

وفي حالة عدم موافقة الأطراف على التشكيل المقترح من جانب من عهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم، فإن هذا الأخير قد يدعو كل طرف لأن يعين محكماً ثم يتولى هو تعيين المحكم الثالث لإتمام تشكيل المحكمة، كما قد يتولى في حالة عدم قيام أحد الأطراف بتعيين محكمه، مهمة تعيين محكم نيابة عنه، ويستطيع من يعهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم أن يشرع في تعيين كافة أعضاء محكمة التحكيم وذلك في حالة عدم قيام الطرفين بتعيين المحكم الخاص بكل منهما.

وفي جميع الأحوال يمكن أن يقترح من عهد إليه بمهمة تنظيم التحكيم أن تتولى هيئة المحكمين وضع مشروع لحكم النزاع، ولا يعد هذا المشروع حكماً إلا إذا وافق عليه الأطراف، وفي حالة اعتراض أحد الأطراف عليه فإن المنازعة سيفصل فيها في هذه الحالة بمعرفة محكمة أخرى، يتولى من عهد إليه بتنظيم التحكيم تعيين أعضائها، مع مراعاة ألا يكون من بينهم أحد أعضاء هيئة الحكم الأولى التي سبق وأن اقترحت مشروع الحكم الذي لم يحز قبول أحد الأطراف، مع الأخذ في الاعتبار أن بمكنة كل طرف أن يستبدل بأحد المحكمين محكماً آخر.

وننوه إلى أن هذه الإمكانية المعمول بها من جانب بعض مراكز التحكيم لا تعني أن المشرع الفرنسي عندما سمح بها يكون قد جسد مبدأ التقاضي على درجتين المعمول به أمام القضاء، بل تعضد في الحقيقة مبدأ حرية أطراف اتفاق التحكيم في اختيار التنظيم الأكثر قبولاً من جانبهم^(٩٣).

يبقى لنا بعد أن عرضنا للدور الذي تضطلع به إرادة أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل المحكمة، أن نعرض للدور الذي قد يقوم به قضاء الدولة في هذا الشأن وهو ما سنعرض له بقدر من التفصيل.

= l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui;

2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation".

Cass. 1er civ., 20 février 2001, Bull. civ. 1 no 39.

(٩٣)

المطلب الثالث

الاختصاص الاستثنائي للقضاء بتشكيل محكمة التحكيم

ينعقد الاختصاص الأصيل لأطراف اتفاق التحكيم بتشكيل محكمة التحكيم^(٩٤) وفقاً للنمط الذي يتفقون عليه، تشكيلاً مباشراً أو غير مباشر، وهو اختصاص ينعقد لهم على قدم المساواة، حيث يتولى كل طرف تعيين أحد المحكمين على أن يختار هؤلاء المحكم الثالث وذلك على التفصيل السابق بيانه.

ولكن أياً كانت القواعد التي توضع في هذا الشأن، وأياً كانت درجة إحكامها، فإن وضعها موضع التنفيذ يتوقف بالدرجة الأولى على التعاون المتبادل من جانب الأطراف، فقد يحدث لسبب أو لآخر أن يتقاعس أحد الأطراف عن القيام بتعيين محكمه، وهنا لا نجد بداً من البحث عن سلطة تتولى تقديم يد العون لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، وتتمثل هذه السلطة في قضاء الدولة ذاته حيث يسمح له، بالتدخل^(٩٥)، عندما تقتضي الضرورة ذلك^(٩٦) للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم^(٩٧).

وتظهر النصوص القانونية التي تتولى تنظيم تشكيل محاكم التحكيم أن اختصاص قضاء الدولة في هذا الشأن يعد اختصاصاً استثنائياً، بمعنى أنه لا ينعقد إلا في ضوء توافر العديد من الشروط التي يلزم توافرها، بحيث يمكن القول أنه لولا تحقق هذه الشروط لما انعقد الاختصاص باستكمال تشكيل محكمة التحكيم لقضاء الدولة، ومن ثم ثبوت مشروعية الإجراءات الصادرة عنه في هذا الشأن، ولكن ماهي هذه الشروط؟ (أ). ومن هو القاضي الذي يعهد له بهذه المهمة؟ وإذا كانت هذه النصوص تعقد الاختصاص في هذا الشأن للقاضي الذي يتبع نظام القانون الخاص فهل يظل محتفظاً بهذا الاختصاص عندما نكون بصدد تحكيم إداري أم يتولى قاضي القانون العام هذه المهمة (ب).

(٩٤) Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.

(٩٥) Ph. Fouchard, La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage: Rev. arb. 1985, p. 5. D. Hascher, Le juge d'appui in Médiation et arbitrage, p. 243.

(٩٦) TGI Paris, Ord. référé, 21 mars 1984: Rev. arb. 1985, p. 94. TGI Paris, Ord. référé, 18 janv. 1991: Rev. arb. 1996, p. 503, 1re esp., note Ph. Fouchard.

(٩٧) د. آمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري، السعودي، الفرنسي والإيطالي، منشأة المعارف بالإسكندرية، سلسلة الكتب القانونية (ب. ت).

أ - شروط اختصاص القضاء بالمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم:

تتنوع شروط اختصاص القضاء بالمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم، ويمكن حصرها في: وجود اتفاق تحكيم (١) حدوث نزاع بين أطرافه (٢) أن ينص القانون على هذا الاختصاص (٣) وألا يعد تدخل القضاء خروجاً على اتفاق التحكيم (٤).

١ - وجود اتفاق تحكيم:

يلزم بداية لكي ينعقد الاختصاص لقضاء الدولة للتدخل وإتمام تشكيل محكمة التحكيم أن نكون بصدد اتفاق تحكيم أياً كانت الصورة التي تجسده، شرط أم مشاركة^(٩٨). وهو شرط منطقي؛ حيث يؤدي إلى عدم السماح لأحد أطراف اتفاق التحكيم بوضع نهاية لهذا الاتفاق بقرار منفرد منه وذلك بامتناعه عن تعيين محكمه. ولقد ورد النص القانوني الذي يعطي هذا الاختصاص الاستثنائي لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس^(٩٩)، كمبدأ عام، ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولكنه يندرج ضمن الجزء المتعلق بالتحكيم، كما أن المادة ١٤٦٠^(١٠٠) التي تتضمن النص على إجراءات التدخل في هذا الشأن تندرج بدورها في الفصل المتعلق بالقواعد المشتركة التي تطبق على صورتين اتفاق التحكيم.

ولا ينعقد الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية في هذا الشأن إلا لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، وهو شرط أكد عليه القضاء الفرنسي غير مرة؛ فلقد قضت المحكمة الابتدائية بباريس بأن اختصاص رئيسها الوارد النص عليه في المادة ١٤٤٤^(١٠١) من قانون الإجراءات المدنية لا ينعقد له إلا إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم،

(٩٨) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international: Litec, 1996, n° 860, p. 513.

(٩٩) وهو نص المادة ١٤٥٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١.

(١٠٠) L' (Modifié par dispose que: "Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres.

La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé".

Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455".

(١٠١) ينعقد هذا الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس أو لرئيس المحكمة التجارية وفقاً لما ورد النص عليه في المادة رقم ١٤٥٩ المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١.

وينحصر تدخله في اتخاذ الإجراءات التي من شأنها وضع هذا الاتفاق موضع التنفيذ وذلك بإتمام تشكيل المحكمة^(١٠٢).

ويستفاد هذا الشرط أيضاً من نص المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري والتي جسدت في فقرتها الأولى اختصاص أطراف اتفاق التحكيم بتشكيل المحكمة، ثم أضافت بأن هذا الاختصاص لا ينعقد للمحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من ذات القانون إلا في حالة إخفاق الأطراف في ذلك.

ولعل وجود هذا النص ضمن نصوص قانون التحكيم يظهر بوضوح أن تدخل القضاء وفقاً له يقتصر على الوضع الذي نكون فيه بصدد اتفاق تحكيم، ويتمثل الهدف من وراء عقد الاختصاص الاستثنائي للقضاء في هذا الشأن بالرغبة في وضع الاتفاق موضع التنفيذ^(١٠٣)، ومن ثم عدم السماح لأحد الأطراف بوضع نهاية لهذا الاتفاق بقرار منفرد منه وذلك بامتناعه عن تعيين محكمه.

ويلتزم القاضي الذي يرفع إليه الأمر وفقاً لنص المادة ١٤٥٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، أو وفقاً لنص المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري بأن يتحقق من وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف، وألا يكون هذا الاتفاق ظاهر البطلان، وينبغي على القاضي أن يمتنع عن إجابة الطلب والحكم بعدم اختصاصه إذا تبين له أن الاتفاق يتعلق بمجال آخر غير التحكيم^(١٠٤).

ولا يكفي لقيام قاضي الدولة بتقديم يد العون لقضاء التحكيم، أن يتحقق الشرط السابق بل يلزم علاوة على ذلك نشوء خلاف بين أطراف الاتفاق، وهو ما سنعرض له بقدر من التفصيل.

٢ - نشوء منازعة بين الأطراف:

يلزم علاوة على وجود اتفاق تحكيم أن توجد منازعة بين أطراف اتفاق التحكيم. ويستفاد هذا الشرط من النص القديم للمادة ١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية

TGI Paris, S, mars 1984, Rev. arb., 1984, p.379; Oppetit; Arbitrage, médiation (١٠٢) et conciliation, Rev. arb., 1984, p. 307.

Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial (١٠٣) international: Litec, 1996, n° 860, p. 513.

TGI Paris, ord. de réf., 25 octobre 1983, Rev. arb., 1984, p. 372, et La note de (١٠٤) Moreau, Rev. arb., 1983, p.479; Ord. du président du TGI Paris, 22 avril 1983, p. 479, note Moreau.

الفرنسي حيث بدأت صياغتها بالعبارة التالية: "إذا نشأ نزاع، وحالت عقبة دون تشكيل محكمة التحكيم...". ويجب ألا يُفسَّر مصطلح نزاع تفسيراً ضيقاً بل ينبغي أن يفسر بطريقة مرنة بحيث تسمح بثبوت الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس متى تعارضت وجهات نظر الأطراف بخصوص مسألة ما وأراد أحدهما وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ وحال تقاعس الطرف الآخر عن تعيين محكمه دون تشكيل المحكمة^(١٠٥)، فهنا يستطيع القاضي بناءً على طلب الطرف الآخر التدخل لإتمام تشكيل المحكمة^(١٠٦).

٣ - أن ينص القانون على اختصاص القضاء للتدخل لإتمام تشكيل محكمة التحكيم:

وهذا شرط بديهي إذ يعد اختصاص القضاء في هذا الشأن استثناءً يرد على القاعدة العامة التي تعقد هذا الاختصاص الأصل لأطراف اتفاق التحكيم، ولما كان اختصاص القضاء في هذا الشأن يمثل خروجاً على الأصل فإن مشروعيته تقتضي ضرورة النص عليه قانوناً تطبيقاً لقاعدة لا استثناء دون نص، وهو ما أكدت عليه المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري عندما بينت أن اختصاص المحكمة المنصوص عليه في المادة ٩ من هذا القانون لا ينعقد إلا عندما نكون بصدد حالة من الحالات التالية :

أ - وتمثل الحالة الأولى في الوضع الذي يتفق الأطراف على أن تشكل المحكمة من محكم واحد ويخفق الأطراف في تعيين هذا المحكم، ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للقضاء بتعيين المحكم، ويتم ذلك بناءً على طلب أحد الأطراف أو كليهما^(١٠٧).

ب - وتمثل الحالة الثانية في الوضع الذي يتفق فيه أطراف اتفاق التحكيم على أن تشكل المحكمة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف واحداً منهم، على أن يتولى المحكمان تعيين المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الأطراف محكمه خلال ٣٠ يوماً

(١٠٥) Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.; TGI Paris, Ord. référé, 21 mars 1984, Rev. arb. 1985, p. 94. TGI Paris, Ord. référé, 18 janv. 1991, Rev. arb. 1996, p. 503, 1re esp., note Ph. Fouchard.

(١٠٦) TGI Paris, ord.de réf., 16 janvier 1985, Rev. arb., 1985, p. 97; TGI Paris, ord. de réf., 8 février 1985, Rev. arb., 1985, p. 99.

(١٠٧) المادة ١٧/١ / أ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

من تاريخ تسلمه طلب بذلك من الطرف الآخر، أو لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم الثالث في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين ثانيهما، ينعقد الاختصاص للمحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من قانون التحكيم بتعيين محكم الطرف الذي تقاسع عن التعيين أو بتعيين المحكم الثالث الذي أخفق المحكمان في اختياره^(١٠٨).

ج - وتتمثل الحالة الثالثة في الفرض الذي يتفق فيه الأطراف على وجوب اتباع إجراءات معينة عند تعيين المحكمين ولم يتبع أحدهما هذه الإجراءات، وكذلك الوضع الذي لا يتفق فيه المحكمان على أمر يلزم اتفاقهم عليه، أو إذا تقاسع الغير عن القيام بما عهد إليه القيام به في هذا الخصوص، ففي هذه الفروض تتولى المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من قانون التحكيم القيام بالعمل أو الإجراء المطلوب ما لم يتضمن اتفاق التحكيم النص على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل^(١٠٩).

٤ - احترام اتفاق التحكيم:

ويشترط أخيراً ضرورة ألا يمثل تدخل القضاء انتهاكاً لاتفاق التحكيم، وهو شرط يستفاد من عجز المادة ١٧/٢ التي أشارت إلى اختصاص القضاء بالقيام بالإجراء أو العمل المطلوب شريطة ألا يتضمن اتفاق التحكيم النص على كيفية أخرى لإتمام العمل أو الإجراء المطلوب، ويستنتج من هذا أن النص القانوني الذي نحن بصددده والذي يعهد بالاختصاص إلى قضاء الدولة، يعد في حقيقة الأمر نصاً مكماً ولا يطبق من ثم إلا إذا لم يتفق الأطراف على خلافه، فإذا اتفق الأطراف على آلية معينة يتم بمقتضاها تشكيل محكمة التحكيم في حالة عدم تمكنها من ذلك وجب احترام إرادتهما ويمتنع على القضاء التدخل في هذا الشأن حيث يعد تدخله انتهاكاً لاتفاق التحكيم.

ويحرص القضاء الفرنسي على احترام هذا الشرط حيث يرفض التدخل في شأن تشكيل محكمة التحكيم عندما يتبين له أن الأطراف قد عهدوا بهذه المهمة إلى أحد مراكز التحكيم.

ويعد هذا المسلك منطقياً حيث لا ينعقد الاختصاص الاستثنائي لقضاء الدولة في هذا الخصوص إلا من أجل المساعدة في وضع اتفاق التحكيم موضع

(١٠٨) المادة ١٧/١ ب من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(١٠٩) المادة رقم ١٧/٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

التنفيذ^(١١٠)، وبالتالي إذا تضمن الاتفاق ما يفيد عقد هذا الاختصاص إلى الغير وجب احترام ذلك.

وهو ما أكد عليه رئيس المحكمة الابتدائية بباريس في قراره الصادر في ٢١ مارس عام ١٩٨٤ حيث أشار إلى ضرورة احترام الشرط الذي يحول دون عقد الاختصاص الاستثنائي له في شأن تشكيل المحكمة والوارد النص عليه في المادة ١٤٥٥^(١١١) والذي يقضي بوجوب ألا يمثل تدخل القضاء بخصوص إتمام تعيين المحكمين خروجاً على اتفاق التحكيم، فلقد تبين له عند دراسة ملف النزاع أن أطراف اتفاق التحكيم قد اتفقا على أن تشكل المحكمة من محكمين اثنين يتولى كل منهما تعيين أحدهما، وتضمن الاتفاق النص على أنه في الحالة التي لا يتفق فيها المحكمان فإن تشكيل المحكمة يكتمل بتعيين محكم ثالث يعهد بمهمة تعيينه إلى رئيس نقابة صناعة المعادن، وعندما أخفق المحكمان في الاتفاق على حل للنزاع طلبت شركة Experton من رئيس المحكمة الابتدائية بباريس تعيين المحكم الثالث محتجة في ذلك بوجود علاقة تربط بين الطرف الثاني ورئيس نقابة صناعة المعادن الذي يعهد اتفاق التحكيم إليه مهمة تعيين المحكم الثالث.

ولقد استندت شركة Experton في طلبها هذا إلى نص المادة ١٤٥٤^(١١٢) من قانون الإجراءات المدنية التي تقضي بأنه في حالة تشكيل محكمة التحكيم من أكثر من محكم وجب أن يكون العدد فردياً، ولقد كان بإمكان رئيس المحكمة الابتدائية بباريس تولي مهمة تعيين المحكم الثالث أو دعوة المحكمين لاختياره استناداً إلى أن القاعدة التي استندت إليها الشركة التي رفعت الأمر إليه تعد من النظام العام، بيد أنه قدر أن تدخله في هذا الشأن يمثل انتهاكاً لاتفاق التحكيم الذي عهد بهذا الاختصاص إلى رئيس نقابة صناعة المعادن ومن ثم رفض طلب الشركة.

ولم يغفل رئيس المحكمة الابتدائية بباريس الإشارة في قرار الرفض إلى أنه في حالة وجود نص صريح وواضح يعهد للغير مهمة استكمال تشكيل محكمة التحكيم

(١١٠) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international: Litec, 1996, n° 860, p. 513.

(١١١) وذلك قبل أن تعدل فيما بعد بمقتضى المرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في عام ٢٠١١.
(١١٢) ولقد عدلت هذه المادة فيما بعد بمقتضى المرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في عام ٢٠١١ وأصبحت الفقرة الأولى من المادة رقم ١٤٥١ هي التي تجسد الحكم الذي يقضي بوجوب تشكيل محكمة التحكيم تشكيلاً فردياً.

يجب على القضاء احترام هذا النص ومن ثم عدم التدخل في هذا الشأن إذ ليس باستطاعته الخروج على ما اتفق عليه أطراف اتفاق التحكيم^(١١٣).

ب - القاضي المختص بتقديم المساعدة لتشكيل محكمة التحكيم

يعهد للقضاء بصفة استثنائية، وفقا لما سبق بيانه، بتقديم المساعدة لتشكيل محكمة التحكيم، وإذا كان هذا الاختصاص ينعقد بالنسبة للتحكيم غير الإداري لقاضي القانون الخاص (١) فهل يحتفظ بهذا الاختصاص عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الإداري (٢).

١ - القاضي المختص في حالة التحكيم غير الإداري:

ينعقد الاختصاص لقاضي القانون الخاص بتقديم المساعدة الفنية في مجال تشكيل محكمة التحكيم متى تحققت شروط ثبوت هذا الاختصاص على نحو ما سبق وعرضنا. ويتضح من نص المادة ١٤٥٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي^(١١٤)، المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير عام ٢٠١١، أن هذا الاختصاص ينعقد كقاعدة عامة إلى رئيس المحكمة الابتدائية بباريس^(١١٥) وتشير

TGI Paris, ard.de réf. 21 mars 1984, Expertion. Revelier C/ Société Aciers (١١٣) d'Allevard, Rev. arb., 1985, p.94, 6e esp.; TGI Paris, ord. de ref., 28 octobre 1983, Rev.d'arb. 1985, pp.151 et s.; Fouchard; La coopération du président du TGI à l'arbitrage, Rev. arb. 1985, p.16; Fouchard; Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique, Rev. arb., 1987, pp 225 et s.

L' (Modifié par dispose que: 'Le juge d'appui compétent est le président du (١١٤) tribunal de grande instance.

Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455".

Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.

Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats- (١١٥) Distribution, Fasc. 191.; TGI Paris, Ord. référé, 21 mars 1984: Rev. arb. 1985, p. 94. TGI Paris, Ord. référé, 18 janv. 1991: Rev. arb. 1996, p. 503, 1re esp., note Ph. Fouchard.; Jacques Béguin, Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique Edition Générale n° 17, 27 Avril 2005, I 134.

الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر أن هذا الاختصاص قد يعهد به إلى رئيس المحكمة التجارية شريطة أن يتضمن اتفاق التحكيم نصاً يقضي بذلك.

أما في مصر فإن قانون التحكيم يعهد بهذا الاختصاص إلى المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ منه، ولقد ميز المشرع المصري في هذا الشأن بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي فعقد الاختصاص في حالة التحكيم الدولي لمحكمة استئناف القاهرة. ويعد النص القانوني الذي يعهد بالاختصاص لهذه المحكمة نصاً مكماً وليس أمراً، ومن ثم يستطيع الأطراف تضمين اتفاقهم نصاً يقضي بعقد الاختصاص لمحكمة أخرى شريطة أن تكون إحدى محاكم الاستئناف المصرية. أما في حالة التحكيم الداخلي فإن الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية اللازمة لتشكيل محكمة التحكيم يظل معقوداً إلى المحكمة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم.

وإذا كان القاضي الذي يتبع نظام القانون الخاص هو الذي ينعقد له الاختصاص، وفقاً لما تقضي به المادة ١٤٥٩ من قانون الإجراءات المدني الفرنسي والمادة ٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بتقديم يد العون بشأن وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ على التفصيل السابق بيانه، فهل ينعقد له ذات الاختصاص عندما نكون بصدد تحكيم إداري أم على العكس، يعهد بهذه المهمة لنظيره الذي يتبع جهة القضاء الإداري؟ وهو ما سنجيب عليه في الفقرة التالية.

٢ - القاضي المختص في حالة التحكيم الإداري:

عرضنا فيما تقدم للقواعد التي وردت في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكذا تلك التي جاء بها قانون التحكيم المصري بخصوص الدور الذي يقوم به القضاء في سبيل وضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ، ولما كانت هذه النصوص القانونية التي تدرج ضمن قواعد القانون الخاص وضعت في الأساس لتنظيم منازعات يحكمها القانون الخاص كان من الطبيعي، على حد قول الأستاذ^(١١٦) Pierre Delvolvé أن تعهد الاختصاص الاستثنائي بالمساعدة في تنفيذ اتفاق التحكيم إلى جهة القضاء العادي كما سبق وأشارنا.

ولكن هل يظل القاضي العادي هو المختص في الوضع الذي نكون فيه بصدد تحكيم إداري أم يختص القاضي الإداري بالقيام بهذا الدور؟

(١١٦) Pierre Delvolvé, Communication au Colloque du 17 Septembre 1990, organisé à La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, organisé par L'association français d'arbitrage, publication de L'AFA, P.29.

ننوه، قبل الإجابة عن هذا التساؤل، إلى حداثة العهد بالتحكيم الإداري، إذ لم يسمح به في مصر إلا منذ صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وبعبارة أكثر تحديداً منذ صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والتي أضافت فقرة ثانية للمادة الأولى من قانون التحكيم قضت فيها صراحة بجواز التحكيم في العقود الإدارية.

أما في فرنسا فإن المبدأ العام يحظر التحكيم في مجال القانون العام^(١١٧) إلا أن هذه القاعدة قد ورد عليها العديد من الاستثناءات^(١١٨)، ولعل كثرة هذه الاستثناءات قد أفرغت قاعدة الحظر هذه من مضمونها.

Philippe Yolka; Arbitrage des litiges administratifs: un printemps en automne?, (١١٧) La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 45, 8 Novembre 2010, 2334.; D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif: Rev. arb. 1990, p. 3. - A. Patrikios, L'arbitrage en matière administrative: LGDJ, 1997. - Ch. Jarrosson, L'arbitrage en droit public: AJDA 1997, p. 16. - Y. Gaudemet, Arbitrage et droit public: Dr. et patrimoine juin 2002, p. 83.; CE, avis, 6 mars 1986, Eurodisneyland: études et documents du Conseil d'état, 1987, p. 178; Rev. arb. 1992, p. 397.; CE, sect. 3 mars 1989: Rec. CE 1989, p. 69, concl. E. Guillaume; AJDA 1989, p. 931, note Dufau; JCP G 1989, II, 21323, note Level; RFD adm. 1989, p. 619, note Pacteau; D. 1990, somm. p. 67, note Terneyre; Rev. arb. 1989, p. 215. V. D. Foussard, Le juge administratif et l'arbitrage: Rev. arb. 1989, p. 167. V. E. Bruce, La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques: Rev. arb. 2006, p. 65, spéc., p. 96.; T. confl., 16 oct. 2006: Cah. arb. 2007, vol. 1, p. 41.; CAA Lyon, 27 déc. 2007.; AJDA 2008, p. 698, obs. C. Vinet. V. aussi; Rapp. sur l'arbitrage, 13 mars 2007: Rev. arb. 2007, p. 651. - D. Labetoulle, L'arbitrage en droit public, Rapp. remis le 27 mars 2007 au Garde des Sceaux: JCP A 2007, 2082.; Benoît Plessix, L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 13, 26 Mars 2007, 2077.

(١١٨) يوجد العديد من الاستثناءات التي وردت على المبدأ القاضي بحظر التحكيم بفرنسا نذكر من بينها قانون ١٧ أبريل عام ١٩٠٦ والذي قرر في مادته رقم ٦٩ مشروعية لجوء الدولة والمحافظات والمدن للتحكيم طبقاً للأحكام التي نظمها الكتاب الثالث من تقنين المرافعات المدنية، وذلك لسداد تكاليف ونفقات الأشغال العامة والتوريدات، وهو ما أعيد التأكيد عليه في المادتين ٢٤٧ و ٣٦١ من تقنين الأشغال العامة، فلقد قررت المادة ٢٤٧ أنه طبقاً لما تقضي به المادة ٦٩ من قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ يمكن للدولة اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأحكام المنصوص عليها في الباب الرابع من تقنين المرافعات المدنية الجديد؛ وذلك لسداد تكاليف ونفقات الأشغال العامة والتوريدات، ولقد قيدت هذه المادة إمكانية لجوء الدولة للتحكيم بضرورة الحصول على تصريح يصدر من مجلس الوزراء موقع من الوزير المختص ووزير =

وعلى أي حال، فإن ما نود الإشارة إليه هو الأثر المباشر الذي ترتب على حداثة العهد بالتحكيم الإداري وهو غياب فقه قضائي في هذا المجال نقصد بذلك أحكام صادرة عن قاضي القانون العام، خاصة وأن المسلك التشريعي قد اقتصر في مصر على النص على جواز التحكيم في العقود الإدارية دون أن يضع قواعد تنظمه.

وقد يفسر هذا المسلك بأن المشرع أراد من وراء ذلك عدم التمييز بين التحكيم في مجال القانون الخاص والتحكيم الإداري، وهو ما يعني تطبيق الأحكام الواردة في قانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على كافة أنواع التحكيم وهو ما يستفاد من نص المادة الأولى من القانون المذكور حيث نصت في فقرتها الأولى على: "مع عدم الإخلال

= المالية معاً، ويوجد استثناء آخر يرد على مبدأ تحريم التحكيم تم النص عليه بمقتضى التعديل التشريعي الذي تم بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ والذي أحال للمادة ٢٠٦٠ من تقنين القانون المدني فقرة ثانية تقضي بإمكانية صدور مرسوم يسمح لبعض المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بالاتفاق على ولوج طريق التحكيم لحسم المنازعات التي تكون طرفاً فيها، كما يوجد عدد آخر من الاستثناءات التي وردت في قوانين خاصة يأتي في مقدمتها الاستثناء الوارد النص عليه في المادة ١٩ من قانون ١٥ فبراير عام ١٩٨٢ الخاص بتنظيم البحث، وكذلك الاستثناء الوارد في المادة ٢٥ من قانون ١٩٨٢ الذي يجيز للشركة الوطنية للسكك الحديدية التي تغير الشكل القانوني لها بمقتضى القانون الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ لتصبح مؤسسة عامة صناعية وتجارية بولج طريق التحكيم لحسم المنازعات التي تكون طرفاً فيها، وتمتد هذه الإجازة إلى المنازعات الداخلية وتلك التي ينتمي الطرف الآخر فيها لدولة أخرى. يضاف إلى الاستثناءات السابقة استثناء آخر ورد النص عليه بمقتضى القانون الصادر في ١٩ أغسطس ١٩٨٦ الذي أجاز في مادته رقم ٩ للدولة والتجمعات المحلية والمؤسسات العامة ولوج طريق التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بتطبيق وتفسير العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية إذا كان الهدف منها تنفيذ مشروعات ذات علاوة على الاستثناء الذي جاء به القانون رقم ٩٠-٥٦٨ الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٠ والخاص بهيئة البريد والاتصالات، حيث رخصت المادة ٢٨ من هذا القانون لهيئة البريد وهيئة الاتصالات بإمكانية لجوء كل منهما إلى التحكيم لفض منازعاتها مع الغير يستوي في ذلك أن يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال مشاركة أو من خلال اتفاق، الأمر الذي يعني أن هذه المادة تنطوي على استثناء يرد على ما تقضي به المادة ٢٠٦٠ وما تقضى به المادة ٢٠٦١، وكذلك الاستثناء الذي ورد النص عليه في المادة ٢٤ من قانون ٣ أغسطس عام ١٩٩٥ والذي يسمح للدولة بأن تلجأ إلى التحكيم لبدء إجراءات إعادة الممتلكات الثقافية. راجع في كل ذلك: د. مجدى شعيب؛ التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة الزقازيق العدد العاشر ١٩٩٨ ص ٩٣ وما بعدها. راجع كذلك الاستثناءات الوارد النص عليها في:

Les, (Journal Officiel 19 Juin 2004).; A. Ménéménis, L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?, AJDA 2004, p. 1737. sur les contrats de partenariat public-privé, V. par Ph. Delelis et.; S. Larère, Le autorisant des établissements publics industriels et commerciaux à compromettre: un cautère sur une jambe de bois: CJEG 2003, p. 330.

بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون". ويتضح من هذا النص أن أحكام قانون التحكيم تطبق كذلك على التحكيم الإداري حيث ورد النص صراحة على أنه يطبق "على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص...".

وعلى ذلك فإن القاضي المختص بتقديم المساعدة الفنية في مجال التحكيم الإداري هو نفس القاضي الذي يعهد إليه بهذه المهمة عندما يكون التحكيم بين أشخاص القانون الخاص، وبالتالي فإن المحكمة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع في حالة غياب اتفاق التحكيم إذا كان التحكيم داخلياً هي التي تقدم المساعدة، أما إذا كان دولياً فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يعهد اتفاق التحكيم بهذا الاختصاص، لمحكمة أخرى من محاكم الاستئناف المصرية.

وفيما يتعلق بالوضع في فرنسا، لم يتضمن تقنين العدالة الإدارية أى إشارة تتعلق، لا من قريب ولا من بعيد، بالنظام القانوني للتحكيم في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، واقتصر مسلك المشرع على تضمين المادة ١٢٨ من تقنين الأشغال العامة^(١١٩) ما يفيد وجوب الرجوع في هذا الخصوص لنصوص الباب السادس من تقنين الإجراءات المدنية^(١٢٠). وهو ذات المسلك الذي تضمنه التقرير الذي أعد بمعرفة مجلس الدولة الفرنسي، والذي أشار فيه إلى ضرورة نقل القواعد الخاصة بالتحكيم التي ورد النص عليها في تقنين الإجراءات المدنية وتطبيقها عند الضرورة بطريقة تجعلها تتلاءم مع طبيعة المنازعات الإدارية^(١٢١).

(١١٩) L' dispose que: "Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile".

Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur (١٢٠) Justice administrative, Fasc. 120.

Le rapport du Conseil d'Etat notait: "pour l'arbitrage portant sur les litiges (١٢١) d'ordre administratif, [...] il y a lieu de transposer les dispositions du Nouveau Code de procédure civile pour les adapter en tant que de besoin aux problèmes spécifiques de l'arbitrage administratif". (Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, Doc. fr., coll. "études du Conseil d'Etat", 1993, p. 95.

يضاف إلى ما سبق عدم وجود فقه قضائي صادر عن محاكم جهة القضاء الإداري في مجال تحديد ما إذا كانت محاكم جهة القضاء الإداري هي التي تختص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم عندما يتعلق الأمر بمنازعة إدارية، أم أن الاختصاص بهذا الأمر ينعقد لمحاكم القانون الخاص التي تتولى، من حيث المبدأ، وفقاً لنصوص تقنين الإجراءات المدنية، تقديم المساعدة الفنية من أجل وضع اتفاق التحكيم بصفة عامة، موضع التنفيذ^(١٢٢).

في ضوء ما تقدم، يقر الاتجاه الغالب في الفقه بإبقاء الاختصاص معقوداً للقضاء العادي، وهو اختصاص يثبت لرئيس المحكمة الابتدائية^(١٢٣) أيّاً كان نوع التحكيم عادياً أم إدارياً. فمن جانبه أشار الأستاذ Dominique Foussard في مقاله "L'arbitrage en droit administratif" إلى أن القاضي الذي ينعقد إليه الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم هو القاضي الذي يختص بالفصل في النزاع في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم، ويستنتج من هذا القول الذي أبداه الأستاذ Foussard أن القاضي المختص في حالة التحكيم الإداري سيكون قاضي القانون العام، باعتبار أنه صاحب الاختصاص بالفصل فيها في حالة غياب اتفاق التحكيم.

بيد أن هذا الاستنتاج على الرغم من كونه منطقياً في ضوء ما قال به الأستاذ Foussard إلا أنه جزم صراحة بعد ذلك بعقد هذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص حتى لو كان التحكيم إدارياً.

وقد برهن على صحة رأيه بالقول أن التحكيم يعد في حقيقة الأمر قضاء خاصاً، وأن النصوص التي أوردت تنظيمها له وردت في قانون الإجراءات المدنية ويتولى أمر تطبيقها قاضيها الطبيعي وهو القاضي العادي وليس القاضي الإداري^(١٢٤).

Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur (١٢٢) Justice administrative, Fasc. 120.

Philippe Yolka; Arbitrage des litiges administratifs: un printemps en automne?, (١٢٣) La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 45, 8 Novembre 2010, 2334.; Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.; Jacques Béguin, Jérôme Ortscheidt et Christophe Seraglini, Droit de l'arbitrage, La Semaine Juridique Edition Générale n° 17, 27 Avril 2005, I 134.; Eric Loquin, Arbitrage - La décision arbitrale. Voies de recours, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 1046.; Jean-Baptiste Racine, Convention d'arbitrage, Formation, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc. 191.

Dominique Foussard; L'arbitrage en droit administratif, Rev. arb. 1990, p. 35.; (١٢٤) Ch. Jarrosson, L'arbitrage en droit public: AJDA 1997, p. 16; JCP A 2007, =

كما أن التحكيم قد نشأ وترعرع في أحضان القانون الخاص، وهو ما يعني أن القاضي الخاص قد عاصر نشأته وتطوره وأكسبته هذه المعاصرة خبرة في مجال التحكيم يفنقر إليها نظيره الإداري، وقد تقتضي المصلحة ألا يفصل هذه القواعد عن القانون الأساسي الذي يحكم إجراءات خصومة التحكيم وألا نعهد بأمر تطبيقها لغير قاضيه الطبيعي وهو القاضي الذي يتبع جهة القضاء العادي.

وينتهي الأستاذ Foussard في مقاله أنف الذكر إلى رفضه القاطع لأن يتولى القاضي الإداري مهمة تقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم خاصة وأن قواعد التحكيم قد نشأت وتطورت بعيداً عن الأفكار الأساسية التي تهيم على القانون الإداري، خاصة مفهوم المرفق العام ومفهوم السلطة العامة وهي مفاهيم لعبت دوراً أساسياً في تحديد المنازعة الإدارية ومن ثم تحديد جهة الاختصاص بالفصل فيها على النحو المعروف.

ومن جانبنا، نرى أن الحجج التي استند عليها الرأي المتقدم وإن كانت تتسم بالمنطقية إلا أن دلالتها ليست دلالة قاطعة، فالقول بأن التحكيم قد نشأ وتطور في أروقة القانون الخاص وأن أحكامه استمدت من هذا القانون وتطبق بمعرفة قاض عالم بتفصيلاتها لا تمنع بأي حال من الأحوال من أن يتولى أمر تطبيقها في حالة التحكيم الإداري قاضي القانون العام.

ولا يمكن التذرع برفض اختصاصه بكون نظيره الذي يتبع جهة القضاء العادي يتمتع بخبرة تفوقه في هذا المجال، فمن المعروف أن القانون الإداري نفسه يعد حديث النشأة إذا ما قورن بالقانون المدني، على سبيل المثال، كما أن القضاء الإداري نفسه يعد حديث النشأة بالمقارنة بالقضاء العادي، ولم تمنع هذا الحداثة قاضي القانون العام من إرساء معالم القانون الإداري معتمداً في ذلك على قواعد القانون الخاص نفسه، ولقد ظهرت براعته في تطبيق قواعد هذا القانون على المنازعات الإدارية من خلال الأخذ في الاعتبار المصلحة العامة التي تهيم على أعمال الإدارة، ومن ثم تطويع قواعد القانون الخاص وتطبيقها بما يتلاءم مع طبيعة المنازعة الإدارية، وهو ما يؤدي في النهاية إلى التأكيد على ذاتية القانون الإداري رغم تشييده على قواعد مستمدة من القانون الخاص^(١٢٥).

= n° 16 numéro spécial; Sabine Boussard, Modes alternatifs de règlement des litiges, JurisClasseur Justice administrative, Fasc. 120.; B. Pacteau, Arbitrages en droit administratif.

(١٢٥) راجع في هذا الشأن بحثنا بعنوان: تطبيق قواعد القانون الخاص على منازعات العقود الإدارية وأثره على ذاتية القانون الإداري، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٧، العدد رقم ٢٢.

ولا نستطيع في ضوء ما تقدم القول أن اختصاص القاضي العادي بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم أياً كان نوع التحكيم أمر محسوم، بل هو اختصاص لا يثبت له في مجال التحكيم الإداري بصورة قاطعة، فمازال هذا الاختصاص محل جدل، وبعبارة أخرى مازال باب النقاش بشأنه مفتوحاً ولم يغلق بعد، على حد قول الأستاذ Pierre Delvolz، الذي عبر عن تردده في قبول عقد الاختصاص الذي نحن بصده إلى قاضي القانون الخاص، عندما تساءل عما إذا كان من الممكن قبول أن يتولى محكم عين بمعرفة رئيس المحكمة الابتدائية بالفصل في نزاع ذي طبيعة إدارية^(١٢٦).

وإذا كان الأستاذ Delvolz، قد تردد في التسليم باختصاص القاضي العادي بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم عندما نكون بصدد تحكيم إداري، فإن البعض الآخر قد أعلن رفضه القاطع لأن يعهد بهذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص وأكد على ضرورة عقده لقاضي القانون العام^(١٢٧).

ومن شأن عقد هذا الاختصاص لقاضي القانون إعداد نظام متجانس للتحكيم الإداري، ويؤدي من ثم إلى منع القاضي العادي من التدخل في مسائل ذات طبيعة تخرج من نطاق اختصاصه، ويدعم هذا الاتجاه وجهة نظره من خلال دحض حجة الرأي الذي يعتقد هذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص استناداً لنص المادة ١٤٤٤ من قانون الإجراءات المدنية التي تعهد لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس بهذا الاختصاص بالقول بأن هذا النص يتولى في حقيقة الأمر تنظيم مسألة الاختصاص فيما بين محاكم جهة القانون الخاص نفسها ولا يتعلق بأي حال من الأحوال بتوزيع الاختصاص بين جهة القضاء الخاص وجهة القضاء الإداري، ومن ثم يستبعد تطبيقه عندما يتعلق الأمر بتحكيم إداري.

وفيما يتعلق بمعرفة لأي قاض من قضاة القانون العام أو أي محكمة من محاكم جهة القضاء الإداري، ينعقد له أو لها الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم، يقترح أنصار هذا الرأي أن يعهد بهذا الأمر إلى رئيس محكمة الاستئناف

(١٢٦) Pierre Delvolz, Communication au Colloque du 17 Septembre 1990, organisé à La Chambre de commerce et d'industrie de Paris, organisé par L'association français d'arbitrage, publication de L'AFA, p.29.

(١٢٧) Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, préface Yves Gaudement, collection Bibliothèque de droit public tome 189, L.G.D.J., 1997, p. 194.

الإدارية^(١٢٨) مع تجسيد إمكانية الطعن على القرار الصادر منه في هذا الشأن أمام مجلس الدولة باعتباره قاضي نقض.

وهكذا يمكن القول بأنه وإن كان جانب من فقه القانون العام قد تردد في قبول عقد الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لوضع اتفاق التحكيم الإداري موضع التنفيذ لقاضي القانون الخاص، فإن جانب آخر نؤيده يرى أن هذه المهمة يجب أن يعهد بها لقاضي القانون العام دون غيره وذلك على النحو السابق بيانه.

خاتمة:

اتضح لنا عبر هذه الدراسة أن التحكيم، وإن كان يثير العديد من الإشكاليات العملية بصفة عامة، إلا هذه الإشكاليات تزداد بصورة أكبر في التحكيم الإداري؛ نظراً لاقتران المسلك التشريعي، في الدول التي تسمح به، على إجازته دون وضع تنظيم قانوني له، علاوة على حداثة العهد به.

هذا ولقد انصبت الدراسة التي نحن بصدها على دراسة الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم والمتمثل في إنشاء المحكمة التي تتولى الفصل في النزاع المتفق على حسمه عن طريق التحكيم، ولقد تساءلنا في معرض بيان الشروط الواجب توافرها فيمن يعين محكماً بمحكمة التحكيم الإداري عما إذا كان وجود الدولة طرفاً في النزاع يستوجب أن يؤخذ شرط الجنسية بعين الاعتبار من عدمه، وأشرنا في هذا المقام إلى أنه وإن كانت القاعدة العامة لا تمنع من أن يكون المحكم أجنبياً إلا أن ذلك لا يعني إسقاط شرط الجنسية من الحساب عند تعيين المحكمين، خاصة عندما نكون بصدد نزاع يدخل من حيث المبدأ ضمن المنازعات التي يختص القاضي الإداري بالفصل فيها.

كما تساءلنا عما إذا كانت الطبيعة التي تتميز بها منازعات أشخاص القانون العام تقتضي أم لا أن يتم تشكيل محكمة التحكيم من بين قضاة الدولة، وبصفة خاصة قضاة جهة القضاء الإداري، باعتبارهم الأكثر حرصاً على مراعاة الحفاظ على ذاتية القانون الإداري الذي يعلي من شأن المصلحة العامة، ونظراً لتمتعهم بخبرة أكبر من غيرهم في تطبيق قواعد القانون العام.

Apostolos Patrikios a écrit en ce sens: "Nous pensons que la meilleure solution (١٢٨) serait de laisser le jugement aux mains du président du tribunal administratif (d'appel) avec toutefois la possibilité d'un pourvoi en cassation devant le conseil d'Etat. Apostolos Patrikios, L'arbitrage en matière administrative, op. cit., p. 195.

وأشرنا ونحن في معرض بيان مزايا وعيوب كل من التشكيل الأوحد والتشكيل المتعدد لمحكمة التحكيم إلى أن التشكيل المتعدد قد يتلاءم بصورة أكبر مع التحكيم الإداري، وذلك للعديد من الأسباب التي عرضنا لها ونحن بصدد دراسة هذه المسألة.

وتضمنت الدراسة بيان الدور الجوهرية الذي تضطلع به إرادة أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل المحكمة، وكذلك الدور الذي يقوم به القضاء في حالة تقاعس أحد الأطراف عن القيام بما التزم به، وتساءلنا في هذا الخصوص عن القاضي الذي ينبغي اللجوء إليه أهو قاضي القانون الخاص؛ نظراً لاختصار المشرع في الدول التي تجيز اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات الإدارية على تقرير مشروعيتها دون أن يضع تنظيماً قانونياً له ولكن نصوص قانون الإجراءات المدنية تعهد له بهذه المهمة، أم هو قاضي القانون العام؛ باعتبار أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفاً في المنازعة، ولكونه المختص أصلاً، في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم، بالفصل في كافة المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، ومن ثم يتمتع بخبرة أكثر في هذا الشأن.

قد يبدو للبعض أن الإجابة عن التساؤل المتقدم سهلة ميسورة، نظراً لكون قانون الإجراءات المدنية يعهد بهذا الاختصاص لقاضي القانون الخاص، إلا أن الدراسة التي عرضنا لها تظهر بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا القول، يصعب قبوله بالنسبة للتحكيم الإداري، ومكمن هذه الصعوبة أن التحكيم الإداري يمثل خروجاً على ما تقضي به القاعدة العامة التي تعهد للقاضي الإداري بمهمة الفصل في كافة المنازعات الإدارية، ويعد التحكيم من ثم بمثابة استثناء يرد على القاعدة المتقدمة، ونظراً لكون الاتفاق على التحكيم يعد استثناء على القاعدة التي تعهد بالفصل في المنازعات الإدارية لقاضي القانون العام فإن اتفاق التحكيم بهذه الطبيعة الاستثنائية يجب أن يفسر في أضيق الحدود، وعليه لا يمكن التسليم باختصاص قاضي القانون الخاص بتقديم المساعدة الفنية لمحكمة التحكيم الإداري إلا إذا تضمن القانون نصاً صريحاً يقضي بذلك.

وبغض النظر، عما إذا كان الاختصاص بتقديم المساعدة الفنية لإنشاء محكمة التحكيم ينعقد للقاضي الإداري أم للقاضي العادي، فإن فاعلية التحكيم الإداري لن تتحقق إذا اقتصر مسلك المشرع في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، على تقرير مشروعيته فقط، بل يلزم أن يتجاوز المشرع هذا المسلك ويضع تنظيماً له يتضمن حلولاً واضحة للإشكاليات التي قد يظهرها الواقع العملي، ويأتي في مقدمتها

الإشكالية المتعلقة بالجهة المختصة بتقديم المساعدة الفنية لوضع اتفاق التحكيم موضع التنفيذ.

وإذا كنا ألقينا الضوء عبر هذه الدراسة، على العديد من التساؤلات التي تتعلق بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري، فإن قضايا أخرى عديدة، تتعلق بخصوصية التحكيم الإداري مازالت بحاجة إلى دراسة من جانب المهتمين بالتحكيم عموماً وبالتحكيم الإداري خاصة.

المفاوضات في عملية اندماج الشركات

الدكتور/ طارق كميل

أستاذ القانون التجاري - كلية الحقوق
الجامعة العربية الأمريكية - فلسطين

ملخص:

لقد عملنا في هذا البحث على إعطاء فكرة موجزة عن ظاهرة اندماج الشركات باعتبارها إحدى أهم وسائل التركيز الاقتصادي، وذلك من خلال تعريف الاندماج وبيان أنواعه وتحديد طبيعته القانونية. وعلى الرغم من ذلك إلا أنها لا تتم بشكل سلس، وإنما تمر بعدة مراحل طويلة ومعقدة، تبتدئ بالدخول في مفاوضات بين الشركات الراغبة في الاندماج قصد تقريب وجهات النظر فيما بينها من خلال مناقشة التفاصيل التي سيتضمنها مشروع الاندماج مستقبلاً، الأمر الذي يجعل من مرحلة المفاوضات مرحلة مفصلية في إنجاح أو فشل عملية الاندماج، وقد تبين معنا أن مرحلة المفاوضات لم تحظَ بالتنظيم القانوني الخاص ضمن نصوص قوانين الشركات في مختلف التشريعات المقارنة، هذا وقد عملنا على تحديد المقصود بالمفاوضات والبحث عن مدى إلزاميتها للأطراف الداخلة في المفاوضات، وعن علاقتها بمشروع الاندماج الذي عملت مختلف التشريعات المقارنة على تنظيمه ضمن المرحلة التمهيديّة والسابقة على عملية الاندماج.

وقد تبين معنا أنه لإنجاح عملية الاندماج لا بد من أن تتم المفاوضات بين الأطراف بشكل يراعي خصوصية عملية الاندماج، واتباع آليات خاصة لإنجاح هذه المفاوضات، ولكن لا يعني ذلك منع فشل مفاوضات الاندماج وتوقفها، وبالتالي فإن المفاوضات في عملية الاندماج إما أن تنجح وتتوج بإبرام عقد الاندماج أو تفشل وتتوقف قبل الأوان، الأمر الذي دفعنا إلى بيان المسؤولية المترتبة عن عدم إتمام مفاوضات الاندماج.

مقدمة:

بمعينة واقع الاقتصاد العالمي الحالي، وكشف مظاهر زحف الرأسمال عبر الحدود، يلاحظ أن ثقافة التركيز وإعادة الهيكلة تلقي بظلالها على مجموع بقاع العالم، وترسيخ الاقتناع بأن السبيل لاستمرار الاستقرار على مستوى التنافسية الاقتصادية هو مساهمة مستويات التركيز الاقتصادي العالمي، فالشركات التجارية محتاجة لمزيد من رؤوس الأموال في أسرع وقت ممكن، ودون إقبال مديونيتها، حتى تتمكن من ضمان مزيد من النمو والمردودية بشكل يوازي مستويات المنافسة التي تفرضها

الاقتصاديات الدولية^(١)، وأول خطوة لذلك هي اكتساب الحجم الملائم، فقد تأكد أن من بين النتائج الحتمية للتركيز الاقتصادي أن الشركات الصغيرة والمتوسطة تجد نفسها مضطرة إلى قبول أحد أمرين: إما الانخراط في عملية التركيز الاقتصادي، وإما الحكم على نفسها بالفناء نتيجة وجودها في ظروف منافسة غير متكافئة^(٢).

وعلى الرغم من تعدد تقنيات التركيز الاقتصادي^(٣) إلا أن الاندماج بين الشركات يبقى الوسيلة المتعددة الاستعمالات في إطار التوسع الخارجي، فقد يستعمل من أجل التعاون كما قد يستعمل من أجل السيطرة، وهو في جميع الأحوال يكفل علاقة متينة بين الشركات الداخلة في التحالف، فالاندماج تقنية تتمتع بمجموعة من المحاسن والمزايا تجعل الشركات تفضلها كوسيلة للتحالف فيما بينها، بغية تنمية نشاطها والرفع من مردوديتها وتفادي ضغط المنافسة القوية داخل السوق، إلا أن هذه المحاسن قد لا تكفي في حد ذاتها لمواجهة بعض المشاكل التي قد تعترض عملية الاندماج، فعملية الاندماج لا تتم بشكل ديناميكي مباشر وإنما تمر بعدة مراحل طويلة ومعقدة.

فمن المعروف أن كل عملية تعاقدية تقطع مجموعة من المراحل قبل أن تفرغ في قالب العقدي المناسب لطبيعة المعاملة، وغالبية العقود تبدأ بمرحلة تفاوض حول شروط أو بنود العقد وتفاصيله، وعملية الاندماج شأنها شأن مختلف باقي العقود تبتدئ بمرحلة مفاوضات بين الشركات الراغبة في الاندماج قصد تقريب وجهات النظر فيما بينها، ولكن المفاوضات في عملية الاندماج بين الشركات تتميز بخصوصية تنبع من طبيعة العملية التي يتجاذبها الجانبان الاقتصادي والقانوني في ذات الوقت، بالإضافة إلى غياب التنظيم التشريعي للمفاوضات في عملية الاندماج، مما يجعل المفاوضات مهددة بمجموعة من العقبات التي قد تؤدي إلى فشلها، وبالتالي هذا ينعكس سلباً على إتمام عملية الاندماج، وأمام هذا الوضع فإننا نتساءل عن مدى إمكانية إيجاد آليات معينة لإنجاح هذه المفاوضات بشكل يتلاءم والخصوصية التي

(١) Richard Routier: «les fusions de société commerciales» prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements L.G.D.J Paris p: 6.

(٢) أحمد أبو إسماعيل "أصول الاقتصاد"، دار النهضة العربية. القاهرة. سنة النشر ١٩٦٦، ص ١٩٥.

(٣) من هذه التقنيات: مجموعة الشركات، الشركات القابضة، الشركة المشتركة، التجمع، اتفاقات التحالف، الاتحاد... الخ.

تتمتع بها عملية الاندماج، وأيضاً عن مدى إمكانية الحديث عن المسؤولية القانونية التي تترتب عن عدم إتمامها في ظل غياب نصوص قانونية منظمة لها.

للإجابة عن هذه التساؤلات فإننا سنعمل على دراسة هذا الموضوع دراسة تحليلية مقارنة، وذلك من خلال استعراض موقف بعض التشريعات المقارنة التي نظمت قوانين الشركات و آراء الفقه المقارن، وذلك من خلال ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: ماهية المفاوضات في عملية اندماج الشركات.

المبحث الثاني: خصوصية المفاوضات في عملية اندماج الشركات وآليات إنجاحها.

المبحث الثالث: المسؤولية المترتبة عن قطع مفاوضات اندماج الشركات.

المبحث الأول

ماهية المفاوضات في عملية اندماج الشركات

لقد أصبح الاندماج وسيلة تلجأ إليها الشركات الكبيرة منها قبل الصغيرة، في الدول المتقدمة منها قبل النامية، وأياً كان الغرض الذي تسعى إلى تحقيقه من وراء هذه السياسة، تحقيق الجودة، إحكام السيطرة، أو مواجهة المنافسة الشرسة، الأمر الذي يقتضي منا إعطاء فكرة موجزة عن هذه الظاهرة قبل الدخول في تعريف مرحلة المفاوضات التي تعد مرحلة ممهدة لعملية الاندماج.

المطلب الأول

ماهية الاندماج

يتميز الشيء عادة عن غيره بسميياته الذاتية، وهي سميات لا تبرز إلا من خلال تعريفه وضبط مفهومه، قصد تحديد هويته وتمييزه عما يشابهه، فالاندماج في اللغة^(١) هو "دمج دموجا وتدامجوا على الشيء واجتمعوا عليه واندماج الشيء في الشيء أي دخل فيه واستحكم"، أما في الاصطلاح القانوني وبالرجوع إلى مختلف التشريعات المقارنة^(٢) نلاحظ أنها لم تعمل على تعريف الاندماج، وإنما عملت تلك التشريعات على بيان صورته وخصائصه وآثاره وإجراءات تحقيقه، وعدم قيام المشرع بوضع تعريف للاندماج لا يعد عيباً في التشريع وذلك لأن التعريف - عادة - لا يكون من وظيفة المشرع وإنما من عمل الفقه والقضاء.

وعليه فقد حظي تحديد مفهوم الاندماج بالعناية الكافية من قبل الفقه، حيث عرفه أغلب الفقه الفرنسي^(٣) بأنه "العملية التي تجتمع بموجبها شركتان أو أكثر، لتكون

(١) "لسان العرب" لأبي الفضل جمال الدين محمد. المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، صفحة ٢٧٤-٢٧٥.

(٢) من هذه التشريعات قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦، وقانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، وقانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠.

(٣) (B) Mercadal - (P) Janin «Memonto pratique des sociétés commerciales» français lefebvre, paris 1994.P: 1078.

(G) Ripert - (R) Roblot «traité de droit commercial» Seizième édition 1996 L.G.D.J Paris P 14.

- Martial chadfeaux «Les fusion de société» régime juridique et fiscal, la villeguerin paris édition 1994 P 22.

- Philippe Merle «droit commercial-sociétés commerciales» ٥ème édition Dolloz 1995 P 731.

شركة واحدة"، أو هو "التحام شركتين على الأقل كانتا موجودتين سواء بابتلاع إحدهما للأخرى، أو بصفة استثنائية باختلاطهما معا قصد إنشاء شركة واحدة"^(١).

ونظراً لقصور التعريفات السابقة عن الإحاطة بالمفهوم الشامل للاندماج، لإغفالها الإشارة إلى آثاره، وخاصة ما يتعلق بالانتقال الشامل للذمة المالية، فإن البعض محور تعريفه للاندماج على هذا الأثر، كما فعل Yves chartier^(٢) الذي عرف الاندماج بأنه: "العملية التي بمقتضاها تنقل شركة أو أكثر ذمتها المالية إلى شركة قائمة أو شركة جديدة تؤسس لهذا الغرض".

وعلى خلاف مجموع التعريفات السابقة فإن الأستاذ الدكتور أحمد شكري السباعي، لم يكتف بالمفهوم القانوني للاندماج وإنما تطرق لأبعاده الاقتصادية أيضاً، حيث عرفه بأنه: "تكتل (أو اتحاد) شركتين فأكثر (أو دمج) شركتين أو أكثر قصد تكوين شركة واحدة قوية لمواجهة إشكالات السوق والمنافسة الداخلية والدولية والأعباء الضريبية والمصاريف والتعقيدات الإدارية"^(٣).

وعلى الرغم من أن هذا التعريف كان موفقاً، من منطلق أن الاندماج مفهوم يختلط فيه الاقتصاد بالقانوني، فإن اهتمامه بالجانب الاقتصادي للاندماج كان على حساب ذكر خصائصه وأشكاله وكذا آثاره، لذلك نعتقد أن الأستاذين إلياس ناصيف^(٤) وحسني المصري^(٥) كانا الأقرب إلى ضبط مفهوم الاندماج والجمع بين خصائصه القانونية والاقتصادية، ولعل المزج بين هذين التعريفين وتنقيحهما من شأنه أن يساعدنا على استخلاص تعريف متكامل لاندماج الشركات، فقد عرف الأستاذ إلياس ناصيف اندماج الشركات بأنه: "ضم شركتين أو أكثر، قائمتين على وجه قانوني في شركة واحدة، بعد موافقة مساهمي الشركة المندمجة، على أن تكون الشركتان

(١) Yves Guyon «Droit des affaires» T 1 droit commercial générale et sociétés- 8ème édition economica 1994 P 644.

(٢) Yves Chartier «droit des affaires» T 2 société commercial - 3ème édition 1992 P.U.F Paris P: 538.

(٣) د. أحمد شكري السباعي "الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي" ج ٢ دار نشر المعرفة، الطبعة الأولى ٢٠٠٣، الرباط، ص ٧٦.

(٤) د. إلياس ناصيف "الكامل في قانون التجارة"، ج ٢، الشركات التجارية، الطبعة الأولى ١٩٨٢، ص ٤٠٣.

(٥) د. حسني المصري "اندماج الشركات وانقسامها - دراسة مقارنة -"، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٣٦.

متحدثين في الموضوع، بحيث تتكون منهما وحدة اقتصادية بعد الاندماج، وينشأ عن الاندماج زوال الشركتين القائمتين أو إحداهما على الأقل".

وأهم ما يمكن تسجيله على التعريف السابق، أنه أغفل الإشارة إلى الانتقال الشامل للذمة المالية للشركة أو الشركات المندمجة، الذي يعتبر من أهم آثار الاندماج، فضلا عن اشتراطه أن تكون الشركتان الداخلتان في الاندماج متحدتين من حيث الموضوع، في حين أنه ليس هناك في المقتضيات القانونية أو الاجتهاد القضائي ولا حتى في كتابات الفقه ما يتطلب اتحاد الشركتين من حيث الموضوع، فقد تندمج شركة تنتمي لقطاع الخدمات بشركة تنتمي للقطاع الصناعي، وقد تندمج شركة للتصدير والاستيراد في شركة لصناعة الملابس.

أما الأستاذ حسني المصري، فقد عرف الاندماج بأنه "عقد تضم بمقتضاه شركة أو أكثر إلى شركة أخرى، فتزول الشخصية المعنوية للشركة المنضمة، وتنتقل أصولها وخصومها إلى الشركة الضامة، أو تمتزج بمقتضاه شركتان أو أكثر فتزول الشخصية المعنوية لكل منهما وتنتقل أصولهما وخصومهما إلى الشركة المستفيدة"، وما يؤخذ على هذا التعريف، هو اختزاله لعملية الاندماج في اتفاقية تخضع لمطلق سلطان الإرادة، في حين أن الاندماج يجمع بين الطابع الاتفاقي والنظامي^(١) ذلك أن عقد الاندماج ماهو إلا الوعاء الذي تفرغ في إطاره العملية بعد مرورها بمجموعة من المراحل التي نظمها المشرع وخاصة منها ما يتعلق بتصويت الجمعية العامة غير العادية ودور مراقب الحسابات، فضلا عن إجراءات الإعلان اللاحقة للعقد وآثارها على هذا الأخير، دون أن ننسى أن هناك بعض حالات الاندماج التي لا تتحقق بمجرد تمام عقد الاندماج، وإنما يتوقف إنجازها النهائي على صدور قرار إداري بمنح رخصة الاعتماد من قبل الجهات المعنية، الأمر الذي يؤكد أن عملية الاندماج تجمع بين الطابع العقدي والطابع النظامي.

وهكذا ومن خلال عملية المزج بين التعريفين السابقين وأخذ الملاحظات المسجلة عليهما بعين الاعتبار، يمكن تعريف اندماج الشركات بأنه: عملية اقتصادية ذات طابع عقدي ونظامي، بمقتضاها تزول الشخصية المعنوية لشركة أو أكثر نتيجة

(١) وذلك لأن عقد الاندماج يهيئ في إطار مبدأ سلطان الإرادة إلا أنه يخضع في نفس الوقت لأحكام نظامية من قبيل البيانات الواجب تضمينها في مشروع الاندماج وكيفية إقرار هذا المشروع من طرف الجمعية العامة غير العادية، ومراقبته من طرف مراقب الحسابات، فضلاً عن إجراءات التسجيل والنشر التي يخضع لها عقد الاندماج.

ضمها من طرف شركة أخرى أو اتحادها في تأسيس شركة جديدة بشكل يؤدي في جميع الأحوال إلى الانتقال الشامل لذمتها المالية إلى الشركة المستفيدة التي تصبح وحدة اقتصادية قوية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن غالبية التشريعات المقارنة تأخذ بالتقسيم الثنائي للاندماج، فهو إما أن يكون اندماجاً عن طريق الضم وإما عن طريق المزج، ويقصد بالاندماج عن طريق الضم، ابتلاع شركة تسمى الشركة الدامجة لشركة أخرى تسمى الشركة المندمجة، بحيث تستمر الشخصية المعنوية للأولى، في حين تزول تلك الخاصة بالثانية، ويعتبر هذا النوع من الاندماج الأكثر شيوعاً من الناحية الواقعية لوجود مجموعة من الحوافز التي تدفع الشركات إلى الإقبال عليه، فهو أقل تكلفة بالمقارنة مع الاندماج عن طريق تأسيس شركة جديدة، الذي يتطلب انحلال كافة الشركات لتقوم على أنقاضها شركة جديدة مع ما تقتضيه هذه العملية من نفقات باهضة^(١) تتمثل أساساً في تحمل التكاليف الضريبية، التي يفرضها القانون على الشركات في حالة تصفيتها، فضلاً عن كون الاندماج عن طريق الضم يؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية للشركة المندمجة دون توقف نشاطها، مما يجنبها خطر فقدان عملائها، الذي يبقى متوقعاً في حالة الاندماج عن طريق تأسيس شركة جديدة^(٢). وعلى مستوى المنافسة يعتبر هذا الصنف من الاندماج وسيلة للتخلص من شركة منافسة بالدخول معها في مفاوضات تنتهي بابتلاعها^(٣).

أما على مستوى هيكل المجموعات فإن الاندماج بالضم أو الابتلاع عادة ما

(١) د. حسام الدين عبد الغني الصغير "النظام القانوني لاندماج الشركات" دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤، ص ٨٧. والمحامي الدكتور فايز إسماعيل بصبوص "اندماج الشركات المساهمة العامة والآثار القانونية المترتبة عليها"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ٢٠١٠، صفحة ٣٥. ود. حسني المصري. م. س. ص ٤٧. وخالد محمد عايد العازمي "الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الشركاء والدائنين" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٢. ود. يعقوب يوسف صرخوه "الإطار القانوني للاندماج بين البنوك الكويتية - دراسة مقارنة -" مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشر، العدد الرابع، ١٩٩٣، ص ٢٨. ود. طعمة الشمري "الجوانب القانونية لمزج البنوك الكويتية - دراسة قانونية مقارنة -"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد الأول، مارس ١٩٩١، ص ١٧٢.

(٢) Jean-pierre Tosi «Manuel d'introduction au droit de l'entreprise» Expertise comptable collection dirigée par Mourice cozian et Maurice petit jean sixième éd litec 1991 P 268.

Jean-pierre Tosi, op cit P 268.

(٣)

يكون الهدف منه تحويل الشركة الدامجة إلى شركة تابعة لشركة قابضة، وتتم العملية بدمج شركة أو أكثر من الشركات التابعة للشركات القابضة في الشركة الدامجة، بشكل تصبح معه الشركات القابضة تملك معظم أسهم الشركة الدامجة، وهو ما يكفل لها السيطرة المشتركة على الشركة الدامجة، لتتحول هذه الأخيرة بدورها إلى مجرد شركة تابعة^(١).

أما الاندماج عن طريق المزج يعتبر الصورة الحقيقية للاندماج بمعناه الضيق، ويتم من خلال انحلال شركتين أو أكثر تتخلص كل واحدة منهما من ثوبها القديم لتندمج فيما بينهما تحت غطاء ثوب جديد، وشخصية معنوية جديدة، تجعل منهما كياناً اقتصادياً وقانونياً موحداً.

غير أن ما يعيب هذا الشكل من أشكال الاندماج هو أن الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج تبقى بدون شخصية معنوية إلى تاريخ قيدها في السجل التجاري، وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية سلبية، تقيد حرية الشركة والشركاء الذين يمنع عليهم القيام ببعض التصرفات إلا بعد مدة من تاريخ قيام الشخصية المعنوية، كعدم قابلية الأسهم للتداول إلا بعد تقييد الشركة في السجل التجاري.

هناك اعتبارات تقنية واقتصادية تدفع الشركات إلى تحمل هذه السلبيات مقابل الاستفادة من حسنات الاندماج عن طريق تأسيس شركة جديدة، كالحالة التي تعمد فيها بعض الشركات الأم إلى تجميع فروعها عن طريق دمجها في شركة واحدة، ثم في مرحلة ثانية تقوم بإنشاء شركات جديدة تحت نفس الأسماء التي كانت للفروع المندمجة ولكن هذه المرة في شكل شركات تضامن، حتى تتمكن من تأمين صعود الأرباح لفائدتها أي لفائدة الشركة الأم^(٢).

هذا وقد تضاربت الآراء بخصوص الطبيعة القانونية للاندماج وذلك تبعاً للزاوية التي تعامل من خلالها كل اتجاه مع التكيف القانوني لهذه العملية، فذهب رأي إلى أن الاندماج انقضاء مبسر للشركة المندمجة وانتقال شامل لزمته المالية إلى الشركة الدامجة، وذهب رأي ثانٍ إلى أن الاندماج انقضاء مبسر للشركة المندمجة وانتقال

(١) د. محمد شوقي شاهين "الشركات المشتركة، طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن"، دون ذكر دار النشر وسنة النشر، ص ٢٠١.

(٢) Maurice Suramy: «Fusion dans le cadre d'une restructuration de groupe avec transfert de la jouissance des exploitations industrielles et commerciales à de nouvelles entités juridiques créées sous la forme de S.N.C» Gazette du palais (1ère semaine) 29 avril 1986 P 274.

نمتها المالية إلى الشركة الدامجة مع استمرار مشروعها الاقتصادي أو المالي، وذهب رأي ثالث إلى أن الاندماج عبارة عن عقد، وذهب رأي رابع إلى أن الاندماج تعديل أو تغيير في الشكل القانوني للشركة المندمجة^(١)، ولا يتسع المجال هنا لمناقشة هذه الآراء والرد عليها وبالتالي سنقتصر على اختيار الأصح منها، وهو حسب اعتقادنا الرأيان الأول والثاني واللذان يعتبران أن الاندماج يؤدي إلى انقضاء الشركة المندمجة وانتقال جميع حقوقها والتزاماتها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، ودون الحاجة إلى تصفية الشركة المندمجة وبقائها محتفظة بمشروعها الاقتصادي الذي كانت تقوم عليه، فمشروع الشركة كوحدة إنتاج يبقى مستمراً وموجوداً رغم انقضاء الشركة المندمجة أو زوالها وذلك من خلال الشركة الدامجة، وهذا ما يفسر الانتقال الشامل للذمة المالية للشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة^(٢).

وأخيراً فإنه على الرغم من اعتبار تقنية الاندماج إحدى أهم وسائل التركيز الاقتصادي، إلا أنها لا تتم بشكل سلس، وإنما تمر بعدة مراحل طويلة ومعقدة، تبتدئ بالدخول في مفاوضات بين الشركات الراغبة في الاندماج قصد تقريب وجهات النظر فيما بينها من خلال مناقشة التفاصيل التي سيتضمنها مشروع الاندماج مستقبلاً، الأمر الذي يجعل من مرحلة المفاوضات مرحلة مفصلية في إنجاح أو فشل عملية الاندماج.

(١) د. حسني المصري، م. س. ص ٧٦. ود. طعمة الشمري، م. س. ص ١٧٧. وعبد الرحمن الممتوني "اندماج الشركات بين حتمية التركيز الاقتصادي والحاجة إلى الحماية القانونية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون المقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، اكدال، السنة الجامعية ٢٠٠٤، ص ٥٨.

(٢) لقد أخذت محكمة التمييز الأردنية بهذا الاتجاه حيث قضت بأنه "إن الاندماج مترتب عليه انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية، بيد أن هذا الانقضاء ليس معناه تحللها من العقود التي أبرمتها؛ لأن الشركة الدامجة أو الجديدة تخلفها فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، ومن ثم تظل كافة العقود التي أبرمتها الشركة المندمجة قائمة ومستمرة، ويرجع السبب في بقاء العقود التي أبرمتها الشركة المندمجة قائمة ومستمرة، إلا أن الاندماج لا يترتب عليه تصفية الشركة المندمجة وتوزيع موجوداتها بل تنتقل ذمتها المالية بما تشمله من عناصر إيجابية وسلبية إلى الشركة الدامجة أو الجديدة، ويظل المشروع الذي تآلفت الشركة المندمجة لتحقيقه قائماً ومستمراً على الرغم من فنائها، وقد أملت هذه الحقيقة استمرار العقود التي أبرمتها الشركة المندمجة بحيث ينصرف أثرها إلى الشركة الدامجة أو الجديدة وكأنها هي التي أبرمتها منذ البداية. هذا القرار مشار إليه لدى د. فايز إسماعيل بصبوص. م. س. ص ٦٨.

المطلب الثاني

مفهوم المفاوضات في عملية اندماج الشركات ومدى إلزاميتها

على الرغم من أن المفاوضات في عملية اندماج الشركات تعد مرحلة مهمة وحساسة ومفصلية - باعتبارها مرحلة سابقة على عقد الاندماج النهائي - في إنجاح أو فشل عملية الاندماج، إلا أنها لم تحظ بالتنظيم القانوني الخاص ضمن نصوص قوانين الشركات في مختلف التشريعات المقارنة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن المقصود بالمفاوضات وعن مدى إلزاميتها للأطراف الداخلة في المفاوضات، وعن علاقتها بمشروع الاندماج الذي عملت مختلف التشريعات المقارنة^(١)، على تنظيمه ضمن المرحلة التمهيدية والسابقة على عملية الاندماج.

فالمفاوضات أو التفاوض في الاصطلاح اللغوي "مشتقة من الفعل فوض، يقال فوض إليه الأمر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه والمفاوضة: المساواة والمشاركة"^(٢)، أما في الاصطلاح القانوني فقد عرفها البعض^(٣) بأنها "تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية وتجارية يتبادلها الأطراف للتعرف على الصفقة المزمع إبرامها، وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما"، وهناك من عرف^(٤) المفاوضات أيضاً بأنها: "عملية اتصال وتشاور أو حوار بين الأطراف بهدف التوصل إلى اتفاق نهائي وإبرام عقد معين"، وعليه فإن مرحلة المفاوضات تشمل كافة الاتصالات والمحاورات التي يتم فيها تبادل المستندات والخطابات، وذلك نظراً للدور

(١) تجدر الإشارة أيضاً إلى أن مسألة عدم تنظيم المفاوضات بنصوص قانونية خاصة ليست مقتصرة فقط على عملية الاندماج، وإنما في مختلف المعاملات الأخرى ذات الطابع الخاص، باستثناء القانون الإيطالي الذي يعد أول تشريع نظم مرحلة المفاوضات في العقود.

(٢) المعلم بطرس البستاني "محيط المحيط"، قاموس مطول للغة العربية، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٣، ص ٧٠٥.

(٣) لقد جاء في الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية أن المفاوضات هي شكل من أشكال التفاعل تحاول فيه الحكومات أو الأفراد أو المنظمات إدارة بعض مصالحهم المتصارعة. راجع د. حمدي محمود بارود "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقيدة في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد ١٣، العدد الثاني، يونيو ٢٠٠٥، ص ٥.

(٤) د. هاني صلاح حري الدين "المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي"، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع ١٩٩٦، تشرين الأول، أكتوبر، ص ٦.

الهام والبارز الذي تلعبه المفاوضات في إتمام مختلف العقود ولاسيما عقود التجارة الدولية.

ونظراً لخصوصية المفاوضات في عملية اندماج الشركات والتي تنبع من طبيعة تلك العملية وأهميتها فإنه يمكن أن نعرف المفاوضات في عملية اندماج الشركات بأنها: "عملية تحاور ومناقشات ومساومات ودراسات قانونية ومالية ومحاسبية، يتبادلها أصحاب فكرة الاندماج، من أجل التوصل إلى البنود الأساسية التي تضمن في مشروع الاندماج والذي يحتوي على كافة التفاصيل الخاصة بعملية الاندماج وتحديد الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق الشركات الراغبة في الاندماج" وعليه فإن عملية الاندماج لا تتم بصورة مباشرة وإنما يسبقها مرحلة تمهيدية يتم خلالها إجراء المفاوضات بين أصحاب فكرة الاندماج، ومن خلال التعريف السابق يتبين أن هناك عدة عناصر يجب أخذها بعين الاعتبار للوصول إلى جوهر عملية التفاوض:

أولاً: هناك مصالح متعارضة بين طرفي العملية التفاوضية، وهي في عملية الاندماج تتمثل في استعراض كافة الصعوبات والمشكلات التي تعترض طريق الاندماج، خاصة ما يتعلق بالمسائل المالية والضرائبية وتقدير الأصول والخصوم وتقييم الأسهم، وأسس علاقة تبادلها بين الشركات المعنية، ووضع الحلول القانونية المتعلقة بالتنظيم والإدارة، والشروط المتعلقة بالغير، وهذه الأمور يتم التفاوض بشأنها بسرية تامة، وذلك من أجل التقريب بين وجهات النظر المختلفة للوصول إلى الحلول المناسبة.

ثانياً: الاتصال والتفاعل بين أطراف التفاوض (أصحاب فكرة الاندماج)، وذلك من خلال الالتقاء الشخصي أو الافتراضي^(١) فيما بينهم في موعد متفق عليه، والدخول في محاورات ومساومات ومناقشات وتبادل الاقتراحات والأفكار حول المشكلة المطروحة.

ثالثاً: الهدف من التفاوض هو الوصول إلى حلول مناسبة للأطراف المتفاوضة، وهذا أمر بديهي، فالتفاوض الذي يتم بين أطراف لا هدف لهم هو عبارة عن عبث

(١) عادة ما تتم المفاوضات شفاهة بالاتصال المباشر، و لكن ثورة تكنولوجيا المعلومات أفرزت وسائل اتصالات حديثة - لا سيما شبكة الإنترنت - تتميز بالسرعة، وبالتالي أصبح بالإمكان تبادل المعلومات والبيانات عن طريق شبكة الإنترنت، الأمر الذي يسهل مهمة التفاوض بين أصحاب فكرة الاندماج في الشركات متعددة الجنسيات الراغبة في الاندماج، وعادة ما يتم اللجوء إلى تبادل بروتوكولات الاندماج عبر شبكة الإنترنت بهدف تسجيل ما يتم التوصل إليه من اتفاقيات سابقة على التوقيع النهائي لعقد الاندماج.

وإضاعة للوقت والنفقات، فوجود هدف معين يحدده كل طرف يشكل الدافع والأساس للدخول في عملية التفاوض.

وتعد مرحلة الإعداد للمفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي للاندماج، من العمليات الشاقة التي تتطلب وقتاً وجهداً ونفقات، والإعداد الجيد للمفاوضات غالباً ما يؤدي إلى إبرام العقد النهائي للاندماج وفق ما تم الاتفاق عليه، وتنفيذه بطريقة سليمة هادئة، وتحقق الشراكات الداخلة فيه ما يتبعه من وراء الاندماج، ومن بين ما يتم الإعداد له للمفاوضات مسألة الاتصال بين أصحاب فكرة الاندماج ودعوة أحدهم الآخر للتداول والآراء حول عملية الاندماج المزمع الدخول فيها بينهم، وتجدر الإشارة إلى أن أصحاب فكرة الاندماج لا يعملون على الدخول في المفاوضات باعتبارهم ممثلين عن الشركات الراغبة في الاندماج، وإنما يقومون بذلك بسبب سيطرتهم الفعلية^(١) داخل هذه الشركات، مما يعني أن الشركات الراغبة في الاندماج لا تعمل على إجراء المفاوضات بصورة مباشرة ممثلة بشخصيتها المعنوية، وإنما تبدأ الفكرة لدى أصحاب فكرة الاندماج.

وبما أن المشرع لم يعمل على تنظيم مرحلة المفاوضات في عملية الاندماج، فإن أصحاب فكرة الاندماج يتمتعون بقدر كبير من الحرية للعمل على بحث ومناقشة مختلف الصعوبات والمشكلات التي تواجه عملية الاندماج ووضع الحلول المناسبة لها والاتفاق عليها، وذلك من خلال ما يسمى ببرتوكول أو بروتوكولات الاندماج التي هي عبارة عن "وثائق لم ينظمها المشرع ولا يعرفها الفقه والقضاء وبالتالي فهي ليست ملزمة ولكنها تتميز بأنها غير معلنة وتتسم بالسرية، وتعد خلال المرحلة التمهيدية بين أصحاب فكرة الاندماج، وتتضمن إعلان النوايا بين الأطراف وإعلان موافقتهم على الأسس التي يتم بناء الاندماج عليها"^(٢)، ولم يشترط المشرع شكل معين لهذه البروتوكولات ولم يلزم أصحاب فكرة الاندماج بإبرام بروتوكول واحد يتناول كافة المشكلات والصعوبات التي تعترض عملية الاندماج، وإنما يجوز إبرام العديد من البروتوكولات، ينظم كل منها مسألة معينة من المسائل التي يتم الاتفاق عليها، وليس

(١) أصحاب فكرة الاندماج هم الذين تتبلور لديهم فكرة اندماج الشركات ويعملون على طرحها وتحقيقها بما لهم من سيطرة وهيمنة على الشركة، أي المساهمون والشركاء الذين يملكون عدداً كبيراً من أسهم الشركة، الأمر الذي يمكنهم من فرض سيطرتهم على الشركة وتسييرها وفقاً لإرادتهم، للمزيد راجع د. حسام الدين الصغير م. س. ص ١٥٥.

(٢) د. حسام الدين عبد الغني الصغير م. س. ص ١٥٣.

هناك بيانات معينة أوجب المشرع تضمينها في بروتوكول أو بروتوكولات الاندماج وإنما ترك موضوع هذه الاتفاقات لأصحاب فكرة الاندماج^(١).

يتبين معنا مما تقدم أن تلك الاتفاقات أو البروتوكولات التي تتم بين أصحاب فكرة الاندماج ليست لها أي قوة قانونية ملزمة للشركات الراغبة في الاندماج، وذلك لعدم تمثيل تلك الشركات في هذه الاتفاقات بما لها من شخصية معنوية ولا تكون طرفاً فيها، وبالتالي فهي مجرد اتفاقات لبيان النوايا^(٢)، وعليه فإن أصحاب فكرة الاندماج يلعبون دوراً هاماً وبارزاً في إتمام عملية الاندماج بين الشركات من خلال الاتفاق على كافة الحلول المناسبة للمشكلات والصعوبات التي تواجه عملية الاندماج، وذلك تمهيداً لإعداد مشروع الاندماج^(٣) الذي يعد مرحلة وسطى بين مرحلة المفاوضات وبين العقد النهائي للاندماج، فلا هو ببروتوكول الاندماج ولا هو بعقد الاندماج، وإنما هو وثيقة غير ملزمة للشركة إلا بعد التصديق عليه من قبل الجمعية العامة غير العادية للشركات الراغبة في الاندماج، إلا أنه يعد وثيقة لها أهميتها الخاصة فيما يتعلق بإثبات مختلف تفاصيل العملية، هذا فضلاً عن أنه يعد مرحلة متقدمة في عملية الاندماج ويتم بموجبه التأكيد على الرغبة في تحقق عملية الاندماج بين الشركات، ولذلك نلاحظ أن مختلف التشريعات المقارنة^(٤) موضوع الدراسة لم تترك صياغة هذا المشروع لمطلق سلطان الإرادة، وإنما حددت مضمون البيانات التي يجب أن يتضمنها وأهميتها في عملية الاندماج، وهذه البيانات حسب ما جاء في

(١) د. حسام الصغير عبد الغني الصغير. م. س. ص ١٥٢. وخالد محمد عايد العازمي. م. س. ص ٩٦.

(٢) حتى يظل اتفاق بيان النوايا خارج دائرة الإلزام فيجب أن يراعى في صياغته عدة أمور، منها الحرص على عدم استخدام أي جملة تعبيرية أو لفظ يدل على الإلزام، مثل يرتضي، يوافق، يقبل، ويفضل اللجوء إلى ألفاظ أخرى مثل من المستحب أو يبدو ملائماً.

(٣) لقد عرف بعض الفقه مشروع الاندماج بأنه: "وثيقة رسمية غير إلزامية ولكنها ضرورية تعقد قبيل إتمام عملية الاندماج بين وكيلي الشركتين المندمجتين، المفوضين من قبل مجلس إدارتهما، وتحدد فيه طبيعة وقيمة الأموال التي ستنتقل إلى الشركة الدامجة، ولا يخرج عن كونه علاقة من علاقات المجاملة لا يترتب على مخالفتها جزاء قانوني، فهو مجرد ميثاق شرف".

(٤) لقد عمل المشرع الفرنسي على تنظيم مشروع الاندماج لأول مرة بمقتضى قانون الشركات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٦٦، وقد عمل المشرع المصري أيضاً على تنظيم مشروع الاندماج في المادة ٢٨٩ في اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، وقد نظمته المشرع الكويتي في المادة ٥ من القرار الوزاري رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٢ المنفذ للنصوص المنظمة لأحكام الاندماج في قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠.

المادة ٤ من القرار الوزاري الكويتي رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٢ التي بينت إجراءات وأوضاع وشروط اندماج الشركات هي:

- ١ - دواعي الاندماج وأغراضه.
- ٢ - شروط الاندماج.
- ٣ - التقدير المبدئي لأصول وخصوم كل شركة.
- ٤ - الجهة التي تولت تقويم الأصول والخصوم.
- ٥ - التاريخ الذي اتخذ كأساس للتقويم.
- ٦ - المقابل الذي سيحصل عليه الشركاء أو المساهمون في الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة والأسس التي اتبعت في تقديره.
- ٧ - أية بيانات أخرى ترى الجهة الحكومية المختصة أو الجهة التي تخضع الشركة لرقابتها إضافتها على المشروع المبدئي لاتفاق الاندماج.

يتبين مما تقدم أن هناك اختلافاً بين مشروع الاندماج وبروتوكول الاندماج، وقد اتضح هذا الاختلاف بشكل جلي بعد صدور قانون الشركات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٦٦، والذي عمل من خلاله المشرع على تنظيم مشروع الاندماج دون أن يشير إلى بروتوكول الاندماج، وبالتالي ترك لأصحاب فكرة الاندماج حرية واسعة في تنظيم المفاوضات بالكيفية التي يرونها، وهذا هو موقف قانون الشركات المصري لسنة ١٩٨١ وقانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ أيضاً، ويتجلى هذا الاختلاف بين مشروع الاندماج وبروتوكول الاندماج في عدة أوجه، فمن حيث الإعداد يتم إعداد مشروع الاندماج بمعرفة مجلس إدارة الشركات الداخلة في الاندماج، أما بروتوكول الاندماج فيقوم بإعداده أصحاب فكرة الاندماج وذلك ليس بصفتهم ممثلين عن الشركات الداخلة في الاندماج وإنما بما لهم من سيطرة فعلية في هذه الشركات، ويكون الاختلاف أيضاً بينهما بالشكل والمضمون، فقد اشترط المشرع ضرورة توافر مشروع الاندماج على بيانات معينة وهذه البيانات تشكل الحد الأدنى الذي يتناوله مشروع الاندماج، هذا فضلاً عن أن مشروع الاندماج يتطلب عرضه على الجمعية العامة غير العادية للشركات الداخلة في الاندماج لاتخاذ قرار بشأنه وإشهاره، أما بروتوكول الاندماج لم تتطلب مختلف التشريعات المقارنة إتمامه وفق شكل معين وإنما يكون لأصحاب فكرة الاندماج الحرية الكاملة بتنظيم المفاوضات بالشكل والطريقة التي يرونها مناسبة، أما من حيث مدى إلزامية كلاً منهما للشركات الداخلة في الاندماج، فمشروع الاندماج لا يرتب التزامات في ذمة الشركات الداخلة في

الاندماج، وبالتالي فإن الشروط والقواعد التي يتضمنها مشروع الاندماج لا تعد ملزمة، وتجدر الإشارة إلى أن مشروع الاندماج غالباً ما يتضمن شرطاً صريحاً يقضي بعدم التزام الشركة به إلا بعد التصويت عليه من قبل الجمعية العامة غير العادية وموافقتها عليه، أما بروتوكول الاندماج فإنه مجرد من أي قوة إلزامية للشركات الداخلة في الاندماج، وذلك لأن أصحاب فكرة الاندماج لا يعملون على إعداده بصفتهم مفوضين من الشركات الداخلة فيه وإنما يقومون بإعداده بما لهم من سيطرة ونفوذ على الشركات الخاضعة لهم^(١).

إذاً المفاوضات في عملية اندماج الشركات تعد مرحلة مفصلية لإتمام تلك العملية، ولإنجاح عملية الاندماج لا بد من أن تتم المفاوضات بين الأطراف بشكل يراعي خصوصية عملية الاندماج، واتباع آليات خاصة لإنجاح هذه المفاوضات.

(١) د. حسام الدين عبد الغني الصغير. م. س. ص ٢٧١. وخالد محمد عايد العازمي. م. س. ص ١٥٥.

المبحث الثاني

خصوصية المفاوضات في عملية اندماج الشركات وآليات إنجاحها

من المعروف أن كل عملية تعاقدية تقطع مجموعة من المراحل قبل أن تفرغ في قالب العقدي المناسب لطبيعة المعاملة، وكل العقود تبتدئ بمرحلة التفاوض حول شروط العقد وتفصيله^(١) غير أن مفاوضات الاندماج وإن كانت تتقاطع مع مفاوضات باقي العقود فيما يتعلق بالفراغ التشريعي^(٢) الذي تتم فيه إلا أنها مع ذلك تتميز بمجموعة من الخصائص تنبع من طبيعة العملية التي يتجاذبها عدة جوانب اقتصادية ومالية ومحاسبية وقانونية في نفس الوقت (المطلب الأول)، الأمر الذي يجعل هذه المفاوضات مهددة بمجموعة من العقبات التي تؤدي إلى فشلها وبالتالي فشل عملية الاندماج ككل، وهو ما يدفعنا إلى بحث سبل أو آليات إنجاح هذه المفاوضات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خصائص مفاوضات الاندماج

تتميز مفاوضات الاندماج بين الشركات بأنها ترتبط بالظروف العامة لعملية الاندماج، فهي تستغرق مدة قد تطول أو تقصر بالنظر إلى وضعية الشركات أطراف العملية، إذ قد تتم هذه المفاوضات في وقت جد قصير إذا كانت عملية الاندماج سستم بين فرعين تابعين لشركة أم واحدة، أو سستم بين شركتين تنتميان إلى نفس القطاع

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي "الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود"، طبعة ١٩٩٥، دون ذكر دار النشر، ص ٣.

(٢) لقد سبق وتبين معنا أن مختلف التشريعات المقارنة لم تعمل على تنظيم مرحلة المفاوضات في عملية الاندماج، ونتيجة لذلك فإنه يكون لأصحاب فكرة الاندماج حرية واسعة في اختيار ومناقشة كافة المواضيع المتعلقة بالاندماج وبالأسلوب والطريقة التي يرونها دون التقيد بإجراءات معينة أو شكل معين، إلا أن هذه الحرية التي يتمتع بها أصحاب فكرة الاندماج تبقى مقيدة بما يفرضه القانون وقواعد العدالة، والاتفاقات التي يبرمها أصحاب فكرة الاندماج لا تتمتع بأي قيمة قانونية بالنسبة للشركات الراغبة في الاندماج، وإنما هي مجرد اتفاقات لبيان النوايا، إلا أنها تبقى ملزمة للأشخاص الموقعين عليها، وبالتالي عند مخالفة ما ورد في تلك الاتفاقات من قبل الأطراف الموقعة عليها يشكل سببا لترتيب مسؤوليتهم لعدم التزامهم بما ورد فيها من شروط. راجع د. حسام الدين الصغيرم. س. ص ١٥٥، وخالد محمد عايد العازمي. م. س. ص ١٩٣.

أو على الأقل تمارسان أنشطة متكاملة فيما بينها، أما إذا كانت عملية الاندماج تهم شركات تمارس أنشطة مختلفة، فإنها تحتاج إلى الوقت الكافي للتعارف فيما بينها، الأمر الذي يجعل مفاوضات الاندماج تستغرق وقتاً طويلاً من أجل التوصل إلى وجهات نظر متقاربة بشأن تفاصيل العقد وإجراءات عملية الاندماج^(١).

وسواء طالت مرحلة المفاوضات أو قصرت، فإنها تتم دائماً في سرية تامة يقتضيها الحفاظ على الاستقرار الداخلي والخارجي للشركات موضوع العملية، فعلى المستوى الخارجي قد يؤدي العلم بالمفاوضات الجارية بشأن عملية الاندماج من طرف الغير إلى التأثير على وضعية الشركات موضوع عملية الاندماج داخل السوق المالية إذا كانت أسهمها مسعرة وعلى معاملاتها وعلاقاتها بالموردين^(٢)، أما على المستوى الداخلي فقد أثبتت التجربة أن اكتشاف مفاوضات الاندماج من طرف أقلية المساهمين وفئة العمال وما يواكب ذلك من نزاعات اجتماعية داخل الشركة يؤثر بشكل سلبي على سير مفاوضات الاندماج، ففي إحدى عمليات الاندماج التي عرفتتها صناعة الصيدلة بفرنسا والتي تمت بين: شركة "synthétabo" وشركة "délagronge" أدى العلم بالمفاوضات الجارية بشأن اندماج الشركتين من طرف العمال إلى شن إضراب لعرقلة العملية، مما أدى إلى توقيف المفاوضات ولم تستأنف إلا بعد وضع حد لإضراب العمال من خلال إقناعهم بأن إعادة الهيكلة الناجمة عن الاندماج لن تنتقص من الحقوق المكتسبة للعمال.

وتتميز مفاوضات الاندماج بأنها تدرج ضمن أنواع المفاوضات الممهدة لعقود على درجة من الأهمية، كما أنها تتميز بنوع من التعقيد الأمر الذي يتطلب في الغالب الاستعانة بمن يتولى التوسط في إدارتها من بنوك أعمال ومحامين وموثقين وخبراء ماليين وغيرهم من المستشارين التقنيين، "بل إن الشركات الكبرى تكون مدعوة في حالة اندماجها إلى تكوين فريق من المفاوضين يقوم بالتخطيط من الجانب القانوني، حتى تثمر مرحلة ما قبل التعاقد اتفاقاً سليماً لا يثير مشكلات في التنفيذ ومعبراً عن الإرادة الحقيقية لكل طرف بوضوح"^(٣).

كما تمتاز مرحلة المفاوضات في عملية الاندماج بغياب التنظيم التشريعي لها،

(١) (M) Chadfeaux «Les fusions de société régime juridique et fiscal» groupe revue fiduciaire 3ème édition 1999, p: 28.

(٢) (M) Chadfeaux éd 1999 op.cit p: 30.

(٣) د. محمد إبراهيم دسوقي م. س. ص ٣.

فالبرجوع إلى مختلف التشريعات المقارنة كقانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦، وقانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٨، وقانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠، نلاحظ أنها لم تعمل على تنظيم هذه المرحلة، ونتيجة لغياب التنظيم التشريعي فإنه يكون لأصحاب فكرة الاندماج حرية واسعة في اختيار ومناقشة كافة المواضيع المتعلقة بالاندماج بالأسلوب الذي يروونه دون التقيد بإجراءات معينة أو شكل معين، إلا إن هذه الحرية التي يتمتع بها أصحاب فكرة الاندماج تبقى مقيدة بما يفرضه القانون وقواعد العدالة^(١)

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت مفاوضات معظم العقود - إن لم نقل كلها - تتم شفويًا وتفرغ مباشرة في العقد النهائي، فإن مفاوضات الاندماج تتميز بأنها تفرغ في وثيقة تسمى "بروتوكول" الاندماج يتضمن الشروط المالية للعملية، بيد أن هذه الوثيقة لا تعتبر شرطاً لازماً لصحة الاندماج ولا يجوز الاستغناء بها عن مشروع عقد الاندماج الذي يعتبر وحده الوثيقة التي يعترف لها القانون بالقيمة القانونية، لا سيما في إثبات عملية الاندماج^(٢)، كما لا ينبغي لها أن تتطرق إلى الأمور التي تعالج بالتفصيل في مشروع الاندماج، فهي لا تتضمن إلا الخطوط العريضة والشروط العامة التي دارت حولها المفاوضات.

المطلب الثاني

آليات إنجاح مفاوضات الاندماج

ينتج عن إعادة الهيكلة داخل الشركات بسبب عملية الاندماج إعادة تنظيم قطاعات الإنتاج، وإعادة النظر في مستوى التشغيل، وما قد يترتب عن ذلك من تسريح جماعي للعمال، فضلاً عن ضرورة إعادة تكوين أجهزة الإدارة بشكل يجعل عملية الاندماج في النهاية عملية تهدد مجموعة من المصالح التي تشكل ردة فعل أصحابها عقبة حقيقية تعيق السير السليم لمفاوضات الاندماج، الأمر الذي يدعو إلى التفكير نحو البحث عن كيفية السيطرة على هذه العقبات لإنجاح عمليات الاندماج بين الشركات.

وقد كانت أول خطوة لذلك، هي رصد هذه العقبات وتحديدتها، ذلك أن هذه العقبات لا تتخذ شكلاً واحداً، كما أنها تصنف عدة تصنيفات، إلا أنه قد تم تجميعها

(١) د. حسام الدين الصغير. م. س. ص ١٥٢. و خالد محمد عايد العازمي. م. س. ص ١٩٠.

(٢) د. حسني المصري. م. س. ص ١٦٢.

تحت فكرتين أساسيتين: فكرة العقبة النفسية، وفكرة العقبة الثقافية، وتحت كل واحدة منهما تنطوي مجموعة من العقبات، إذ تتمثل العقبة النفسية في التخوف من النتائج العكسية لعملية الاندماج بتحولها من عملية لتقوية القدرة التنافسية والرفع من الإنتاجية إلى مجرد صفقة خاسرة، الأمر الذي يجعل كل شركة من الشركات موضوع عملية الاندماج تتخوف من دفع ثمن سوء التدبير وسوء اختيار الشريك في عملية الاندماج، وتتمثل العقبة النفسية أيضاً في تخوفات العمال وأقليات المساهمين وما يواكبها من ردود أفعال، ناهيك عن إشكالية فقدان الشركة لهويتها نتيجة نوبانها داخل شركة أخرى^(١).

أما العقبة الثقافية فتتمثل في مشكلة فقدان الجنسية بالنسبة للشركة المندمجة إذا تعلق الأمر باندماج دولي، وتتمثل أيضاً في مشكلة الانسجام من حيث الحجم عند اندماج شركة صغيرة مع شركة ضخمة، وتخوف الأفراد داخل الشركات التي يغلب عليها الطابع العائلي - كما هو الشأن بالنسبة لمعظم الشركات في الوطن العربي - من تحول العلاقات داخل هذه الشركات من علاقات عائلية إلى علاقات رئيس ومروؤوس إذا تم الاندماج مع شركة عملاقة. يضاف إلى كل ذلك مشكلة الانسجام من حيث التراكمات التاريخية لكل شركة من الشركات موضوع عملية الاندماج، إذ يصعب دمج شركات نشأت في بيئة القطاع الخاص مع شركات من القطاع العام اعتادت على هيمنة الطابع البيروقراطي، كما هو الشأن بالنسبة للاندماج الذي عرفته فرنسا والذي تم بين شركة (SNPA) وبين شركة (ERAP) لتأسيسي الشركة الوطنية (ELF Aquitanie). ويمكن أن نضيف إلى هاتين العقبتين، ما يمكن أن نسميه عقبة الخلاف الإستراتيجي بين الشركات الداخلة في الاندماج، ذلك أن تساوي الشركات المعنية من حيث الحجم قد يجعل الطريق الأنسب للاندماج هو الاتحاد لتأسيس شركة جديدة، أما إذا كانت إحدى الشركات أكبر حجماً من الشركة الأخرى، فإن الاندماج عن طريق الضم أو الابتلاع يكون الأقرب إلى التحقيق، إلا أن اختلاف الرؤى بين الشركات موضوع العملية قد يؤدي إلى عرقلة المفاوضات إذ قد تفضل إحدى الشركات المعنية جعل الاندماج وسيلة للتعاون؛ فتقترح الاندماج عن طريق تأسيس شركة جديدة، في حين تفضل الشركة الأخرى جعل الاندماج وسيلة للسيطرة، فتعتمد إلى جعل عملية

(١) (B) Barthelemy - (S) (M) Larue «des opa et après? fusion -acquisition» Eyrolles Paris 1991 p: 25-29.

الاندماج، اندماجاً عن طريق الضم أو الابتلاع، وهو ما يؤدي حتماً إلى توقيف المفاوضات وفشل عملية الاندماج ككل.

ويقترح بعض الاقتصاديين^(١) لتجاوز هذه العقبات بمختلف أنواعها وإنجاح مفاوضات الاندماج اتباع مجموعة من التدابير، تتمثل فيما يلي:

- ١ - اختيار الشركة: وتعتبر هذه النقطة ذات أهمية كبرى لإنجاح مفاوضات الاندماج، ذلك أن اختيار شركة تنتمي إلى نفس قطاع الإنتاج، أو لها نشاط مكمل لنشاط الشركة الراغبة في الاندماج معها سيجعل الرؤى متقاربة ويؤدي إلى التغلب على العقبات النفسية والثقافية^(٢)، التي قد تعيق مفاوضات الاندماج، وينصح الاقتصاديون في هذا السياق باختيار الشركة الراغبة في الاندماج لشركة أخرى لها علاقة سابقة معها، وفي حالة عدم وجود علاقات سابقة، فإن الإستراتيجية المقترحة هي عدم الدخول مباشرة في مفاوضات الاندماج، وإنما لا بد من التمهيد لذلك بنسج علاقات غير مباشرة مع الشركة الأخرى عبر الفروع، أو نهج سياسة تعارف مباشرة عن طريق مسك مساهمة في الشركة المرغوب في الاندماج معها.
 - ٢ - الحرص على سرية المفاوضات: والغاية من هذا التدبير هي تفادي تشويش العروض المقدمة من طرف المنافسين والتي قد تجهض المفاوضات، كما أن هذا التدبير يساعد على تفادي الاضطراب الداخلي للشركات الراغبة في الاندماج وخاصة إضرابات العمال التي قد تؤثر على سير المفاوضات إلى نهايتها.
 - ٣ - تدعيم الثقة في الشركة الراغبة في الاندماج: وذلك عبر تقوية مجموعة من المؤشرات، كمستوى الاستثمار ورقم المعاملات، وأجور العمال، وقيمة الأسهم داخل البورصة، فكل هذه المؤشرات تساعد على كسب ثقة الشركة المرغوب في الاندماج معها.
 - ٤ - اعتماد مكاتب دراسات متخصصة: فهذه المكاتب بما لها من التخصص والتجربة تساعد - في الغالب - على التقريب بين وجهات النظر، وتدفع بالمتفاوضين إلى التعاقد في أقرب وقت ممكن ودون مشاكل.
- ونحن نعتقد بدورنا بأن اتباع المناهج والتدابير السالفة الذكر من شأنه التقليل

(B) Barthélémy - (S) Mertz Larue, op.cit, P: 42.

(١)

Alain Gauvin: «fusion bancaire les cultures doivent être compatibles sinon le mariage est de courte durée», l'économiste n° 1654 Mercredi 3 décembre 2003 p: 4-5.

(٢)

من حالات الانتهاء المبكر لمفاوضات الاندماج، وبالتالي ضمان تحرير العقد النهائي للعملية في أغلب الحالات، ولكن لا يعني ذلك في الوقت نفسه منع فشل مفاوضات الاندماج وتوقيفها في كل الحالات، نظراً لصعوبة الحصول على نتائج قطاعية في عالم تقني معقد كعالم الشركات الذي تغلب عليه المصالح المتسمة بنوع من الأنانية، لذلك يبقى التساؤل قائماً حول مدى حضور نظام المسؤولية في حالة عدم إتمام مفاوضات الاندماج.

المبحث الثالث

المسؤولية القانونية عن عدم إتمام المفاوضات

لقد ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة المفاوضات لانعقاد أي عقد، حيث ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه الألماني اهرنج إلى القول بأن المسؤولية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية عقدية، وذلك استناداً إلى نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" حيث اعتبر أن الخطأ في هذه المرحلة هو خطأ عقدي، وبالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية تطبق على مرتكبه، سواء ترتب على هذا الخطأ عدم انعقاد العقد أو أدى إلى عدم إتمامه، مما يترتب الحق بالمطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية^(١)، أما الجانب الآخر من الفقه فقد ذهب إلى اعتبار المفاوضات أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، وذلك استناداً إلى حرية كل متفاوض في قطع المفاوضات ومن دون أن يقدم تبريراً لانسحابه، وبالتالي لا يترتب على الطرفين أي التزام، فالعدول عن التفاوض لا يشكل سبباً للمسؤولية إلا إذا كان الطرف المنسحب متعسفاً في انسحابه أو صدرت عنه أفعال تتنافى ومبدأ حسن النية في التفاوض، ففي هذه الحالة تعد المسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ^(٢)، إلا أنه في حال قطع الأطراف مرحلة متقدمة وجادة من المفاوضات إلى التعاقد النهائي، وكان بالإمكان اعتبار ما تم الاتفاق عليه في هذه المرحلة بمثابة اتفاقات نهائية منظمة لمرحلة المفاوضات وسابقة على الإبرام النهائي للعقد، عندها تنقلب المفاوضات من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، وتتحول المسؤولية التقصيرية إلى عقدية، وهناك جانب من الفقه الفرنسي يميز بين ما إذا

(١) لقد افترض اهرنج وجود عقد ضمان لكل محاولة لإبرام العقد، حيث يتعهد كل طرف أثناء المحاولة بالألا يقوم بأي عمل يؤدي إلى إعاقة التعاقد، وعقد الضمان في هذه الحالة يستند إلى الرضا الضمني المتبادل بين الأطراف، وبالتالي عدم إبرام العقد يعد إخلالاً بقصد الضمان الضمني. راجع د. محمد عبد الظاهر حسين "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد" دون ذكر مكان النشر، سنة النشر ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٩١.

(٢) هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليه أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يرد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب عن هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض"، راجع بشأن هذا الحكم د. محمد حسين منصور "المسؤولية الإلكترونية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٣٤.

كانت المفاوضات مصحوبة باتفاق تفاوض فعندها تكون المسؤولية عقدية، وإذا لم تكن مصحوبة باتفاق تفاوض فإنها تكون مسؤولية تقصيرية^(١).

ومن المعروف أن المفاوضات في عملية الاندماج إما أن تنجح وتتوج بإبرام عقد الاندماج أو تفشل وتتوقف قبل الأوان، وإذا كانت تطبيقات المسؤولية في حالة نجاح المفاوضات وسيرها إلى نهايتها لا تطرح صعوبة كبيرة على أساس أن المسؤولية في هذه الحالة ستستند إلى العقد، أي إلى الإخلال بالالتزامات المضمنة في عقد الاندماج، أو تقوم على الاستفادة من شرط ضمان الخصوم والأصول أو على المطالبة بإبطال عقد الاندماج لوجود عيب من عيوب الرضى كإبرام عقد الاندماج تحت وقع التدليس، إذ تجد كل هذه الحالات أساساً قانونياً تستند إليه، فإن الوضع يكون خلاف ذلك في الحالة التي تتوقف فيها المفاوضات في منتصف الطريق ويفشل الأطراف في تحرير العقد النهائي للعملية، إذ ينبع الإشكال أساساً في هذه الحالة من الفراغ التشريعي الذي تجري في إطاره مفاوضات الاندماج، لأن المشرع لا يتدخل للتنظيم والتقنين إلا عند إعداد مشروع الاندماج - كما سبق وتبين معنا - الأمر الذي يجعل مرحلة المفاوضات مرحلة غير معترف بها قانوناً.

ولهذا فقد عمد اتجاه في الفقه والقضاء الفرنسيين^(٢) أمام هذا الفراغ التشريعي إلى إلباس حالات المسؤولية عن عدم إتمام مفاوضات الاندماج عباءة المقتضيات العامة للمسؤولية، سواء فيما يتعلق بنوع الأضرار التي توجب المسؤولية أو من حيث طبيعة هذه المسؤولية^(٣) إذ يمكن أن تعتبر أضراراً موجبة للتعويض عن عدم إتمام مفاوضات الاندماج، الخسارة الناجمة عن المصاريف والتكاليف التي تكبدتها الشركة

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين. م. س. ص ١٠٢. و د. بلحاج العربي "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون الجزائري - دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠، ص ١٥٤. ود. محمد حسام لطفي "المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض"، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٢ وما يليها. ود. جمال فاخر النكاس "العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، مارس ١٩٩٦، ص: ١٣٦-١٣٨. ود. أمين دواس "المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ٢٠٠٨، المجلد الخامس، العدد الأول، ص ١٥٨.

(٢) لم نجد في الفقه والقضاء العربيين أي موقف بخصوص وقف المفاوضات في عملية اندماج الشركات.

(٣) François - Denis poitrinal « fusion -acquisition, la responsabilité en cas de rupture de négociation », revue banque n° 534 Janvier 1993-p: 44.

لإدارة مفاوضات الاندماج، والتي يمكن أن تقوم من خلال اطلاع القاضي على الفواتير ووصولات الأداء المدلى بها، إلا أن القضاء الفرنسي قد رفض في قرار فريد الاستجابة لطلب إحدى الشركات الرامي إلى تعويضها عن المصاريف والتكاليف التي أنفقتها على مفاوضات الاندماج والتي أوقفتها الشركة الأخرى دون مبرر معقول، بعلّة أن الشركة المطالبة بالتعويض قامت بوضع مخصصات من الناحية الضريبية لمواجهة التكاليف والخسائر التي قد تنجم عن وقف المفاوضات، ولا يمكن أن تعوض مرتين أي الاستفادة من الاستئزال الضريبي، والتعويض الذي تقضي به المحكمة .

ويضيف الفقه في نفس الاتجاه حالة الضرر المعنوي، الناجم عن تأثير وقف مفاوضات الاندماج على السمعة التجارية للشركة المعنية، وإن كنا نعتقد أنه من الصعب تصور الضرر المعنوي في حالة وقف مفاوضات الاندماج، طالما أن الأمر يتعلق من جهة بشركات ذات شخصية اعتبارية، ومن جهة أخرى لكون الآثار السلبية على السمعة التجارية تقضي في النهاية إلى ضرر مادي محض.

أما من حيث طبيعة المسؤولية عن وقف مفاوضات الاندماج، فإن الأمر لا يمكن أن يخرج عن المسؤولية التقصيرية طالما أن مفاوضات الاندماج تفرغ في "بروتوكول" يشكل اتفاقاً تمهيدياً لا يرقى إلى مرتبة العقد^(١)، وليست له أية قوة إلزامية، وإنما هو مجرد إطار للحرية التعاقدية لا غير، ولكن التعسف في ممارسة الحرية التعاقدية والتعسف في حق التعاقد أو العدول عنه، يجعل الطرف الذي أوقف المفاوضات بشكل تعسفي مسؤولاً مسؤولية تقصيرية إذا توفرت شروطها التي يحصرها القضاء الفرنسي فيما يلي:

- ١ - أن تقطع المفاوضات أشواطاً مهمة.
 - ٢ - أن يتم وقف المفاوضات بشكل فجائي وبإرادة منفردة.
 - ٣ - أن يكون وقف المفاوضات دون مبرر مشروع.
- وهذه الشروط مستنتجة من أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية الذي أيدت فيه محكمة الاستئناف التي صرحت بأن: "وقف مفاوضات الاندماج بعد أن قطعت أشواطاً مهمة دون مبرر مشروع، فجائياً، وبإرادة منفردة، يتعارض مع مبدأ التعاقد بحسن نية المفترض في العلاقات التجارية"^(٢).

(١) د. بلحاج العربي. م. س. ص ١٥٧. ود. محمد حسام لطفي. م. س. ص ٣٤ وما يليها.

ود. جمال فاخر النكاس. م. س. ص ١٣٧-١٣٨.

(٢) cass.com, 20 mars 1972 revue trimestrielle de droit civil 1972, n° 1 p: 779.

وإذا كان الاتجاه الفقهي والقضائي السالف الذكر قد حصر المسؤولية عن عدم إتمام مفاوضات الاندماج في شقها التقصيري، وحصر حالات الضرر تبعاً لذلك في الحالات التي تتلاءم مع هذا النوع من المسؤولية، فقد وجد اتجاه فقهي آخر يرى أن القانون الاتفاقي أو شريعة العقد يمكن أن تحل محل مقتضيات القانون، التي لا تغطي مرحلة المفاوضات الممهدة لاندماج الشركات، وبالتالي يمكن تجاوز حدود المسؤولية التقصيرية، وإثارة المسؤولية العقدية من خلال إدراج بعض الشروط التي يقترحها هذا الاتجاه الفقهي لتنظيم مفاوضات الاندماج على الشكل التالي:

- شرط الإعلام (clause de renseignement): يعتبر التعرف على الشركة الشريك في عملية الاندماج وأخذ فكرة واضحة عنها أهم عامل من العوامل الحاسمة في نجاح عملية الاندماج، وتعتبر أولى مصادر المعلومات التي تعتمد عليها الشركة لأخذ فكرة عن الشركة التي ترغب في الاندماج معها، تلك التي تكون في متناول العموم كبيانات السجل التجاري ومضمون البيان الختامي للشركة، إلا أن هناك معلومات أخرى تجسد الصورة الحقيقية للشركة، كالمعلومات المتعلقة بالمقدرة الإنتاجية للشركة وبكلفة عائداتها والتزاماتها غير المقيدة في البيان الختامي^(١)، وهي معلومات لا تكون في متناول الجميع لذلك يعتبر شرط الإعلام وسيلة الشركة لمعرفة حقيقية شريكها في عملية الاندماج بأفق تفاصيلها إذا ما تم احترام هذا الشرط من طرف الشركة الملتزمة به، الأمر الذي يجعل كل شركة طرفاً في عملية الاندماج تتفاوض بناء على رؤية واضحة وتتخذ القرار المناسب، في الوقت المناسب أي إما أن تعزف عن الاستمرار في المفاوضات في وقت مبكر وقبل أن تقطع أشواطاً مهمة، وإما أن تقرر الاستمرار قصد إبرام العقد النهائي للعملية.

- شرط تعيين مدقق حسابات: ومقتضى هذا الشرط أن يتم تعيين مدقق للحسابات يتولى عملية تحديد قيمة الشركات المندمجة، وتحديد نسبة تبادل الأسهم بشكل عادل، وهو ما يطمئن الأطراف ويوضح لهم الصورة حول الوضعية المالية والمحاسبية لكل شركة، وبالتالي منحهم فرصة التفاوض بخصوص الاندماج بناء على القيمة الحقيقية للشركة، وتبديد الشكوك حول إمكانية الخسارة في صفقة الاندماج وبالتالي دفع المفاوضات بسرعة إلى النهاية.

- شرط التفرد (clause d'exclusivité): والمراد بشرط التفرد، التزام الأطراف

(B) Barthélemy- (S) (M) Larue op.cit p: 44.

(١)

بعدم الدخول في مفاوضات مع الغير بموازاة المفاوضات القائمة بين الأطراف، وذلك لقطع الطريق على العروض المنافسة، التي قد تعبت بجدية المفاوضات الأصلية، بل قد تؤدي إلى إنهاؤها.

- شرط السرية (clause de secret ou de confidentialité): ومقتضى هذا الشرط أن يتم الحرص على جريان مفاوضات الاندماج في سرية تامة؛ تفادياً لتشويش الغير عليها، ويشمل هذا الشرط أيضاً عدم تسريب المعلومات المقدمة في إطار شرط الإعلام، أو استعمالها في غير ما يتعلق بمفاوضات الاندماج، بل يمكن الاتفاق على استمرار شرط السرية حتى بعد فشل المفاوضات ولكن لمدة محددة فقط.

- شرط المسؤولية (clause de responsabilité): وبإدراج هذا الشرط يمكن تجاوز السلبات الناجمة عن قصور التنظيم التشريعي لمفاوضات الاندماج، والاقتصار على نظام المسؤولية التقصيرية التي يضيق في إطارها مجال الحماية المقرر للشركة المتضررة بالنظر إلى صعوبة إثبات الخطأ، لذلك يساعد شرط المسؤولية على تقديم الدعوى في إطار المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بأي شرط من الشروط السالفة الذكر، والتي يجب تضمينها في الوثيقة المنظمة للمفاوضات.

وبالإضافة إلى هذه الشروط التي يمكن القول عنها أنها تقنين لإجراءات التفاوض، أضاف بعض الفقه^(١) شرطين آخرين وهما:

- شرط التفاوض بإخلاص (clause de sincérité): وبمقتضى هذا الشرط يلزم كل طرف بإعلام الطرف الآخر بالمفاوضات التي سبق أن أجراها مع الغير بخصوص نفس العملية، أو كان ينوي أن يجريها معه، وبالمقابل يمكن لأي طرف أن يشترط حرية تفاوضه مع الغير ودون إخبار الطرف الآخر.

- شرط تنظيم حق وقف المفاوضات (clause de régularisation de la rupture des pourparlers): ومقتضى هذا الشرط أن تنظم في وثيقة ملزمة الكيفية التي تتم بها عملية وقف المفاوضات والآثار المالية لهذا التوقف، وذلك بتنظيم إجراءات وقف المفاوضات وآثارها، كإدراج شرط الإعلام بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، واشتراط منح تعويض للطرف الآخر عن

François Denis Poitrinal Art p.cit p: 45 et s.

(١)

المصاريف التي تكبدها لإدارة المفاوضات، أو اشتراط الإعلان المبكر عن الرغبة في وقف مفاوضات الاندماج تحت طائلة المسؤولية عن الوقف الفجائي لمفاوضات الاندماج بعد أن قطعت أشواطاً مهمة.

الخاتمة:

تبين معنا من خلال هذا البحث إن الاندماج بين الشركات يعد من أهم آليات التركيز الاقتصادي - الأكثر انتشاراً - التي تسعى من خلالها الشركات إلى تحقيق أهدافها، ونظراً لذلك فقد عملت مختلف التشريعات المقارنة على وضع قواعد قانونية تنظم من خلالها عملية الاندماج، وهذه الأخيرة لا تتم بشكل مباشر وإنما هناك مراحل لا بد من الدخول فيها تمهيداً لإتمام عملية الاندماج، فهناك مشروع الاندماج الذي يعد مرحلة وسطى بين المفاوضات وبين العقد النهائي لعملية الاندماج، وعلى الرغم من عدم الزاميته للشركات الداخلة في الاندماج إلا بعد التصديق عليه من قبل الجمعيات العامة غير العادية لديها، إلا أنه يلعب دوراً مهماً في إثبات كافة التفاصيل التي تم الاتفاق عليها بين أصحاب فكرة الاندماج خلال مرحلة المفاوضات والتي تعد مرحلة سابقة على إعداد هذا المشروع.

فالمفاوضات تهدف إلى التقريب بين وجهات النظر بين أصحاب فكرة الاندماج في الشركات الراغبة في الاندماج وذلك من خلال الاتفاق على البنود الأساسية التي يتم مناقشتها أثناء المفاوضات وتضمينها في ما يسمى ببروتوكولات الاندماج، وقد تبين معنا أن المفاوضات في عملية الاندماج تتمتع بخصوصية نابعة من طبيعة تلك العملية وأهميتها القانونية والاقتصادية، وهذه الخصوصية تطلب اتباع ومراعاة تدابير من شأنها التقليل من حالات الإنهاء المبكر لمفاوضات الاندماج وذلك من خلال الاختيار السليم والمناسب للشركة الداخلة في الاندماج والمحافظة على أن تتم المفاوضات بسرية تامة وبث الثقة فيما بين الشركات الراغبة في الاندماج، وأن يتم إجراء المفاوضات بين جهات متخصصة لها القدرة على إيجاد حلول لكافة الصعوبات التي من الممكن أن تعترض عملية الاندماج.

وعلى الرغم من أن المفاوضات تشكل حجر الزاوية والأساس ويتوقف عليها نجاح أو فشل عملية الاندماج ككل، إلا أنها لم تحظ بالتنظيم القانوني من قبل مختلف التشريعات المقارنة محل الدراسة، الأمر الذي يجعلها مجردة من أي قوة قانونية ملزمة للشركات الراغبة في الاندماج وغير معترف بها قانوناً، ولهذا فإنه لا بد من أن يعمل المشرع في مختلف التشريعات المقارنة على تضمين نصوص قانون الشركات

قواعد قانونية تنظم المفاوضات في عملية اندماج الشركات، وتوضح أسس إجراءاتها ومدى قوتها الإلزامية للشركات الراغبة في الاندماج.

هذا وقد تطرقنا في هذا البحث إلى المسؤولية المترتبة عن عدم إتمام المفاوضات، حيث تبين معنا أن هناك جانباً من الفقه والقضاء يرى أن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية طالما أن مفاوضات الاندماج تفرغ في بروتوكول يشكل اتفاقاً تمهيدياً لا يرقى إلى مرتبة العقد، وليست له أية قوة إلزامية، وإنما هو مجرد إطار للحرية التعاقدية لا غير، ولكن التعسف في ممارسة الحرية التعاقدية والتعسف في حق التعاقد أو العدول عنه، يجعل الطرف الذي أوقف المفاوضات بشكل تعسفي مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، وهناك اتجاه فقهي آخر يرى أن القانون الاتفاقي أو شريعة العقد يمكن أن تحل محل مقتضيات القانون، التي لا تغطي مرحلة المفاوضات الممهدة لاندماج الشركات، وبالتالي يمكن تجاوز حدود المسؤولية التقصيرية، وإثارة المسؤولية العقدية من خلال إدراج بعض الشروط التي تم اقتراحها كأساس لتنظيم مفاوضات الاندماج.

ونعتقد أن تلك الشروط - سالف الذكر - ليست كفيلة بسد الثغرات الناجمة عن الفراغ التشريعي الذي تتم فيه مفاوضات الاندماج، واعتبارها نظاماً تعاقدياً كفيل بحماية الطرف المتضرر من الوقف الفجائي والتعسفي للمفاوضات، بإثارة المسؤولية العقدية للطرف الآخر، بدل قصور حق الطرف المتضرر على المطالبة بالتعويض في إطار المسؤولية التقصيرية، فإن هذه الشروط لا يمكن أن تحل بأي حال من الأحوال محل النظام القانوني المتكامل الذي يجب إيجاده لتقنين مرحلة المفاوضات على الأقل في خطوطها العريضة، وترك تفاصيلها للحرية التعاقدية للأطراف، خاصة وأن المرحلة التمهيدية للاندماج لا تقتصر على التفاوض بين الشركات موضوع العملية ودراستها للخطوط العريضة للاندماج المرتقب، بل تشمل حتى تقويم الشركات موضوع الاندماج لجعل العملية تتم بناء على معطيات حسابية واضحة وعادلة تساعد على توفير سبل إنجاح عملية الاندماج.

وأخيراً فإنه نظراً لأهمية المفاوضات في عملية اندماج الشركات فقد أصبح على الشركات الوطنية أن تعمل على الاهتمام بعملية المفاوضات، وذلك من خلال عقد الندوات والمؤتمرات والدورات التدريبية لتأهيل وإعداد من يرغب في هذا المجال، وجعلهم متخصصين فيه داخل الشركات

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- ١ - أبو الفضل جمال الدين محمد "لسان العرب"، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٢ - أحمد أبو إسماعيل: "أصول الاقتصاد"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة النشر ١٩٦٦.
- ٣ - أحمد شكري السباعي "الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي" ج ٢، دار نشر المعرفة، الطبعة الأولى ٢٠٠٣، الرباط.
- ٤ - إلياس ناصيف "الكامل في قانون التجارة"، ج ٢ الشركات التجارية الطبعة الأولى ١٩٨٢.
- ٥ - أمين دواس "المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ٢٠٠٨، المجلد الخامس، العدد الأول.
- ٦ - بلحاج العربي "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون الجزائري - دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠١٠.
- ٧ - جمال فاخر النكاس "العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد"، مجلة الحقوق الكويتية العدد الأول، مارس ١٩٩٦.
- ٨ - حسام الدين عبد الغني الصغير "النظام القانوني لاندماج الشركات"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.
- ٩ - حسني المصري "اندماج الشركات وانقسامها - دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧.
- ١٠ - حمدي محمود بارود "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد ١٣، العدد الثاني، يونيو ٢٠٠٥.
- ١١ - خالد محمد عايد العازمي "الآثار القانونية لاندماج الشركات على حقوق الشركاء والدائنين"، رسالة لنيل درجة الكتوراة في الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٢ - طعمة الشمري "الجوانب القانونية لدمج البنوك الكويتية - دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد الأول، مارس ١٩٩١.

- ١٣ - عبد الرحمن اللمتوني " اندماج الشركات بين حتمية التركيز الاقتصادي والحاجة إلى الحماية القانونية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون المقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، اكدال، السنة الجامعية ٢٠٠٤.
- ١٤ - فايز إسماعيل بصبوص " اندماج الشركات المساهمة العامة والآثار القانونية المترتبة عليها"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ٢٠١٠.
- ١٥ - المعلم بطرس البستاني " محيط المحيط"، قاموس مطول للغة العربية، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٣.
- ١٦ - محمد إبراهيم دسوقي " الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود"، طبعة ١٩٩٥. دون أي توثيق آخر.
- ١٧ - محمد حسام لطفي " المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض"، القاهرة، ١٩٩٥.
- ١٨ - محمد حسين منصور " المسؤولية الإلكترونية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- ١٩ - محمد شوقي شاهين " الشركات المشتركة"، طبيعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن، دون أي توثيق آخر.
- ٢٠ - محمد عبد الظاهر حسين " الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، دون ذكر مكان النشر، سنة النشر ٢٠٠١-٢٠٠٢.
- ٢١ - هاني صلاح حري الدين " المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والإنجليزي"، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع ١٩٩٦، تشرين الأول، أكتوبر.
- ٢٢ - يعقوب يوسف صرخوه " الإطار القانوني للاندماج بين البنوك الكويتية - دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشر، العدد الرابع، ١٩٩٣.

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1 - Alain Gauvin: «fusion bancaire, les cultures doivent être compatibles sinon le mariage est de courte durée» l'économiste n°1654, 3 décembre 2003.
- 2 - (B) Barrhelemy- (S) (M) Larue: «les OPA et après? fusion-acquisition» Eyrolles, paris 1991.

- 3 - (B) Mercadal- (P) Janin : «Memento pratique des sociétés commerciales» français lefebre paris 1994.
- 4 - François- Denis Poitrinal : «fusion- acquisition, la responsabilité en cas de rupture de négociation» revue banque, n°534 Janvier 1993.
- 5 - (G)Riepert- (R) Robelot : «traité de droit commercial» seizieme édition 1996 L.G.D.J, Paris.
- 6 - Jean-p.tosi : «Manuel d'introduction au droit de l'entreprise» expertise comptable collection dirigée par mourice cozian et Maurice petit Jean, sixième édition, litec 1991.
- 7 - Maurice sauramy : «fusion dans le cadre d'une restriction de groupe avec transfert de la jouissance des exploitations industrielle et commerciales à de nouvelle entités juridiques créés sous la forme de S.N.C» Gazette du palais (1^{er} semaine) 29 avril 1986.
- 8 - (M) chadfeaux : «les fusion de sociétés» régime juridique et fiscal, la villeguerin, Paris, édition 1999.
- 9 - Philippe Merle : «droit commercial - sociétés commerciales» 5^{ème} éditions Dalloz 1995.
- 10 - Richard Routier : «les fusions de société commerciales» prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements L.G.D.J Paris.
- 11 - Yves Guyon : «droit des affaires» T.1, droit commercial général et société 8^{ème} édition Economica 1994.
- 12 - Yves Chartier «droit des affaires» T.2 société commercial 3^{ème} édition 1992, P.U.F, Paris.

المسؤولية المدنية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية دراسة في القانون الأردني

الدكتور/ مراد محمود المواجدة

أستاذ مشارك - رئيس قسم القانون الخاص

كلية القانون - الجامعة الأمريكية في الإمارات

ملخص:

إن تعامل الشركات الأردنية في البورصات الأجنبية لمصلحة عملائها من أهم المعاملات التجارية التي تجربها على الإطلاق وأخطرها بسبب المخاطر التي تكتنف طبيعة عملها، وتصبح هذه المخاطر أكثر في حال كانت الشركة غير مرخصة للتعامل في تلك البورصات، وهذا يؤثر مسؤوليتها المدنية.

لقد نظم المشرع الأردني عمل الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية لأول مرة بموجب قانون وضع حديثاً هو: القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، من أجل وضع حدٍّ للمشكلات التي خلفها تعامل الشركات غير المرخصة في البورصات الأجنبية، والأضرار البالغة التي لحقت بالأمن الاقتصادي والاجتماعي نتيجة وجود فراغ تشريعي قبل صدور هذا القانون.

تتناول هذه الدراسة المسؤولية المدنية لهذه الشركات وفقاً لما ورد في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، متسائلاً عن مدى كفاية القواعد العامة لإقامة مسؤولية هذه الشركات في ظل عدم وجود نصوص قانونية تحكم مسؤوليتها في هذا القانون؟ وهل الآثار القانونية التي تترتب على انعقاد مسؤوليتها وفقاً للقواعد العامة تتناسب مع طبيعة عمل هذه الشركات أم لا؟

المقدمة

يبني التعامل الذي تجربيه الشركات المحلية المتعاملة في البورصات الأجنبية لمصلحة عملائها على فكرة المخاطر، مهما كان نوع السوق المالي الذي تمارس فيه هذه الشركات أعمالها، لأن الهدف الأساسي الذي يسعى العملاء إلى تحقيقه هو تحقيق أرباح طائلة من وراء إجراء هذا التعامل عبر هذه الشركات، حيث لا يجوز لهم إجراء هذا التعامل بأنفسهم وإنما من خلال هذه الشركات المتخصصة بهذا العمل باسمها ولمصلحة عملائها.

لقد أحدث تعامل الشركات التي كانت توهم الأشخاص المتعاقدين بالتعامل في البورصات الأجنبية في الأردن أضراراً بالغة بالأمن الاقتصادي والاجتماعي الوطني،

وتطور هذا الضرر إلى نشوء بعض المشكلات القانونية التي نتج عنها وجود فراغ تشريعي يتمثل بعدم وجود قانون ينظم تعامل الأشخاص الأردنيين في البورصات الأجنبية قبل صدور القانون المؤقت لتنظيم التعامل في هذه البورصات رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، وصاحب ذلك ظهور مشكلات قانونية أخرى في ظل تخلي الجهات المختصة بالإشراف والرقابة وتنظيم هذا التعامل عن دورها تجاه هذه الشركات كهيئة الأوراق المالية والبنك المركزي الأردني، ووصل الأمر إلى استفتاء ديوان تفسير القوانين رأيه حول مدى خضوع التعامل في البورصات الأجنبية إلى رقابة هيئة الأوراق المالية والبنك المركزي الأردني وإشرافها؟

أصدر ديوان تفسير القوانين قراره رقم (٨) لسنة ٢٠٠٦ حيث ورد فيه "١- إن الشركات التي تتعامل بالأسواق والبورصات المالية العالمية التي تقوم بعملها داخل المملكة كوسيط للمتاجرة بالأسهم والسندات بالنيابة عن عملائها بالاستثمار في الأسواق المالية خارج المملكة تخضع لرقابة هيئة الأوراق المالية وترخيصها على غرار شركات الوساطة المالية والاستثمارات التي تقدم خدماتها داخل المملكة. ٢- إن الشركات التي تتعامل بالأسواق المالية العالمية وتقوم بعملها داخل المملكة كوسيط للمتاجرة بالمعادن الثمينة تخضع لرقابة البنك المركزي والأحكام الواردة في قانون مراقبة العملة الأجنبية لمراقبة رأس مالها ونوع الشركة والإجراءات المتعلقة بذلك جميعها".

وعلى الرغم من صدور هذا القرار الذي أكد على الدور التنظيمي والإشرافي والرقابي لهيئة الأوراق المالية، والبنك المركزي الأردني تجاه الشركات التي تتعامل في البورصات الأجنبية، إلا أن كلاً منهما قد تخطى عن هذا الدور، ولم يتدخل بطريقة تحافظ على حقوق الأشخاص المتعاملين مع هذه الشركات، ومعالجة الخلل الواضح في هذا القطاع المهم وتصحيح مسارها القانوني، لذا استمرت هذه الشركات بالاحتيال على الأشخاص الأردنيين وإيهامهم بتحقيق أرباح طائلة من أجل الحصول على مدخراتهم وتحويلها خارج الأردن من أجل تحقيق مآربهم الشخصية.

وعلى أثر تفاعل أزمة التعامل في البورصات الأجنبية الوهمية وما أحدثته من آثار اقتصادية واجتماعية وقانونية بالغة على المجتمع الأردني، وبعد أن عجزت هذه الشركات عن دفع الأرباح الطائلة إلى المستثمرين بعد نفاذ رأس المال، ذلك أن هذه المبالغ التي كانت تدفع للمستثمرين يتم دفعها من رأس المال المتجمع لدى هذه الشركات، وليس من الأرباح التي تحققها، حيث لم تقم هذه الشركات مطلقاً بالتعامل

في البورصات الأجنبية، وإنما كانت تقوم بتدوير المبالغ التي تحصل عليها ودفعها إلى المستثمرين، رافق ذلك تقديم آلاف الدوى إلى المحاكم الأردنية من المستثمرين المتضررين في ظل اختفاء أصحاب هذه الشركات الوهمية وعجزهم عن إعادة أموال المستثمرين^(١).

لذا، أصدر المشرع الأردني القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، وتم بموجبه إصدار نظام التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨، وذلك من أجل تنظيم دخول وتعامل الأشخاص الأردنيين في البورصات الأجنبية من خلال شركات محلية تخضع لأنظمة ومعايير من شأنها أن تحافظ على حقوق المستثمرين. أنشأ هذا القانون مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية وفقاً لنص المادة (٤) من هذا القانون، وأسند إليه صلاحية ترخيص الشركات التي ترغب في التعامل في البورصات الأجنبية لمصلحة العملاء وفقاً لشروط قانونية صارمة، كما أسند إليه صلاحية ممارسة الرقابة على هذه الشركات في أثناء ممارسة أعمالها حتى لا تحييد عن أحكام القانون.

إن مخالفة الشركة المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية لأحكام هذا القانون أو للعقد المبرم مع العميل يعقد مسؤوليتها القانونية، حيث أشارت المادة (٢٠/ج) من قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٠ إلى أنه ليس

(١) بدأت قضية البورصات الأجنبية في الأردن منذ عام ٢٠٠٤، وبلغت مدخرات الأشخاص الأردنيين المستثمرة في الشركات التي تتعامل في البورصات الأجنبية أكثر من ٧٠٠ مليون دولار أمريكي، وقد أحال رئيس الوزراء القضية إلى محكمة أمن الدولة بتاريخ ٢٠٠٦/٦/١٢ بوصفها جريمة اقتصادية وفقاً لصلاحياته الواردة في قانون محكمة أمن الدولة رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠١، حيث نصت المادة (١١/أ/٣) منه على أن "أي جريمة أخرى ذات علاقة بالأمن الاقتصادي يقرر رئيس الوزراء إحالتها إليها". كذلك نصت المادة (٦/ب) من قانون الجرائم الاقتصادية رقم (١١) لسنة ١٩٩٣ أنه "يحق لرئيس الوزراء إحالة أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إلى محكمة أمن الدولة". انظر: الموقع الإلكتروني لرئاسة الوزراء الأردنية. www.pm.gov.jo.

كذلك فقد بلغ عدد الشكاوى التي حققت فيها نيابة أمن الدولة نحو ٤٢٦ ألف قضية تم تصفيتها بعد إنشاء قاعدة البيانات إلى ١١٧ ألف شكوى شملت تسجيل ٢٥٧ قضية ضد الشركات العاملة في مجال البورصة العالمية. وتمكنت النيابة العامة لمحكمة أمن الدولة من تحصيل نحو ٦٠ مليون دينار نقداً من أصحاب الشركات، إضافة إلى عقارات بقيمة تقدر بنحو ١٠٠ مليون دينار وسيارات بقيمة ٢ مليون. انظر: الموقع الإلكتروني لصحيفة الدستور الأردنية www.addustour.com.

هناك ما يمنع من تقرير مسؤولية الشركة المدنية عن كافة الأضرار التي تلحق بالغير أو العمل نتيجة إجراء تعاملاتها في تلك البورصات^(١).

إذا كان المشرع الأردني قد أقر بمسؤولية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية مدنياً تجاه الغير أو تجاه المتعاقد، فإن المشرع لم يضع قواعد خاصة لتقرير مسؤولية هذه الشركات مدنياً. لذا، يثار التساؤل في هذا الصدد عن مدى كفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية لكي تحكم مسؤولية هذه الشركات في حالة ارتكابها خطأً تجاه الغير أو إخلالاً تجاه العميل المتعاقد؟ أم هل يجب على المشرع الأردني أن يتدخل تشريعياً من أجل وضع قواعد خاصة بمسؤولية هذه الشركات مدنياً؟

وهل تتلاءم الآثار القانونية التي وردت في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ عند انعقاد مسؤولية هذه الشركات مدنياً مع طبيعة التعامل في البورصات الأجنبية؟ وخاصة جزاء البطلان الذي يرد على العقد المبرم بين هذه الشركة والعميل المتعاقد؟

وقد استهدفت هذه الدراسة استقصاء المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية.

المبحث الثالث: الآثار القانونية التي تترتب على انعقاد المسؤولية المدنية للشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية.

(١) تنص المادة (٢٠/ج) أنه "إذا تقرر اتخاذ أي من الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (ب) فإن ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية المدنية والجزائية وفقاً لأحكام هذا القانون وأي تشريع آخر".

المبحث الأول

ماهية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية

سيتناول هذا المبحث تعريف البورصات الأجنبية التي نظم القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ كيفية التعامل فيها لمصلحة العملاء، وكذلك بيان الأشخاص الذين منحهم هذا القانون أحقية التعامل في هذه البورصات، وكذلك الشروط القانونية التي ينبغي توافرها في الشركات المتعاملة في تلك البورصات.

المطلب الأول

تعريف البورصات الأجنبية

يقصد بالبورصة الأجنبية وفقا لما ورد في المادة (٣) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ "كل سوق مالي في خارج المملكة سواء أكان منظماً أو غير منظم، يتم فيه التعامل بالأوراق المالية على اختلاف أنواعها أو العملات الأجنبية أو المعادن الثمينة أو أي سلع أو أدوات مالية أخرى".

يتضح من تعريف المشرع الأردني أن الأسواق التي يتم التعامل فيها هي أسواق خارج المملكة، وبالتالي فإن التعامل الذي يتم في سوق رأس المال الوطني الأردني يخرج عن نطاق التعامل في البورصة الأردنية التي تخضع لأحكام قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ والتعليمات الصادرة عنه^(١).

ويشمل التعريف البورصات الأجنبية المنظمة وغير المنظمة على اختلاف أنواعها، فقد يجري التعامل في بورصات الأوراق المالية وهي أسواق مالية منظمة يتم تداول الأدوات المالية فيها كالأسهم والسندات، وتتحدد فيها الأسعار وفقاً لسعر العرض والطلب سواء تمت بعمليات آجلة أم عاجلة^(٢). وقد يتم هذا التعامل في بورصات البضائع التي تسمى أيضاً بورصات العقود وهي "عبارة عن أسواق منظمة تجمع بين المتعاملين من باعة ومشترين، ولا تكون البضائع موضوع التبادل في البورصة بل تتم المبادلات إما وفقاً لنماذج معينة أو بناء على تسمية صنف معين

(١) Sedik, Tahsin Saadi, Martin Petri: The Jordanian stock market, 2006, p.36.

(٢) مدحوش الرشيدات، محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية، الطبعة الأولى، دار الخليج، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٤٠.

متفق عليه مسبقاً^(١)، مثل بورصة نيويورك ولندن وبروكسل وباريس، وقد يتم هذا التعامل في بورصات الذهب والمعادن الثمينة مثل بورصة لندن للذهب^(٢).

ويلاحظ الباحث على هذا التعريف أن المشرع الأردني قد توسع في مفهوم البورصات، حيث شمل كافة أنواع البورصات، وهذا توسع محمود، ويكون الهدف من ذلك حماية المتعاملين الوطنيين مع تلك الشركات التي تتعامل في تلك البورصات بعد التجربة المريعة التي مرت بها المملكة، وشكلت خطراً كبيراً على مدخرات المواطنين الأردنيين واستنزافاً لموارد الدولة المختلفة.

المطلب الثاني

الأشخاص المصرح لهم بالتعامل في البورصات الأجنبية

إن الأشخاص المتعاملين في البورصات الأجنبية هم الأشخاص الطبيعيون أو الأشخاص الاعتباريون الذين يرخص لهم من قبل مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية بالتعامل لصالح المتعاقد في البورصات الأجنبية المختلفة، وفقاً لما ورد في نص المادة (٤/٣) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، سواء أكان هذا التعامل مباشراً أم غير مباشر في هذه البورصات، أم كان هذا التعامل تعاملًا كاملاً أم مجرد التوسط في إبرام الصفقات فقط.

ويسري على هؤلاء الأشخاص القانون المؤقت رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية من حيث الحصول على الترخيص لمزاولة نشاطاتهم في تلك البورصات، وعلى المخالفات التي قد يرتكبها هؤلاء الأشخاص، وعلى المسؤولية القانونية عن تلك التعاملات.

ويثار التساؤل في هذا الصدد عما ورد بنص المادة السابقة حول السماح للأشخاص الطبيعيين بالتعامل في البورصات الأجنبية لمصلحة أشخاص تربطهم علاقة خاصة؟

لاشك أن هذا الأمر لا يستقيم مع قواعد التعامل في البورصات الأجنبية، حيث لا يجوز التعامل في هذه البورصات من قبل الأشخاص الطبيعيين وإنما من خلال الشركات التجارية المرخصة وفقاً لأحكام القانون. كذلك فإن هذا القانون والأنظمة

(١) وليد صافي وانس البكري، الأسواق المالية والدولية، الطبعة الأولى، دار المستقبل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٢٧.

(٢) Papadopoulos, Panagiotis, Role and Function of Stock Markets, 2011, P.40.

والتعليمات الصادرة بموجبه لم يبين ماهية وطبيعة العلاقة الخاصة التي تربط ما بين الأشخاص الطبيعيين والتي تسمح لأحدهم بالتعامل بالبورصات الأجنبية بالنيابة عن الآخر.

إذا؛ إن الأشخاص الطبيعيين لا يستطيعون التعامل في البورصات الأجنبية من تلقاء أنفسهم إلا من خلال شركات مرخصة وفقاً لأحكام القانون، يسمح لها بالتعامل في تلك البورصات سواء أكان هذا التعامل مباشراً أو غير مباشر نيابة عن الغير المتعامل معهم، إلا أن الأشخاص المرخص لهم بالتعامل في البورصات الأجنبية بالنيابة عن الأشخاص المتعاملين، يقومون بدور حلقة الوصل بين المتعاملين من جهة والجهات المصدرة للأوراق المالية أو المنتجة للبضائع^(١).

إلا أن المشرع الأردني استثنى بعض الشركات من الخضوع لأحكام قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ وهم البنوك المرخصة، وذلك بالقدر الذي تمارس فيه أعماله وأنشطته في تلك البورصات وفقاً لأحكام قانون البنوك رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠.

كذلك أعفى المشرع الأردني شركات الخدمات المالية من الخضوع لأحكام هذا القانون، وكذلك أعفى البنوك الأجنبية والشركات المالية الأجنبية التي تتعامل في البورصات الأجنبية بشرط صدور قرار من مجلس الوزراء بذلك بناءً على تنسيب مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية.

وأخيراً أعفى المشرع الأردني التعاملات في البورصات الأجنبية التي يجريها أشخاص تربطهم علاقة خاصة، حيث تحدد طبيعة هذه العلاقة من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية.

هذا وقد اقتصر نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨ التعامل على الشركات التجارية المحددة في قانون الشركات وهي: الشركات المساهمة العامة والمساهمة الخاصة وذات المسؤولية المحدودة، وسمح أيضاً بالتعامل لشركات التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركات التوصية بالأسهم وفقاً لما ورد بنص المادة (٣) منه، واشترط على هذه الشركات أن تمارس فقط التعامل في البورصات الأجنبية على اختلاف أنواعها، ولا يجوز لها أن تقوم بممارسة أي نشاط آخر مهما كانت طبيعته.

(١) وليد صافي وآنس البكري، الأسواق المالية والدولية، المرجع السابق، ص ٣٥.

المطلب الثالث

الشروط القانونية للشركات التي تتعامل في البورصات الأجنبية

أولاً - الحصول على ترخيص بممارسة أعمالها:

لقد فرضت المادة (١٤) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ على الشركات التي ترغب بمزاولة أعمالها في البورصات الأجنبية الحصول على موافقة مبدئية من مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية، ويشمل هذا الترخيص الموافقة المبدئية على تسجيل الشركة وعلى عقد تأسيسها وعلى نظامها الأساسي كخطوة أولى، وبعد حصولها على الموافقة المبدئية تقوم بتقديم طلب لتسجيلها لدى مراقب عام الشركات وفقاً لهذا القانون، ثم تعمل على تقديم طلب آخر إلى مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية، وذلك من أجل الحصول على الموافقة النهائية لمزاولة أعمالها في البورصات الأجنبية، سواء أكانت هذه الأعمال التعامل لصالح الغير أو التوسط في هذا التعامل.

يثار التساؤل في هذا الصدد عن اتخاذ المجلس قرار بعدم الموافقة على ترخيص الشركة لممارسة أعمالها في البورصات الأجنبية هل يعد قراراً نهائياً غير قابل للطعن أم لا؟ من خلال استقراء ما ورد بهذا القانون نجد أنه لم ينص على الطعن في قرار المجلس بعدم الموافقة على تسجيل الشركة، ولا شك أن ذلك يعد نقصاً تشريعياً ينبغي تداركه.

يرى الباحث أن عدم وجود نص في القانون بهذا الشأن لا يمنع من الطعن بقرار المجلس بعدم الموافقة على تسجيل الشركة أمام محكمة العدل العليا، وذلك لأن هذا القرار يعد قراراً إدارياً يجوز الطعن به وفقاً لما ورد بنص المادة (٩) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

ومن أجل ضمان الرقابة على تلك الشركات المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية جعل المشرع الأردني ترخيص هذه الشركات محدداً لمدة سنة قابلة للتجديد بموافقة المجلس، ونرى أن تحديد هذه المدة وجعلها قابلة للتجديد أمر بالغ الأهمية، وذلك من أجل تقييم مسيرة الشركة وعدم ارتكابها أية مخالفات للقانون، ومن أجل أعمال الرقابة والإشراف عليها.

هذا وقد منع المشرع الأردني الشركة المرخصة بالتعامل في البورصات الأجنبية من إجراء أية تعديلات على عقدها أو على نظامها الأساسي إلا بعد الحصول

على موافقة مسبقة من المجلس، حتى يضمن الرقابة والإشراف على سير عمل تلك الشركات^(١).

يقدم طلب الترخيص إلى الأمين العام لمجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية على النموذج المعد لهذه الغاية، ويجب على المجلس إصدار قراره بشأن ترخيص الشركة لمزاولة أعمالها خلال مدة ٩٠ يوماً من وروده إلى أمانة سر المجلس وفقاً لما ورد بنص المادة (٤) من النظام السابق.

وفي هذا الصدد نشأ نزاع بين إحدى الشركات التي تقدمت بطلب ترخيص للمجلس من أجل التعامل في البورصات الأجنبية والمجلس، وتكمن حيثيات هذه النزاع في أن الشركة المدعية استوفت شروط تسجيلها لدى مراقب الشركات كشركة مساهمة خاصة بتاريخ ٢٤/١١/٢٠٠٩ برأس مال قدره عشرة ملايين دينار أردني. وبتاريخ ٢٤/١٢/٢٠٠٩ تقدمت الشركة بطلب لأمين عام مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية مرفقة مع الطلب الوثائق المطلوبة لغايات التسجيل، إلا أن المجلس لم يصدر قراره بشأن الطلب رغم مرور تسعين يوماً على تقديمه، حيث اعتبرت الشركة المستدعية أن سكوت المجلس عن إصدار القرار يعد بمثابة رفض للطلب أو امتناع عن الترخيص، فتقدمت بطلب إلى محكمة العدل العليا الأردنية بإلغاء القرار السلبي الطعين و/أو إلزام المستدعي ضدها بمنح الترخيص للشركة المدعية لممارسة أعمالها في البورصات الأجنبية.

لقد دفع المستدعي ضدهم بعدم صحة الخصومة باعتبار أن اختصاص أمين عام المجلس ورئيس المجلس هو اختصاص في غير محله، ويكون هذا الدفع وارداً بحدود مخاصمة الأمين العام ورئيس المجلس؛ مما يستوجب رد الدعوى عنهما شكلاً لعدم الخصومة.

وبعد رجوع المحكمة الموقرة إلى نص المادة (٨/أ) من قانون تنظيم التعامل في البورصة الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، والمادة (٤) من نظام ترخيص التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠٨، واستقراء ما ورد فيهما، تبين لها أن المشرع ألزم الجهة التي ترغب في الحصول على ترخيص للتعامل في تلك البورصات أن تقدم طلب إلى أمين عام المجلس، والذي بدوره يحيله إلى المجلس لإصدار القرار اللازم بشأنه، كما أن المشرع ألزم المجلس بإصدار قراره بشأن الطلب خلال مدة تسعين يوماً من تاريخ وروده.

Das, Dilip K., International finance: contemporary issues, 1999, P.278.

(١)

لقد تبين للمحكمة الموقرة أن الأمين العام قد قام بإحالة طلب الشركة المستدعية إلى المجلس بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠٠٩، منسباً بمنح الشركة الترخيص المطلوب، إلا أن المجلس لم يصدر قراراً بشأنه، ويعد ذلك رفضاً من المجلس لاتخاذ القرار أو امتناعه عن اتخاذه مما يشكل قراراً إدارياً بالرفض يمكن الطعن فيه أمام المحكمة وفقاً لنص المادة (١١) من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

وحيث إن الشركة المستدعية تطعن في قرار الرفض هذا، وحيث إنه كان على الجهة المستدعية ضدها أن تدرس الطلب وتمخّصه وتصدر قرارها بشأنه؛ فإن أسباب الطعن تُشكّل مطعناً برد القرار المطعون فيه وتوجب إلغاؤه، وقررت المحكمة الموقرة أيضاً رد الدعوى لعدم صحة الخصومة عن المستدعي ضدهما رئيس وأمين عام المجلس لعدم صحة الخصومة^(١).

يؤيد الباحث ما ورد في قرار محكمة العدل العليا الموقرة، حيث كان على مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية إصدار قراره بقبول ترخيص الشركة المدعية لممارسة أعمالها في البورصات الأجنبية، مادام أنها استوفت شروط الترخيص الواردة في القانون والنظام أو إصدار قرار بالرفض، وألزم هذا القرار المجلس بأن يدرس الطلب المقدم من الشركة المستدعية وأن يصدر قراره بشأنه، ومن خلال متابعة الباحث لهذه القضية وحتى لحظة فراغه من كتابة سطور هذا البحث لم يصدر عن المجلس قرار حول ترخيص الشركة المدعية من عدمه^(٢).

ثانياً - رأسمال الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية:

اشتترطت المادة (٢) من نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨ في الشركات التجارية التي تزاوّل أعمالها في البورصات الأجنبية حداً أدنى لرأسمالها، يشترط أن يتوفر، ويدفع كاملاً عند تأسيسها.

فقد اشترط على الشركات المساهمة العامة التي ترغب بالتعامل أو التوسط في البورصات الأجنبية أن يكون رأسمالها خمسة عشر مليون دينار أردني كحد أدنى، أما الشركة المساهمة الخاصة والشركات ذات المسؤولية المحدودة فالحد الأدنى لرأس مالها عشرة ملايين دينار أردني.

(١) قرار رقم (٢٤) محكمة العدل العليا الأردنية في الدعوى رقم (٢١١/٢٠١٠) قرار غير منشور.

(٢) زيارة ميدانية قام بها الباحث إلى مقر مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية في عمان يوم الأربعاء الموافق ٢٠/٧/٢٠١١.

أما إذا كانت الشركة تتخذ شكل شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة أو شركة التوصية بالأسهم فإن الحد الأدنى لرأس مالها يجب ألا يقل عن عشرة ملايين دينار أردني، واشتراط أيضاً ألا يقل عدد الشركاء المتضامنين فيها عن ثلاثة أشخاص؛ وذلك من أجل ضمان سداد ديون العملاء. ولم يكتف المشرع الأردني بتحديد الحد الأدنى اللازم لرأسمال الشركة وإنما اشترط على تلك الشركات أن تقوم بدفع كامل رأس المال. ولا شك أن ما جاء في هذا القانون يختلف عما ورد في قانون الشركات الأردني، حيث حددت المادة (٩٥) رأس مال الشركة المساهمة العامة بنصف مليون دينار كرأس مال مصرح به، ويجوز أن يكتب المؤسسون بمبلغ ١٠٠,٠٠٠ دينار أو ٢٠٪ أيهم أكثر من رأس المال المصرح به عند التأسيس، على أن يتم دفع الجزء الباقي خلال مدة ثلاث سنوات، لكن القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية هو قانون خاص وقانون الشركات قانون عام وبالتالي فإن الخاص يقيد العام، ويرى الباحث أن الحد الأدنى الذي اشترطه النظام في رأسمال الشركة مبالغ فيه إلى حد كبير، وهذا يفسر عدم تقدم الشركات للتعامل في البورصات الأجنبية في الأردن، وحتى الآن لم يتم ترخيص أية شركة للتعامل في البورصات الأجنبية بسبب هذا القيد منذ صدور هذا القانون^(١).

إن الشركات المسجلة قبل صدور هذا القانون عانت من مضار رفع رأسمال الشركات العاملة في البورصات الأجنبية، حيث فرض نص المادة (٢١/أ) من هذا القانون على كل شخص كان يتعامل أو يتوسط في البورصات الأجنبية قبل نفاذ هذا القانون أن يوفق أوضاعه وفقاً لأحكام هذا القانون خلال مدة لا تزيد عن ستين يوماً من تاريخ سريانه ويجوز تمديدها لمدة مماثلة.

وبالتالي فإن الشركات المسجلة التي كانت تعمل في البورصات الأجنبية وفقاً لأحكام القانون قبل صدور قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ أصبحت متعثرة، وذلك بسبب عدم الوفاء بالمتطلبات القانونية التي فرضها القانون، ولذلك فقد لجأت لتصفية أعمالها من أجل التخلص من تبعات تطبيق القانون السابق بحجة تنظيم أعمالها^(٢).

بالإضافة إلى هذه المبالغ الكبيرة، والمبالغ فيها لتأسيس الشركات التي تعمل

(١) انظر: البيان الصحفي الصادر عن مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية في ٨/١٠/٢٠١٠ منشور على الموقع الإلكتروني www.ejjbed.com.

(٢) د. يوسف منصور، مشكلة شركات البورصة الأجنبية أين بدأت وما سببها، منشور على الموقع الإلكتروني www.alghad.com.

في مجال البورصات الأجنبية اشترطت المادة (٥) من النظام السابق رسوماً غير مستردة عند تقديم الطلب تقدر بمبلغ ألف دينار أردني لمرة واحدة، ورسوم ترخيص الشركة لمرة واحدة وهو ألف دينار أيضاً، ورسوم ترخيص كل فرع ٢٥ ألف دينار أردني لمرة واحدة، ورسم تجديد ترخيص الشركة يدفع سنوياً بمبلغ ٢٥ ألف دينار أردني، ورسم تجديد ترخيص سنوي عن كل فرع للشركة مقداره ٢٥ ألف دينار أردني.

واشترطت أيضاً المادة (٣/د) أنه يجب على الشركة قبل مزاولة أعمالها أن تتقدم بكفالة بنكية من بنك مرخص في الأردن على ألا تقل عن (٣٠٪) من رأس مال الشركة، ويستطيع المجلس أن يعدل قيمة هذه الكفالة بالزيادة من وقت لآخر.

إن هذه الرسوم المتطلبة من الشركات التي ترغب بممارسة التعامل في البورصات الأجنبية عند تأسيسها يؤكد الشروط القانونية القاسية التي وضعت أمام الشركات التي ترغب بممارسة تلك الأعمال، وكأن بلسان حال المشرع الأردني يقول "لا لتأسيس شركات تتعامل بالبورصات الأجنبية"، وهذا أمر غير مبرر ولا نستطيع تبريره بالحرص على مصلحة الجمهور المتعاملين مع هذه الشركات، وبالتالي نأمل من المشرع الأردني التدخل التشريعي من أجل تخفيف تلك القيود المالية المفروضة على تلك الشركات التي ترغب بممارسة التعامل في البورصات الأجنبية من أجل تشجيع التعامل في هذا القطاع الهام.

ثالثاً - الشروط التي تتعلق بممارسة الشركة لأعمالها في البورصات الأجنبية:

١ - حرية الحصول على المعلومات عن الشركة وأنشطتها:

فرضت المادة (٩/ب) من النظام على الشركة أن توفر المعلومات والبيانات المتيسرة كافة بشكل دقيق وفي وقت معقول، حتى يطلع عليها ويتفحصها الأمين العام لمجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية أو من ينوبه وفقاً لأحكام القانون من أجل ضمان شفافية هذه المعلومات وبيان مركز الشركة المالي والقانوني.

وفرضت أيضاً المادة (٧/ب) على الشركة أن تقوم بتزويد مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية بالمعلومات والبيانات التي تطلبها من الشركة، وتزويد المجلس بأسماء الشركات والمؤسسات التي ترغب بالتعامل مع الشركة في البورصات الأجنبية وكافة الوثائق التي تثبت ترخيص هؤلاء الأشخاص.

- ٢ - قيام المجلس باعتماد تعيين المدراء العاملين لدى الشركات المرخصة بمزاولة أعمال الشركة المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية وكذلك موظفيها.
- ٣ - قيام مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية بتحديد الحد الأعلى للعمولات التي تتقاضاها الشركة من الأشخاص المتعاملين.
- ٤ - عدم إجراء أي تعديل على عقد الشركة أو على نظامها الأساسي إلا بالموافقة المسبقة من مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية.
- ٥ - يستطيع مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية أن يقوم بتدقيق سجلات وحسابات وأنشطة الشركات المرخصة المتعاملة في البورصات الأجنبية، ويستطيع أيضاً اختيار جهة محددة لكي تقوم بأعمال التدقيق والجهة التي تدفع نفقات التدقيق، ومن أجل أعمال هذه الرقابة فقد منح القانون بموجب المادة (١٧/ب) للأمين العام للمجلس والموظفين المفوضين من قبله صفة الضابطة العديلية، ولهم بموجب هذه الصفة الاستعانة برجال الأمن العام.

المبحث الثاني التكييف القانوني لمسؤولية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية

لقد شرع القانون المسؤولية المدنية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية، من أجل ضبط تصرفات هذه الشركات لكي تتوافق مع أحكام القانون والنظام العام، بسبب خطورة الأعمال التي تقوم بها هذه الشركات على الاقتصاد الوطني عموماً وعلى مدخرات المواطنين خصوصاً، لهذا فسوف يتعرض الباحث في هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية لمسؤولية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية، وإلى انعقاد المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية لهذه الشركات.

المطلب الأول شروط انعقاد المسؤولية المدنية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية

لابد من تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية، فقد تكون مسؤولية الشركة عن القيام بأعمالها في مجال التعامل في البورصات الأجنبية هي مسؤولية عقدية تجاه العميل^(١)؛ ذلك لأن طبيعة هذا التعامل يقتضي إبرام اتفاق مسبق بين الشركة والعميل وفقاً لما ورد بنص المادة (٦) من نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨، حيث تشير إلى وجود قيد على الشركة بتوقيع اتفاقية تنظم العلاقة بين الشركة والعميل، تكون باللغة العربية ومتوافقة مع أحكام القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، واشترطت بيانات عدة كحد أدنى ينبغي أن تتوافر في هذه الاتفاقية، وهي: توضيح طبيعة التعامل، بيان أهم مخاطره، وبيان كيفية تسجيل ملكية الأدوات المالية المشتراه من البورصات الأجنبية، كيفية التسوية المالية بين العميل والشركة، وبيان المبالغ التي تتقاضاها الشركة من عمولات، وتضمن الاتفاقية بيان بعدم تحمل الشركة أية مسؤولية عن المخاطر المحيطة بقرارات العميل.

وبيان آخر بعدم التزام العميل بأية مبالغ مالية باستثناء العمولات التي ستقاضيها الشركة، لهذا تم اعتبار مسؤولية الشركة تجاه المتعاملين مسؤولية عقدية؛ وذلك لأن الإخلال الذي يحدث من الشركة هو إخلال بالاتفاقية المبرمة مع العميل.

(١) د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢٩٨.

وقد تكون طبيعة مسؤولية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية هي مسؤولية تقصيرية تجاة الغير المضرور الذي لا يرتبط مع هذه الشركة بعقد^(١). ذلك أن القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ قد نظم عمل هذه الشركات وبين التزاماتها القانونية والمسؤولية القانونية التي تترتب عليها والجزاءات القانونية التي يتم إيقاعها على الشركة. ذلك أن الشركة تعد وسيطاً عن العميل في إبرام المعاملات التي تتم في البورصات الأجنبية، حيث فرض على هذه الشركات التزامات عدة، وبالتالي فإن عدم تنفيذها يعد إخلالاً بالتزام قانوني، وهذا يستتبع انعقاد المسؤولية التقصيرية لها.

وبالتالي يجب إثبات الفعل الضار الواقع من الشركة والمتمثل بمخالفة أحكام القانون، وإثبات الضرر الذي لحق بالعميل وبيان العلاقة السببية بين الخطأ والضرر حتى تنعقد مسؤولية الشركة عن التعامل في البورصات الأجنبية.

إن مسؤولية الشركة عن أعمالها تكون مسؤولية تقصيرية حينما تستند إلى الإخلال بالتزامات قانونية مفروضة عليها بموجب قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، حيث لا تستطيع الشركة مخالفة هذه الالتزامات القانونية في علاقاتها بالعميل ولا تستطيع الاتفاق على مخالفتها، وإن أي اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً؛ ذلك لأن أحكام المسؤولية التقصيرية للشركة المرخصة عن التعامل في البورصات الأجنبية يعد من النظام العام.

حيث ألزمت المادة (١٥/أ) من قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية الشركة بأن تلتزم في تعاملاتها في البورصات الأجنبية أو في توسطها بالشروط الواردة في القانون، وفي الأحكام الواردة في الترخيص الممنوح لها وفي الأنظمة والتعليمات كافة الصادرة وفقاً لأحكام القانون.

يثار التساؤل في هذا الصدد عن التزام الشركة المرخصة بالتعامل في البورصات الأجنبية هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية؟

من خلال استقراء أهم الالتزامات التي تقع على الشركة التي تتعامل في البورصة الأجنبية نجد أن الالتزام المفروض عليها تجاه العميل المتعاقد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، إذ تلتزم هذه الشركة بتسوية العقود التي قامت

(١) د. مصطفى كمال وصفي، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٦. د. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دون ناشر، القاهرة، ١٩٩١، ص ٦٢٨.

بإبرامها لصالح عملائها في البورصات الأجنبية، من حيث تسليم الأدوات المالية إلى المشتري ودفع الثمن إلى الوسيط الذي يمثل البائع، لذلك فإن عدم تحقيق النتيجة التي يصبوا إلى تحقيقها العميل يعد إخلالاً يستوجب المسؤولية القانونية.

إن تقرير التزام الشركة التي تتعامل في البورصات الأجنبية تجاه العميل المتعاقد بأنه التزام بتحقيق نتيجة فيه نوع من التشدد المبرر^(١)، إذ يقتضي التعامل على الأوراق المالية وغيرها في البورصات الأجنبية أن تشدد من التزام هذه الشركات، بحيث يمتد هذا الالتزام إلى إبرام التصرفات على الأدوات المالية المتعامل فيها، وضمان تنفيذ تلك العقود لمصلحة العملاء، وضمان سلامة هذه العقود وفقاً لما ورد بنص المادة (٨١/ج) قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، حتى يتم تسوية هذه العقود ونقل ملكيتها وتسوية ثمنها وتسجيلها في مراكز نقل الملكية المختصة^(٢).

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية

تبنى المسؤولية التقصيرية في النظام القانوني الأردني على أساس الفعل الضار الذي من شأنه أن يلحق بالغير، ولا بد من التعرض في هذا المبحث إلى أركان المسؤولية التقصيرية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية من فعل ضار وضرر وعلاقة سببية.

أولاً - الفعل الضار المرتكب من الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية:

تنعقد المسؤولية التقصيرية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية إذا قامت هذه الشركات بارتكاب أحد الأفعال الضارة، ويقصد بالفعل الضار في هذا الصدد إحداث الضرر بفعل غير مشروع أو إحداثه على نحو مخالف للقانون^(٣).

Investing in foreign stock markets, 1993,P 104.

(١)

تنص المادة (٨١/ج) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ أنه "يتم تسجيل الأوراق المالية المتداولة في السوق ونقل ملكيتها وتسوية أثمانها بين الوسطاء بموجب قيود تدون في سجلات المركز".

(٢)

د. محمد الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مؤتم للبحوث والدراسات، ١٩٨٧، العدد ١، ص ١٧٤.

(٣)

وورد بنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني رقم (٧٦) لسنة ١٩٧٦ أنه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، ويقصد بالفعل غير المشروع وفقاً للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني "مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر"^(١).

لقد أوردت محكمة التمييز الأردنية اجتهاداً في هذا الشأن، حيث ورد في أحد أحكامها أنه "يستفاد من نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني التي نصت على أن - كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر- أن للمسؤولية التقصيرية أركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما"^(٢).

إن أهم صور المسؤولية التقصيرية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية وردت في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، فإذا ما توافرت إحدى صورها فإن مسؤولية هذه الشركة التقصيرية سوف تنعقد وترتب كافة الآثار القانونية، وسنعرض لأهم هذه الصور:

أ - عدم تقيد الشركة في تعاملها وتوسطها بشروط الترخيص:

لقد فرض القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ التزاماً على الشركات المرخصة بالتعامل في البورصات الأجنبية، مفاده عدم قيام الشركة بأي عمل قبل أن تحصل على الترخيص اللازم لممارسة هذه الأعمال من مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية وفقاً لما ورد بنص المادتين (٨، ١٤) منه، حيث خولت المادة (٨) مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية القيام بترخيص الشركات التي ترغب في التعامل في البورصات الأجنبية والإشراف عليها ومراقبة أعمالها وتنظيمها، وأوردت مهام عدة وصلاحيات للمجلس تساعد في القيام بواجباته.

ويعد حصول الشركة على الترخيص من مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية هو السند القانوني لوجودها ولاكتسابها الشخصية الاعتبارية من أجل ممارسة أعمالها، وبذلك تكتسب الشركة الأهلية القانونية وتصبح أهلاً لاكتساب

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين الأردنيين، الطبعة الثالثة، ص ٢٧٥.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم (٢٠٠٤ / ٦١٩) تاريخ ١٨/٧/٢٠٠٤، منشورات مركز عدالة.

الحقوق والتحمل بالالتزامات كالفرد الطبيعي إلا ما كان ملازماً لصفة الشخص الطبيعي^(١). إلا أن أهلية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية هي أهلية محددة تكمن في حدود الغرض من إنشائها، وفقاً لما ورد بنص المادة (٥١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦^(٢).

هذا وقد حدد نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨ أهلية الشركة في ممارسة أعمالها، وحصرت أهليتها فقط بالقيام بأعمال التعامل والتوسط في البورصات الأجنبية، وبالتالي لا يجوز لها أن تتعاطى أعمال تجارية أخرى، وتمنح هذه الشركات الترخيص على هذا الأساس الذي ينحصر فقط بالتعامل والتوسط في البورصات الأجنبية فقط، فإذا قامت الشركة بأية أعمال أخرى فيعد ذلك خروجاً عن شروط ترخيصها القانونية يستوجب مؤاخذتها، فمثلاً إذا قامت هذه الشركة بالأعمال العقارية أو الصناعية أو غيرها من الأعمال التجارية فيعد ذلك خروجاً عن ترخيصها.

لقد ورد النص على التزام الشركة بالتقييد في حدود الترخيص الممنوح لها في المادة (١٥) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، وكذلك في المادة (٣/ب) من نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨ حيث أوردت "أن تكون غاية الشركة فقط التعامل في البورصات الأجنبية وفق أحكام القانون ولا يجوز ممارسة أي نشاط آخر".

هذا وقد أوردت في المادة (١٨) من القانون السابق بعض الأعمال التي قد تقوم بها الشركة من دون ترخيص وتشكل مخالفة لأحكام هذا القانون وهي:

- قيام الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية بقبض أو استلام مبالغ نقدية أو أية أموال من الغير، سواء أكانت أموالاً منقولة مادية أم معنوية أم أموالاً غير منقولة، وذلك بهدف أن تقوم هذه الشركة بالتعامل لمصلحة هذا الغير في أي بورصة أجنبية، ويتشدد المشرع الأردني في هذا الصدد فيعتبر هذا التعامل مخالفاً لأحكام هذا القانون، سواء تم هذا

(١) د. عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٢) تنص المادة (٥١) من القانون المدني الأردني على أنه "١ - الشخص الحكمي يتمتع بجمع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون ٢ - فيكون له أ - ذمة مالية مستقلة ب - أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون...".

التعامل في البورصة الأجنبية بواسطة الشخص الذي قبض هذه الأموال أو بواسطة أي شخص آخر، فلا يقيم المشرع الاعتبار للشخص الذي يقوم بالتعامل وإنما يقيمه للشخص غير المرخص الذي قبض أو استلم هذه الأموال بهدف إجراء هذا التعامل لمصلحة الغير من دون ترخيص.

- قيام الشركة غير المرخص لها من مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية بإجراء أي تعامل أو توسط لمصلحة الغير في البورصات الأجنبية، وهذا التعامل يشكل مخالفة للأحكام الواردة بهذا القانون تستوجب مسؤولية الشركة التقصيرية حتى لو لم تقم بقبض أموال من هذا الغير، فمجرد التعامل من دون ترخيص يستوجب المسؤولية التقصيرية سواء قبضت الشركة أموالاً من الغير أم لم تقبض، فالعبرة للتعامل من دون الحصول على ترخيص من المجلس.

- قيام الشركة غير المرخصة بالتعامل في البورصات الأجنبية من المجلس بالإعلان عن نفسها بأنها تتعامل لصالح الغير في البورصات الأجنبية أو أنها تستطيع إجراء التوسط لمصلحة الغير، سواء أكان هذا الإعلان بصورة مباشرة أم غير مباشرة، فهذا يشكل مخالفة لأحكام القانون يستوجب المسؤولية التقصيرية للشركة، فهدف المشرع هو بيان أن الإعلان بذاته عن التعامل أو التوسط في البورصات الأجنبية من دون الحصول على ترخيص يشكل مخالفة لأحكام القانون سواء تم قبض أموال من الغير أو لم يتم ذلك، وسواء تم إجراء هذا التعامل أو التوسط فعلاً في هذه البورصات أو لم يتم، فمجرد الإعلان للجمهور يعد أمراً فيه خروج عن أحكام هذا القانون، وبغض النظر عن الوسيلة التي تستخدمها الشركة للإعلان عن هذا التعامل أو التوسط من دون الحصول على ترخيص، وسواء تم الإعلان عبر وسائل الإعلام المقروءة أم المسموعة أم المرئية.

يرى الباحث أن هذا التشدد تجاه الشركة التي تتعامل في البورصات الأجنبية من دون ترخيص يعد أمراً بالغ الأهمية، وذلك لخطورة هذه الشركات التي تتعامل من دون الحصول على ترخيص على مدخرات المواطنين، والأمن المالي وعلى جذب

الاستثمارات الأجنبية للدولة، ولتقليل عمليات الاحتيال التي يمكن أن تقوم هذه الشركات تجاه المواطنين الأردنيين.

ب - قيام الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية بمنح تسهيلات ائتمانية إلى عملائها:

لقد فرضت المادة (١٥/ب/٢) من قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ التزاماً بالغ الأهمية، يتمثل بعدم قيام الشركات المتعاملة بمنح أي تسهيلات ائتمانية بأي صورة كانت إلى عملائها، ذلك أن منح هذه التسهيلات يخرج عن نطاق الترخيص الممنوح لهذه الشركة، وبالتالي ينبغي على العميل الذي يتعامل مع هذه الشركات أن يكون قادراً من الناحية المادية على تمويل تلك الصفقات التي تبرمها تلك الشركات نيابة عنه.

ومن صور منح التسهيلات الائتمانية التي حظرها القانون بشكل مباشر، هي عمليات التمويل على الهامش، ويقصد بها وفقاً لما ورد بتعليمات التمويل على الهامش لسنة ٢٠٠٦ "قيام الوسيط المالي بتمويل جزء من قيمة الأوراق المالية في حساب التمويل على الهامش بضمانة الأوراق المالية في ذلك الحساب".

ويقصد بحساب التمويل على الهامش "حساب خاص للعميل لدى الوسيط المالي لغايات التمويل على الهامش بموجب اتفاقية بين الطرفين بقصد التمويل على الهامش وفقاً لما ورد بالتعليمات السابقة.

حيث أجازت تعليمات التمويل على الهامش أن يقوم الوسيط المالي بفتح حساب لعميله بموافقة مركز إيداع الأوراق المالية، وذلك من أجل تمويل عمليات تداول الأوراق المالية التي تتم في سوق رأس المال الوطني الأردني، بحيث لا يجوز أن يتجاوز سقف التمويل (٢٥٠٪) من صافي حقوق الملكية للوسيط المالي، ولذلك لا يجوز للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية أن تقوم بفتح حساب التمويل على الهامش للعميل، ولا يجوز لها أن تقوم بتمويل جزء من قيمة الورقة المالية ورهن هذه الورقة. وهذا على خلاف التعامل الذي تقوم به شركات الوساطة المالية في سوق رأس المال الوطني الأردني.

ويرى الباحث أن هدف المشرع الأردني من ذلك هو عدم مشاركة الشركات المتعاملة في البورصات المالية الأجنبية في تمويل عمليات التعامل أو التوسط، وذلك حتى يتحقق الاستقلال المالي الكامل للعميل عن الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية، وحتى يتقيد العملاء بضرورة توافر الملاءة المالية والقدرة على تسديد قيمة

التداولات في البورصات الأجنبية، أي أن المشرع الأردني يتجه إلى القول بأنه يجب على العميل الذي يرغب بالتداول في البورصات الأجنبية عبر هذه الشركات أن يكون متمتعاً بالملاءة المالية.

وبناء على ما تقدم إذا قامت الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية بعمليات التمويل على الهامش فإنها تكون قد ارتكبت خطأ ومخالفة لأحكام القانون، وهذا يستوجب انعقاد مسؤوليتها التقصيرية وإيقاع الجزاءات القانونية عليها.

ج - مخالفة تعليمات المجلس بشأن الأنشطة المحظورة:

يعد مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية شخصاً اعتبارياً يرتبط بوزير الصناعة والتجارة، ولقد خوله القانون القيام بجميع التصرفات القانونية اللازمة لتحقيق غاياته، حيث يعد المجلس الجهة التنظيمية والرقابية والإشرافية على كافة الشركات التي ترغب في التعامل في البورصات الأجنبية، وبالتالي يستطيع المجلس أن يقوم بإصدار القرارات التي من شأنها منع القيام ببعض الأعمال والأنشطة وذلك من أجل تحقيق حسن سير هذه الشركات بأعمالها، ومن القرارات الصادرة عن المجلس.

وحتى لحظة الانتهاء من كتابة سطور هذا البحث، لم يصدر مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية أي قرار يتعلق بالأنشطة المحظورة، التي يجب على الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية التقيد بها^(١).

د - عدم قيام الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية بإبرام اتفاقية مع العميل:

لقد اشترط نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨ على الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية إبرام اتفاقية مع العملاء بهدف تنظيم التعامل بين الشركة والعميل، واشترطت أن تكون هذه الاتفاقية باللغة العربية ومتوافقة مع أحكام القانون والنظام والتعليمات والقرارات الصادرة عن المجلس واعتماد المجلس لهذه الاتفاقية، واشترطت المادة (٦) من هذا النظام أن تتضمن هذه الاتفاقية البيانات الآتية:

أ - توضح هذا التعامل وطبيعته ومخاطره.

ب - آليات تسجيل ملكيته الأدوات المالية المشتراة في البورصة الأجنبية.

(١) مقابلة مع الأمين العام لمجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية خلال زيارة ميدانية قام بها الباحث إلى مقر مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية في عمان يوم الأربعاء الموافق ٢٠٠١/٧/٢٠.

- ج - آليات التسوية المالية بين العميل والشركة العاملة في البورصة الأجنبية.
- د - العملات التي ستتقاضاها الشركة.
- هـ - بيان عدم تحمل الشركة المرخصة أي مسؤولية عن المخاطر المحيطة بقرارات العميل.

و - بيان عدم التزام العميل تجاه الشركة بغير العملات التي ستتقاضاها الشركة.

إن قيام الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية بالتعامل أو التوسط دون توقيع اتفاقية التعامل مع العميل، يشكل مخالفة لأحكام القانون والنظام، ويستوجب انعقاد مسؤولية الشركة التقصيرية بسبب مخالفة الشركة لواجب مستمد ومفروض من القانون. حيث إن القانون حدد شكلية معينة لتعبير الشركة والعميل عن إرادتهما في القيام بهذا التصرف، وهو أن تفرغ إرادتهما كتابةً وفقاً لنموذج معد مسبقاً ومعتمد من قبل مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية، وإفراغ هذا التصرف بأي شكل آخر كأن يكون شفاهة أو عبر الهاتف فيعد مخالفاً للقانون.

يرى الباحث أن الكتابة ركن أساس في إجراء هذا التعامل بين العميل والشركة، وبدونه يعد التصرف كأنه لم يكن، وإن إجراء الشركة للتعامل في البورصات الأجنبية من دون وجود اتفاقية مكتوبة يعد مخالفة لأحكام القانون ويستوجب المسؤولية التقصيرية للشركة المتعاملة. وإذا كان وجود اتفاقية مكتوبة بين العميل والشركة ركناً أساساً لإجراء هذا التصرف، فإن إثبات هذا التعامل أو التوسط يتم بجميع طرق الإثبات وفقاً لنص المادة (١١٣/ج) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، بما فيها البيانات الإلكترونية ومستخرجات الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة الفاكس.

هـ - عدم التزام الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية بالتحقق من ملاءة العميل:

هناك التزام قانوني يقع على عاتق الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية، يقضي بضرورة أن تتحقق الشركة من ملاءة العميل المالية قبل قيامها بالتعامل أو التوسط في البورصات الأجنبية لمصلحته، ذلك أن طبيعة التعامل في البورصات يقتضي أن تقوم الشركة بذلك.

ويأتي التأكيد على ضرورة هذا الالتزام حين نعلم أن المشرع الأردني قد منع الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية من منح أي تسهيلات ائتمانية إلى عملائها، وخاصة التمويل على الهامش وفقاً لما ورد بنص المادة (١٥/ب/٢) من قانون تنظيم

التعامل في البورصات الأجنبية المؤقت رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، حيث إن المشرع الأردني أوجد قاعدة قانونية بالغة الأهمية والشدة، وهي أن العميل هو وحده من يقوم بتمويل عمليات التعامل أو التوسط التي تجريها الشركات في البورصات الأجنبية لمصلحته.

لهذا، فإذا لم تلتزم الشركة المتعاملة في البورصات المالية بالتحقق من ملاءة عميلها المالية من أجل دفع قيمة الصفقة المبرمة من خلالها، فإن الشركة تتحمل الآثار القانونية المترتبة كافة على ذلك، حيث تلتزم بدفع قيمة الصفقة للطرف المقابل^(١).

والأصل العام أنه إذا لم تتوافر للعميل الملاءة المالية لعقد الصفقة، فإنه يجوز للشركة الامتناع عن تنفيذ أوامر العميل بالتعامل أو التوسط، ذلك أن الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية ملزمة قانوناً بتسوية العقود التي تبرمها لمصلحة العملاء وهذا التزام بتحقيق نتيجة.

ثانياً - الضرر الذي يلحق بالغير:

يقصد بالضرر الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء أكان ذلك الحق أم تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أم عاطفته أم بماله أم حريته أم بشرفه أم اعتباره أم غير ذلك^(٢).

ويعد ركن الضرر الركن الثاني الذي ينبغي توافره حتى تنعقد المسؤولية التقصيرية للشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية، حيث ورد النص على الضرر في المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ بقولها: "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه".

لذلك، إذا ثبت أن الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية قد ارتكبت مخالفة للقانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨

(١) د. توجان فيصل الشريدة، النظام القانوني لعمل شركات الوساطة المالية في سوق الأوراق المالية الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، ٢٠٠٤، ص ٢٧٢.

(٢) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون ناشر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧، ص ١٣٣. د. عدنان السرحان و د. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢٠٨.

والنظام والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه، وأن هذه المخالفة ألحقت الضرر بالغير، فإن الشركة المتعاملة تنعقد مسؤوليتها التقصيرية وفقاً لأحكام القانون.

إن المشرع الأردني شرع للغير المتضرر من تعامل الشركة في البورصات الأجنبية المطالبة بالتعويض عن الضرر الحال، أي الواقع فعلاً وفقاً لما ورد بنص المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني رقم (٧٦) لسنة ١٩٧٦. ويستطيع الغير المتضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر المادي، ويقصد به الإخلال بحق للمضرور ذي قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية ويشمل الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته^(١). ولا شك أن الخطأ الذي ترتبه الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية يكون ضرراً مادياً يرتب فوات مصلحة مشروعة للغير تصيب الذمة المالية له.

ويمكن التعويض عن الضرر المادي الذي لحق بالمضرور نتيجة التعامل غير المشروع للشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية، إذا كان الضرر متحققاً أي ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، ويأخذ الضرر هذا المعنى إذا كان قد وقع فعلاً سواء أكان هذا الضرر خسارة لحقت بالغير المضور فعلاً أم كسباً فاته^(٢). ويعد في حكم الضرر المتحقق الضرر المستقبلي في حالة تأكيد وقوعه لاحقاً^(٣).

كذلك يشترط في الضرر الذي لحق بالغير نتيجة التعامل في البورصات الأجنبية أن يكون مباشراً، أي أن يكون حدوث هذا الضرر نتيجةً للفعل الضار الصادر عن الشركة، وأن حدوثه هو نتيجةً طبيعيةً ومباشرةً للفعل الضار المرتكب من قبل الشركة، وأما الضرر غير المباشر فلا يجوز التعويض عنه في القانون المدني الأردني، ويقصد به "الضرر الذي لم يكن نتيجة مباشرة للخطأ أي الضرر الذي فصل بينه وبين الإخلال سبب أجنبي قطع رابطة السببية ولا تعويض عن هذا النوع في المسؤوليتين"^(٤).

لذلك فقد نصت المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني على أنه "١- تكون

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٥٥٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٨٥٥.

(٣) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٤.

(٤) د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (الجزء الثاني - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة) دار وائل للنشر، ٢٠٠٤، ص ٢٦٧.

الأضرار بالمباشرة أو التسبب ٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مُفضياً إلى الضرر".

تنص المادة (٢٦٦) من القانون المدني الأردني على أنه: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعة للفعل الضار".

كذلك يشترط في الضرر المادي الذي يمكن تعويضه أن يلحق بحق مكتسب أو مصلحة مشروعة للمتضرر غير مخالفة للأداب العامة أو النظام العام^(١)، وأخيراً يشترط لتعويض الضرر المادي أن يكون شخصياً، وبالتالي ينبغي على المتضرر أو من ينوب عنه قانوناً أن يطالب بهذا الضرر، وهذا الضرر يلحق الغير المتعامل مع الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية بصورة شخصية، لذا فإن الخسارة تلحق بهذا المتعامل شخصياً^(٢).

كذلك يمكن التعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق بالغير المضروب نتيجة تعامل الشركة في البورصة الأجنبية، ويقصد بالضرر المعنوي وفقاً لما ورد بنص المادة (٢٦٧) من القانون المدني الأردني "كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي، يجعل المعتدي مسئولاً عن الضمان". إذا؛ فالضرر المعنوي هو الذي لا يصيب الشخص في ماله أو هو الضرر الذي لا يرد على الذمة المالية^(٣). إن المشرع الأردني أقر التعويض عن الضرر المعنوي بتوافر الشروط سالف الذكر للتعويض عن الضرر المادي.

إن الضرر الذي يتم التعويض عنه في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ نتيجة ارتكاب الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية خطأ تجاه الغير هو الضرر المادي المتوقع المباشر، ولا شك أن القاضي له سلطة تقديرية؛ ذلك أن الوقائع التي تستخلصها محكمة الموضوع من حيث وقوع الضرر من عدمه تعد من المسائل المادية الواقعية التي تقدرها هذه المحكمة، أما بالنسبة لتحديد العناصر المكونة قانوناً

(١) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، ص ٣٨٩.

(٢) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٣) Carboonier, Jean: Droit Civil -4- les Obligation Unibersitaires de, 4th edition, paris, 1982, p.355.

للضرر الذي لحق الغير نتيجة تعامل الشركة في البورصات الأجنبية والتي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، فهي تعد من المسائل القانونية التي تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة التمييز، وإذا كان الضرر الذي أحدثته الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية للغير وتحديد مقدار التعويض من صلاحيات محكمة الموضوع، فإنه يشترط أن تكون المحكمة قد استندت في قضائها إلى أساس سليم^(١).

إن المشرع الأردني لم يحدد معايير معينة يتم اتباعها من قبل المحكمة المختصة في تقدير قيمة الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة تعامل الشركات في البورصات الأجنبية، وبالتالي لا بدّ للمحكمة أن تعمل سلطتها التقديرية مادام أن الضرر يعد مسألة موضوع، ولأهمية وخصوصية تقدير الضرر نتمنى على المشرع الأردني أن يتدخل ويضع معايير خاصة لتحديد الضرر، يتفق مع طبيعة التعامل في البورصات الأجنبية، مع الأخذ في الاعتبار المخاطر التي يكتنفها التعامل في تلك البورصات.

إن عبء إثبات الضرر الذي لحق الغير نتيجة خطأ الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية يقع على عاتق الغير المضرور، وهذا سهل يسير وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية في الأردن، فيكفي إثبات وجود الفعل الضار حتى تثبت مسؤولية هذه الشركة تجاهه.

ثالثاً - العلاقة السببية بين الفعل الضار والخطأ لانعقاد مسؤولية الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية:

تعد العلاقة السببية الركن الثالث الذي لا بد من توافره لانعقاد مسؤولية الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية، ويقصد بها العلاقة المباشرة التي تقوم بين الفعل الضار الذي ارتكبه الشركة والضرر الذي أصاب المضرور، أي أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر^(٢).

وتتوافر العلاقة السببية في حالة مخالفة الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية للالتزامات المفروضة بموجب القانون والإضرار بمصالح مشروعة للغير، مثلاً ألا تقوم الشركة المتعاملة من التأكيد من شخصية العميل أو صفته القانونية، وتقوم بإجراء

(١) د. فؤاد صالح درادكة، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥، ص ١٨٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ٨٧٢، د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٥٩٥.

تعامل أو توسط لمصلحته، ويتضح بعد إجراء هذه العملية أنه لا يجوز لهذا العميل التصرف بسبب نقص أهليته أو بسبب صدور حكم بشهر إفلاسه مما يلحق الغير المتعامل ضرر، وبالتالي يكون هناك ضرر يلحق بالغير المتعامل مع الشركة بسبب إهمالها بالتأكد من شخصية عميلها أو صفته القانونية، لذا يجوز للمتعامل مع هذه الشركة سواء أكان شركة وساطة أخرى أم عميلها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقها نتيجة مخالفة الشركة لالتزامها بالتأكد من شخصية العميل أو صفته القانونية.

كذلك تتوافر العلاقة السببية بين خطأ الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية وبين الضرر الذي يلحق الغير في حالة عدم تأكد هذه الشركة من ملاءة العميل المالية لإبرام الصفقة، فإذا ما أبرمت الشركة باسم العميل تعامل أو أجرت توسطاً مع شركة أخرى في البورصة الأجنبية واتضح بعد إبرام الصفقة أن عميل الشركة المحلية غير قادر على تسديد قيمة الصفقة فإن الشركة تتحمل المسؤولية التقصيرية تجاه عميل الشركة الأجنبية المتعاملة، ذلك أن طبيعة التعامل في البورصة يوجب على الشركة التأكد من ملاءة عميلها المالية قبل إجراء التصرف، فإذا أخلت بذلك وترتب هناك ضرر للمتعامل مع الشركة الأجنبية فيجب على الشركة المحلية المتعاملة في البورصة الأجنبية أن تقوم بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، لأنه ليس هناك عقد مبرم بين الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية لمصلحة عميلها وعميل الشركة الأخرى الأجنبية.

وفكرة السببية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية تعد فكرة منطقية، حيث تفيد تعاضراً ضرورياً بين حادثتين، ذلك أن انعدام الأول يؤدي بالضرورة إلى انعدام الثاني وتحقيق الحادث الأول يؤدي بالضرورة أيضاً لتحقيق الحادث الثاني، فالأول يطلق عليه السبب والثاني يطلق عليه النتيجة، ولا يكفي أن يكون هذا التعاقب زمنياً بل لابد أن يكون مادياً أيضاً، فالسبب إذاً يسبق النتيجة ويؤدي إليها بشكل مباشر^(١).

وقد تطلبت القواعد العامة في المسؤولية المدنية في التشريع الأردني توافر رابطة السببية بين الفعل الضار والضرر، ويستخلص ذلك من نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني حيث أوردت أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير

(١) د. محمد لبيب شنب، الموجز في مصادر الالتزام "المصادر غير الإدارية"، دون ناشر، بيروت، ١٩٦٩، ص ٣٨.

مميز بضمان الضرر"، ومدلول كلمة (فاعله) من كان وراء إحداث الضرر بفعله وكان الضرر مرتبطاً بالفعل ارتباطاً بالنتيجة بالسبب^(١).

لكي تتحقق المسؤولية التقصيرية للشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية، يجب ارتباط الضرر بالفعل الضار، وتتسم هذه العلاقة بكونها محققة ومباشرة^(٢). ويجب أن تكون العلاقة السببية محققة، وإذا لم يكن الضرر محققاً أي أنه مستحيل الإثبات فلا يمكن المطالبة بتعويضه، ويجب أن تكون العلاقة السببية مباشرة، وهذا يعني أنه لا تنعقد مسؤولية الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية إلا عن الضرر المباشر الذي يعد نتيجة حالة ومباشرة ولازمة للفعل الضار^(٣). ولا شك أن ذلك يقتضي وضع حد لتسلسل النتائج التي تترتب على الفعل الضار، ويصبح الضرر مباشراً في حالة إن كان نتيجته طبيعية للفعل الضار للشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية الذي أحدث الضرر، ولم يكن الاستطاعة تجنبه ببذل جهد معقول، أما إذا كان الضرر غير مباشر فتتقطع العلاقة السببية وبالتالي لا تتحقق مسؤولية هذه الشركة^(٤).

أما عبء إثبات العلاقة السببية فيقع على الشخص المضرور من الفعل الضار الصادر عن الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية، ذلك أن المضرور هو المدعي في المسؤولية التقصيرية والبيئة على من أدعى، ويمكن أن يلجأ إلى إثبات العلاقة السببية بكافة طرق الإثبات، والقاضي يستطيع أن يكون قناعته استناداً إلى الظروف والقرائن^(٥).

ويمكن للشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية نفي علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر عبر إثبات السبب الأجنبي الذي ساهم في حدوث الضرر وليس فعل الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية وفقاً لما ورد بنص المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

(١) د. عدنان سرحان ود. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، المرجع السابق، ص ٤٤١.

(٢) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٨، ص ٣٩٤.

(٣) Soulier, Jean-Luc, Best, Marcus, International securities law handbook, 2005, p.204.

(٤) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٥) د. عدنان السرحان ود. نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

المطلب الثالث

المسؤولية العقدية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية

تبنى المسؤولية العقدية للشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية على ثلاثة أركان أساسية، الأول: إخلال الشركة بالتزاماتها تجاه المتعاقد العميل، والثاني: الضرر الذي يلحق العميل نتيجة الخروج على شروط العقد المبرم بينهما، وأخيراً توافر العلاقة السببية بين إخلال الشركة بالتزاماتها العقدية، والضرر الذي لحق بالعميل.

يقصد بالإخلال "عدم تنفيذ واجب كان في الوسع تبينه والتزامه"^(١). ويشكل إخلال الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية الركن الأول الذي ينبغي توافره لانعقاد مسؤولية الشركة تجاه العميل المتعاقد، ولا يكفي لاعتبار الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية مخلّة بالتزامها مجرد الواقعة المادية وهي عدم قيامها بهذا الواجب على الوجه المرضي، سواء أكان ذلك بعدم قيامها بالتنفيذ أصلاً أم بتنفيذه تنفيذاً جزئياً أم معيباً أم متأخراً، بل إن الإخلال لا يتحقق من قبل هذه الشركة إلا بتوافر عنصرين، الأول: العنصر المادي وهو عدم قيام الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية بالتزاماتها على الوجه المقبول، والثاني: العنصر المعنوي ويتمثل بنسبة واقعة الإخلال بالتنفيذ إلى الشركة المتعاملة المكلفة بهذا الواجب من قبل العميل، وإذا لم يتوافر هذان العنصران لا نستطيع اعتبار هذه الشركة مخلّة، ذلك أن فكرة الإخلال تتضمن حتماً فكرة المؤاخذه، وبالتالي فلا يستوجب الإخلال إلا فعلاً يستوجب لوم فاعله^(٢).

إن التزام الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية تجاه العميل هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، ذلك أن طبيعة التعامل في البورصة والنصوص القانونية تتجه إلى تقرير هذا الالتزام، وينبغي على الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية تحقيق النتيجة المبتغاة والمعتبرة من العميل، وهي إجراء التعامل أو التوسط باسمها لمصلحة العميل، وتلتزم أيضاً بتسوية العقود التي تبرمها لمصلحة العميل، بحيث تدفع قيمة الصفقة مقابل نقل ملكية الأدوات المتعامل عليها إلى عميلها.

إن مجرد عدم قيام الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية بالتزامها المحدد في العقد المبرم مع العميل يربط الضرر في حقه، لذا فإن تخلف النتيجة المعينة يعني أن هناك إخلالاً بالعقد، ذلك أن هذه النتيجة هي محل الالتزام، فإذا لم تتحقق النتيجة

(١) د. إسماعيل غانم، محاضرات في القانون المدني مع التعمق، المسؤولية العقدية، دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العام الدراسي ١٩٧٥-١٩٧٦، ص ٣٠.

(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٠.

يبقى الالتزام غير منفذ، وبالتالي يحق للعميل إثارة مسؤولية الشركة العقدية والمطالبة بالتعويض من دون أن تقوم المحكمة بإجراء بحث حول سلوك الشركة، إذ لا أهمية في هذه الحالة لدرجة الإخلال^(١).

وقد يحدث الإخلال بالعقد المبرم من الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية، وقد يحدث هذا الإخلال من قبل العميل، ولكن موضوع دراستنا يقتضي فقط الإشارة إلى إخلال الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية بالتزاماتها العقدية حتى تنعقد مسؤوليتها، لذلك ينبغي الإشارة إلى أهم صور إخلال الشركة في التزاماتها العقدية.

أولاً - عدم قيام الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية بإجراء التعامل أو التوسط لمصلحة العميل:

لقد تبين لنا فيما سبق أن التزام الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية تجاه العميل المتعاقد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، والنتيجة المتوخاة من قبل العميل والتي كانت الباعث الدافع وراء إجراء هذا التصرف هو إبرام عقود التداول لمصلحته أو التوسط من خلال الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية، حيث تقوم هذه الشركة بإبرام عقد مع العميل يكون محله التعامل لمصلحته في البورصة الأجنبية أو التوسط لإبرام صفة معينة مقابل أجر يدفع من قبل العميل.

لذا؛ فإن العميل لا يجوز له أن يتعامل مباشرة في البورصة الأجنبية وإنما لابد من إجراء هذا التعامل عبر شركات متخصصة في هذه الأعمال تخضع للترخيص من الجهات المختصة، وبالتالي ينبغي على العميل اللجوء إلى هذه الشركات لكي تقوم بهذه الأعمال بالنيابة عنه، ولا شك أن الشركات المتعاملة في البورصة الأجنبية تتعامل باسمها ولكن لمصلحة العميل، حيث تقوم هذه الشركات بإصدار أوامر البيع أو الشراء بناء على طلب العميل، وعندما يرتبط بإيجاب إحدى الشركات بقبول الشركة الأخرى يتم إبرام العقد لمصلحة العملاء.

إن الالتزام الملقى على عاتق الشركة يتمثل بإبرام العقود في البورصات الأجنبية لمصلحة العميل، ولا يقف التزام هذه الشركات عند هذا الحد إنما يتجاوز ذلك إلى إلقاء التزام آخر على عاتقها يتمثل بتسوية هذه العقود بعد إبرامها، بحيث يفرض عليها التزام بإبرام عقود الملكية لمصلحة العميل ودفع الثمن للشركة الأخرى التي تمثل العميل الآخر، وبالتالي فإن عدم تنفيذها لهذا الالتزام أو تأخرها في التنفيذ أو إذا

(١) حسين عامر وعبد الرحمن عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف - الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧٩، ص ٢٩٣.

تم التنفيذ ولكن بشكل معيب فإن الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية تعقد مسؤوليتها العقدية تجاه العميل المتعاقد إذا ما لحق به ضرر بين نتيجة إخلال الشركة.

يعد من قبيل عدم تنفيذ الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية لالتزاماتها المترتبة عليها تجاه العميل المتعاقد، عدم تقيدها بالأوامر الصادرة إليها من قبل العميل وفقاً للشروط العقدية، حيث إن هذه الشركة تلتزم بتنفيذ كافة الأوامر بشكل غير منقوص، ولا يجوز لها أيضاً أن تتجاوز حدود هذه الأوامر، فكل خروج على هذه الأوامر سواء أكان بالتنفيذ المعيب أم بالتنفيذ الجزئي لها أم بتجاوز حدود هذه الأوامر، يشكل إخلالاً من الشركة بالتزاماتها العقدية يستوجب انعقاد مسؤوليتها تجاه العميل إذا لحق به ضرر نتيجة لذلك.

وتقسم الأوامر التي يصدرها العميل إلى الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية إلى نوعين:

- الأوامر المحددة: حيث ينبغي على الشركة المتعاملة أن تلتزم بتنفيذها بشكل تام غير منقوص، وتنفيذها دون زيارة أو نقصان، مثل تلك الأوامر الصادرة إلى الشركة بشراء ورقة مالية معينة بذاتها لمصلحة العميل، فيجب على الشركة أن تقوم بشراء هذه الورقة من دون غيرها من الأوراق المتداولة في البورصات الأجنبية، فإذا خالفت الشركة هذه الأوامر وقامت بشراء أوراق مالية غير محددة من قبل العميل صادرة عن شركات أخرى، فإن ذلك يعد إخلالاً بما ورد في العقد المبرم مع العميل يستوجب المؤاخظة^(١).

- الأوامر التقديرية: وهي تلك الأوامر التي يصدرها العميل للشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية، بحيث يترك لها الخيار في التصرف لمصلحته وفقاً لظروف التعامل في البورصات الأجنبية^(٢). إن محور عمل الشركة هنا هو تحقيق مصلحة العميل، كأن يصدر العميل أمراً ببيع ورقة مالية في البورصات الأجنبية وفقاً للسعر العادل من دون أن يحدد هذا السعر بشكل

(١) ممدوح الرشيدات، محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(٢) Mäntysaar, Petri, Comparative corporate governance: shareholders as a rule-maker, 2005, p. 243.

دقيق من قبله، أو أن يصدر أمراً للشركة بأن تشتري لمصلحته ورقة مالية قليلة المخاطر. لذا؛ فإن مخالفة الشركة لهذه الأوامر التقديرية وخروج الشركة عن مصلحة العميل بشكل فيه إجحاف في حقه، يعقد مسؤوليتها تجاه العميل عن كافة الأضرار التي لحقت به، ويستطيع أن يطالبها بالتعويض عن الضرر الذي لحق به^(١).

إن عدم قيام الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية بإجراء التعامل أو التوسط لمصلحة العميل يمثل إخلالاً عقدياً سواء كان إخلالاً بعدم تنفيذ أوامر العميل بشكل كامل أو بشكل جزئي أو إذا تأخرت في تنفيذ أوامره ولحقه ضرر نتيجة لذلك، إن كافة هذه الصور تؤدي إلى تخلف تحقيق النتيجة المبتغاة من قبل العميل وتشكل إخلالاً بالتزاماتها تجاهه وخرقاً للعقد المبرم بين الطرفين وتستوجب مسؤولية هذه الشركة^(٢).

ثانياً – عدم محافظة الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية على أسرار العميل:

هناك التزام مهم جداً يقع على عاتق الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية وهو: المحافظة على أسرار العميل، فلا يجوز للشركة أن تفصح عن أسرار عميلها بمناسبة تعاملها أو توسطها في البورصة الأجنبية لمصلحته إلا وفقاً لأحكام القانون^(٣). فإذا أفشت الشركة أسرار عملائها ولحق بهم ضرر فتنعقد مسؤولية الشركة العقدية تجاه العميل عن كافة الأضرار نتيجة هذا الإفشاء، حيث إن التزام الشركة بالمحافظة على أسرار العميل هو التزام بتحقيق نتيجة وهو التزام سلبي يقع على عاتقها.

ويقصد بالمعلومات السرية وفقاً لما ورد بنص المادة (٤) من قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠، كافة المعلومات غير المعروفة في صورتها النهائية أو في مكوناتها الدقيقة، وليس من السهل الحصول عليها في وسط المتعاملين عادة بهذا النوع من المعلومات، ولها قيمة تجارية نظراً

(١) د. صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية - دراسة قانونية، دون ناشر ٢٠٠٤، ص ٣٥٠.

(٢) د. عبد الفضيل محمد احمد، بورصات الأوراق المالية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، دون ناشر، ص ١٤٠.

(٣) Mallal, The Malayan law journal, 1987, p.82.

لكونها سرية، حيث أخضعها صاحبها لتدابير معقولة من أجل الحفاظ على سريتها، ولا تخالف النظام العام أو الآداب العامة.

عند الإمعان بما ورد بنص المادة (٤) من القانون السابق نجد أن معنى هذه المعلومات التجارية السرية ينطبق على المعلومات التي تمتلكها الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية عن العميل، من حيث إن هذه المعلومة غير معروفة وليس من السهل الحصول عليها بين العاملين ولها قيمة تجارية، وأن العميل أخضعها لتدابير معقولة من أجل المحافظة على سريتها ولا تخالف النظام العام والآداب العامة.

إن التزام الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية بعدم إفشاء أسرار العميل هو التزام سلبي بالامتناع عن عمل، ومصدر التزام الشركة بعدم إفشاء أسرار العميل هو العقد المبرم مع العميل ذاته، ذلك أن الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية تحتفظ بمناسبة القيام بعملها بوثائق ومعلومات وبيانات خاصة بالعمل وبعض حساباته، لذا؛ يجب عليها أن تقوم بالحفاظ عليها سواء أكانت عملية حفظها تتم بشكل يدوي أم بشكل إلكتروني، فلا تهم الوسيلة بقدر أهمية التزام الشركة بحفظها في مكان آمن حتى لا تتعقد مسؤوليتها العقدية^(١).

تسأل الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية عقدياً عن إفشاء أسرار العملاء التي تحتفظ بها تجاههم، وفي حالة قيام أحد الأشخاص المطلعين على هذه المعلومات بإفشاءها أو بالتعامل عليها سواء أكان اطلاعهم عليها بحكم وظائفهم أم بحكم مناصبهم أم بحكم مهنتهم، فتسأل الشركة تجاه العميل عن عملية الإفشاء وفقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع التي وردت بنص المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦^(٢).

(١) د. صالح راشد الحمراي، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

(٢) تنص المادة (٢٨٨) من القانون المدني على أنه: "١ - لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ - من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسدية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. ب - من كانت له على من وقع منه الأضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها. ٢ - ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به".

ذلك أن الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية لها سلطة فعلية في الرقابة والإشراف على العاملين والإداريين، وبالتالي تسأل الشركة عن إفشاء هؤلاء الأشخاص لمعلومات العميل المحتفظ بها لدى الشركة، وتنعقد مسؤولية الشركة تجاه العميل استناداً إلى مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع^(١).

يشكل قيام الأشخاص المطلعين في الشركات المتعاملة بالبورصة الأجنبية تعامل داخلي على تلك المعلومات غير المعلنة وفقاً لما ورد بنص المادة (١٠٨) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، حيث بينت أنه يعد مخالفة لأحكام القانون قيام أي شخص بتداول الأوراق المالية بنفسه أو حمل الغير على تداولها بناءً على معلومات داخلية غير معلنة، وأيضاً استغلال المعلومات الداخلية السرية المطلاع عليها من أجل تحقيق مكاسب مادية أو معنوية له أو لغيره، وأيضاً إفشاء المعلومات الداخلية لمرجع غير مختص أو إلى القضاء.

لذا؛ إذا قام الشخص المطلع على المعلومات الداخلية التي تتعلق بالعميل مع الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية بنفسه أو حمل الغير على التعامل على هذه المعلومات وحقق مكاسب مادية أو معنوية، فإن مسؤولية الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية تنعقد عن أعمال هذا المطلع المخالفة للقانون، وليس هناك ما يمنع أن ترجع الشركة على المطلع بما أحدث من ضرر ومطالبته بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

لقد ورد النص على حظر إفشاء معلومات العميل الخاصة غير المعلنة من قبل الوسيط بشكل عام في المادة (١٦/ج) من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان لسنة ٢٠٠٤، الصادرة سنداً لأحكام المادة (٦٧/ج) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، حيث حظرت على الوسيط القيام بأي تعامل يرد على أي ورقة لصالحه أو لصالح أحد العملاء بناءً على ما أطلع عليه من معلومات سرية غير معلنة، وحظرت على الوسيط أيضاً، أن يقوم بتنفيذ أي أمر لصالح أحد عملائه إذا علم الوسيط أن هذا الأمر مبني على معلومات سرية غير معلنة سواء أكان أمر شراء أم أمر بيع. كذلك نصت المادة (١٤/ب) من التعليمات السابقة على أن الوسيط يضمن سرية المعلومات التي تتضمنها الاستشارة المالية المعدة للنشر، ويضمن أيضاً عدم اطلاع أي من الموظفين الذين يعملون لديه غير المختصين على هذه المعلومات إلى حين نشرها.

(١) د. يحيى أحمد موافي، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانوناً، منشأة المعارف، الإسكندرية،

كذلك فقد حظرت المادة (١٢) من التعليمات السابقة على الوسطاء المعتمدين وعلى جميع موظفي الوسيط التداول بالأوراق المالية إلا من خلال الوسيط العاملين لديه، وهذه المسألة تعد ضمانة قانونية لعدم استغلال المعلومات السرية من قبل العاملين فيها، وبالتالي تحقيق مكاسب مادية أو معنوية نتيجة تداول الأوراق المالية بناءً على ما اطلعوا عليه من معلومات تتعلق بالعمل.

إن عمل الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية يعد من قبيل أعمال التوسط، لذا؛ يرى الباحث أن ما ورد في هذه التعليمات من حظر على الوسيط وموظفيه المطلعين على معلومات العميل من التعامل على تلك المعلومات السرية، ينسحب أيضاً على تعاملات الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية وموظفيها، وبالتالي تسأل هذه الشركات في مواجهة العميل عن كل ضرر يلحق به نتيجة استخدام معلومات العميل السرية في ذلك التعامل^(١).

ثالثاً - عدم التزام الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية بمتطلبات الإفصاح تجاه العميل:

لا شك أن التعامل في البورصات الأجنبية يتضمن العديد من المخاطر، ذلك أن طبيعة التعامل في هذه البورصات يقوم على عنصر المخاطرة، ومخاطر التعامل في البورصات الأجنبية يعد من أكثر المخاطر وقوعاً في الأعمال التجارية.

لذلك فقد اشترط نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨ في المادة (٦) أن يتضمن العقد المبرم بين الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية والعميل بنداً يتضمن توضيح هذا التعامل وطبيعته ومخاطره بشكل مسبق، بحيث إن هناك التزاماً عقدياً يقع على عاتق الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية يقضي بأن تقوم هذه الشركة بالإفصاح للعميل عن كافة المخاطر التي تحيط بالتعامل الذي يرغب العميل في إجرائه.

إن التزام الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية تجاه العميل هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، بحيث يجب على الشركة أن تبصر وتعلم العميل عن

(١) انظر في هذا الشأن: د. إبراهيم العموش، التعامل بالأوراق المالية بناءً على معلومات سرية ذات تأثير على أسعار الأوراق المالية (التعامل المحظور بالأوراق المالية)، مجلة مؤتم للبحوث والدراسات، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث، ١٩٩٧. د. أحمد عبد الرحمن الملحم، حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية "دراسة مقارنة" ط١، جامعة الكويت، ١٩٩٨.

مخاطر تعامله في هذه البورصات، وتحيطه علماً بكافة الظروف والتفاصيل التي تحيط بالتعامل أو التوسط فيها.

أما بالنسبة لنطاق هذا الالتزام من حيث وقته فهو يعد التزاماً سابقاً على إبرام العقد مع العميل وعلى إجراء التعامل أو التوسط في البورصة الأجنبية لمصلحة العميل، ولا يقتصر هذا الالتزام على المرحلة ما قبل التعاقدية إنما يمتد هذا الالتزام على عاتق الشركة في أثناء تنفيذ هذا التعامل أو التوسط لمصلحة العميل، فأية معلومات تطرأ في أثناء تنفيذ العقد المبرم مع العميل يجب على الشركة أن تبصر العميل فيها أولاً بأول، خاصة إذا كانت هذه المعلومات جوهرية شأنها أن تؤثر في قرار العميل بمواصلة التعامل في البورصة الأجنبية من عدمه، أما الظروف التي تستجد بعد إجراء التعامل أو التوسط فلا تسأل عنها الشركة.

فإذا علمت الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية أن هناك قراراً بإفلاس الشركة قد صدر أو أن المحكمة المختصة أصدرت حكماً بحل الشركة أو أن هذه الشركة متعثرة مالياً، أو أنه قد تم شطب تسجيلها، أو أن هناك هلاكاً قد أصاب أموالها بالكامل، أو بشكل جزئي؛ فإن الشركة المتعاملة يجب عليها إعلام العميل بذلك فوراً، وبالتالي فإن عدم إخبارها أو تأخرها في إخباره يرتب على عاتقها المسؤولية العقدية^(١).

أما من حيث نطاق هذا الالتزام فيما يتعلق بالمعلومة فيشمل كافة المعلومات التي تعلمها الشركة أو التي كان في وسعها أن تعلمها بحكم طبيعة عملها، فإذا أخفت هذه الشركة كافة المعلومات الجوهرية المؤثرة عن العميل المتعاقد أو أخفت جزءاً منها عن سوء نية مما ألحق الضرر بهذا العميل، فإن مسؤوليتها تنعقد تجاهه نتيجة سلوك هذه الشركة الذي يدل على سوء نيتها تجاهه.

وينبغي لكي تسأل الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية في حالة إخلالها بمتطلبات التبصير والإفصاح تجاه العميل توافر شروط عدة^(٢):

- ١ - أن تكون الظروف الطارئة متوافرة وقت إبرام العقد مع العميل، وكانت الشركة تعلم بها، أو استجدت هذه الظروف بعد إصدار العميل أو أمره للشركة أو في أثناء تنفيذ هذه الأوامر.

(١) د. صالح راشد الحمراي، المرجع السابق، ص ٣٧٤، د. توجان الشريدة، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(٢) د. توجان الشريدة، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

- ٢ - أن تكون هذه الظروف مؤثرة في قيمة التعامل أو التوسط الذي تجريه الشركة في البورصات الأجنبية، سواء بارتفاع على قيمة الصفقة أم انخفاضها، من حيث إن هذه الظروف من شأنها أن تؤثر في قرار العميل الاستثماري في حالة علمه بها.
 - ٣ - أن تكون الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية على علم بهذه الظروف المستجدة أو كان في وسعها أن تعلم بها وفقا لطبيعة عملها.
 - ٤ - عدم علم العميل المتعاقد مع الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية بهذه الظروف المستجدة.
- فإذا توافرت هذه الشروط فإن مسؤولية الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية تنعقد تجاه العميل، ويستطيع أن يطالبها بالتعويض عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة إخلال الشركة بالتزامها بعدم التبصير.

المبحث الثالث

الآثار القانونية التي تترتب على انعقاد المسؤولية المدنية للمشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية

إذا انعقدت مسؤولية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية تجاه العميل المتعاقد أو تجاه الغير المضرور، بحيث تم ارتكاب إخلال أو خطأ من الشركة المتعاملة وتم إثبات الضرر الذي لحق بالعميل أو الغير وتم إثبات العلاقة السببية بين الإخلال أو الخطأ والضرر، فإنه لا بد من إعمال الآثار القانونية الواردة في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، وتتمثل في جزاءات مدنية يتم إيقاعها على هذه الشركة سوف نتناولها تباعاً.

المطلب الأول

بطلان العقد المبرم بين الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية وبين العميل

فرضت المادة (١٩/أ) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ جزاء قانونياً مدنياً، يتمثل ببطلان العقد الذي يتم إبرامه بين الشركة غير المرخصة للتعامل أو التوسط في البورصات الأجنبية وفقاً لأحكام هذا القانون وبين العميل المتعاقد، ذلك أنه يفترض في الشركة التي ترغب بإجراء التعامل في البورصات الأجنبية لمصلحة العملاء أن تكون قد حصلت على ترخيص قانوني وفقاً لما ورد بالقانون السابق لممارسة هذه الأعمال، فإذا مارست هذه الشركة أعمالها دون الحصول على ترخيص فإن جميع التصرفات التي تقوم بها تعتبر باطلة وذلك بسبب مخالفة الشكل الذي فرضه القانون لانعقادها.

لقد نصت المادة (١٩/أ) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية أنه "يعتبر باطلاً أي عقد أو اتفاق يبرمه أي شخص غير مرخص وفق أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه لغايات التعامل لصالح شخص آخر في البورصات الأجنبية أو التوسط فيها...".

أوردت المادة (١٦٨/١) من القانون المدني الأردني أن "العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة".

بالتمعن بهذا المادة نجد أن الاتفاق الذي أبرم بين الشركة غير المرخصة

بالتعامل في البورصات الأجنبية والعميل المتعاقد قد خالف أحكامها. ذلك أن هناك شكلاً حدده قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ يجب على الشركة أن تتقيد به، من حيث الحصول على ترخيص من مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية، ومن حيث شكل التصرف وهو إبرام عقد بين الشركة والعميل، والترخيص أمر لازم لإبرام مثل هذا التعاقد لمصلحة العميل، فإذا لم تكن الشركة مرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية فإن هذا العقد يعدّ باطلاً.

إن البطلان يعد جزءاً قانونياً يترتب على مخالفة شروط العقد وبالتالي يجب أن يتوافر هذا الخلل وقت إبرام العقد^(١)، ذلك أن أهلية التصرف للشركة المتعاقدة وقت إبرام العقد مع العميل تعد غير متوافرة بسبب عدم اكتساب الشركة للشخصية الاعتبارية، حيث إن الأهلية تعد من أهم الآثار التي تترتب على اكتساب الشركة للشخصية الاعتبارية وفقاً لما ورد بنص المادة (٥١/٢/ب) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، لذا فإن الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية تكون غير مسجلة، ومن ثم غير مكتسبة للشخصية الاعتبارية، وبالتالي لا تكون أهلاً للتصرف لمصلحة نفسها ولمصلحة العميل في البورصات الأجنبية.

أما عن الأثر القانوني لهذا البطلان، فهو يعد من قبيل البطلان الكلي، ويذهب جانب من الفقه^(٢) إلى أن البطلان المطلق بحق هو الذي يترتب في الحالات الخطرة، أو الأمراض القاضية، ذلك أن هذا العقد يولد ميتاً ويكون هو والعدم سواء، بسبب تخلف شرط من شروط انعقاده كانهدام الرضا أو عدم وجود المحل أو غير مشروعية السبب أو تخلف الشكل في العقود الشكلية.

لذا فإن بطلان العقد المبرم بين الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية والعميل من أجل إحداث التعامل أو التوسط لمصلحته في البورصة الأجنبية يقع بقوة القانون ودون حاجة لإصدار حكم من القضاء بذلك، حيث إن هذا العقد معدوم ولا يوجد حاجة لقرار بإعدامه^(٣).

(١) د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، دون ناشر، ٢٠٠٠، ص ٢٩٣.

(٢) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٩٥. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، دون تاريخ نشر. ص ٢٨٣.

(٣) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

ويستطيع كل من له مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد المطلق ولا يمكن إجازة هذا العقد الباطل، ذلك أن البطلان المطلق لا يمكن شفاء العقد منه لأنه عدم وبالتالي لا يمكن أن تعود الحياة إليه ولا يقبل الإجازة ولا التقادم^(١).

أما في التشريع الأردني فإن البطلان المطلق يعتري العقد المبرم بين الشركة غير المرخصة المتعاملة في البورصة الأجنبية والعميل المتعاقد بسبب مخالفة هذا العقد للمصلحة العامة. ومن ثم لا بد من الرجوع إلى المحكمة المختصة لإصدار قرار بإبطال هذا العقد، ذلك أنه يوجد عقد حقيقي أبرم بين الشركة غير المرخصة والعميل المتعاقد، وبالتالي فإن القضاء يجب عليه أن يتأكد من صحة العقد أو بطلانه، لذا فإن أحكام القضاء هي كاشفة لهذا البطلان ولا أثر لنوع البطلان على سلطة القاضي.

كذلك فإن البطلان المطلق يستطيع التمسك به كل ذي مصلحة، من أجل فتح الباب لإبطال التصرفات المخالفة للمصلحة العامة، لذا فكلما كثر من لهم حق طلب البطلان كلما زادت فرصة الحكم به من قبل القضاء^(٢).

وفي هذا الصدد تحدثت المادة (١٦٨/٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ أنه "ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها".

كذلك فإن المشرع الأردني جعل هناك دعوى خاصة بالبطلان، وهذا يؤكد أن البطلان لا يتقرر إلا بصدر حكم من القضاء المختص، لذا فإن دعوى البطلان تقبل التقادم ومدة تقادمها هي خمس عشرة سنة، حيث ورد بنص المادة (١٦٨/٣) من القانون المدني الأردني "ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من العقد".

إن الأثر القانوني لصدور الحكم القضائي بالبطلان المطلق للعقد المبرم بين الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية والعميل هو عدم إجازة هذا التصرف، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر وفقا لما ورد بنص المادة (١٦٨/١) من القانون المدني الأردني. أما بالنسبة للأثر القانوني لصدور الحكم بالبطلان المطلق لهذا العقد وفقا لنص المادة (١٩/أ) من قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، هو أن العقد يعتبر كأن لم يكن، بحيث يجب إعادة الحال إلى ما

(١) د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٩٧.

كانت عليه قبل التعاقد، إذ إن العميل يستطيع أن يسترد كامل المبلغ الذي قام بدفعه إلى الشركة غير المرخصة للتعامل أو التوسط في البورصات الأجنبية لمصلحته، كذلك يستطيع الحصول على الفائدة القانونية وتحسب هذه الفائدة من تاريخ دفعها وحتى تاريخ استردادها من تلك الشركة غير المرخصة.

ويثار التساؤل في هذا الصدد هل يتناسب تقرير البطلان كجزاء قانوني مع طبيعة التعامل في البورصات الأجنبية؟

يرى الباحث أن تقرير البطلان المطلق كجزاء للعقد المبرم بين الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية والعميل المتعاقد لا يتناسب مع طبيعة التعامل في البورصات الأجنبية، حيث إن التعامل لمصلحة العميل أمام بورصات الأوراق المالية مثلاً يقتضي إبرام عقد تداول بين البائع وبين مشتري هذه الأوراق من خلال الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية، ويتم توثيق هذه العقود أمام الجهات المختصة بذلك في تلك البورصات، وبالتالي فإن هذا العقد يعتبر باطلاً بحكم القانون، فهب أن المشتري قام بالتصرف بهذه الأوراق المالية ببيعها إلى مشترٍ آخر ومنه إلى آخر، فكيف يمكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه، لذا أرى أن هذا الجزاء المدني لا يتناسب البتة مع طبيعة التعامل في البورصات الأجنبية، ولذا لا بد من تعديل هذا النص بحيث يصبح الجزاء المناسب هو مطالبة العميل للشركة غير المرخصة بالتعويض.

وما يدفعنا للقول بذلك أن قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، أورد بنص المادة (١١٤/أ) أن الأوراق المتداولة تمنح الصفة النهائية والقطعية لتداولها في الأسواق المالية، وقرر في الفقرة (ج) عدم جواز إلغاء التسويات النهائية لعقود التداول في السوق، لذا فإن المشرع الأردني يقرر بصورة واضحة وصريحة أن البطلان لا يجوز إعماله في العقود المبرمة في هذا السوق، فإذا كان المشرع الأردني قد قرر نهائية عقود التداول المبرمة في البورصة الأردنية فإنه من باب أولى أن يقرر هذا الأمر بالنسبة للعقود التي يتم إبرامها في البورصات الأجنبية، وبالتالي أن يطالب العميل بالتعويض هو الصواب. إن تقرير البطلان يقوض استقرار المعاملات في البورصات الأجنبية، ذلك أن هناك صعوبات تمنع إبطال عقود التداول تتمثل بسرعة انتقال ملكية الأوراق المالية، وحتى يتم ضمان مصداقية التداول، وحماية حقوق الغير حسن النية.

المطلب الثاني

تقرير المسؤولية التضامنية لإدارة الشركة غير المرخصة بالتعامل في البورصات الأجنبية والشركاء فيها

لقد قرر المشرع الأردني المسؤولية التضامنية بين الشركة غير المرخصة المتعاملة في البورصة الأجنبية وبين الشركاء فيها وإدارة الشركة تجاه العميل المتعاقد وفقاً لما ورد بنص المادة (١٩/ب) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، ومهما كان نوع الشركة المتعاملة سواء أكانت شركة تضامن أم شركة توصية بسيطة أم شركة مساهمة عامة أم شركة مساهمة خاصة أم شركة توصية بالأسهم أم شركة ذات مسؤولية محدودة. ذلك أن هذا القانون ينظر إلى هذه الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصة الأجنبية نظرة واحدة دون تمييز خصائص هذه الشركات عن بعضها وفقاً لما ورد بنص المادة (١٩/ب/١) من هذا القانون.

وتقرير المسؤولية التضامنية بين الشركاء والشركة معاً يعد خروجاً عن القواعد العامة في المسؤولية التضامنية في قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧، ذلك أن فكرة المسؤولية التضامنية في القانون الأردني تبنى على فكرة التضامن بين الشركاء، حيث نصت المادة (٢٦/أ) من هذا القانون أنه "يعتبر الشريك في شركة التضامن مسئولاً بالتضامن والتكامل مع سائر شركائه عن الديون والالتزامات التي تترتب على الشركة في أثناء وجوده شريكاً فيها".

لذا؛ فإن العميل يستطيع أن يرجع على الشركة غير المرخصة أو على الشركاء في ذات الوقت من أجل الحصول على أمواله وديونه، حيث إن المشرع الأردني افترض في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية التضامن بين الشركة والشركاء، وبالتالي تقف الشركة والشركاء على قدم المساواة في سداد ديون العميل، وفي ذلك خروج عن نص المادة (٢٧) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ التي قيدت دائن الشركة بالرجوع أولاً على أموال الشركة وفي حالة عدم كفايتها يجوز أن يعود على أموال الشركاء الشخصية^(١).

(١) تنص المادة (٢٧) من قانون الشركات الأردني على أنه "يجوز لدائن شركة التضامن مخاصمة الشركة والشركاء فيها، إلا أنه لا يجوز له التنفيذ على الأموال الخاصة للشركاء فيها لتحصيل دينه إلا بعد قيامه بالتنفيذ على أموال الشركة، فإذا لم تكف هذه الأموال لتسديد دينه فله بعد ذلك الرجوع بما تبقى منه على الأموال الخاصة للشركاء، ولكل شريك الرجوع على الشركاء بنسبة ما دفعه عن كل منهم من دين الشركة".

إذا؛ للعميل الحق في مطالبة الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية بمقدار دينه واسترداد المبالغ التي قام بدفعها والفوائد الاتفاقية والقانونية التي تترتب عليها أو أن يطالب بها أي شريك، من دون أن يدفع الشريك بوجوب العودة إلى أموال الشركة أولاً بحجة أنه لا يستطيع أن يطالب الذمة المالية للشركة والذمة المالية للشركاء في الوقت ذاته.

وإذا كانت أحكام المسؤولية التضامنية الواردة في قانون الشركات الأردني تشكل تعارضاً مع ما ورد في قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية، فإن ما ورد في قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية هو الذي سيطبق وذلك وفقاً لما ورد بنص المادة (٢٦) منه حيث أوردت أنه "لا يعمل بأي نص ورد في أي تشريع آخر إلى المدى الذي يتعارض فيه مع أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه".

يرى الباحث أن المركز القانوني للشريك في الشركة غير المرخصة المتعاملة في البورصات الأجنبية هو مركز الكفيل المتضامن مع المدين الأصلي وهو الشركة غير المرخصة. أما بالنسبة لمركز الشريك المتضامن عن التزامات الشركة في غير الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية فهو مركز الكفيل العادي للشركة، وبالتالي لا تضامن بين الشركاء والشركة عن سداد الديون وإنما التضامن قائم بين الشركاء أنفسهم^(١).

حيث تجيز نص المادة (١٦/ب) من قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية أن يطالب بدينه الشركة أو الشركاء، فإذا لم يحصل المتعاقد أو الغير على مبلغ الدين فيستطيع أن يقوم بالتنفيذ على أموال الشركة أو على أموال أي من الشركاء، والشريك الذي يقوم بتسديد ديون العميل يحل محل العميل في المطالبة بما دفع في مواجهة الشركة والشركاء، حيث يستطيع مطالبة الشركاء بدفع المبالغ التي قام بدفعها إلى العميل بنسبة حصة كل واحد منهم في رأس مال الشركة، ذلك أن فكرة التضامن هذه تقتصر على ديون الشركة تجاه الغير أو العميل ولا تمتد إلى ديون الشركاء بعضهم تجاه الآخر^(٢).

لقد خرج المشرع الأردني عن القواعد العامة في المسؤولية التضامنية مرة أخرى، حينما أورد في نص المادة (١٩/٢/ب) من قانون تنظيم التعامل في البورصة الأجنبية أن مسؤولية الشركة المساهمة العامة غير المرخصة وأعضاء مجلس إدارتها

(١) انظر: د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٢) د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

ومديرها العام هي مسؤولية تضامنية فيما بينهم تجاه العميل المتعاقد، والأصل العام أن مسؤولية الشركة المساهمة العامة هي مسؤولية محددة تجاه الدائنين، ولا يسأل المساهم عن ديون الشركة إلا بمقدار حصته في رأس مال الشركة وفقاً لما ورد بنص المادة (٩١) من قانون الشركات الأردني التي تنص على أنه: "تعتبر الذمة المالية للشركة المساهمة مستقلة عن الذمة المالية لكل مساهم فيها، وتكون الشركة بموجوداتها وأموالها مسئولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها، ولا يكون المساهم مسئولاً تجاه الشركة عن تلك الديون والالتزامات إلا بمقدار الأسهم التي يملكها في الشركة" (١).

إلا أنه ولخطورة الشركات غير المرخصة المتعاملة في البورصات الأجنبية على الادخار العام، ولقيامها ببعض الأعمال غير المشروعة أوجد المشرع الأردني المسؤولية التضامنية بين الشركة ومجلس إدارتها تجاه العميل المتعاقد، بحيث يستطيع العميل أن يعود إلى أموال الشركة أو إلى أموال أي من الشركاء من أجل تحصيل المبالغ المدفوعة لها والفوائد القانونية المترتبة عليها.

وهذا الخروج عن القواعد العامة له ما يبرره، حيث إن واقع التعامل في البورصات الأجنبية قبل صدور هذا القانون كان واقعاً مريباً، حيث عمدت الشركات غير المرخصة إلى الاحتيال على المواطنين من أجل الحصول على مبالغ مالية والادعاء بتشغيل هذه المدخرات لمصلحتهم في البورصات الأجنبية من أجل تحقيق أرباح كبيرة، فمن أجل حماية مدخرات المواطنين والادخار العام أوجد المشرع الأردني هذا التضامن وإن كان فيه خروج عن حكم القاعدة العامة في المسؤولية التضامنية، ولكن هذه الشدة في التعامل مع هذه الشركات أمر مستحب لحماية المصلحة العامة.

إن المسؤولية التضامنية للشركات غير المرخصة في التعامل بالبورصات الأجنبية وللشركاء فيها وللإدارة تعد من النظام العام، وبالتالي فإن أي اتفاق يعفي هؤلاء الأشخاص من المسؤولية التضامنية تجاه الغير أو تجاه العميل يعد باطلاً.

لم يفرق المشرع الأردني في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ بين المتعامل مع الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية حسن النية والمتعامل سيئ النية، وكان أولى بالمشرع الأردني أن يقرر هذه المسؤولية التضامنية تجاه المتعامل حسن النية الذي لا يعلم أن الشركة

(١) د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٤٧١.

غير مرخصة للتعامل في البورصة الأجنبية، أما المتعامل سيئ النية والذي يعلم أن الشركة غير مرخصة بشكل مسبق وارتضى التعامل معها رغم ذلك، فإن تقرير المسؤولية التضامنية تجاهه يعد مكافأة له على تواطئه مع هذه الشركة، وهذا لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم، لذا كان على المشرع أن يفرق بين هذين النوعين من المتعاملين.

لم يحدد القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية مدة لتقادم المسؤولية تجاه الشركة والشركاء والإدارة، ولذلك لابد من الرجوع في هذا الصدد إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وكان الأجدر بالمشرع الأردني أن يحدد مدة تقادم خاصة بهذا النوع من المسؤولية وذلك بسبب تأثير تعامل هذه الشركات على الأمن الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع.

المطلب الثالث

تصفية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية

يستطيع مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية أن يقوم بإصدار قرار بتصفية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية في حال إلغاء ترخيصها وفقاً لما ورد بنص المادة (٢٢) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه.

ويقصد بتصفية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية "مجموعة الأعمال والإجراءات التي تتخذ لاستيفاء حقوق الشركة وسداد ديونها وحصر موجوداتها بقصد تحديد صافي أموال الشركة التي توزع بين الشركاء بطريق القسمة"^(١).

لم يحدد المشرع الأردني في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية الحالات التي يجوز فيها تصفية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية، إلا أنه يستنتج أن أي مخالفة جوهرية لأحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه يمكن أن تكون سبباً في تصفية هذه الشركات، فإذا نقص رأس مال الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية عن الحد الأدنى اللازم توافره وفقاً لنص المادة (٣) من نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨، ولم يقيم الشركاء بدفع المبلغ الناقص فإن ذلك قد يؤدي بالمجلس إلى اتخاذ قرار بتصفية الشركة، كذلك فإن عدم إبرام عقد بين هذه الشركة وعملها خلافاً لنص المادة (٦) من النظام

(١) تمييز حقوق رقم (٩١/٦١٤) مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٩٢، ص ٢١٢.

السابق أو قيام الشركة بعمليات غير سليمة وغير آمنة لمصلحة عملائها أو دائنيها وفقاً لنص المادة (٢٠/أ) من قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية أو مخالفة أي حكم ورد في هذا القانون يبرر للمجلس اتخاذ قرار بتصفيتها.

إذا توافرت أي من هذه الأسباب واتخذ قرار التصفية فإنه لا بد من تسوية كافة العلاقات القانونية التي نشأت عن الوجود القانوني للشركة، سواء أكانت هذه العلاقات بين الشركة والشركاء أم بين الشركة والغير أم المتعاقد معها، ولا شك أن ذلك يوجب تصفية الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية بوصفها شخصاً قانونياً مستقلاً بذاته، ويتمتع بأهلية وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء؛ لذا لا بد من قسمة موجوداتها الصافية بين الشركاء وتحديد مصير كافة حقوق الغير تجاه الشركة الذين لم يتقدموا لاستيفائها من موجودات الشركة^(١).

إن مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية يملك سلطة تقديرية واسعة في إصدار القرار بتصفية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية، إلا أن قراره ليس نهائياً، ويستطيع المتضرر من إصدار قرار التصفية أن يطعن به أمام محكمة العدل العليا وفقاً لنص المادة (٢٢/ب) من قانون تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية.

بعد صدور قرار تصفية الشركة من المجلس أو من قبل محكمة العدل العليا إذا تم الطعن بقرار المجلس أمامها فإن كافة سلطات مديري الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية تنتهي، ولا تعد للمدير أي صفة قانونية في تمثيل هذه الشركة، ويتم اختيار شخص يدعي المصفي لتمثيل هذه الشركة والقيام بكافة الأعمال اللازمة لتصفيتها، ووفقاً لنص المادة (٢٢/٢) من القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية، ويكون مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية هو المصفي، ويستطيع هذا المجلس أن يفوض أي موظف يتبع له للقيام بواجبات المصفي، كذلك يستطيع المجلس تفويض صلاحياته إلى لجنة مكونة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة أعضاء من ذوي الخبرة والاختصاص من غير موظفي المجلس.

ولم يبين هذا القانون الإجراءات التي يجب على المصفي أن يقوم بها، ولم يحدد واجباته، وإنما أحال ذلك إلى التشريعات ذات العلاقة وأهمها قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.

وبالعودة إلى قانون الشركات نجد أنه إذا كانت الشركة المتعاملة في البورصة الأجنبية التي صدر قرار بتصفيتها وتتخذ شكل شركة التضامن أو شركة التوصية

(١) د. عزيز العكلي، المرجع السابق، ص ٨٥.

البسيطة فإنه يطبق على تصنيفاتها ما ورد بالمواد من (٣٥-٤٠) منه، وإذا كانت الشركة تتخذ شكل الشركة المساهمة العامة أو الشركة المساهمة الخاصة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم فيطبق على تصنيفاتها ما ورد بالمواد من (٢٥٢-٢٧٢) من قانون الشركات، وإذا لم يوجد نص في هذا القانون تطبق الأحكام القانونية الواردة في المواد من (٦٠٦-٦١٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

وتبقى الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية التي صدر قرار بتصنيفاتها مكتسبة للشخصية الاعتبارية وذلك بالقدر اللازم لممارسة أعمال التصفية وإجراءاتها وفقا لما ورد بالمادة (٣٥/ب) والمادة (٢٥٤/أ) من قانون الشركات، ويمثلها في تصرفاتها المصفي وتنتهي سلطة إدارة الشركة لمصلحة المصفي.

الخاتمة والتوصيات:

لقد اتضح من خلال هذه الدراسة أن المشرع الأردني لم ينظم المسؤولية المدنية للشركات المتعاملة في البورصات في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨، وأنه أحال ذلك إلى القواعد العامة في المسؤولية بموجب نص المادة (٢٠/ج) منه؛ لذا فقد تناول المبحث الأول ماهية البورصات الأجنبية من حيث تعريفها والأشخاص المتعاملين فيها والشروط التي فرضها هذا القانون على الشركات لممارسة أعمالها. أما المبحث الثاني فقد خصص للحديث عن الطبيعة القانونية لمسؤولية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية من حيث تكيفها ومسؤوليتها التقصيرية والعقدية، أما المبحث الثالث فقد تناول الآثار القانونية التي تترتب على انعقاد مسؤولية الشركة المدنية.

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى توصيات عدة تتمثل فيما يأتي:

- ١ - إن القواعد العامة في المسؤولية المدنية تكفي من حيث المبدأ لكي تحكم مسؤولية الشركات المتعاملة في البورصات الأجنبية، لكن هذه القواعد تحتاج إلى مزيد من التطوير من أجل مواكبة مخاطر التعامل في البورصات الأجنبية التي تقوم أساساً على فكرة المخاطرة.
- ٢ - إن القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية لم ينص على الطعن في قرار المجلس بعدم الموافقة على تسجيل الشركة، ولا شك أن ذلك يعد نقصاً تشريعياً ينبغي تداركه.
- ٣ - إن الحد الأدنى الذي اشترطه النظام في رأسمال الشركة مبالغ فيه إلى حد كبير،

- ويشكل قيداً خانقاً على الشركات التي ترغب بممارسة العمل في البورصات الأجنبية لمصلحة العملاء، يجب على المشرع تخفيف هذا القيد المالي المبالغ فيه، وتخفيف الحرص غير المبرر على مصلحة العملاء.
- ٤ - يجب على المشرع الأردني التخفيف من الرسوم المتطلبة من الشركات التي ترغب بممارسة التعامل في البورصات الأجنبية عند تأسيسها؛ لأنها رسوم كبيرة ومبالغ فيها ولا تشجع التعامل في هذا القطاع الهام.
- ٥ - يجب على المشرع الأردني أن يضع معايير خاصة لتحديد الضرر، يتفق مع طبيعة التعامل في البورصات الأجنبية، مع الأخذ في الاعتبار المخاطر التي يكتنفها التعامل في تلك البورصات.
- ٦ - يجب على المشرع الأردني أن يورد نصاً في القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨ يتضمن حماية المعلومات المتوافرة لدى الشركة عن عملائها من التعامل عليها من قبل الأشخاص المطلعين وتحقيق مكاسب مادية أو معنوية غير مشروعة لمصلحتهم.
- ٧ - يجب على المشرع الأردني أن يقرر للعميل المطالبة بالتعويض كجزاء مدني عن التصرفات التي تقوم بها الشركة غير المرخصة للتعامل في البورصات الأجنبية، ذلك أن تقرير بطلان هذه التصرفات يتعارض مع طبيعة التعامل في البورصات الأجنبية ويقوض استقرارها ويضر بالغير حسن النية ويؤثر سلباً على مصداقية التداول في هذه البورصات.
- ٨ - ينبغي على المشرع الأردني أن يفرق بين المتعامل حسن النية مع الشركة المتعاملة في البورصات الأجنبية والمتعامل سيئ النية، بحيث يقرر المسؤولية التضامنية تجاه المتعامل حسن النية الذي لا يعلم أن الشركة غير مرخصة للتعامل في البورصة الأجنبية، أما المتعامل سيئ النية الذي يعلم أن الشركة غير مرخصة بشكل مسبق وارتضى التعامل معها رغم ذلك فلا يجوز تقرير هذه المسؤولية تجاهه.
- ٩ - لم يحدد القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية مدة لتقادم المسؤولية تجاه الشركة والشركاء والإدارة، ويجب على المشرع الأردني أن يحدد مدة تقادم خاصة بهذا النوع من المسؤولية، وذلك بسبب تأثير تعامل هذه الشركات على الأمن الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع.

المراجع

المراجع العربية:

١ - الكتب:

- ١ - د. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دون ناشر، القاهرة، ١٩٩١.
- ٢ - د. أحمد عبد الرحمن الملحم، حظر استغلال المعلومات غير المعلنة الخاصة بالشركات في التعامل بالأوراق المالية "دراسة مقارنة" ط١، جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- ٣ - د. إسماعيل غانم، محاضرات في القانون المدني مع التعمق، المسؤولية العقدية، دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العام الدراسي ١٩٧٥-١٩٧٦.
- ٤ - د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٨.
- ٥ - د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، دون ناشر، ٢٠٠٠.
- ٦ - حسين عامر وعبد الرحمن عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف - الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧٩.
- ٧ - د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
- ٨ - د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون ناشر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.
- ٩ - د. صالح راشد الحمراني، دور شركات السمسرة في بورصة الأوراق المالية - دراسة قانونية، دون ناشر، ٢٠٠٤.
- ١٠ - د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- ١١ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- ١٢ - د. عبد الفضيل محمد أحمد، بورصات الأوراق المالية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، دون ناشر.

- ١٣- د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
- ١٤- د. عدنان السرحان و د. نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.
- ١٥- د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح الشركات التجارية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.
- ١٦- د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٤٧١.
- ١٧- د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (الجزء الثاني- أحكام الالتزام - دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، ٢٠٠٤.
- ١٨- د. محمد ليبب شنب، الموجز في مصادر الالتزام "المصادر غير الإدارية" دون ناشر، بيروت، ١٩٦٩.
- ١٩- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٧٨.
- ٢٠- ممدوح الرشيدات، محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية، الطبعة الأولى، دار الخليج، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٤٠.
- ٢١- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٢.
- ٢٢- وليد صافي و انس البكري، الأسواق المالية والدولية، الطبعة الأولى، دار المستقبل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٢٧.
- ٢٣- د. يحيى أحمد موافي، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانوناً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٠٩.

٢ - الرسائل الجامعية:

- ١- د. توجان فيصل الشريدة، النظام القانوني لعمل شركات الوساطة المالية في سوق الأوراق المالية الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، ٢٠٠٤.
- ٢- د. فؤاد صالح درادكة، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، رسالة، ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥.
- ٣- د. مصطفى كمال وصفي، المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

٣ - الأبحاث والمقالات:

- ١ - د. إبراهيم العموش، التعامل بالأوراق المالية بناءً على معلومات سرية ذات تأثير على أسعار الأوراق المالية (التعامل المحظور بالأوراق المالية)، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث، ١٩٩٧.
- ٢ - د. محمد الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، العدد ١، ١٩٨٧.
- ٣ - د. يوسف منصور، مشكلة شركات البورصة الأجنبية أين بدأت وما سببها على الموقع الإلكتروني www.alghad.com.

٤ - قرارات المحاكم:

- قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم (٩١/٦١٤) مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٩٢، ص ٢١٢.
- قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم (٢٠٠٤ / ٦١٩) تاريخ ١٨/٧/٢٠٠٤، منشورات مركز عدالة.
- قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم (١١٤٥ / ٨٤٩) تاريخ ١٩٩١، منشورات مركز عدالة.
- قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم (٢٤) في الدعوى رقم (٢١١) / ٢٠١٠ غير منشور.

٥ - القوانين والأنظمة:

- ١ - القانون المدني الأردني (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
- ٢ - قانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠.
- ٣ - قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.
- ٤ - القانون المؤقت لتنظيم التعامل في البورصات الأجنبية رقم (٥٠) لسنة ٢٠٠٨.
- ٥ - نظام تنظيم التعامل في البورصات المالية العالمية لسنة ٢٠٠٨.
- ٦ - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين الأردنيين، الطبعة الثالثة.
- ٧ - قانون الجرائم الاقتصادية رقم (١١) لسنة ١٩٩٣.

٨ - قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢.

٩ - قانون محكمة أمن الدولة رقم (٤٤) لسنة ٢٠٠١

٦ - المقابلات والزيارات الميدانية:

١ - زيارة ميدانية إلى مقر مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية في عمان يوم الأربعاء الموافق ٢٠/٧/٢٠١١.

٢ - مقابلة شخصية مع أمين عام مجلس تنظيم التعامل في البورصات الأجنبية يوم الأربعاء الموافق ٢٠/٧/٢٠١١ في مقر المجلس - عمان.

٧ - المواقع الإلكترونية:

- 1 - www.alghad.com.
- 2 - www.pm.gov.jo.
- 3 - www.addustour.com.
- 4 - www.ejjbed.com.

المراجع الأجنبية:

- 1 - Carboonier, Jean; Droit Civil - 4 - les Obligation Unibersitaires de 4th edition, paris, 1982.
- 2 - Das, Dilip K.; International finance: contemporary issues, - 1999.
- 3 - Mäntysaar, Petri; Comparative corporate governance: share-holders as a rule-maker, 2005.
- 4 - Mallal, Bashir Ahmad; The Malayan law journal, 1987.
- 5 - Sedik, Tahsin Saadi, Martin Petri; The Jordanian stock marlet, 2006.
- 6 - Soulier, Jean-Luc, Marcus Best; International securities law handbook, 2005.
- 7 - Papadopoulos, Panagiotis; Role and Function of Stock Markets, 2011.
- 8 - Waikeung Chan; Investing in foreign stock markets, 1993.

القاضي الطبيعي "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"

أحمد نجيب قربي
كلية الحقوق - جامعة حلب
الجمهورية العربية السورية

ملخص:

يتناول البحث دراسة مبدأ القاضي الطبيعي الذي يعد الجهة الأمانة على حق التقاضي، وذلك في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

قسمنا البحث إلى أربعة مطالب، ندرس في الأول مفهوم القاضي الطبيعي في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لنتوصل في نهاية المطب إلى وضع تعريف محدد لمبدأ القاضي الطبيعي.

وفي المطب الثاني ننتقل إلى دراسة عناصر القضاء الطبيعي التي تتمثل في خمسة عناصر أساسية تتمثل في أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون قبل نشوء الدعوى بشرط أن تكون ولايتها دائمة، وأن تتوافر في هيئة المحكمة ضمانات التخصص والكفاءة، وأن يضمن القانون لهذه الهيئة حصانة ضد العزل.

ونبحث في المطب الثالث شروط القاضي الطبيعي التي تجسد في شرطي كفالة حق الدفاع وتعدد درجات التقاضي.

لنختتم البحث بمطلب رابع نبين فيه مدى بعض أنواع القضاء المتخصص، كالقضاء العسكري ومحاكم الأحداث، من القضاء الطبيعي.

مقدمة:

ارتبكت فكرة القضاء الطبيعي مع ظهور مصطلح القضاء الاستثنائي، فقد كان القضاء، بداية، يشكل جهة واحدة تمد ولايتها على جميع المنازعات، ومع اتساع رقعة الدولة وازدياد رقعة الدولة وازدياد عدد السكان بدأ القضاء العادي ينقسم إلى عدة أقسام استناداً إلى مبدأ التخصص، وكان القاسم المشترك بين هذه الأقسام المتخصصة هو أنها تتمتع بالضمانات والميزات نفسها.

غير أنه، ومع بداية القرن العشرين، بدأت بعض الأنظمة تسن التشريعات الخاصة التي تم على أساسها إنشاء بعض جهات القضاء الخاصة في منازعات معينة أو لمحاكمة أشخاص محددين، وما ميز هذه الجهات هو أن المشرع نزع عنها بعض الضمانات والميزات التي يتمتع بها القضاء العادي، فاصطلح على تسمية هذه الجهات

بالقضاء الاستثنائي تمييزاً لها عن القضاء العادي أو الطبيعي والذي يعد الجهة الوحيدة التي يستطيع الفرد ممارسة حقه في التقاضي أمامها، لأن لجوء الفرد إلى جهة مستقلة ومحيدة تتمتع بالضمانات اللازمة التي تمكنها من قول كلمة الحق، هو جوهر حق التقاضي وهذا ما يتوافر أمام القضاء الطبيعي دون الاستثنائي.

ونظراً لأهمية هذا المبدأ، فقد قام المشرع الدستوري، في بعض الدول العربية، بالنص عليه صراحة في صلب الوثيقة الدستورية، إذ جاء في المادة (٢١) من الإعلان الدستوري المصري الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣١ ما يلي: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا...." (١).

إن تكريس مفهوم القضاء الطبيعي دستورياً يعني بمفهوم المخالفة عدم دستورية القضاء الاستثنائي، فإنشاء جهات قضائية استثنائية، فضلاً عن أنه يخل بمبدأ المساواة أمام القضاء، فإنه يتعارض مع كفالة حق الفرد باللجوء إلى قاضيه الطبيعي، خاصة إذا علمنا شدة الانتهاكات والخرقات التي تنتاب ضمانات التقاضي أمام هذه الجهات لدرجة تجعل الفرد يفقد الشعور الواقعي بحقوقه وحياته.

ونود الإشارة إلى أنه إذا كان يشترط في الجهة القضائية حتى تقوم بمهامها على أكمل وجه أن تتوافر لها عدة ضمانات من استقلال وحيدة وولاية كاملة على المسائل القضائية، فإن دراستنا هذه ستقتصر على جانب محدد وهو الضمانات والعناصر الأساسية التي يجب تحققها في الجهة القضائية حتى توصف بالطبيعية، وبالتالي لن نتعرض في دراستنا لمفهوم استقلال القضاء أو غيره من الضمانات لأنها يمكن أن تكون محلاً لدراسة مستقلة.

أهمية البحث وأهدافه:

تحوز فكرة القضاء الطبيعي أهمية كبيرة في أي نظام قانوني، لأن وضع ضوابط محددة لهذه الفكرة يساهم في إيجاد جهة قضائية يمكن للأفراد أن يأتونها على حقوقهم وحياتهم، فالقضاء - والذي هو حصن الحقوق وموئل الحريات - يشكل أحد الحصون المنيعية التي تقف في وجه السلطات إذا ما حاولت اغتيال هذه الحقوق والحريات أو إنقاصها.

(١) نقل المشرع الدستوري المصري هذه المادة من دستور ١٩٧١ الذي كان قد نص عليها في المادة (٦٨)، ومنه نقلت إلى النظام الأساسي العماني لعام ١٩٩٦ في المادة (٢٥)، كما أن النص ذاته ورد مؤخراً في المادة (٣٣) من الإعلان الدستوري الليبي الصادر في ٢٠١١/٨/٣.

وبالتالي فإن البحث يهدف إلى إيضاح مفهوم القضاء الطبيعي، وبيان مقوماته الأساسية من الناحية النظرية، وبحث مدى توافرها في بعض أنواع المحاكم المتخصصة، وبعد ذلك يحاول أن يسقطها على أهم الأنظمة القضائية الموجودة حالياً، مع التركيز على النظامين السوري والمصري، ليخرج في نهاية المطاف بتوصيات تسهم في ترسيخ هذا المفهوم وتقويته بإدخال بعض التعديلات الدستورية والتشريعية في القوانين ذات الصلة.

إن التمكين لفكرة القاضي الطبيعي في أي نظام قانوني لا يكون من خلال الشعارات الجوفاء أو من خلال إيراد هذه العبارة في النصوص القانونية فقط، وإنما من خلال إيجاد ضمانات وعناصر أساسية يجب على المشرع أن يسعى إلى إيجادها.

منهج البحث:

تمت الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي الذي يهدف إلى وصف موضوع الدراسة وتشخيصها من خلال استخلاص الأفكار النظرية ومن ثم بيان أثرها على الواقع العملي. وبالمنهج المقارن الذي يعتمد على مقارنة الحالة لدى أكثر من نظام، ومن ثم الوقوف على أفضل الأوضاع.

وللوقوف على مفهوم القضاء الطبيعي قسمنا هذا البحث أربعة مطالب، نتناول في الأول مفهوم القاضي الطبيعي، وفي الثاني عناصر القاضي الطبيعي، وفي الثالث شروط القاضي الطبيعي، وفي الرابع مدى اعتبار القضاء المتخصص من القضاء الطبيعي.

المطلب الأول مفهوم القاضي الطبيعي

سنتحدث عن مفهوم القاضي الطبيعي في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي.

أولاً - مفهوم القاضي الطبيعي في الشريعة الإسلامية:

لم يستخدم الفقهاء المسلمون الأول مصطلح القاضي الطبيعي لأن جهاز القضاء كان يتمثل في جهة واحدة تتوافر فيها صفات وخصائص محددة، وبالتالي لم يكن هنالك جهات أخرى تتولى وظيفة القضاء سوى القضاة العاديين؛ أي لم يكن هنالك حاجة لاستخدام هذا المصطلح في النظام الإسلامي كون القاضي هو القاضي ولا حاجة لتقييده بصفة ما لتمييزه عن نوع آخر من القضاة. واستناداً إلى ذلك، فإن الشريعة الإسلامية لم تعرف سوى نوع واحد من القضاء هو القضاء العادي أو الطبيعي.

واتفق الباحثون الذين تناولوا مفهوم القاضي الطبيعي في الإسلام على أن تحديد هذا المفهوم يكون من خلال وجود خصائص وضوابط محددة في كل من القاضي والجهاز القضائي، الأمر الذي انعكس على تصورهم لهذا المفهوم.

ف نجد أن الأستاذ حسن اللبيدي وَضَحَ مفهوم القاضي الطبيعي في الإسلام من خلال الشروط التي وضعها الفقهاء لإسناد ولاية القضاء إلى شخص ما. "حيث اشترطت الشريعة الإسلامية في القاضي أن يكون مسلماً وحرّاً وعالمّاً وحكيماً وأن يساوي بين الخصوم، ويتفهم ما يدلون به إليه، وأن يقضي وهو في حالة طبيعية، غير غضبان أو ضجر، وأن يحكم بينهم بما أنزل الله، ولا يتبع الهوى، فإذا أصدر حكمه وفقاً لهذه الشروط، استوجب ذلك الحكم النفوذ، وهو ما يعبر عنه بقوة الأمر المقضي فيه في عصرنا"^(٢). ووفقاً لهذا الرأي فإن ضوابط القاضي الطبيعي - والذي هو في الوقت ذاته القاضي العادي - في الشريعة الإسلامية هي توافر هذه الشروط، أي أن القضاء في الإسلام هو قضاء طبيعي دائماً كونه اشترط فيمن يتولى القضاء تحقق هذه الشروط، والتي هي ضوابط القضاء الطبيعي.

(٢) أ. د. حسن اللبيدي، مفهوم القاضي الطبيعي في الشريعة الإسلامية، ندوة بعنوان: مفهوم القاضي الطبيعي وواقع التنظيم القضائي في مصر، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحكمة، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤٥.

وفي الاتجاه ذاته، نجد رأياً فقهياً آخر ذهب إلى أن القاضي الطبيعي في الإسلام هو ذاته القاضي العادي الذي وضع له الفقهاء شروطاً محددة، وبالتالي فالقاضي الطبيعي هو من توافرت فيه شروط الصلاحية لتولي القضاء وأسند إليه أمر القيام به^(٣). وبدورنا فإننا نؤيد ما ذهب إليه هذا الاتجاه الفقهي من أن مفهوم القاضي الطبيعي في الإسلام يتطابق تماماً مع القاضي العادي الذي اشترط له الفقهاء شروطاً محددة لتولي هذه الوظيفة، لأن الإسلام لم يعرف نوعاً آخر من القضاء تختلف صفاته ومقوماته عن القضاء العادي.

ثانياً - مفهوم القاضي الطبيعي في القانون الوضعي:

نظراً لأهمية فكرة القضاء الطبيعي في تكريس العدالة في المجتمع، فقد عقدت العديد من المؤتمرات لبحث هذه الفكرة، ولم يقتصر الأمر على الصعيد الداخلي، وإنما امتد ليشمل الصعيد الخارجي؛ حيث تم تكريس فكرة القضاء الطبيعي في العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية، وقبل هذا وذاك، فإن الفقه الوضعي عكف منذ زمن على دراسة هذه الفكرة لمحاولة إيجاد أفضل صيغة لها.

أ - في القرارات الدولية والمؤتمرات المتخصصة:

على صعيد المواثيق والاتفاقيات والقرارات الدولية أشارت العديد منها إلى مفهوم القاضي الطبيعي وضرورة احترامه من قبل الحكومات والتشريعات الوطنية، من أهمها:

- مشروع الإعلان العالمي لاستقلال القضاء (إعلان سنغفي): إذ جاء في المادة (٥ فقرة أ) منه: "يتعين أن تكون السلطة القضائية مختصة مباشرة، أو عن طريق المراجعة القضائية في جميع المسائل ذات الطابع القضائي، بما في ذلك المسائل المتعلقة بنطاق ومجال اختصاصهم". كما جاء في الفقرة (ج) من المادة ذاتها: "لكل فرد الحق في أن يحاكم بسرعة وبدون تأخير لا مبرر له من طرف المحاكم العادية أو الهيئات القضائية بموجب القانون مع إمكانية المراجعة من قبل المحاكم"^(٤).

(٣) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي الضمانة الأساسية لعدالة الحكم والمحاكمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٧، ص ٢٠-٢١.

(٤) اللجنة الدولية للحقوقيين، المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاء، والمحامين، وممثلي النيابة العامة، دليل الممارسين رقم ١، الطبعة الأولى، ص ٨١.

- ١ - القرار رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٣ الصادر عن لجنة حقوق الإنسان: إذ جاء فيه: "إن لجنة حقوق الإنسان:
- ١ - تؤكد على أن لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه.
- ٢ - وتؤكد أيضاً، على أن لكل إنسان الحق في أن يحاكم أمام الهيئات القضائية أو المحاكم الطبيعية بموجب إجراءات قانونية مقررة على النحو الواجب، ودون انتزاع الولاية القضائية للمحاكم الطبيعية أو الهيئات القضائية.
- ٣ - وكذلك تؤكد على أن لكل شخص الحق في محاكمة عادلة وعلنية من قبل محكمة مختصة، ومستقلة، وحيادية، ومنشأة بحكم القانون" (٥).
- ٤ - مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٠/٣٢ تاريخ ٢٩/١١/١٩٨٥ ورقم ٤٠/١٤٦ تاريخ ١٣/١٢/١٩٨٥: إذ نص المبدأ الخامس على أنه "لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول والخاصة بالتدابير القضائية، لتنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية" (٦).
- وعلى صعيد المؤتمرات المتخصصة، نجد أن الكثير منها قد أولى الاهتمام الكبير لمبدأ القاضي الطبيعي؛ حيث إنه غالباً ما كانت التوصيات الصادرة عن هذه المؤتمرات تفرد حيزاً لا بأس به لتأكيد مبدأ القاضي الطبيعي وتوضيحه، نطالع منها:
- ٥ - المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد في مدينة الإسكندرية في أبريل عام ١٩٨٨: إذ انتهى في توصياته إلى تحديد مفهوم القضاء الطبيعي أو العادي بأنه "القضاء الذي يتوفر له شرطان، الأول أن

(٥) المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٦) مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، سلسلة الثقافة القانونية ٧، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، ٢٠٠٠، القاهرة، ص ١١.

يكون تعيين القاضي بالتطبيق لشروط قانون السلطة القضائية، والثاني أن يباشر وظيفته وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية دون أي استثناء، بمعنى أن يجاز الطعن في قراراته وأحكامه بالطرق المقررة في هذا القانون^(٧).

— مؤتمر العدالة الأول المنعقد في القاهرة في أبريل من عام ١٩٨٦: فقد جعل هذا المؤتمر موضوع "القضاء الطبيعي" أحد أهم موضوعاته، وانتهى المؤتمر في توصياته في هذا النطاق إلى أن المناط في القضاء الطبيعي أن يكون القضاء محددًا وفقاً لقواعد قانونية مجردة في وقت سابق على نشوء الدعوى، وأن تتوافر فيه الضمانات الجوهرية التي قررها الدستور والقانون، وفي مقدمة هذه الضمانات أن يكون مشكلاً من قضاة اختصاصيين في العمل القضائي ومتفرغين له، متوافرة فيهم شروط الاستقلال وعدم القابلية للعزل، متحققة لهم مقتضيات الحيدة والموضوعية، وأن تكفل لأطراف الدعوى جميعاً حقوق الدفاع وضماناته كاملة، وأن يكون القانون الذي يطبقه مطابقاً مع الدستور وفي إطار من الاحترام الدولي لحقوق الإنسان وكرامة المواطن^(٨).

والملاحظ أن أغلب المواثيق والقرارات والمؤتمرات التي أوردناها آنفاً قد حددت نطاق القضاء الطبيعي في القضاء الجنائي وحده دون باقي أنواع المحاكم أو جهات القضاء، كالقضاء المدني والتجاري والإداري وغيره، مما يتسع له نطاق فكرة القضاء الطبيعي^(٩)، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، نجد أن مقومات القاضي الطبيعي التي تم الإشارة إليها في هذه المواثيق والقرارات والمؤتمرات هي ضمن الحدود الدنيا باستثناء التوصيات الصادرة عن مؤتمر العدالة الأول، بحيث إنه تم إغفال العديد من المقومات والتي لا يمكن تصور وجود القاضي الطبيعي دون توافرها مثل:

أن تكون المحكمة دائمة ومنشأة بقانون في وقت سابق على الدعوى أو وقوع الجريمة.

(٧) توصيات المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، الإسكندرية، ١٩٨٨.

(٨) توصيات لجنة نظام القضاء، مؤتمر العدالة الأول، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٤.

(٩) د. أحمد عبدالوهاب السيد، الحماية الدستورية لحق الإنسان في قضاء طبيعي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩، ص ٨.

ب - مفهوم القاضي الطبيعي في الفقه الوضعي:

تعددت التعاريف الفقهية لمفهوم القاضي الطبيعي بحيث إن غالبية الذين تعرضوا لهذه الفكرة وضعوا لها تعريفاً خاصاً بهم، ونقطة الاختلاف الأساسية بين هؤلاء الفقهاء هي في ضوابط فكرة القاضي الطبيعي، أي أنهم اختلفوا فيما بينهم في تعداد ضوابط هذه الفكرة، فمنهم من اقتصر على ضابطين ومنهم على ثلاثة ومنهم على أربعة وهكذا.

يذهب الدكتور أحمد فتحي سرور إلى أن القضاء الطبيعي هو الذي تتوفر له ثلاثة شروط، هي:

- ١ - إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون.
 - ٢ - إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها وفقاً لمعايير عامة ومجردة.
 - ٣ - أن تكون المحكمة دائمة^(١٠).
- والذي يؤخذ على هذا التعريف أنه أغفل العديد من الشروط الأساسية والضرورية لفكرة القضاء الطبيعي، مثل التخصص وكفالة حقوق الدفاع وفتح طريق الطعن بالأحكام.

ويعرف الدكتور محمود محمود مصطفى القضاء الطبيعي بأنه: "القضاء الذي تتوفر له ثلاثة مقومات هي:

- ١ - أن يكون تعيين القاضي بالتطبيق لشروط قانون السلطة القضائية.
 - ٢ - أن يباشر وظيفته في المسائل الجنائية وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية.
 - ٣ - أن يجاز الطعن في أحكامه بالطرق المقررة في هذا القانون"^(١١).
- ويلاحظ أن هذا المفهوم يقصر مفهوم القاضي الطبيعي على المسائل الجزائية فقط، في حين أن هذا المفهوم يمتد ليشمل المسائل الجزائية والمدنية والتجارية والإدارية. ويذهب الدكتور محمد كامل عبيد إلى أن القضاء الطبيعي يقوم على عدة عناصر، هي:

(١٠) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤، القاهرة، ص ٤٠٤ وما بعدها.

(١١) أ. د. محمود محمود مصطفى، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في النظام القانوني المصري "نظرة عامة، قضاء الإحالة، التنظيم القضائي"، المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٣٤.

- ١ - ضرورة أن تكون المحكمة المختصة محددة بالقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى.
 - ٢ - أن يكون اختصاص هذا القضاء محددًا وفقاً لمعايير موضوعية مجردة غير متوقف على مشيئة سلطة معينة.
 - ٣ - أن يكون هذا الاختصاص دائماً.
 - ٤ - أن يطبق القواعد القانونية العادية فيما يتعلق بالإجراءات والإثبات والتي تكفل حقوق الدفاع وضماناته كاملة وأهمها إجازة الطعن في قراراته وأحكامه بالطرق المقررة في هذه القواعد.
 - ٥ - أن يتشكل بكامله من قضاة مهنيين متفرغين يتوافر فيهم العلم بالقانون ويتمتعون بالاستقلال ويتحصنون بعدم القابلية للعزل^(١٢).
- وبالمعنى ذاته، يعرف الدكتور صلاح سالم جودة القاضي الطبيعي بأنه: "كل قضاء ينشأ ويحدد اختصاصه بقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى، وبصفة دائمة، ومشكل من قضاة متخصصين في القانون، وتتجلى فيهم كافة الشروط والضمانات القانونية وعلى الأخص الاستقلال المحصن بعدم القابلية للعزل، ويطبق القانون العادي على إجراءات الدعوى وموضوعها وتكفل أمامه كافة حقوق الدفاع وضماناته"^(١٣).
- إلا أنه من أعم التعاريف وأكثرها شمولاً لضمانات القضاء الطبيعي، والذي تؤيده، التعريف الذي أتى به الدكتور أحمد عبدالوهاب السيد الذي وضع فيه مفهوم القضاء الطبيعي بأنه "القضاء المنشأ والمحدد اختصاصه بقانون في وقت سابق على نشوء الدعوى أو وقوع الجريمة وبصفة دائمة، وأن يشكل من قضاة متخصصين في العمل القضائي، ويتوافر فيهم العلم بالقانون، وأن يتوافر لهم كافة ضمانات الاستقلال والحيدة وعدم القابلية للعزل، وأن يكفل للأفراد أمام هذا القضاء حق الدفاع بكافة ضماناته، وكذا جواز الطعن في أحكامه بالطرق المقررة قانوناً"^(١٤).

(١٢) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩١، ص ٥٧٠ وما بعدها.

(١٣) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، مرجع سابق، ص ٣٥، وقريباً من هذا التعرّي، انظر: سري صيام، القضاء الطبيعي والمساواة أمام القضاء، المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية، ١٩٩١، القاهرة، ص ١٠٠.

(١٤) د. أحمد عبدالوهاب السيد، الحماية الدستورية لحق الإنسان في قضاء طبيعي، مرجع سابق، ص ١١.

من هذا التعريف لمبدأ القاضي الطبيعي نستطيع أن نستخلص أهم مقوماته وشروطه^(١٥) والتي سندرسها في المطلبين التاليين.

(١٥) هناك فرق بين الركن والشرط، فالركن: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون داخلاً في حقيقته، في حين أن الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ولا يكون داخلاً في حقيقته. وبإسقاط هذه التعاريف على فكرة القضاء الطبيعي، يمكن لنا أن نميز بين أركان أو مقومات القضاء الطبيعي، وبين شروط القضاء الطبيعي. فمثلاً يعد عنصر إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون ركناً من أركان القاضي الطبيعي، في حين أن عنصر تعدد درجات التقاضي يعد شرطاً من شروط القاضي الطبيعي، والمعيار المميز بينهما أن الركن يدخل في حقيقة القاضي الطبيعي، في حين أن الشرط لا يدخل في حقيقته، مع أنه ينتفي بانتفاء أحدهما وجود القاضي الطبيعي. للتمييز بين الشرط والركن، انظر: د. إبراهيم سلقيني، أصول الفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص ٢٠٣-٢٠٤.

المطلب الثاني

عناصر (مقومات) القاضي الطبيعي

من خلال التعريف الذي تبنيه للقاضي الطبيعي يظهر أن عناصره الأساسية تتجسد في سبعة عناصر، العنصر الأول: أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون (الفرع الأول)، العنصر الثاني: أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها قبل نشوء الدعوى (الفرع الثاني)، العنصر الثالث، أن تكون ولاية المحكمة دائمة (الفرع الثالث)، العنصر الرابع: أن تتوافر في هيئة المحكمة ضمانات التخصص والكفاية (الفرع الرابع)، العنصر الخامس: توافر ضمانات عدم القابلية للعزل (الفرع الخامس).

الفرع الأول

أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون

سنبين مدى احترام هذا الشرط في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

أولاً - في الشريعة الإسلامية:

على صعيد الشريعة الغراء، فإنها جعلت القضاء جزءاً من كيان الدولة وفرض عين في حق الإمام، إذ جاءت الأدلة الكثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على وجوب إقامة القضاء ونصب القضاة.

ومن الأدلة القرآنية قوله تعالى مخاطباً نبيه محمد ﷺ: ﴿وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ يَمَّا أَزَلَ اللَّهُ﴾ (المائدة / ٤٩). هذه الآية فيها دليل أيضاً على ضرورة إقامة القضاء، فالله عز وجل عندما يأمر نبيه بأن يفصل في القضايا التي ترفع إليه وفق حكم الله، فإنه يأمره بالضرورة بإقامة الوسيلة التي تمكنه من القيام بهذه المهمة وهي إقامة القضاء ونصب القضاة، وذلك استناداً إلى القاعدة الأصولية "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب". ويمكن أن يستفاد الحكم ذاته من قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ يَمَّا أَرْكَأَ اللَّهُ﴾ (النساء / ١٠٥).

ومن السنة، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ قد بعث إلى الآفاق قضاة منهم معاذ بن جبل - رضي الله عنه - إلى اليمن وعتاب بن أسيد إلى مكة^(١٦).

(١٦) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، بيروت، (٨٥/٩).

وإذا كانت هذه المصادر هي أصل القضاء ودليل مشروعيتها، فإنها في الوقت ذاته تحدد وسيلة إنشائه والتي تنحصر في الكتاب والسنة وما يستمد منهما^(١٧). بعبارة أخرى فإن الشريعة قد تضمنت أدلة وجوب إقامة القضاء في أعلى مصادرها؛ القرآن والسنة، وبذلك تكون قد حازت قصب السبق في إرساء أولى ضمانات القضاء الطبيعي؛ لأن هذه المصادر لا تشكل قانوناً في الدولة الإسلامية فحسب، بل دستوراً تستند إليه جميع القواعد التشريعية السائدة فيها.

ثانياً - في القانون الوضعي:

يعد هذا العنصر الأول من عناصر القضاء الطبيعي لأن القانون يعد الأداة المثلى لتنظيم قواعد الإجراءات ومنها قواعد التنظيم القضائي، وقواعد الاختصاص، وفيه تتمثل الضمانة الحقيقية لتوزيع الولاية القضائية كاملة على الجهاز القضائي، لذا كان لا بد أن تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى، قد تم إنشاؤها وتحديد اختصاصها بقانون، وبالتالي تكون النتيجة الطبيعية لذلك هي أن الجهة التي تنشئها السلطة التنفيذية للفصل في بعض الدعاوى لا يمكن اعتبارها من المحاكم، ومن ثم فلا تُعد قضاءً طبيعياً للمواطنين^(١٨)، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن معظم الدساتير نصت على أن إحداث المحاكم وإنشاءها وتحديد اختصاصها يكون بقانون؛ أي أن المشرع الدستوري فوّض المشرع العادي بهذا الاختصاص، وبالتالي فلا يكون من حق السلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية بممارسة اختصاصها هذا، ومن باب أولى أن تتخلى عنه لمصلحتها. وفي حال حدوث مثل هذا التفويض أو التخلي فإن المحاكم المنشأة من قبل السلطة التنفيذية تكون موصومة بعدم المشروعية ومخالفة لنص الدستور.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن المقصود بالقانون في هذا النطاق هو القانون بالمعنى الضيق ممثلاً فيما يصدر مباشرة عن السلطة التشريعية المنوط بها سن القوانين وفق معايير موضوعية مجردة^(١٩).

ومن جهته فقد نص الدستور السوري لعام ١٩٧٣ في المادة (١٣٥) منه على أنه: "ينظم القانون الجهاز القضائي بجميع فئاته وأنواعه ودرجاته ويبين قواعد الاختصاص لدى مختلف المحاكم".

(١٧) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

(١٨) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٥٧١.

(١٩) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، مرجع سابق، ص ٤٢٥.

ومن قبله جاءت المادة (١٦٧) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ لتؤكد هذا المبدأ، إذ جاء فيها "يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها، ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم".

واستناداً إلى هذه المقدمات يمكن لنا القول بأن المحكمة التي يتم إنشاؤها بوسيلة غير القانون كالمراسيم التشريعية والقرارات لا تعد قضاء طبيعياً، وفي الوقت ذاته، تعد مخالفة لنص الدستور، لأن المشرع الدستوري أراد بنصوصه هذه إيجاد أكبر ضمانات لأجهزة القضاء بحيث يكون إحداثها بقانون صادر عن ممثلي الشعب، الأمر الذي يجعل الشعب يسهم بشكل غير مباشر، من خلال نوابه، في المشاركة بإقامة العدالة وتنظيم مرافقها.

ولا يحتج بأن المرسوم التشريعي هو بمرتبة القانون نفسه، لأن الدستور نص على ضرورة إنشاء المحاكم بقانون، ولو أراد أن يساوي بينه وبين المرسوم التشريعي في هذا المجال لنص على أن إنشاء المحاكم يتم من قبل السلطة التشريعية. وفي هذه الحالة يستوي أن يتم هذا الإنشاء بقانون أو بمرسوم تشريعي لأن كليهما صادران عن السلطة التشريعية.

إن المادة الأولى من قانون العقوبات العسكري السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٦١) لسنة ١٩٥٠، أجازت في فقرتها الثانية للقائد العام للجيش والقوات المسلحة تأليف محاكم عسكرية دائمة أو مؤقتة بمرسوم يعين فيه صلاحياتها، وذلك في حالة الضرورة. وبرأينا، فإن تشكيل المحاكم وفقاً لهذه المادة يخالف مبدأ القاضي الطبيعي لأنه منح السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية القدرة على إنشاء محاكم عسكرية بأداة قانونية أقل من القانون، وهذا يخالف أولى ضمانات القاضي الطبيعي التي نتحدث عنها.

الفرع الثاني

أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها قبل نشوء الدعوى

سنتولى دراسة هذا العنصر في كل من النظامين الإسلامي والوضعي.

أولاً - في الشريعة الإسلامية:

يمكن القول بأن سبق إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها لوقوع النزاع أو لنشوء الدعوى أمر محقق في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الحقيقة تجد

أصلها في الأحكام الشرعية وفي نطاقي الفقه والتنظيم القضائي الإسلامي^(٢٠). ونسوق الأدلة التالية على ذلك:

١ - قام رسول الله ﷺ، ومع بداية نشوء الدولة الإسلامية في المدينة المنورة، بوضع أسس القضاء ومبادئه في الإسلام، فنصب من نفسه قاضياً يحكم وفقاً لكتاب الله وشريعته، إذ جاء في صحيفة المدينة "وأنتكم مهما اختلفتم فيه من شيء فإن مرده إلى الله وإلى محمد.... وأنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى الله وإلى محمد رسول الله ﷺ". فلقد بيّن الرسول ﷺ أن أي نزاع أو شجار، سواء أكان بين المسلمين أنفسهم أو بين المسلمين واليهود أو بين اليهود أنفسهم، فإن مرده إلى كتاب الله وسنة رسول الله. وبذلك وضح رسول الله ﷺ الاختصاص القضائي المتمثل بشخصه والولاية القضائية المتمثلة في أي نزاع أو شجار ينشأ في المدينة، والمرجعية التي سيتم على أساسها حل هذه النزاعات وهي القرآن الكريم والسنة النبوية.

٢ - يقوم النظام القضائي الإسلامي الذي أرسى قواعده رسول الله ﷺ على مبدئين أساسيين: أولهما، أنه يقوم على مبادئ الإسلام، وثانيهما، أنه يلتزم بالفصل في الخصومات بحكم الشرع من قبل من تتوافر فيه أهلية القضاء. ومؤدى ذلك أن إنشاء محكمة جديدة لا يخرج عن أحد فرضين أحدهما، أن تلتزم هذه المحكمة بالمبادئ المذكورين فنكون عندئذ بصدد امتداد للقضاء الإسلامي وفي نطاقه ولسنا بصدد إنشاء قضاء جديد، أو بمعنى آخر أمام إنشاء قضاء جديد صوري. وثانيهما، أن يتخلف في حق المحكمة المنشأة حديثاً أي من هذين المبدئين فلا نكون بصدد قضاء إسلامي ويهدر عندئذ مفهوم القضاء الطبيعي في الإسلام^(٢١).

٣ - إن القضاء في الإسلام مهما اتسعت ولايته، ومهما تعددت تخصصاته، فإنه لن يخرج عن مرجعيته الأساسية والوحيدة، القرآن والسنة^(٢٢). وبالتالي حتى في حال إنشاء محكمة جديدة فإن المتخصصين لن يخضعوا لقواعد تختلف عن

(٢٠) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

(٢١) المرجع السابق، ص ٤٣٨.

(٢٢) أبو الأعلى المودودي، تدوين الدستور الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ١٩٨١، الطبعة الخامسة، بيروت، ص ٣١.

تلك التي كانوا سيخضعون لها، سواء من حيث الضمانات أو من حيث الأحكام الإجرائية أو الموضوعية، وبناء على ذلك فإنه لن تظهر فوارق عملية لهذا الإنشاء.

ثانياً - في القانون الوضعي:

يعد هذا الشرط من الأمور المتفق عليها بين الفقهاء كأحد شروط القضاء الطبيعي، لذا سنبحث أهم المبادئ التي يقوم عليها، ومدى توافق هذه الضمانة مع الحالة التي تتعدد فيها المحاكم المختصة بنظر القضية نفسها.

١ - أهم المبادئ التي يستند إليها هذا العنصر:

أ - إن سبق إنشاء المحكمة لنشوء الحق في الدعوى يعد نتيجة حتمية لالتزام الدولة بالمبادئ الدستورية التي تنيط بالدولة وتلقي على عاتقها الالتزام بإقامة القضاء وكفالة حق التقاضي^(٢٣).

ب - تحقيق هذا الشرط أيضاً يعد نتيجة طبيعية لاحترام مبدأ استقلال القضاء؛ لأن انتهاك هذا الشرط إذا ما تحقق فإنما يكون من قبل إما السلطة التشريعية من خلال القوانين التي تسنها، أو من قبل السلطة التنفيذية إذا كانت هي السلطة المسيطرة داخل الدولة، وفي كلتا الحالتين يتم انتهاك استقلال سلطة القضاء. وبالتالي فإن تحقيق هذا الشرط يقتضي حتماً وجود احترام لاستقلال القضاء من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ت - إن منطق العدالة يقتضي أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها قبل نشوء الدعوى، فمن حق كل شخص أن يعرف سلفاً قاضيه الطبيعي، وما هي القواعد التي يطبقها؟ وما هي الضمانات المكفولة أمامه؟^(٢٤).

ومرد ذلك من ناحية إلى أن العدالة يتعين أن تقوم على القسط والمساواة، فلا تمييز بين الأشخاص بحسب أقدارهم وذواتهم وإنما بحسب مراكزهم القانونية، ومن ناحية أخرى فإن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة بحكم كونها لا توجه إلى شخص معين بذاته ولا تتناول واقعة بعينها^(٢٥).

(٢٣) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، مرجع سابق، ص ٤٢٨.

(٢٤) المرجع السابق، ص ٤٢٨.

(٢٥) المرجع السابق، ص ٤٢٩.

٢ - مدى توافق هذه الضمانة مع حالة تعدد المحاكم المختصة بنظر القضية ذاتها:

تثور هذه المسألة في حالة وجود قضية واحدة تختص بنظرها، في الوقت ذاته، أكثر من محكمة، فنتساءل في حال وجود هذه الحالة في القانون، فهل هذا يؤثر على مبدأ القاضي الطبيعي أم لا، من حيث توافر عنصر العلم بالمحكمة قبل نشوء الدعوى؟

لا يجوز بعد نشوء الدعوى في القضايا المدنية ووقوع الجريمة باعتبارها السبب المنشئ للدعوى الجزائية، انتزاعها من قاضيتها الطبيعي الذي قرر لها سلفاً إلى محكمة أخرى تكون أقل ضماناً أنشئت خصيصاً لنظرها، كما لا يحل للسلطة التشريعية تعديل قواعد التنظيم القضائي أو قواعد الاختصاص بحجة أن التعديل الجديد يحقق حسن تنظيم العدالة إذا كان هذا التعديل ينال من الحريات الشخصية للأفراد أو من كفالة حق الشخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي الذي حدده له القانون قبل نشوء الدعوى^(٢٦).

بالمقابل فإن هذه الشبهة تزول تماماً إذا كان القانون الجديد قد جعل الدعوى من اختصاص محكمة أكثر ضماناً للمتهم، ففي هذه الحالة يتأكد احترام الحريات^(٢٧).

أ - وضع هذه الضمانة في القانون المصري: نصت المادة (٤٨) من قانون الأحكام العسكرية على أن: "السلطات القضائية العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان المجرم داخلياً في اختصاصها أم لا".

إن توزيع الولاية على المحاكم لا يكون إلا بقانون، أو بناء على حكم محكمة عليا تختص بموجب القانون بالفصل في التنازع بين جهتين قضائيتين عند حدوث ذلك التنازع، ولا شك أن إعطاء مثل هذا الحق للسلطات القضائية العسكرية يعني أنها أصبحت في وضع متساو للسلطة التشريعية التي أصدرت القانون المحدد لولاية المحاكم، أو في وضع مساو لمحكمة تنازع الاختصاص، وفي الحالتين تكون، المحاكم العسكرية، أعلى من السلطة القضائية العادية، خاصة إذا قضت بعدم اختصاصها بنظر قضية معينة، إذ في هذه الحالة يلتزم القضاء العادي بالفصل فيها، يكون هذا القضاء تابعاً للقضاء العسكري، وفاقداً لاستقلاله، لأنه لا يستمد اختصاصه من القانون بل من قرارات السلطات القضائية العسكرية^(٢٨).

(٢٦) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٠٥، د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

(٢٧) المرجع السابق، الصفحات ذاتها.

(٢٨) د. عبدالقادر محمد الشيخ محمد، ذاتية القانون الجنائي العسكري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩، ص ٢١٨-٢١٩.

إلا أن محكمة النقض المصرية لم تتقيد بما ورد في المادة (٤٨)، فأكدت أنه ليس في قانون الأحكام العسكرية ولا في أي تشريع آخر نص على انفراد القضاء العسكري بالاختصاص على مستوى كافة مراحل الدعوى ابتداء من تحقيقها حتى الفصل فيها، فالمحاكم العادية هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في الجرائم كافة إلا ما استثني بنص خاص، وإجازة القانون إحالة جرائم معينة إلى محاكم خاصة لا يسلب المحاكم العادية ولايتها بالفصل في تلك الجرائم ما دام لم يرد نص خاص على انفراد المحكمة الخاصة بالاختصاص سواء أكان معاقباً عليها بمقتضى قانون عام أم قانون خاص، والاختصاص يكون مشتركاً بين المحاكم العادية والمحاكم العسكرية^(٢٩).

وقد تعرضت المادة (٤٨) من قانون الأحكام العسكرية لنقد من جانب غالبية الفقهاء^(٣٠) على اعتبارها تتناقض مع الدستور الذي يقرر حق كل مواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وهو المبدأ الذي يقتضي أن يكون إنشاء المحكمة وتحديد

(٢٩) انظر: قرارها في الطعن رقم ٤٣٢٤ لسنة ٥٧ ق تاريخ ١٣/١/١٩٨٨، مجموعة الأحكام، المكتب الفني، ص ١٢٨، وقرارها في الطعن رقم ٦٨٧٥ لسنة ٥٥ ق تاريخ ٢٣/٣/١٩٨٨، مجموعة الأحكام، المكتب الفني، ص ٤٨٧، وقرارها رقم ٥٧ ق تاريخ ١٧/١١/١٩٩٣، مجموعة الأحكام، المكتب الفني، ص ٢٢.

نود الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت في أحكام أخرى إلى عكس التوجه المشار إليه أعلاه، إذ قررت أن قرار جهة القضاء العسكري بصدد اختصاصه هو القول الفصل الذي لا يقبل تعقيباً، فإذا رأت عدم اختصاصها بجريمة ما، تعين على القضاء العادي أن يفصل فيها، وبالتالي إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم اختصاص القضاء العادي ولائياً بنظر الدعوى بعد سبق خروجها من ولاية القضاء العسكري، فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض. انظر: قرارها في الطعن رقم ٧٨ تاريخ ٢٤/٤/١٩٧٨، مجموعة المبادئ، المكتب الفني، ص ٤٥٧، وقرارها في الطعن رقم ٣٥٨٨ لسنة ٥٠ ق تاريخ ١٤/٥/١٩٨١، مجموعة الأحكام، المكتب الفني، ص ٥٢١، وقرارها في الطعن رقم ٤٤٤٢ لسنة ٥٦ ق تاريخ ١٠/١٢/١٩٨٦، مجموعة المبادئ، المكتب الفني، ص ١٠٢٠.

لا شك أن هذا المسلك المتناقض في أحكام محكمة النقض هو مسلك منتقد، فأحكامها التي تعترف فيها بالاختصاص الاستثنائي للقضاء العسكري تمثل خطورة بالغة حيث إنها تكرر هيمنة القضاء العسكري على القضاء العادي. لذلك فإننا نفضل أن تستقر محكمة النقض المصرية على قراراتها الأولى التي أقرت فيها بأحقية القضاء العادي.

(٣٠) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٦٠٣، د. جمال العطيفي، آراء في الشرعية وفي الحرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، القاهرة، ص ٤٤٢، فتحي سعيد جرجي، انفراد قانون الأحكام العسكرية بنص لا يتفق وأصول المحاكمات، مجلة المحاماة، العدد ١-٢، ١٩٧٧، القاهرة، ص ١٥٨، د. عبدالغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، مرجع سابق، ص ٣٦١، د. عبدالقادر الشيخ محمد، ذاتية القانون الجنائي العسكري، مرجع سابق، ص ٢١٩-٢٢٠، فؤاد أحمد عامر، قانون الأحكام العسكرية، دار الفكر والقانون، ١٩٩٩، المنصورة - مصر، ص ٣٥٢-٣٥٣.

اختصاصها قبل وقوع الجريمة وبالقانون، وعدم جواز تفويض إحدى السلطات في تحديد الاختصاص بمناسبة جريمة معينة، وبالتالي فإن تخويل القضاء العسكري، وهو إحدى الجهتين المتنازعتين على الاختصاص، الفصل فيه يكون بمثابة تفويض من المشرع لهذه الجهة في تعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى وهو ما لا يملكه المشرع.

ب - وضع هذه الضمانة في القانون السوري: تعددت حلول التشريع السوري في تعيين المحكمة المختصة وفقاً لنوع الجهات القضائية المتنازعة.

ففي حالة التنازع على الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء العسكري، فإن المادة (٤٧) الفقرة (ب) من قانون السلطة القضائية لعام ١٩٦١، والتي نسخت، برأينا، المادة (٥١) من قانون العقوبات العسكرية لعام ١٩٥٠، حددت الجهة المختصة بتعيين المرجع وفق الآتي: "تفصل الدائرة الجزائية في: ب - تعيين المرجع وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية، وإذا كان النزاع على الاختصاص واقعاً بين محكمة أو دائرة قضائية عادية ومحكمة أو دائرة قضائية عسكرية يستبدل أحد مستشاري الغرفة بضابط لا تقل رتبته العسكرية عن عميد" (٣١).

إلا أن الغرفة الجزائية في محكمة النقض قد ذهبت إلى تغليب حكم المادة (٥١) من قانون العقوبات العسكرية، إذ جاء في أحد أحكامها "إذا ثار الخلاف أمام المرجع القضائي العادي حول الصلاحية في نظر الدعوى، فيتوجب على هذا المرجع إحالة

(٣١) جاء في المادة (٥١) من قانون العقوبات العسكرية لعام ١٩٥٠ "السلطات القضائية العسكرية هي وحدها التي تقدر ما إذا كانت القضية من صلاحيتها أم لا، وكل خلاف يثار لدى مرجع قضائي آخر في شأن الصلاحية يحال إليها لتفصل فيه قبل النظر في أساس الدعوى، فإذا قررت هذه السلطة أن القضية ليست من صلاحيتها إعادتها ولا نظرت فيها بشرط أن تبلغ قرارها إلى المحكمة التي رفعت إليها القضية قبلاً.

كما أن قانون أصول المحاكمات الجزائية لعام ١٩٥٠ ترك أمر تعيين المرجع المختص لسلطة محكمة النقض التقديرية بعد استطلاع رأي النائب العام لديها في حال التنازع على الاختصاص بين محكمة عادية ومحكمة استثنائية أو بين محكمتين استثنائيتين أو بين قضاة التحقيق لديها، فجاء في المادة (١/٤١٣) منه "تنظر محكمة النقض في طلب تعيين المرجع بعد استطلاع رأي النائب العام لديها وتعين في قرارها أي المرجعين القضائيين هو الصالح لتحقيق الدعوى أو رؤيتها، وتقضي بصحة المعاملات التي أجرتها المحكمة أو المحقق الذي قررت عدم اختصاصه".

وبرأينا، فإن المادة (٤٧) الفقرة (ب) من قانون السلطة القضائية لعام ١٩٦١ نسخت المادة (٥١) من قانون العقوبات العسكرية، وخصصت المادة (١/٤١٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

الأوراق إلى السلطات القضائية العسكرية التي تملك وحدها حق تقدير ما إذا كان أمر النظر بها من صلاحيتها أم لا" (٣٢).

أما بالنسبة لتنازع الاختصاص بين القضاء العادي وقضاء أمن الدولة الذي حل محل المحكمة العسكرية الاستثنائية، فقد نصت المادة (٨) من المرسوم التشريعي رقم (٥١) تاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٢ على أنه "يفصل الحاكم العرفي بقرار مبرم في تنازع الاختصاص بين القضاء المدني والقضاء العسكري".

ج - رأي الباحث: برأينا، إن ما جاء به كل من المشرعين السوري والمصري في هذا المجال لا يرقى إلى درجة الاحترام الكامل لمبدأ القاضي الطبيعي، لجهة منحهما القضاء العسكري - والذي لا يعد قضاءً طبيعياً - سلطة تحديد اختصاصه في حالة التنازع مع القضاء العادي، مفضلين بمسلكيهما هذا القضاء الاستثنائي على القضاء الطبيعي.

إلا أن ما يخفف من سوء موقف التشريع المصري، تأكيد محكمة النقض في العديد من أحكامها على ولاية القضاء العادي في الفصل في مسألة التنازع، بعكس محكمة النقض السورية، التي تخلت عن ولايتها في هذه المسألة لصالح القضاء العسكري، الأمر الذي كرس هيمنة القضاء الأخير.

وفي جانب آخر، كان مسلك المشرع أشد وطأة في حالة التنازع على الاختصاص بين القضاء العادي وقضاء أمن الدولة، فإنه منح الحاكم العرفي، والذي يعد أحد أفراد السلطة التنفيذية، سلطة تعيين المرجع، الأمر الذي يشكل تدخلاً في سلطة القضاء، واعتداء على اختصاص يدخل في نطاق ولايته.

لذا فإننا نفضل أن يقوم كل من المشرعين بتعديل موقفه بحيث يجعل الأولوية الدائمة، في حال تنازع الاختصاص بين القضاء الطبيعي والقضاء الاستثنائي، للقضاء الأول ممثلاً بالهيئة العامة لمحكمة النقض أو بإحدى غرفها دون أن يكون هنالك أي استثناء.

٣ - مدى توافق هذه الضمانة مع نص المادة ١/٦ من قانون القضاء العسكري المصري:

تنص المادة ١/٦ من قانون القضاء العسكري المصري على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني

(٣٢) قرارها رقم ٢٥٩ في الدعوى أساس ٢٢٩ تاريخ ١٩٧٩/٣/٦، منشور في مجلة "المحامون"، الأعداد ٦-٨، ١٩٧٩، دمشق، ص ١٨، اجتهاد.

من قانون العقوبات وما يرتبط بها من جرائم، والتي تحال إلى القضاء العسكري بقرار من رئيس الجمهورية".

ويرى غالبية الفقهاء ^(٣٣) أن نص هذه المادة يخالف مبدأ القاضي الطبيعي من عدة أوجه أهمها:

أ - يتضمن نص هذه المادة تفويضاً من المشرع إلى السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية لتحديد اختصاص القضاء العسكري؛ بحيث إنه يعطيه الحق في نظر جرائم ليست من اختصاصه بالأصل، وهذا غير جائز، لأنه يمثل انتقاصاً من الاختصاص الأصيل لجهة القضاء الجنائي العام، فضلاً عن أن التفويض التشريعي بالمسائل الداخلة أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية - ومنها تنظيم القضاء العسكري وتحديد اختصاصاته - مخالف لنص الإعلان الدستوري الصادر في ٢٠١١/٣/٣١ الذي نص في المادة (٥١) على أنه: "ينظم القانون القضاء العسكري ويبين اختصاصاته في حدود المبادئ الدستورية"، فالنص صريح على أن القانون هو الذي يحدد اختصاصات القضاء العسكري وليس قرارات رئيس الجمهورية.

ب - مخالفة هذا النص لمبدأ القاضي الطبيعي من جهة أنه يقوم بتحديد ولاية المحكمة النازرة بالدعوى بعد نشوئها، وهذا يخالف الضمانة التي نحن بصددتها.

(٣٣) د. عبدالكريم عبادي محمد أحمد، محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري "دراسة تحليلية، تأصيلية، انتقادية، مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٠٧/٢٠٠٨، ص ٢٧٣ وما بعدها. سري صيام، القضاء الطبيعي والمساواة أمام القضاء، مرجع سابق، ص ١١١. د. عمر علي نجم، دستورية القضاء العسكري بين الإطلاق والتقييد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٦، ص ٨٠٨ وما بعدها. د. ثروت عبدالعال، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، القاهرة، ص ١٧٦. د. محمود أحمد طه، اختصاص المحاكم العسكرية بجرائم القانون العام في ضوء حق المتهم في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، القاهرة، ص ٣٩. علي عدنان الفيل، القضاء العسكري "دراسات في التشريعات الجزائية العسكرية العربية والمقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٠، طرابلس - لبنان، ص ١٣٣ وما بعدها. د. أيمن عبدالعال، مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠١١، ص ٨٤٤-٨٤٥.

الفرع الثالث

أن يكون ولاية المحكمة دائمة

ويقصد بذلك أن تكون ولاية المحكمة دائمة ومستمرة وغير مقيدة بقيد زمني، سواء تحدد هذا القيد بمدد معينة أو بظروف استثنائية مؤقتة مثل حالة الحرب أو حالة الطوارئ، فالمحكمة المؤقتة لا تدخل في نطاق القضاء الطبيعي^(٣٤).

ويعد هذا العنصر مكملاً للعنصر السابق، من حيث إن تحديد اختصاص المحكمة بعد نشوء الدعوى يفترض غالباً وجود محكمة دائمة محددة الاختصاص، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، يكفل إنشاء المحكمة بصفة دائمة وضوح اختصاصها والإجراءات التي تتبع أمامها وأيضاً استقرار الضمانات المقررة للخصوم أمامها، كما يضمن هذا الشرط تحقق ثقة المتقاضين فيها والاطمئنان إلى ابتعادها عن الخروج على مفهوم القضاء الطبيعي، وكونها منشأة للفصل في منازعات بعينها أو لمحاكمة أشخاص بذواتهم^(٣٥).

هذا بالإضافة إلى أن حكمة هذا العنصر تتسق والدور الذي يقوم به القضاء في المجتمع باعتباره سلطة^(٣٦) عامة قائمة إلى جوار السلطتين التشريعية والتنفيذية، بحيث لا يتصور أن يقوم سلطان الدولة دون وجودها، وبالتالي لا يتصور أن تنعقد المحكمة بصدد نزاع معين وإنما تظل قائمة بوظيفتها دائماً وبدون انقطاع.

لقد كرسست الشريعة الإسلامية عنصر ديمومة المحكمة من خلال الشروط والمبادئ التي قام عليها القضاء الإسلامي، وأهمها هو التزام إنشاء سلطة القضاء وفق كتاب الله وسنة رسوله ﷺ. بمعنى آخر أنه حتى لو أنشئت محاكم جديدة فلا بد

(٣٤) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، المرجع السابق، ص ٤٤٠. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٠٧. د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٥٧٥.

(٣٥) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، المرجع السابق، ص ٤٤٠.

(٣٦) أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن السلطة القضائية سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته لا من التشريع، وأن الدستور قد أناط بها وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقي السلطات. انظر: حكمها في القضية رقم ١٥ لسنة ٢٢ ق دستورية تاريخ ٢٠٠٤/٣/٧، وكذلك حكم المحكمة العليا المصرية في القضية رقم ١١ لسنة ٥ تاريخ ١٩٧٦/٤/٣، وحكم المحكمة العليا المصرية رقم ١٣ لسنة ٧ تاريخ ١٩٧٦/٤/١٦.

أن تلتزم في أصولها ومبادئها وشرائطها بالرجوع إلى أحكام الشرع، الأمر الذي يجعلها امتداداً للقضاء الإسلامي الذي أرسى قواعده رسول الله ﷺ^(٣٧).

أما بالنسبة للقانون الوضعي، فإن كانت القاعدة العامة هي ديمومة القضاء في الدولة بجميع جهاته، العادي والإداري، والدستوري إن وجد، إلا أنه تبرز في بعض الأحيان استثناءات تخرق هذه القاعدة.

على سبيل المثال، يلاحظ أن محكمة أمن الدولة العليا المنشأة بالمرسوم التشريعي رقم (٤٧) تاريخ ١٩٦٨/٣/٢٨ هي محكمة مؤقتة بإعلان حالة الطوارئ، وذلك واضح من خلال نص المادة الأولى من مرسوم إنشائها إذ جاء فيه: "أ- تُحدث محكمة (أمن دولة عليا) تمارس مهامها في مدينة دمشق أو في أية مدينة أخرى حسب مقتضيات الأمن، وذلك بأمر من الحاكم العرفي".

فالمرسوم علق ممارسة المحكمة لاختصاصها على أوامر الحاكم العرفي، ومن المعروف أن الحاكم العرفي هو من نتائج تطبيق قانون الطوارئ.

ومن المحاكم المؤقتة الموجودة في النظام القانوني السوري، محاكم الميدان العسكرية المنصوص عليها بالمرسوم التشريعي رقم (١٠٩) تاريخ ١٩٦٨/٨/١٧؛ إذ إن المرسوم حصر اختصاصها في زمن الحرب أو خلال العمليات الحربية أو أمام العدو.

أما على صعيد النظام القانوني المصري، فنجد محاكم أمن الدولة "طوارئ" المنشأة بالقرار الجمهوري بقانون رقم (١٦٢) لعام ١٩٥٨، وهي محاكم مؤقتة، ومناطق الاختصاص لها توفر حالة الطوارئ، فتمت زالت هذه الحالة زالت معها هذه المحاكم.

إذن، فجميع هذه المحاكم لا تنتمي إلى القضاء الطبيعي، وذلك لأن اختصاصها محدود بفترة زمنية محددة.

الفرع الرابع

أن تتوافر في القضاء ضمانات التخصص^(٣٨) والكفاءة

إن من أهم الميزات التي يتمتع بها القاضي الطبيعي، أنه قاض متخصص في عمله، ممتن ومتفرغ له، ويتمتع بالكفاية العلمية والعملية التي تؤهله للقيام بمهمته على أحسن وجه.

(٣٧) د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، المرجع السابق، ص ٤٤١.

(٣٨) هنالك فرق بين تخصص القاضي وتخصص القضاء، فالمصطلح الأول، والذي لا يدخل في نطاق دراستنا، يقصد به تقييد القاضي بالنظر في منازعات فرع واحد من فروع القضاء المختلفة، أما المصطلح الثاني فهو الذي نقصده بدراستنا.

لقد كانت الشريعة الإسلامية السَّابِقة في اشتراط أن يكون القاضي عالماً بالأحكام الشرعية حتى يصح توليته. ليس ذلك فحسب، بل إن بعض الفقهاء ذهب إلى أبعد من ذلك، ورأى أن القاضي يجب أن يكون عالماً مجتهداً، وبالتالي فلا تصح، عندهم، تولية القضاء لغير المجتهد^(٣٩).

يقول ابن فرج المالكي: "اتفق مالك وأبو حنيفة والشافعي، رحمهم الله، على أنه لا يجوز لحاكم أن يحكم بين الناس حتى يكون عالماً بالحديث والفقهاء معاً مع عقل وورع"^(٤٠).

وجاء في تبصرة الحكام: "حكى ابن راشد عن بعضهم أنه أجاز تولية الجاهل، ورأى كونه عالماً مستحباً لا شرطاً في الصحة، ولا موجباً للعزل، وهو قول شاذ بعيد من الصواب والقاضي أحوج الناس إلى العلم"^(٤١).

أما على الصعيد الدولي، فقد جاء في المادة (١٠) من المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية والتي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في ميلانو عام ١٩٨٥ ما يلي: "يتعين أن يكون من يقع عليهم الاختيار لشغل الوظائف القضائية أفراداً من ذوي النزاهة والكفاءة، وحاصلين على تدريب ومؤهلات مناسبة في القانون..."^(٤٢).

أولاً - مفهوم تخصص القضاء:

نقصد بذلك أن تكون ممارسة العمل القضائي مقصورة على فئة مؤهلة تأهيلاً علمياً خاصاً، بالعلم القانوني المتعمق، والمعرفة الواسعة، والثقافة الرفيعة، ذات تكوين عملي خاص، قوامه التدريب والتأهيل والممارسة والتجربة والخبرة، يتوافر لها التفريغ لمهامه، والانقطاع لفرائضه، والصبر على مناسكه، فضلاً عن ضرورة توافر المكنات

(٣٩) أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار ابن قتيبة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، الكويت، ص ٨٩. د. إسماعيل البدوي، نظام القضاء الإسلامي، ٢٠٠٠، بدون ناشر، ص ٢٣٢. د. محمود الشربيني، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، ص ٢٥.

(٤٠) أقضية رسول الله ﷺ، دار الوعي، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ، حلب، ص ٩.

(٤١) برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين المعرف بابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، الرياض، (٢٢/١).

(٤٢) اللجنة الدولية للحقوقيين، المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة، مرجع سابق، ص ٦٦.

الشخصية الضرورية، كالخلق الحسن، والسمعة الطيبة، والسلوك السوي، واستقلال الشخصية وحيادها وتجربتها^(٤٣).

وبذلك يعد تخصص القضاء، بالمعنى السابق، ركيزة أساسية من ركائز القضاء الطبيعي، لأن غالبية النظم القضائية، إن لم نقل جميعها، تشترط في الشخص الذي يتولى القضاء صفات ومؤهلات، قانونية وعلمية، محددة، بالإضافة إلى تفرغه التام للاضطلاع بهذه المهمة. فمن الطبيعي أن لا يتولى القضاء إلا شخص تتوفر لديه المعرفة القانونية المتولدة عن دراسة أكاديمية رصينة، مصقولة بالخبرات العملية الناجمة عن معرفة بواقع هذه المهنة، وبالتأكيد فإن ذلك لا يكون إلا إذا تفرغ هذا الشخص للعمل القضائي.

واستناداً إلى ذلك، نستطيع القول بأن تحقيق تخصص القضاء وكفايته يتجسد في نقطتين اثنتين:

الأولى: أن تتوفر في الشخص الذي يتولى القضاء الكفاءة العلمية والعملية اللازمة.
الثانية: التفرغ التام للقيام بمهمة القضاء.

ومن شأن دعم التكوين المهني للقضاة أن يتأكد استقلال القضاء؛ لأنهم بفضل هذا التكوين سيصبحون قادرين على أداء وظيفتهم بالحكم في المنازعات طبقاً للقانون وحده، فبدون هذا التكوين المهني قد لا يتحقق استقلال القضاء على الوجه الصحيح، وذلك لأن القاضي الذي لا يعرف حدود وظيفته ومناطق قضائه قد لا يتمكن من مواجهة أي تدخل في شؤون، بل وقد لا يدرك خطورة هذا التدخل عند حدوثه^(٤٤).

وقد أصبغ المجلس الدستوري الفرنسي على هذا المبدأ قيمة دستورية وذلك في قراره رقم ٣٩٦/٩٨ لعام ١٩٩٨، فقد أكد وجوب أن تتوفر لدى رجال القضاء الصلاحية والمهارات اللازمة لشغل الوظائف القضائية، وإن ذلك يعد من المبادئ ذات القيمة الدستورية^(٤٥).

(٤٣) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٤٤٦-٤٤٧. د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، المرجع السابق، ص ٤١٧.

(٤٤) د. محمد نور شحاته، استقلال القضاء، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٢٣٩. د. أحمد فتحي سرور، استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخمسون، عدد خاص "دراسات في حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون المصري"، ١٩٨٣، جامعة القاهرة، ص ١٢٨.

(٤٥) C.C. 98-396 DC du 19 février 1998, Recueil, p. 153.

ثانياً - وسائل تحقيق كفاءة القضاء:

هناك عدة وسائل تساهم في التكوين المهني للقاضي، يأتي في مقدمتها الإعداد المهني الجيد من خلال المعاهد القضائية، والدورات التدريبية، والندوات والمؤتمرات العملية، وأخيراً إتاحة وسائل المعلومات.

١ - الإعداد المهني: وذلك من خلال المعاهد القضائية والتي تتولى في غالبية النظم القضائية مهمة الإعداد الأولي للقضاة؛ حيث يعد هذا الإعداد للجنة الأولى في إعداد القاضي عملياً.

فقد تنبه المشرع الفرنسي إلى هذه الحقيقة فأنشأ في عام ١٩٥٨ المركز القومي للدراسات القضائية بهدف ضمان التكوين المهني لقضاة المستقبل وتحسين مستوى معلومات القضاة، وقد عدل نظام هذا المعهد في عام ١٩٧٠ وسمي بمقتضاه بالمدرسة القومية للقضاة.

وفي مصر صدر القرار الجمهوري رقم (٣٤٧) لعام ١٩٨١ بإنشاء المركز القومي للدراسات القضائية؛ حيث إن الهدف من إنشائه، كما جاء في المادة الثانية من القرار الجمهوري المشار إليه، إعداد وتدريب أعضاء الهيئات القضائية وتأهيلهم علمياً وتطبيقياً لممارسة العمل القضائي، والارتقاء بالمستوى الفني والعملي لأعوان القضاء والعاملين بالجهات المعاونة للهيئات القضائية^(٤٦).

وفي سوريا، وانطلاقاً من فكرة تحديث العملية القضائية صدر المرسوم التشريعي رقم (٤٢) لعام ٢٠٠٠ الذي تضمن إحداث المعهد القضائي، والذي يدخل ضمن أهدافه، حسب المادة الرابعة من قانون إحداثه، ما يلي:

١ - إعداد وتأهيل المرشحين لتولي الوظائف القضائية، وتمكينهم من ممارسة الوظائف القضائية.

٢ - رفع المستوى الفقهي والقانوني وتحسين مستوى الأداء التطبيقي لقضاة

(٤٦) يقول نجاد البرعي: "يمكن أن نستنتج نوع المعلومات التي يجري تلقين القضاة الجدد إياها، حيث لا يتلقى الدارسون أية معلومات حول استقلال القضاء ولا العهود الدولية أو الإعلانات الخاصة بضمان استقلال القضاء، ولا المواثيق الخاصة بحقوق الإنسان، ولا واقع القضاء المصري بالنسبة للقضاء في الدول المتقدمة ولا حتى تاريخ القضاء المصري بما فيه من شخصيات شامخة ذات مواقف مشهودة في الدفاع عن استقلال القضاء"، استقلال القضاء في مصر "الحقيقة كما هي"، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، ٢٠٠٥، القاهرة، ص ٦٥.

الحكم والنيابة العامة القائمين على رأس العمل من درجة مستشار فما دون، وفق خطة سنوية يضعها المجلس بالتنسيق مع إدارة المعهد. لا شك أن قيام المشرع بإنشاء هذا المعهد يشكل خطوة محمودة وفعالة في تحقيق هدفه في تدريب القضاة وتأهيلهم، ولكن الملاحظ أن المعهد لم يقدّم بأية خطوة لتحقيق هذا الهدف بالنسبة للقضاة القائمين على رأس عملهم، إذ اقتصر التدريب على القضاة المعيّنين حديثاً، كما أن المعهد لم يقدّم، كمنظيره المصري، بتدريس مادة اللغة الفرنسية على الرغم من أهميتها بالنسبة للقضاة كون أكثر قوانيننا فرنسية الأصل^(٤٧). لذلك فإننا نهيب بالقائمين على هذا المعهد العمل على تلافي هذه السلبيات في المستقبل القريب.

٢ - الدورات والندوات العلمية: فيفضل أن تعقد دورات تدريبية لكل القضاة مهما كانت مرتبتهم وأقدميتهم، وأن يكون اتباعها إلزامياً، وحتى جعل اتباع بعضها شرطاً للترقية؛ لما لها من دور كبير في صقل مهارات القاضي وتنميتها بحيث يكون سباقاً إلى كل ما هو جديد في نطاق العمل.

في الولايات المتحدة يتم إعداد دورات تدريبية للقضاة تتناول في مناهجها مواد تتعلق بالتعليم القضائي، يدرسها القضاة لكي تزيد معلوماتهم وتتسع مداركهم ويسهل عليهم فهم ما يدور حولهم، بما يساعد على سرعة الفصل في آكداس الطعون المتداولة أمامهم^(٤٨).

"إذ من شأن هذه المؤتمرات واللقاءات وضع اليد على مشاكل المحاكم وإيجاد وسائل لحلها بما يساعد القضاة والمتقاضين على الوصول إلى النظام الأمثل لنظر الطعون والفصل فيها، فضلاً عن توطيده الصلة بين القضاة بمختلف المحاكم، ويبرز أوجه القصور والكفاءة بكل محكمة أمام المحاكم الأخرى، لتأخذ كل محكمة بما تراه متفقاً مع ظروفها، ومن شأنه رفع مستوى كفاءة قضاتها"^(٤٩).

وتسهم الندوات العلمية المتخصصة التي تعقدها المراكز الحكومية والخاصة في تنمية بعض الجوانب المهنية لدى القضاة، ويمكن أن نشير في هذا المجال إلى

(٤٧) د. محمد باكير جمعة، استقلال القضاء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص ٣٣٦-٣٣٧.

(٤٨) د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية، مطبعة كلية الحقوق، ٢٠٠٠، جامعة القاهرة، ص ١١٣-١١٤.

(٤٩) المرجع السابق، ص ١١٥.

الندوات العلمية القيّمة التي يقيمها المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، والتي يحاضر فيها ويحضرها كبار رجال القضاء والقانون في مصر^(٥٠).

أما في سوريا، فكما أسلفنا سابقاً بأن المعهد القضائي لم يرق إلى الآن بأية دورة تدريبية للقضاة القائمين على رأس عملهم، وهذه سلبية واضحة يجب تلافيتها عاجلاً.

٣ - إتاحة وسائل المعلومات: هناك وسائل تقليدية تتمثل في الكتب والمجلدات المهمة بنشر التشريعات، وأعمالها التحضيرية، وآراء الفقه، وأحكام القضاء، فالتكوين المهني للقاضي يحتاج إلى هذه الوسائل لتنمية أفقه القانونية، لذلك يجب أن تكون هناك آلية معينة لتجميع الأحكام والآراء التي تصدر عن المحاكم العليا في كل جهات القضاء، الدستوري والعادي والإداري والاستثنائي، وطريقة مناسبة لانتقاء الأحكام الهامة والتميزة الصادرة عن المحاكم الدنيا.

بالإضافة إلى ذلك، يفضل أن تتاح الأبحاث الفقهية الرصينة لرجال القضاء لتبقيهم على تواصل مع كتابات الفقهاء وآرائهم، وتعطيهم المعلومات النظرية التي قد يحتاجونها في التطبيقات العملية.

وفي هذا المجال نشير إلى المكتبات الكائنة في دور المحاكم، ودورها في تسهيل وصول رجال القضاء إلى ما يحتاجونه من تشريعات وآراء قضائية وفقهية. وكذلك المجالات القانونية المتخصصة، سواء التي تصدر عن وزارة العدل أو نقابة المحامين أو مجلس الدولة أو كليات الحقوق، وما تتضمنه من أبحاث يمكن أن تشكل قاعدة قانونية نظرية للعاملين في مجال القانون ومنهم القضاة.

أما بالنسبة لوسائل المعلومات الحديثة، فتتمثل بإنشاء شبكة معلومات إلكترونية متكاملة تربط جميع المحاكم بعضها مع بعض، أو على الأقل إنشاء موقع على شبكة المعلومات تنشر فيه جميع الأحكام الصادرة عن محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والآراء الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، وأهم الأبحاث الفقهية المنشورة في كل مجال من مجالات القانون.

(٥٠) وهو منظمة إقليمية عربية غير حكومية تأسس بالقاهرة منذ العام ١٩٩٧، معني بدعم وتعزيز أوضاع العدالة في دول المنطقة العربية، وإرساء مبادئ سيادة القانون واستقلال السلطة القضائية ومهنة المحاماة واحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية. حاصل على الصفة الاستشارية الخاصة لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة في العام ٢٠٠٠. إحدى أهدافه، الارتقاء بمستوى تدريس القانون في المنطقة العربية. وفي سبيل ذلك يقيم المركز العديد من المؤتمرات والندوات وورش العمل كل عام. للاطلاع على كل ما يتعلق بهذا المركز يمكن زيارة موقعه على الإنترنت: <http://acijlp.org/ar>.

تطبيقاً لذلك، نجد أن وزارة العدل المصرية قد أطلقت على موقعها على الإنترنت قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية، والتي تمكن أي مهتم من الاطلاع على أهم التشريعات والقوانين، وكذلك الأحكام القضائية الصادرة عن أهم المحاكم المصرية^(٥١). كما قامت المحكمة الدستورية العليا المصرية بإطلاق موقعها على الإنترنت، لتتيح من خلاله للباحثين إمكانية تصفح جميع الأحكام الصادرة عنها، بالإضافة إلى إمكانية الاطلاع على الأبحاث المنشورة في مجلة الدستورية الصادرة عنها^(٥٢).

في حين أن وزارة العدل السورية وضعت خدمة تصفح الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض السورية ومجلس الدولة في موقعها على الإنترنت، ولكنها لم تفعل هذه الخدمة حتى تاريخه^(٥٣).

لذلك نرجو من القائمين على موقع وزارة العدل الإسراع، قدر المستطاع، في تفعيل هذه الخدمة، لما في ذلك من فائدة كبيرة في تسهيل الوصول إلى أهم الاجتهادات السورية. وتطوير الموقع بحيث يمكن جميع المهتمين من الاطلاع، ليس فقط على اجتهادات القضاء العادي والإداري، إضافة إلى نشر أبحاث مجلة القانون الصادرة عنها، لأن ذلك، سيؤدي برأينا، إلى تمكين القضاة من توسيع خبراتهم، وتسهيل أداء المهام الملقة على عاتقهم من خلال ما سيوفره هذا الموقع من سرعة ودقة في تصفح الاجتهادات القضائية.

الفرع الخامس الحصانة ضد العزل

يعني مبدأ عدم القابلية للعزل أنه لا يجوز إبعاد القاضي عن منصبه القضائي سواء بطريق الفصل، أو الإحالة إلى التقاعد، أو الوقف عن العمل، أو النقل إلى وظيفة أخرى إلا في الأحوال وبالكيفية المنصوص عليها في القانون^(٥٤).

١ - الحصانة ضد العزل في الشريعة الإسلامية: ثار الخلاف بين الفقهاء حول حق ولي الأمر في عزل القضاة؛ حيث انقسموا إلى رأيين:

(٥١) موقع وزارة العدل المصرية، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية على الرابط التالي: www.arablegalportal.org/egyptverdicts.

(٥٢) موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط التالي: <http://www.hccourt.gov.eg>.

(٥٣) موقع وزارة العدل السورية على الإنترنت على الرابط التالي: www.moj.gov.sy.

(٥٤) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ١٧٠.

الرأي الأول: يرى عدم جواز عزل القاضي دون وجود مصلحة، وهو قول فقهاء المالكية والشافعية^(٥٥) والحنابلة^(٥٦) في أحد الوجهين.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة/١)، فعندما تم تعيين القاضي تعلق بهذا التعيين حق للأمة؛ أي إن تقليد القضاء وفقاً لهذا الرأي تم بعقد بين الإمام والقاضي لمصلحة المسلمين العامة، وإن القول بجواز عزله دون سبب فيه إخلال بالعقد وهذا مما لا يجوز، ولأن عزل القاضي دون وجود مصلحة تصرف يجدر بالإمام الابتعاد عنه^(٥٧).

الرأي الثاني: ويرى أصحابه وهم الحنفية^(٥٨) والشافعية^(٥٩) في القول الأصح عندهم أنه يجوز للسلطان أو من له ولاية القضاء أن يعزل القاضي لريبة أو لغير ريبة، وينفذ العزل في الأصح.

واستدلوا على رأيهم بأن القاضي نائب عن الإمام أو الخليفة في السلطة القضائية، وهي إحدى السلطات التي يتمتع بها الإمام أو رئيس الدولة لحفظ الدين وسياسة الدنيا، وبالتالي فإن الخليفة يملك عزل القضاة كونه صاحب السلطة الأساسي^(٦٠)، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، حتى ولو كان القاضي ينوب عن الأمة في تولي منصبه، فإن الأمة ذاتها هي التي فوضت الخليفة في تعيين القاضي، وطالما كان الأمر كذلك، فذلك يعني بصورة ضمنية أنها فوضته أيضاً بعزله^(٦١).

إلا أننا نؤيد الرأي الأول، إذ لا يجوز لولي الأمر عزل القاضي إلا لعذر، فإذا فقد هذا العذر لم يكن له أن يعزله. ونفضل الأخذ بهذا الرأي لما فيه من حماية أكثر

(٥٥) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج في معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، بيروت - لبنان، (٤/٥١٠).

(٥٦) عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، (١١/٤٧٣)، أبو يعلى محمد بن حسين الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ، بيروت، ص ٦٥.

(٥٧) ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، (١/٧٨).

(٥٨) زين الدين الشهير بابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣١١هـ، مصر، (٦/٢٨١). الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، (٩/١٣٨).

(٥٩) يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، لبنان - بيروت، ص ٥٥٨.

(٦٠) ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، (١/٧٨).

(٦١) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، (٩/١٣٨).

للقضاة وضوابط أكثر للجهة القائمة بالعزل، وتبدو الحاجة أكثر بزماننا للأخذ به، حيث ثقلت يد السلطة التنفيذية على القضاء في كثير من الأنظمة وبات القضاء مهدين في كل لحظة بسحب الصفة القضائية عنهم، فالأحكام تتغير بتغير الأزمنة^(٦٢).

٢ - الحصانة ضد العزل في القانون الوضعي: أكدت المواثيق والإعلانات الدولية الخاصة باستقلال السلطة القضائية على هذا المبدأ. منها على سبيل المثال، المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية التي أقرتها الأمم المتحدة، وذلك في المادة (١٢) والتي نصت على أن "يتمتع القضاة سواء أكانوا معينين أم منتخبين، بضمان بقائهم في منصبهم إلى حين بلوغهم سن التقاعد الإلزامية أو انتهاء الفترة لتوليهم المنصب، حيثما يكون معمولاً بذلك"^(٦٣).

كما أقرت غالبية الدساتير والتشريعات المقارنة مبدأ الحصانة للقاضي ضد العزل منها: الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧ في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه، التي نصت على عدم جواز عزل القضاة الاتحاديين ما دام سلوكهم حسناً وطالما يؤديون أعمالهم على نحو مرضٍ، والدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ في المادة (٦٤) منه^(٦٤)، والدستور المصري لعام ١٩٧١ في المادة (١٦٨) منه، ونص المادة (٩٢) من قانون السلطة القضائية السوري رقم (٩٨) لعام ١٩٦١^(٦٥)، والتي جاء فيها: "١ - الحصانة هي صيانة القضاة من العزل والنقل ويتمتع بها جميع القضاة".

وأوضحت المحكمة الدستورية العليا المصرية مضمون الحصانة ضد العزل بقولها: "عدم قابلية القضاة للعزل حصانة قررها الدستور والمشرع كلاهما حماية

(٦٢) د. عبدالعزيز رمضان سمك، الضمانات الأساسية للتقاضي في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٧٥، ٢٠٠٥، جامعة القاهرة، ص ٢٤. د. رشدي شحاته أبو زيد، انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، القاهرة، ص ٣٠٢-٣٠٣. د. عبدالعزيز محمد عزام، النظام القضائي في الإسلام "الجزء الأول"، المؤسسة العربية الحديثة، بدون تاريخ، القاهرة، ص ١٢٦.

(٦٣) المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة، والمحامين، وممثلي النيابة العامة، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٦٤) "Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles".

(٦٥) جاء الدستور السوري الحالي الصادر عام ١٩٧٣ خالياً من النص على الحصانة ضد العزل مثله في ذلك مثل: دستور ١٩٥٠، ودستور ١٩٦٩. في حين ورد النص على ضمانات الحصانة ضد العزل في المادة (١١٥) من مشروع دستور ١٩٢٠، وفي المادة (٣٤) من دستور عام ١٩٣٠، وكذلك في دستور ١٩٥٨ في المادة (٦٠)، ودستور عام ١٩٦٤ في المادة (٦٩).

للوظيفة القضائية.....، ولا شبهة في أن هذه الحصانة - وتلك غايتها - لا يجوز أن تكون موطئاً لحماية أعضاء السلطة القضائية من المسؤولية من عثراتهم التي تخل بشروط توليهم القضاء وقيامهم على رسالته، ولا أن تكون عاصماً من محاسبتهم عما يصدر عنهم من أعمال تؤثر في هيبة السلطة القضائية وعلو منزلتها، أو تنتقص من ثقة المتقاضين في القائمين على شؤونها، وإنما يتعين أن تظل الحصانة مرتبطة بمقاصدها ممثلة في تأمين العمل القضائي من محاولة التأثير فيه ضماناً لسلامته^(٦٦).

ثانياً - نطاق الحصانة ضد العزل:

نقصد بنطاق الحصانة هذه، دراستها من ناحيتين: الأولى، مدى شمولها لكل أوجه العزل وإيقاف الخدمة (نطاق الحصانة ضد العزل من حيث المضمون). والثانية، مدى شمولها للقضاة باختلاف درجاتهم (نطاق الحصانة ضد العزل من حيث الشمول).

١ - نطاق الحصانة ضد العزل من حيث المضمون: إن القول بأن هذه الحصانة مقررة كضمان لحسن سير العدالة، يقتضي مساءلة القاضي إن قصر في عمله. مما يعني أن ضمانه عدم القابلية للعزل لا يقصد منها بقاء القاضي في وظيفته طوال سنين حياته، ولا تعني أيضاً أنه قد أصبح مالكا لها، فمهما أخطأ أو أساء فسوف يظل شاغلاً لها.

فلا ريب في أن تقرير هذه الحصانة للقاضي لا يمنع من إحالته إلى التقاعد إذا بلغ السن المنصوص عليها في القانون، كما لا يمنع إحالته للتقاعد قبل بلوغ هذا السن إذا ما تبين عجزه، لأسباب صحية، عن القيام بأعباء وظيفته على الوجه اللائق. فضلاً عن ذلك، فإن هذه الضمانة لا تحول دون مساءلة القاضي تأديبياً وتوقيع الجزاء عليه والذي قد يصل إلى حد العزل أو النقل إلى وظيفة أخرى غير قضائية، إذا ما أخل بواجبات وظيفته ومقتضياتها، كما أنها لا تمنع القاضي من التقدم باستقالته من هذا المنصب، وإنهاء خدمته في حال قبولها^(٦٧).

وبذلك فإن مضمون الحصانة ضد العزل يقتصر على منع أية جهة من التحكم بإنهاء العمل الوظيفي للقضاة بشكل تعسفي دون أن يصدر من القاضي أية أخطاء،

(٦٦) حكمها في القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ ق دستورية تاريخ ١٢/٧/١٩٩١، وحكمها في القضية رقم ١٣٩ لسنة ٢١ ق دستورية تاريخ ٣/٧/٢٠٠٤. سعيد محمود الديب، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من تاريخ إنشائها حتى تاريخ ٢٠٠٨، قرص ليزري.

(٦٧) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٥٥-٢٥٨. د. محمد باكير جمعة، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٨٣-٢٨٤.

ودون أن يضعف صحياً عن أداء واجباته، ودون أن يبدي رغبته هو في إنهاء مسيرته الوظيفية.

٢ - نطاق الحصانة ضد العزل من حيث الشمول: اختلفت النظم القضائية في تقرير شمول هذه الحصانة لجميع القضاة.

فالمشرع الفرنسي قصر الحصانة ضد العزل على قضاة الحكم دون النيابة^(٦٨)، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، لا يتمتع أعضاء مجلس الدولة الفرنسي بضمانة عدم القابلية للعزل من ناحية النصوص الدستورية والتشريعية، ولكن العرف والتقاليد يكفلان لهم هذه الضمانة بشكل يفوق ما هو عليه الوضع في كثير من الدول التي نصت دساتيرها وتشريعاتها على توفيرها. ولعل ذلك يرتد بصفة أساسية إلى روح الحرية والديمقراطية التي تسود المجتمع الفرنسي ونظامه السياسي، وإلى الاحترام الأدبي الفائق لأعضاء مجلس الدولة^(٦٩).

وفي مصر، تشمل الحصانة جميع القضاة، من حكم ونيابة (المادة ٦٧) من قانون السلطة القضائية). وتشمل الحصانة ضد العزل كذلك جميع قضاة مجلس الدولة باستثناء المندوبين المساعدين^(٧٠) (المادة ٩١) من القانون رقم (٤٧) لعام ١٩٧٢ المعدل بقانون رقم (١٣٦) لعام ١٩٨٤. وتشمل الحصانة، إضافة إلى ذلك، قضاة المحكمة الدستورية العليا (المادة ١٧٧) من دستور عام ١٩٧١).

أما في سوريا، فقد شملت الحصانة ضد العزل جميع قضاة الحكم والنيابة الذين مضى على تعيينهم ثلاث سنوات (المادة ٩٣) ف١ من قانون السلطة القضائية). وبموجب المادة (٦٤) من قانون مجلس الدولة شملت الحصانة أعضاء المجلس

(٦٨) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٠٨-٢٠٩.

(٦٩) د. عبدالناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، مصر، ص ٢٤٤-٢٤٥.

(٧٠) يذهب رأي فقهي إلى أن الحصانة ضد العزل تشمل جميع قضاة مجلس الدولة بمن فيهم المندوبين المساعدين. في حين يذهب رأي آخر، ونحن نؤيده، إلى أن هذه الحصانة لا تمتد إلى المندوبين المساعدين الذين لا يعدون من أعضاء المجلس، بليل أن المادة الثانية من قانون مجلس الدولة حددت الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس وهم يتدرجون من أقلهم درجة "المندوبين" إلى أعلاهم درجة "رئيس المجلس"، وليس فيهم "المندوبين المساعدين" الذين يلحقون بالمجلس ولا يعدون من الأعضاء حتى يحصلوا على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا، ويقروا إلى مندوبين إذا كانت تقاريرهم مرضية. انظر في ذلك: د. عبدالناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

من درجة مستشار مساعد فما فوق، والنواب الذين مضى على تعيينهم ثلاث سنوات. أي أن المندوبين المساعدين والمندوبين والنواب الذين لم يمض على تعيينهم ثلاث سنوات لم تشملهم الحصانة.

كما يتمتع جميع أعضاء المحكمة الدستورية العليا بضمانة عدم القابلية للعزل، وذلك بموجب ما جاء في المادة (١٤٢) من الدستور السوري لعام ١٩٧٣.

من ذلك نرى أن مسلك المشرع المصري في إصباغ الحصانة ضد العزل على جميع قضاة القضاء العادي والإداري والدستوري، يشكل لبنة في إعلاء صلاح القضاء المستقل. لذا نهيب بمشرعنا السوري أن يقتفي أثر شقيقه المصري في مد هذه الحصانة على جميع القضاة الذين لم تشملهم.

ثالثاً - قيود مبدأ عدم القابلية للعزل^(٧١):

يقتضي التطبيق السليم لأي مبدأ قانوني وضع ضوابط وقيود تحول دون إساءة تفعيله، وفي الوقت ذاته، تضمن الوصول به إلى الغاية التي توخاها المشرع حين وضعه. ومبدأ الحصانة ضد العزل لن يشذ عن هذا التأصيل، لذا يفضل، لا بل يجب، إحاطته بضوابط تزيد من فاعليته في حماية استقلال القضاء، وأهمها:

- ١ - لا يجوز عندما تحدد الدساتير الأداة التشريعية التي يتم بمقتضاها تنظيم أمور العزل بتقرير أسبابه وبيان حالاته وضوابطه وإجراءاته، أن يتم هذا التنظيم بأداة أدنى منها، وإلا فإن هذا يعني خرق أحكام الدستور ومبدأ سيادة القانون والمشروعية.
- ٢ - إسناد سلطة عزل القاضي، في حال ارتكابه ما يستوجب ذلك، إلى جهة قضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.
- ٣ - أن تُبين حالات عزل القضاة وأسبابها وحدودها وضوابطها وإجراءاتها في نصوص قانونية واضحة لا لبس ولا غموض فيها، لأن العزل إذا لم يبين على أصول وإجراءات واضحة ومحددة سلفاً يهدر استقلال القضاء ويجعل من هذه الضمانة مجرد حبر على ورق.
- ٤ - عدم جواز عزل القضاة من قبل السلطة القائمة على تنفيذ الأحكام العرفية في حالة إعلانها.
- ٥ - عدم جواز عزل القضاة تحت ستار إعادة تشكيل الهيئات القضائية.

(٧١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٥٩-٢٦٥.

رابعاً - المساس بمبدأ الحصانة ضد العزل:

١ - المساس بمبدأ الحصانة ضد العزل صراحة:

على الرغم من وجود النصوص الدستورية والتشريعية التي أكدت على تمتع القضاة بضمانة الحصانة ضد العزل، فقد تعرض هذا المبدأ للعديد من الانتكاسات والخروقات في بعض الدول مثل فرنسا^(٧٢) ومصر^(٧٣).

وفي سوريا^(٧٤) لم يكن الحال بأفضل مما كان عليه في هذه الدول؛ حيث انتهكت ضمانة عدم القابلية للعزل في العديد من المناسبات لعل آخرها المرسوم التشريعي رقم (٩٥) لعام ٢٠٠٥، والذي خول مجلس الوزراء ولمدة أربع وعشرين ساعة، ولأسباب يعود تقديرها إليه أن يقرر صرف القضاة من الخدمة، ولا يشترط أن يكون القرار معللاً، أو يتضمن الأسباب التي دعت للصرف من الخدمة ويسرح القاضي بمرسوم غير قابل لأي طريق من طرق المراجعة والطعن.

- موقف القضاء الإداري السوري من مرسوم صرف القضاة: للأسف فإن مجلس الدولة السوري رفض إخضاع القرارات الصادرة بناء على المرسوم التشريعي آنف الذكر لرقابته؛ معللاً ذلك بأن: "مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، لا يختص بالنظر في مدى دستورية القوانين والمراسيم التشريعية من عدمها، وإنما يعود ذلك الاختصاص إلى المحكمة الدستورية العليا، وحيث إن المرسوم التشريعي رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٥ قد نص صراحة، على أن مرسوم صرف القضاة من الخدمة، غير قابل لأي طريق من طرق المراجعة، أو الطعن أمام أي مرجع إداري أو قضائي، مما يتوجب والحالة هذه

(٧٢) إذ تعرضت ضمانة عدم القابلية للعزل للعديد من المحن، وذلك في أعوام ١٨٠٧، ١٨٨٣، ١٩٢٦، ١٩٤٠، ١٩٦٢، ١٩٨١، هذا على صعيد القضاء العادي، أما على صعيد القضاء الإداري، فقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لعدة انتهاكات، وذلك في أعوام ١٨١٤، ١٨٣٠، ١٨٤٨، ١٧٥٢، ١٨٧٩، ١٩٤٠، ١٩٤٤، ١٩٦٠. راجع تفصيلاً في هذه الانتهاكات: بالنسبة للقضاء العادي، د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢١٠-٢١٢. د. محمد باكير جمعة، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٩٧-٢٩٨. وبالنسبة للقضاء الإداري، د. عبدالناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٦-٢٤٧.

(٧٣) تعرض القضاء المصري الإداري والعادي لمحتنين في عامي ١٩٥٥ و ١٩٦٩. راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٣١-٢٥١. د. عبدالناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٦-٢٤١.

(٧٤) انتهكت ضمانة عدم القابلية للعزل في سورية في الأعوام ١٩٢٨، ١٩٤٣، ١٩٤٧، ١٩٥٢، ١٩٥٣، ١٩٥٩، ١٩٦٣، ١٩٦٦، ١٩٦٨، ٢٠٠٥. راجع في ذلك: د. محمد باكير جمعة، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٣٠٢-٣٠٤.

إعلان عدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري للنظر في الدعوى الماثلة^(٧٥). وقد أيدت دائرة فحص الطعون بمجلس الدولة هذه الأحكام.

- موقف الفقه من مرسوم صرف القضاة: السؤال الذي يثار في مثل هذه الحالة، ما مدى احترام القوانين والمراسيم التشريعية والقرارات التي أباحت النيل من حصانة القضاة ضد العزل، لمبدأ المشروعية؟ وهل تعد دستورية أم لا؟
برأينا، لا بد أن نميز بين حالتين:

الأولى: إذا نص الدستور على ضمانات الحصانة ضد العزل: كما في دستور ١٩٥٨، ودستور ١٩٦٤. ففي هذه الحالة لا يمكن لأية سلطة أن تنتهك هذه الحصانة بأية وسيلة، لأن المشرع عندما يضع ضمانات أو حق ما، ويمنح المشرع سلطة تنظيمية، فإن ذلك يفرض على الأخير وضع الوسائل والضوابط التي تنظم هذا الحق أو الضمانة لا أن تقيده، وبالتالي فصدور تشريع يخرق ضمانات عدم القابلية للعزل يعني تجاوز المشرع للسلطة التي منحه إياها الدستور في التنظيم، وبناء على ذلك يكون هذا التشريع غير دستوري.

الثانية: إذا لم ينص الدستور على ضمانات الحصانة ضد العزل: كما في دستور ١٩٦٩، والدستور الحالي لعام ١٩٧٣. تحيل هذه الدساتير، غالباً، إلى القوانين مسألة تنظيم حالات عزل القضاة، وبناء على ذلك، يمكن أن نتصور إحدى صورتين:

أ - لا تكون ثمة مخالفة دستورية، إذا كانت الأداة التي تم بواسطتها النيل من ضمانات عدم القابلية للعزل هي القانون، فطالما أن الدستور قد فوض السلطة التشريعية بتنظيم هذه الضمانة دون وضع قيود أو ضوابط، فإن هذه السلطة تستطيع من خلال القوانين التي تصدرها تنظيم الحصانة وفق ما تراه، كل ذلك بشرط عدم مخالفة هذه القوانين للقواعد الدستورية الأخرى^(٧٦).

ب - إذا تمت استباحة ضمانات عدم القابلية للعزل بأداة أقل من القانون، كالمرسوم

(٧٥) قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٥٨٧) تاريخ ٢٩/٤/٢٠٠٨، غير منشور، سجلات مجلس الدولة السوري، وقرار محكمة القضاء الإداري رقم (١٦٤١) تاريخ ٢٦/٨/٢٠٠٨، غير منشور، سجلات مجلس الدولة السوري.

(٧٦) فمثلاً، إذا كان القانون لا يخالف الدستور من ناحية تنظيمه لطرق العزل ووسائله وإجراءاته، فإن هذا القانون قد يخالف قواعد دستورية أخرى، كحق التقاضي. فغالبيتها هذه القوانين، إن لم نقل جميعها، تحصن قرارات العزل من الطعن أو المراجعة، فمثل هذا النص يعد انتهاكاً صارخاً لحق الإنسان في التقاضي..

التشريعي أو القرار الإداري، فإن ذلك يعد مخالفة صريحة للنصوص الدستورية التي تفرض أن يتم تنظيم العزل بقانون، الأمر الذي يوصم هذا المرسوم التشريعي أو القرار بعدم الدستورية^(٧٧).

بناء على ما تقدم، نرى عدم دستورية المرسوم التشريعي رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٥، أولاً، لأنه خرق مبدأ الحصانة من العزل بأداة قانونية أقل من القانون مخالفاً نص المادة (١٣٦) من دستور ١٩٧٣ التي منحت القانون الحق في تنظيم حالات عزل القضاة، وثانياً، لأنه خرق حق التقاضي؛ حيث حرم القضاة الذين صرفوا من الخدمة من حقهم في اللجوء إلى القضاء، وهو حق كفله الدستور بالمادة ٢٨/٤.

لذلك انتقد الفقه السوري بغالبيته^(٧٨) موقف المشرع والقضاء السوريين السابقين، لأن المشرع إذا كانت نفسه قد طوعته في خرق ضمانات الحصانة من العزل وحق التقاضي، فإن القضاء لم يكن بأفضل حال، إذ سائر المشرع في مسلكه الخاطئ وغير المشروع، خصوصاً وأنه كان بمقدوره التصدي لمشروعية قرارات صرف القضاة من الخدمة من خلال الامتناع عن تطبيق المرسوم التشريعي رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٥ لأنه مخالف لنصوص الدستور المتعلقة بالسلطة القضائية وبحق التقاضي. دون أن يكون مضطراً للدخول في بحث حقه في التصدي لدستورية القوانين من عدمه^(٧٩).

(٧٧) لا يمكن أن نعد المرسوم التشريعي بمرتبة القانون، فالأخير يصدر عن السلطة التشريعية، صاحبة الحق الأصل في التشريع، بينما يصدر المرسوم التشريعي من قبل رئيس الجمهورية الذي منح صلاحية التشريع. إضافة إلى ذلك، إذا كان المرسوم التشريعي بمرتبة القانون، فيستطيع رئيس الجمهورية أن يفرض ضريبة بموجب مرسوم تشريعي، على الرغم من وجود نص يمنع فرض أية ضريبة إلا بموجب قانون، وهذا غير جائز.

(٧٨) د. نسرين طلبة، القرارات الإدارية المحصنة من الرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص ١٩٣-١٩٤. د. محمد باكير جمعة، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(٧٩) لقد أكدت محكمة النقض السورية بهيئتها العامة على حق القضاء في الامتناع عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور، إذ جاء في أحد أحكامها: "إنه ولئن كان يمتنع على القضاء العادي التصدي لدستورية القوانين عن طريق الدعوى لانتفاء النص، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من التصدي لذلك، عن طريق الدفع بالامتناع عن تنفيذ القانون المخالف للدستور، ولا يعتبر ذلك تعدياً على سلطة التشريع، لأن المحكمة لا تقضي بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه، وإنما تفاضل بين تشريعين متعارضين، وتقرر أيهما أولى بالتطبيق، من خلال مبدأ علو الدستور وسيادته على القانون"، قرار نقض هيئة عامة رقم (٢٩) أساس (٩) تاريخ ١٨/١١/١٩٨٣، مجلة المحامون، الأعداد (٦-٧)، ١٩٧٦، دمشق، ص ٥٠٥، وقرار محكمة النقض السورية رقم (٥٣٦) تاريخ ٢٩/٤/١٩٨٢، مجلة القانون، العدد (٦-١٠)، ١٩٨٤، دمشق، ص ٣٢، وقرارها رقم (١٥٧) لسنة ٢٠٠٦، غير منشور، سجلات محكمة النقض السورية.

لذا، وضمناً لتمتع القضاة بضمانة الحصانة ضد العزل، نرجو من المشرع الدستوري السوري إيراد نص في صلب الدستور يكفل إيجاد هذه الضمانة واحترامها لجميع القضاة بلا استثناء^(٨٠)، وأن يكف المشرع السوري عن إصدار مراسيم تسمح بخرق ضمانة عدم القابلية للعزل.

٢ - المساس بمبدأ الحصانة ضد العزل بطريق إعادة تنظيم القضاء: تلجأ السلطة التشريعية، في كثير من النظم، للاعتداء على استقلال القضاء تحت ستار "إعادة تنظيم القضاء". ولا يكون المقصود في الواقع إعادة التنظيم، وإنما إخراج بعض القضاة، وذلك عن طريق عدم ظهور أسمائهم في قوائم القضاة بعد إعادة تنظيمه المزعوم^(٨١). فالمشرع، على اعتبار أنه لا يملك أن يصدر قانوناً ينظم فيه أحوال عزل القضاة بشكل صريح لمخالفة ذلك للنصوص والأعراف الدستورية^(٨٢)، يلجأ إلى تحقيق هذه الغاية تحت مسمى "إعادة تنظيم القضاء" ليتوصل إلى غايته اللامشروعة بتسريح بعض القضاة أو عزلهم.

ففي فرنسا، صدر قانون عام ١٩٢٦ المعروف بإصلاح "بوارنكاريه" ألغيت بموجبه (٢٢٧) محكمة ابتدائية وسمح للقضاة أن يطلبوا إحالتهم للتقاعد^(٨٣).

وفي مصر، أصدرت الحكومة المصرية القانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ القاضي بإعادة تشكيل مجلس الدولة الأمر الذي ترتب عليه عزل نحو عشرين عضواً من قضاة مجلس الدولة إما بالإحالة إلى المعاش أو بالنقل إلى وظائف غير قضائية^(٨٤).

ثم تكرر الأمر ذاته عام ١٩٦٩ حين أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والذي نص على إعادة تشكيل الهيئات القضائية على أن يصدر

(٨٠) نقترح أن يكون النص على الشكل التالي: "جميع القضاة غير قابلين للعزل، ويمتنع على أية سلطة المساس بهذه الضمانة بأية وسيلة كانت".

(٨١) د. محمد عصفور، استقلال القضاء، مجلة القضاة، السنة الأولى، العدد الثالث، يونيو ١٩٦٨، مصر، ص ٤٠٣.

(٨٢) راجع في ذلك: د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع "دراسة في دستورية التشريعات المقيدة للحرية"، مجلة المحاماة، الأعداد (٣-٤)، ١٩٩٠، مصر، ص ١٠٤.

(٨٣) د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، المركز العربي للمطبوعات، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، عمان، ص ٥٢٨.

(٨٤) نجاد البرعي، استقلال القضاء في مصر، مرجع سابق، ص ٣٧. د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٢٣١ وما بعدها.

رئيس الجمهورية خلال خمسة عشر يوماً القرارات اللازمة لإعادة تعيين أعضاء الهيئات القضائية في وظائفهم أو في وظائف مماثلة بالهيئات القضائية الأخرى، مع اعتبار من لا تشملهم قرارات إعادة التعيين محالين إلى المعاش بحكم القانون، وتسوى معاشاتهم أو مكافآتهم على أساس آخر مرتب. وقد عرف ذلك القانون والقرارات التي ترتبت عليه، والتي انتهت بعزل (١٨٩) قاضياً، بمذبة القضاء^(٨٥).

أما في سورية، فظهرت صورة التدخل في محطتين: الأولى، كان بصدر قانون سنة ١٩٣٨ الذي أجاز لوزير العدل إلغاء الوظائف التي لا يرى حاجة لها واقتراح تسريح القضاة من الخدمة أو نقلهم أو تنزيل درجاتهم تبعاً للجدارة التي تقتضيها المصلحة العامة. والثانية، بصدر المرسوم التشريعي رقم (١٥) لسنة ١٩٤٦ الذي تضمن ملاكاً جديداً للسلطة القضائية وأجاز للجنة قضائية صرف من تشاء من القضاة من الخدمة^(٨٦).

لكل هذا، يجب على القضاء أن يحتاط من أن يتحايّل المشرع فيهدر استقلال القضاء عن طريق ما يسمى بإعادة تنظيم بعض جهات القضاء، إذ يمكن عن طريق إلغاء بعض هذه الجهات أن يجد القضاء أنفسهم على قارعة الطريق^(٨٧).

(٨٥) نجاد البرعي، استقلال القضاء في مصر، مرجع سابق، ص ٣٧-٣٨.

(٨٦) المرجع السابق، ص ٥٢٩.

(٨٧) د. محمد عصفور، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

المطلب الثالث

شروط القاضي الطبيعي

تتمثل شروط القاضي الطبيعي في أمرين اثنين، الأول: كفالة حق الدفاع، والثاني: تعدد درجات التقاضي. وسندرس كل شرط في فرع مستقل.

الفرع الأول

كفالة حق الدفاع

يعد حق الدفاع ضماناً أساسية من ضمانات التقاضي المقررة لصالح المتقاضين، فهو يتيح لكل من المدعي والمدعى عليه الحق في أن يستمع القاضي إلى وجهة نظره. وبذلك فضمان هذا الحق يشكل دلالة هامة على أن الفرد إنما يقف في محراب قضاء طبيعي. وعلى العكس من ذلك فإن انتهاكه يخل ميزان العدل والنزاهة ويجعل القاضي في موضع ريبة وشبهة، والقاضي الطبيعي أبعد ما يكون عن هذا الموضع.

لقد كفلت الشريعة الإسلامية هذا الحق لكل متقاض، وأوجبت على القاضي احترام هذا الحق وإعطاء كل خصم الفرصة لكي يقيم بينته ويقدم أسانيده. فقد قال رسول الله ﷺ لعلي بن أبي طالب حينما بعثه إلى اليمن قاضياً: (إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء)^(٨٨).

فقد أفاد هذا الحديث كفالة الشريعة الإسلامية لحق الدفاع حيث ألزم القاضي بالاستماع إلى وجهة نظر الخصوم وما يقدمونه من أسانيد وأدلة بحيث لا يجوز له أن يقضي بينهم إلا بعد استماعه لأقوالهم وإعطائهم الفرصة للإدلاء بحججهم التي يتبين معها وجه القضاء^(٨٩).

كما أقرت هذا الحق إعلانات الحقوق ومواثيقها ونصت عليه معظم الدساتير، ومن بينها الدستور السوري لعام ١٩٧٣ في المادة (٢٨) ف٤ التي جاء فيها "حق التقاضي وسلوك سبيل الطعن والدفاع أمام القضاء مصون بالقانون".

(٨٨) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ، الرياض، ص٦٤٢.

(٨٩) د. خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص٢٩٦.

ويعرف حق الدفاع بأنه: "مجموعة من المكنات الإجرائية التي تتيح للخصم أن يقدم وجهة نظره في الخصومة وأن يناقش ما قدم فيها من عناصر" (٩٠).

ويعد حق الدفاع من قبيل الحقوق الطبيعية، ومن أهم ضمانات القضاء الطبيعي، فهو حق أصيل يحتل مكانة هامة بين الحقوق الفردية العامة. "فإنكار ضمانات الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأهداف المقصودة منها، إنما يؤول في أغلب صورته إلى إسقاط الحق الذي كفله الدستور لكل مواطن في مجال الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، ويعرض حق الإنسان في الحياة والحرية الشخصية والكرامة الواجبة لصون آدميته لمخاطر جمة، وهو ما يعد هدماً للعدالة ذاتها، سواء أكان الإنكار منصراً إلى حق الدفاع أصالة - بما يعطيه لكل فرد في عرض وجهة نظره في شأن الوقائع المنسوبة إليه - أم كان متعلقاً بالدفاع بالوكالة - حين يقيم الشخص باختياره محامياً يراه أقدر على تأمين المصالح التي يرمي إلى حمايتها، على أساس من الخبرة والمعرفة القانونية والثقة" (٩١).

وقد أكد القضاء السوري في أحكامه المتوالية على القيمة الدستورية لحق الدفاع، وعلى تعلقه بالنظام العام؛ بحيث إن عدم مراعاة مقتضياته يجعل الحكم معيباً جديراً بالطعن. فقد جاء في اجتهاد للهيئة العامة لمحكمة النقض "إن مخالفة قاضي التحقيق ومن بعده قاضي الإحالة..... واتهام المدعى عليه بجرم جنائي الوصف دون دعوته إلى الحضور والاستماع إلى أقواله على نحو يحرمه من حق الدفاع المقدس الذي صانه له القانون وحماه الدستور إنما يشكل خطأ مهنيًا جسيمًا لتعلق ذلك بالنظام العام" (٩٢).

وفي موازاة ذلك، أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على ارتباط هذا الحق مع حق التقاضي بحيث إن الأول يشكل ضمانات أساسية للثاني؛ إذ جاء في أحد أحكامها: "وحيث إن الحماية المتكاملة لحق التقاضي تتطلب كذلك كفالة حق الدفاع - أصالة أو

(٩٠) د. عيد محمد عبدالله القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري والفرنسي"، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، ١٩٩٢، ص ٥٠.

(٩١) د. فاروق عبدالبر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق في حماية الحقوق والحريات، بدون ناشر، ٢٠٠٤، ص ٥٥٦.

(٩٢) هيئة عامة قرار ٤٦٠ أساس ٣٨٠ تاريخ ١٨/١٢/٢٠٠٠، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام ١٩٨٨ حتى ١٩٨٨ حتى ٢٠٠١ "الجزء الأول"، منشورات المكتبة القانونية، بلا تاريخ، دمشق، ص ٢٧٤.

وكالة - على نحو ما قرره نص المادة ٦٩ من الدستور^(٩٣)، والذي نظم هذا الحق كضمانة مبدئية لا يمكن فصلها أو عزلها عن حق التقاضي^(٩٤).

وفي فرنسا أكد المجلس الدستوري في مناسبات عدة القيمة الدستورية لحق الدفاع، على أساس أنه يعتمد على المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية والتي تحوز قيمة دستورية بحكم الإشارة إليها في مقدمة الدستور، وقد عنى المجلس بتأكيد القيمة الدستورية لحق الدفاع في مجالات متعددة ولم يقف عند مجال الإجراءات الجنائية^(٩٥).

الفرع الثاني تعدد درجات التقاضي

قد يخطئ القاضي في تقييمه القانوني للوقائع المعروضة أمامه، فيصدر حكمه مجاناً للصواب، الأمر الذي يشكل ظلماً للخصم الخاسر. لذلك أقرت غالبية النظم القانونية لهذا الخصم الحق في أن يطعن بهذا الحكم أمام محكمة أعلى درجة لتعيد النظر في القضية، علّها تعيد الأمور إلى نصابها، وهذا هو المقصود بمبدأ التقاضي على درجتين.

سنحاول دراسة هذا المبدأ من خلال بيان مضمون هذا المبدأ وموقف النظم القانونية منه، ثم توضيح موقف الفقه والقضاء من دستورية قصر التقاضي على درجة واحدة.

أولاً - ماهية مبدأ التقاضي على درجتين:

يقصد بمبدأ التقاضي على درجتين إتاحة الفرصة للخصم الذي حكم لغير صالحه بعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة لتفصل فيه من جديد^(٩٦).

(٩٣) والتي تنص على أن: "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم".

(٩٤) حكمها في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢٤ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٣/١١/٢، وحكمها في القضية رقم ١١٥ لسنة ٢٤ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٣/١١/٢، وحكمها في القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٢/٥/١٦، وحكمها في القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٦/٥/٤.

(٩٥) C.C, 93-362 DC du 11 aout 1993, recueil, p. 217.

(٩٦) د. محمد فتحي نجيب، التنظيم القضائي المصري، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، القاهرة، ص ٥٥.

ويعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يتعين أن يقوم عليها نظام القضاء الطبيعي باعتباره ضمانة هامة من ضمانات حق التقاضي؛ كون ذلك يكفل عدالة المحاكمة والحكم بإشاعة الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين، فالعدالة الإنسانية ليست كاملة، والقضاة ليسوا معصومين من الخطأ مهما بلغ القاضي من العلم والثقافة، ولذلك فإن أحكام القضاء يمكن أن يشوبها الخطأ أو الظلم على الرغم من الاحتياطات التي يقررها القانون، ليضمن للمتقاضين حداً أقصى من الضمانات، ولذلك فقد أباح القانون في غالبية الدول إن لم نقل في جميعها، كقاعدة عامة، الطعن في الأحكام لمعالجة الأحكام وتلافي الظلم، وبذلك تتحقق فكرة العدالة^(٩٧).

ويحوز مبدأ التقاضي على درجتين العديد من المحاسن أهمها: أنه يحث قضاة محكمة الدرجة الأولى على العناية بأحكامهم والتأني في إصدارها خشية إلغائها أو تعديلها من محاكم الدرجة الثانية، كما أنه يمكن للمتقاضين من تدارك ما فاتهم من أوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى، ويمكن، في الوقت ذاته، محكمة الدرجة الثانية من إصلاح الخطأ الذي قد تقع فيه محكمة الدرجة الأولى، وهذا من شأنه تأمين حسن سير العدالة وزيادة الطمأنينة لدى المتقاضين^(٩٨).

ورغم وجاهة هذه الاعتبارات التي يستند إليها مبدأ تعدد درجات التقاضي إلا أنه لم يسلم من بعض الانتقادات التي وجهت إليه وأهمها، أنه يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي وزيادة نفقاته، وتأخير الفصل في المنازعات، الأمر الذي يرهق القضاة والمتقاضين، كما أنه ما من شيء يضمن صدور الحكم من محكمة الدرجة الثانية على نحو أفضل من حكم محكمة الدرجة الأولى، فقد يكون حكم الأخيرة أكثر مطابقة للقانون، وإذا كان قضاء الدرجة الثانية أكثر علماً فلماذا لا نلغي قضاء أول درجة، وأنه إذا صحت الاعتبارات التي يقوم عليها نظام التقاضي على درجتين فلماذا لا ينظم المشرع للمتقاضين درجة ثالثة أو رابعة للتقاضي للوصول إلى حكم أكثر عدالة^(٩٩).

غير أن المزايا التي يحققها مبدأ التقاضي على درجتين، جديرة بالعناية

(٩٧) د. آمال الفزائري، ضمانات التقاضي "دراسة تحليلية مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٩٣.

(٩٨) د. محمد حاج طالب، أصول المحاكمات المدنية (الجزء الأول)، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٨، ص ٣٢.

(٩٩) د. محمد حاج طالب، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٢. د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي، مرجع سابق، ص ٦٠٩.

والاهتمام بل وإنها تشكل ضمانات أساسية من ضمانات القاضي الطبيعي، حيث يكفل من خلالها حسن سير العدالة وزرع الثقة في نفوس المتقاضين.

ثانياً - موقف النظم القانونية من مبدأ التقاضي على درجتين:

سندرس هذا المبدأ في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

١ - مبدأ التقاضي على درجتين في الشريعة الإسلامية: رسخت الشريعة الإسلامية مبدأ التقاضي، فقد أجازت للخصم أن يطعن في الحكم الصادر ضده، سواء تم هذا الطعن أمام القاضي نفسه الذي أصدر الحكم أو أمام قاض آخر غيره في درجته أو في درجة أعلى، بل إن للقاضي إعادة النظر في الحكم من تلقاء نفسه، وفي كل الأحوال يتم نقض الحكم إذا بان خطؤه^(١٠٠).

جاء في التبصرة وفي معين الحكام: "وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة وينظر في أقضيته وأحكامهم، فما وافق الحق أمضاه، وما خالفه فسخه"^(١٠١).

فهذه جهة قضائية عليا، أُعطي لها حق الفسخ أو الإبرام في أحكام القضاة، وهذا هو مبدأ تعدد درجات التقاضي، لأنه من محكمة أدنى إلى محكمة عليا، فإما أن تقر الحكم أو تفسخه.

ويرى جانب من الفقه^(١٠٢) أن قضاء المظالم قضاء استثنائي، ويستدلون على ذلك بما ورد في كتابي الأحكام السلطانية للموردي وأبي يعلى، عند الحديث عن اختصاصات الإمارة الخاصة، حيث قالوا: "فإن كانت المظالم مما تستأنف فيها الأحكام ويبدأ فيها القضاء مُنع منه هذا الأمير، لأنه من الأحكام التي لم يتضمنها عقد إمارته"^(١٠٣). فالمظالم التي صدرت فيها الأحكام الابتدائية من القضاة، تستأنف أمام ديوان المظالم.

(١٠٠) د. آمال الفزايري، ضمانات التقاضي، مرجع سابق، ص ٩٦. د. سمير عالية، نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام (دراسة مقارنة)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، ص ٧٤. محمد عبدالرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، ص ٢١٥.

(١٠١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، (١/٦٩). علاء الدين أبو الحسن الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة اليمنية، ١٣٠٦هـ، مصر، ص ٣٦.

(١٠٢) محمد عبدالرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(١٠٣) الموردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص ٤٣. أبو يعلى، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص ٣٦.

ومن جهتنا نرى أن قضاء المظالم، وإن كان جهة استئنافية، إلا أنه ليس الجهة الوحيدة في هذا المجال، إذ يمكن أن تتعدد هذه الجهة، فقد تكون ممثلة بالإمام أو قاضي القضاة.

جاء في التبصرة وفي معين الحكام: "ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة،.... وكذلك قاضي الجماعة ينبغي أن يتفقد قضاة ونوابه، فيتصفح في أقضيّتهم" (١٠٤).

فالبيّن من هذا النص أن الفقهاء الذين تحدثوا عن إمكانية تعدد درجات التقاضي، بيّنوا أن الجهة التي يجب عليها مراجعة الأحكام هي جهة أعلى من القاضي الذي فصل في الدعوى، وهي بموجب هذا النص الإمام أو قاضي القضاة، ولم يحصر هؤلاء هذه الجهة بقاضي المظالم.

٢ - مبدأ التقاضي على درجتين في القانون الوضعي: لقد تبنت التشريعات الوضعية بمجملها هذا المبدأ، فقد رسخ المشرع السوري مبدأ التقاضي على درجتين؛ بحيث جعله الأصل في نظامنا القضائي، ومبدأ التقاضي على درجة واحدة هو الاستثناء (١٠٥). ويمكن استخلاص هذه النتيجة من الفقرة الرابعة من المادة (٢٨) من دستور عام ١٩٧٣ التي تؤكد على أن: "حق التقاضي وسلوك سبل الطعن والدفاع أمام القضاء مصون بالقانون"، ومن المادة (٢٢٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي جاء فيها "يجوز للخصوم، في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، أن يستأنفوا أحكام المحاكم الابتدائية"، ومن نص المادتين (١٦٥ و ١٦٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي أجازت الطعن بالاستئناف بالأحكام الصادرة عن محاكم الصلح والبداية كقاعدة عامة، ومن نص المادة (١٥) من قانون مجلس الدولة السوري رقم ٥٥ لعام ١٩٥٩ والتي أجازت الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري أو المحاكم الإدارية أو المحاكم التأديبية وذلك ضمن حالات محددة (١٠٦).

ويقوم تنظيم القضاء المصري على مبدأ التقاضي على درجتين في كل من

(١٠٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام، مرجع سابق، (١/٦٨). علاء الدين الطرابلسي، معين الحكام، مرجع سابق، ص ٣٦.

(١٠٥) د. محمد حاج طالب، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠-٣١.

(١٠٦) تعد المحكمة الإدارية العليا سواء في سوريا أو مصر، محكمة درجة ثانية وفق ما هو معروف لدى فقهاء القانون العام، لأن دورها لا يقتصر على رقابة تطبيق القانون، كما هو شأن محكمة النقض، وإنما تمتد ولايتها إلى الوقائع أيضاً. انظر: د. عبدالله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٧، ص ١١٦.

القضائين، العادي والإداري. وكذلك الأمر في النظام القضائي القائم في الولايات المتحدة الأمريكية سواء على مستوى الولايات أو على المستوى الفيدرالي^(١٠٧).

كذلك يسود مبدأ تدرج القضاء في النظام القضائي الفرنسي منذ زمن القانون القديم، وكان التقاضي يصل أحياناً إلى خمس درجات في عهد ما قبل الثورة الفرنسية. إلا أنه بعد قيام الثورة تمت دراسة مبدأ التدرج ومناقشته، واستقر الأمر أخيراً على مبدأ التقاضي على درجتين بموجب القانون الصادر في أول مايو عام ١٧٩٠^(١٠٨).

ثالثاً - مدى دستورية قصر التقاضي على درجة واحدة:

يعد مبدأ تعدد درجات التقاضي، كما أسلفنا، عنصراً من عناصر القضاء الطبيعي، وتوافره يعد سمة بارزة لهذا القضاء، ولكن اشتراط توافر هذا المبدأ لإصباغ صفة الطبيعية على القضاء لا يعني انتفاء هذه الصفة في حال انعدام الشرط، فالقول بأن القضاء الطبيعي قضاء تتعدد فيه درجات التقاضي مبدأ نسبي، فهناك حالات للقضاء الطبيعي ينعدم فيها التعدد، دون أن يؤثر ذلك على هذه الصفة، فلكل قاعدة استثناء، والاستثناء يؤكد القاعدة ولا ينفيها.

فعلى الرغم من أن التشريعات الحديثة أجازت الطعن في الأحكام بحق إجرائي، وكمبدأ عام توخياً لتحقيق العدالة على أفضل وجه، فقد أوردت استثناء على هذا المبدأ له مبرراته، فقصرت هذه التشريعات التقاضي على درجة واحدة، كما في القضايا المدنية الضئيلة الأهمية من الناحية الاقتصادية^(١٠٩)، وفي القضايا الجزائية ذات العقوبات الخفيفة^(١١٠). ولا خلاف في أن مثل هذه الاستثناءات لها ما يبررها، فبالنسبة للاستثناء الأول، يتمثل التبرير في ضالة قيمة مثل هذه القضايا من الناحية الاقتصادية الأمر الذي يجعل من غير المنطقي تحميل الخصوم نفقات التقاضي أمام

(١٠٧) ينظر في ذلك تفصيلاً: د. محمد إبراهيم درويش، الإدارة القضائية للعدالة "دراسة مقارنة بين النظامين المصري والسوري"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، القاهرة، ص ٤١٥ وما بعدها.

(١٠٨) د. أمال الفزائري، ضمانات التقاضي، مرجع سابق، ص ١١٠-١١١.

(١٠٩) كما في الأحكام الصلحية التي تصدر في القضايا التي لا تتجاوز القيمة أو البذل فيها عشرين ألف ل.س، إذ إنها تصدر مبرمة. انظر: الفقرة (أ) من المادة (٧٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري والتي عدلت بالمادة رقم (٤) من القانون رقم ١ لعام ٢٠١٠.

(١١٠) كما في الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى إذا قضت بغرامة لا تزيد عن المائة ليرة سورية، ولم تكن دعوى الحق الشخصي مقامة مع دعوى الحق العام أو تبعاً لها، ولم تستأنفها النيابة العامة لمخالفتها القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، إذ إنها تصدر مبرمة. انظر: د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية (الجزء الثالث)، منشورات جامعة حلب، ص ٥٣.

محكمة الدرجة الثانية^(١١١). وبالنسبة للاستثناء الثاني، يتمثل التبرير في وجود عقوبة خفيفة جداً لدرجة أنها لا تستلزم نظرها من قبل محكمة أعلى.

ففي مثل هذه الحالات نجد أن المشرع قد قصر التقاضي على درجة واحدة، دون أن يؤثر ذلك على اتصاف القضاء بكونه قضاءً طبيعياً.

ومع ذلك، فهناك حالات يعد فيها قصر التقاضي على درجة واحدة إخلالاً بحق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ويتمثل ذلك بشكل رئيس، في رأينا، عندما يؤدي هذا الاقتصار إلى الإخلال بحق الإنسان في المساواة أمام القضاء، أو عندما يميز المشرع في معاملته بين الأفراد ذوي المراكز القانونية المتساوية. أو تكون المحاكمة أمام محكمة تفتقد لإحدى ضماناتها، كما في حالة الفرد الذي يكون مرتكباً لجنحة، ويحال إلى محكمة أمن الدولة العليا ليحاكم أمامها، ومن المعروف أن نظام هذه المحكمة يقوم على وجود درجة واحدة من درجات التقاضي، ففي هذه الحالة يعد عدم تعدد درجات التقاضي مخالفاً بحق الفرد في أن يحاكم أمام قاضيه الطبيعي، لأن مرتكب الجنحة في الأحوال العادية يحاكم على درجتين.

١ - موقف القضاء الدستوري من قصر التقاضي على درجة واحدة: عدت المحكمة الدستورية العليا المصرية قصر التقاضي على درجة واحدة ليس متناقضاً مع حق التقاضي، وأن المشرع له سلطة تقديرية في ذلك بشرط مراعاة بعض الشروط، إذ جاء في أحد أحكامها "وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه ليس ثمة تناقض بين حق التقاضي كحق دستوري وبين تنظيمه تشريعياً، بشرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة إلى حظر حق التقاضي أو إهداره، كما أن قصر التقاضي على درجة واحدة، هو مما يستقل المشرع بتقديره بمراعاة أمرين، أولهما: أن يكون هذا القصر قائماً على أسس موضوعية تملئها طبيعة المنازعة وخصائص الحقوق المثارة فيها، ثانيهما: أن تكون الدرجة الواحدة محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من حيث تشكيلها وضماناتها والقواعد المعمول بها أمامها، وأن يكون المشرع قد عهد إليها بالفصل في عناصر النزاع جميعها - الواقعية منها والقانونية - فلا تراجعها فيما تخلص إليه جهة أخرى، وأنه متى كان المشرع قد كفل حق التقاضي لأي صاحب دعوى، وأياً كانت قيمتها، وكانت الأسس التي قررها لقصر حق التقاضي بالنسبة لبعض الدعاوى على درجة واحدة أسساً موضوعية لها ما يسوغها

(١١١) د. آمال الفزايري، ضمانات التقاضي، مرجع سابق، ص ٩٢.

من منطق قضائي وعملي سديد...، فإنه لا تناقض بين كفالة حق التقاضي وبين تنظيمه تشريعياً^(١١٢).

٢ - موقف الفقه من قصر التقاضي على درجة واحدة: خلافاً لموقف القضاء الدستوري المصري المتقدم، لم يؤيد جانب من الفقه^(١١٣) موقف المحكمة الدستورية العليا المذكور أعلاه، مستنداً في رأيه إلى العديد من الحجج أهمها، أن فكرة العدالة، وضعف مستوى التعليم بما فيه الدراسات القانونية، وتدخل الأهواء والرغبات في تعيين أعضاء السلك القضائي يعد حرماناً من حق التقاضي بالنسبة لباقي الدرجات، إضافة إلى أن أية منازعة تُنظر على درجة واحدة، مهما علت الهيئة التي تتولى حسمها، لا توفر، في الغالب، حلاً يتسم بالاستمرارية.

وبدورنا فإننا نؤيد موقف المحكمة الدستورية العليا المصرية، في أن قصر التقاضي على درجة واحدة يدخل في سلطة المشرع طالما أن هذه السلطة مقيدة بضوابط محددة تكفل للفرد محاكمة عادلة ونزيهة. أما الحجج التي أثارها الرأي المعارض، فيمكن الرد عليها بما يلي:

١ - إن فكرة العدالة لا يناقضها قصر التقاضي على درجة واحدة طالما أن هذا النظام يمكن أن يحققها من خلال الضوابط والضمانات التي يوفرها المشرع لتشكيل المحكمة وإجراءاتها.

٢ - بالنسبة إلى ضعف التعليم بما فيها الدراسات القانونية، فهذه، باعتقادنا، حجة غير منضبطة، وانتساءل إذا كان هذا الضعف موجوداً في محكمة أول درجة، فما الذي يمنع من وجوده لدى محكمة ثاني درجة طالما أن هذه السمة تصبغ المجتمع بأسره.

٣ - أما القول بأن قصر التقاضي على درجة يعني الحرمان من حق التقاضي بالنسبة لباقي الدرجات، فهذا مخالف لمبدأ حق التقاضي الذي يمكن

(١١٢) انظر: حكمها في القضية رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية دستورية تاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٥، وحكمها في القضية رقم ٢١٩ لسنة ٢١ قضائية دستورية تاريخ ٢٠٠٢/٩/٢٢، حكمها في القضية رقم ١٤٧ لسنة ٢٤ قضائية دستورية تاريخ ٢٠٠٥/١/٩.

(١١٣) د. أشرف اللساوي، كفالة حق التقاضي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، القاهرة، ص ٢٤٧ وما بعدها. د. فاروق عبدالبر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، مرجع سابق، ص ١١٢٤. د. فتحي فكري، التنظيم الدستوري لحق التقاضي بين الواقع والمأمول، المجلة الدستورية، العدد ٢٠، ٢٠١١، القاهرة، ص ٦٠.

الفرد من اللجوء إلى القضاء، وهذا، برأينا، متحقق حتى في حالة التقاضي على درجة واحدة.

إن عدم اتصاف الطول المقدمة من المحاكم التي تنظر القضايا على درجة واحدة بالاستمرارية، ينطبق أيضاً على المحاكم التي تنظر القضايا على درجتين. فمثلاً نجد أن المحكمة الإدارية العليا في سورية تضع حلاً لمسألة ما، ثم تعود عنه إلى اجتهد آخر^(١١٤).

(١١٤) على سبيل المثال، قبلت المحكمة الإدارية العليا السورية في بعض اجتهاداتها النظر في القرارات الإدارية المحصنة تشريعياً من رقابة القضاء بحجة أن هذا النص يخالف دستور ١٩٧٣ الذي نص على كفالة حق التقاضي في المادة ٤/٢٨، ثم عادت ورفضت النظر في بعض هذه القرارات بحجة أن المشرع يملك تفويضاً بنص الدستور بتنظيم حق التقاضي، علماً بأن مثل هذه القرارات تنظر على درجتين، أمام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا. راجع في ذلك: نصرت منلا حيدر، مدى دستورية القوانين التي تحجب حق التقاضي، مجلة المحامون، الأعداد (١٠-١٢)، ١٩٧٦، دمشق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

المطلب الرابع

مدى اعتبار المحاكم المتخصصة من القضاء الطبيعي

بعد أن تعرفنا على ضمانات القضاء الطبيعي وشروطه، يجدر بنا أن نعرف مدى تمتع أهم أنواع القضاء المتخصص بهذه الضمانات والشروط^(١١٥). فقد يلجأ المشرع إلى إنشاء جهات قضائية متخصصة، الغاية منها توفير الوقت والجهد على المتقاضين وعلى القضاء ذاته.

فأحياناً تلجأ بعض النظم القانونية - لعوامل تاريخية أو تغليباً لأيديولوجيات سياسية - إلى الخروج على المنهج القضائي البحت، فتفتح المجال واسعاً أمام غير المتخصصين ليتولوا مهمة القضاء بها، كالحلفين في النظام الأنجلو أمريكي، والقضاة الشعبيين في الدول الاشتراكية، الأمر الذي يتنافى كلية مع مبدأ تخصص القضاء^(١١٦). هذا بالنسبة لاشتراك غير المتخصصين في هذا القضاء، أما بالنسبة للمحاكم المتخصصة كمحاكم الأحداث والمحاكم العسكرية وغيرها، والتي يشترك في تكوينها قضاة متخصصون، فإن الموقف باعتبارها من القضاء الطبيعي أو لا، يتوقف على مدى توافر ضمانات القضاء الطبيعي وشروطه في هذه المحاكم.

أولاً - القضاء العسكري:

ترجع أهمية وجود المحاكم العسكرية إلى الطبيعة الخاصة بالنظام العسكري وما يتطلبه من ضبط والربط ومن المحافظة على النظام العسكري. ومن ثم اقتضى الأمر اختصاص العسكريين بقانون خاص يخضعون لأحكامه ومحاكم متخصصة يتولى وظيفة الحكم فيها قضاة عسكريون متخصصون وعلى دراية كاملة بما تقتضيه الوظيفة العسكرية. إلا أن غالبية القوانين العسكرية في الدول العربية، ومنها القانونان المصري والسوري، لم يقتصروا اختصاص القضاء العسكري على نظر الجرائم العسكرية المرتكبة من قبل العسكريين، وإنما أخضعوا - في كثير من الحالات - جرائم القانون العام والجرائم المرتكبة من المدنيين لهذا القضاء^(١١٧).

(١١٥) نرى أنه لا حاجة لدراسة مدى تمتع القضاء العادي ذي الولاية العامة بضمانات القضاء الطبيعي، لأن هذا القضاء يعد بمثابة النموذج الأمثل لجميع الجهات القضائية الأخرى في التمتع بهذه الضمانات.

(١١٦) د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، مرجع سابق، ص ٤٤٧. د. عبدالرحمن عثمان عزو، القضاء الشعبي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٧٥، ص ٥٢٦.

(١١٧) فعلى سبيل المثال: نصت المادتان (٤٧ - ٥٠) من قانون العقوبات العسكرية السوري =

إن محاكمة المدنيين وحتى العسكريين المرتكبين لجرائم القانون العام أمام القضاء العسكري، يشكل إخلالاً بحق الإنسان باللجوء إلى قاضيه الطبيعي من جهة أن محاكمة الأفراد - في هاتين الحالتين - أمام القضاء العسكري يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القضاء بين هؤلاء الأفراد وأقرانهم الذين قد يرتكبون الجرائم ذاتها ويحاكمون أمام القضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل بنظر الجرائم لوجود بعض الظروف والوقائع التي لا تمس جوهر الجريمة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، لأن القضاء العسكري، خصوصاً في الدول العربية، يفتقد للعديد من ضمانات القضاء الطبيعي، الأمر الذي يجعل من القضاء العسكري، في بعض الحالات، جهة قضائية استثنائية لا يأتى الأفراد ممارسة حقهم في التقاضي أمامها.

لذلك، يذهب غالبية فقهاء القانون إلى أن القضاء العسكري يكون قضاءً طبيعياً متخصصاً إذا كان يتمتع بضمانات القضاء الطبيعي سواء من حيث الاستقلال والتمتع بضمانة الحصانة من العزل وإمكانية الطعن في الأحكام وغيرها من الضمانات، أو من حيث اقتصر اختصاصه على نظر الجرائم العسكرية المرتكبة من العسكريين، أما إذا لم يتحقق هذان الشرطان فيمكن القول بأن القضاء العسكري هو قضاء استثنائي^(١١٨).

بالنسبة للقضاء العسكري المصري، يمكن اعتباره قضاءً طبيعياً بالنسبة لمحاكمة العسكريين أمامه، خصوصاً بعد أن تم تعديل قانون القضاء العسكري بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٧؛ حيث مُنح القضاة العسكريون الحصانة من

= الصادر بالمرسوم التشريعي (٦١) لسنة ١٩٥٠ على حالات عدة تخضع فيها الجرائم المرتكبة من قبل المدنيين لاختصاص القضاء العسكري منها: المساهمون في جريمة إذا كان فاعلها أو أحد المساهمين فيها عسكري، المدنيون الذين يعتدون على العسكريين... إلخ. وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء العسكري المصري، فمثلاً نصت الفقرة الأولى من المادة (٧) من قانون القضاء العسكري المصري على اختصاص القضاء العسكري بالنظر في الجرائم التي ترتكب ضد الأشخاص الخاضعين لأحكامه متى وقعت بسبب تأديتهم أعمال وظائفهم. ومع ذلك، لا بد من الإشارة إلى أن قوانين القضاء العسكري نفسها تتفاوت فيما بينها من حيث الشروط والقيود التي تضعها لإخضاع المدنيين للقضاء العسكري.

(١١٨) د. علاء محمد الضاوي سلام، حق المتهم في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، القاهرة، ص ٢٧٣. د. محمود أحمد طه، اختصاص المحاكم العسكرية بجرائم القانون العام، مرجع سابق، ص ١٥٩. عبدالقادر الشيخ محمد، ذاتية القانون الجنائي العسكري، مرجع سابق، ص ٢٦٢. د. أسامة كمال دياب، مدى الشرعية الجنائية في قانون القضاء العسكري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٤، ص ٣٢١. د. أيمن عبدالعال، مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٨٤٢. د. عبدالكريم عبادي محمد أحمد، محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري، مرجع سابق، ص ٦٩.

العزل، كما قرر المشرع بموجب هذا التعديل مبدأ التقاضي على درجتين بعد أن كان على درجة واحدة.

أما في سورية، فإن المشرع، وإن كان قد رسخ مبدأ التقاضي على درجتين منذ صدور قانون العقوبات العسكرية السوري سنة ١٩٥٠، إلا أنه أبقى القضاء العسكري تابعاً، بوصفه إحدى إدارات الجيش والقوات المسلحة، لوزارة الدفاع، وجرد القضاء العسكريين من ضمانات الحصانة من العزل؛ حيث نصت المادة (٣٨) على أنه: "لا يجوز نقل أي قاض عسكري قبل انقضاء سنة على تسميته في كل وظيفة قضائية، إلا للضرورات القصوى". فإذا كان هذا النص قد حظر نقل القاضي إلا عند الضرورة، فإن هذا الحظر ليس مطلقاً، إنما هو محدد بمدة سنة واحدة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، نلاحظ أن فكرة الضرورة القصوى أو الضرورة العسكرية فكرة غير محددة ولا تصلح كمعيار يمكن الركون إليه، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الضرورة تخضع أولاً وأخيراً لمحض تقدير السلطات العسكرية (السلطة التنفيذية)^(١١٩).

بناء على ما تقدم، يمكن لنا القول بأن القضاء العسكري السوري لا يعد قضاءً طبيعياً سواء بالنسبة لمحاكمة المدنيين أو حتى العسكريين نظراً لعدم استقلاله تجاه السلطة التنفيذية، ولعدم تمتع قضاة بضمانات الحصانة من العزل، في حين أن القضاء العسكري المصري بوضعه الحالي، يعد قضاءً طبيعياً من جهة محاكمة العسكريين أمامه فقط، أما بالنسبة لمحاكمة المدنيين أمامه فإنه يعد قضاءً استثنائياً.

ثانياً - محاكم الأحداث:

إن تخصيص محاكم للأحداث لا يرجع إلى تمييز هذه الفئة من المتهمين عن غيرها، وإنما من أجل إجراء محاكمة تهدف إلى توقيع الجزاء الملائم لشخصية الحدث. وتكمن الطبيعة الخاصة لهذا النوع من المحاكم في أن دور القاضي في هذا النوع من المحاكمات لا يقتصر على مجرد تطبيق حكم القاعدة القانونية على الواقعة المفروضة، بل يمتد إلى الوقوف على الظروف البيئية والاجتماعية والنفسية التي دفعت الحدث إلى الانحراف، ودراسة شخصية الحدث من جميع جوانبها، وذلك للتعرف على مدى ما يتوافر فيه من خطورة بصرف النظر عن الجريمة المرتكبة، وذلك لتقرير المعاملة العقابية أو التهذيبية الملائمة له، لأن هدف المشرع هو الإصلاح لا الإيلاء^(١٢٠).

(١١٩) د.عبدالقادر الشيخ محمد، ذاتية القانون الجنائي العسكري، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

د.عبدالكريم أحمد، محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري، مرجع سابق، ص ٣٩٤. د. أيمن

عبدالعال، مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٨٣٥.

(١٢٠) د. علاء محمد الصاوي سلام، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص ٢٦٩-٢٧٠.

لذلك، نجد أن المشرع المصري قد نص في المادة (١٢١) من قانون الطفل رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ على وجود خبيرين أحدهما على الأقل من النساء يعاونان القاضي في محاكم الأحداث.

في حين نصت المادة (٣٢) من قانون الأحداث الجانحين السوري رقم (١٨) لسنة ١٩٧٤ على أنه: "أ - تؤلف محاكم الأحداث الجماعية^(١٢١) المتفرغة وغير المتفرغة برئاسة قاض وعضوية اثنين من حملة الشهادة العالية ينتقيهما وزير العدل مع عضوين احتياطيين من بين العاملين في الدولة الذين ترشحهم وزارات التعليم العالي والتربية والشؤون الاجتماعية والعمل ومنظمة الاتحاد النسائي، وتجري تسميتهم بمرسوم بناء على اقتراح وزير العدل".

مما تقدم، نلاحظ أنه: إذا كانت محاكم الأحداث المصرية تمتلك كافة مقومات القاضي الطبيعي وضمائمه، كونها تتشكل من قضاة اختصاصيين في العمل القضائي ومعينين حسب القواعد المنصوص عليها في قانون السلطة القضائية ويتمتعون بالاستقلال الوظيفي والاستقلال الفكري مثل كافة القضاة بالمحاكم الجزائية ذات الولاية العامة^(١٢٢)، فإن محاكم الأحداث السورية تخرج - برأينا - من نطاق القضاء الطبيعي لأنه تضم في عضويتها أشخاص، حتى وإن كانوا اختصاصيين اجتماعيين ونفسيين، لا ينتمون إلى الجهاز القضائي، ولا يتمتعون بالحصانة من العزل، إذ يعينون لمدة سنتين قابلة للتجديد^(١٢٣).

لذلك نأمل من المشرع السوري أن يحذو حذو شقيقه المصري بأن يجعل من الاختصاصيين النفسيين والاجتماعيين مجرد مستشارين، يلتزم القاضي الناظر للدعوى أخذ مشورتهم قبل الفصل فيها، دون أن يكونوا أعضاء في المحكمة.

ثالثاً - المحاكم الاقتصادية:

مع تطور الحياة الاقتصادية واحتلالها مكانة هامة في حياة الشعوب وتأثيرها المباشر على مختلف نواحي الحياة الأخرى، بدأت التشريعات الوطنية في مختلف

(١٢١) أخضع المشرع السوري الجنايات والجنح التي تتجاوز فيها عقوبة الحبس سنة واحدة لاختصاص محاكم الأحداث الجماعية المشار إليها في المادة (٣٢)، أما باقي الجنح والمخالفات المرتكبة من قبل الأحداث، فإنها تخضع لاختصاص محاكم الصلح بوصفها محاكم أحداث، انظر: المادة (٣١) من قانون الأحداث الجانحين السوري.

نلاحظ من خلال نص المادتين (٣١-٣٢) أن المشرع السوري قصر وجود الخبراء الاجتماعيين والنفسيين على محاكم الأحداث الجماعية فقط.

(١٢٢) د. علاء محمد الصاوي سلام، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص ٢٧١.

(١٢٣) انظر: الفقرة (ب) من المادة (٣١) من قانون الأحداث الجانحين السوري.

الدول بإنشاء المحاكم الاقتصادية كخطوة أساسية نحو التخصص القضائي في محاولة منها لإدراك بعض أهداف السياسة التشريعية المتمثلة في إعمال مبدأ جودة العملية القضائية في نوع شديد الأهمية من الدعاوى، هي الدعاوى الاقتصادية^(١٢٤).

فقد سنَّ المشرع المصري القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٨ الخاص بإنشاء المحاكم الاقتصادية في خطوة جديّة نحو التخصص القضائي بمفهومه الصحيح؛ حيث عهد إلى هذه المحاكم دون غيرها، وعلى سبيل الاستثثار بالفصل في الدعاوى الناشئة عن تطبيق بعض القوانين ذات الطابع الاقتصادي التي أوردها على سبيل الحصر.

إلا أنه قسّم هذه المحاكم إلى نوعين من الدوائر: دوائر جنائية تختص بالفصل في مواد الجرح والجنابات الناشئة عن تطبيق بعض هذه القوانين (مادة ٤)، ودوائر أخرى تختص بالفصل في الدعاوى غير الجنائية (مدنية أو تجارية) الناشئة عن تطبيق بعض هذه القوانين (مادة ٦).

تعد المحاكم الاقتصادية في مصر قاضياً طبيعياً كونها تحوز على جميع ضمانات هذا القضاء وشروطه، فهي جزء من القضاء العادي ولكن خصها المشرع بنظر نوع محدد من القضايا، هي القضايا الاقتصادية، بهدف تحقيق مبدأ الإلتقان في العمل القضائي ومبدأ الاقتصاد الإجرائي بما يوفره من وقت^(١٢٥).

أما في سورية، فقد تنبه المشرع إلى ضرورة وجود محاكم اقتصادية متخصصة في المجال الجزائي حيث أصدر المرسوم التشريعي رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٧ المتضمن إحداث محاكم للأمن الاقتصادي.

لقد نصت المادة (١) من هذا المرسوم التشريعي على تشكيل محاكم الأمن الاقتصادي، إذ جاء فيها: "تُحَدَّث لدى وزارة العدل في كل من دمشق وحلب وحمص محكمة للأمن الاقتصادي تؤلف من دائرة أو أكثر برئاسة قاض لا تقل درجته عن مستشار استئنافي وعضوية عدد من حملة الإجازة أو الماجستير أو الدكتوراه الذين مارسوا العمل في المجالات الاقتصادية مدة لا تقل عن:

(١٢٤) د. محيي محمد مسعد، دور المحاكم الاقتصادية في الإصلاح القضائي والاقتصادي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص، ٢٠١٠، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ص ٦٣٢-٦٣٣.

(١٢٥) د. طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص، ٢٠١٠، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ص ٣٨٣.

- أ - أربع سنوات إذا كانت شهاداتهم بدرجة الدكتوراه.
ب - ست سنوات إذا كانت شهاداتهم بدرجة الماجستير.
ج - عشر سنوات إذا كانت شهاداتهم بدرجة الإجازة".
ويشترك في قضاة هذه المحاكم الشروط المطلوبة في القضاة باستثناء شرط الإجازة في الحقوق، ويتم تعيينهم بمرسوم بعد اختيارهم من قبل مجلس القضاء الأعلى بناء على اقتراح من مجلس التخصيص الأعلى، ويعاملون معاملة قضاة حكم، ويطبق عليهم قانون السلطة القضائية (المادتان ٦-٧).

إن استقراء نصوص قانون محاكم الأمن الاقتصادي يدلنا على أن هذه المحاكم تتوافر فيها جميع ضمانات القضاء الطبيعي وشروطه، وتماثل محاكم الجنايات العادية من حيث الإجراءات وطرق الطعن، إلا أنها تختلف عنها من حيث المؤهلات والشروط المطلوبة في قضاتها؛ حيث إن المشرع تطلب فيهم شروطاً معينة تتناسب مع تخصص هذه المحاكم بنظر الجرائم الاقتصادية.

إلا أن المشرع، ونتيجة السلبات التي أحاطت عمل محكمة الأمن الاقتصادي، واتهامها بالوقوف حجر عثرة في طريق الاستثمار والأعمال التجارية، ووجود بعض الثغرات التشريعية في الإجراءات المطبقة أمامها، صدر المرسوم التشريعي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٤ المتضمن إلغاء محاكم الأمن الاقتصادي.

لقد عارض جانب من الفقه^(١٢٦) إلغاء محاكم الأمن الاقتصادي بحجة أن المشكلة في إساءة استخدامها من قبل بعض الأشخاص الذين استلموا رئاسة المحكمة أو شاركوا في عضويتها، وفي التطبيق العملي لإجراءات المحكمة وللقوانين الاقتصادية، وليس في المحكمة ذاتها التي تعد - برأي هذا الجانب الفقهي - خطوة متقدمة في دولة تحارب الفساد.

برأينا أن تجربة محاكم الأمن الاقتصادي كانت تجربة جيدة على صعيد إنشاء قضاء متخصص في المجال الاقتصادي الجزائي، إلا أن إلغائها كان ضرورة بسبب السلبات الكثيرة التي نجمت عن إساءة استخدامها. لذلك نهيب بالمشرع السوري أن يسعى مجدداً إلى إنشاء قضاء اقتصادي متخصص في المجالين الجزائي والمدني، كما فعل المشرع المصري، وأن يؤمن له جميع ضمانات القضاء الطبيعي وشروطه، خصوصاً الضمانة المتعلقة بالمؤهلات والتخصص.

(١٢٦) د. عبود السراج، حوار الميزان، حوار منشور في موقع مجلة الميزان على الموقع التالي:

www.almizanmag.com

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة لمفهوم القضاء الطبيعي ومقوماته توصلنا إلى نتائج عدة، أهمها:

- ١ - كانت الشريعة الإسلامية وما تزال معيناً يمكن أن تنهل منه الأمم القوانين والتشريعات، وما فكرة القضاء الطبيعي إلا إحدى الأفكار والمبادئ القانونية التي كرسها النظام القضائي الإسلامي، ويمكن للأئمة الوضعية أن تقتدي به.
 - ٢ - لا يوجد اتفاق فقهي ولا تشريعي على تعريف مفهوم القضاء الطبيعي.
 - ٣ - يحوز هذا المبدأ على أهمية كبيرة على الصعيدين الداخلي والخارجي، تتجلى في النص عليه في العديد من الدساتير والمواثيق الدولية.
 - ٤ - إن تجسيد مفهوم القضاء الطبيعي على أرض الواقع يكون من خلال وجود الضمانات التي توفر للجهة القضائية فعلياً، وليس بمجرد أن يقوم المشرع بوصف الجهة القضائية بأنها طبيعية.
- كما أن الدراسة حاولت، قدر المستطاع، الوقوف على الخروقات التشريعية لمبدأ القاضي الطبيعي، أملاً في أن يعمل المشرع في قادمات الأيام على تلافيها بما يتناسب مع تكريس هذا المبدأ وتقويته. ويمكن تلخيص التوصيات التي خرج بها البحث فيما يلي:
- ١ - تكريس مبدأ القاضي الطبيعي دستورياً، بأن يتم إيراد نص خاص في الدستور يتضمن حق الفرد باللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ويحظر في الوقت ذاته إنشاء جهات قضائية استثنائية، لأن غالبية الدول، وإن تضمنت دستوراً نصاً خاصاً بالقضاء الطبيعي، تنكر أن يكون هذا النص ملزماً لها بالامتناع عن إحداث جهات قضائية استثنائية.
 - ٢ - إلغاء جميع المحاكم الاستثنائية الموجودة في الأنظمة القانونية، وما تجاوب المشرعين السوري والمصري مؤخراً بإلغاء محاكم أمن الدولة العليا إلا دليل على استجابتهما للدعاءات الفقهية المتكررة بضرورة تكريس مبدأ القاضي الطبيعي.
 - ٣ - تعديل النصوص التشريعية المتعلقة بتنظيم القضاء العسكري بما يتوافق مع فكرة القضاء الطبيعي، خصوصاً من جهة أن يكون اختصاص هذا القضاء محددًا بموجب القانون، وأن يتم إلغاء نص المادة ١/٦ من قانون القضاء

- العسكري المصري التي تعطي لرئيس الجمهورية الحق بإحالة المدنيين إلى القضاء العسكري.
- ٤ - إيجاد برامج فعالة لتأهيل القضاة وتدريبهم بشكل مستمر، حتى أثناء ممارستهم لمهامهم، بما يساهم في رفع مستواهم العلمي والعملية.
- ٥ - تكريس مبدأ تخصص القضاء، بأن يتم تأهيل القضاة وتدريبهم في مجال محدد من مجالات القانون، وأن يتم إسناد مهام وظيفية لهم تتناسب مع المجال الذي تدربوا فيه، فمثلاً، نأمل أن يُحدث في المعاهد القضائية أقسام قانونية كالقسم الجنائي والتجاري والمني، وبعد إتمام تدريب القاضي في أحد هذه الأقسام يتم فرزه إلى المحكمة التي تتناسب مع القسم الذي تدرب فيه، ونعتقد أن هذا الحل سيسهم بشكل غير مباشر في تحقيق سرعة الفصل في القضايا؛ لأن تخصص القاضي في فرع واحد من فروع القانون، واكتسابه معلومات غزيرة عنه، يسهل عليه التعامل مع هذه القضايا.
- ٦ - النص دستورياً على ضمانات عدم القابلية للعزل بحيث تشمل جميع القضاة، وقصر إمكانية عزل القضاة على الطريق التأديبي، وبعد محاكمة عادلة ونزيهة، دون اللجوء إلى الفصل التعسفي.
- ٧ - إعادة النظر في أسلوب التقاضي على درجة واحدة في بعض المنازعات وقصر هذا النظام على المنازعات ذات الأهمية القليلة مادياً وأدبياً.
- ٨ - إعادة النظر في تنظيم القضاء العسكري واختصاصاته، بحيث يتم تأكيد استقلاله عن وزارة الدفاع، ومنح قضاة الحصانة من العزل، وقصر اختصاصه على نظر الجرائم العسكرية المرتكبة من العسكريين فقط.
- ٩ - مطالبة المشرع السوري بإعادة هيكلة محاكم الأحداث، وإنشاء محاكم اقتصادية متخصصة على الصعيدين المدني والجزائي، تشبه تلك التي أوجدها المشرع المصري.
- في نهاية هذه الدراسة، لا يسعنا إلا التأكيد على أن القاضي الطبيعي هو الجهة الطبيعية التي يلتجئ الأفراد إليها طلباً للحماية القضائية، بحيث إن تولي أية جهة لعمل القضاء غير القاضي الطبيعي يعد انتهاكاً لحق التقاضي.
- فالقضاء الطبيعي هو مجموعة متكاملة من الضمانات والعناصر التي تضفي على الجهة التي تتمتع بها وصف الهيئة القضائية، وبالتالي يمكن القول بأن انتفاء أية ضمانات أو عنصر يزيل عن الجهة صفة القضاء الطبيعي، حتى ولو كان المشرع قد وصفها بذلك.

المراجع

المراجع العربية:

- ١ - د. إبراهيم سلقيني، أصول الفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة دمشق، ٢٠١٠.
- ٢ - أبو الأعلى المودودي، تدوين الدستور الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ١٩٨١، الطبعة الخامسة، بيروت.
- ٣ - أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار ابن قتيبة، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، الكويت.
- ٤ - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ، الرياض.
- ٥ - أبو يعلى محمد بن حسين الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ، بيروت.
- ٦ - د. أحمد عبدالوهاب السيد، الحماية الدستورية لحق الإنسان في قضاء طبيعي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩.
- ٧ - د. أحمد فتحي سرور:
 - استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان في القانون المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخمسون، عدد خاص "دراسات في حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون المصري"، ١٩٨٣، جامعة القاهرة.
 - القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤، القاهرة.
- ٨ - د. أسامة كمال دياب، مدى الشرعية الجنائية في قانون القضاء العسكري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٤.
- ٩ - د. إسماعيل البدوي، نظام القضاء الإسلامي، بدون ناشر، ٢٠٠٠.
- ١٠ - د. أشرف للمساوي، كفالة حق التقاضي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، القاهرة.
- ١١ - أقضية رسول الله ﷺ، دار الوعي، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ، حلب.
- ١٢ - اللجنة الدولية للحقوقيين، المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة، والمحامين، وممثلي النيابة العامة - دليل الممارسين رقم ١، الطبعة الأولى.
- ١٣ - د. آمال الفزايري، ضمانات التقاضي "دراسة تحليلية مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠.

- ١٤- د. أيمن عبدالعال، مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠١١.
- ١٥- برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين المعرف بابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، الرياض.
- ١٦- د. ثروت عبدالعال، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، القاهرة.
- ١٧- د. جمال العطيفي، آراء في الشرعية وفي الحرية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، القاهرة.
- ١٨- د. حسن الليدي، مفهوم القاضي الطبيعي في الشريعة الإسلامية، ندوة بعنوان: مفهوم القاضي الطبيعي وواقع التنظيم القضائي في مصر، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١٩- د. حسن جوخدار، أصول المحاكمات الجزائية (الجزء الثالث)، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٠.
- ٢٠- د. خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- ٢١- د. رشدي شحاته أبو زيد، انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، القاهرة.
- ٢٢- زين الدين الشهير بابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣١١هـ، مصر.
- ٢٣- سري صيام، القضاء الطبيعي والمساواة أمام القضاء، المركز القومي للبحوث الجنائية والاجتماعية، ١٩٩١، القاهرة.
- ٢٤- سعيد محمود الديب، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من تاريخ إنشائها حتى تاريخ ٢٠٠٨، قرص ليزري.
- ٢٥- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج في معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، الطبعة الأولى، ١٩٩٧، بيروت - لبنان.
- ٢٦- د. صلاح سالم جودة، القاضي الطبيعي الضمانة الأساسية لعدالة الحكم والمحكمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٧.

- ٢٧- د. طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص، ٢٠١٠، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق.
- ٢٨- د. عبدالرحمن عثمان عزوز، القضاء الشعبي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٧٥.
- ٢٩- د. عبدالعزيز رمضان سمك، الضمانات الأساسية للتقاضي في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والاقتصادي، العدد ٧٥، ٢٠٠٥، جامعة القاهرة.
- ٣٠- د. عبدالعزيز محمد عزام، النظام القضائي في الإسلام "الجزء الأول"، المؤسسة العربية الحديثة، بدون تاريخ، القاهرة.
- ٣١- د. عبدالقادر محمد الشيخ محمد، ذاتية القانون الجنائي العسكري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩.
- ٣٢- د. عبدالكريم عبادي محمد أحمد، محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري "دراسة تحليلية، تأصيلية، انتقادية، مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
- ٣٣- عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ٣٤- د. عبدالله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٧.
- ٣٥- د. عبدالناصر علي عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، مصر.
- ٣٦- علاء الدين أبو الحسن الطرابلسي الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة اليمنية، ١٣٠٦هـ، مصر.
- ٣٧- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣.
- ٣٨- د. علاء محمد الضاوي سلام، حق المتهم في محاكمة عادلة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، القاهرة.
- ٣٩- علي عدنان الفيل، القضاء العسكري "دراسات في التشريعات الجزائية العسكرية العربية والمقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٠، طرابلس-لبنان.

- ٤٠ - د. عمر علي نجم، دستورية القضاء العسكري بين الإطلاق والتقييد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٦.
- ٤١ - د. عيد محمد عبدالله القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري والفرنسي"، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، ١٩٩٢.
- ٤٢ - د. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، المركز العربي للمطبوعات، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، عمان.
- ٤٣ - د. فاروق عبدالبر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بلا نانشر، ٢٠٠٤.
- ٤٤ - فتحي سعيد جرجي، انفراد قانون الأحكام العسكرية بنص لا يتفق وأصول المحاكمات، مجلة المحاماة، العدد ١-٢، ١٩٧٧، القاهرة.
- ٤٥ - د. فتحي فكري، التنظيم الدستوري لحق التقاضي بين الواقع والمأمول، المجلة الدستورية، العدد ٢٠، ٢٠١١، القاهرة.
- ٤٦ - فؤاد أحمد عامر، قانون الأحكام العسكرية، دار الفكر والقانون، ١٩٩٩، المنصورة - مصر.
- ٤٧ - د. محمد إبراهيم درويش، الإدارة القضائية للعدالة، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، القاهرة.
- ٤٨ - د. محمد باكير جمعة، استقلال القضاء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة حلب، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.
- ٤٩ - د. محمد حاج طالب، أصول المحاكمات المدنية (الجزء الأول)، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٨.
- ٥٠ - د. محمد ظهري محمود، المعالم البارزة للمحاكم المدنية الأمريكية، مطبعة كلية الحقوق، ٢٠٠٠، جامعة القاهرة.
- ٥١ - محمد عبدالرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٨.
- ٥٢ - د. محمد عصفور، استقلال القضاء، مجلة القضاة، السنة الأولى، العدد الثالث، يونيو ١٩٦٨، مصر.
- ٥٣ - د. محمد فتحي نجيب، التنظيم القضائي المصري، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، القاهرة.

- ٥٤ - د. محمد كامل عبيد، استقلال القضاء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩١.
- ٥٥ - د. محمد نور شحاته، استقلال القضاء، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
- ٥٦ - د. محمود أحمد طه، اختصاص المحاكم العسكرية بجرائم القانون العام في ضوء حق المتهم في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، القاهرة.
- ٥٧ - د. محمود الشربيني، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثانية، ١٩٩٩.
- ٥٨ - د. محمود محمود مصطفى، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في النظام القانوني المصري "نظرة عامة، قضاء الإحالة، التنظيم القضائي"، المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- ٥٩ - د. محيي محمد مسعد، دور المحاكم الاقتصادية في الإصلاح القضائي والاقتصادي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص، ٢٠١٠، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق.
- ٦٠ - نجاد البرعي، استقلال القضاء في مصر "الحقيقة كما هي"، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، ٢٠٠٥، القاهرة.
- ٦١ - نصرت منلا حيدر، مدى دستورية القوانين التي تحجب حق التقاضي، مجلة المحامون، الأعداد (١٠-١٢)، ١٩٧٦، دمشق.
- ٦٢ - د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع "دراسة في دستورية التشريعات المقيدة للحرية"، مجلة المحاماة، الأعداد (٣-٤)، ١٩٩٠، مصر.
- ٦٣ - يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، لبنان - بيروت.

مواقع إنترنت:

- 1 - acijlp.org.ar
- 2 - www.arablegalportal.org/egyptverdicts
- 3 - www.hccourt.gov.eg
- 4 - www.moj.gov.sy
- 5 - www.almizanmag.com

الحماية الجنائية للحق في المنافسة دراسة مقارنة (القسم الأول)

الدكتور/ تامر محمد محمد صالح
قسم القانون الجنائي
كلية الحقوق - جامعة المنصورة
جمهورية مصر العربية

ملخص:

تناولت هذه الدراسة مظاهر الإخلال بالمنافسة التي يمثل القضاء عليها أحد آليات حمايتها؛ حيث كشفت الدراسة عن هذه الصور التي تتمثل في الاتفاقات غير المشروعة، وإساءة استغلال المركز المسيطر الذي يتمتع به المشروع، وكذلك كل فعل من شأنه الإخلال بالرقابة، والإفصاح داخل سوق المنافسة.

وتمت معالجة هذه الجرائم من خلال بيان الشرط المسبق لها من خلال بيان الأشخاص أطراف الاتفاق، وكذلك النسبة التي يتطلبها المشرع، أو التي يكشف عنها الواقع من أجل أن يكون المشروع في وضع مسيطر، إضافة إلى بيان طبيعة المعلومة أو البيان التي يمثل إفشاؤها أو استغلالها جريمة، والشخص الملزم بالحفاظ عليها، وما يجب إخطار جهاز حماية المنافسة به، والحد الذي يلزم حال الوصول إليه القيام بالإخطار، كما تطرقت الدراسة إلى بيان السلوك الإجرامي في هذه الجرائم؛ لأنها في أغلبها جرائم سلوك (جرائم خطر)، إضافة إلى بيان الجزاء الملازم لهذه الجرائم سواء أكان عقوبة (سالية للحرية - مالية) أم تدبيراً احترازياً، والأسباب التي من شأنها تشديد أو تخفيف هذا الجزاء.

مقدمة:

١ - موضوع الدراسة:

تشكل رغبة الإنسان في التميز عن أقرانه أمراً فطرياً، ليضمن لنفسه البقاء على سطح الأرض، ويتمتع بكل ما عليها من خيرات وإمكانات سخرها الله له ووهبه إياها^(١). ويتنافس الأفراد فيما بينهم تحقيقاً لهذا، ولم يشذ القطاع التجاري عن ذلك؛ خصوصاً في ظل النظام الاقتصادي الحر الذي سيطر على غالبية دول العالم بعد إجباره النظام الاشتراكي أن يجثو على ركبتيه^(٢).

(١) يقول تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾. الآية ١٣ من سورة الجاثية.

(٢) Hans-Werner Sinn; the new systems competition; Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research; No. 623; December 2001, p. 3.

وتعمل المشروعات المتنافسة^(١) على جذب العملاء لتربح أكثر من غيرها. وهنا فلا مشكلة، غير أنه قد يتم إقتراف العديد من السلوكيات المحظورة التي تضرها، ومن ثم بالاقتصاد الوطني مما يجعل من المنافسة أمراً غير مشروع^(٢).

(١) المنافسة لغةً تعني: التنافس وهو نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التشبه بالعظماء واللاحق بهم، فيقال تنافس القوم في كذا: تسابقوا فيه وتباروا دون أن يلحق بعضهم الضرر ببعض. المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مادة: "نفس"، طبعة وزارة التربية والتعليم، ١٩٩٤م، ص ٦٣٥. وتنافسنا ذلك الأمر وتنافسنا فيه تحاسدنا وتسابقنا. وفي التنزيل يقول تعالى: ﴿وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ﴾ الآية رقم ٢٦ من سورة المطففين، أي وفي ذلك فليترابغ المتراغبون. وفي حديث المغيرة سقيم لنفاس، أي أسقمته المنافسة والمغالبة على الشيء، ونافست في الشيء منافسة ونفاساً إذا رغبت فيه على وجه المباراة في الكرم، وتنافسوا فيه أي رغبوا. لسان العرب، لابن منظور، الجزء السادس: دار المعارف ص ٤٥٠٣. وفي الحديث الشريف، يقول (صلى الله عليه وسلم) "أخشى أن تبسط الدنيا عليكم كما بسطت على من كان قبلكم فتنافسوها كما تنافسوها". رواه أحمد في مسنده، واصطلاحاً يعرفها البعض بأنها: "الكفاح بين الأقران من أجل نيل المنافع، وفي مجال التجارة فهي الكفاح بين التجار المتماثلة أعمالهم من أجل الحصول على أكبر قدر ممكن من السوق، ويكون ذلك عن طريق تطوير المنتجات وخفض الأسعار." د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار (في ظل نظرية المنافسة التجارية)، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الثالث والستون، ١٩٩٣م، ص ٣٨٠. وقد ظهرت نظرية المنافسة في الاقتصاد مع ظهور اقتصاد السوق في القرن الثامن عشر وهذا يرجع إلى أعمال ديفيد هيوم، وأدم فيرجسون، وأدم سميث (١٧٦١، ١٧٧٦)

Oliver Budzinski, An Evolutionary Theory of Competition, (Philips-University of Marburg)., draft February 2004, p.1

(٢) يطلق على المنافسة غير المشروعة لفظ المزاحمة غير المشروعة، ولا فرق بينهما بشأن المعنى المقصود من ورائهما، وقد استخدم قانون التجارة الكويتي لفظ المزاحمة تارة ولفظ المنافسة تارة أخرى، وكلاهما يختلف عن المنافسة الممنوعة التي تعني: حظر القيام بنشاط معين إما بمقتضى نص في القانون، وإما بمقتضى الاتفاق بين المتعاقدين. د. حسين فتحي عثمان، حدود مشروعية الإعلانات التجارية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٨٣، العدد ٤٢٧، يناير ١٩٩٢م، ص ١٥١. ولذلك لا تعتبر المنافسة الممنوعة من قبيل المنافسة غير المشروعة؛ لأن الأخيرة لا تمنع من ممارسة النشاط، ولكنها تمنع إتيان وسائل تتنافى مع مبادئ الشرف والأمانة في المعاملات التجارية، فالتجريم لا ينصب على موضوع النشاط، وإنما على كيفية ممارسته. د. محمد سلمان ماضي، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ٩٨. ومن حالات المنافسة الممنوعة قانوناً تطلب المشرع في ممارسة بعض المهن التجارية شروطاً معينة، ومن ثم فلا يجوز لمن لا تتوافر فيه هذه الشروط ممارسة هذه المهنة. كمهنة المحاماة مثلاً، حيث يجب فيمن يمارس هذا العمل أن يكون حاصلاً على درجة علمية معينة في القانون، كذلك احتكار الدولة أو غيرها من المؤسسات القيام بنشاط معين أو احتكار سلعة أو خدمة معينة بقصد تحقيق المصلحة =

ويتوقف وصف المنافسة بأنها مشروعة، أو غير مشروعة على مدى مطابقة الوسائل التي يلجأ إليها التاجر مع القوانين والأعراف التجارية؛ فإذا كانت هذه الوسائل متفقة مع القانون، والعادات، والأعراف السائدة في النشاط محل الممارسة، كانت المنافسة مشروعة ولو أدت إلى إلحاق بعض الأضرار بالغير، أما حال لجوء التاجر إلى وسائل غير مشروعة مثل: إساءة استغلال الوضع المسيطر، أو الاتفاق غير المشروع بقصد الإضرار بالأسعار؛ فإن المنافسة تعد غير مشروعة^(١).

وتتطلب المنافسة داخل السوق توافر العديد من العوامل منها: تعدد المشروعات المتنافسة، وتجانس المنتج الذي تنتجه المنشآت^(٢)، وإمكانية الدخول والخروج من السوق^(٣)، إضافة إلى توافر جميع المعلومات عن السوق.

٢ - مبررات التدخل الجنائي لحماية المنافسة المشروعة:

يعتبر تدخل القانون الجنائي لحماية المنافسة المشروعة أمراً لازماً؛ لكونها تساهم في تعزيز النمو الاقتصادي، وزيادة فرص العمل^(٤)، إضافة إلى العديد من الأسباب منها:

أ - خلق فرص استثمارية وطنية وأجنبية جديدة، وتحسين جودة المنتجات والخدمات وزيادة الاختيارات المتوافرة أمام المستهلك^(٥).

= العامة. د. محمد الأمير يوسف، صور الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٣١. ومن حالات المنافسة الممنوعة اتفاقاً: اتفاق أرباب العمل مع العمال على الالتزام بعدم المنافسة في تجارة مماثلة أو العمل لدى متجر منافس يزاول نفس النشاط. د. طعمة صعفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشرة، العدد الأول، مارس ١٩٩٥م، ص ٢١.

(١) د. أشرف وفا محمد، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ١١، ١٢.

(٢) يختلف التجانس بالمعنى المقصود عن التطابق، حيث يعنى التطابق بين السلع أن تكون من نفس المواد الخام، والمنتج، والسعر.

(٣) د. محمد إبراهيم أبو شادي، حماية المنافسة ومكافحة الاحتكار في الاقتصاد المصري، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٠.

(٤) موقع المديرية العامة للمنافسة والمساعدات الحكومية التابعة للمفوضية الأوروبية (خطة ٢٠١١م)، http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/amp/doc/comp_mp_pdf الذي تمت زيارته في ٣/٤/٢٠١٠م.

(٥) موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري عبر الانترنت، وقد تمت زيارته في ١٤/٩/٢٠١٠م.

- ب - خفض التكلفة، مما يعود على المستهلك بالنفع، لشرائه السلعة بأقل سعر ممكن، على خلاف الاحتكار الذي يقوم فيه المحتكر بتحديد السعر الذي يروق له، وغالباً ما يكون مرتفعاً مما يضر بالمستهلك^(١).
- ج - تحقيق التوازن بين الإنتاج والاستهلاك من خلال قانون العرض والطلب؛ لأنه في السوق الذي لا تتعامل فيه قوى العرض والطلب بطريقة تلقائية، قد تنقلب المنافسة حرباً ضروساً بين المشروعات فيضرها^(٢).
- د - حدوث تطورات على المستوى المحلى والدولي واتجاه الاقتصاد العالمي نحو التدويل والعولمة^(٣).

= ويرى البعض أن هذا الرأي ليس صحيحاً على إطلاقه، فقد تؤدي المنافسة إلى وفرة الإنتاج بالقدر الذي يضر بالاقتصاد القومي، حيث يؤدي هذا إلى أضرار أخرى مثل خلق ظاهرة البطالة نتيجة نكوص عدد كبير من المشروعات المنتجة عن إنتاج السلعة المتوفرة لكسادها في السوق، كما قد تؤدي إلى عدم استقرار أوضاع العمال نتيجة عدم استقرار الأوضاع الاقتصادية نتيجة المنافسة، إضافة إلى تشغيل الأطفال والنساء؛ نظراً لانخفاض أجورهم؛ د. محمد متولي محمد عبد الجواد، المنافسة والاحتكار بين الشريعة والاقتصاد، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٧٥، ٧٦.

(١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

(٢) د. علي سيد قاسم، دراسة انتقادية لمشروع قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، بحث مقدم إلى مؤتمر تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة الذي نظّمته كلية الحقوق - جامعة المنصورة في الفترة من ٢٩ - ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، بفندق هيلتون رمسيس، القاهرة، ص ١.

(٣) يمكن إجمال التطورات على الصعيد المحلي في: ١- تزايد دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي، ٢- وجود شبهات لممارسة احتكارية تتطلب التحقق منها، ٣- وجود ثغرات يمكن أن ينفذ منها المتلاعبون بآليات السوق، ٤- وجود حالات للدمج والاستحواذ تؤثر على هياكل السوق وأوضاع المنافسة فيه، ٥- وجود مبالغاة في رفع أسعار السلع استغلالاً لتغيرات سعر الصرف والأسعار العالمية. كما يمكن إجمال التطورات على الصعيد الإقليمي والدولي في: ١- وجود توجه عام للدول المتقدمة يستهدف جعل سياسة المنافسة من السياسات الملزمة للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، ٢- التعاون مع شركات دولية النشاط يتطلب وجود سياسة واضحة لمنع الممارسات الاحتكارية، وحالات الدمج بينها تتطلب وجود سياسات للمنافسة للتعامل معها، ٣- انتهاك الكارتلات الدولية لقواعد المنافسة مما يتطلب تعاوناً دولياً مستنداً إلى سياسات وطنية للمنافسة، ٤- اتفاقات التجارة الحرة التي تعقدها مصر مع العديد من الدول، والتي تستوجب وجود قواعد منظمة للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية؛ راجع مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الحادية والعشرين، المنعقدة في ٢ يناير ٢٠٠٥م، ص ١٢.

٣ - نطاق المنافسة:

يتمثل نطاق المنافسة في سوق المنافسة المعني، وتعرف المادة ٣ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري السوق المعنية بأنها: "...السوق التي تقوم على عنصرين هما المنتجات المعنية والنطاق الجغرافي^(١)، وبذلك تشتمل السوق على الجوانب التالية: أ - المنتج المعني ب - النطاق الجغرافي، إضافة إلى الفترة الزمنية.

(١) تنص المادة (٣) على أنه يقصد بالسوق المعنية في تطبيق أحكام هذا القانون: السوق التي تقوم على عنصرين هما المنتجات المعنية، والنطاق الجغرافي. والمنتجات المعنية هي تلك التي يعد كل منها بديلاً عملياً وموضوعياً عن الآخر، ويعني النطاق الجغرافي منطقة جغرافية معينة تتجانس فيها ظروف التنافس مع أخذ فرص التنافس المحتملة في الاعتبار، وذلك كله وفقاً للمعايير التي تبينها اللائحة التنفيذية بما يتفق مع أهداف وأحكام هذا القانون، وتحدد المادة ٦ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م هذه المعايير.

أولاً - بالنسبة للمنتجات المعنية: ١- تماثل المنتجات في الخواص وفي الاستخدام، ٢- مدى إمكانية تحول المشتريين عن المنتج إلى منتج آخر نتيجة للتغير النسبي في السعر، أو في أية عوامل تنافسية أخرى، ٣- ما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس تحول المشتريين عن المنتجات إلى منتجات أخرى نتيجة للتغير النسبي في السعر، أو في العوامل التنافسية الأخرى. ٤- السهولة النسبية التي يمكن بها للأشخاص الأخرى دخول سوق المنتج. ٥- مدى توافر المنتجات البديلة أمام المستهلك.

ثانياً - بالنسبة للنطاق الجغرافي: ١- مدى القدرة على انتقال المشتريين بين مناطق جغرافية نتيجة التغيرات النسبية في الأسعار، أو في العوامل التنافسية الأخرى. ٢- ما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس انتقال المشتريين بين المناطق الجغرافية المختلفة نتيجة التغيرات النسبية في الأسعار أو في العوامل التنافسية الأخرى، ٣- السهولة النسبية التي يستطيع بمقتضاها أشخاص آخرون دخول السوق المعنية، ٤- تكاليف النقل بين المناطق الجغرافية، بما في ذلك تكلفة التأمين، والوقت اللازم لتزويد المنطقة الجغرافية بالمنتجات المعنية من أسواق أو من مناطق جغرافية أخرى أو من الخارج، ٥- الرسوم الجمركية والقيود غير الجمركية على المستويين المحلي والخارجي.

ويرى البعض حذف المادة (٣) الخاصة بتعريف السوق؛ لأنه يجب ترك تعريف السوق هنا للقواعد العامة، والأعراف التجارية، لأننا في قانون التجارة لم نعرف السوق، وكوننا نحدد السوق هنا جغرافياً أو منتجاً، فقد يؤدي ذلك إلى مشكلة، فشخص محترس سلعاً في قرية، هل تطبق عليه هذه المادة؟ أو آخر محترس سلعاً في سوق العبور بنسبة ٨٠٪ هل يطبق عليه هذا؟ كما يجب أن تكون المادة (٣) هي البند رقم (هـ) في المادة (٢). راجع مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الرابعة والعشرين المنعقدة في ١٥ يناير ٢٠٠٥م، ص ٥٠، وقدم هذا الاقتراح من السادة الأعضاء: طلعت القواس، والبدري فرغلي، وجورجيت صبحي قليني.

أ - المنتج المعني:

يقصد به جميع المنتجات والخدمات التي يعتبرها المستهلك قابلة للاستبدال بأخرى، وذلك بسبب خصائص هذه المنتجات، أو الخدمات وأسعارها والاستخدام المعدة له^(١). ويتضمن نشاط المنتج المعني الإنتاج والتوزيع والخدمات، وهذه الأنشطة متنوعة بدرجة كبيرة، فقد تكون منتجات زراعية أو صناعية، وقد تكون خدمات مادية مثل النقل والنظافة، وقد تكون خدمات مالية تقدم للمشتريين نظير مقابل مالي هو الثمن مثل الائتمان^(٢).

ب - النطاق الجغرافي:

النطاق الجغرافي للسوق قد يكون محلياً أو دولياً^(٣)، وذلك بحسب المنتج المعين قيد البحث، وطبيعة البدائل في عرض المنتج، ووجود أو عدم وجود عوامل محددة - تكاليف النقل، أو المعدلات التعريفية، أو غير ذلك من الحواجز والتدابير التنظيمية - تمنع الواردات من مقاومة ممارسة القوة السوقية على الصعيد المحلي^(٤)، وكلما كان محيط السوق الجغرافي ضيقاً كلما كان عمل أجهزة الضبط أمراً ميسوراً.

وتوجد سوق جغرافية ذات صلة، حيث انتهت لجنة المنافسة الأوروبية في قضية صناعة السكر الأوروبية إلى أن سوق المنافسة قد يشمل أي دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، أو منطقة من أي دولة أخرى؛ وأتذك أن تشكل كل منها "أجزاء كبيرة من السوق المشتركة" أي السوق الجغرافية ذات الصلة^(٥).

(١) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، القانون النموذجي بشأن المنافسة، ٢٠٠٣م، ص ١٧.

(٢) P. Delvolvé., Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, p.426.

د. محمد عبد اللطيف، الأشخاص العامة وقانون المنافسة، بحث مقدم إلى مؤتمر تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة الذي نظمته كلية الحقوق - جامعة المنصورة في الفترة من ٢٩ - ٣٠ مارس ٢٠٠٥م، بفندق هيلتون رمسيس، القاهرة، ص ٣.

(٣) مثال السوق العالمية سوق الطائرات، حيث قضت اللجنة الأوروبية بوجود سوق عالمية للطائرات يتنافس فيها ثلاثة منافسين هم Boeing, Donnell Douglas, Airbus؛ ويمثل تداخل السوق العالمي مع السوق المحلي أحد الصعوبات المتعلقة بالمنافسة.

(٤) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، القانون النموذجي بشأن المنافسة، ٢٠٠٣م، ص ١٧.

(٥) Commission Decision of 14 October 1998 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EC Treaty Case IV/F-3/33.708 - British Sugar plc, Case IV/F-3/33.709 - Tate & Lyle plc, Case IV/F-3/33.710 - Napier Brown & Company Ltd, Case IV/F-3/33.711 - James Budgett Sugars Ltd (notified under number C (1998) 3061, Official Journal L 076, 22/03/1999, pp. 1:66.

كما وسع المشرع المصري من نطاق سوق المنافسة الجغرافي، حيث عاقب على الأفعال التي ترتكب في الخارج، متى ترتب عليها إضرار بالمنافسة داخل مصر، وفقاً لنص المادة (٥) من قانون حماية المنافسة، ويلاحظ على نص هذه المادة أنه لم يشير إلى الأفعال التي ترتكب في الداخل، كما أن لاصطلاح جريمة معنى محدداً في قانون العقوبات، لذلك يكون من المناسب الحديث عن أفعال تشكل جرائم طبقاً لأحكام هذا القانون متى ترتب على هذه الأفعال الإضرار بحرية المنافسة.

وقد أخذ المشرع المصري بفكرة أثر الفعل، وذلك في تطلبه المسؤولية الجنائية عن الأفعال التي ترتكب في الخارج، علماً بكفاية نص المادة الثانية من قانون العقوبات^(١) لذا يجب أن يكون نص المادة الخامسة من قانون حماية المنافسة على النحو التالي: "تسري أحكام هذا القانون في الخارج متى كانت تشكل إخلالاً بهذه الأحكام، وذلك متى ترتب على هذه الأفعال منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في مصر"^(٢).

وقد أخذت الولايات المتحدة بذلك، حيث سهلت لها الهيمنة السياسية، والقوة الاقتصادية بعد الحرب العالمية الثانية أن تطبق قانون منع الاحتكار خارج حدودها. بشرط أن يكون لهذا السلوك تأثيراً كبيراً ومباشراً على المنافسة داخل الولايات المتحدة، أو يتعارض مع قانون أي من ولاياتها^(٣). وقد ساعد ذلك على انتشار قانون مكافحة الاحتكار الأمريكي في شتى أنحاء العالم.

(١) تنص المادة الثانية من قانون العقوبات على أن: "تسري أحكام هذا القانون أيضاً على الأشخاص الآتي ذكرهم، أولاً: كل من ارتكب في خارج القطر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في القطر المصري".

الواقع أن نص المشرع المصري على ذلك في قانون المنافسة أمر جيد؛ خصوصاً أنه قانون جديد وله فلسفته؛ لذا فمن الأفضل أن نؤكد على ذلك، وقد سارت التشريعات الأجنبية على هذا، ولا تكفي بقانون العقوبات حتى تكون فلسفة القانون واضحة للناس، وكذلك ورد النص على ذلك في القانون النموذجي بشأن المنافسة الذي قدمه مؤتمر جنيف عام ٢٠٠٠م، والقانون الأردني والقانون اليمني. مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الرابعة والعشرين بتاريخ ١٥ يناير ٢٠٠٥م.

(٢) د. علي سيد قاسم، دراسة انتقادية لمشروع قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، مرجع سابق، ص ١٩.

(٣) supreme court of the united states, hart ford fire insurance co. Et al. V. California et al, 509 u.s. 764, certiorari to the united states court of appeals for the ninth circuit, no. 91-1111. Argued february 23, 1993 decided june 28, 1993.

ج - الفترة الزمنية:

يجب أن يتم فحص ممارسات المشروع محل الفحص خلال فترة زمنية معينة يحددها الجهاز في ضوء الشكوى المقدمة، أو من خلال مبادرة الجهاز بإجراء الدراسات والبحوث لكشف حالة من الحالات الضارة بالمنافسة^(١).

٤ - التنظيم التشريعي للحق في المنافسة:

يمثل التنظيم التشريعي للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في أسواق السلع والخدمات اللبنة الأولى في المنظومة التشريعية لأي اقتصاد يأخذ بسياسة التحرر الاقتصادي، وإعمال آليات السوق، وتوسيع مشاركة القطاع الخاص؛ باعتبار أن التنظيم التشريعي يسهل الانخراط في السوق العالمي والدخول في شراكات هامة مع الدول والتكتلات الاقتصادية في العالم^(٢).

وتهدف هذه القوانين إلى حماية وتعزيز المنافسة ومكافحة الممارسات الاحتكارية، وذلك من خلال الآتي^(٣):

أ - توفير بيئة محفزة للمنشآت من أجل تعزيز الفاعلية والتنافسية ومصصلحة المستهلك وتحقيق تنمية مستدامة في الدولة.

ب - المحافظة على سوق تنافسية محكومة بآليات السوق بما يتفق مع مبدأ الحرية الاقتصادية من خلال حظر الاتفاقات المقيدة، والأعمال والتصرفات التي تفضي إلى إساءة استغلال الوضع المهيمن، ومراقبة عمليات التركيز الاقتصادي، وتجنب كل ما من شأنه الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها.

ويشكل قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م^(٤) واللائحة التنفيذية المتعلقة به أول قانون ينظم المنافسة بشكل مباشر في

(١) موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري، <http://www.eca.org.eg> وقد تمت زيارته في ١٤/٩/٢٠١٠م.

(٢) د. حسن خضر، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٨٣٨، الصادر في ٢٩ مارس ٢٠٠٤م، ص ٣٤.

(٣) المادة ٢ من مشروع قانون المنافسة الإماراتي الاتحادي لسنة ٢٠١٠م.

(٤) يعد قانون المنافسة جزءاً من سياسة المنافسة التي يقصد بها: "مجموعة الإجراءات الحكومية التي تتخذ بهدف تشجيع المنافسة، وحماية المستهلكين من الاحتكار. ويتضمن ذلك: الحد من سيطرة الشركات على الأسواق، والسيطرة على الاندماجات الاقتصادية لمنع الصناعات من الاحتكار، والحد من التصرفات المضرة بالمنافسة. ومن ناحية أخرى فإن سياسة المنافسة تتميز عن قانون المنافسة أيضاً في أن الأولى تطبق بالنسبة للممارسات الحكومية والخاصة، في حين يختص الثاني بالتصرفات والممارسات التي تقوم بها الكيانات =

مصر^(١)، كما كان قانون الأول من ديسمبر ١٩٨٦م الخاص بحرية الأسعار أول قانون

= الاقتصادية الخاصة؛ د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مجلس الشعب، الأمانة العامة، مركز البحوث البرلمانية، القاهرة، مارس ٢٠٠٩م، ص ٢٥.

(١) توجد بعض النصوص المتفرقة التي تتعلق بالمنافسة بشكل مباشر أو غير مباشر منها: الباب الحادي عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، المواد ٣٤٥ وما بعدها. والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥م، الخاص بشؤون التموين، والقوانين أرقام ١٠١ لسنة ١٩٣٨، ٩٦ لسنة ١٩٤٥م، ١٦٣ لسنة ١٩٥٩م في شأن التسعير الجبري وتحديد الربح، وكذلك القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧م، الخاص بالرقابة على النقد، كما صدر أمر الحاكم العسكري رقم ١٧٣ الصادر بتاريخ ٢٤ سبتمبر ١٩٤١م، المعاقب على الاحتكار، وهي نفس الأفعال المنصوص عليها في المواد ٦، ٧، ٨ من قانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الحالي. ومع قيام ثورة يوليو ١٩٥٢م، زاد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، فبدأت تظهر القوانين التي تهتم بتنفيذ طبيعة البنيان الاقتصادي، كالقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢م، والقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤م التي نوعت وسائل تكوين رؤوس الأموال العينية وطرق ترغيبها في الاستثمارات، كما صدر القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٧م في شأن جرائم تهريب النقد، والقانون رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٥٩م في شأن جرائم الاستيراد والتصدير. وقد خلت هذه المرحلة من تناول الاحتكار بالتأثيم إلا في مواطن بسيطة، وفي قوانين متفرقة منها القانون رقم ٤٣٢ لسنة ١٩٥٥م، الذي قام بوضع حد أقصى للمراكز المفتوحة، وفرض عقوبة على التأثير في أسعار القطن، والقانون رقم ٢٤١ لسنة ١٩٥٩م، والصادر في أعقاب الوحدة بين مصر وسوريا، كما أن هناك بعض القرارات التي لا تجرم الاحتكار في حد ذاته، ولكنها تجرم الممارسات السابقة عليه والتي يمكن أن تؤدي إليه، ومن ذلك تجريم تخزين السلع لما يمكن أن يؤدي إليه من تحقق الاحتكار في المستقبل، وقد أصدر وزير التموين قرار رقم ٥٤ لسنة ١٩٥٦م في شأن تخزين بعض المواد والسلع، وكذلك قرار وزير التموين رقم ٣٣٧ لسنة ١٩٦٤م، والذي يلزم التجار بأن يعلنوا في مكان ظاهر بمحالهم التجارية بياناً بمخازنهم وعناوينها والسلع المودعة لحسابهم في مخازن آخرين. كما صدر أمر نائب الحاكم العسكري العام رقم ٥ لسنة ١٩٧٣م، إبان حرب أكتوبر بتجريم بعض الاتفاقات الضارة، غير أنه ألغي العمل به بانتهاء حالة الطوارئ عام ١٩٨٠م، ورغم قيمة المبادئ التي قامت عليها ثورة يوليو غير أنها لم تستطع الصمود أمام المتغيرات العالمية التي أفرزت سيطرة اقتصاد السوق على النظام العالمي؛ لذا ظهرت العديد من التشريعات التي تتعلق بالمنافسة منها: ١- قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م، ٢- قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، ٣- قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م، ٤- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م، ٥- قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، المادة ٥٦ فقرة ط، ٥٧، ٦- قانون الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣م.

ينظم المنافسة في فرنسا. وكان قانون "شيرمان" عام ١٨٩٠م^(١) أول قانون ينظم المنافسة في الولايات المتحدة الأمريكية؛ لذا ينظر إليه عادة "بالأب"، وقد ترتب على ذلك العديد من النتائج أهمها^(٢):

- ١ - عدم استفادة هذا القانون من غيره من التشريعات؛ باعتباره القانون الأول، حيث كان يمثل إلى حد كبير "إطلاقاً للنار في الظلام".
 - ٢ - شكل هذا القانون مصدراً قيماً وهاماً لأفراد المجتمع الأمريكي لمكافحة الاحتكار، وقد ساعد ذلك في تفوق الولايات المتحدة على غيرها حتى بعد الحرب العالمية الثانية.
 - ٣ - انتشار قانون مكافحة الاحتكار الأمريكي عن غيره من القوانين نظراً لصدوره منذ فترة طويلة. وبالتالي فالاستفادة منه أكثر من غيره.
- وقد صدر هذا القانون رداً على استياء شعبي واسع النطاق من إساءة استخدام أصحاب المؤسسات العملاقة لسلطاتهم في أواخر القرن التاسع عشر، وطرده المنافسين لهم في السوق، ورفع الأسعار على المستهلكين، مما أدى إلى صدور القانون على عجل ونتيجة لذلك، كانت لغته متناثرة وغامضة مما فتح نطاقاً واسعاً للتأويلات بشكل استثنائي.
- كما أنه لم يثبت قدرته على مواجهة حالات الاندماج الاحتكارية، التي كانت قد ضربت بجنورها في جميع قطاعات الاقتصاد الأمريكي خلال القرن التاسع عشر؛ لذا صدر قانون كلايتون سنة ١٩١٤م، موضحاً ومدعماً له، وليس مُعدلاً أو مُلغياً إياه على أساس أنه قانون أسطوري، وقد عاقب هذا القانون على عقود الربط، والتمييز التسعيري، والمعاملات، والتوكيلات الحصرية^(٣). ثم صدرت عدة تشريعات لتعديل قانون كلايتون منها:

(١) صدر قانون "شيرمان" للمنافسة عام ١٨٩٠م، في الدورة الحادية والخمسين للكونجرس الأمريكي، وهو ينسب إلى نائب الكونجرس الأمريكي عن الحزب الجمهوري "شيرمان"، وعندما طرح هذا الاقتراح بقانون من جانب ذلك النائب لم يعارضه أحد باستثناء عضو واحد فقط. وقد صوّت عليه الرئيس هارسون في ٢/٧/١٨٩٠م.

(٢) David J. Gerber., Competition Law: American Society of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002), p. 267.

(٣) يختلف قانون شيرمان عن قانون كلايتون في أن الأول يتعامل مع القيود المكتلة، أو التي اكتملت أركانها، أما قانون كلايتون يحاول أن يمنع الشرور الاحتكارية في بدايتها، ففي قانون =

- ١ - قانون روبنسون بات مان، الصادر عام ١٩٣٦م، الذي حظر التمييز السعري بين المتنافسين، وذلك في القسم الثاني من قانون كلايتون.
- ٢ - قانون سيلار كافوفر، الصادر في ١٩٥٠م، الذي عدل القسم السابع من قانون كلايتون فيما يتعلق بالاستحواذات، كما عمل على الحد من الآثار السلبية للاندماجات.
- ٣ - قانون هارت سكوت رودينو، الصادر عام ١٩٧٦م، وقد جاء هذا القانون بعدة تعديلات هامة منها: توسيع سلطات شعبة مكافحة الاحتكار التابعة لوزارة العدل بأن خولها سلطة إجراء تحقیقات فيما يتعلق بالمخالفة لقوانين المنافسة غير المشروعة، وأعطاه حق طلب إخطار مسبق بحالات الاندماج، وأن تمهل أطراف الاندماج ذات الأحجام الخاصة، أو الاستثمارات الكبيرة مدة لتوفيق أوضاعها. ومع ذلك قد تعتمد وزارة العدل الأمريكية على قوانين أخرى لمكافحة الأنشطة غير المشروعة في مجال المنافسة منها: القوانين التي تحظر الإدلاء ببيانات كاذبة للوكالات الفيدرالية، والحنث باليمين، وعرقلة العدالة، وكافة أشكال الاحتیال.

٥ - المصالح محل الحماية الجنائية:

تشكل المنافسة أحد المتطلبات الضرورية لتحرير الاقتصاد، ومعياراً لما هو متاح من ديمقراطية داخل المجتمع^(١)، فلا يمكن أن تزدهر المنافسة إلا في ظل مناخ

= كلايتون يتطلب المشرع إثبات "احتمال وقوع تأثير جوهري على المنافسة" من جراء الفعل محل النزاع، بينما قانون شيرمان يتطلب "إثبات تأثير حقيقي على المنافسة" وعليه يتميز قانون كلايتون بالشدة تجاه المدعي عليه بحسابه يستوجب إثبات احتمال وقوع الأثر الضار على المنافسة، بما حاصله التخفيف من عبء الإثبات على المدعي وإعفاء القضاء من بيان آثار الاتفاق؛ د. أحمد عبد الرحمن الملحم، التقييد الأفقي للمنافسة، مجلة الحقوق، الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد الرابع، ١٩٩٥م، ص ٥٧. ويرى البعض أن غرض المشرع من استخدام كلمة May في صلب المادة السابعة من قانون كلايتون ليس لمجرد منع النتائج المحتملة لتقييد المنافسة، لكنها تعني منع هذه العقود التي تمت تحت ظروف معينة قد تؤدي إلى تقليل المنافسة، أو إنشاء ميل حقيقي، فقانون كلايتون باعتباره جزءاً من القوانين المضادة للقيود الاحتكارية لا يوقف عمله حتى تتم الاحتكارات، وتكتمل قيود التجارة، لكن يبحث الوصول إلى الاحتكارات والقيود في بداياتها وإيقاف نموها أو استمرارها.

- Harry A. Toulmin, A Treatise on the Anti-trust Laws of the United States, vol. 2, Cincinnati, The W.H. Anderson Co., 1949, p.3.

Edward A. Ross., The American Journal of Sociology, Vol. 25, No. 2 (Sep., 1919), pp. 171-184., <http://www.jstor.org/stable/2763559>, Accessed: 20/11/2010 04: 48.

تسوده المساواة، والحرية، والشفافية؛ لذا سعت التشريعات المختلفة لحمايتها باعتبارها المصالح محل الحماية. وفيما يلي بيان ذلك:

أ - المساواة:

يجب أن تكون المنافسة متاحة للجميع^(١)، دون تمييز بينهم في الدخول للسوق أو الخروج منه^(٢)، وتستمد المساواة في مجال المنافسة قيمتها من مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور المصري السابق، والمادة ٢ من الدستور الفرنسي^(٣)، والمادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن في فرنسا، وقد كرس المشرع هذا المبدأ عندما اعتبر أن حرية ممارسة النشاط الاقتصادي مكفولة للجميع، وجرم كل فعل يشكل انتهاكاً لها.

وقد تقوم الحكومة بتقديم الدعم والمساعدة لبعض المشروعات، فهل يتفق ذلك مع المساواة أم يتعارض معها؟

- الدعم الحكومي وأثره على المساواة:

المساواة تعني أن جميع المشروعات تقف على قدم المساواة من حيث التعامل مع الدولة، بحيث لا تقدم الدولة المساعدات، أو المعونات لبعض المشروعات، وتغض الطرف عن مشروعات أخرى.

الواقع أن محاولات الدعم الحكومي قد يكون من شأنها تشويه المنافسة عن طريق تقديم دعم غير متناسب للشركات الخاصة؛ لذا يري البعض ضرورة إحجام الدولة عن التدخل في النشاط التجاري؛ لأنه كلما انزلت الدولة إلى النشاط التجاري كلما ضاق نطاق المنافسة والعكس صحيح^(٤).

ويؤكد البعض على ذلك، مع ضرورة استثناء بعض الحالات التي يكون من شأن

(١) د. حسين الماحي، تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي التاسع، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، الفترة من ٢٩-٣٠ مارس، ٢٠٠٥م، فندق هيلتون رمسيس - القاهرة، ص٢.

(٢) D. Loschak., les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées, AJDA, 1971, P. 270.

(٣) تنص المادة ٢ من الدستور الفرنسي على أن: "تكفل فرنسا مساواة الجميع أمام القانون دون تمييز بسبب الأصل أو السلالة أو الدين".

(٤) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار (في ظل نظرية المنافسة التجارية)، مرجع سابق، ص٣٨٢.

الدعم الحكومي لها تحسين القدرة التنافسية، أو تقليل الفوارق الإقليمية والاقتصادية بين المشروعات، إضافة إلى الحد من إخفاقات السوق في مجالات البحث والتطوير والابتكار ومخاطر رأس المال، والشركات الصغيرة والمتوسطة، وحماية البيئة والتدريب^(١). ويمثل ذلك أحد أدوار الحكومة في إرساء قواعد المنافسة ومنع الاحتكار، التي تشكل مهمة أساسية في الاقتصاد الحر.

وقد جاءت المادة ١/١٠٧ من المعاهدة الأوروبية متفقة مع ذلك، حيث حظرت المساعدات التي تمنحها أي دولة عضو في الاتحاد الأوروبي للمشروعات المتنافسة؛ لما يترتب عليها من تشويه أو تهديد بتشويه المنافسة من خلال تفضيل مشاريع معينة، أو إنتاج سلع معينة؛ لأنها تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء.

غير أنه من الممكن أن تمنح الدول مساعدات للمشروعات التي تهدف إلى:

١ - تعزيز التنمية الاقتصادية للمناطق التي يكون مستوى المعيشة فيها منخفضاً بشكل غير طبيعي، أو تنعدم فيها فرص العمل، أو منطقة من المناطق المشار إليها في المادة ٣٤٩^(٢)، وذلك نظراً لحالتها الهيكلية والاقتصادية والاجتماعية.

(١) DG Competition Management Plan 2011, Site visited on 1/5/2011.

http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/amp/doc/comp_mp.pdf.

(٢) تنص المادة ٣٤٩ من المعاهدة الأوروبية على أنه: "مع مراعاة الحالة الهيكلية الاجتماعية والاقتصادية للأقاليم التالية.....

Guadeloupe et la Guyane française, Martinique, Réunion, Saint Barthélemy, Saint-Martin, des Açores et de Madère et les îles Canaries...

والذي يتفاقم فيها الوضع بسبب انزوالها، أو صغر حجمها، وتضاريسها الصعبة والمناخ، وتعتمد اقتصادياً على عدد قليل من المنتجات بشكل مستمر، مما يكبح بشدة تنميتها، وللجلس، بناءً على اقتراح من اللجنة، وبعد التشاور مع البرلمان الأوروبي، اعتماد تدابير محددة تهدف - على وجه الخصوص - إلى وضع شروط تطبيق المعاهدات في تلك المناطق، بما في ذلك السياسات المشتركة، حيث يتم اتخاذ تدابير محددة في المسألة من جانب المجلس وفقاً لإجراءات تشريعية خاصة، وذلك بناءً على اقتراح من اللجنة، وبعد التشاور مع البرلمان الأوروبي.

وتتعلق التدابير المشار إليها في الفقرة الأولى بمجالات معينة مثل: الجمارك والسياسات التجارية والسياسات المالية والمناطق الحرة والزراعة ومصايد الأسماك، وسياسات وشروط توريد المواد الخام والسلع الاستهلاكية الأساسية، وشروط الوصول إلى الصناديق الهيكلية وبرامج الاتحاد الأفقي.

ويقوم المجلس باتخاذ التدابير المشار إليها في الفقرة الأولى مع الأخذ في الاعتبار الخصائص والقيود الخاصة بالمناطق الأبعد دون المساس بوحدة وتماسك النظام القانوني للاتحاد، بما في ذلك السوق الداخلية والسياسات المشتركة".

- ٢ - تنفيذ مشروع مشترك يحقق الفائدة الأوروبية المشتركة، أو علاج اضطراب خطير في اقتصاد إحدى الدول الأعضاء.
- ٣ - تسهيل تطوير أنشطة اقتصادية معينة، أو مناطق اقتصادية معينة، بحيث لا يكون لهذه المعونة تأثير على الظروف التجارية، والمنافسة في الاتحاد إلى حد ما يتعارض مع المصلحة المشتركة.
- ٤ - الترويج للثقافة والمحافظة على التراث، بحيث لا يكون لهذه المعونة تأثير على الظروف التجارية والمنافسة في الاتحاد إلى حد ما يتعارض مع المصلحة المشتركة.
- ٥ - فئات أخرى من المساعدات يتم تحديدها بقرار من المجلس بناءً على اقتراح من اللجنة.

وتخضع هذه المساعدات إلى رقابة اللجنة الأوروبية للمنافسة للكشف عما إذا كانت بقصد تحقيق أي من هذه الأغراض أم لا، وكيفية منحها؛ حيث يجب أن يكون لهذه المعونات تأثير مُفيد على العمالة، والقدرة التنافسية والنمو، وحماية البيئة، وتشجيع البحوث والتطوير والابتكار ورأس مال المخاطر وتنمية المنشآت الصغيرة والمتوسطة. وبالتالي على رفاهية المجتمع ككل. لذلك وافقت اللجنة^(١) في ٢٠١٠م على أكثر من ١٥ معونة تتعلق في المقام الأول بالبحث ومساعدات التنمية، وأكثر من ١٥ معونة تتعلق بحماية البيئة، وكان ذلك ضمن التدابير التي تهدف إلى أوروبا ٢٠٢٠م من خلال دفع ودعم المبادرات الأكثر ابتكاراً وكفاءةً، واستحداث تكنولوجيات صديقة للبيئة، إضافة إلى تسهيل الحصول على تأييد الرأي العام للاستثمار، وتمويل البحوث والتنمية.

ب - الحرية :

تعتبر الحرية هي جوهر المنافسة، حيث لا منافسة بلا حرية. وقد ظهر هذا المعنى واضحاً في المادة الأولى من قانون المنافسة المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م التي تنص على أنه: " تكون ممارسة النشاط الاقتصادي على النحو الذي لا يؤدي إلى منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها" ^(٢).

(١) DG Competition Management Plan 2011, http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/amp/doc/comp_pdf Site visited on 1/5/2011.

(٢) تحتل حرية المنافسة قيمة دستورية؛ لأنها أحد مظاهر حرية المشروعات، وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية لحرية المشروعات في حكمه الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢م، رقم ٨٢-١٣٢ والمنشور في الجريدة الرسمية يوم ١٧ يناير ١٩٨٢م، ص ٢٩٩. مستنداً في ذلك على نص المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في ١٧٨٩م والتي تنص على أن: " الحرية تكمن في القيام بكل ما لا يضر بالآخرين، ويؤكد بذلك =

وتعني حرية المنافسة أن هناك قدراً كبيراً من الحرية لدى كل من المستهلكين في إشباع احتياجاتهم، والمنتجين في إنتاج السلع والخدمات التي يحتاجها المستهلكون بأقل تكلفة ممكنة^(١)، وبالتالي فهي تخاطب جميع الممارسين للنشاط الاقتصادي^(٢).

كما تعني حق كل متعامل في دخول سوق السلعة بحرية كاملة، وإزالة أية عوائق تمنع دخوله هذه السوق، بل وعدم السماح للأشخاص الموجودين بالفعل في سوق السلعة من إقامة هذه العوائق حتى لا تقتصر عليهم، ومن ثم لا يكون لهم وضع مميز يمكنهم من فرض أسعار غير حقيقية، أو البيع بشروط مجحفة، وغير عادلة.

وتتطلب حرية المنافسة تنظيمياً يحميها من الممارسات الخاطئة التي يقوم بها بعض التجار، ولا يهدف هذا التنظيم إلى تقليل الأرباح التي تحصل عليها الشركات نتيجة لقدرتها وتفوقها على غيرها من المنافسين، وإنما تهدف في الأساس إلى التأكد من أن الأرباح التي تحصل عليها تلك الشركات إنما تأتي نتيجة للتفاعل الحر بين قوى السوق المختلفة.

ويتمتع بحرية المنافسة كل من يتمتع بحرية التجارة، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، ولا تعتبر الشروط التي يتطلبها القانون لتنظيمها قيوداً على مبدأ حرية المنافسة^(٣).

= أن الحرية لا تكون مصونة إذا فرضت قيود تحكمية أو تعسفية على حرية المشروعات، كما قرر المجلس ذلك أيضاً في حكمه الصادر في ٢٠ يناير ١٩٩٣م، رقم ٩٢-٣١٥، والمنشور في الجريدة الرسمية يوم ٢٢/١/١٩٩٣م، ص ١١١٨. بقوله إن: "حرية المشروعات تتمتع بقيمة دستورية، لكنها ليست عامة ولا مطلقة، وأنه يجوز للمشرع أن يفرض عليها قيوداً تقتضيها المصلحة العامة، ما دام أنه ليس من نتيجة هذه القيود المساس بهذه الحرية". أما في مصر فقد اعترفت المحكمة الدستورية العليا بحرية المشروعات في حكمها الصادر في الأول من فبراير عام ١٩٩٧م من خلال تأكيدها على: "دور كل من الاستثمار العام والاستثمار الخاص في التنمية، وأنهما شريكان متكاملان، ولا يتزاحمان أو يتعارضان، بل يتولى كل منهما مهاماً يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها" ويشكل ذلك اعترافاً ضمنيّاً من المحكمة بحريات المشروعات التي تشكل حرية المنافسة أحد مظاهرها. د. محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مرجع سابق، ص ٩٩.

(١) النشرة الاقتصادية للبنك الأهلي المصري، العدد الأول المجلد الثامن والخمسون، ٢٠٠٥م، ص ٨٥.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٣) د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ١١.

ج - الشفافية:

تعتبر الثقة من أهم ضمانات التعامل في الأسواق التجارية، حيث يبقى فيها القوي الأمين ويخرج منها الضعيف الخائن، وقد سعى المشرع المصري من خلال قانون المنافسة إلى تدعيم تلك الثقة، حيث أوجب الإخطار بكل اندماج من قبل الأشخاص الذين يتجاوز رقم أعمالهم مائة مليون جنيه، وقرر عقوبات على كل من أخل بواجب الإخطار، أو امتنع عن موافاة الجهاز بالبيانات والمعلومات والأوراق المطلوبة.

٦ - الطبيعة القانونية لجرائم المنافسة:

تعتبر أغلب جرائم المنافسة من جرائم الخطر^(١) باعتبارها تحدث اضطراباً شديداً في التعاملات التجارية مما يستوجب تجريمها، دون أن يكون الضرر ركناً فيها^(٢). والسلوك الخطر هو السلوك الذي يتضمن بطبيعته خاصية الإضرار بالمصالح القانونية، أو تعريضها للخطر.

وهذه الجرائم لا يستلزم المشرع لتحقيقها نتيجة مادية ما، بل ينصب التجريم على الأفعال المكونة للجريمة، ولذلك فهي تقع بمجرد ارتكاب هذه الأفعال^(٣). والقول بذلك لا يعني أن هذه الجرائم خالية من أي أثر يحدث في العالم الخارجي، ولكن المقصود أنها خالية من نتيجة أو أثر منصوص عليه صراحة في النص الذي يجرم الفعل باعتبارها عنصراً في الجريمة؛ لأن المشرع لم يتطلب في النصوص التي تعرف هذا النوع من الجرائم أن يكون من بين عناصرها سوى سلوك معين إيجابياً كان أم سلبياً^(٤)، وبناءً على ذلك فعلى القاضي أن يتحقق من توافر السلوك فقط الذي تكتمل الجريمة مادياً باقترافه بصرف النظر عن أية آثار تترتب عليه.

(١) Under the Sherman Act, "the perpetrator's knowledge of the anticipated consequences [of cartel activity] is a sufficient predicate for a finding of [the requisite] criminal intent." supreme court of the united states united states V. United states gypsum co. Et AL. 438 U.S. 422 No. 76-1560. Argued March 1, 1978 - Decided June 29, 1978.

(٢) د. أحمد شوقي أبو خطوة، جرائم التعريض للخطر العام دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص ١٤٩.

(٣) المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، الصادرة عن المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي، العدد الثامن، أكتوبر ١٩٧٨م، ص ٥١.

(٤) د. محمد عمر مصطفى، النتيجة وعناصر الجريمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني يولييه ١٩٦٥م، السنة السابعة، ص ٣١٥.

وبالتالي؛ فبمجرد الاتفاق أو التعاقد بين الأشخاص المتنافسة في السوق المعنية على خلاف أحكام القانون بقصد رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء، أو تقاسم الأسواق أو العملاء، أو التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات والمزايدات وسائر عروض التوريد، أو تقييد عمليات التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع أو التسويق، أو الحد من المنافسة^(١)، تقع الجريمة كاملة.

ويترتب على اعتبار أغلب جرائم المنافسة من جرائم الخطر ما يلي:

- ١ - عدم تصور الشروع فيها.
- ٢ - عدم إثارة البحث حول علاقة السببية، حيث تقع بمجرد السلوك وتتمثل نتيجتها في تهديد المصلحة المحمية.
- ٣ - عدم خروج الجانب المعنوي فيها عن القصد العام^(٢) الذي يشمل الإرادة والعلم دون تخصيص، وهذا على خلاف الجرائم ذات النتيجة التي قد يستلزم المشرع فيها توافر القصد الجنائي الخاص أحياناً^(٣)، وبالتالي فلا يتصور أن تكون جريمة غير عمدية، ولو كان السلوك ناتجاً عن إهمال جسيم.

(١) يعتبر الفقه القانوني الأمريكي هذا النوع من الاتفاقات محظوراً بطبيعته، بغض النظر عن نتائجه، وأياً كانت المبررات الاقتصادية التي تستند عليها اتفاقات تحديد الأسعار، ومن ثم، فالقانون لا يسمح بدراسة معقولة الاتفاق من عدمه.

- Gilbert Law Antitrust- Mark A., Lemely & Christopher 1 eslie, 2004, p. 63.

وقد أكدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في أحد أحكامها إنه: "لا يلزم توافر نية الاحتكار لدى المحتكر أو من يحاول القيام به؛ لأنها من جرائم الخطر، وذلك نظراً لخطورة ذلك على الاقتصاد الوطني"، كما أن المعول عليه لقيام الوضع الاحتكاري هو المقدرة على رفع الأسعار أو إقصاء المنافسين وليس الإقصاء الفعلي للمنافسين. كما يكفي لقيام جريمة الامتناع عن البيع مجرد التحقق من وجود الاتفاق أو التحريض عليه، لما في ذلك من تلاعب بقانون العرض والطلب، كما تعد اتفاقات تقسيم الأسواق غير قانونية في حد ذاتها، ويشكل فعل منافسة غير مشروعة؛ لذا قررت المحكمة العليا أن: "أي اتفاق سواء صريح أو ضمني بين تجار في نوع مشابه من الخدمات أو المنتجات بموجبه يتم تقسيم السوق؛ ويكون لكل منهم جزء أو حصة فيكون غير قانوني في حد ذاته.

Supreme court of the united states, united states v. Griffith et al. 334 u.s. 100, no. 64. Argued December 15, 1947, decided may 3, 1948.

(٢) يقوم القصد الجنائي في جرائم المنافسة غير المشروعة على إحاطة الجاني علماً بجميع العناصر القانونية للجريمة، كما وردت في نص التجريم، إضافة إلى انصراف الإرادة إلى السلوك الإجرامي فقط بالنسبة للجرائم ذات السلوك المجرد.

(٣) د. محمد عمر مصطفى، النتيجة وعناصر الجريمة، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

٧ - الجوانب الإجرائية لجرائم المنافسة:

تتمتع جرائم المنافسة من الناحية الإجرائية بقدر من الذاتية، حيث عهد المشرع للعاملين بالجهاز الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بناءً على اقتراح المجلس صفة الضبطية القضائية في تطبيق أحكام هذا القانون^(١) بجانب مأموري الضبط العاديين، كذلك لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراءات فيها بالنسبة إلى الأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون إلا بطلب من الوزير المختص أو من يفوضه.

وللوزير المختص أو من يفوضه التصالح في أي من تلك الأفعال قبل صدور حكم بات فيها، وذلك مقابل أداء مبلغ لا يقل عن مثلي الحد الأدنى للغرامة ولا يجاوز مثلي حدها الأقصى.

ويعتبر التصالح بمثابة تنازل عن طلب رفع الدعوى الجنائية، ويترتب عليه انقضاء الدعوى الجنائية عن ذات الواقعة التي صدر بشأنها طلب رفع الدعوى^(٢)، وبالنسبة للمحاكمة تختص المحاكم الاقتصادية بالفصل في تلك الجرائم^(٣).

٨ - نطاق الدراسة:

يتمثل نطاق هذا البحث في الأفعال التي تشكل اعتداءً على المنافسة من حيث منعها، أو الحد منها أو تقييدها، والكشف عن السلوك الذي تتخذه هذه الأفعال، إضافة إلى بيان الجزاء المقرر لها، ومن ثم يخرج من نطاق الدراسة بيان الجوانب الإجرائية المتعلقة بهذه الجرائم.

٩ - منهج الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، حيث يظهر التحليل من خلال بيان النصوص التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية، والوقوف على دقة صياغتها لتأييدها، أو معارضتها بحجج وأسناد يكون الغرض منها سد النقص، وإحكام الخلل في النصوص المتعلقة بالمنافسة ومواجهة الاحتكار.

(١) المادة ١٧/١ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

(٢) المادة ٢١ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

(٣) المادة ٤ من قانون المحاكم الاقتصادية المصري رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨م، والتي تنص على أن: "تختص الدوائر الابتدائية والاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية دون غيرها نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في القوانين الآتية: قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.....".

وتتم المقارنة بالتعرض لموقف التشريعات المختلفة في مواجهة الانتهاكات المقترفة داخل سوق المنافسة، باعتبارها أحد السبل المحققة للتأصيل والتحليل؛ لأنها تساعد على جلاء الأفكار وتوضيحها.

لذا سيتم التعرض للتشريع الفرنسي باعتباره من أهم التشريعات التي عالجت موضوع المنافسة، إضافة إلى أن فرنسا هي إحدى الدول المتقدمة اقتصادياً والتي مر اقتصادها بالعديد من التجارب في مجال المنافسة، وتأثر المنظومة التشريعية المصرية بالنظام الفرنسي، وكذلك بعض التشريعات العربية وموقف التشريع الأمريكي الذي يمثل اللبنة الأولى في مواجهة انتهاكات المنافسة والقضاء على الاحتكار^(١)، إضافة إلى أنها تعتبر قبلة النظام الاقتصادي الحر في العالم.

من ناحية أخرى فإننا وجدنا أنه سيكون من المفيد الإشارة إلى قواعد القانون الأوروبي المتعلقة بالمنافسة والواردة باتفاقية روما ١٩٥٧م المؤسسة للجماعة الاقتصادية الأوروبية، ولا يخلو ذلك من أهمية، حيث إنه من المعروف أن مصر قد وقعت اتفاقية لتكوين منطقة تجارة حرة مع الاتحاد الأوروبي في ٢٠٠١م، وبخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في عام ٢٠٠٥م^(٢).

١٠ - خطة الدراسة:

تتمثل خطة الدراسة في فصول أربع، يتناول الأول منها جرائم الاتفاق غير المشروع في مجال المنافسة، ويتعلق الثاني بالأفعال التي تشكل إساءةً للوضع المهيمن والقوة الاقتصادية التي تتمتع بها المشروعات المتنافسة، فيما يتطرق الفصل الثالث إلى الممارسات والأفعال التي تمثل إخلالاً بالرقابة والإفصاح الواجب على المشروعات.

ونهايةً يتناول الفصل الرابع الجزاءات الجنائية المقررة لهذه الجرائم، وقد آثرت أن تكون هذه الجزاءات في فصل منفرد؛ لأن الأغلب الأعظم من هذه الأفعال يعاقب عليه بعقوبة واحدة ويخضع لذات القواعد؛ لذا كان تناولها عقب كل سلوك نوعاً من التكرار، وفيما يلي بيان ذلك:

(١) Scherer, F.M. and Ross, D., Industrial Market Structure and Economic Performance, New York: Houghton-Mifflin, 3rd edition, 1990, p. 486.

(٢) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٣١.

الفصل الأول: جريمة الاتفاق غير المشروع في مجال المنافسة.

الفصل الثاني: جريمة إساءة استغلال الوضع المسيطر في مجال المنافسة.

الفصل الثالث: جريمة الإخلال بالرقابة وعدم الإفصاح في مجال المنافسة.

الفصل الرابع: الجزاءات الجنائية المقررة لجرائم المنافسة.

الفصل الأول

جريمة الاتفاق غير المشروع في مجال المنافسة

تمهيد وتقسيم:

يحقق التفاعل غير المقيد للقوى المتنافسة أفضل توزيع للموارد الاقتصادية، وأدنى الأسعار للمستهلك، وأعلى مستوى من الجودة والتقدم، ويعتبر الاتفاق غير المشروع بين المتنافسين هو نقيض ذلك التفاعل؛ لذلك يشكل حظر الاتفاقات غير المشروعة حجر الزاوية لقانون المنافسة^(١).

وكان التشريع الكندي أول التشريعات التي عاقبت على هذا الفعل، وتتعلق هذه الاتفاقات بالقرارات والتعاملات التجارية^(٢)، ولا تتعلق بالاتفاقات التي يكون موضوعها التعاون النافع في مجال البحث والابتكار؛ ولكن الخوف من أن تكون هذه الاتفاقات غير المجرمة غطاءً للاتفاقات الضارة^(٣).

وتشبه جريمة الاتفاق غير المشروع جريمة السطو أو السرقة؛ لأنها تسرق المستهلكين والمشاركين الآخرين في السوق وتحرمهم من مزايا المنافسة^(٤)، كما أنها تختلف عن غيرها من صور النشاط الضار بالمنافسة؛ لأنها تتم غالباً بطريقة سرية، حيث يتصرف المشاركون فيها بطريقة مأكرة^(٥). ويتطلب بيان جريمة الاتفاق غير المشروع الكشف عن الشرط المسبق لها، والركن المادي فيها. وفيما يلي بيان ذلك.

(١) Supreme court of the united states, northern pacific railway co. Et al. V. United states, 356 u.s. 1, appeal from the united states district court for the western district of Washington. 142 f. supp. 679, affirmed. No. 59. Argued January 7-8, 1958 -- decided march 10, 1958.

(٢) G. Werden., Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview, 66 Antitrust Law Journal 701, 71215 1998,P.701.

(٣) G. Werden., The Ancillary Restraints Doctrine after Dagher, 8 Sedona Conference Journal 17, 2007, P. 17.

(٤) G. Calabresi & A.D. Melamed., Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harvard Law Review 1089, 1972, P. 89.

(٥) T. Barnett., Criminal Enforcement of the Antitrust Laws: The U.S. Model, in B. Hawk, ed., 2006 Fordham Competition Law Institute, 2007, pp. 1:3.

المبحث الأول

الشرط المسبق في جريمة الاتفاق غير المشروع

تمهيد وتقسيم:

يستلزم المشرع في بعض الجرائم صفة معينة في الفاعل كشرط مسبق. وبالتالي، لا يمكن لأي شخص أن يرتكبها؛ لأنها لا تقع إلا من الأشخاص الذين تتوفر فيهم تلك الصفة^(١)، مما يجعل إتيان الفعل من غيرهم أمراً مُباحاً. وقد تطلب المشرع ذلك بالنسبة لجرائم الاتفاق غير المشروع في مجال المنافسة، حيث يشترط أن يكون القائم بالاتفاق شخصاً مُنافساً، ورغم ذلك فقد تم استثناء بعض الأشخاص. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول

القائم بالاتفاق شخص منافس

تنص المادة (٦) من قانون حماية المنافسة المصري على أنه: "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أية سوق معينة إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي....."، كما تنص المادة (٧) من ذات القانون على أنه: "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين الشخص وأي من مورديه أو من عملائه، إذا كان من شأنه الحد من المنافسة".

ويقصد بالأشخاص المتنافسة الأشخاص الطبيعيون والأشخاص الاعتبارية، والكيانات الاقتصادية، والاتحادات والروابط والتجمعات المالية وتجمعات الأشخاص على اختلاف طرق تأسيسها، وغيرها من الأطراف المرتبطة على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية بما يتفق مع أهداف وأحكام هذا القانون^(٢).

وبالتالي يعتبر الشخص المنافس أيّاً كان فردياً، أم جماعياً هو الشخص المخاطب

(١) د. عبد العظيم وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، بدون دار نشر، ١٩٨٣م، ص ٧٢.

(٢) المادة الثانية من قانون المنافسة المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. كما أوضحت المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، أنه يعد من الأشخاص المخاطبين في المادة الثانية من قانون المنافسة الأطراف المرتبطة المكونة من شخصين، أو أكثر لكل منها شخصية قانونية مستقلة، تكون غالبية أسهم أو حصص أحدها مملوكة مباشرة أو بطريق غير مباشر للطرف الآخر أو تكون مملوكة لطرف واحد، كما يعد من هذه الأطراف المرتبطة الشخص الخاضع أو الأشخاص الخاضعون للسيطرة الفعلية لشخص آخر، ويقصد بهذه السيطرة الفعلية كل وضع أو اتفاق أو ملكية لأسهم أو حصص أيا كانت نسبتها، وذلك على نحو يؤدي إلى التحكم في الإدارة أو اتخاذ القرارات.

بقواعد المنافسة^(١)، يلتزم بها وتجب له حمايتها، ويحترم آدابها؛ بغض النظر عن كون المشروع ذا شخصية معنوية، أو كونه فردياً لا يتمتع بالشخصية المعنوية^(٢).

وقد قضت لجنة الاتحاد الأوروبي بأن لفظ المشروع - الشخص المنافس - يشمل كل وحدة تمارس نشاطاً اقتصادياً، وتستقل في نظامها القانوني وطريقة تمويلها، كما تشمل المادتين ٨١، ٨٢ من اتفاقية روما نشاط الوحدات الخاصة والعامة، كما لو مارست الدولة نشاطاً اقتصادياً ذات طابع تجاري، كعرض المنتجات أو الخدمات في السوق.

ويعرف مشروع قانون المنافسة الإماراتي المنشأة بأنها: "أي شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بنشاط اقتصادي، أو أي شخص مرتبط به، أو أي تجمع لهؤلاء الأشخاص بغض النظر عن شكله القانوني^(٣)".

وفرق المشرع السوداني بين الشخص والمنشأة، حيث عرف الشخص بأنه: الشخص الطبيعي أو الاعتباري أو أي كيان قانوني آخر، أما المنشأة فيقصد بها: أي شركة أو شراكة أو مؤسسة أو اسم عمل أو خلاف ذلك من الشخصيات الاعتبارية التي تمارس نشاطاً تجارياً أو خدماً في القطاعين العام والخاص، ويشمل ذلك فروع تلك المنشأة أو الشركات المندمجة فيها أو التابعة لها، وأي وحدات تسيطر عليها بصورة مباشرة أو غير مباشرة^(٤).

المطلب الثاني استثناء بعض الأشخاص المنافسة

تنص المادة ٩ من القانون المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بالمنافسة على أنه: "لا تسري أحكام هذا القانون بالنسبة للمرافق العامة التي تديرها الدولة".

(١) تقدمت شركة سنيوريتا للأغذية الخفيفة ببلاغ ضد شركة أمريكانا للأغذية والمشروبات السياحية تتضرر فيه من بند عدم المنافسة الوارد بعقد بيع أسهم شركة سنيوريتا للصناعات الغذائية المبرم بينه بصفته مساهم في شركة سنيوريتا للصناعات الغذائية، وشركة أمريكانا للأغذية والمشروبات السياحية والذي من شأنه أن يمنع المبلغ من مزاوله نشاط تصنيع المواد الغذائية. وقد انتهى الجهاز إلى أن بند عدم المنافسة الوارد في العقد المبرم بين المبلغ والمبلغ ضده لا يخالف الأحكام الواردة في المادة ٦ من قانون حماية المنافسة، وذلك؛ لأن الأشخاص محل الفحص غير متنافسين في ذات السوق المعنية، سواء في الحال أو في المستقبل وقت إبرام التعاقد.

(٢) د. أحمد محمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مرجع سابق، ص. ١٨١، ١٨٠.

(٣) المادة (١) من مشروع قانون المنافسة الإماراتي لسنة ٢٠١٠م.

(٤) المادة (٢) من قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار السوداني لسنة ٢٠٠٩م.

وللجهاز بناءً على طلب ذوي الشأن أن يخرج من نطاق الحظر كل أو بعض الأفعال المنصوص عليها في المواد (٦، ٧، ٨) المرافق العامة التي تديرها شركات خاضعة لأحكام القانون الخاص إذا كان من شأن ذلك تحقيق المصلحة العامة، أو تحقيق منافع للمستهلك تفوق آثار الحد من حرية المنافسة، وذلك وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون^(١). ووفق نص المادة السابقة يوجد نوعان من المرافق العامة^(٢) هما:

أ - مرافق عامة تديرها الدولة وهي: مستثناة تماماً من الخضوع لأحكام هذا القانون، حيث تعفى المرافق العامة التي تديرها الدولة من الخضوع للحظر الوارد في قانون حماية المنافسة. وبالتالي، فإن القرارات والاتفاقات والعقود والأعمال التي تبرمها وتنفذها المرافق التابعة للدولة لا تخضع لأي من أحكام الحظر المنصوص عليها في المواد ٦، ٧ من القانون. ومثال هذه المرافق، مرافق الكهرباء والغاز والاتصالات والمواصلات... إلخ. ويبرر هذا الإعفاء أن تلك المرافق التي تديرها الدولة تستهدف دائماً تحقيق المصلحة العامة، وهو الأمر الذي يسوغ إعفاءها من الخضوع للقانون.

ب - مرافق عامة تديرها شركات خاضعة لأحكام هذا القانون وهي: تخضع لأحكام هذا القانون من حيث الأصل، ولكن يمكن استثنائها من نطاق تطبيقه بشروط وإجراءات معينة^(٣).

(١) نص مشروع القانون على أن هذه المرافق هي: مياه الشرب، الكهرباء، الصرف الصحي، والاتصالات.

(٢) أكدت المحكمة الدستورية العليا أن: "المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التي يباشرها ومردودها ونظم إدارتها، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا المرفق إنما يتصل بطبيعة الأعمال التي يؤديها، ولا يجوز بالتالي أن تختلط بالجهة التي تقوم على إدارتها، فقد تكون شخصاً عاماً، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص. حكم دستورية عليا، جلسة ١٩٩٨/٥/٩م، القضية رقم ٤١ لسنة ١٩٩٩ق. هذا الحكم منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية الذي تمت زيارته في ١٢/١٠/٢٠١١م.

<http://www.hccourt.gov.eg/Rules/getRule.asp?ruleId=632&searchWords>

(٣) تنص المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المنافسة المصري على أن: " لكل شركة من الشركات الخاضعة لأحكام القانون الخاص تتولي إدارة مرفق عام، قبل إبرام اتفاقات أو عقود أو القيام بأعمال تتعلق بنشاط هذا المرفق وتدخل في نطاق حالات الحظر المنصوص عليها في المواد (٦)، (٧)، (٨) من القانون، أن تطلب من الجهاز إخراج أي من هذه الاتفاقات أو العقود أو الأعمال أو بعضها من الحظر، إذا كان من شأنها تحقيق المصلحة العامة أو تحقيق منافع للمستهلك تفوق آثار الحد من حرية المنافسة، كما تنص المادة ١٦ على أن: " يكون تقديم الطلب المشار إليه في المادة (١٥) من هذه اللائحة والبت فيه وفقاً للضوابط والإجراءات الآتية: "

وقد برر وزير التموين والتجارة الداخلية المصري هذا النص أمام مجلس الشورى بقوله إن: "قوانين المنافسة في العالم تستبعد المنافع العامة مثل الكهرباء والمياه على اعتبار أن الحكومة تتدخل، وأحياناً تدعم هذه الأنشطة، والكثير منها لا يوجد بها شبهة احتكار"^(١)، كما أيد البعض هذا الاستثناء على أساس أن الحكومة تقدم دعماً لهذه المرافق بصرف النظر عن زيادة الأسعار أم لا^(٢).

كما أن هذا الأمر قد يجد سنده في مبدأ المساواة، فأشخاص القانون العام لن يقفوا على قدم المساواة مع أشخاص القانون الخاص؛ نظراً لما يتمتعون به من سلطات واسعة، وإمكانية تمويل مشروعاتهم من مصادر الموازنة العامة، مما يترتب

= يقدم الطلب كتابة إلى رئيس مجلس إدارة الجهاز، وذلك قبل إبرام الاتفاق أو العقد أو القيام بالعمل محل الطلب، على أن يتضمن الطلب عرضاً وافياً لأسبابه وبياناً للمصلحة العامة التي يحققها الاتفاق أو العقد أو العمل، أو ما يؤدي إليه من منافع للمستهلك، ويكون الطلب مشفوعاً بالأسانيد المؤيدة له.

يعرض رئيس مجلس الإدارة الطلب على المجلس لنظره في أول اجتماع تال أو في الاجتماع الذي يحدده رئيس المجلس عند الاقتضاء.

لمجلس الإدارة أن يحيل الطلب إلى الإدارة المختصة بالجهاز لدراسته وإعداد تقرير بشأنه خلال المدة التي يحددها بما لا يجاوز ثلاثين يوماً، ويجوز للمجلس مد هذه المدة بما لا يجاوز ثلاثين يوماً أخرى بناءً على عرض المدير التنفيذي للجهاز.

وللإدارة المختصة طلب معلومات وبيانات إضافية من ذوي الشأن أو من غيرهم وعقد جلسات استماع يدعى مقدم الطلب لحضورها.

تقوم الإدارة المختصة بتقديم تقريرها في شأن الطلب إلى المدير التنفيذي لعرضه على مجلس الإدارة في أول جلسة تالية لانتهاؤ التقرير، وعلى مجلس الإدارة أن يبت في الطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عرضه عليه.

يجب أن يستند قرار مجلس إدارة الجهاز بالموافقة على الإخراج من نطاق الحظر إلى تحقيق مصلحة عامة أو منافع للمستهلك تفوق آثار الحد من حرية المنافسة، وإلا تعين رفض الطلب، ويجوز أن يتضمن القرار بالموافقة تكليف الطالب بأمر أو بامتناع.

يتولي المدير التنفيذي للجهاز إبلاغ الطالب بقرار المجلس، وذلك بموجب كتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول، ويتعين أن يكون القرار الصادر بالرفض مسبباً.

وتنص المادة ١٧ على أن: "تكون موافقة الجهاز على الإخراج من نطاق الحظر سارية لمدة سنتين، ويجوز تحديدها بناءً على طلب يتقدم به صاحب الشأن للجهاز قبل ستين يوماً من نهاية المدة، وينظر الجهاز طلب التجديد وفقاً لذات الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في المادة (١٦) من هذه اللائحة.

(١) مضبطة مجلس الشورى، الجلسة السابعة المنعقدة في ١٢/١٢/٢٠٠٤م، ص ٢٠، ٢١.

(٢) ورد ذلك على لسان د. أمال عثمان؛ مضبطة مجلس الشعب، الجلسة السادسة والعشرين، بتاريخ ١٦ من يناير ٢٠٠٥م، ص ١١.

عليه تعاضم إمكاناتهم بالمقارنة مع أشخاص القانون الخاص مما يضر بقواعد المنافسة^(١)؛ لأن ضعف فرص الحصول على التمويل هي القناة الطبيعية لمنع المنافسة^(٢).

وخلافاً لما سبق، يرى البعض عدم استثناء المرافق العامة التي تدار على أسس اقتصادية، وتستهدف في الأساس تحقيق الربح^(٣)؛ لأن الاستثناء الذي تضمنته الفقرة الأولى من المادة التاسعة يبدو مخالفاً لمبدأ المساواة وليس مُدعماً له؛ نظراً لعدم اختلاف المرافق العامة التي تديرها شركات خاضعة لأحكام القانون الخاص، أي المرافق العامة التي تدار بطريق غير مباشر عن مركز مشروعات القطاع الخاص؛ بل إن إدارة هذه المرافق من جانب المشروعات الخاصة يدعم خضوعها لأحكام قانون المنافسة، خصوصاً أن تحقيق المصلحة العامة، أو تحقيق منافع للمستهلك ليس قاصراً على المرافق العامة التي تدار بطريق غير مباشر، وإنما يمكن أن تساهم فيه المشروعات الخاصة أيضاً^(٤).

وبذلك يكون القانون قد استثنى أيّاً من الأنشطة التي يقوم بها القطاع الخاص من أحكام هذا القانون إذا كانت المنفعة للمستهلك تفوق الضرر من الممارسات الاحتكارية، وهذا قد يفتح الباب الخلفي أمام الاستثناءات من تطبيق القانون، وهو ما يتطلب وضع ضوابط محددة ومنضبطة لهذه الاستثناءات للحيلولة دون سوء استغلالها^(٥).

خصوصاً أن السلطة المختصة بوضع اللائحة التنفيذية هي التي تحدد شروط الإعفاء من الحظر الوارد على الممارسات المنافسة للمنافسة المنصوص عليها في القانون نفسه، وتحديد ما إذا كان هذا الإعفاء كاملاً أم جزئياً؛ وهذا الاختصاص

(١) د. ليلى حسن زكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٦٥، ٦٦.

(٢) Enrico Perotti and Paolo Volpin; Politics, Investor Protection and Competition; Working Paper N°A 162/2007 May 2007; p. 20.

(٣) د. محمد محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مرجع سابق، ص ١٣٥؛ كما ورد ذلك على لسان د. زكريا عزمي، مضبطة مجلس الشعب، الجلسة السادسة والعشرين، المنعقدة في ١٦ يناير ٢٠٠٥م، ص ٦.

(٤) يلاحظ أن النص الذي كان وارداً في المشروع المعروض على مجلس الشورى لم يكن يميز بين المرافق العامة، والمشروعات الخاصة في الاستفادة من الإعفاء.

(٥) النشرة الاقتصادية للبنك الأهلي المصري، البنك الأهلي المصري، العدد الأول المجلد الثامن والخمسون، ٢٠٠٥م، ص ٨٥.

يتجاوز كثيراً دور اللائحة التنفيذية ويمنحها سلطة تحكمية تؤثر كثيراً في نطاق سريان القانون، وهو مالا يملكه غير المشرع، ومن ثم يكون الأخير قد مارس أقل من اختصاصه، الأمر الذي يجعل الفقرة ٢ من المادة ٩ مشوبة بعدم الاختصاص السلبي^(١).

وقد جاء القانون النموذجي بشأن المنافسة الصادر عن الأمم المتحدة متفقاً مع المشرع المصري، حيث استثنى بعض الأشخاص من الخضوع لقواعد المنافسة، فنصت الفقرة ج من (ثانياً) في الجزء الأول على أن قواعد المنافسة: "لا تسري على الأعمال السيادية للدولة نفسها أو للحكومات المحلية أو على أعمال المشروعات أو الأشخاص الطبيعية التي تجبرهم على ذلك أو تشرف عليهم في ذلك الدول أو الحكومات المحلية أو فروع الحكومة التي تتصرف في حدود السلطة المفوضة لها"^(٢). وبالنسبة للمشرع الكويتي فقد أضاف إلى هذه الاستثناءات الأنشطة التي تستهدف تسهيل النشاط الاقتصادي كالتعاون بين الشركات في وضع المعايير القياسية، وجمع وتبادل الإحصائيات والمعلومات عن نشاط معين، وكذلك أنشطة البحوث والتطوير^(٣).

كما أخرج مشروع قانون المنافسة الإماراتي الصادر عام ٢٠١٠م بعض الأنشطة من الخضوع لقانون المنافسة، وذلك بنصه في المادة (٤) على أنه يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون ما يأتي:

١ - القطاعات والأنشطة والأعمال المحددة في الجدول الملحق بهذا القانون^(٤).

(١) يعرف عدم الاختصاص السلبي بأنه: رفض سلطة إدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار يدخل في ولايتها، وذلك بأن تعتقد خطأ أنها لا تملك قانوناً إصدار القرار؛ د. محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣-٢٠٠٤م، ص ٢١٩.

(٢) انظر: القانون النموذجي بشأن المنافسة، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا قانون وسياسة المنافسة، الأمم المتحدة ٢٠٠٠م، منشور على الموقع التالي: <http://www.arabl原因.org/Download/competitionModellaw.pdf> وقد تمت زيارته في ٤/١٠/٢٠١٠م.

(٣) المادة ٦ من القانون الكويتي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٧م في شأن حماية المنافسة.

(٤) جدول الاستثناءات. ١- يستثنى من أحكام هذا القانون أي اتفاق أو ممارسة أو عمل يتعلق بسلعة أو خدمة يمنح قانون أو نظام آخر اختصاص تنظيم قواعد المنافسة الخاصة به إلى أجهزة تنظيمية قطاعية ما لم تطلب تلك الأجهزة التنظيمية القطاعية خطياً من الوزارة توليها لهذا الأمر بشكل كامل أو جزئي ووافقت الوزارة على ذلك، وتشمل هذه الاستثناءات القطاعات والأنشطة والخدمات الآتية:

٢ - التصرفات التي تباشرها الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات، والتصرفات الصادرة عن المنشآت بناءً على قرار، أو تفويض من الحكومة الاتحادية، أو إحدى حكومات الإمارات أو تحت إشراف أي منهما، بما في ذلك تصرفات المنشآت التي تملكها الحكومة الاتحادية أو إحدى حكومات الإمارات أو تتحكم فيها.

٣ - المنشآت الصغيرة والمتوسطة وفق الضوابط التي يحددها مجلس الوزراء. وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية تتمتع بعض القطاعات بالإعفاء من تطبيق قوانين المنافسة، ولكنها تختلف في مستوى الإعفاء، فبعضها يتمتع بإعفاء كامل مثل: المرافق العامة التي تقدم خدمة لا يستطيع القطاع الخاص تقديمها، والمشروعات الزراعية، واتفاقات التسويق، واتفاقات نقابات العمال، ونشاطات الصيد، والاتفاقات التي تجريها الصحف، والوحدات المحلية الحكومية، والمشروعات التجارية صغيرة الحجم، ويتمتع البعض الآخر بإعفاء محدود مثل: نشاطات التصدير، والتأمين.

وبذلك يكون المشرع المصري قد توسع في الاستثناءات التي ترد على الاتفاقات المحظورة؛ للأسباب التي سبق ذكرها، ومع ذلك يتعين عدم استثناء المرافق العامة التي تديرها شركات تخضع لقانون المنافسة لإخلال ذلك بالمساواة كمبدأ دستوري، إضافة إلى التخوف من سوء استغلال هذه الشركات للمستهلكين والمنافعين من خدمات هذه المرافق.

= أ - قطاع الاتصالات.

ب- القطاع المالي.

ج- الأنشطة الثقافية (المقروءة، المسموعة، البصرية).

د - قطاع النفط والغاز.

هـ - إنتاج وتوزيع المنتجات الصيدلانية.

و - الخدمات البريدية بما فيها خدمات البريد السريع.

ز - الأنشطة المتعلقة بإنتاج وتوزيع ونقل الكهرباء والماء.

ح - الأنشطة الخاصة بتدبير الصرف الصحي، وتصريف القمامة والنظافة الصحية، وما يماثلها بالإضافة إلى الخدمات البيئية الداعمة لها.

ط - قطاعات النقل البري والبحري والجوي والنقل عبر السكك الحديدية والخدمات المتصلة بها.

٢ - يجوز لمجلس الوزراء حذف أو إضافة أية قطاعات أو أنشطة أو خدمات إلى الاستثناءات الواردة بالبند (١).

المبحث الثاني الركن المادي في جريمة الاتفاق غير المشروع

تمهيد:

لما كانت جريمة الاتفاق غير المشروع من جرائم الخطر، لذا يقتصر تناول على السلوك الإجرامي لها، ويتخذ السلوك الإجرامي فيها صورة الاتفاق أو التعاقد سواء أكان أفقياً أم رأسياً. وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول ماهية الاتفاق

تقسيم:

يتطلب بيان ماهية الاتفاق توضيح مفهومه، وشروطه، وبيان الاتفاقات التي لا تخضع للتجريم. وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول مفهوم الاتفاق

يقصد بالاتفاق أو التعاقد: "تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"^(١). وبالتالي تعمل الاتفاقات على إنشاء الحقوق والالتزامات، وبالتالي تميل إلى تقييد سلوك الطرفين. مثل تلك القيود قد تسيء إلى عملية المنافسة؛ لذا حظرت المادة ٦ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أية سوق معينة إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي:

وتعالج هذه المادة الاتفاقات الأفقية التي تُبرم بين المشروعات التي تزاوّل بصورة عامة نفس الأنشطة، أي بين المنتجين أو بين تجار البيع بالجملة، أو البيع بالتجزئة الذين يتعاملون في أنواع متماثلة من المنتجات.

كما حظرت المادة ٧ من القانون ذاته الاتفاق أو التعاقد بين الشخص وأي من مورديه أو من عملائه، إذا كان من شأنه الحد من المنافسة، ويلاحظ أن هذه المادة

(١) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٠-٢٠٠١م، ص ٢٣.

تعاقب على الاتفاقات الرأسية التي تأتي إلى حيز الوجود عندما يتم الجمع بين اثنين أو أكثر من المراحل المتعاقبة للإنتاج والتوزيع، أو تكون هذه المراحل تحت سيطرة شخص واحد^(١). كالاتفاقات التي تعقد مثلاً بين مصنعي المكونات، ومصنعي المنتجات التي تشتمل على تلك السلع، وبين المنتجين وتجار الجملة، أو بين المنتجين وتجار الجملة وتجار التجزئة. كما يعتبر اتفاقاً رأسياً قيام شركة بنقل سلعة أو خدمة من أحد أقسامها لآخر دون تعديل رئيسي فيها، ويتم بيعها في السوق^(٢)، وثمة اتفاقات معينة يمكن أن تكون أفقية ورأسية معاً، كما في حالة اتفاقات تحديد الأسعار.

ويحظى الاتفاق الرأسي باهتمام كبير في السنوات الأخيرة؛ حيث تعد هذه الاتفاقات وسيلة لدمج الوظائف الاقتصادية بموجب عقد بدلاً من الاندماج. وبالتالي، لا يمكن الاعتراض عليها، حيث تقوم الشركة المصنعة بالحد من نطاق السلوك المسموح به للموزع من أجل توفير فعالية أكثر للتسويق أو خدمة أفضل للمنتج، أو تنسيق عناصر العرض في السوق، كما يؤدي إلى الحد من التكلفة؛ خصوصاً تكاليف النقل، وتحقيق الاستقرار من خلال التنسيق الذي يتم بين المشروعات المتعاقدة. وبالتالي، إمكانية التخطيط طويل المدى مما يحقق مصلحة المستهلك.

ويعتمد تحقيق هذه الفوائد على درجة السيطرة والمرونة التي تتيحها هذه الاتفاقات، والعوامل الأخرى ذات الصلة، وتكاليف العمالة، والضرائب المترتبة عليها^(٣)، كما أن أضرار هذه الفئة من الاتفاق هي أقل وضوحاً؛ لأن تصور الضرر يعتمد إلى درجة كبيرة على أهداف السياسة العامة للدولة التي تضع القانون، وخصائص السوق،

(١) "vertical integration" as "that type of organization that comes into existence when two or more successive stages of production and/or distribution are combined under the same control. Cole, General Discussion of Vertical Integration, in Vertical Integration In Marketing 9, 99 (Bureau Econ. & Bus. Research, U. Ill., No. 74, 1952).

(٢) "a firm is called vertically integrated when it transmits from one of its departments to another a good or service which could, without major adaptation, be sold in the market." Adelman, Integration and Antitrust Policy, 63 HARV. L. REV. 27 (1949); Bork adopts this definition in Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception, 22 U. CHI. L. REV. 157 n.1 (1954).

(٣) Friedrich Kessler and Richard H. Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, OP. Cit., pp. 1-129 Published by: The Yale Law Journal Company, Inc. Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/794286> Accessed: 11/01/2011 05:28.

وموقف السوق من الطرفين، وهذه الأضرار تكون أكثر وضوحاً في السوق الأصغر حجماً مما هي عليه في السوق الأكبر، كما في الولايات المتحدة^(١).

كما حظرت المادة ٤٢٠-١ من قانون التجارة الفرنسي: "كافة التصرفات والاتفاقات الصريحة والضمنية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر لشركة تابعة لمجموعة تقع خارج فرنسا، عندما يكون الغرض منها أو قد يكون لها تأثير في منع أو تقييد أو تشويه المنافسة في السوق..."^(٢).

وقد كشف مجلس المنافسة^(٣) عن بعض الاتفاقات الضارة بالمنافسة منها: ما قامت به شركات الاتصال الثلاث: Orange France, SFR, Bouygues Télécom.

بتقاسم المعلومات الإستراتيجية لهذه الشركات فيما بينها، وذلك في الفترة من عامي ١٩٩٧م و٢٠٠٣م، حيث تبادل مشغلو شبكات الهاتف المحمول معلومات مفصلة وسرية عن عدد العملاء الجدد الذين وقعوا في الشهر السابق، وعدد الناس الذين أزالوا إلغاء اشتراكاتهم، كما كانت هذه الاتفاقات أيضاً بقصد منع دخول منافسين آخرين. وبالتالي، الحد من المنافسة.

وقد رأى مجلس المنافسة أن قرار المشغلين تقاسم هذه المعلومات، من شأنه الحد من المنافسة، والإضرار بها في سوق الهاتف المحمول لعدة أسباب هي:

١ - إضراره بالشركات التي لم تتمكن من الحصول على تلك المعلومات، وتحقيقه نفعاً للشركات التي اتفقت فيما بينها على ذلك بشكل منهجي، حيث ترتب على الاتفاق بين الشركات الثلاث من ٢٠٠٠م حتى ٢٠٠٢م الاستقرار في سوق الأسهم الخاصة بهم بناءً على أهداف مشتركة محددة.

(١) David J. Gerber., Competition Law,,: American Society of Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 50, Supplement: American Law in a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law (Autumn, 2002), p. 285.

(٢) Code de commerce Article L420-1: "Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à.

(٣) Décision du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

٢ - شكلت هذه المعلومات مصدراً هاماً للغاية، وأخذت في الاعتبار عند تحديد الإستراتيجيات التجارية.

٣ - إضراره بالمستهلك من خلال انخفاض المبيعات، وبالتالي حصة السوق، حيث شكل ذلك بنداً جديداً في حسابات الأسرة، وكان أي من هذه الشركات قادراً بسهولة على اتخاذ تدابير لحماية مصالح المستهلكين.

وكانت سلطة المنافسة تمتلك عدداً من الأدلة الخطيرة والمحددة والمؤيدة إلى وجود مثل هذا الاتفاق منها: الوثائق المكتوبة بخط اليد التي تشير بوضوح إلى "اتفاق" بين المشغلين الثلاثة، والتشابه في السياسات التجارية التي تنفذها هذه الشركات خلال هذه الفترة، لاسيما من حيث تكاليف اقتناء وأسعار المكالمات، وكان هذا التشابه هو الذي أدى إلى إحالتها، مع التركيز على قرار المشغلين في وقت واحد في بداية ٢٠٠١م لإدخال زيادات في الفواتير لمدة ٣٠ ثانية بعد الدقيقة الأولى من نوعها كحد أدنى.

وبناءً على ذلك تم توقيع غرامة عليهم كالتالي: شركة Orange France ٢٥٦ مليون يورو، وشركة SFR ٢٢٠ مليون يورو، وشركة Bouygues Télécom ٥٨ مليون يورو. وبالتالي، بلغ مجموع الغرامة ٥٣٤ مليون يورو.

وبالنسبة للمشرع الأمريكي تنص المادة الأولى من قانون شيرمان على حظر: "كل عقد أو اتحاد يترتب عليه احتكار أو ما يشابهه أو مؤامرة يكون من شأنها تقييد التجارة بين الولايات المتحدة الأمريكية أو مع الدول الأجنبية...".

ويلاحظ أن هذه المادة تتعلق بالاتفاقات الأفقية، غير أن المحاكم استخدمت نفس المفاهيم في تحليل جميع أنواع الاتفاقات، وتقييم الاتفاق، وما إذا كان مانعاً للمنافسة أم لا، ويتم ذلك من خلال وزن آثاره الإيجابية والسلبية على المنافسة.

ومن الحالات الناجحة لتطبيق قوانين مكافحة الاحتكار ما قامت به شعبة مكافحة الاحتكار التابعة لوزارة العدل ضد منتجي الفيتامينات؛ حيث بدأت شعبة التحقيق في أواخر عام ١٩٩٠م بفتح ملف اتفاقات الفيتامينات في العالم، وتتعلق بأكثر من خمسة مليار دولار من التجارة في الولايات المتحدة، وأظهرت الأدلة أن طرفي العقد قد اتفقوا على مقدار المنتج والشركة التي ستنتجه.

وقد أثر ذلك على بعض الشركات المنزلية مثل جنرال ميلز، كيلوج، كوكا كولا، تايسون فودز وبروكتر أند جامبل. وكانت هذه الشركات أول من شعر بآثار هذه المؤامرة، واستمرت لمدة عشر سنوات تقريباً، وكذلك أثرت تلك الاتفاقات على

المستهلكين الأميركيين الذين يحصلون على فيتامين أ، من خلال تناول كوب من الحليب، أو عن طريق الأقراص، حيث دفعوا الكثير من الأموال؛ لأن المتأمرين يجنون مئات الملايين من الدولارات الإضافية.

وقد أدى التحقيق إلى إدانة الشركات الأمريكية، والسويسرية والألمانية والشركات الكندية واليابانية وغيرها، وعدد من كبار المسؤولين التنفيذيين^(١).

وبالنسبة للاتحاد الأوروبي حظرت اتفاقية روما في المادة ١٠١: "كل اتفاق بين الشركات وكل قرار يهدف إلى خلق اتحاد بين الشركات وكل الممارسات المتفاهم عليها ويكون من شأنها التأثير على التجارة بين الدول الأعضاء وتستهدف منع أو تقييد أو تعطيل المنافسة داخل السوق الداخلية، وخاصة تلك التي تهدف إلى:

- ١ - تثبيت الأسعار بطريق مباشر أو غير مباشر.
 - ٢ - الحد من الرقابة على الإنتاج والأسواق والتطور التقني، أو الاستثمار.
 - ٣ - تقاسم الأسواق أو مصادر التوريد.
 - ٤ - التمييز في المعاملة بين الأطراف التجارية الأخرى، مما يضعهم في وضع تنافسي غير متكافئ.
 - ٥ - جعل إبرام العقود رهناً بقبول الأطراف الأخرى للالتزامات التكميلية التي بحكم طبيعتها، أو وفقاً للعرف التجاري لا علاقة لها بموضوع هذه العقود.
- ووفقاً للفقرة الثانية من ذات المادة فإن أي اتفاقات أو قرارات تكون لهذا الغرض فهي باطلة تلقائياً.

كما جاء مشروع قانون المنافسة الإماراتي ليعاقب على أي اتفاقيات مقيدة بين المنشآت، والتي يكون موضوعها أو الهدف منها الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها، وعلى الأخص تلك التي تستهدف ما يأتي: " (٢).

ويلاحظ هنا أن المشرع المصري أورد لفظ التعاقد بعد لفظ الاتفاق مع أن الاثنين بمعنى واحد، وكان الأفضل عدم الجمع بينهما؛ لذا كانت صياغة القانون النموذجي بشأن المنافسة الصادر عن الأمم المتحدة أفضل حالاً، حيث ذكرت في

(١) انظر: موقع شعبة مكافحة الاحتكار التابعة لوزارة العدل الأمريكية، http://justice.gov/atr/public/div_stats/211491.htm وقد تمت زيارته في ٥/٥/٢٠١١م.

(٢) المادة ٥ من مشروع قانون المنافسة الإماراتي لسنة ٢٠١٠م.

الفصل الثالث أولاً أنه: "يحظر الاتفاقات التالية بين الشركات المتنافسة أو التي يحتمل أن تكون متنافسة، بغض النظر عما إذا كانت هذه الاتفاقات كتابية أو شفوية رسمية أو غير رسمية".

ويرى البعض أن لفظ اتفاق أفضل من لفظ عقد؛ لأن الغالب أن ينضم العديد من التجار إلى هذا الاتفاق، وذلك خلافاً لمصطلح العقد الذي يكشف في الغالب عن توافق إرادة طرفيه فقط^(١)، كما أنه أفضل من لفظ التنسيق، حيث عرفت محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٧٠م، في دعوى صناعة السكر الأوروبية التنسيق بأنه: "يعد شكلاً من أشكال التطابق في السلوك بين المشروعات الأطراف، التنسيق الذي يؤدي إلى حدوث تعاون عملي بين تلك المشروعات، ويمثل تهديداً للمنافسة دون أن يصل هذا التوافق إلى حد إبرام اتفاقية أو عقد بالمعنى القانوني لها".

- شكل الاتفاق:

الاتفاقات قد تكون كتابية أو شفوية صريحة أو ضمنية^(٢)، وحينما تكون الاتفاقات كتابية، لا يمكن أن يكون هناك أي جدل قانوني حول وجودها، وإن كان من الممكن الجدل حول معناها؛ لذا تعتبر الاتفاقات غير الرسمية أو الشفوية هي الأكثر وقوعاً في مجال المنافسة رغم ما تثيره من مشكلة في الإثبات، وإن كان من الممكن اللجوء إلى ظروف الواقع، وشهادة الشهود لإثبات ذلك^(٣).

(١) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، التقييد الأفقي للمنافسة، مجلة الحقوق، الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد الرابع ١٩٩٥م، ص ٦٢.

(٢) تنص المادة ٩٠ من القانون المدني المصري على ما يأتي: ١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

(٣) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٢٢. وتنص المادة ١٠ من مشروع قانون المنافسة الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي على أنه: "تحظر الاتفاقيات أو العقود بين المنشآت المتنافسة، أو تلك التي من المحتمل أن تكون متنافسة، سواء أكانت مكتوبة أم شفوية، صريحة كانت أم ضمنية. إذا كان من شأن هذه الاتفاقيات أو العقود، أو الأثر المترتب عليها الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها بين المنشآت وعلى الأخص ما يلي.

الفرع الثاني شروط الاتفاق المحظور

يتطلب المشرع للعقاب على الاتفاق توافر مجموعة من الشروط وهي^(١):

أ - أن يتم هذا الاتفاق بشكل رضائي من قبل أطرافه. وبالتالي فالرغبات الفردية لا تشكل فعلاً محظوراً؛ لذا قالت لجنة المنافسة الفرنسية إن: "المشروع الذي يقترح على مشروع آخر إبرام اتفاق يتضمن الحد من المنافسة في السوق لا يمثل في حد ذاته مخالفة، وإنما مجرد محاولة فقط"^(٢)؛ فالاتفاق على ارتكاب تلك الجريمة لا يقتضي في الواقع أكثر من تقابل إرادة كل من المساهمين ثم وقوعها، ومن الجائز أن تقع هذه الجريمة بعد الاتفاق على ارتكابها مباشرة، أو لحظة تنفيذها تحقيقاً لقصد مشترك بين المساهمين وهي الغاية النهائية من ارتكابها، أي أن يكون كل منهم قد أراد قصد الآخر، وأسهم فعلاً بدور في تنفيذها بحسب الخطة التي وضعت، أو تكونت لديهم فجأة وكان ما أورده الحكم المطعون فيه رداً على ذلك الدفع إثباتاً لوجود ذلك الاتفاق، وعرضه للصلة بينهم جميعاً، ووقوع الجريمة منهم وفق باعث واحد، واتجاههم وجهة واحدة في تنفيذها، وأن كل منهم قد رغب في قصد الآخر أثناء تنفيذها وقارفوا أفعالاً من الأفعال المكونة لها؛ لذا فإن ما انتهى إليه الحكم من ترتيب التضامن في المسؤولية بينهم يكون قد أصاب صحيح القانون، ويضحى النعي عليه في هذا الخصوص غير سديد^(٣).

ب - أن تتوافر الاستقلالية في اتخاذ القرارات، فوصف الاتفاق لا ينطبق حال قيام فرع لإحدى الشركات به؛ لأنه لا يتمتع باستقلالية في مواجهة الشركة الأم، وذلك عكس المشرع السوداني الذي يرى تطبيق قانون المنافسة على فروع المنشآت^(٤).

ج - أن يمثل الاتفاق عقبة في سبيل المنافسة، فالاتفاق في حد ذاته لا يعد أمراً محظوراً؛ بل لابد أن يكون مؤثراً على المنافسة، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أن الحظر الوارد بالمادة ٧ من مرسوم ١٩٨٦/١٢/١ م لا يطبق إلا إذا كان للاتفاق

(١) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٢) Avis, 18/10/1979, Marché du Vinaigre.

(٣) نقض جنائي جلسة ٢١/٦/٢٠٠٩م، الطعن رقم ٤٨٠١ لسنة ٣ق، لم ينشر بعد. (متعلق هذا الحكم بقضية احتكار الأسمنت بمصر).

(٤) المادة ٣ من قانون تنظيم المنافسة ومنع الاحتكار السوداني لسنة ٢٠٠٩م.

أثر على المنافسة^(١)، ولا يهم هنا إذا ما كان التأثير مباشراً أم غير مباشراً، واقعياً أم احتمالياً على مسار التجارة بين الدول الأعضاء.

وجدير بالذكر أن هذه الاتفاقات ليست ضارة دائماً؛ بل يمكن لها في الواقع، أن تعود بالنفع على سوق المنافسة في ظل ظروف معينة^(٢) إذا كانت بغرض الحفاظ على جودة المنتج أو سمعته، وذلك في حالة بعض المنتجات التي تتطلب عميلاً معيناً يتفهم كيفية التعامل معها^(٣)، كما قد يكون من شأنها الحد من التكلفة، وخصوصاً

(١) Cass. Com., 4/5/1993, Rocamat C. Sagepierre. Contre- Cons- Conc, 1993, n.10, note. Louis Vogel.

(٢) F. Machlup., The political Economy of Monopoly: Business, Labor and Government Policies. Baltimore, 1952; W. Shepherd. The Economics of Industrial. Englewood cliffs, 36 Antitrust Bull. 1991, P. 503.

(٣) تلقى جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية البلاغ المقدم من شركة بريتش أمريكان توباكو-مصر ونشاطها الرئيسي تصنيع وبيع وتوزيع التبغ، ضد مجموعة شركات منصور للتصنيع والتوزيع، إحدى الشركات المنتجة لبعض أنواع السجائر الأجنبية في مصر والحاصلة على توكيل فيليب موريس العالمية.. وقد ورد بالبلاغ أن الشركة المشكو في حقها قامت بعقد اتفاقات مع ١٦٥ من تجار الجملة في جميع أنحاء الجمهورية يمثلون ٨٠٪ من إجمالي حجم مبيعات الجملة لمنتجات التبغ في مصر بالإضافة إلى أداء مبالغ مالية لهم نظير الامتناع عن توزيع منتجات الشركة الشاكية، وكذلك عقد اتفاقات حصرية مع بعضهم لتوزيع منتجاتها فقط، مما ألحق ضرراً بالشركة الشاكية تمثل في انخفاض توزيع منتجاتها إلى جانب زيادة تكاليف التشغيل بسبب الاعتماد على التوزيع المباشر في محاولة منها للتغلب على آثار ممارسات الشركة المشكو في حقها في سوق الجملة، الأمر الذي دعا الشركة الشاكية للتقدم ببلاغ لدراسة مدى مخالفة هذه الممارسات لنصوص المواد (٧) و (٨) من قانون حماية المنافسة. وقد قام الجهاز بفحص البلاغ وتم تحديد السوق المعنية بعنصرها، المنتج المعني ويشمل أنواع السجائر الأجنبية المصنعة محلياً (Foreign Brands Manufactured in Egypt) والسجائر المحلية (Local Brands) والنطاق الجغرافي وهو جمهورية مصر العربية.

وأوضح الفحص وجود اتفاقات شفوية بين الشركة المشكو في حقها والموزعين المتعاملين معها يتم بمقتضاها بيع منتجاتها حصرياً دون منتجات الشركة الشاكية، غير أن هذه الاتفاقات لم يكن من شأنها الحد من المنافسة في السوق بالنظر إلى وجود عدد كبير من الموزعين يمكن للشركة الشاكية التعامل معهم، وكذلك ما أظهره التحليل الاقتصادي للبيانات المقدمة من الشركة الشاكية من زيادة حجم مبيعاتها وزيادة حصتها السوقية على الرغم من وجود تلك الاتفاقات في السوق..... وقد انتهى الجهاز إلى أن الاتفاقات المبرمة بين الشركة المشكو في حقها وموزعيها ليس من شأنها الحد من المنافسة، كما أن الشركة لا تتمتع بالسيطرة، ولا محل بالتالي للنظر في إساءة استخدام السيطرة على السوق المعنية، الأمر الذي يتعين معه حفظ البلاغ مع إخطار كل من الشركة الشاكية والشركة المشكو في حقها بقرار الجهاز في هذا الشأن.

تكاليف النقل، إضافة إلى تحقيق الاستقرار من خلال التنسيق الذي يتم بين المشروعات المتعاقدة. وبالتالي، إمكانية القيام بتخطيط طويل المدى^(١). كذلك عندما تتفق شركتان على التعاون لإنتاج منتج جديد، أو تقديم خدمة جديدة^(٢)؛ لذلك أعادت الولايات المتحدة النظر في قانون منع الاحتكار، حيث قررت أن الاتفاق المانع للمنافسة قد تكون آثاره تحقق المنافسة في أزهى معانيها، وهذا يتطلب تحقيقاً كاملاً لمعرفة آثار الاتفاق الاقتصادية، معتمداً على أسهم السوق والمنافسة المحتملة من جانب الأطراف المتعاقدة في الحساب^(٣).

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك ثلاث فئات من الاتفاقات مجرمة في ذاتها بوضوح دون النظر إلى آثارها وهي:

- ١ - الاتفاقات المتعلقة بالسعر، حتى وقت قريب كان أي اتفاق يتصل اتصالاً مباشراً بالأسعار يمثل انتهاكاً في حد ذاته، وقد أكدت المحكمة العليا بالولايات المتحدة ذلك في أحد أحكامها بقولها إن: "أي اتفاق أو تأمر بين متنافسين يكون غرضه أو الهدف منه أو أثره دفع أو خفض أو تثبيت الأسعار لسلعة بين الولايات أو في تجارة خارجية يكون مخالفاً للقانون ومحظوراً في حد ذاته"^(٤).
- ٢ - اتفاقات تقسيم الأسواق بين المتنافسين؛ لأنها تؤثر مباشرة وبفعالية على المنافسة داخل السوق، وبالتالي، تصنف على أنها انتهاكات في حد ذاتها^(٥).
- ٣ - اتفاقات عدم التعامل مع منشأة معينة بقصد استبعادها من السوق. وقد أدى الضرر المحتمل لمثل هذه الممارسات المانعة للمنافسة إلى التجريم في حد ذاته، غير أن الاتفاق بين منتجين على تحقيق قدر كبير من الجودة أو الخدمة أو معايير السلامة لا يمثل استبعاداً لأي منافس فشل في تلبية هذه المعايير. وبالتالي، فمثل هذه الاتفاقات تشكل فعلاً مجرماً^(٦).

(١) Friedrich Kessler and Richard H. Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, OP Cit., pp. 3:6.

(٢) For a recent analysis of these issues, see Federal Trade Commission and U.S. Dept. of Justice, Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors 25-6-2000.

(٣) David J. Gerber., Competition Law, OP Cit., p. 278:279.

(٤) United States V. Socony- Vacuum Oil Co. Case in 1940, <http://www.supremecourt.us/310/150/case.html>.

(٥) David J. Gerber., Competition Law, OP Cit., p. 280.

(٦) Herbert Hovenkamp, Antitrust Law: An Analysis Of Antitrust Principles and Their Application, 1999, Supp. 2001. pp. 2200-2203.

ويترتب على التجريم في حد ذاته من الناحية الإجرائية، أن يقوم المدعي بإثبات أن الاتفاق يندرج ضمن هذه الفئة فقط، دون تحديد آثاره الاقتصادية. ونهايةً، يلاحظ أن الاتفاقات المجرمة في حد ذاتها لم تعد واضحة كما كان من قبل؛ وقد اعترفت المحاكم أن مثل هذه الاتفاقات لها ما يبررها في بعض الحالات؛ لذا أبدت مرونة في الاستماع إلى مرافعات الدفاع. وبالتالي، يعتمد تقدير مشروعية الاتفاق من عدمه على الطبيعة الخاصة للاتفاق والظروف المحيطة به^(١).

الفرع الثالث

استثناء بعض الاتفاقات من التجريم

جاء نص المادة (٥/ج) من قانون المنافسة السوري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨م ليؤكد على أن: "لا تسري أحكام الفقرتين أ، ب من هذه المادة على الاتفاقات ضعيفة الأثر التي تحددها اللائحة التنفيذية، وذلك عندما ينتج عن الاتفاق، أو الممارسة ككل نفع عام، أو يثبت أنها ضرورية لضمان تقدم تقني أو اقتصادي، ويشترط في تلك الاتفاقات: ١ - ألا تتجاوز الحصة الإجمالية للمؤسسات التي تكون طرفاً فيها نسبة تحد بتعليمات يصدرها الوزير لهذه الغاية، وألا تزيد تلك النسبة على ١٠٪ من مجمل معاملات السوق.

٢ - ألا تتضمن شروطاً بتحديد مستوى الأسعار وتقاسم الأسواق. وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أورد في (المادة ٤٢٠-٤) من قانون التجارة بعض الاستثناءات هي:

- ١ - وجود مبرر قانوني، أو نص تشريعي، أو لائحي يسمح بوجود هذا الاتفاق.
- ٢ - وجود مبرر يتمثل في تحقيق الاتفاق لتقدم اقتصادي، أو تكنولوجي.
- ٣ - الاتفاقات التي يقصد بها تحسين إدارة المؤسسات المتوسطة والصغيرة. وبالنسبة للاتحاد الأوروبي يتم إعفاء الاتفاقات ذات الأهمية المحدودة^(٢)، والاتفاقات التي تعقد بين الشركات المتوسطة والصغيرة، والاتفاقات بين الشركات الأم

(١) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, HARTFORD, FIRE INSURANCE CO. et al. v. CALIFORNIA et al., 509 U.S. 764, CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, No. 91-1111. Argued February 23, 1993 -- Decided June 28, 1993.

Communication UE, no C 368 JOCE, 22 dec 2001.

(٢)

وفروعها، وكذلك الاتفاقات المتعلقة بنقل التكنولوجيا والمعرفة، وذلك وفقاً للمادة ١٠١ من المعاهدة الأوروبية.

كما استثنى مشروع قانون المنافسة الإماراتي مثل هذه الاتفاقات ما عدا الاتفاقات التي تهدف إلى تحديد أسعار بيع أو شراء السلع والخدمات بشكل مباشر أو غير مباشر بافتعال الزيادة أو النقص، أو التثبيت بما يؤثر سلباً على المنافسة، وكذلك الاتفاقات التي تهدف إلى تقاسم الأسواق، أو تخصيص العملاء على أساس المناطق الجغرافية، أو مراكز التوزيع، أو نوعية العملاء، أو المواسم، أو الفترات الزمنية، أو على أي أساس آخر يؤثر على المنافسة^(١)، كما يستثنى المشرع القطري الاتفاقات والعطاءات والعقود المقيدة للمنافسة، متى اقتضت مصلحة المستهلك ذلك^(٢).

وأخيراً، فإنه كان يجدر بالمشرع المصري، وعلى غرار ما فعلته التشريعات السابقة، أن يعفي الاتفاقات والتعاقدات الهادفة إلى نقل التكنولوجيا وتشجيع البحث العلمي والتطوير، بالإضافة إلى استثناء الاتفاقات المتعلقة بالمشروعات الصغيرة والمتوسطة والاتفاقات ضئيلة الأهمية؛ نظراً لما تمثله جميع هذه الاتفاقات من أهمية لعملية التنمية الاقتصادية^(٣).

المطلب الثاني

الغرض من الاتفاق أو التعاقد

بتوافر الاتفاق لا يمكن القول أننا أمام تحالف مناهض للمنافسة؛ بل لا بد أن يكون هذا الاتفاق بقصد تحقيق غرض معين يسعى طرفا الاتفاق إلى تحقيقه، وفيما يلي بيان بعض هذه الأغراض:

الفرع الأول

رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء

ورد النص على هذا الغرض في المادة ٦/أ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية بقولها: "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أية

(١) المادة ٣/٥ من مشروع قانون المنافسة الإماراتي الصادر عام ٢٠١٠م.

(٢) المادة ٥ من قانون المنافسة القطري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م.

(٣) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٧٩.

سوق معنية إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي: رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء للمنتجات محل التعامل....." (١).

ويهدف المتعاملون من ذلك الاتفاق ألا يكون أساس التعامل هو سعر السوق، وإنما يتحدد السعر وفقاً للاتفاق المبرم بين المشروعات المتنافسة، وفي ذلك إضرار بالمستهلكين، وكذلك بالسوق الوطنية. حيث يجب أن يكون سعر السلعة أو الخدمة هو السعر السائد في السوق (السعر الغالب)، ويحدده ارتفاعاً وانخفاضاً تفاعل قوى العرض والطلب في السوق دون تدخل من أحد (٢). وقد أثير أمام القضاء المصري ما قامت به شركات الأسمنت المصرية من مخالفات لقانون حماية المنافسة، حيث اتفقوا فيما بينهم على زيادة أسعار الأسمنت بصورة مبالغ فيها.

وتحديد الأسعار يمكن أن يحدث على أي مستوى في عملية الإنتاج والتوزيع، حيث قد يشمل اتفاقات تتعلق بأسعار السلع الأولية، أو المدخلات الوسيطة، أو المنتجات التامة الصنع (٣). وقد يشمل أيضاً اتفاقات متعلقة بأشكال محددة لاحتساب

(١) نهى الإسلام على كل ما من شأنه الإخلال بالأسعار، حيث روى مسلم بسند صحيح أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: "من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله أن يقعه بعظيم من النار يوم القيامة". وروى البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال رسول الله: (صلى الله عليه وسلم) "لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد".

(٢) خلال عامي ١٩٨٠م و ١٩٩٠م في الولايات المتحدة، تمت العديد من الاتفاقات في مجالات عدة ترتب عليها رفع الأسعار مثل: المشتريات العامة، والأسماك المجمدة، حيث رفعت الأسعار بما يقدر ب ٢٣٪، وفي بناء الطرق السريعة رفعت الأسعار بما يقدر بنحو ١٨٪ في دولة واحدة و ٦٪ في بلد آخر، والاتفاقات المتعلقة بالحليب في المدارس رفعت أسعار بما يقدر ب ٦٪ في دولة واحدة، وما لا يقل عن ١٤٪ في اثنين آخرين، وبخلاف ذلك فقد ترتب على الاتفاقات في مجال سيارات الشرطة خفض الأسعار بما يقدر ب ٢٨٪، وكذلك ترتب على المزادات العقارية خفض الأسعار بنحو ٣٢٪ في المتوسط.

(٣) انتهى مجلس إدارة جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في جلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠١١/٣/٧م إلى ثبوت مخالفة كل من شركة جبهة للصناعات الغذائية وشركة بيتي وشركة النيل للصناعات الغذائية (إنجوي) للمادة (٦-أ) من قانون حماية المنافسة، حيث قاموا بالاتفاق على تثبيت أسعار شراء اللبن البقري الخام إنتاج المزارع، وبناءً عليه أصدر المجلس قراراً بتوجيه خطاب إلى الشركات المخالفة لتكليفها بإزالة المخالفات فوراً وتعديل الأوضاع وإخطار الجهاز في خلال خمسة عشر يوماً طبقاً للمادة ٢٠ من قانون حماية المنافسة، وذلك تمهيداً للعرض على الوزير المختص؛ انظر: موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري. <http://www.eca.org.eg/ECA/News/View.aspx?ObjectID=94> وقد تمت زيارته في ٢٠١١/٣/٣٠م.

الأسعار، بما في ذلك منح تخفيضات وتنزيلات، وقوائم الأسعار وتفاوتها، وتبادل المعلومات المتعلقة بالأسعار^(١).

وعملية تحديد الأسعار يمكن أن تمارس من قبل مؤسسات أعمال كممارسة منعزلة، وقد تكون جزءاً من اتفاق توافقي أوسع فيما بين المشروعات ينظم معظم الأنشطة التجارية للأعضاء، فينطوي مثلاً على العطاءات التوافقية، واتفاقات تقاسم الأسواق والعلاء، وتحديد حصص المبيعات والإنتاج^(٢).

وقد برر وزير الاستثمار المسؤولية الجنائية عن الاتفاق لهذا الغرض بقوله:

[تحاول الحكومة أن تعاقب على تحديد السعر حتى لو اتفقوا على تخفيض الأسعار علماً بأن هذا قد يكون في مصلحة المستهلكين، وأقول إن الثابت لدينا وفي الممارسة في العالم كله وقت أن يكون هناك اتفاق على تخفيض السعر، يكون اتفاقاً

(١) تلقى جهاز حماية المنافسة طلب وزير التجارة والصناعة في يوليو ٢٠٠٦م بشأن إعداد الدراسات والبحوث اللازمة فيما يتعلق بقطاع الأسمنت في السوق المصرية للكشف عما إذا كانت بها ممارسات ضارة بالمنافسة، ودراسة تصرفات الشركات العاملة بهذه الصناعة للتأكد من عدم وجود حالات اتفاق بين الشركات أو قيام إحدى الشركات باستغلال وضعها المسيطر في السوق لزيادة الأسعار، وذلك في ضوء الأحكام الواردة في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م. وانتهى الجهاز بعد إجراء التحليل القانوني والاقتصادي للبيانات التي تم الحصول عليها إلى مخالفة الشركات المنتجة للأسمنت البورتلاندي العادي لأحكام الفقرتين (أ) و (هـ) من المادة (٦) من قانون حماية المنافسة. وبجلسة ٢٠٠٧/١٠/٢م قرر مجلس إدارة الجهاز رفع تقرير الجهاز إلى الوزير المختص لإعمال السلطات المخولة له في المادة (٢١) من قانون حماية المنافسة، وقد قام الوزير المختص بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/١٤م بإحالة التقرير ومرفقاته إلى النيابة العامة لمباشرة إجراءات التحقيق، ثم قامت النيابة بإحالة الدعوى إلى القضاء الذي أصدر حكمه بتوقيع غرامة إجمالية تقدر بحوالي ٢٠٠ مليون جنيه مصري على شركات الأسمنت العاملة في السوق المصري، ويعتبر هذا الحكم الأول من نوعه في مصر، حيث إنها القضية الأولى التي يثبت فيها جهاز حماية المنافسة وجود اتفاق بين الشركات العاملة في قطاع الأسمنت بالمخالفة لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية باستخدام التحليل الاقتصادي والقانوني، وتستند إليه المحكمة في إصدار الحكم إلى جانب الأدلة الأخرى المتوافرة في الدعوى، كذلك يعتبر إجمالي العقوبة الموقعة على تلك الشركات من أكبر الغرامات المحكوم بها في مصر.

(٢) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٢٣؛ الكارتل هو: اتفاق مجموعة من المنشآت التجارية الكبرى على تثبيت أسعار منتجاتها في سوق معين بقصد الوصول لأرباح احتكارية لا يستطيع غيرهم التوصل إليها؛ د. حسين محمد فتحي، الممارسات الاحتكارية والتحالفات التجارية لتقويض حريتي التجارة والمنافسة، مرجع سابق، ص ٥٦.

مؤقتاً غرضه إخراج بعض المتنافسين من السوق، وبعد ذلك ينفردون بهذا العمل، ففي كافة الأحوال ممنوع الاتفاق على الأسعار.

ويؤكد وزير الاستثمار أن: من يريد أن يخفض لو لم يكن لديه وضع مسيطر فليخفض وفقاً لما يريد، ولا يمنعه أحد، ولكن لا يتفق مع أحد على التخفيض؛ فمن يرد التخفيض بغرض وجود فائض لديه، أو نوع من الاكتفاء بربحه فليخفض حسبما يريد، ولكن لا يتفق مع أحد على التخفيض؛ لأن ذلك التخفيض يكون ظاهره الرحمة وباطنه العذاب من خلال التلاعب بالسوق^(١).

– تحديد سعر بيع منتج أو مجموعة منتجات لفترة زمنية محددة:

تنص المادة العاشرة من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري على أنه: "يجوز بقرار من مجلس الوزراء تحديد سعر بيع منتج أساسي^(٢) أو أكثر لفترة زمنية محددة، وذلك بعد أخذ رأي الجهاز، ولا يعتبر نشاطاً ضاراً بالمنافسة أي اتفاق تبرمه الحكومة بقصد تطبيق الأسعار التي يتم تحديدها^(٣)".

- (١) مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الخامسة والعشرين، المنعقدة في ١٦ يناير ٢٠٠٥م، ص ٢٩.
- (٢) بادر جهاز حماية المنافسة بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٧م في ضوء اختصاصه بإجراء الدراسات والبحوث لكشف الحالات الضارة بالمنافسة المنصوص عليه في المادة (٦) من قانون حماية المنافسة بدراسة سوق الأسمدة في ضوء ما تردد في وسائل الإعلام في الآونة الأخيرة عن ارتفاع أسعار الأسمدة بشكل غير مبرر نتيجة ممارسات ضارة بالمنافسة في السوق. وقد قام الجهاز بتحديد السوق المعنية بعنصرها المنتج المعني وهو الأسمدة الأزوتية بكافة أنواعها والنطاق الجغرافي وهو جمهورية مصر العربية، وبناءً على التحليل القانوني والاقتصادي للمعلومات والبيانات التي حصل عليها الجهاز، انتهى إلى أنه يعمل في إنتاج الأسمدة الأزوتية في السوق المعنية خلال الفترة محل الدراسة ست شركات تساهم في ملكيتها هيئات وبنوك حكومية، وأن سوق الأسمدة الأزوتية في مصر سوق منظمة تخضع لتدخل الحكومة من حيث تخطيط الكميات المنتجة وآليات توزيعها وتحديد الأسعار في مختلف مراحل توزيع الأسمدة الأزوتية في السوق وضبط عمليات التصدير والاستيراد، الأمر الذي لا يترك مجالاً للشركات المنتجة للاتفاق فيما بينها أو القيام بممارسات احتكارية من شأنها منع حرية المنافسة أو تقييدها أو الإضرار بها في السوق، وقد انتهى مجلس إدارة الجهاز بجلسته ٢٦/٥/٢٠٠٨م إلى رفع تقرير الجهاز إلى الوزير المختص للنظر في تفعيل نص المادة (١٠) من قانون حماية المنافسة بحيث يتم تحديد المنتجات الأساسية بقرار من مجلس الوزراء بعد أخذ رأي الجهاز.

- (٣) الأصل الذي تقرره النصوص الشرعية، هو حرمة التسعير، غير أنه يجب على ولي الأمر أن يسعر، إذا اقتضت المصلحة ذلك، أو إذا وجد خللاً واضحاً في السوق والأسعار، وكان ذلك الخلل نتيجة عوامل مفتعلة من التجار، كاستغلال حاجة الناس، والبيع بأثمان فاحشة وبضعف القيمة، واحتكارهم للسلع بقصد التحكم في السعر في وقت الحاجة والضرورة.

وبذلك يكون المشرع قد خرج عن الحظر الوارد في المادة السادسة بشأن الاتفاقات التي تهدف إلى رفع أو خفض أو تثبيت الأسعار، حيث أجاز للحكومة ممثلة في مجلس الوزراء عقد اتفاقات أو إصدار قرارات من أجل تحديد سعر بيع منتج أساسي، أو أكثر لفترة من الزمن.

وتطبيق هذا الاستثناء يتطلب توافر الشروط الآتية:

- ١ - أن نكون بصدد منتج من المنتجات الأساسية، ويلاحظ أن المشرع قد أغفل وضع تعريف محدد للمنتج الأساسي، سواء في القانون، أو في اللائحة التنفيذية.
 - ٢ - أن يصدر بهذا التحديد قرار من مجلس الوزراء، ولا يعد أي اتفاق تبرمه الحكومة بقصد تطبيق الأسعار التي يتم تحديدها من قبيل الأنشطة الضارة بالمنافسة.
 - ٣ - أن يأخذ مجلس الوزراء رأي الجهاز قبل اتخاذ لقرار تحديد سعر بيع المنتج الأساسي، ويلاحظ هنا أن أخذ رأي الجهاز شرط ضروري ولازم، ومع ذلك فإن تبني مجلس الوزراء للرأي الذي انتهى إليه الجهاز ليس حتمياً، فيجوز لمجلس الوزراء إصدار قراره على الرغم من عدم موافقة الجهاز على تحديد سعر المنتج^(١).
- وبالنسبة للمشرع السوري تنص المادة ٤ من قانون المنافسة ومنع الاحتكار على أن تحدد أسعار السلع والخدمات وفقاً لقواعد السوق ومبادئ المنافسة الحرة باستثناء ما يلي:

= د. جمال محمد يوسف، الاحتكار ووسائل معالجته "دراسة فقهية مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون فرع أسبوط، العدد الثاني عشر، الجزء الأول، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ص ٢٤١.

ويقول ابن القيم، في موضع آخر: "إن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير، سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل. ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة، مطبعة المدني القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٤٤ وما بعدها. وبذلك يشكل التسعير أحد الوسائل التي تقضي على الاحتكار، وتحد من سطوة المحتكرين والغلاء على المستهلكين.

كما أنه يجوز لولي الأمر، إن رأى أن إنقاص السعر بهذه الطريقة يُفسد على أهل السوق بيعهم، ويؤدي إلى الشغب والمنازعة وإلى احتكار قلة من التجار للسوق، ليرفعوا السعر بعد ذلك، فإنه يمنع منه، ويأمر بالبيع بالسعر العادل الذي يحقق به مصلحة أهل السوق والناس جميعاً، وإن رأى أن إنقاص السعر لا يؤدي إلى ذلك، فإنه يترك الناس أحراراً في بيعهم وشرائهم، سواء باعوا بأقل أم أكثر؛ لأن مناط السياسة الاقتصادية الإسلامية هو المصلحة، فيحسب تعبير الأصوليين، حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله؛ د. جمال محمد يوسف، الاحتكار ووسائل معالجته "دراسة فقهية مقارنة"، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(١) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٧٨.

- أ - أسعار المواد الأساسية والخدمات التي يتم تحديدها بمرسوم.
- ب - أسعار المواد والخدمات المتعلقة بالقطاعات، أو المناطق التي تكون فيها المنافسة بوساطة الأسعار محدودة إما بسبب حالة احتكار السوق، أو صعوبات متواصلة في عملية التزويد، أو بسبب أحكام تشريعية، أو تنظيمية، وتنظم بقرار من رئاسة مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير بعد استشارة هيئة المنافسة، ويحدد هذا القرار المواد والخدمات المعنية به وشروط تحديد أسعار كلفتها وبيعها.
- ج - الأسعار التي تحدّد بقرار من مجلس الوزراء؛ وبمقتضى إجراءات مؤقتة لمواجهة ظروف استثنائية، أو حالة طارئة، أو كارثة طبيعية، على أن يعاد النظر في هذه الإجراءات خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر من بدء تطبيقها.
- ولكن، ما مدى تعارض ذلك مع نص المادة ١٠ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م التي تنص على أنه: "لا يجوز لأية جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركات والمنشآت أو تحديد ربحها"، وحكم المحكمة الدستورية العليا الذي أكد على حرية المستثمر في تحديد أرباحه وأسعاره، وعدم تحمل أعباء إضافية تخل بالمنافسة المشروعة مع بعض المشروعات الأخرى^(١).
- الواقع أنه ليس هناك تعارض، حيث يتحدث قانون المنافسة عن الاتفاقات التي تكون لهذا الغرض، أما قانون الاستثمار، فهو يتحدث عن التصرف الفردي من قبل المشروع الاستثماري، حال كونه لا يتمتع بمركز مسيطر ويسبب استغلال هذا المركز.

الفرع الثاني

تقاسم الأسواق أو العملاء

كشفت عن ذلك المادة ٦/ب من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري بقولها: "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أية سوق معنية إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي: ... ب - اقتسام أسواق المنتجات أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو السلع أو الحصص السوقية أو المواسم أو الفترات الزمنية".

وتنطوي ترتيبات تقاسم العملاء والأسواق فيما بين المشروعات المتنافسة على تخصيص عملاء معينين أو أسواق معينة أو فترات محددة لمؤسسات أعمال معينة فيما يتعلق بالمنتجات أو الخدمات المعنية.

(١) حكم دستورية عليا، جلسة ٣/٥/١٩٩٧م، الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٨ ق. هذا الحكم منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا؛ وقد تمت زيارته في ١٠/١٠/٢٠١١م.

أما مشروع قانون المنافسة الإماراتي فقد جاء أفضل من المشرع المصري؛ فبعد أن وضع المعيار الذي يمكن على أساسه التقسيم، أضاف عبارة أو على أي أساس آخر يؤثر على المنافسة، حيث حظر الاتفاقات التي تهدف إلى تقاسم الأسواق، أو تخصيص العملاء على أساس المناطق الجغرافية، أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء، أو المواسم، أو الفترات الزمنية، أو على أي أساس آخر يؤثر على المنافسة^(١).

وتهدف هذه الترتيبات بصفة خاصة إلى الحفاظ على أنماط تجارية معينة من قبل المتنافسين الذين يتخلون عن المنافسة فيما يتعلق بعملاء، أو أسواق كل منهم. وتحدث ترتيبات تقاسم العملاء في التجارة الداخلية والدولية على السواء؛ وهي في الحالة الأخيرة كثيراً ما تشتمل على عمليات تقسيم للسوق على أساس جغرافي، يعكس العلاقات المحددة مسبقاً بين المورد والمشتري.

وغالباً ما تتفق المشروعات التي تدخل في مثل هذه الاتفاقات بصورة دائمة تقريباً على ألا تنافس إحداها الأخرى في سوقها المحلية^(٢)، على أن يكون جزاء المشروعات التي تخالف هذا الاتفاق هو امتناع المشروعات الأخرى عن التعامل معها أو الإضرار بها بوسائل أخرى مثل التسعير العدواني والتمييزي^(٣).

الفرع الثالث

التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات والمزايدات وسائر عروض التوريد

ورد النص على هذا الغرض في المادة ٦/ج من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري بقولها: "يحظر الاتفاق أو التعاقد.... بقصد، ج - التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات والمزايدات والممارسات وسائر عروض التوريد"^(٤).

(١) المادة ٣/٥ من مشروع قانون المنافسة الإماراتي الصادر عام ٢٠١٠م.

(٢) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) Supreme Court of the United States, united states v. Trenton potteries company et al. Supreme court of the united states, 273 U.S. 392, No. 27. Argued November 30, December 1, 1926, Decided February 21, 1927.

(٤) مثال ذلك: قمت أنت و ٦ شركات منافسة لك بتقسيم ٧ عطاءات تطرحها هيئة ما بشكل دوري على مدار السنة، لتحصل كل شركة على عطاء واحد في السنة. هنا يعد هذا الاتفاق مخالفاً للمادة (٦) من قانون حماية المنافسة.

والتواطؤ هو أكثر الممارسات وقوعاً، حيث يعرف المتنافسون بعضهم جيداً من خلال الاتصالات الاجتماعية، والاتحادات التجارية، والاتصالات التجارية المشروعة، أو الانتقال الوظيفي من شركة إلى أخرى، كما أن المزايدين الذين يتجمعون في نفس المبنى، أو المدينة لتقديم عطاءاتهم لديهم فرصة سهلة للاتصال ببعضهم في اللحظة الأخيرة.

ويحدث التواطؤ في المناقصات العامة عند قيام المشروعات المفترض تنافسهم بالتآمر سرياً من أجل زيادة أسعار السلع، أو الخدمات، أو تقليل جودتها للمشتري الذي يرغب في الحصول على المنتجات، أو الخدمات من خلال المناقصات؛ حيث تعتمد الهيئات العامة والخاصة غالباً على عمل مناقصات تنافسية للحصول على أفضل قيمة مالية، باعتبار أن الأسعار الأقل والمنتجات الأفضل تعد مرغوبة؛ لأنها تؤدي إلى توفير الموارد أو إتاحتها للاستفادة منها في منتجات أو خدمات أخرى.

لذا تكون ممارسات التواطؤ ذات ضرر كبير، خاصة حال تأثيرها على المناقصات العامة؛ لأنها تأخذ الموارد من المشتريين، ودافعي الضرائب وتحد من الثقة العامة في العملية التنافسية، بالإضافة إلى تقويض الفوائد الناتجة عن المنافسة في السوق^(١).

– الأشكال الشائعة لممارسات التواطؤ:

تتخذ الاتفاقات الخاصة بممارسات التواطؤ أشكالاً متعددة، وتقوم جميعها بإعاقة المشتريين- الحكومات المحلية، أو القومية - عادة عن الحصول على سلع وخدمات بأقل سعر ممكن، وزيادة حجم العطاء الفائز. وبالتالي، زيادة المبلغ الذي سيجنيه صاحب العطاء الفائز. وتتخذ ممارسات التواطؤ العديد من الأشكال منها:

١ - **التغطية:** يعد عطاء التغطية^(٢) هو الطريقة الأكثر استخداماً عند القيام بخطط ممارسات التواطؤ، حيث تحدث عندما توافق المشروعات على تقديم عطاء يتضمن على الأقل أياً مما يلي: ١ - موافقة المتنافس على تقديم عطاء بسعر أعلى من سعر

(١) تمثل المناقصات العامة حوالي نسبة ١٥٪ من إجمالي الناتج المحلي في الدول التابعة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وتكون هذه النسبة أكبر في الدول غير الأعضاء في المنظمة، كما يعد التواطؤ في المناقصات ممارسة غير قانونية لدى كافة الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ويمكن التحقيق في هذه الممارسات وإنزال العقوبات بموجبها طبقاً لقواعد وقانون المنافسة، وتعد ممارسات التواطؤ في بعض الدول الأعضاء التابعة للمنظمة تصرفاً جنائياً؛ انظر: إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات العامة، منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ٢٠٠٧م، ص ٣.

(٢) وتسمى أيضاً العطاءات التكميلية، أو العطاءات الشكلية.

- العطاء المقدم من قبل الفائز المختار مقابل دفع مبالغ نقدية من قبل صاحب العطاء الفائز إلى من تأمروا معه^(١)، ٢- تقديم المتنافس عطاء مبالغاً فيه ومن المتوقع ألا يقبل. ٣ - تقديم المتنافس عطاء يتضمن شروطاً خاصة غير مقبولة بالنسبة للمشتري، ويصمم عطاء التغطية ليوحي ظاهرياً بوجود منافسة حقيقية.
- ٢ - الامتناع: يقصد بذلك ألا تقدم الشركة العطاء لمرحلة الاختيار النهائية، أو سحب العطاء بعد تقديمه وبذلك يتم قبول الفائز.
- ٣ - التناوب: يقصد بالتناوب أن تستمر الشركات المتآمرة على تقديم العطاءات على أن يكون الفوز بالمناقصات بالتناوب كل بدوره. وتختلف طرق تنفيذ اتفاقات التناوب، فقد يختار المتآمرون تخصيص قيم نقدية متساوية تقريباً من مجموعة معينة من العقود لصالح كل شركة، أو تخصيصها طبقاً لحجم كل شركة.
- ٤ - التخصيص: يتفق المتنافسون على تقسيم السوق، والاتفاق على عدم التنافس لدى عملاء معينين، أو في مناطق جغرافية معينة، وبذلك لن يقوم المتنافسون بتقديم عطاءات (أو سيقومون بتقديم عطاءات تغطية فقط) للمناقصات المطروحة من قبل تلك الفئة المعينة من العملاء المخصصة لشركة محددة أخرى. وفي المقابل، لن يقوم هذا المتنافس بتقديم عطاءات للمناقصات المطروحة من قبل مجموعة أخرى من العملاء المخصصة لمتنافس غيره.
- ٥ - التعاقد من الباطن: ترتيبات التعاقد من الباطن في كثير من الأحيان هي جزء من التلاعب في العطاءات؛ فقد يوافق المتنافسون على عدم المزايدة أو المناقصة مقابل التعاقد من الباطن، أو الحصول على عقود التوريد في تبادل من العارض المنخفض. وفي بعض التواطؤات، فإن العارض المنخفض يوافق على الانسحاب لصالح العطاء الأعلى في مقابل ربح من الباطن.
- وجميع أشكال التلاعب في العطاءات تشترك في شيء واحد هو تحديد صاحب العطاء الفائز، وإلغاء المنافسة بالتآمر. وتكثر حالات التواطؤ إذا كان هناك عدد قليل من البائعين، حيث من السهل عليهم الاتفاق على الأسعار، والعروض، والعملاء، أو المناطق الجغرافية، كما قد يحدث التواطؤ بين عدد كبير من الشركات إلى حد ما عندما توجد

(١) يكون دفع هذا المقابل المالي في أغلب الأحوال من خلال تسهيل استخدام فواتير احتيالية لأعمال مقاوله من الباطن، وفي واقع الأمر فإن هذه الأعمال لم تحدث وتكون الفواتير مزورة، كما يمكن استخدام عقود استشارية احتيالية لهذا الغرض.

شركات كبيرة مهيمنة، والباقي عبارة عن "هامش" يسيطر البائعون فيه على جزء صغير فقط من السوق، وأكثر ممارسات التواطؤ تكون بغرض التوصل إلى اتفاق بشأن هيكل الأسعار؛ فمن الصعب الاتفاق على غير ذلك من أشكال المنافسة، مثل: التصميم والميزات، والجودة، أو الخدمة.

ويصعب الكشف عن هذا التواطؤ والتلاعب في المناقصات والمزايدات؛ لأنها تتم عادة بسرية، فالقليل منها يتم باتفاق رسمي مكتوب؛ لذا يتم الكشف عن أغلبها من خلال العديد من الأدلة، مثل: المحاولات المشبوهة، وتقارير السفر والنفقات، وسجلات الهاتف، والسجلات التجارية، أو فوز نفس الشركة بعروض مستمرة، أو بعض العروض أعلى بكثير من قوائم الأسعار المنشورة، أو العطاءات السابقة من قبل الشركات نفسها، أو تقديرات التكلفة الهندسية، أو قلة العدد المعتاد من المنافسين في تقديم عروضهم، أو وجود أسعار متطابقة، أو بقاء الأسعار لفترات طويلة من الزمن، أو احتواء المقترحات التي يتقدم بها مختلف البائعين على أخطاء مثل: الحسابات المتطابقة، أو الأخطاء الإملائية، أو الخط المماثل والمحرف.

غير أن هذه المؤشرات ليست دليلاً على التواطؤ دائماً، فالعطاءات الأعلى كما تأتي نتيجة تواطؤ قد تأتي نتيجة تقدير غير صحيح من المتقدمين، أو اعتقاد بنجاح العطاء لأسباب تجارية خاصة به، أو رغبة في البقاء على قائمة مقدمي العروض. وبالتالي، فتقديم عروض عالية ليست أمراً حتماً بانتهاك قوانين مكافحة المنافسة الضارة؛ بل إن هذه المؤشرات هي مجرد دعوة لمزيد من التحقيق لتحديد التواطؤ الضار من عدمه.

– الحد من العطاءات التواطئية:

يمكن القضاء على العطاءات التواطئية من خلال: توافر عدد كاف من مقدمي العطاءات الموثوق في مصداقيتهم، وتسهيل المشاركة في العطاءات بتقليل تكلفة تقديم العطاء، والسماح للشركات الصغيرة بالمشاركة، حتى مع عدم تمكنهم من التقدم بعطاء كامل، كذلك السماح للأجانب بالمشاركة إذا أمكن، واستخدام نظام إلكتروني لتقديم العطاءات^(١).

(١) انظر: إرشادات عامة لمكافحة التواطؤ بين مقدمي العطاءات في المناقصات العامة، منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، ٢٠٠٧م، ص ٨، ٩.

الفرع الرابع

تقييد عمليات التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع أو التسويق

ورد النص على ذلك الغرض في المادة ٦/د من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري بقولها: "يحظر الاتفاق أو التعاقد.... د- إذا كان بقصد تقييد عمليات التصنيع أو الإنتاج أو التوزيع أو التسويق للسلع أو الخدمات، ويشمل ذلك تقييد نوع المنتج أو حجمه أو الحد من توافره"^(١).

ويتم تقاسم الأسواق هنا على أساس تقاسم الكميات لا على أساس المناطق، أو العملاء، أو الفترات الزمنية، وهذه القيود كثيراً ما تطبق في القطاعات التي يوجد فيها فائض، أو التي تهدف إلى رفع الأسعار وفي إطار هذه المخططات، كثيراً ما تتفق المشروعات على أن تقصر الإمدادات على نسبة من مبيعاتها السابقة، ومن أجل تنفيذ ذلك، فإنه كثيراً ما يجري استحداث ترتيب تكون بموجبه المشروعات التي تباع بما يتجاوز حصتها مطالبة بدفع مبالغ من أجل تعويض تلك المؤسسات التي تباع دون مستوى حصصها.

(١) تلقى جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ١٩/٥/٢٠١٠م البلاغ المُقَدَّم من رئيس مجلس إدارة الشركة المصرية للاستثمارات الإعلامية العاملة في مجال دور العرض، بشأن الممارسات الاحتكارية في سوق توزيع الأفلام السينمائية وعليه، قام الجهاز بدراسة سوق توزيع الأفلام السينمائية المصرية في الفترة من عام ٢٠٠٧م إلى النصف الأول من عام ٢٠١٠م مما تبين معه وجود سبع شركات لتوزيع الأفلام السينمائية المصرية بالسوق المعنية، وهي كالأتي: المجموعة الفنية المتحدة، والشركة العربية للإنتاج والتوزيع، وشركة أوسكار، ومؤسسة الماسة، وشركة الأخوة المتحدين، وشركة أفلام النصر، وجهاز السينما. وانتهت الدراسة إلى وجود اتفاق على تقييد عمليات توزيع الأفلام المصرية داخل جمهورية مصر العربية بين شركات التوزيع، وقد أبرم هذا الاتفاق خلال اجتماعهم بغرفة صناعة السينما. هذا، وقد أوضحت الدراسة أن كل شركة من شركات التوزيع تمتلك مجموعة من دور العرض؛ وقد تضمن الاتفاق أن تقوم كل شركة بعملية توزيع الأفلام بدور العرض التابعة لها، بينما تمتنع عن توزيع الأفلام لدى دور العرض التابعة للشركة المنافسة، كما تقوم كل شركة من شركات التوزيع بتخصيص نسبة من الأفلام لدور العرض المستقلة بشرط التعامل الحصري وعدم عرض أفلام لأكثر من موزع في نفس الموسم، مما أدى إلى عدم قدرة دور العرض على تشغيل جميع الشاشات. وبناءً عليه، قرر مجلس إدارة جهاز حماية المنافسة مخالفة شركات التوزيع لنص المادة ٦/د من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الخاصة "بالاتفاق بين أشخاص متنافسة على تقييد عمليات التوزيع" وإحالة التقرير الذي أعده الجهاز لوزير التجارة والصناعة لإعمال سلطاته المنوطة إليه بموجب المادة (٢١) من القانون لتحريك الدعوى الجنائية ضد شركات توزيع الأفلام السينمائية المصرية، كما أمهل الجهاز الشركات المخالفة ٣٠ يوماً لإزالة المخالفة.

الفرع الخامس

الحد من المنافسة

ورد النص على ذلك في المادة السابعة من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري بقوله: "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين الشخص وأي من مورديه أو من عملائه، إذا كان من شأن الاتفاق أو التعاقد الحد من المنافسة".

مثال ذلك: قيام مورد بالاتفاق مع موزعيه على حد أدنى لسعر المنتج، بحيث يلتزمون به في حركة البيع، وهو ما يحرم المستهلك من الاستفادة من المنافسة السعرية بين الموزعين. وبالتالي، يضر المستهلك ويقيد المنافسة بين الموزعين وذلك مخالف لأحكام قانون حماية المنافسة، ويشكل أحد مظاهر الاتفاق الرأسي.

ومن الممارسات المخلة بالمنافسة أيضاً الحد من حرية تدفق السلع والخدمات إلى السوق المعنية، أو إخراجها منه عن طريق إخفائها أو تخزينها دون وجه حق أو الامتناع عن التعامل فيها، أو افتعال وفرة مفاجئة فيها تؤدي إلى تداولها بسعر غير حقيقي^(١).

ويكون تقدير ما إذا كان الاتفاق أو التعاقد بين الشخص وأي من مورديه أو عملائه من شأنه الحد من المنافسة، بناءً على الفحص الذي يجريه الجهاز لكل حالة على حدة، حيث تخضع الاتفاقات الرأسية في العديد من الجهات القضائية للسلطة التقديرية لها مستعينة بالعوامل الآتية:

- ١ - تأثير الاتفاق أو التعاقد على حرية المنافسة في السوق.
- ٢ - وجود فوائد تعود على المستهلك من الاتفاق أو التعاقد.
- ٣ - اعتبارات المحافظة على جودة المنتج أو سمعته، ومقتضيات الأمن والسلامة، وذلك كله على النحو الذي لا يضر بالمنافسة.
- ٤ - مدى توافق شروط الاتفاق أو التعاقد مع الأعراف التجارية المستقرة في النشاط محل الفحص^(٢).

ومع ذلك إذا ثبت ضرر تنافسي، فإن الخطوة التالية هي أن نسأل ما إذا كان هناك ما يبرر هذا الضرر بقصد تحقيق المنافسة أم لا^(٣). ويكون للجهاز السلطة التقديرية والصلاحيية في تحديد مدى تأثير الاتفاق على حرية المنافسة، ومدى وجود

(١) المادة ١/٥ - أ من مشروع قانون المنافسة الإماراتي الصادر عام ٢٠١٠م.

(٢) المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

(٣) David J. Gerber., Competition Law, Op Cit., p. 281.

فوائد منه للمستهلك، وضرورة وجود الاتفاق للحفاظ على جودة المنتج وسمعته، وهي عوامل قد تؤدي بالجهاز - إذا ما توافرت بشكل واضح ومؤكد - إلى قبول بعض الاتفاقات، وعدم اعتبارها مخالفة للقانون رغم أنها تشكل ضرراً بالمنافسة.

وجيز القول إن المشرع المصري قد أجهد نفسه في حصر الحالات التي يمكن أن تنتج عن الاتفاق غير المشروع، في الوقت الذي تعد فيه مسألة حصرها أمراً بعيد المنال في الواقع العملي حتى وإن بدا ذلك ممكناً من الناحية النظرية؛ لذا فمن المتصور أن يترتب على الاتفاق وجود آثار ضارة بالمنافسة^(١) ولا يتم تجريمها طالما أنها غير واردة بالمادة (٦، ٧) من القانون.

وهذا أمر محل نظر؛ لأن الأفعال المذكورة في المواد ٦، ٧ المقترنة بالأهداف المذكورة ليست هي جميع الأفعال التي تؤثر على المنافسة، ومن ثم لا ينبغي النظر إليها على أنها جامعة مانعة لكل أشكال التصرف الضار بالمنافسة رغم أنها تتضمن أكثر حالات الممارسات الضارة وقوعاً.

لذا ينبغي أن نضيف إلى صدر هذه المواد كلمة "على سبيل المثال" مثل المشرع الأردني في القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠٠٢م المتعلق بالمنافسة الذي نص في مادته الخامسة على هذه الأفعال على سبيل المثال، وكذلك التشريع الفرنسي والأوروبي والقطري^(٢) ذكروا كلمة (على الأخص)، وكذلك التشريع الأمريكي نص في المادة الأولى من قانون شيرمان على تجريم الاتفاقات والتكتلات والتجمعات، متى كان هدفها إعاقة المنافسة، كما جاء مشروع قانون المنافسة الإماراتي ليؤكد ذلك أيضاً.

إذاً ينبغي أن يكون نص المادة ٦، ٧ كالتالي: "يحظر الاتفاق أو التعاقد بين أشخاص متنافسة في أية سوق معينة إذا كان من شأنه إحداث أي مما يأتي على سبيل المثال"، ورغم ذلك فإن هناك تخوفاً من مخالفة ذلك لمبدأ الشرعية باعتباره أحد المبادئ الحاكمة للقانون الجنائي لخروجه عن التحديد والوضوح اللازم للنص الجنائي. والواقع أن هذا التخوف يتبدد بالنص في اللائحة التنفيذية على هذه البواعث، كما أن حصرها أمر يتنافى مع أصول التجريم التي لا تعول كأصل عام على الباعث من الجريمة فلا عبرة بالباعث.

(١) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢) المادة ٣ من القانون القطري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م المتعلق بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

الفصل الثاني

جريمة إساءة استغلال الوضع المسيطر

تمهيد وتقسيم:

تسعى الشركات والأفراد بقوة لكسب السوق، ولكن المشكلة هي أن يكون السلوك الضار جزءاً من إستراتيجية المنشأة التنافسية^(١)؛ لذا تعمل قوانين المنافسة عادة على مكافحة إساءة استغلال الوضع المسيطر من قبل المشروعات الفردية التي تهيمن على السوق كسعيها إلى مكافحة الاتفاقات غير المشروعة، لكونها قادرة على رفع أسعار منتجاتها أعلى من المستويات التنافسية، ومنع آخرين من المشاركة في السوق مما يشكل إضراراً مباشراً بالمستهلكين، ومع ذلك يجب احترام حق المشروعات المسيطرة على المنافسة بقوة على مزايا منتجاتها أو خدماتها.

ولما كان إساءة استغلال الوضع المهيمن جريمة من الجرائم الضارة بالمنافسة، فسوف يتم بيانها من خلال الشرط المسبق المتعلق بها، والركن المادي فيها. وفيما يلي بيان ذلك:

المبحث الأول

الشرط المسبق في جريمة إساءة استغلال الوضع المسيطر

- تمتع الفاعل بمركز مسيطر:

يتمثل الشرط المسبق في جرائم إساءة استغلال الوضع المسيطر في كون الفاعل يتمتع بمركز مسيطر، ويعرف المركز المسيطر بأنه: عبارة عن مقدرة اقتصادية يمتلكها مشروع معين، تمكنه من بسط سيطرته على السوق المعنية، دون أن يأخذ في اعتباره ردود فعل المنافسين أو العملاء، مما يمكنه من زيادة الأسعار دون خشية فقد المستهلكين^(٢).

(١) David J. Gerber., Competition Law, OP Cit., p. 285.

(٢)

د. خليل فيكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد ٢٧، مايو ٢٠٠٨م، ص ٤٢٩.

ويعمل المركز المسيطر^(١) على القضاء على المنافسة الفعلية^(٢)، لعدم إمكانية المشروعات الأخرى على مواجهته، حيث يفرض المهيمن سيطرته على السوق، ويحدد بمفرده سياسته بحيث تتحدد الأسعار وفقاً لمشيئته، وليس وفقاً لمعطيات السوق وتفاعلاته (قانون العرض والطلب)، ومن ثم تحويل الثروة من العملاء إلى المسيطر مما يترتب عليه عدم فاعلية الإنتاج^(٣).

(١) قد تنتج السيطرة عن مجموعة من العوامل كانتما للمشروع إلى مجموعة في السوق، أو الاتفاق بعدم المنافسة بين بعض المشروعات، وقد تنتج عن الشهرة التي تكتسبها المنتجات أو ضعف منافسيها. وهذا احتكار فعلي نتاج ظروف السوق واعتبارات الواقع، ومن أشهر الأمثلة على ذلك، احتكار شركة سكر الحوامدية لإنتاج السكر.

(٢) الاحتكار أمر محظور وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية بقوله (صلى الله عليه وسلم): "من احتكر فهو خاطئ"، رواه مسلم في صحيحه. ويقول (صلى الله عليه وسلم): "من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ وقد برئت منه ذمة الله ورسوله" ويقول (صلى الله عليه وسلم): "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس"، ويقول: "الجالب مرزوق والمحتكر ملعون". رواه ابن ماجه واحتكار السلع يوصف في العصر الحاضر: بالسوق السوداء؛ لأنها سوداء فعلاً على البائع؛ لأخذه أموال الناس بغير حق، ولا جهد، مما يجعله يستحق اللعن والبغض من الله ومن الناس، كما أنها سوداء على المشتري؛ لأنه يضطر إلى الشراء، مهما كانت حالته من فقر أو احتياج.

وتتمثل علة تحريم الاحتكار في دفع الظلم والضرر عن عامة الناس؛ لأن حبس السلع عن التداول، بقصد غلاء الأسعار، يؤدي إلى التضيق على عامة الناس، وإلحاق الضرر بهم، ودفع الضرر من مقصود الشرع في الخلق، حيث قال النبي (صلى الله عليه وسلم): "لا ضرر ولا ضرار"؛ دجمال محمد يوسف، الاحتكار ووسائل معالجته "دراسة فقهية مقارنة"، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٣) د. أحمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار، مرجع سابق، ص ٣٨٣. كما أنه في أوائل السبعينيات من القرن الماضي، تم إنشاء نظام يعرف بـ "نظام الحجوزات الإلكترونية (computerized reservations CRS)" من قبل شركات الطيران الجوي في الولايات المتحدة الأمريكية، وهو عبارة عن نظام آلي تستخدمه وكالات السفر في حفظ واستخدام معلومات عن تذاكر الطيران الخاصة بالسفر إلى وفي الولايات المتحدة الأمريكية. وكان يوجد نظامان لتنظيم الحجوزات الإلكترونية، أحدهما ملك لشركة يونايتد إيرلاينز (United Airlines)، والآخر ملك لشركة أميركان إيرلاينز (American Airlines) (ويشار إليهما فيما يلي بالمدعي عليهما). وقد لجأت شركات الطيران المنافسة الأخرى إلى النظامين لتسويق تذاكر الطيران الخاصة بهما، حيث كان المدعي عليهما يقومان بفرض رسوم رمزية على وكالات السفر التي تستخدم نظامهما، ولكن بالنسبة لشركات الطيران الأخرى، كانت قيمة الرسوم مرتفعة.

=

ويحدد المشرع المصري مقداراً معيناً لكي يعتبر المشروع مهيمناً^(١) حيث تنص

= وبناءً على ذلك، لجأت أربع شركات طيران متضررة من الرسوم المرتفعة (ويشار إليهم فيما يلي بالمدعين)، إلى القضاء الأمريكي على أساس أن المدعي عليهما - كل واحد على حدة - قاما بمخالفة الفقرة الثانية من قانون شيرمان من خلال إساءة استخدام وضعهما المسيطر (حيث اعتبر أن كل نظام سوق مستقل عن الآخر) وذلك بحرمان الشركات من استخدام خدمة "نظام الحجوزات الإلكتروني" التي تعد من قبيل المرافق الأساسية (essential facilities) بمقابل معقول. وقيامهما باستغلال وضعهما المسيطر في سوق خدمة "نظام الحجوزات الإلكتروني" للحصول على ميزة تنافسية في سوق النقل الجوي، ولقد رفض قاضي الأمور المستعجلة مطالب المدعي عليهما، فقام المدعون بعد ذلك باستئناف هذا الحكم. ولقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم المستعجل، وذلك؛ لأنه يجب أن يؤدي رفض استخدام المرفق الأساسي إلى عدم قدرة الشركات المنافسة في السوق وخروجها منه، وليس مجرد تكبد خسائر اقتصادية، حيث يجب أن تثبت الشركات المتضررة أنه لا توجد وسيلة للتنافس سوى استخدام هذا المرفق. وفي الحالة الماثلة، ارتأت المحكمة أن "نظام الحجوزات الإلكتروني" المطبق للتحكم من قبل المدعي عليهما لم يؤد إلى إقصاء المنافسة من السوق الجوي، الأمر الذي ينفي تكييف "نظام الحجوزات الإلكتروني" بالمرفق الأساسي. من ناحية أخرى، لكي يتم مخالفة الفقرة الثانية من قانون شيرمان، يجب على الشركة أن تستغل وضعها المسيطر في سوق منتج، لاحتكار سوق منتج آخر، وفي الواقع، لم يحاول المدعي عليهما الحائزان على وضع مسيطر في أسواق خدمة "نظام الحجوزات الإلكتروني" أن يتمتعاً بوضع مسيطر في سوق النقل الجوي؛ بل حاولا فقط الحصول على مجرد ميزة تنافسية، وهو الأمر الذي لا يكفي معه أن يمثل هذا الفعل مخالفة للفقرة الثانية من قانون شيرمان. انظر: نشرة يد واحدة، السنة الأولى، العدد الثالث، نوفمبر ٢٠١٠م. ص٢. متاحة على موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري http://www.eca.org.eg/ECA/upload/Announcement/Attachment_A/29/ECA%20Nuwsletter%20.pdf وقد تمت زيارته في ١٧/٥/٢٠١١م.

(١) أثناء دراسة لسوق اللحوم الحمراء المستوردة والمصنعة بناءً على طلب من وزير التجارة والصناعة بتاريخ ٢٦ ديسمبر ٢٠٠٧م، وقد انتهى مجلس إدارة الجهاز في يوليو ٢٠٠٩م إلى عدم وجود إساءة لاستخدام الوضع المسيطر لأي من الشركات العاملة في السوق حيث لم تتجاوز حصة أي منها ٢٥٪ من السوق المعنية، وبالتالي فإنه لا محل لفحص ممارسات الشركات في ضوء المادة (٨) من قانون حماية المنافسة. وكذلك ثبت من بلاغ آخر مقدم من الشركة الدولية للتجارة ضد شركة سيناء للمنجنيز وشركة جبس سيناء (جبسينا) تتضرر فيه من إساءة الأخيرتين استخدام وضعهما المسيطر لمنتج الجبس المكلسن، وقيامهما بحصر توزيعه على عدد قليل من الوكلاء وعدم قبول الشركة الشاكية كوكيل جديد لأي منهما، رغم وجود فائض من الإنتاج لديهما، بالرغم من إمكانياتها المتعددة في توزيع الجبس في جميع أنحاء الجمهورية وخصوصاً في القاهرة الكبرى، وقد تبين من الفحص أن الحصة السوقية لشركة سيناء للمنجنيز لم تتعد ١٢,٣٪ خلال الفترة محل الدراسة، الأمر الذي ينتفي معه توافر عناصر السيطرة لديها. في حين =

المادة ٤ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ م الخاص بالمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية على أن: "السيطرة على سوق معينة في تطبيق أحكام هذا القانون هي قدرة الشخص الذي تزيد حصته على (٢٥٪) من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الأسعار، أو حجم المعروض بها دون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك". وتحدد بعض التشريعات هذا المقدار بنسبة ٣٠٪ من مجمل معاملات السوق^(١)، أو (٤٠٪) من مجمل هذه المعاملات^(٢).

ويؤخذ على هذا التعريف أنه حدد نسبة معينة جزافاً كمعيار للتمييز بين الوضع المسيطر وبين غيره، وهذا أمر غير ملائم؛ لأنه من الممكن أن يكون الشخص مسيطراً على نسبة أقل من ذلك، ويسيء استغلال وضعه داخل السوق ولا يخضع للتجريم. وقد أخذ بذلك مشروع قانون المنافسة الإماراتي الصادر عام ٢٠١٠ م في مادته الأولى بقوله: "إن الوضع المهيمن هو الوضع الذي يُمكن أي منشأة بنفسها أو بالاشتراك مع بعض المنشآت الأخرى من التحكم أو التأثير على السوق المعنية".

يضاف إلى ذلك أن التحديد سيضع أي فرد تتعدى نسبته ٢٥٪ تحت نظر مأموري الضبط القضائي، وهو ما يكون له تأثيراً سلبياً على الاستثمار خصوصاً الشركات الأجنبية، كما أن إيراد المشرع نسبة معينة لا يتفق إطلاقاً مع المنافسة، إذ لا يمكن أبداً أن نتصور أن تكون هناك منافسة في ظل استحواذ ثلاث أو أربع شركات أو مؤسسات على السوق، الأمر الذي يجعل بقاء هذه النسبة على حالها للكشف عن المركز المسيطر حماية للاحتكار وليس للمنافسة^(٣).

وعليه كان من الأفضل الأخذ بمعيار موضوعي واقعي يسمح للجهة الفنية المختصة بتقدير وجود السيطرة في كل حالة على حدة، وهو قدرة المشروع على إحداث تأثير فعال في السوق (عرض - طلب - أسعار) دون أن تكون لمنافسيه أو لعملائه أو للمستهلكين القدرة على الحد من ذلك^(٤)؛ لذا جاءت اللائحة التنفيذية

= تخطت الحصة السوقية لشركة سيناء للجبس نسبة ٢٥٪ خلال عامي ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ م، مع عدم قدرة شركة سيناء للجبس على التأثير الفعال في الأسعار، أو حجم المعروض مما يعني انتفاء شروط السيطرة لدى شركة جبس سيناء، وبالتالي لا محل لفحص ممارساتها في إطار المادة (٨) من قانون حماية المنافسة.

(١) المادة ٩ / ب من قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ م.

(٢) المادة ٩ / ب من قانون المنافسة الأردني رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤ م.

(٣) العضو/ محمد محمد جويلي، مضبطة مجلس الشعب، جلسة ١٦ يناير ٢٠٠٥ م، ص ١٥.

(٤) النشرة الاقتصادية للبنك الأهلي المصري، العدد الأول، المجلد الثامن والخمسون، ٢٠٠٥ م، ص ٩٢.

للقانون المصري في المادة ٧ بقولها: تتحقق سيطرة شخص على سوق معينة بتوافر العناصر الآتية:

- زيادة حصة الشخص على (٢٥٪) من السوق المعنية، ويكون حساب هذه الحصة على أساس عنصر السوق من المنتجات المعنية، والنطاق الجغرافي معاً، وذلك خلال فترة زمنية معينة.
 - قدرة الشخص على إحداث تأثير فعال في أسعار المنتجات، أو في حجم المعروض منها بالسوق المعنى^(١).
 - عدم قدرة الأشخاص المنافسين للشخص على الحد من تأثيره الفعال على الأسعار، أو على حجم المعروض من المنتجات بالسوق المعنية.
- الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأن نسبة ٢٥٪ هي نسبة استرشادية؛ نظراً لحدثة الجهاز، حيث لا يمكن أن يقوم الجهاز بفحص كل شخص لديه ١٪ من السوق، وإنما من تزيد نسبته على ٢٥٪ هو من سيكون تحت نظر الجهاز، ولذا فهي ليست جريمة يعاقب عليها القانون، وإنما هي عبارة عن جرس إنذار من شأنه الإعلان عن مقدرة هذا الشخص إساءة استغلال وضعه المهيمن^(٢).
- ويمكن قياس الحصة السوقية من خلال القيم النقدية للمبيعات، أو عدد الوحدات المباعة، أو الطاقة الإنتاجية، أو حجم المخزون، ففي حالة تشابه المنتجات يمكن استخدام عدد الوحدات المنتجة، أما في حالة وجود اختلاف في الإنتاج من حيث الشكل والوزن والحجم، فإن المبيعات تستخدم كمؤشر للحصة السوقية، والطاقة الإنتاجية، غير أنه لا يعتمد عليها في حالة اختلاف نوعية المنتجات^(٣).

(١) وفقاً للبلاغ المقدم من الشركة العامة لمنتجات الخزف والصيني (شيني) ضد الشركة المصرية الألمانية للبورسلين، وقد ورد بالبلاغ محاولة الشركة المصرية الألمانية للبورسلين احتكار السوق ومحاولة إخراج الشركة العامة لمنتجات الخزف والصيني (شيني) من السوق عن طريق البيع بأسعار أقل من التكلفة، وبفحص البلاغ تبين عدم تمتع الشركة المشكو في حقها بالسيطرة على السوق المعنية، فعلى الرغم من توافر العنصر الأول من العناصر الواجبة لإثبات الوضع المسيطر، حيث تتعدى الحصة السوقية للشركة المشكو في حقها ٢٥٪ غير أنه لم يثبت قدرة الشركة المشكو في حقها على التأثير على حجم المعروض، أو الأسعار في السوق المعنية، وهو ما ينتفي مع العنصر الثاني من عناصر السيطرة، مما يعني أنه لا محل لفحص ممارسات الشركة في ضوء المادة (٨) من قانون حماية المنافسة.

(٢) مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الخامسة والعشرين، المنعقدة في ١٦ من يناير ٢٠٠٥م، ص ٥. ورد ذلك على لسان العضو طارق طلعت مصطفى.

(٣) أ. باسم مكحول، أ. نصر عطيان، مراجعة نقدية لمشروع قانون المنافسة الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، ٢٠٠٣م، ص ٦٠، ٥٦.

إضافة إلى عدد من العوامل لن تكون بالضرورة حاسمة إذا أخذ كل عامل منها على حدة منها^(١):

- حصة الشخص في السوق المعنية ووضعه بالنسبة لباقي المتنافسين.
- تصرفات الشخص في السوق المعنية في الفترة السابقة.
- عدد الأشخاص المتنافسة في السوق المعنية وتأثيرها النسبي على هيكل هذا السوق.
- مدى قدرة كل من الشخص ومنافسيه على الوصول إلى المواد اللازمة للإنتاج.
- وجود عقبات لدخول أشخاص آخرين السوق المعنية.

وبالنسبة للاتحاد الأوروبي تنص المادة ١٠٢ من المعاهدة الأوروبية التي حلت محل المادة ٨٦ من اتفاقية روما على أن: "أي إساءة استخدام من قبل واحد أو أكثر من المشروعات لمركز مسيطر داخل السوق المشتركة أو في جزء هام فيها سيتم منعه كمنافس للسوق المشتركة بالدرجة التي يمكن أن يؤثر بها على التجارة بين الدول الأعضاء. وتتمثل هذه الإساءات على وجه الخصوص في:

- ١ - فرض شروط بيع وشراء غير عادلة.
 - ٢ - الحد من الإنتاج أو الأسواق أو التطور التقني للمساس بالمستهلكين.
 - ٣ - التمييز في التعامل مع الأطراف التجارية الأخرى مما يضعهم في وضع تنافسي غير عادل.
 - ٤ - جعل إبرام العقود رهناً بقبول الأطراف الأخرى للالتزامات التكميلية التي بحكم طبيعتها أو وفقاً للعرف التجاري لا علاقة لها بموضوع هذه العقود.
- وتذكر محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي في الحكم الصادر في قضية "ميشلان" أن الوضع المهيمن وفقاً للمادة ٨٦ من معاهدة الاتحاد الأوروبي، يشير إلى قوة اقتصادية تعطي مؤسسة الأعمال القوة اللازمة لمنع الإبقاء على منافسة فعالة في السوق المعنية؛ لأنه يسمح للمؤسسة بأن تتصرف على نحو مستقل عن منافسيها وعملائها، وكذلك مستهلكي منتجاتها أو خدماتها^(٢).

(١) المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ م.

(٢) See, for instance, judgment of 9 November 1983 in Case 322/81, NV Nederland's Banden Industries Michelin v Commission, [1983] ECR-3461.

وقد أكدت مذكرة اللجنة الأوروبية عام ١٩٦٥م على أن السيطرة تكون "مبدئياً مسألة قوة اقتصادية، أو القدرة على أن تمارس تأثيراً على عمل السوق بدرجة هامة..." وهنا تثبت السيطرة بوجود إساءة في السلوك.

كما حددت المحكمة الأوروبية أن النصيب الذي يدل على السيطرة هو ٨٠٪^(١)، ويمكن أيضاً القول بوجود السيطرة في حال ما إذا بلغ النصيب من السوق حدود ٤٠-٥٠٪، غير أن ذلك يجب أن يوضع في الاعتبار بجانب عوامل أخرى مثل: عدد المنافسين، وقدرتهم الاقتصادية.

لذا رأت محكمة العدل الأوروبية في قضية "أكزو Akzo" أن السيطرة على أجزاء هامة جداً من السوق، وامتلاكها يعتبر في حد ذاته دليلاً على وجود مركز مهيمن، أو مسيطر فيما عدا ما يكون في الظروف الاستثنائية^(٢).

وبالنسبة للمشرع الأمريكي تحظر المادة الثانية من قانون شيرمان التجمع الضخم للقوة الاقتصادية بطرق غير شرعية، حيث تعاقب: "كل شخص يحتكر أو يحاول أن يحتكر أو يتحد أو يتآمر لاحتكار أي جزء من التجارة بين الولايات أو الدول الأجنبية..."

وقد قضت المحاكم الأمريكية في قضية شركة الألومنيوم^(٣) أن ثمة عنصرين يجب توافرها للتأكد من وجود الاحتكار غير المشروع وهما:

أولاً: امتلاك المنشأة التجارية لقوة احتكارية تمكنها من الهيمنة وفرض سيطرتها على أغلبية إنتاج السوق المقصودة، مما يترتب عليه القدرة على التحكم في الأسعار واستبعاد المنافسة.

ثانياً: إتيان المنشأة لتصرفات إرادية تستهدف المحافظة على القوة الاحتكارية^(٤).

(١) European Courts Judgements, 13. 2. 1979, HOFFMANN-LA ROCHE, CO. AG, BASLE v Commission, CASE 85/76, 1979. Judgment of the Court of 14 February 1978. United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities.

Case 27/76. (٢)

Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 3 July 1991, AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities, Article 86 - Eliminary practices of a dominant undertaking, Case C-62/86. (٣)

Supreme court of the united states, united states, v. Aluminum co. Of America et al, 148 f. 2d 416, no. 144. Circuit court of appeals, second circuit. March 12, 1945. (٤)

ويتطلب الكشف عن الوضع المهيمن ثلاث خطوات. أولها: تحديد السوق فيما يتعلق بتقييم قوة المشروع، وهذا يتطلب تعيين المنتج، أو الخدمة المعنية، ونطاقها الجغرافي، والخطوة الثانية: تقييم قوة الشركة في هذه السوق، والخطوة الثالثة: توافر سلوك يكون القصد منه إعاقة المنافسة، أو الحد منها.

وبذلك، يجب على المشرع المصري ألا يحدد نسبة معينة لتحقيق الوضع المسيطر، وأن يترك هذه المهمة للقضاء ليقدرها وفقاً لكل حالة على حدة؛ لأن القول بخلاف ذلك يفترض ثبات السوق على وضع معين، وهذا أمر ليس صحيحاً دوماً.

المبحث الثاني

السلوك الإجرامي في جريمة إساءة استغلال الوضع المسيطر

تمهيد وتقسيم:

ترتبط فكرة إساءة استغلال الوضع المسيطر في المقام الأول بالتصرفات والأفعال التي يقوم بها المشروع المسيطر، والتي من شأنها الإضرار بعملية المنافسة، وليس بطبيعة تكوين هذا المركز^(١). وقد أكدت محكمة العدل الأوروبية أنه لا يشترط

(١) د. عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ٨٣.

تم تجريم بعض الصور التي تؤدي إلى الوضع المسيطر بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨م في شأن الشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها، إذ تضمن هذا القانون بعض الأحكام التي تحد من إنشاء الاحتكارات في سوق توظيف النقد وإجراء المضاربات غير المشروعة، فحظرت المادة الأولى منه على غير الشركات المساهمة المقيدة في سوق رأس المال، تلقي الأموال من الجمهور أو توجيه الدعوى للاكتتاب العام، كما اشترطت المادة الثانية ألا يقل عدد الشركاء المؤسسين على عشرين شخصاً، ووضعت حداً أدنى لرأس المال خمسة ملايين من الجنيهات، وبحد أقصى خمسين مليون جنيه، ووضعت حداً أقصى للأموال التي يمكن للشركة أن تتلقاها من الجمهور بعشرة أمثال رأس المال المصدر، كما أوجب القانون على هذه الشركات إيداع الأموال التي تتلقاها خلال أسبوع بحساب خاص بأحد البنوك الخاضعة لإشراف البنك المركزي، وحظرت أية تحويلات من هذه المبالغ دون موافقة البنك المركزي.

كما نصت المادة ٣٤٥ عقوبات مصري على عقاب: "الأشخاص الذين تسببوا في علو أو انحطاط أسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها في المعاملات التجارية بنشرها عمداً بين الناس أخباراً أو إعلانات مزورة أو بإعطائهم للبائع أكثر مما طلبه أو بتواطؤهم مع مشاهير التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعة أو غلال على عدم بيعه أصلاً أو على منع بيعه بثمن أقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأي طريقة احتيالية أخرى، وهؤلاء يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كما تنص المادة ٤١٩ من قانون العقوبات =

الإضرار الفعلي؛ بل يكفي أن يكون صاحب المركز المهيمن بما يملكه من حصة سوقية لديه ميل نحو الإضرار بالمنافسة^(١). وتظهر هذه الإساءة من خلال العديد من الصور التي قد تكون في صورة فعل إيجابي أو سلبي. وفيما يلي بيان ذلك:

= الفرنسي على تجريم استخدام الوسائل الاحتياطية للمضاربة على خفض أو رفع الأسعار المصطنع للسلع والمنجات ذات الأهمية العامة أو الخاصة أو الشروع في ذلك ومن ثم، يبين من النص الفرنسي أنه جاء على نحو أكثر دقة وشمولاً للأحوال التي تؤدي إلى التلاعب بقانون العرض والطلب بصفة عامة، وليس لأحوال التلاعب بالسعر والذي يعد نتيجة أو أثراً له، فيجزم النص الفرنسي طرح كميات كبيرة من السلعة لا تتناسب ومعدلات الطلب الطبيعي بقصد إحداث اضطراب في الأسعار، وكذا يجرم الانفراد باحتكار السوق باختزان السلع في يد واحدة، وكذا التهديدات التي توجه لتجار التجزئة لإلزامهم بعرض السلع وفق مستويات وأسعار معينة. ولاشك أن النص المصري جاء خلوً من تجريم كافة هذه الأفعال التي تؤدي إلى تقييد عرض السلع وإنشاء الاحتكارات، واقتصر على تجريم التلاعب بالسعر فقط وفي حالة بعينها. وهذه المادة لم تجد تطبيقاً عملياً إلا مرة واحدة بحكم محكمة بني سويف الجزئية في ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٩م، فقد قضت المحكمة بإدانة صاحب آلة طحن، تسبب في إعلاء أجرة الطحن عن القيمة المقررة لها في المعاملات التجارية بواسطة اتفاقه مع أصحاب آلات الطحن الأخرى الموجودة في بلده على استئجار طواحينهم توصلوا إلى إيقافها حتى يتمكن بذلك من احتكار الطحن لنفسه (محكمة بني سويف الجزئية. حكم صادر في ٢٠/١٠/١٩٠٩م، عدد ١١، وقد أيدت محكمة الجنح والمخالفات المستأنفة ببني سويف هذا الحكم بحكمها الصادر في ١٢/١٢/١٩٠٩م. ولكن محكمة النقض والإبرام ألغته قائلة: "لا بد لوجود الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٠٠ عقوبات من توافر ثلاثة أركان أولها - نية إحداث علو أو انحطاط في الأسعار وثانيها - حصول الإعلاء أو الانحطاط في الأسعار فعلاً. وثالثها - استعمال طرق تكون بطبيعتها احتياطية للتوصل إلى هذا الإعلاء أو الانحطاط، وقد قررت المحكمة أن هذه الأفعال لا تشكل جريمة؛ لأنه وإن أثبتت محكمة الموضوع وجود نية إعلاء الأسعار وحصول ذلك فعلاً إلا أن الطرق التي استعملت للوصول إلى هذا الغرض لا تدخل مطلقاً تحت مدلول عبارة "أو أي طريقة احتياطية أخرى" الواردة في المادة ٣٠٠ عقوبات، وإنما من الطرق المشروعة الجائزة في المعاملات التجارية. (محكمة النقض. حكم صادر في ٥/٣/١٩١٠م. عدد ٧٥). نشر هذا الحكم بالنشرة الرسمية للمحاكم الأهلية السنة الحادية عشرة- ١٩١٠م، رقم ١٣٢، ١٣٣، ص ٥١.

(١) Judgment of 30 September 2003 in Case T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission (Michelin II), paragraph 239, and judgment of 17 December 2003 in Case T-219/99, British Airways plc v Commission (British Airways), paragraph 250.

المطلب الأول

السلوك الإيجابي في جريمة إساءة استغلال الوضع المسيطر

يتخذ السلوك الإيجابي في جريمة إساءة استغلال الوضع المسيطر العديد من الصور منها:

الفرع الأول

التسعير التمييزي والعدواني

يعتبر سعر السلعة بالإضافة إلى جودتها هما العاملين الأساسيان اللذان يجلبان أنظار المستهلكين، فعندما تكون السلعة المنتجة، أو الخدمة المؤداة على درجة عالية من الجودة، وبسعر منخفض فإنها تكون أكثر مبيعاً عن غيرها، غير أن بعض المشروعات قد تلجأ إلى التمييز في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل بين بائعين أو مشترين تتشابه مراكزهم التعاقدية، ويمارس هذا الفعل غالباً من جانب المشروعات التي لديها قدر كبير من المنتجات والأسواق والموارد المالية.

ومن مظاهر ذلك: البيع بسعر موحد بغض النظر عن الموقع (مهما كانت تكاليف النقل على البائع)، وكذلك البيع بسعر نقطة الأساس، حيث تسمى منطقة ما نقطة الأساس، ويتقاضى البائع رسوم النقل من تلك النقطة بغض النظر عن نقطة الشحن الفعلية وتكاليفها^(١).

وقد لا تقوم المنشأة المسيطرة ببيع السلعة، أو المنتج بسعر مختلف للمشتريين، ولكنها تقوم ببيع أحد المنتجات بسعر منخفض جداً أقل من التكلفة الحدية^(٢) يطلق

(١) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٢) يقصد بالتكلفة الحدية نصيب الوحدة من المنتجات من إجمالي التكاليف خلال فترة زمنية محددة، كما يقصد بالتكلفة المتغيرة التكلفة التي تتغير بتغير حجم ما يقدمه الشخص من منتجات خلال فترة زمنية محددة، كما يقصد بمتوسط التكلفة المتغيرة إجمالي التكاليف المتغيرة مقسوماً على عدد وحدات من المنتجات، ويراعى عند تحديد ما إذا كان المنتج يتم بيعه بسعر يقل عن تكلفته الحدية أو متوسط تكلفته المتغيرة ما يأتي:

- ١- ما إذا كان البيع يؤدي إلى إخراج أشخاص منافسين للشخص المسيطر من السوق.
- ٢- ما إذا كان البيع يؤدي إلى منع أشخاص منافسين للشخص المسيطر من الدخول إلى السوق.
- ٣- ما إذا كان يترتب على البيع قدرة الشخص المسيطر على رفع الأسعار بعد إخراج الأشخاص المنافسين له من السوق.
- ٤- ما إذا كانت الفترة الزمنية لبيع المنتج بسعر يقل عن تكلفته الحدية أو متوسط تكلفته المتغيرة تؤدي إلى تحقيق أي مما سبق. انظر: المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

عليه (التسعير العدواني) أو الافتراضي وهو أن تباع المنتجات والسلع والخدمات بأسعار أقل من تكلفتها بقصد طرد منافس، أو منع دخول منافس محتمل، وتحديد ما إذا كان التسعير الافتراضي من شأنه الحد من المنافسة أم لا يتم من خلال بيان العلاقة بين الأسعار والتكاليف والدلائل الأولية للنوايا المحظورة^(١).

وتستهدف المنشأة الاقتصادية من التسعير الافتراضي ما يلي:

١ - امتلاك وضع مسيطر على السوق يختلف تماماً عن الذي كان سائداً قبل ممارسة سياسة تحطيم الأسعار؛ مما يمكن معه بسهولة تعويض الخسائر التي لحقت بالمشروع المهاجم من خلال مرحلة التحطيم عن طريق رفع غير معتاد في الأسعار.

٢ - استعراض المقدرة المالية للمنشأة المسيطرة، وإظهار قدرتها على خوض حروب الأسعار^(٢).

٣ - تحقيق وضع احتكاري على منطقة جغرافية معينة من السوق، بحيث تتمكن من رفع الأسعار في تلك المنطقة من السوق مع التمهيد للسيطرة على منطقة جغرافية أخرى من خلال التصدير استخداماً لسياسة الإغراق.

٤ - العمل على التخلص من المنافسين والاستحواذ على أصولهم، حتى تضمن عدم عودتهم مرة أخرى إلى السوق بعد أن يتخلص من أسعار التحطيم بتبنيه أسعاراً جديدة مرتفعة^(٣).

وقد عاقب المشرع المصري على ذلك بقوله في المادة الثامنة: "يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأي مما يأتي: التمييز في أسعار البيع أو الشراء أو في شروط التعامل بين بائعين أو مشترين تتشابه مراكزهم التعاقدية"^(٤).

(١) E.g., Trujillo, "Predatory Pricing Standards under Recent Supreme Court Decisions and their Failure To Recognize Strategic Behavior as a Barrier to Entry," 19 J. Corp. L. 809 (1994).

(٢) Edward A. Ross., The American Journal of Sociology, Vol. 25, No. 2 (Sep., 1919), pp. 171:184., <http://www.jstor.org/stable/2763559> Accessed: 20/11/2010 04:48.

(٣) د. عمر محمد حماد، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، مرجع سابق، ص ١٣٨، ١٣٩.

(٤) قام جهاز حماية المنافسة بتاريخ ١٦/٥/٢٠٠٧م بدراسة لسوق مولات قصب السكر، تلقى الجهاز من وزارة التجارة والصناعة بتاريخ ١٦/٥/٢٠٠٧م صورة خطاب شركة السكر والصناعات التكاملية المصرية إلى وزارة الاستثمار بخصوص الرد على الشكوى المقدمة من =

= العضو المنتدب للشركة المصرية البلجيكية للاستثمارات الصناعية إلى وزارة التجارة والصناعة والتي تفيد وقوع أضرار وخسائر للشركة نتيجة تفرقة شركة السكر والصناعات التكاملية المصرية إحدى الشركات التابعة للشركة القابضة للصناعات الغذائية بينها وبين الشركات التابعة الأخرى للشركة القابضة للصناعات الغذائية في أسعار توريد منتج مولاس قصب السكر والذي يعتبر المادة الخام الرئيسية في إنتاج الخميرة مما يهدد استثمارات الشركة في مصر ويؤدي إلى الانسحاب من السوق لتلافي المزيد من الخسائر.

وأوضحت الشركة المصرية البلجيكية للاستثمارات الصناعية في شكاواها إلى وزارة التجارة والصناعة أنها من منتجي مادة الخميرة في جمهورية مصر العربية التي تستلزم كعنصر أساسي في عملية إنتاجها مولاس قصب السكر، الذي لا تقوم بإنتاجه في السوق المصرية سوى شركة السكر والصناعات التكاملية المصرية، وقد سبق لوزارة التجارة والصناعة طلب رأي استشاري من الجهاز في شأن الشكوى المقدمة للوزارة في ضوء الأحكام الواردة في قانون حماية المنافسة، وانتهى إلى اعتبار هذا السلوك يمثل مخالفة لنص المادة ٨ من قانون حماية المنافسة، وأوصى بضرورة توقف الشركة عن إتيان هذه الممارسات التي تضر بالمنافسة، وبناءً على رد شركة السكر والصناعات التكاملية يأمر الجهاز بإعادة النظر والبحث في الموضوع من جديد للتحقق من صحة الرد المقدم من الشركة في ظل البيانات الجديدة المتاحة لاتخاذ القرار.

وقد تضمنت الدراسة كافة البيانات والمعلومات المتاحة من مختلف الجهات الحكومية وغير الحكومية والإطلاع على كافة البحوث والدراسات المتاحة التي سبق إعدادها في هذا الصدد ومخاطبة شركة السكر والصناعات التكاملية والتي تعد المنتج الوحيد في السوق المصري لمولاس قصب السكر، كما تم مخاطبة الشركات المنتجة لمولاس بنجر السكر والشركات المنتجة للخميرة للحصول على البيانات الخاصة بها وإجراء العديد من المقابلات مع شركة السكر والصناعات التكاملية والشركة المصرية البلجيكية للاستثمارات الصناعية ورئيس مجلس المحاصيل السكرية بوزارة الزراعة.

وبناءً على التحليل القانوني والاقتصادي للمعلومات والبيانات التي حصل عليها الجهاز انتهى إلى أن شركة السكر والصناعات التكاملية تتمتع بالسيطرة على سوق مولاس قصب السكر المستخدم في صناعة الخميرة في جمهورية مصر العربية، حيث تستحوذ على حصة سوقية تزيد على ٢٥٪ من السوق المعنية (١٠٠٪ من السوق المعنية)، كما أن لها القدرة على التأثير الفعال من خلال ممارساتها المنفردة في الأسعار، وكذلك على حجم المعروض من منتج مولاس قصب السكر المستخدم في صناعة الخميرة في السوق دون أن يكون لباقي المتنافسين القدرة على الحد من هذا التأثير. وبالنظر إلى ممارسات شركة السكر والصناعات التكاملية في السوق المعنية تبين أنها تقوم بالتمييز بين مشتريين تتشابه مراكزهم التجارية في أسعار بيع مولاس قصب السكر المستخدم في صناعة الخميرة، وأن هذا التمييز يؤدي إلى إضعاف القدرة التنافسية لبعضهم أمام البعض الأمر الذي يشكل مخالفة لصريح المادة ٨ من قانون حماية المنافسة؛ لذا فقد انتهى مجلس إدارة الجهاز بجلسته ٢٩/٧/٢٠٠٨م إلى تكليف شركة السكر والصناعات التكاملية بإزالة المخالفة المشار إليها استناداً إلى المادة (١٠) من قانون حماية المنافسة، وذلك بأن تمتنع عن التمييز بين شركتي المصرية للنشا والخميرة والمنظفات من ناحية والشركة المصرية البلجيكية للاستثمارات =

وبذلك يكون المشرع المصري قد تبني معيار البيع بأقل من سعر التكلفة، بالإضافة إلى تمتع المشروع بمركز مسيطر في السوق، وذلك للمسؤولية عن البيع بسعر عدواني. وبناءً على ذلك يعتبر البيع بسعر التكلفة أمراً ليس ضاراً بالمنافسة؛ لأن خفض الأسعار من أجل زيادة نسبة البيع يعتبر تصرفاً قانونياً يشكل في الغالب جوهر المنافسة^(١).

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اعتبر في المادة ٤٢٠-٥ من قانون التجارة أنه من قبيل الممارسات المناهضة للمنافسة البيع بأسعار، أو عرض السلع بأسعار منخفضة للمستهلكين على نحو مغالٍ فيه مقارنة بتكاليف الإنتاج والنقل والتسويق، على أن تؤدي هذه الممارسات إلى إلغاء إحدى الشركات من السوق أو إعاقتها من النفاذ إلى السوق، أو أحد منتجاتها، وحتى تتحقق هذه الحالة، فإنه يتعين توافر مجموعة من الشروط وهي:

الشرط الأول: حدوث تخفيض في الأسعار أقل من التكلفة الكلية التي تحملها المنتج (تكاليف الإنتاج، والنقل، والتسويق، وأي تكاليف أخرى).

الشرط الثاني: أن يكون الهدف من وراء مثل هذا التخفيض إخراج المنافسين من السوق وصولاً إلى احتكاره.

الشرط الثالث: أن يتعلق ذلك بأسعار البيع إلى المستهلكين، ويقصد بالمستهلك هنا الشخص الطبيعي أو المعنوي صاحب الخبرة في المجال الذي يتعاقد فيه، والذي يتعلق بإشباع حاجاته الخاصة، ويستخدم في هذا الغرض فقط المنتج أو الخدمة التي يحصل عليها^(٢).

= الصناعية من ناحية أخرى في أسعار بيع مولاس قصب السكر المستخدم في صناعة الخميرة مع إخطار الجهاز بخطاب مصحوب بعلم الوصول بما تم من تعديل في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار الشركة بإزالة المخالفة، ثم رفع التقرير إلى الوزير المختص مرفقاً به نسخة من خطاب الجهاز للشركة بإزالة المخالفة وخطاب الشركة الوارد للجهاز والذي يفيد إزالة المخالفة وتعديل أوضاعها بما يتفق وأحكام قانون حماية المنافسة. انظر: موقع جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري http://www.eca.org.eg/ECA/upload/Announcement/Attachment_A/29/ECA%20Newsletter%20.pdf وقد تمت زيارته في ١٧/٥/٢٠١١م.

(١) د. عبد الناصر فتحي الجلوي، الاحتكار المحظور وتأثيره على حرية التجارة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٨٥.

(٢) د. محمد إبراهيم الشافعي، القانون المصري لحماية المنافسة وأثره على الاقتصاد المصري، مرجع سابق، ص ٣٧.

وبالنسبة للمشرع الأمريكي تنص المادة الثانية فقرة (أ) من قانون روبنسون باتمان الصادر عام ١٩٣٦م على أنه: "يحظر على أي شخص يعمل بالتجارة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر أن يميز في السعر بين مشتريين مختلفين لبضائع متماثلة في الدرجة والجودة، متى كان البيع المتضمن التمييز السعري قد تم في تبادل تجاري بين الولايات، وكانت هذه البضائع بيعت أو استخدمت للاستهلاك أو إعادة البيع داخل الولايات المتحدة أو أي إقليم أو مقاطعة كولومبيا أو أي مكان يدخل في ملكية أو سلطة الولايات المتحدة".

وبالبيع ليس المسؤول الوحيد عن انتهاك قانون روبنسون باتمان، بل يسأل المشتري أيضاً، فالمادة الثانية فقرة (و) تمنع أي شخص يعمل بالتجارة أن يطلب أو يتسلم عن علم سلعة بسعر مميز وفقاً للمادة ٢ (أ) حيث يطلق على هذه الفقرة بند المشتري، ولكي يتم تطبيق هذه الفقرة من المادة الثانية يجب على المدعي سواء أكان مدعياً خاصاً، أم مجلس التجارة الفيدرالي أن يثبت توافر العناصر الآتية:

أولاً: أن يكون السعر التمييزي محل البحث يخالف بشكل فعلي المادة ٢ فقرة (أ).
ثانياً: أن تكون مخالفة البائع للفقرة (أ) وليست الفقرات (ج، د، هـ) فلو تلقى مشتري لعمولة تمييزية أو سمسة أو حصص تعزيزية، فسوف يتم تطبيق نص الفقرة (ج)، حيث إن هذه الفقرة تطبق بالتساوي على البائعين والمشتريين.
ثالثاً: أن يكون المستفيد من السعر التمييزي مشترياً في مفهوم نص الفقرة (و).
رابعاً: أن يكون المشتري (المتهم بالمخالفة) يعمل بالتجارة داخل الولايات المتحدة الأمريكية، وكانت استفادته من هذا التمييز نتيجة لهذه التجارة.
خامساً: أن يكون المشتري طلب أو استلم عن علم السعر التمييزي المحظور.
وفي المقابل يستطيع المشتري أن يتجنب المسؤولية وفقاً للفقرة (و) لو استطاع إثبات العناصر التالية:

- ١ - أن السعر التمييزي لم يكن له أي تأثير على المنافسة.
- ٢ - أن السعر التمييزي كان نتيجة مبررات معينة مثل: التكلفة، أو تغيير الظروف.
- ٣ - عدم علم المشتري أنه يشتري بسعر تمييزي.

- التمييز المبرر في الأسعار:

التمييز في الأسعار ليس دائماً محل تجريم؛ فقد يسمح القانون صراحة بالتمييز نتيجة الاختلاف في تكلفة التصنيع، أو البيع، أو التوزيع، أو تغير الظروف مثل: انتهاء موسم البضائع أو الأغذية، كذلك قد يكون هذا التمييز نتيجة ركود السوق وقلة الطلب

على السلعة، فيقوم المنتج بتخفيض الثمن، وقد تكون السلعة المنتجة عرضة للتلف وقرب وقت انتهاء صلاحيتها؛ فيقوم المنتج بتخفيض الأسعار، إضافة إلى بعض الممارسات التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالتجارة الدولية، والعلاقات الاقتصادية، ومن أنواع التمييز المبرر^(١):

– التمييز بين الأشخاص:

يتضح هذا التمييز في الصفقات الخاصة بين الأشخاص، وكذلك حسب تقدير حجم دخل الفرد، حيث يتوقف التسعير على القوة الشرائية للفرد (المستهلك)، وهذا يطبق بكثرة لدى الأطباء، والمحامين، وأصحاب المهن الحرة.

– التمييز بين المجموعات:

يكون هذا التمييز بقصد تحقيق بعض الأهداف منها:

- ١ – إرهاب المنافسة بهدف التخلص منه.
- ٢ – إغراق الفائض: البيع بأسعار أدنى في الأسواق الأجنبية، حيث يكون الطلب أكثر مرونة. وهو أمر شائع بالنسبة للأدوية، والفولاد، وأجهزة التلفزيون والسلع الأخرى؛ لأن الشكاوى المتعلقة بالإغراق غالباً ما تفشل في تحقيق أغراضها.
- ٣ – تشجيع الزبائن الجدد: وهذا أمر شائع في مجال الاشتراك في المجلات، لإغراء الزبائن الجدد، وغالباً ما يعزز ذلك المنافسة.
- ٤ – تفضيل العمليات الكبرى: وهنا تكون خصومات الحجم أكبر من الفوارق في التكلفة وهو أمر شائع جداً في العديد من الأسواق؛ وخصوصاً في أسواق المرافق العامة.
- ٥ – التقسيم حسب المرونة: وهذا أمر شائع في أسواق المرافق العامة.

– التمييز بين المنتجات:

يكون هذا التمييز مستنداً إلى العديد من العوامل منها:

- ١ – اسم الصانع: فالأسماء الرائجة والمرغوبة (الأكثر شهرة) تجلب سعراً أعلى، حتى وإن كانت السلعة من نفس الماركة العادية.
- ٢ – التخلص من المخزون: ويكون ذلك في مواسم معينة (الاوكانيونات)؛ وذلك للتخلص من المخزون، غير أنها يمكن أن تزعزع أوضاع الزبائن والمنافسين إذا كانت نتيجة دعاية كاذبة.

(١) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٣٧، ٣٨.

٣ - الفوارق بين فترات الذروة والركود: فقد تتفاوت الأسعار بصورة أقل، أو أكبر من تفاوت التكلفة، وذلك بين فترات الذروة، وفترات الركود، وهذا أمر يكاد يكون عاماً في أسواق المرافق العامة.

وللوقوف على طبيعة التمييز الذي يشجع المنافسة أو يحد منها، تقوم سلطات المنافسة بتقييم مدى قانونية الممارسة فيما يتعلق بآثارها الاقتصادية على الأسواق المعنية، ووضع أصحاب الشأن في الأسواق.

ونهايةً، يجب أن يتضمن التجريم أيضاً الأحكام والشروط المتعلقة بشروط بيع السلع وتقديم الخدمات. وبالتالي، فإن تقديم تسهيلات ائتمانية أو خدمات تباعية تباينية في توريد السلع والخدمات يمكن أن يكون تمييزياً أيضاً^(١).

الفرع الثاني صفقات الترابط

يقصد باتفاقات الربط اتفاق يتم بمقتضاه عدم بيع سلعة معينة إلا مقترنة بسلعة أخرى، أو عدم تأدية خدمة إلا مقترنة بخدمة أخرى، وقد يكون الارتباط ضرورياً بحكم الاستعمال، أو يكون أحدهما مفيداً حال استعماله مع المنتج المرتبط به. وقد يكون المنتج المرتبط مُدمجاً في داخل المنتج الرابط، أو متكاملًا معه في التركيب، بحيث يتحتم شراؤهما معاً، ويمثل ذلك عبئاً على المشتري الذي لا يريد شراء المنتج المربوط، إضافة إلى تحطيمه المنافسة بالنسبة للمنتج المربوط^(٢).

وقد عرفت المحكمة العليا للولايات المتحدة صفقات الترابط بأنها: "اتفاق يعقده أحد الأطراف لبيع أحد المنتجات، ولكن بشرط أن يأخذ المشتري مُنتجاً مُختلفاً (أو مُلأزماً) أو على الأقل يوافق على أنه لن يشتري ذلك المنتج من أي مورد آخر"^(٣).

وقد حظر المشرع المصري هذا الفعل في المادة ٨ من قانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م بقوله: "يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بتعليق إبرام عقد اتفاق بيع أو شراء لمنتج على شرط قبول

(١) المادة ١/٤٩ من قانون الممارسات التجارية الاسترالي لسنة ١٩٧٤م.

(٢) supreme court of the united states, brown shoe co., inc., v. United states, 370 u.s. 294, no. 4. Argued December 6, 1961 - decided June 25, 1962.

(٣) United States Court of Appeals, Ninth Circuit. - 550 F.2d 1207, March 29, 1977. As Amended on Denial of Rehearing and Rehearing En Banc June 24, 1977.

التزامات أو منتجات تكون بطبيعتها أو بموجب الاستخدام التجاري للمنتج غير مرتبطة به" ^(١).

كذلك تعاقب المادة ١٠٢ من معاهدة الاتحاد الأوروبي على البيع المرتبط، حيث حظرت قيام المشروع المسيطر بربط إبرام العقد بقبول المتعاقد الآخر المنافس له الالتزام بأداء آخر لا تربط بينهما وبين موضوع العقد أية رابطة.

لذا، فقد ادعى ممثلو المفوضية الأوروبية ^(٢)، وشركة Novell المتعددة الجنسيات للبرامج والخدمات، وشركة Microsystems Sun أن شركة "مايكروسوفت" تكتُم معلومات حيوية لازمة لجعل كمبيوترات الشبكات في أنظمة "صن" تعمل بسهولة ويسر مع الأجهزة التي تدار ببرنامج "ويندوز". وتدعي الشركة في شكاوها أنها والشركات التي على شاكلتها مضطرة إلى الاعتماد على برنامج "ويندوز"، شأنها في ذلك شأن حاجة شركات السكك الحديدية إلى استخدام الجسر الوحيد الذي يعبر النهر، كما أنها تعسفت في استخدام موقعها المسيطر في السوق على أنظمة تشغيل الكمبيوتر، من خلال منع أو تقييد المنافسة في الأسواق الأخرى، والتي تتعامل في برنامج تشغيل الصوت والفيديو وبرامج تشغيل الكمبيوتر الرئيس في الشبكات ^(٣).

ووجدت دعوى شركة "صن" طريقها إلى مقر المديرية العامة للمنافسة والمساعدات الحكومية، التابعة للمفوضية، والمعروفة اختصاراً في بروكسيل باسم

(١) مثال ذلك: أن تمتلك شركة ٧٠٪ من سوق الثلاجات في مصر، ولديها القدرة على التحكم في أسعار الثلاجات، وحجم المعروض منها في السوق نظراً؛ لأن باقي المنافسين لا تزيد حصة أي منهم في السوق عن ٧٪ ولم يستطيعوا بالتالي الحد من قدرة الشركة على التحكم في الأسعار أو حجم المعروض، وبالتالي تتوافر للشركة عناصر السيطرة على السوق؛ حيث تقوم هذه الشركة بإجبار عملائها على شراء جهاز تكييف مع كل ثلاجة، فلا يستطيعوا شراء الثلاجة إلا إذا قاموا بشراء جهاز التكييف. بذلك تكون هذه الشركة مخالفة للمادة (٨/د) من قانون حماية المنافسة.

(٢) تحمل الاتحاد الأوروبي مهمة شاقة في ملاحقة شركة مايكروسوفت عملاق صناعة البرمجيات الأمريكي، أثناء اتهامها بمخالفة قوانين المنافسة في الاتحاد الأوروبي، وكانت "مايكروسوفت" لأكثر من خمس سنين محل تحقيق خاص بمنع الاحتكار تضطلع به المفوضية، التي تمثل الذراع التنفيذية للاتحاد الأوروبي، وكانت بداية القصة مجرد تحقيق روتيني في كانون الأول (ديسمبر) ١٩٩٨م، لكن الأمور تصاعدت إلى أن أصبحت معركة يتحدث الكل عنها على أنها أكبر تحقيق لمنع الاحتكار في التاريخ الأوروبي.

(٣) "EU looks to wrap up Microsoft probe". CNET News. com. http://www.news.com/2100-1001_3-941090.html.

"DG Comp." والوحدة المسؤولة في هذا المجال هي "C3" التي تتولى رصد قطاع البرمجيات.

ولم تكتف المفوضية الأوروبية منذ عام ٢٠٠١م بمتابعة الشكوى التي تقدمت بها شركة صن، وإنما شرعت كذلك في متابعة ومراقبة قرار شركة مايكروسوفت الخاص بدمج برامجها المتعلقة بجهاز تشغيل المواد الإعلامية المختلفة في نظام "ويندوز"، مما يسمح للمستخدمين بالاستماع والنظر إلى المقطوعات والعروض الموسيقية، وأفلام الفيديو من خلال حواسيبهم. وهنا رأى مدير المديرية العامة للمنافسة والمساعدات الحكومية والمسؤولون العاملون معه أن دمج الاثنين معاً يتعارض مع القاعدة المطبقة منذ فترة طويلة، والتي تمنع الشركات المسيطرة من "ربط" منتجها الرئيسي بمنتج آخر. وبالتالي، فهي تتعارض مع المادة ٨٢ من معاهدة الاتحاد الأوروبي، والتي تمنع الشركات من استغلال وضعها المسيطر.

وقد عملت مايكروسوفت على الخروج من الأزمة من خلال تحريض زبائنها مثل: حلف شمال الأطلسي، والشرطة الأيرلندية، والجيش الفرنسي، ووزارة الداخلية الألمانية على إرسال ٤٨ رسالة إلى المديرية العامة للمنافسة والمساعدات الحكومية التابعة للمفوضية في أوائل عام ٢٠٠١م، تنكر فيها وجود أي مشاكل تتعلق "بتشابك التشغيل" بين الأجهزة الحاسوبية التي تصنعها شركات مختلفة بما في ذلك شركة صن مايكروسوفت؛ غير أن المسؤولين في المديرية العامة للمنافسة والمساعدات الحكومية، التابعة للمفوضية توصلوا إلى أن رسائل هذه الزبائن متشابهة تماماً في صياغتها، وأن بعضها جرت كتابته في شركة مايكروسوفت. وقد برر محامي شركة مايكروسوفت ذلك بقوله: "إننا لاحظنا أن المفوضية الأوروبية أصبحت أكثر عداءً لنا".

كما أجرى الاتحاد الأوروبي في مايو ٢٠٠٨م التحقيق في دعم مايكروسوفت لكيفية تنسيق الوثائق المفتوحة^(١)، وكذلك في يناير ٢٠٠٩م، أعلنت المفوضية الأوروبية أنها ستتحقق في تجميع إنترنت إكسبلورر مع أنظمة التشغيل ويندوز من مايكروسوفت، قائلة إن: "ربط مايكروسوفت إنترنت إكسبلورر في نظام التشغيل ويندوز يضر بين متصفحات الويب، ويقوض ابتكار المنتجات ويقلل في نهاية المطاف من اختيار المستهلك".

ورداً على ذلك، أعلنت شركة مايكروسوفت أنها لن تقوم بربط إنترنت إكسبلورر

EU says to study Microsoft's open-source step.

(١)

مع ويندوز E7، ونسخة من ويندوز ٧ ليتم بيعها في أوروبا^(١)؛ لذا وافق الاتحاد الأوروبي في ١٦ ديسمبر ٢٠٠٩م، على السماح للمتصفحات المتنافسة مع مايكروسوفت بالسماح للمستخدمين باختيار واحد من اثني عشر منتجاً مدرجة في ترتيب عشوائي^(٢) وهم:

Avant, Chrome, Fire fox, Flock, Green Browser, Internet Explorer, K-Meleon, Maxthon, Opera, Safart., Sleipnir, and Slim which are accessible via Browser Choice. eu.

وبالنسبة للولايات المتحدة تنعقد المسؤولية الجنائية عن هذا الفعل بموجب المادة الأولى من قانون شيرمان، والمادة الثالثة من قانون كلايتون، وكذلك المادة الخامسة من قانون لجنة التجارة الفيدرالية بشرط: ١- تعلق الأمر بمنتجين منفصلين، ٢- عدم إتاحة المدعي عليه لعملائه من خيار سوى شراء المنتج المفروض بغية الحصول على المنتج الذي يريده، ٣- تأثير هذا الاتفاق على حجم كبير من التجارة بين الدول.

واعتبرت المحاكم الأمريكية اتفاقات الربط مخالفة للقانون في حد ذاتها، ولكن المحاكم تقوم بدراسة متعمقة في تحديد السوق بالنسبة للسلعة المرتبطة والقوة السوقية التي يتمتع بها البائع، مما يجعل المحاكم في حالة اتفاقات الربط أقرب إلى تطبيق قاعدة "حكم المنطق" rule of reason.

وقد تصدت الحكومة الأمريكية لمثل هذه الممارسات منها على سبيل المثال: التحقيق الذي أجرته لجنة التجارة الاتحادية عام ١٩٩١م لبيان ما إذا كانت مايكروسوفت استغلت احتكارها لنظام التشغيل أم لا، وكانت المفاوضات بين الشركة ولجنة التجارة الفيدرالية قد وصلت إلى طريق مسدود مع المفوضين عام ١٩٩٣م وأغلقت التحقيق، ولكن وزارة العدل فتحت تحقيقاً خاصاً بها في ٢١ أغسطس من ذلك العام، وقد تمت تسويته في ١٥ يوليو ١٩٩٤م، بناءً على عدم الربط بين منتجات هذه الشركة، وقد ظهر ذلك لأول مرة في نظام ويندوز ٩٥.

(١) Working to Fulfill our Legal Obligations in Europe for Windows 7. Microsoft Corporation 11/6/2009..

<http://microsoftontheissues.com/cs/blogs/mscorp/archive/2009/06/11working-to-fulfill-our-legal-obligations-in-europe-for-windows-7.aspx>.

(٢) Chan, Sharon 17/12/2009. "Microsof, EU settle browser uproar". Seattle Times. <http://www.thesunnews.com/business/story/1219411.html>.

كما ادعت شعبة مكافحة الاحتكار و٢٠ ولاية أمريكية في ١٨ مايو ١٩٩٨م وجود اتفاقات ربط مخالفة للقانون في دعوى شركة مايكروسوفت الأمريكية، وكان أحد الاتفاقات يتعلق بالربط بين منتجات تكنولوجيا مدمجة في منتجات أخرى، بحيث إذا تم شراء أحدهما يكون حتماً على العميل شراء المنتج الآخر، والذي يربط منتجاً مختلفاً ومستقلاً عنه لا يتمكن منه، وهذه المنتجات هي نظام التشغيل Windows "ويندوز" ومستعرض الإنترنت "إنترنت إكسبلورر". Internet Explorer وكان ذلك بناءً على ادعاء شعبة مكافحة الاحتكار و٢٠ ولاية أمريكية في ١٨ مايو ١٩٩٨م؛ لأنها أساءت احتكار مركزها المهيمن، وبذلك تكون مايكروسوفت مسؤولة عن اتفاقات ربط؛ حيث يجب أن يكون كل مستخدم ويندوز لديه نسخة من إنترنت إكسبلورر، غير أن مايكروسوفت بررت ذلك على أساس أن اندماج مايكروسوفت ويندوز، وإنترنت إكسبلورر يساعد على الابتكار، ويحقق المنافسة؛ لأن المنتجين مرتبطين ارتباطاً لا ينفصم، وأن المستهلكين يحصلون على جميع هذه المزايا مجاناً.

كما أقامت وزارة العدل الأمريكية في أكتوبر دعوى قضائية ضد مايكروسوفت لإصدارها قراراً في ١٩٩٤م يجبر صانعي الكمبيوتر على أن يكون متصفح إنترنت جزءاً من تثبيت برامج ويندوز.

وقد أصدر القاضي جاكسون في ٣ أبريل ٢٠٠٠م، حكماً أكد فيه أن مايكروسوفت كانت قد ارتكبت احتكاراً أو محاولة احتكار، وانتهكت البندين ١، ٢ من قانون شيرمان، وعلاجاً لذلك يجب تقسيم مايكروسوفت إلى وحدتين منفصلتين، الأولى لإنتاج نظام التشغيل، والثانية لإنتاج مكونات البرامج الأخرى.

وبعد أن أصدر القاضي حكمه في ٢٦ سبتمبر ٢٠٠٠م^(١)، حاولت مايكروسوفت اللجوء مباشرة إلى المحكمة العليا للولايات المتحدة للطعن عليه. ومع ذلك، رفضت المحكمة العليا النظر في الاستئناف، وأعادت القضية إلى محكمة الاستئناف الاتحادية.

وألغت دائرة العاصمة بمحكمة الاستئناف حكم القاضي جاكسون ضد مايكروسوفت على أساس أن القاضي "جاكسون" قد تحدث إلى وسائل الإعلام مما يشكل سلوكاً غير أخلاقي يتعارض مع مدونة قواعد سلوك القضاة في الولايات المتحدة^(٢)؛ لذا كان لابد من تنحيه عن القضية، وقد أعادت محكمة الاستئناف القضية

(١) U.S. v. Microsoft: Court's Findings of Fact (Archive at: <http://www.webcitation.org/query?id=1298665666970544>).

(٢) Judiciary Policies and Procedures: Codes of Conduct.

إلى المحكمة المختصة للبحث عن علاج مناسب في أضيق نطاق من المسؤولية، وقد تم اختيار القاضي كولين كولار كوتلي لسماع القضية.

وخلال عام ٢٠٠١م في السادس من سبتمبر أعلنت وزارة العدل أنها لم تعد تسعى لتفريق مايكروسوفت، وستسعى بدلاً من ذلك إلى تطبيق أقل العقوبات؛ لذا اتفقت وزارة العدل مع مايكروسوفت على تسوية القضية في ٢ نوفمبر ٢٠٠١م، على أساس تبادل نظم برمجة التطبيقات مع شركات خارجية، وتعيين لجنة من ثلاثة أشخاص يكون لهم حق الوصول بالكامل إلى أنظمة مايكروسوفت، والسجلات، وشفرة المصدر لمدة خمس سنوات من أجل ضمان الامتثال^(١)، وقد صممت في المقام الأول متطلبات التسوية لضمان وجود إجراءات مراقبة صارمة وشروط واضحة لمنع مايكروسوفت من الانخراط في "السلوك الافتراضي" أو غيرها من الممارسات التي قد تشكل "حاجزاً للدخول".

ومع ذلك، لم تطلب وزارة العدل من مايكروسوفت تغيير أي من نظمها ولا منعها من ربط البرامج الأخرى مع ويندوز في المستقبل. وفي ٥ أغسطس ٢٠٠٢م، أعلنت شركة مايكروسوفت أنها سوف تقدم بعض التنازلات في سبيل تحقيق التسوية النهائية المقترحة قبل حكم القاضي في ١ نوفمبر ٢٠٠٢م. وقد تم قبول تلك التسوية من قبل المدعين باستثناء تسع ولايات هم: (California, Connecticut, Iowa, Florida, Kansas, Minnesota, Utah, Virginia and Massachusetts) وفي يوم ٣٠ يونيو ٢٠٠٤م، أقرت محكمة الاستئناف الأمريكية التسوية مع وزارة العدل، ورفض اعتراضات ولاية Massachusetts التي ترى أن العقوبات ليست كافية.

وقد ترتب على التسوية استئثار شركة مايكروسوفت بنظام ويندوز بموجب الشروط التعاقدية التي تقضي على حرية المنافسة، وقد انتهت التزامات مايكروسوفت بموجب التسوية بصيغتها الأصلية يوم ١٢ نوفمبر ٢٠٠٧م^(٢).

ومع ذلك، وافقت مايكروسوفت في وقت لاحق على التمديد لمدة سنتين، أو حتى لعام ٢٠١٢م إذا كان المدعون يرغبون في ذلك، غير أن المحكمة لم توافق بعد على التغيير في الشروط اعتباراً من مايو ٢٠٠٦م^(٣).

(١) "United States of America, Plaintiff, v. Microsoft Corporation, Defendant", Final Judgement, Civil Action No. 98-1232, 12 November, 2002.

(٢) Microsoft Consent Decree Compliance Advisory - August 1, 2003: U.S. v. Microsoft (Archive at <http://www.webcitation.org/query?id=1298667520478059>)

(٣) ATR -SV-DIV401; MDE; 15906; 7 (Archive at: <http://www.webcitation.org/query?id=1298667420478068>)

الفرع الثالث

تقاسم الأسواق والعملاء

يعاقب المشرع المصري على ذلك الفعل في المادة ٨/ج من قانون حماية المنافسة المصري بقوله: "يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأي مما يأتي....فعل من شأنه أن يؤدي إلى الاقتصار على توزيع منتج دون غيره، على أساس مناطق جغرافية أو مراكز توزيع أو عملاء أو مواسم أو فترات زمنية، وذلك بين أشخاص ذوي علاقة رأسية"^(١).

ويشكل هذا التصرف جانباً من ترتيبات التعامل الحصري، ويمكن وصفه بأنه ممارسة تجارية تحصل بموجبه مؤسسة أعمال على الحقوق الحصرية، داخل إقليم معين في كثير من الأحيان، من أجل شراء أو بيع، أو إعادة بيع سلع، أو خدمات مؤسسة أعمال أخرى.

والتقاسم الإقليمي يمكن أن يتخذ شكل تحديد إقليم معين للموزع من جانب المورد، مع الأخذ في الاعتبار ألا يبيع الموزع إلى عملاء خارج الإقليم، ولا إلى عملاء قد يبيعون بدورهم المنتجات في منطقة أخرى من الإقليم.

(١) قام جهاز حماية المنافسة بتاريخ ١٢/١١/٢٠٠٧م بفحص بلاغ قدم من رئيس مجلس إدارة شركة للمنتجات الزجاجية ضد شركة تعمل في قطاع إنتاج الزجاج المسطح ومجموعة من التجار يمثلون الموزع الوحيد لهذه الشركة. وقد انتهى الفحص الذي أجراه الجهاز إلى توافر عناصر السيطرة للشركة المشكو في حقها وفقاً للمادة (٤) من القانون، حيث تستحوذ على حصة سوقية تزيد على ٢٥٪ من السوق المعنية خلال فترة الدراسة، كما أن لها القدرة على التأثير الفعال من خلال ممارساتها المنفردة في الأسعار وحجم المعروض من منتج الزجاج المسطح في السوق دون أن يكون لباقي المتنافسين القدرة على الحد من هذا التأثير. وبالنظر إلى ممارسات الشركة المشكو في حقها تبين إلزام الشركة المشكو في حقها، والتي تتمتع بالسيطرة على السوق المعنية، مجموعة الموزع المشكو في حقه بعدم الاستيراد أو التجارة أو التعامل في زجاج مستورد من الخارج إلا للأصناف التي لا تقوم بإنتاجها، وذلك وفقاً للبند (٩) في العقد بين الطرفين، وقد تبين مخالفة هذا البند من العقد للمادة ٨ج من أحكام قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، حيث أدى الاتفاق الحصري إلى عدم استيراد المنتجات البديلة من الخارج، وبالتالي حرمان المستهلك من المنافسة السعرية بين المنتجات المستوردة ومثيلاتها المنتجة من الشخص المسيطر. ووفقاً للمادة (٢٠) من قانون حماية المنافسة كلف جهاز حماية المنافسة شركة الزجاج المسطح بإزالة المخالفة المشار إليها وذلك بإلغاء البند رقم (٩) من التعاقد المبرم بينها وبين مجموعة "الموزع الوحيد"، مع إخطار الجهاز بخطاب مصحوب بعلم الوصول بما تم من تعديل في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار الشركة بإزالة المخالفة، وقد قامت الشركة بإزالة المخالفة والتصالح مع الوزير المختص بعد سداد مثلي الحد الأدنى للغرامة.

وتتصل عمليات تقاسم العملاء بالحالة التي يشترط فيها المورد على البائع أن يبيع فقط إلى فئة محددة من العملاء مثل تجار التجزئة فقط. وأسباب هذا الاشتراط هي رغبة المنتج في المحافظة على سمعة أو جودة المنتجات أو ترويجها، أو أن المورد قد يرغب في أن يحتفظ لنفسه بمبيعات الجملة إلى كبار المشترين، مثل بيع السيارات إلى مستعملي أساطيل السيارات أو البيع إلى الجهات الحكومية. وقد يستهدف تقاسم العملاء أيضاً قصر المبيعات النهائية على منافذ معينة، كتجار التجزئة المعتمدين الذين يلبون شروطاً معينة.

ويمكن أن تستهدف هذه القيود حجب التوريد عن تجار بيع التجزئة الذين يبيعون بخصم، أو تجار التجزئة المستقلين بغرض فرض أسعار إعادة البيع، والحد من منافذ المبيعات والخدمة.

كما قد يكون تقسيم الإقليم أو العملاء من قبل صاحب المركز المهيمن أو المسيطر بغرض عزل أسواق بعينها عن بعضها البعض، وبذلك يمارسون تسعيراً متميزاً وفقاً للمستوى الذي يمكن أن تتحملة كل سوق. وفضلاً عن ذلك، كثيراً ما تستهدف نظم التوزيع الانتقائي منع إعادة البيع عن طريق التصدير خارج الإقليم المحدد خشية المنافسة السعرية في مناطق تُحدد فيها الأسعار عند أعلى مستوى^(١)، وقد يكون التقسيم متعلقاً بنوع معين من السلع، ولكن بقية السلع تخضع لحرية المنافسة، ولا يخفى ما لهذا أيضاً من تأثير على المنافسة.

المطلب الثاني

السلوك السلبي في جريمة إساءة استغلال الوضع المسيطر

السلوك السلبي^(٢) عبارة عن إحجام شخص عن إتيان فعل إيجابي معين كان المشرع ينتظره منه في ظروف معينة، ويكون باستطاعته القيام به، بشرط وجود

(١) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) تقع هذه الجريمة بسلوك ينم عنها، شأنها في ذلك شأن الجريمة الإيجابية المرتكبة، حيث لا تقع الجريمة إذا لم يصدر عن الفاعل السلوك المؤدي إلى ارتكابها، ويتمثل هذا السلوك في التصرف السلبي الذي يأتبه الفاعل، والذي يأخذه القانون بنظر الاعتبار، فالفرد لا ينظر له في الجرائم ذات السلوك السلبي على ضوء جميع تصرفاته، وإنما ينظر له فقط من خلال اللحظة التي كان عليه فيها أن يقوم بعمل معين. د. مظهر جعفر عيد، جريمة الامتناع "دراسة مقارنة"، دار الثقافة، ١٩٩٩م، ص ٦٢.

واجب قانوني أو تعاقدية على الممتنع^(١). ويتخذ السلوك السلبي في جرائم إساءة استغلال الوضع المسيطر صورة رفض التعامل.

– رفض التعامل:

تعتبر الحرية من أهم ضمانات المنافسة المشروعة، ومن مقتضاها حق الشخص في أن يتعامل مع من يريد، ويعزف عن التعامل مع من لا يريد، غير أن المنشآت قد تقوم برفض التعامل للإضرار بسوق المنافسة.

ويمثل رفض التعامل أكثر الوسائل انتشاراً لإجبار من ليسوا أعضاء في اتفاق ما على اتباع نهج عمل محدد، وقد عاقب المشرع المصري على هذا بنصه في المادة ٨ / ب من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م قائلاً: "يحظر على من تكون له السيطرة على سوق معينة القيام بأي مما يأتي: الامتناع عن إبرام صفقات بيع أو شراء منتج مع أي شخص أو وقف التعامل معه على نحو يؤدي إلى الحد من حريته في دخول السوق أو الخروج منه في أي وقت". بما في ذلك فرض شروط مالية أو التزامات أو شروط تعاقدية تعسفية أو غير مألوفة في النشاط محل التعامل^(٢).

غير أن الامتناع عن إبرام الصفقات مع أي شخص أو وقف التعامل معه ليس محظوراً إذا وجدت له مبررات^(٣) تتعلق بعدم قدرة هذا الشخص على الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد^(٤)؛ لذا تركز المحاكم عادة على نية القائم برفض التعامل في تحديد ما إذا كان السلوك قانونياً أم لا، فقد يرفض التعامل لأسباب مشروعة.

(١) د. محمود نجيب حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ٥. وتوجد ألفاظ مرادفة للسلوك السلبي منها: الامتناع والترك، وهذه الألفاظ تستعمل للدلالة على معنى واحد، وإن كان من الشائع اقتران لفظ الامتناع، أو الترك بالجريمة. وهناك من يرى أن التمييز بينهما، وإن كانا يلتقيان على حالة عدم العمل إلا أن الترك يفترض دائماً نسياناً أو إهمالاً بمناسبة عمل معين بخلاف الامتناع الذي يعني عدم عمل بوجه عام. وعليه فالترك، مقترن بالعمل، بينما الامتناع يمكن تصويره بخلاف ذلك. د. حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٦٧م، ص ٢١ وما بعدها.

(٢) المادة ١٣/ب من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

(٣) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 105 S.Ct. 2847, 2856-59 (1985).

(٤) المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

كذلك حظر المشرع الفرنسي أي سلوك من شأنه رفض البيع أو وضع حد للكمية المشتراة وفقاً للمادة ٤٤٢-١ من قانون التجارة.

وبالنسبة للمشرع الأمريكي فإن رفض التعامل يكون مخالفاً للمادة الأولى من قانون شيرمان إذا كان الغرض منه تكوين احتكار، أو محاولة تكوين احتكار، كما تنص المادة الثالثة من قانون كلايتون على أنه: "يحظر على كل من البائع أو المُوَجَّر منع المشتري أو المستأجر للسلعة من التعامل في السلع العائدة إلى منافسيها أو إلى المنافس المشتري أو المستأجر، أو أن يحدد السعر بناءً على شرط أو اتفاق أو تفاهم يؤدي بالمشتري أو المستأجر ألا يستخدم أو يتعامل مع البضائع أو السلع الأخرى للمنافسين متى كان ذلك يقيد المنافسة بشكل جوهري أو يميل إلى خلق احتكار في أي جانب من التجارة".

ووفقاً لقانون شيرمان فإن رفض التعامل أمر لا يخالف القانون في حالة غياب نية الاحتكار وتقيد المنافسة؛ لأن ذلك يعتبر جزءاً من حقوق الفرد المدنية التي تتيح له التعامل مع من يشاء، ورفض التعامل مع من يشاء أيّاً كان الباعث لذلك^(١).

كما أن رفض التعامل من قبل الأحزاب أو جماعات معينة ليس مُجرماً وفقاً لقانون المنافسة، وما يؤكد ذلك مطالبة بعض منظمات المجتمع المدني رفض التعامل مع المنتجات الدنمركية بسبب الرسوم المسيئة للرسول (صلى الله عليه وسلم)، وكذلك مقاطعة المنتجات الإسرائيلية بسبب الجرائم الوحشية المرتكبة ضد شعب فلسطين الأعزل؛ لأن الغرض هنا ليس مالياً، وإنما تعبيراً عن اتجاه وموقف سياسي، وانحيازاً لقضية إنسانية.

كما يشكل إلزام مورد بعدم التعامل مع منافس رفضاً للتعامل من خلال امتناع المورد عن التعامل مع الشخص المنافس بصورة كلية، أو تخفيض حجم التعامل معه إلى الحد الذي يؤدي إلى إخراجِه من السوق، أو إلى منع المنافسين المحتملين من الدخول إلى السوق^(٢)، ورفض التوريد، قد يكون بالنسبة لمشتري محلي أو مستورد.

وبالتالي، فإن قيام الشخص الذي يتمتع بمركز مسيطر بالاشتراط على المتعاملين معه ألا يتيحوا لشخص منافس له استخدام ما يحتاجه من مرافقهم، أو

(١) د. عبد الناصر فتحي الجلوي، الاحتكار المحظور وتأثيره على حرية التجارة، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) المادة ١٣ فقرة أخيرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥م الخاص بحماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

خدماتهم يمثل رفضاً للتعامل، رغم أن إتاحة هذا الاستخدام ممكن اقتصادياً، ويعد من هذه المرافق والخدمات تلك المملوكة للمتعاملين مع الشخص المسيطر، وللعقاب على ذلك يتعين إثبات أن الشخص غير قادر على القيام بأعماله بسبب عدم قدرته على الحصول على الإمدادات الكافية من المورد.

ونهايةً، يفضل دمج الفقرتين (ز)، (ط) من المادة ٨ من قانون حماية المنافسة، حيث إن الفقرة (ز) تتضمن في معناها الفقرة (ط) على الرغم من أن المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية قد وضعت بعض الفروق البسيطة بينهما، ولكنهما يمثلان امتداداً لمبدأ واحد فيفضل دمجهما.

