

المواعيد في الدستور الكويتي

الدكتور/ ناصر حسين محسن العجمي

أستاذ القانون المساعد

أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية

ملخص:

تكتسب المواعيد القانونية أهمية كبيرة نظراً لما يترتب عليها من آثار بالغة الأهمية، لا سيما المواعيد الواردة في الدساتير، ومن خلال هذه الدراسة نسعى لاستشراف المواعيد الواردة في دستور دولة الكويت وبيان أهميتها، وذلك من خلال استعراض المواعيد الدستورية وبيان المجالات التي وردت بشأنها، وكذلك بيان الآثار المترتبة على هذه المواعيد بما يعكس القيمة الحقيقية للمواعيد الدستورية.

مقدمة:

تشكل المواعيد عاملاً مهماً في شتى جوانب الحياة، لا سيما الجوانب القانونية منها، ويأتي في مقدمة المواعيد القانونية تلك المواعيد التي تنظمها الدساتير، وما ذلك إلا لعلو مكانة الدساتير وسموها، إضافة إلى أهمية ما تنظمه من مواضيع، فنجد أن دستور دولة الكويت قد اهتم بتحديد العديد من المواعيد في أكثر من مجال، ويأتي في مقدمتها تلك المواعيد المتعلقة بالدستور وقانون توارث الإمارة ونظام الحكم في الدولة وما يشكله هذا المجال من أهمية بالغة لها أثرها في استقرار الدولة، بالإضافة إلى تلك المواعيد المتعلقة بالسلطات العامة خاصة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وما النص في الدستور على هذه المواعيد إلا للدلالة على أهمية عامل الوقت في هذه المجالات وضرورة تنظيمها على أكمل وجه، كما تظهر أهمية المواعيد الدستورية في الآثار المترتبة عليها.

وسنسعى من خلال هذا البحث إلى بيان المواعيد التي وردت في دستور دولة الكويت، وبيان ما يترتب عليها من آثار من خلال ثلاثة فصول وفقاً للتقسيم الآتي:

الفصل الأول: المواعيد المتعلقة بالدستور ونظام الحكم

المبحث الأول: المواعيد المتعلقة بالدستور وقانون توارث الإمارة

المطلب الأول: المواعيد المتعلقة بالدستور

المطلب الثاني: موعد إصدار قانون توارث الإمارة

المبحث الثاني: المواعيد المتعلقة بنظام الحكم

المطلب الأول: المواعيد المتعلقة بتولي مسند الإمارة

المطلب الثاني: المواعيد المتعلقة بتعيين رئيس مجلس الوزراء

الفصل الثاني: المواعيد المتعلقة بالسلطة التشريعية

المبحث الأول: مدة المجلس ومواعيد أدوار الانعقاد وموعد الانتخابات العامة

المطلب الأول: مدة مجلس الأمة (الفصل التشريعي)

المطلب الثاني: مواعيد أدوار الانعقاد

المطلب الثالث: موعد إجراء الانتخابات العامة

المبحث الثاني: المواعيد المتعلقة بتكوين مجلس الأمة وأعماله

المطلب الأول: المواعيد المتعلقة بتكوين مجلس الأمة

المطلب الثاني: المواعيد المتعلقة بالحصانة البرلمانية

المطلب الثالث: المواعيد المتعلقة بوسائل الرقابة البرلمانية

الفصل الثالث: المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية

المبحث الأول: المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية في الظروف العادية

المطلب الأول: موعد تقديم برنامج عمل الحكومة

المطلب الثاني: المواعيد المتعلقة بالتصديق على القوانين وإصدارها ونشرها أو

الاعتراض عليها

المطلب الثالث: المواعيد المتعلقة بالشئون المالية

المبحث الثاني: المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية

المطلب الأول: المواعيد المتعلقة بإعلان الأحكام العرفية

المطلب الثاني: المواعيد المتعلقة بمراسيم الضرورة

الفصل الأول

المواعيد المتعلقة بالدستور ونظام الحكم

من المعلوم أن الدستور اكتسب أهميته ومكانته وسموه من المواضيع التي يقوم بتنظيمها، والتي يأتي في مقدمتها نظام الحكم إلى جانب شكل الدولة وتنظيم الحقوق والحريات بالإضافة إلى تنظيم السلطات في الدولة.

ولقد اعتنى الدستور الكويتي عناية كبيرة بالمواعيد التي تتعلق بنظام الحكم، تقديرًا منها لأهمية ذلك، وما يعكسه من استقرار على الدولة، إضافة إلى مجموعة من المواعيد التي تتعلق بالدستور، وذلك لضمان تطبيقه على أكمل وجه، وهو ما سنبينه من خلال مبحثين، نخصص الأول منهما للمواعيد المتعلقة بالدستور وقانون توارث الإمارة، والآخر للمواعيد المتعلقة بنظام الحكم، على التقسيم الآتي:

المبحث الأول: المواعيد المتعلقة بالدستور وقانون توارث الإمارة

المبحث الثاني: المواعيد المتعلقة بنظام الحكم

المبحث الأول

المواعيد المتعلقة بالدستور وقانون توارث الإمارة

رتب الدستور مواعيد هامة تتعلق بالدستور ذاته ولها أهميتها الخاصة، وتتعلق هذه المواعيد بوقت العمل بالدستور وتعديله وتعطيل بعض أحكامه، إضافة إلى تحديد موعد إصدار قانون توارث الإمارة والذي أضفى عليه صفة الدستورية، وسنبين هذه المواعيد في المطلبين القادمين، نخصص الأول للمواعيد المتعلقة بالدستور، والثاني لموعد إصدار قانون توارث الإمارة.

المطلب الأول

المواعيد المتعلقة بالدستور

بما أن الحياة الدستورية في دولة الكويت تنظم لأول مرة بشكل متكامل ومفصل، فكان لا بد من تحديد المواعيد التي تتناسب مع الانتقال إلى النظام الدستوري الحديث، وهذا ما تولاه الدستور حين نظم عدداً من المواعيد التي تتعلق بالدستور ذاته، حيث بين أولاً موعد العمل بالدستور، ثم حدد مواعيد بالغة الأهمية لتعديل الدستور، وأخيراً بين المواعيد التي يمكن أن تعطل فيها بعض أحكامه، وسنتناول هذه المواعيد تباعاً في ثلاثة أفرع.

الفرع الأول

موعد العمل بالدستور

نصت المادة (١٨٢) من الدستور على أن: [ينشر هذا الدستور في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ اجتماع مجلس الأمة على ألا يتأخر هذا الاجتماع عن شهر يناير سنة ١٩٦٣]. فقد حرص الدستور من خلال هذا النص على تحديد موعد العمل به، وحدد لذلك أجلاً لا يجوز تجاوزه، وربط العمل به بموعد مهم جداً تمثل في بداية الحياة الديمقراطية في دولة الكويت، فقرر أن موعد العمل به يكون مع أول اجتماع لمجلس الأمة على ألا يتجاوز ذلك شهر يناير من سنة ١٩٦٣م^(١). وقد كان ذلك حيث اجتمع مجلس الأمة بتاريخ ١/٢٩/١٩٦٣م.

هذا وقد جاءت المادة (١٨٣) لتحدد موعد انتهاء العمل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٦٢م الخاص بالنظام الأساسي للحكم، وانتهاء أعمال المجلس التأسيسي بانعقاد أول اجتماع لمجلس الأمة، فنصت على أن: [يستمر العمل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٦٢م الخاص بالنظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال كما يستمر أعضاء المجلس التأسيسي الحاليون في ممارسة مهامهم المبينة بالقانون المذكور إلى تاريخ اجتماع مجلس الأمة].

الفرع الثاني

مواعيد تعديل الدستور

من الخصائص الشكلية لدستور دولة الكويت أنه دستور جامد، وذلك لأن تعديله يتطلب إجراءات تختلف عن إجراءات تعديل القوانين العادية، تتسم بالشدة والتعقيد، وذلك وفقاً لما جاء في المادة (١٧٤)، والذي يعيننا هنا هو النطاق الزمني لتعديل دستور دولة الكويت، فالمادتان (١٧٤)، (١٧٦) قد حظرتا تعديل الدستور خلال فترات معينة نبينها فيما يأتي^(٢):

- (١) صدر دستور دولة الكويت في ١١/١١/١٩٦٢م.
- (٢) تجدر الإشارة لوجود خلاف حول جواز الحظر الدائم والمؤقت لتعديل الدساتير. لمزيد من التفاصيل راجع: د. عثمان عبدالمك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٩ ص ١٩٠ د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشرعة، القانون العام، ١٩٧٠، ١٩٧١ ص ٧١. د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨، ص ١٣٥.

أولاً - حظر تعديل الدستور وفقاً للمادة (١٧٤) :

فهذه المادة حظرت تعديل الدستور خلال الخمس سنوات الأولى لتاريخ العمل به، فنصت في فقرتها الأخيرة على أنه: [ولا يجوز تعديل هذا الدستور قبل مضي خمس سنوات على العمل به]. ولما كان العمل بهذا الدستور قد بدأ في ١٩٦٣/١/٢٩ وهو تاريخ افتتاح مجلس الأمة في دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي الأول، فإن مدة الخمس سنوات انتهت بتاريخ ١٩٦٨/١/٢٨م، وبانتهاء هذه المدة أصبح تعديل الدستور ممكناً^(٣) وتكون الفقرة الأخيرة من المادة (١٧٤) ملغاة بحكم الواقع، بعد أن تحققت الغاية منها بحفظ الدستور وعدم تعديله خلال الفترة المقررة^(٤).

ثانياً - حظر تعديل الدستور وفقاً للمادة (١٧٦) :

الفترة الثانية المحظور فيها تعديل الدستور ليست محددة بتاريخ معين كما في الفترة الأولى (مادة ١٧٤)، وإنما هي فترة محددة بتوافر ظروف معينة حيث لا يجوز تعديل أحكام بعينها من الدستور متى توافرت هذه الظروف.

فالظروف هي فترة النيابة عن الأمير^(٥)، والأحكام هي الأحكام الخاصة بصلاحيات الأمير، فالمادة (١٧٦) قد حظرت تعديل الأحكام الخاصة بصلاحيات الأمير أثناء فترة النيابة عنه، فنصت على أن: [صلاحيات الأمير المبينة في الدستور لا يجوز اقتراح تنقيحها في فترة النيابة عنه].

فالفرة الزمنية التي يحظر فيها تعديل الأحكام الخاصة بصلاحيات الأمير هي الفترة التي يكون فيها الأمير خارج البلاد، أما في غير هذه الفترة فإنه يجوز تعديل هذه الصلاحيات طالما كان الأمير موجوداً في البلاد، وهذا الحظر خلال هذه الفترة لا يشمل باقي نصوص الدستور، حيث يجوز تعديلها حتى مع غياب الأمير عن البلاد^(٦)، مع مراعاة أحكام المادتين (١٧٤) و (١٧٥)، والغاية من هذا الحظر هو البعد عن

(٣) مع مراعاة المادة (١٧٥) التي حظرت تعديل الأحكام الخاصة بالنظام الأميري ومبادئ الحرية والمساواة فنصت على أن: [الأحكام الخاصة بالنظام الأميري للكويت ومبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في هذا الدستور لا يجوز اقتراح تنقيحها، ما لم يكن التنقيح خاص بلقب الإمارة أو بالمزيد من ضمانات الحرية والمساواة]. راجع: د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨، ص ٤٢٨.

(٤) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

(٥) تنظيم النيابة عن الأمير المواد (٦١، ٦٢، ٦٣، ٦٤) من الدستور.

(٦) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

تعديل صلاحيات الأمير عند غيابه، فقد تكون هذه التعديلات مرفوضة من قبل الأمير، لذلك وجب ألا تقدم هذه التعديلات إلا بحضوره وليس خلال فترة النيابة عنه.

الفرع الثالث

المواعيد المتعلقة بتعطيل بعض أحكام الدستور

المواعيد هنا ليست محددة بتاريخ معين وإنما هي فترات مرتبطة بظروف استثنائية تمر بها الدولة، ولولا توافر هذه الظروف الاستثنائية لكان من غير الجائز تعطيل أي حكم من أحكام الدستور، فقرر الدستور عدم جواز تعطيل أي حكم من أحكامه إلا خلال فترة إعلان الأحكام العرفية^(٧)، فنص في المادة (١٨١) على أنه: [لا يجوز تعطيل أي حكم من أحكام هذا الدستور إلا أثناء قيام الأحكام العرفية في الحدود التي يبينها القانون، ولا يجوز بأي حال تعطيل انعقاد مجلس الأمة في تلك الأثناء أو المساس بحصانة أعضائه].

فهذه المادة قررت جواز تعطيل بعض أحكام الدستور خلال فترة إعلان الأحكام العرفية ولم تقرر جواز تعطيل الدستور برمته^(٨)، فلولا وجود ظروف استثنائية أدت إلى إعلان أقصى حالات الطوارئ في البلاد المتمثلة بإعلان الأحكام العرفية لما جاز تعطيل أي نص من نصوص الدستور؛ لكن الواقع العملي كان بخلاف ذلك حيث تم تعطيل هذه المادة إلى جانب الفقرة الثالثة من المادة (٥٦) والمادتين (١٠٧) و(١٧٤)، فقد صدر أمران أميريان^(٩) في عامي (١٩٧٦) و (١٩٨٦) بتعطيل هذه المواد بالإضافة إلى حل مجلس الأمة وعدم الدعوة لانتخابات برلمانية، ولا شك أن هذا التعطيل جاء بخلاف ما نص عليه الدستور.

المطلب الثاني

موعد إصدار قانون توارث الإمارة

قدر الدستور أهمية الأحكام الخاصة بتوارث الإمارة، فقرر أن يجعل تنظيمها وفقاً لقانون خاص، وأعطاه مرتبة الدستور بحيث لا يجوز تعديله إلا بالطريقة المحددة

(٧) تعلن الأحكام العرفية بناء على المادة (٦٩) من الدستور.

(٨) د. عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨، ص ٣٥٧.

(٩) الأمر الأميري الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٨/٢٩، والأمر الأميري الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٧/٣.

لتعديل الدستور، وبالإضافة لذلك قدر أهمية عامل الوقت في هذا الشأن، فقرر أن يكون إصدار قانون أحكام توارث الإمارة خلال سنة من تاريخ العمل بالدستور، فنصت المادة الرابعة من الدستور في فقرتها الأخيرة على أن: [وينظم سائر الأحكام الخاصة بتوارث الإمارة قانون خاص يصدر في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا الدستور، وتكون له صفة دستورية، فلا يجوز تعديله إلا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور]. وبالفعل صدر قانون أحكام توارث الإمارة رقم (٤) لسنة ١٩٦٤ بتاريخ ١٩٦٤/١/٣٠م، وذلك في الموعد المحدد في المادة الرابعة، حيث إن العمل بالدستور كان ١٩٦٣/١/٢٩^(١٠).

من خلال إصدار قانون أحكام توارث الإمارة، وذلك في الموعد المحدد دستورياً، تتجلى لنا قيمة المواعيد الدستورية، فالمشرع الدستوري قدر أهمية عامل الوقت في شأن بالغ الأهمية والخطورة، فحدد أجلاً لإصدار قانون توارث الإمارة، وهذا اتجاه حسن من المشرع الدستوري خاصة وأن الأمر يتعلق بنظام الحكم وتوارث الإمارة، ولكن كان من الأجدر لو أنه اتبع ذات النهج وحدد مواعيد لإصدار بعض القوانين التي أوكل مهمة إصدارها للمشرع العادي. نذكر من ذلك على سبيل المثال قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣، والذي قرره الدستور في المادة (١٧٣) حيث نصت على أن: [يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكلف القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن].

فهذا القانون - وإن لم يكن بمرتبة الدستور كقانون أحكام توارث الإمارة - على أهميته الكبيرة والمتعلقة بمسألة خطيرة هي دستورية القوانين في دولة حديثة عهد بالعمل الدستوري، إلا أن المشرع العادي تراخى في إصداره أكثر من عشرة أعوام من تاريخ العمل بالدستور، فلم يصدر هذا القانون إلا بتاريخ ١٩٧٣/٦/٩م^(١١).

ولا يشفع لهذا التأخير في إصدار قانون المحكمة الدستورية ما ورد في مذكرته الإيضاحية من قولها: [وعلى الرغم من أن كثيراً من دول العالم العريقة في الديمقراطية

(١٠) د. عثمان عبدالمك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٩، ص ٣٠٦.

(١١) منشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد ٩٣٦، السنة ١٩.

لم تخضع القوانين فيها لرقابة دستورية حتى الآن، وبالرغم من أن أغلب الدول التي عرفت هذا النظام لم تعرفه إلا بعد سنوات طويلة من تطبيق دساتيرها قد رؤى أن بيت في هذا الأمر في الكويت فيصدر قانون بتعيين الجهة القضائية التي تختص بنظر دستورية القوانين واللوائح بالرغم من أنه لم يدفع أمام المحاكم الكويتية منذ إنشائها حتى الآن بعدم دستورية أي قانون إلا مرة واحدة]. وكان من الأفضل لو أن المذكرة الإيضاحية ذكرت الدول التي لم تنظم الرقابة على دستورية القوانين، أو على الأقل أنواع دساتير هذه الدول، لنتعرف إن كانت دساتير جامدة أم مرنة، فالرقابة على دستورية القوانين تتطلب ثلاثة عناصر: دستور جامد، وقانون، ومخالفة القانون للدستور^(١٢).

المبحث الثاني المواعيد المتعلقة بنظام الحكم

يعتبر نظام الحكم من المواضيع الرئيسية في الدساتير، والتي تحظى باهتمام بالغ وتنظيم دقيق لكافة جوانبها، خاصة المواعيد التي ترتبط به، ولم يخرج دستور دولة الكويت عن هذا الإطار، فقد خصص الباب الأول منه للدولة ونظام الحكم، وما ذلك إلا إدراكاً من المشرع الدستوري لأهمية هذا الموضوع وأولويته على ما سواه، كما حدد عدداً من المواعيد التي تتعلق به ورسمها بشكل واضح ومفصل، سواء أكان ذلك في نصوص الدستور أم في قانون توارث الإمارة^(١٣). وسنبين في هذا المبحث المواعيد المتعلقة بنظام الحكم من خلال موضوعين هما: تولي مسند الإمارة وتعيين رئيس مجلس الوزراء. وذلك في مطلبين نخصص الأول للمواعيد المتعلقة بتولي مسند الإمارة، والثاني للمواعيد المتعلقة بتعيين رئيس مجلس الوزراء.

المطلب الأول المواعيد المتعلقة بتولي مسند الإمارة

أول وأهم المواعيد المحددة في دستور دولة الكويت هو موعد تولي مسند الإمارة في البلاد، وذلك لأنه يختص برئيس الدولة وهو بطبيعة الحال أهم منصب في

(١٢) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(١٣) منشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، السنة ١٠، العدد ٤٦٤، بتاريخ ١٩٦٤/٢/٢م. وهو قانون دستوري صدر بناء على الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من الدستور التي نصت على أن: (وينظم سائر الأحكام الخاصة بتوارث الإمارة قانون خاص يصدر خلال سنة من تاريخ العمل بهذا الدستور، وتكون له صفة دستورية، فلا يجوز تعديله إلا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور).

الدولة. وتولي مسند الإمارة يكون بأحد طريقتين، الطريق الأول وهو الطريق الطبيعي ويتم بتولي ولي العهد مسند الإمارة في حال خلو منصب الأمير، أما الطريق الآخر وهو الطريق الاستثنائي الذي يتحقق عند خلو منصب الأمير قبل تعيين ولي العهد. وفي كلتا الحالتين حدد الدستور المواعيد اللازمة لشغل منصب الأمير، سواء أكان ذلك من خلال المادة الرابعة من الدستور أم من خلال قانون توارث الإمارة. وسنبين هذه المواعيد من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

الطريق الطبيعي لتولي مسند الإمارة

الطريق الطبيعي لاختيار الأمير يتمثل في تولي ولي العهد مسند الإمارة عند خلو منصب الأمير، وهذا الطريق يشتمل على موعدين الموعد الأول وهو موعد تولي ولي العهد مسند الإمارة، وهو ما جاء في المادة الرابعة من القانون رقم (٤) لسنة ١٩٦٤ في شأن أحكام توارث الإمارة، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه: [إذا خلا منصب الأمير نودي بولي العهد أميراً]، فبمجرد خلو منصب الأمير يتولى ولي العهد مسند الإمارة دون اتباع أية إجراءات، على العكس من الطريق غير العادي الذي سنتناوله لاحقاً.

أما الموعد الآخر فهو متعلق بتعيين ولي العهد وهو ما جاء في نص المادة الرابعة من الدستور والتي تنص على أن: [الكويت إمارة وراثية في ذرية المغفور له مبارك الصباح.

ويعين ولي العهد خلال سنة على الأكثر من تولية الأمير، ويكون تعيينه بأمر أميري بناء على تزكية الأمير ومبايعة من مجلس الأمة، تتم في جلسة خاصة، بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس].

فبمناداة ولي العهد أميراً للبلاد يخلو منصب ولي العهد، وهنا يقوم الأمير بتعيين ولي عهد جديد وفقاً للإجراءات الدستورية المنصوص عليها في المادة الرابعة من الدستور، ويكون هذا التعيين خلال سنة من تاريخ تولية الأمير، فالدستور حدد هذه المدة حرصاً منه على عدم خلو منصب ولي العهد لفترة طويلة، لما يشكله هذا المنصب من أهمية بالغة في استقرار نظام الحكم في الدولة، حيث يشكل الطريق الطبيعي لتولي مسند الإمارة دون اتباع إجراءات معينة، فبمجرد خلو منصب الأمير يتولى ولي العهد مسند الإمارة طبقاً لهذا النص.

وتعتبر مدة السنة مدة معقولة^(١٤) تتناسب مع أهمية منصب ولي العهد، حيث يتيح لأمير البلاد الفترة الكافية التي تمكنه من اختيار الأنسب لهذا المنصب الهام، سواء حظي اختيار الأمير بالقبول من مجلس الأمة من أول مرة أو من المرة الثانية، فيكون الوقت كافياً لاتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة الرابعة من الدستور.

ولم يرتب المشرع الدستوري أي أثر على عدم تعيين ولي للعهد خلال مدة السنة، ومرجع ذلك إلى أن هذا المنصب وما يحمله من أهمية كبرى في استقرار الدولة لن يتوانى أو يتراخي من يتولى مسند الإمارة في تعيين من يشغله تقديراً منه لأهمية وخطورة هذا المنصب.

وقد تم تعيين ولي العهد في المواعيد المحددة طبقاً للمادة الرابعة من الدستور في ثلاث مناسبات :

المناسبة الأولى: تعيين الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح ولياً للعهد في عهد الشيخ صباح السالم الصباح، وكان ذلك بتاريخ ٣١ مايو ١٩٦٦ أي خلال سبعة أشهر من تولي الشيخ صباح السالم مسند الإمارة بتاريخ ٢٤ نوفمبر ١٩٦٥م^(١٥).

المناسبة الثانية: إصدار الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح أمراً أميرياً بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٧٨م بتعيين الشيخ سعد العبدالله السالم الصباح ولياً للعهد^(١٦) بعد أقل من شهرين من توليه مسند الإمارة، علماً بأن مجلس الأمة كان منحللاً خلال تلك الفترة.

المناسبة الثالثة: إصدار أمير البلاد الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح أمراً أميرياً بتاريخ ٢٠ فبراير ٢٠٠٦م بتعيين الشيخ نواف الأحمد الجابر الصباح ولياً للعهد^(١٧)، بعد أقل من شهر من توليه مسند الإمارة.

الفرع الثاني الطريق الاستثنائي لتولي مسند الإمارة

من أهم الموضوعات التي تناولها الدستور في الكويت تولي مسند الإمارة، وتتجلى عنايته بهذا المنصب من خلال الطريق الاستثنائي وغير العادي لاختيار الأمير، وذلك وفقاً للمادة الرابعة من قانون توارث الإمارة والتي تنص على أنه: [إذا خلا منصب الأمير نودي بولي العهد أميراً.

(١٤) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٥٠٩.

(١٥) منشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، العدد ٥٧٩، السنة ١٢، بتاريخ ١٩/٦/١٩٦٦م.

(١٦) منشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، العدد ١١٧٩، السنة ٢٤، بتاريخ ١٩/٢/١٩٧٨م.

(١٧) منشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم)، العدد ٧٥٧، السنة ٥٢، بتاريخ ٢٦/٢/٢٠٠٦م.

فإذا خلا منصب الأمير قبل تعيين ولي العهد مارس مجلس الوزراء جميع اختصاصات رئيس الدولة لحين اختيار الأمير بذات الإجراءات التي يبايع فيها ولي العهد في مجلس الأمة وفقاً للمادة الرابعة من الدستور، ويجب أن يتم الاختيار في هذه الحالة خلال ثمانية أيام من خلو منصب الأمير].

هذه المادة تبين لنا بحق أهمية المواعيد الدستورية وما لها من قيمة كبيرة في استقرار نظام الحكم وعلى الأخص تولي مسند الإمارة، فقد جاءت لتعالج حالة خاصة وترسم طريقاً استثنائياً لتولي مسند الإمارة في دولة الكويت، نظراً لأن الطريق الطبيعي لذلك مسدود، حيث تعالج حالة خلو منصب أمير البلاد قبل تعيين ولي العهد^(١٨)، فبموجب هذه المادة فإن مجلس الوزراء هو الذي يتولى اختصاصات أمير البلاد^(١٩) وهو هنا يختار أميراً للبلاد وليس ولياً للعهد.

والذي يهمننا هنا هو موعد اختيار أمير للبلاد من قبل مجلس الوزراء، وهو ثمانية أيام كما جاء في المادة سالفة الذكر، مما يدل على انتباه المشرع إلى خطورة الأمر وضرورة عدم بقاء منصب رئيس الدولة خالياً لمدة طويلة، ما قد يكون له آثارٌ غير مأمونة.

وبطبيعة الحال فإن مجلس الوزراء يجب أن يختار أميراً للبلاد في أسرع وقت ثم يعرض الأمر على مجلس الأمة الذي يجب دعوته فوراً لإنجاز هذه المهمة والذي بدوره قد يوافق أو لا يوافق على من اختاره مجلس الوزراء، فإذا رفض مجلس الأمة المرشح تعين على مجلس الوزراء اختيار ثلاثة مرشحين وعرضهم على مجلس الأمة، امتثالاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة الرابعة من الدستور طبقاً لنص المادة الرابعة من قانون توارث الإمارة، وكل ذلك يجب أن يكون في غضون ثمانية أيام.

ونظراً لخطورة الأمر ولضيق الوقت ولعدم معالجة الدستور أو قانون توارث الإمارة، فقد اتفق جمع من الفقهاء^(٢٠) على أنه في حالة انتهاء الفصل التشريعي لاكتمال مدته أو لحل مجلس الأمة، فإنه يجب دعوة هذا المجلس للقيام بهذه المهمة

(١٨) د. عثمان عبدالمك الصالح، المرجع السابق، ص ٣١٩.

(١٩) جدير بالذكر أن الذي يمارس اختصاصات الأمير هو مجلس الوزراء كهيئة جماعية وليس رئيس مجلس الوزراء منفرداً. راجع في ذلك د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٢٠) د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشرعية، القانون العام، ١٩٧٠، ١٩٧١، ص ١٩١. د. عثمان عبدالمك الصالح، المرجع السابق، ص ٣٢٠. د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق ص ٥١٦. د. أحمد الموافي، مبادئ القانون الدستوري الكويتي، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية، ص ١٧٨.

واختيار أمير للبلاد، إذا لم يكن بالإمكان إتمام الانتخابات وانعقاد المجلس الجديد خلال الفترة المحددة وهي ثمانية أيام، وذلك كله انسجاماً مع إرادة المشرع الدستوري في عدم خلو منصب الأمير لفترة طويلة، وتلافياً لأية اضطرابات أو قلاقل لها أثر سيئ على البلاد^(٢١).

وقد طبقت المادة الرابعة من قانون توارث الإمارة عند تعيين حضرة صاحب السمو أمير البلاد الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح، بعد خلو منصب الأمير بقرار من مجلس الأمة استناداً للمادة الرابعة من قانون توارث الإمارة لعدم قدرة الشيخ سعد العبد الله السالم الصباح رحمه الله على القيام بمهام منصبه لأسباب صحية.

ويتبين لنا من خلال استعراض الطريقتين الطبيعي والاستثنائي لاختيار أمير البلاد مدى اهتمام المشرع بعامل الوقت وتحديد المواعيد التي تناسب كل حالة تقديراً منه لأهمية هذا المنصب وما يعكسه من استقرار على الدولة ونظام الحكم فيها، فنجد أن موعد تعيين ولي العهد يتراخى إلى سنة من تولي الأمير مسند الإمارة، في حين يتقلص موعد تعيين أمير البلاد إلى ثمانية أيام عند خلو منصب الأمير قبل تعيين ولي العهد.

المطلب الثاني

المواعيد المتعلقة بتعيين رئيس مجلس الوزراء

لا ريب أن منصب رئيس مجلس الوزراء من أهم المناصب في الدولة، وبالتالي فقد حدد الدستور المواعيد اللازمة لتعيينه بأمر أميري وذلك وفقاً للمادتين (٥٧، ٨٧) من الدستور، فالمادة (٥٧) تنص على أنه: [يعاد تشكيل الوزارة على النحو المبين بالمادة السابقة عند بدء كل فصل تشريعي لمجلس الأمة]، فتطبيقاً لهذه المادة يقوم رئيس مجلس الوزراء بتقديم استقالة الحكومة بعد إجراء انتخابات مجلس الأمة حتى يتسنى للأمير اختيار حكومة جديدة تنسجم مع نتائج الانتخابات^(٢٢). ويكون تعيين رئيس مجلس الوزراء خلال أسبوعين من انتهاء الانتخابات، وهو موعد انعقاد مجلس الأمة الجديد طبقاً لنص المادة (٨٧) من الدستور والتي تنص على أنه: [استثناء من أحكام المادتين السابقتين يدعو الأمير مجلس الأمة لأول اجتماع يلي الانتخابات العامة للمجلس في خلال أسبوعين من انتهاء تلك الانتخابات، فإذا لم يصدر مرسوم الدعوة خلال تلك المدة اعتبر المجلس مدعواً للاجتماع في صباح اليوم التالي للأسبوعين

(٢١) د. عثمان عبدالمك الصالح، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

(٢٢) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٣١١. د. عثمان عبدالمك الصالح، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

المذكورين مع مراعاة أحكام المادة السابقة]. وبناء على هاتين المادتين يتم تعيين رئيس مجلس الوزراء خلال أسبوعين من انتهاء الانتخابات العامة وذلك قبل أول اجتماع لمجلس الأمة الجديد.

وننوه هنا إلى حالتين خاصتين لتعيين رئيس مجلس الوزراء تتمثل أولاهما في حالة تعيين رئيس مجلس الوزراء خلفاً لرئيس مجلس الوزراء الذي يعفيه الأمير من منصبه بناء على كتاب مجلس الأمة بعدم إمكانية التعاون معه، أو الذي يقرر مجلس الأمة عدم إمكانية التعاون معه بعد حل المجلس وإجراء انتخابات جديدة طبقاً للمادة (١٠٢) من الدستور والتي تنص على أن: (لا يتولى رئيس مجلس الوزراء أي وزارة، ولا يطرح في مجلس الأمة موضوع الثقة به، ومع ذلك إذا رأى مجلس الأمة بالطريقة المنصوص عليها في المادة السابقة عدم إمكانية التعاون مع رئيس مجلس الوزراء رفع الأمر إلى رئيس الدولة، وللأمير في هذه الحالة أن يعفي رئيس مجلس الوزراء ويعين وزارة جديدة، أو أن يحل مجلس الأمة).

وفي حالة الحل إذا قرر المجلس الجديد بذات الأغلبية عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء المذكور اعتبر معتزلاً منصبه من تاريخ قرار المجلس في هذا الشأن وتشكيل وزارة جديدة).

وتتمثل الحالة الأخرى في حالة تعيين رئيس لمجلس الوزراء خلفاً للرئيس المستقيل بناء على المادة (١٠٣) من الدستور والتي تنص على أنه: [إذا تخلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزير عن منصبه لأي سبب من الأسباب يستمر في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه].

فهاتان المادتان لم تحددتا أجلاً لتعيين رئيس لمجلس الوزراء خلفاً للرئيس المعزول أو المستقيل، على خلاف المادتين (٥٧، ٨٧) اللتين حددتا أجلاً لذلك يتمثل في الفترة ما بين إعلان نتائج الانتخابات وموعد انعقاد أول جلسة لمجلس الأمة وهي أسبوعان، وقد كان الأجدر تحديد أجل معين لتعيين رئيس لمجلس الوزراء في حال خلو المنصب لأي سبب، ولا يترك الوقت مفتوحاً بما يتنافى مع أهمية هذا المنصب. وقد أثبت الواقع العملي أن تأخر تعيين رئيس لمجلس الوزراء له آثار سلبية على الحياة العامة وشؤون الدولة، فالحكومة المستقيلة هي حكومة تصريف العاجل من الأمور وبالتالي لن تقوم بأية أعمال لا تحمل هذه الصفة، ومجلس الأمة معطل عن الانعقاد نظراً لأن الحكومة لن تحضر جلساته، وعليه يتعطل دوره التشريعي والرقابي^(٢٣).

(٢٣) د. عادل الطبطبائي، اختصاصات الحكومة المستقيلة، دراسة مقارنة، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، إدارة التأليف والترجمة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦ ص ٣٢.

ومن الملاحظ أن الدستور لم يحدد أثراً مباشراً يترتب على عدم التقيد بالمواعيد الدستورية في هذا المجال (نظام الحكم)؛ لأن ما قد يخلفه عدم التقيد بهذه المواعيد من اضطرابات وعدم استقرار ينعكس على الدولة بأسرها - ليس على الصعيد الداخلي وإنما على الصعيد الدولي - أكبر من أي أثر قد يرتبه الدستور، لذلك وجدنا المبادرة بالالتزام بالمواعيد المقررة دستورياً بشأن نظام الحكم من قبل القائمين والمعنيين بتنفيذها سواء من رئيس الدولة أو مجلس الوزراء تقديراً وإيماناً منهم بالحفاظ على استقرار البلاد واستقرار نظام الحكم فيها.

الفصل الثاني

المواعيد المتعلقة بالسلطة التشريعية

اهتم دستور دولة الكويت اهتماماً كبيراً في بيان وتحديد المواعيد المتعلقة بالسلطة التشريعية، وذلك بتحديد مدة مجلس الأمة ومواعيد أدوار الانعقاد، وموعد إجراء الانتخابات العامة، وكذلك تحديد المواعيد المتعلقة بأعمال المجلس، وهو ما سنأتي عليه من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول: مدة المجلس ومواعيد أدوار الانعقاد وموعد الانتخابات العامة.

المبحث الثاني: المواعيد المتعلقة بأعمال المجلس

المبحث الأول

مدة المجلس ومواعيد أدوار الانعقاد وموعد الانتخابات العامة

حدد الدستور جملة من المواعيد ترتبط ببعضها البعض، وتخص مدة مجلس الأمة، وأدوار الانعقاد، وموعد إجراء الانتخابات، ولا شك أن لهذه المواعيد أهميتها لارتباطها بأوقات عمل مجلس الأمة وممارسة أعماله. وسنتناول هذه المواعيد من خلال ثلاثة مطالب وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: مدة مجلس الأمة.

المطلب الثاني: مواعيد أدوار الانعقاد.

المطلب الثالث: موعد إجراء الانتخابات العامة.

المطلب الأول

مدة مجلس الأمة

(الفصل التشريعي)

حدد الدستور مدة مجلس الأمة، وهو ما يعرف بالفصل التشريعي بأربع سنوات، وفقاً لما جاء في المادة (٨٣) والتي نصت على أنه: [مدة المجلس أربع سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له، ويجري التجديد خلال الستين يوماً السابقة على نهاية تلك المدة مع مراعاة حكم المادة (١٠٧)].

والأعضاء الذين تنتهي مدة عضويتهم يجوز إعادة انتخابهم.

ولا يجوز مد الفصل التشريعي إلا لضرورة في حالة الحرب، ويكون هذا المد بقانون[.

فمدة مجلس الأمة هي أربع سنوات وفقاً لهذا النص والذي حدد موعد احتساب هذه المدة من تاريخ أول اجتماع للمجلس، فبداية الفصل التشريعي تكون من أول اجتماع للمجلس، وليس من تاريخ إجراء الانتخابات أو إعلان نتائجها، وسنبين لاحقاً موعد أول اجتماع للمجلس عند الحديث عن مواعيد أدوار الانعقاد.

فالأصل أن مدة مجلس الأمة هي أربع سنوات، ولكن هذه المدة قد تقصر عن ذلك وقد تطول، كما ورد في المادة (٨٣)^(٢٤). فمدة الأربع سنوات تقصر في حال حل مجلس الأمة طبقاً للمادتين (١٠٢) و (١٠٧)^(٢٥) من الدستور إلى أقل من أربع سنوات.

أما زيادة مدة مجلس الأمة عن الأربع سنوات فقد نصت عليها الفقرة الأخيرة من المادة (٨٣) حيث قررت أنه: [ولا يجوز مد الفصل التشريعي إلا لضرورة في حالة الحرب، ويكون هذا المد بقانون]. فهذه الفقرة قررت جواز مد الفصل التشريعي لمدة أطول من الأربع سنوات المحددة في ذات المادة، كما حددت شروطاً لذلك، شرط شكلي يتمثل في صدور قانون بالمد يقره مجلس الأمة ويصدق عليه الأمير، وشرطان موضوعيان هما الضرورة وحالة الحرب معاً، فلا يكفي توافر أحدهما دون الآخر لمد الفصل التشريعي والملاحظ أن الدستور لم يحدد مدة أو أجلاً للمد، وعليه فإن المد ينتهي بانتفاء شروط المد، كأن تزول الضرورة أو تنتهي الحرب^(٢٦).

(٢٤) د. محمد عبدالمحسن المقاطع، مدة الفصل التشريعي وأسباب مده أو امتداده وفقاً للتنظيم الدستوري الكويتي، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٣، العدد ٢، يونيو ١٩٨٩، ص ٣٠.

(٢٥) تنص المادة (١٠٢) على أنه: [لا يتولى رئيس مجلس الوزراء أي وزارة، ولا يطرح في مجلس الأمة موضوع الثقة به، ومع ذلك إذا رأى مجلس الأمة بالطريقة المنصوص عليها في المادة السابقة عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء، رفع الأمر إلى رئيس الدولة، وللأمير في هذه الحالة أن يعفي رئيس مجلس الوزراء ويعين وزارة جديدة، أو أن يحل مجلس الأمة. وفي حالة الحل، إذا قرر المجلس الجديد بذات الأغلبية عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء المذكور اعتبر معتزلاً منصب من تاريخ قرار المجلس في هذا الشأن، وتشكل وزارة جديدة]. وتنص المادة (١٠٧) الموجودة على أنه [للأمير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، على أنه: لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى. وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل، فإذا لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن كان الحل لم يكن. ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد].

(٢٦) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٥٨. د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٩٦. د. عثمان عبدالمملك الصالح، المرجع السابق، ص ٥٥٥.

وقد أكدت المحكمة الدستورية على أن مدة مجلس الأمة هي أربع سنوات تبدأ من تاريخ أول اجتماعاته وتنتهي هذه المدة بانقضاء الأربع سنوات حيث قررت^(٢٧) أن: [وقد دل الدستور بالمادتين (١/٨٣) و (١/٨٧) على أمرين متلازمين ومتكاملين: أولهما: أن مدة مجلس الأمة محددة بأربع سنوات ميلادية يبدأ حسابها من تاريخ أول اجتماع للمجلس بعد انتخابه وتنتهي تلك المدة بانقضائها. ثانيهما: أن حلول مجلس جديد محل المجلس السابق منوط بإجراء انتخابات عامة في الميعاد المحدد يعقبها دعوة المجلس الجديد لأول اجتماع له، وذلك في خلال أسبوعين من تاريخ انتهاء تلك الانتخابات، فإذا لم يصدر مرسوم الدعوة خلال تلك المدة اعتبر المجلس مدعواً للاجتماع في صباح اليوم التالي للأسبوعين المذكورين. ومؤدى هاتين المادتين باعتبارهما حلقتين متعاقبتين في تتابعهما الزمني أن أولاهما وقد حددت لمجلس الأمة مدة قدرها أربع سنوات فإنه لا يجوز الانتقاص منها، وثانيتهما أن حلول المجلس الجديد محل المجلس السابق يكون بعد إجراء انتخابات عامة في ميعادها المحدد بحيث لا يخل ذلك بمدة المجلس السابق بما يعني لزوماً - وفي إطار التنظيم المتناسك للدستور الذي صاغته أحكامه ومقاصده التي تستخلص من عباراته وتكامل نصوصه وامتناع تعارضها - وجوب استكمال المجلس لمدته المقررة بالدستور وإجراء انتخاب مجلس جديد في الميعاد الدستوري المحدد ليعقب المجلس السابق مباشرة بعد انتهاء مدته وهو ما يتمخض التزاماً لا فكاك منه ولا محيص عنه بوجوب التقيد بالأمرين معا لورودهما بنصين آمرين لا يجوز مخالفتهما].

فالمحكمة هنا تؤكد على الأربع سنوات كمدة لمجلس الأمة - بحسب الأصل - وأنه لا يجوز الانتقاص من هذه المدة، وأن انتخاب مجلس جديد لا يكون على حساب مدة المجلس القديم.

مدة دور الانعقاد العادي:

والفصل التشريعي ينقسم إلى عدد من أدوار الانعقاد العادية، وهي أربعة أدوار انعقاد في دولة الكويت لأن مدة الفصل التشريعي أربع سنوات^(٢٨)، ومدة دور الانعقاد العادي لا تقل عن ثمانية أشهر كما ورد في الدستور، حيث تنص المادة (٨٥) على

(٢٧) الطلب رقم ٢٠٠٢/١٠ تفسير، جلسة ٢٠٠٣/٢/٢، المحكمة الدستورية، المجلد الأول، مايو ٢٠٠٣، ص ٤٢٨.

(٢٨) د. علي السيد الباز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص ٢٤٧.

أن: [لمجلس الأمة دور انعقاد سنوي لا يقل عن ثمانية أشهر، ولا يجوز فض هذا الدور قبل اعتماد الميزانية]، فالدستور وضع ضابطين لمدة دور الانعقاد، الأول ألا تقل مدة دور الانعقاد العادي عن ثمانية أشهر، والضباط الآخر هو اعتماد الميزانية العامة للدولة قبل فض دور الانعقاد، وعليه إذا انقضت مدة الثمانية أشهر فلا ينفذ دور الانعقاد معها ما لم يكن قد تم اعتماد الميزانية، فدور الانعقاد قابل للزيادة عن ثمانية أشهر وغير قابل للنقصان^(٢٩)، وفي هذا بيان واضح لأهمية دور مجلس الأمة في إقرار الميزانية والرقابة على تنفيذها.

أضف إلى ما سبق أنه إذا ما تم تأجيل اجتماعات مجلس الأمة لشهر أو لشهرين كحد أقصى^(٣٠)، فإن فترة التأجيل لا تدخل ضمن الثمانية أشهر وهي مدة دور الانعقاد العادي؛ لأنها لو دخلت لتقلصت مدة الانعقاد إلى سبعة أو ستة أشهر^(٣١)، وهذا مخالف لنص المادة ١٠٦ والتي قررت عدم احتساب مدة التأجيل من ضمن فترة الانعقاد المحددة بثمانية أشهر على الأقل وفق المادة (٨٥)، فجاء نص المادة ١٠٦ كالتالي [للأمير أن يؤجل بمرسوم اجتماع مجلس الأمة لمدة لا تجاوز شهراً ولا يتكرر التأجيل في دور الانعقاد الواحد إلا بموافقة المجلس ولمدة واحدة ولا تحسب مدة التأجيل ضمن فترة الانعقاد].

وننوه هنا إلى أن فترة تأجيل اجتماع مجلس الأمة لا تدخل ضمن فترة الانعقاد طبقاً للمادة (١٠٦)، إلا أنها تدخل ضمن مدة الفصل التشريعي وهي الأربع سنوات المحددة بموجب المادة (٨٣)، لأنها لو لم تدخل ضمن مدة الفصل التشريعي لأصبحنا أمام حالة مد للفصل التشريعي لم ينص عليها الدستور - هذا من ناحية - ومن ناحية أخرى فإن الدستور الذي قرر أن مدة التأجيل لا تدخل ضمن فترة دور الانعقاد لم يقرر أنها تحسب من ضمن فترة الفصل التشريعي، وبالتالي فإنها ستكون على حساب عطلات المجلس.

المطلب الثاني مواعيد أدوار الانعقاد

كما أسلفنا فإن الفصل التشريعي لمجلس الأمة مدته أربع سنوات وفقاً لما جاء

(٢٩) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٣٠) يؤجل اجتماع مجلس الأمة لمدة شهر بمرسوم أميري، والتأجيل لشهر ثان يكون بموافقة المجلس لمرة واحدة طبقاً للمادة (١٠٦) من الدستور، فمدة التأجيل شهران كحد أقصى.

(٣١) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

في نص المادة (٨٣) من الدستور، وهذا الفصل ينقسم إلى عدة أدوار انعقاد سنوية لا تقل مدة دور الانعقاد فيها عن ثمانية أشهر، وفقاً لما جاء في المادة (٨٥) من الدستور والتي تنص على أن: [لمجلس الأمة دور انعقاد سنوي لا يقل عن ثمانية أشهر، ولا يجوز فض هذا الدور قبل اعتماد الميزانية].

وسنقوم هنا ببيان مواعيد انعقاد هذه الأدوار ومدتها، وذلك ببيان موعد أول دور انعقاد، ثم نبين مواعيد الانعقاد العادية الأخرى وأخيراً موعد دور الانعقاد التكميلي.

الفرع الأول موعد دور الانعقاد الأول

أعطى الدستور السلطة التنفيذية حق دعوة مجلس الأمة للانعقاد، ولا سيما عقد أول اجتماع له والذي هو بمثابة بداية دور الانعقاد الأول للمجلس وبداية الفصل التشريعي، وقد حدد موعداً لذلك بأن يكون مرسوم الدعوة خلال أسبوعين من انتهاء الانتخابات العامة، كما جاء في المادة (٨٧) والتي تنص على أنه: [استثناء من أحكام المادتين السابقتين يدعو الأمير مجلس الأمة لأول اجتماع يلي الانتخابات العامة للمجلس في خلال أسبوعين من انتهاء تلك الانتخابات، فإن لم يصدر مرسوم الدعوة خلال تلك المدة اعتبر المجلس مدعواً للاجتماع في صباح اليوم التالي للأسبوعين المذكورين مع مراعاة حكم المادة السابقة].

ويتبين لنا من خلال هذا النص أن الدستور يقيد السلطة التنفيذية في ممارسة سلطاتها بدعوة مجلس الأمة لأول اجتماع في الفصل التشريعي، بل في كل أنوار الانعقاد على ما سيأتي، فإن هي لم تصدر - مرسوم الدعوة خلال المدة الدستورية المحددة - وهي أسبوعين من انتهاء الانتخابات، فإن الدستور قد تكفل بتحديد موعد عقد أول اجتماع للمجلس وهو أول يوم يلي الأسبوعين المذكورين ما لم يكن عطلة رسمية، فيكون الانعقاد في صباح اليوم التالي للعطلة وفقاً للمادة (٨٦)(٣٢).

فهنا رتب الدستور أثراً هاماً على عدم تقيد السلطة التنفيذية بالموعد المحدد لعقد أول اجتماع لمجلس الأمة، بأن اعتبر المجلس مدعواً لهذا الاجتماع في أول يوم عمل يلي المدة المحددة؛ وذلك تقديراً من المشرع الدستوري لعدم تغليب سلطة على

(٣٢) تنص المادة (٨٦) على أن: [يعقد المجلس دوره العادي بدعوة من الأمير خلال شهر أكتوبر من كل عام، وإذا لم يصدر مرسوم الدعوة قبل أول الشهر المذكور اعتبر موعد الانعقاد الساعة التاسعة من صباح يوم السبت الثالث من ذلك الشهر، فإن صادف هذا اليوم عطلة رسمية اجتمع في صباح أول يوم يلي تلك العطلة].

أخرى وعدم خضوع أي سلطة لغيرها؛ وذلك امتثالاً لمبدأ الفصل بين السلطات مع تعاونها كما جاء في المادة (٥٠) والتي تنص على أن: [يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور]. وكذلك حرصاً من الدستور على ممارسة مجلس الأمة لكافة سلطاته - والتي يأتي في مقدمتها سلطة التشريع - وممارسة دوره الرقابي على أعمال الحكومة، بالإضافة إلى تمتع أعضائه بالحصانة البرلمانية.

الفرع الثاني مواعيد أدوار الانعقاد العادية

حدد الدستور شهر أكتوبر موعداً لدور الانعقاد العادي لمجلس الأمة، فيما عدا أول أدوار انعقاد الفصل التشريعي على ما سبق، ويكون ذلك بصدر مرسوم الدعوة، وحدد كذلك موعد انعقاد المجلس في حالة عدم صدور هذا المرسوم وهو الساعة التاسعة من صباح يوم السبت الثالث من شهر أكتوبر فنصت المادة (٨٦) على أن: [يعقد المجلس دوره العادي بدعوة من الأمير خلال شهر أكتوبر من كل عام، وإذا لم يصدر مرسوم الدعوة قبل أول الشهر المذكور اعتبر موعد الانعقاد الساعة التاسعة من صباح يوم السبت الثالث من ذلك الشهر، فإن صادف هذا اليوم عطلة رسمية اجتمع المجلس في صباح أول يوم يلي تلك العطلة].

فأدوار الانعقاد العادية إما أن تعقد بناء على صدور مرسوم الدعوة، أو بناء على نص الدستور مباشرة إذا ما تخلفت الحكومة عن إصدار مرسوم الدعوة^(٣٣)، فالدستور رتب على عدم صدور مرسوم دعوة المجلس لدور انعقاده العادي نفس الأثر المترتب على عدم صدور مرسوم الدعوة لأول اجتماع للمجلس في بداية الفصل التشريعي، مقيداً بذلك سلطة الحكومة في تحديد مواعيد أدوار انعقاد مجلس الأمة.

وننوه هنا إلى أن مجلس الوزراء قد أصدر قراره رقم (٤٩٦) بتاريخ ٢٧/٥/٢٠٠٧م باعتبار يوم السبت من كل أسبوع راحة أسبوعية تعطل فيه كافة الجهات الحكومية بدلاً من يوم الخميس، اعتباراً من الأول من شهر سبتمبر ٢٠٠٧م، وبذلك فإن موعد الانعقاد في حال عدم صدور مرسوم الدعوة سيكون يوم الأحد الثالث من شهر أكتوبر ما لم يكن عطلة رسمية.

(٣٣) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

وأخيراً نشير إلى أن أدوار الانعقاد غير العادية ليس لها موعد محدد أو مدة محددة، وإنما ذلك مرتبط بالموضوع الذي دعي المجلس من أجله، وذلك وفقاً للمادة (٨٨) من الدستور والتي قررت أنه: [يدعى مجلس الأمة بمرسوم لاجتماع غير عادي إذا رأى الأمير ضرورة لذلك، أو بناء على طلب أغلبية أعضاء المجلس، ولا يجوز في دور الانعقاد غير العادي أن ينظر المجلس في غير الأمور التي دعي من أجلها إلا بموافقة الوزارة].

الفرع الثالث دور الانعقاد التكميلي

دور الانعقاد التكميلي يتحقق في حال بدأ دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي متأخراً عن شهر أكتوبر، وهو الموعد المحدد في المادة (٨٦) بالنسبة لكافة أدوار الانعقاد العادية ماعدا دور الانعقاد الأول، ففي هذه الحالة تتم دعوة المجلس لدور انعقاد تكميلي بعد انقضاء أدوار الانعقاد الأربعة، لتكون مدته مكملة لمدة الفصل التشريعي وهي الأربع سنوات، بمعنى أنه يكمل ما نقص من مدة دور الانعقاد الأول، الذي تقلصت مدته بمقدار الفارق بين الميعاد السنوي المحدد في المادة (٨٦) وميعاد انعقاده، وذلك وفقاً لما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة (٨٧) والتي تنص على أنه: [وإذا كان تاريخ انعقاد المجلس في هذا الدور متأخراً عن الميعاد السنوي المنصوص عليه في المادة (٨٦) من الدستور، خفضت مدة الانعقاد المنصوص عليها في المادة (٨٥) بمقدار الفارق بين الميعادين المذكورين].

وبذلك يكون ميعاد دور الانعقاد التكميلي بعد انقضاء أدوار الانعقاد العادية الأربعة في الفصل التشريعي الذي بدأ متأخراً عن شهر أكتوبر، وتكون مدته مكملة لمدة دور الانعقاد الأول.

وأخيراً نشير إلى أن الدستور رتب أثراً هاماً وخطيراً على عدم التقيد بالمواعيد المحددة لاجتماع مجلس الأمة، فقرر بطلان الاجتماع الذي يعقد في غير المواعيد المحددة وفقاً للدستور^(٣٤)، وكذلك بطلان كافة القرارات الصادرة عن هذا الاجتماع وذلك بحكم القانون دون الحاجة إلى اتخاذ أي إجراء يبطلها من المجلس أو غيره، فهي باطلة بذاتها^(٣٥). وهو ما جاء في المادة (٩٠) من الدستور حيث تنص على أن: [كل

(٣٤) ما يسري على الزمان يسري على المكان كما جاء في المادة (٩٠).

(٣٥) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

اجتماع يعقده المجلس في غير الزمان والمكان المقررين لاجتماعه يكون باطلاً، وتبطل بحكم القانون القرارات التي تصدر فيه]. إلا أن المذكرة التفسيرية أجازت اجتماع المجلس في غير الزمان والمكان المقررين لاجتماعه إذا كان هناك ضرورة فقررت أن: (نص هذه المادة (٩٠) لا يمنع دستورياً من اجتماع المجلس في غير الزمان والمكان المقررين لاجتماعه، إذا دعت ضرورة لذلك ووفقاً لنظرية الضرورة وبشروطها القانونية).

المطلب الثالث موعد إجراء الانتخابات العامة

بحسب الأصل تجرى الانتخابات العامة خلال الشهرين الأخيرين من مدة الفصل التشريعي، ولكن قد يحدث ما يؤدي إلى عدم إكمال المجلس لمدته وذلك إذا ما تم حله، وهنا يتحدد موعد جديد لإجراء الانتخابات مغاير للموعد الأصلي، وكذلك قد يمد الفصل التشريعي لمدة أطول من مدته المقررة في الدستور وهي الأربع سنوات فتمتد تجرى الانتخابات في هذه الحالة؟ إضافة إلى إجراء انتخابات تكميلية في حال خلو منصب عضو أو أكثر. فمن خلال هذا المطلب سنسعى لبيان مواعيد إجراء الانتخابات العامة في كل من هذه الحالات وفقاً للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: موعد الانتخابات في الفصل التشريعي مكتمل المدة.

الفرع الثاني: موعد الانتخابات التكميلية.

الفرع الثالث: موعد الانتخابات بعد حل المجلس.

الفرع الرابع: موعد الانتخابات بعد انتهاء فترة مد الفصل التشريعي.

الفرع الأول موعد الانتخابات في الفصل التشريعي مكتمل المدة

تجرى الانتخابات العامة لمجلس الأمة الجديد خلال السنتين يوماً السابقة على نهاية الفصل التشريعي الذي أكمل مدته الدستورية، وهي الأربع سنوات، والتي تبدأ من تاريخ أول اجتماع للمجلس، وفقاً لما جاء في المادة (٨٣) والتي تنص على أن: [مدة المجلس أربع سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له، ويجري التجديد خلال السنتين يوماً السابقة على نهاية تلك المدة مع مراعاة حكم المادة (١٠٧)].

فهذه المادة حددت موعد الانتخابات العامة بحيث تكون خلال السنتين يوماً

السابقة على نهاية الفصل التشريعي، والذي تبدأ مدته من تاريخ أول اجتماع له وتنتهي بانقضاء أربع سنوات من هذا التاريخ. وهنا يجب أن يراعى عند صدور مرسوم الدعوة للانتخابات إكمال الفصل التشريعي لمدته، بأن تكون الانتخابات في نهاية الستين يوماً المذكورة في المادة، حتى لا نكون أمام مجلسين تتداخل نهاية أحدهما مع الآخر، حيث إن المجلس الجديد ستبدأ مدته بانعقاد أول اجتماعاته، وذلك خلال أسبوعين من إعلان نتائج الانتخابات، وذلك بناء على نص المادة (٨٧) من الدستور، والتي تقرر أنه: [استثناء من أحكام المادتين السابقتين يدعو الأمير مجلس الأمة لأول اجتماع يلي الانتخابات العامة للمجلس في خلال أسبوعين من انتهاء تلك الانتخابات، فإن لم يصدر مرسوم الدعوة خلال تلك المدة اعتبر المجلس مدعواً للاجتماع في صباح اليوم التالي للأسبوعين المذكورين مع مراعاة حكم المادة السابقة].

وأكدت المحكمة الدستورية أن ما ورد في المادة (٨٣) من الدستور بشأن التجديد للمجلس خلال الستين يوماً السابقة على انتهاء مدة المجلس وهي الأربع سنوات لا يعني جواز الانتقاص من مدة المجلس فقررت^(٣٦) أنه: (لا وجه لمظنة أن عبارة "ويجري التجديد خلال الستين يوماً السابقة على انتهاء مدته (أي المجلس)" يتسع مفهومها ليشمل جواز إجراء انتخاب مجلس جديد في أول هذا الميعاد أو في منتصفه، وانطوائها على استثناء من الأصل المقرر لمدة المجلس لتكون ثلاث سنوات وعشرة أشهر، لا وجه لذلك إذ لا عبرة بالظن البين خطؤه، فالمرشح بعد أن حدد بنص صريح مدة المجلس بأربع سنوات أعقب ذلك النص بأن يجري التجديد خلال الستين يوماً السابقة على انتهاء مدته بما مفاده ألا يكون من شأن إجراء التجديد الانتقاص من المدة المحددة للمجلس، وأنه لو قصد المشرع أن تكون مدة المجلس ثلاث سنوات وعشرة أشهر ما أعوزه النص على ذلك صراحة وعلى أن يتم إجراء التجديد خلال الشهرين التاليين لانتهاء تلك المدة، والحاصل أن صحيح الفهم لعبارة "ويجري التجديد" إنما تنصرف إلى وجوب اتباع الإجراءات المهيئة للانتخابات بما يستتبعه ذلك من صدور مرسوم دعوة الناخبين للانتخاب، ونشر هذا المرسوم قبل شهر من إجرائه، وفتح باب الترشيح لمدة العشرة أيام التالية للنشر، وغير ذلك من الإجراءات، بحيث يجري الانتخاب في الفترة الأخيرة من الستين يوماً بما لا ينتقص

(٣٦) الطلب ٢٠٠٢/١٠ تفسير، جلسة ٢٠٠٣/٢/٢، المحكمة الدستورية، المجلد الأول، مايو ٢٠٠٣ ص ٤٢٨.

من المدة المقررة للمجلس أو يخل بالميعاد المحدد للاجتماع الأول للمجلس الجديد المنصوص عليه في المادة (٨٧ / ١) من الدستور).

فالمحكمة هنا تبين أن المقصود بعبارة (بالتجديد خلال الستين يوماً) إنما ينصرف إلى الإجراءات السابقة على الانتخابات، من صدور مرسوم الدعوة إلى الانتخابات - والذي يجب أن يصدر قبل شهر من موعد إجراء الانتخابات - وفقاً للمادة (١٨) من القانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٦٢م في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة^(٣٧)، وفتح باب الترشيح لمدة (١٠) أيام التالية لصدور المرسوم بناء على المادة (٢٠)، وأن التطبيق الصحيح للمادة (٨٣) أن تجري الانتخابات في الفترة الأخيرة من الستين يوماً السابقة على انتهاء مدة المجلس، وذلك دون أن يتقص من المدة المقررة للمجلس، أو يخل بموعد أول اجتماع للمجلس، فالمحكمة تقرر أن الفترة الأخيرة من مدة الستين يوماً السابقة على انتهاء مدة مجلس الأمة هي المدة المناسبة لإجراء الانتخابات، حيث يستكمل المجلس مدته دون نقصان، ويبدأ المجلس الجديد مدته دون تدخل مع سابقة.

الفرع الثاني موعد الانتخابات التكميلية

الانتخابات التكميلية هي التي تجري عند خلو منصب عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الأمة لأي سبب من الأسباب قبل إكمال مدة المجلس، وقد حدد الدستور موعد إجراء الانتخابات التكميلية خلال شهرين من تاريخ إعلان المجلس خلو المنصب، كما جاء في نص المادة (٨٤) حيث نصت على أنه: [إذا خلا محل أحد أعضاء مجلس الأمة قبل نهاية مدته، لأي سبب من الأسباب، انتخب بدله في خلال شهرين من تاريخ إعلان المجلس هذا الخلو، وتكون مدة العضو الجديد لنهاية مدة سلفه، وإذا وقع الخلو في خلال ستة الأشهر السابقة على انتهاء الفصل التشريعي للمجلس فلا يجري انتخاب عضو بديل].

(٣٧) تنص المادة (١٨) على أنه: [يحدد ميعاد الانتخابات العامة بمرسوم، ويحدد ميعاد الانتخابات التكميلية بقرار من وزير الداخلية، ويجب أن ينشر المرسوم أو القرار قبل التاريخ المحدد للانتخابات بشهر على الأقل]. وتنص الفقرة الأولى من المادة (٢٠) على أن: [تقدم طلبات الترشيح كتابة إلى مخفر الشرطة بمقر الدائرة الانتخابية خلال ساعات العمل الرسمي في الأيام العشرة التالية لنشر المرسوم أو القرار بالدعوة للانتخابات].

فهذا النص حدد موعد الانتخابات التكميلية بأن يكون خلال شهرين من تاريخ إعلان خلو المنصب، ولكنها اشترطت ألا يكون خلو المنصب خلال الستة أشهر الأخيرة من مدة الفصل التشريعي، وإلا فإنه لن تجرى انتخابات تكميلية، وبين أن مدة عضوية العضو البديل تكون استكمالاً لمدة سلفه. والملاحظ أن هذا الموعد مماثل لموعد إجراء الانتخابات بعد انتهاء الفصل التشريعي، وقد كان من الأفضل تحديد موعد أقصر من مدة الشهرين في حال الانتخابات التكميلية.

الفرع الثالث

موعد الانتخابات بعد حل المجلس

إذا تم حل مجلس الأمة طبقاً للمادة (١٠٢) أو المادة (١٠٧) من الدستور، فإن الفصل التشريعي ينتهي قبل اتمام مدته المقررة في المادة (٨٣) وهي أربع سنوات، وبالتالي يتحدد موعد لإجراء الانتخابات مغاير للموعد المحدد في المادة (٨٣)، والذي تكلفت المادة (١٠٧) بتحديدته فنصت على أن: [للامير أن يحل مجلس الأمة بمرسوم تبين فيه أسباب الحل، على أنه لا يجوز حل المجلس لذات الأسباب مرة أخرى، وإذا حل المجلس وجب إجراء الانتخابات للمجلس الجديد في ميعاد لا يتجاوز شهرين من تاريخ الحل.

فإن لم تجر الانتخابات خلال تلك المدة يسترد المجلس المنحل كامل سلطته الدستورية ويجتمع فوراً كأن الحل لم يكن، ويستمر في أعماله إلى أن ينتخب المجلس الجديد].

فموعد الانتخابات يكون خلال شهرين من تاريخ حل المجلس، ولا يهم هنا إن كانت الانتخابات في أول هذه المدة أو آخرها، لأننا لن نكون أمام مجلس أتم مدته وآخر سيبدأ مدة جديدة، كما في حال اتمام الفصل التشريعي لمدة الأربع سنوات وإجراء الانتخابات خلال السنتين يوماً الأخيرة من عمر المجلس، حيث إننا أمام مجلس أنهيت مدته قبل إتمام الأربع سنوات بصور مرسوم الحل.

وقد رتب الدستور أثراً بالغ الأهمية في حال عدم التقيد بموعد إجراء انتخابات المجلس الجديد خلفاً للمجلس المنحل يتمثل في استرداد المجلس المنحل لكامل سلطاته الدستورية بمجرد انتهاء المدة المقررة لإجراء الانتخابات، وكذلك اجتماعه فوراً دون الحاجة إلى دعوته، وذلك باعتبار أن الحل كأن لم يكن لعدم التقيد بالمواعيد الدستورية^(٣٨).

(٣٨) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٥٨١. د. محمد عبدالمحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الطبعة الثانية ٢٠١٣، ٢٠١٤، ص ٤٥٣.

ومعنى ذلك أن مجلس الأمة المنحل يسترد وظيفة التشريع باعتباره صاحب الحق الأصلي بالتشريع؛ وبالتالي يمتنع على الحكومة إصدار مراسيم بقوانين استناداً للمادة (٧١) من الدستور، وهي ما يطلق عليها مراسيم الضرورة باعتبارها وظيفة تشريع استثنائية للسلطة التنفيذية زال ما يبررها وهو غياب مجلس الأمة، إما لانقضاء الفصل التشريعي أو للحل أو فيما بين أدوار الانعقاد^(٣٩). وما ذلك إلا امتثالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وعدم تغليب سلطة على أخرى، بحيث لا تتحكم السلطة التنفيذية بمواعيد إجراءات الانتخابات تحكماً يمنع مجلس الأمة حتى من الانعقاد، فسلطتها في الدعوة للانتخابات ودعوة المجلس للانعقاد سلطة مقيدة بنصوص الدستور.

الفرع الرابع

موعد الانتخابات بعد انتهاء فترة مدة الفصل التشريعي

ذكرنا فيما سبق - عند الحديث عن مدة الفصل التشريعي، أن الدستور أجاز مد الفصل التشريعي عند الضرورة في حالة الحرب، ويكون هذا المد بقانون وفقاً للمادة (٨٣)، ولكن السؤال هنا متى تجرى الانتخابات بعد انتهاء فترة مد الفصل التشريعي؟ في واقع الأمر لم يحدد الدستور موعداً لإجراء الانتخابات في هذه الحالة على عكس ما فعله عند حل مجلس الأمة، حيث أوجبت المادة (١٠٧) إجراء الانتخابات خلال شهرين من تاريخ الحل، ولكن بالنظر في المادة (٨٣) والتي تحدد موعد الانتخابات خلال الستين يوماً السابقة على نهاية الفصل التشريعي الذي أكمل مدته، والمادة (١٠٧) والتي حددت الانتخابات خلال شهرين من تاريخ الحل، نجد أن النصين متفقان على نفس المدة لإجراء الانتخابات في حالتين مختلفتين؛ لذلك نرى أن الانتخابات يجب أن تجرى خلال شهرين من انتهاء فترة مد الفصل التشريعي، وذلك لأننا أمام مجلس انتهت مدته بانقضاء الأربع سنوات، وانتهت كذلك فترة مدته بانتفاء سببها، فالمجلس في هذه الحالة يكون في حالة مشابهة للمجلس المنحل، لأن القول بغير ذلك سيؤدي إلى مد الفصل التشريعي دون سند من الدستور.

بعد أن استعرضنا مواعيد انعقاد أدوار ومواعيد إجراءات الانتخابات يتبين لنا

(٣٩) د. بدرية جاسر الصالح، التشريع الحكومي في الكويت. حالاته، قيوده، خضوعه لرقابة المحكمة الدستورية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٩، العدد ٢، يونيو ١٩٩٥، ص ٤٤.

مدى اهتمام الدستور بتحديد هذه المواعيد في مختلف الأحوال، واعتناؤه بها عناية فائقة، كل ذلك ليتمكن مجلس الأمة من الانعقاد دون وجود أي عائق أو تأخير، حتى يتمكن من أداء وظائفه وممارسة سلطاته.

المبحث الثاني

المواعيد المتعلقة بتكوين مجلس الأمة وأعماله

حدد الدستور مواعيد على درجة من الأهمية تتعلق بتكوين وأعمال مجلس الأمة، وهذه المواعيد تتعلق بانتخاب رئيس المجلس ونائبيه، وتشكيل اللجان البرلمانية، والحصانة البرلمانية، ووسائل الرقابة البرلمانية. وهو ما سنتناوله في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

المواعيد المتعلقة بتكوين مجلس الأمة

من المسائل التي اهتم الدستور بتحديد مواعيد خاصة بها في شأن السلطة التشريعية تكوين مجلس الأمة، ويأتي في مقدمتها المواعيد الخاصة بانتخاب رئيس المجلس ونائبيه، بالإضافة إلى انتخاب اللجان البرلمانية. وهو ما نعرضه خلال فرعين نخصص الأول لموعد انتخاب رئيس مجلس الأمة ونائبيه، والآخر لموعد انتخاب اللجان البرلمانية.

الفرع الأول

موعد انتخاب رئيس مجلس الأمة ونائبيه

يعتبر رئيس مجلس الأمة من أهم المناصب في الدولة، فهو يرأس السلطة المنتخبة من الشعب وهي السلطة التشريعية؛ لذلك نجد أن الدستور قد حدد أول جلسة لمجلس الأمة موعداً لانتخابه ونائبيه، فنصت المادة (٩٢) على أن: (يختار مجلس الأمة في أول جلسة له، ولمثل مدته رئيساً ونائباً رئيس من بين أعضائه، وإذا خلا مكان أي منهما اختار المجلس من يحل محله إلى نهاية مدته).

فنظراً لأهمية منصب رئيس مجلس الأمة وما يوكل إليه من مهام^(٤٠)، نجد أن

(٤٠) حددت اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٣ مهام رئيس المجلس. فنصت المادة (٣٠) على أن: [الرئيس هو الذي يمثل المجلس في اتصاله بالهيئات الأخرى ويتحدث باسمه ويشرف على جميع أعماله ويراقب مكتبه ولجانه كما يتولى الإشراف على الأمانة العامة للمجلس، ويراعى في كل ذلك تطبيق أحكام الدستور والقوانين وينفذ =

الدستور قد عجل في انتخابه، حيث جعله في مقدمة أعمال مجلس الأمة في أولى جلساته، إضافة إلى أنه حدد من يتراأس أول اجتماع للمجلس لحين انتخاب الرئيس، فقرر في الفقرة الأخيرة من المادة (٩٢) أن أكبر الأعضاء سناً هو من يرأس أول جلسة في الفصل التشريعي لحين انتخاب رئيس مجلس الأمة، فنصت على أنه: [ويرأس الجلسة الأولى لحين انتخاب الرئيس أكبر الأعضاء سناً].

كما أن الدستور حدد بالإضافة إلى موعد اختيار رئيس مجلس الأمة ونائبه مدة الرئاسة وهي مدة الفصل التشريعي، كما أنه وضع الحل لمسألة خلو منصب الرئيس أو نائبه بأن يتم اختيار بديلاً عن الرئيس أو نائبه من قبل المجلس على أن يستكمل الرئيس أو النائب الجديد مدة سلفه، وجاءت المادة (٢٩) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الصادرة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٣، لتحدد موعد انتخاب الرئيس أو نائبه في حال خلو مكان أحدهما، وذلك خلال ثلاثة أسابيع من تاريخ الخلو إذا كان المجلس في دور الانعقاد، وخلال الأسبوع الأول من اجتماع المجلس إذا كان الخلو خلال عطلة المجلس، حيث نصت المادة على أنه: (في حالة خلو مكان رئيس المجلس أو نائب الرئيس لأي سبب من الأسباب يختار المجلس من يحل محله خلال ثلاثة أسابيع من

= نصوص هذه اللائحة ويتولى على وجه الخصوص الأمور التالية:

أ - حفظ النظام داخل المجلس، وبأمره يأتزر الحرس الخاص بالمجلس، وللرئيس في هذه المهمة أن يطلب معونة رجال الشرطة إذا اقتضى الأمر ذلك.

ب - رئاسة جلسات المجلس.

ج - تحضير ميزانية المجلس وحسابه الختامي وعرضهما على مكتب المجلس لنظرهما ثم على المجلس لإقرارهما.

د - توقيع العقود باسم المجلس.

هـ - أن يمارس في شؤون المجلس وموظفيه الصلاحيات التي تخولها القوانين واللوائح للوزير في شؤون وزارته وموظفيها.

و - وضع نظام حضور الزوار في جلسات المجلس، وله أن يأمر بإخراج الزائر لجلسات المجلس إذا تكلم في الجلسة أو أبدى استحقاقاً أو استهجاناً بأية صورة من الصور، وله أن يتخذ الإجراءات القانونية ضده إذا كان لذلك محل.

ونصت المادة (٣٠ مكرر) على أنه: [يمثل المجلس رئيسه أمام جميع المحاكم في الدعاوى والطلبات التي ترفع منه أو عليه، وله أن ينيب عنه في ذلك أحد أعضاء المجلس أو العاملين فيه أو من المحامين المقيدين للمرافعة أمام المحاكم، ولمن ينيبه توقيع صحف الدعاوى. ويجب على الحاضر عن المجلس أمام المحكمة الدستورية أن يعرض لجميع وجهات النظر المثارة في شأن النزاع المطروح أمامها، وعلى الأخص الرأي الذي يتقدم به عشرة أعضاء على الأقل من المجلس لعرضه على المحكمة].

تاريخ الخلو إذا كان المجلس في دور الانعقاد وخلال الأسبوع الأول من اجتماع المجلس إذا حدث الخلو أثناء العطلة).

الفرع الثاني موعد انتخاب اللجان

حرص الدستور على تحديد موعد انتخاب اللجان في مجلس الأمة، وذلك خلال الأسبوع الأول من كل دور انعقاد؛ وذلك تقديراً لأهمية دور اللجان في أعمال المجلس، والتي تعتبر المحرك الرئيسي للمجلس^(٤١)، فنصت المادة (٩٣) على أنه: [يؤلف المجلس خلال الأسبوع الأول من اجتماعه السنوي اللجان اللازمة لأعماله، ويجوز لهذه اللجان أن تباشر صلاحياتها خلال عطلة المجلس تمهيداً لعرضها عليه عند اجتماعه].

وبقراءة هذه المادة نجد أنها لم تربط أوقات عمل اللجان البرلمانية بمواعيد أدوار الانعقاد، وإنما أجازت لها العمل أثناء عطلة المجلس، وهذا على خلاف اجتماعات المجلس التي يجب أن تكون في الأوقات المحددة دستورياً، وهي مواعيد أدوار الانعقاد العادية وغير العادية، وإلا كان الاجتماع باطلاً وما يصدر عنه كذلك، وفقاً لما ورد في المادة (٩٠) والتي تنص على أن: [كل اجتماع يعقده المجلس في غير الزمان والمكان المقررين لاجتماعه يكون باطلاً، وتبطل بحكم القانون القرارات التي تصدر فيه].

وبطبيعة الحال لا يدخل ضمن هذه اللجان لجان التحقيق البرلمانية، والتي يحق للمجلس تشكيلها في أي وقت، كما ورد في المادة (١١٤) من الدستور، والتي قررت أنه: [يحق لمجلس الأمة في كل وقت أن يؤلف لجان تحقيق أو يندب عضواً أو أكثر من أعضائه للتحقيق في أي أمر من الأمور الداخلة في اختصاص المجلس، ويجب على الوزراء وجميع موظفي الدولة تقديم الشهادات والوثائق والبيانات التي تطلب منهم].

المطلب الثاني المواعيد المتعلقة بالحصانة البرلمانية

تشكل الحصانة البرلمانية بنوعها الموضوعية والإجرائية ضماناً حقيقية لاستقلال عضو مجلس الأمة، مما يمكنه من القيام بواجباته البرلمانية خاصة دوره الرقابي

(٤١) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٨٥١.

ومحاسبة السلطة التنفيذية بعيداً عن أية ضغوط أو قيود. والحصانة البرلمانية ليست امتيازاً شخصياً لعضو مجلس الأمة، وإنما تهدف إلى حماية الصالح العام بضمان استقلال مجلس الأمة من خلال كفالة استقلال أعضائه^(٤٢)، هذا الاستقلال الذي قرره المادة (١٠٨) من الدستور حين نصت على أن: [عضو المجلس يمثل الأمة بأسرها، ويرعى المصلحة العامة، ولا سلطان لأي هيئة عليه في عمله بالمجلس أو لجانته].

ونظراً لخطورة ما يترتب على الحصانة البرلمانية من آثار، تتمثل في انتفاء مسؤولية عضو مجلس الأمة في الحصانة الموضوعية، ووقف الإجراءات الجزائية في مواجهته وفقاً للحصانة الإجرائية^(٤٣)، فقد رسم لها الدستور نطاقاً زمنياً يتمتع خلاله العضو بالحصانة، أما خارج هذا النطاق فإنه يسأل كشخص عادي^(٤٤).

فالنطاق الزمني للحصانة الموضوعية يكون خلال انعقاد جلسات مجلس الأمة، أو خلال اجتماعات اللجان البرلمانية، فخلال هاتين الفترتين فإن عضو المجلس لا يمكن مساءلته بأي حال من الأحوال عما يبدية من آراء وأفكار، وفقاً لما جاء في المادة (١١٠) من الدستور التي قررت أن: [عضو مجلس الأمة حر فيما يبدية من الآراء والأفكار بالمجلس أو لجانته، ولا تجوز مؤاخذه عن ذلك بحال من الأحوال].

فالأثر المترتب على الالتزام بالنطاق الزمني لهذه الحصانة هو عدم مسؤولية العضو نهائياً، أما خارج هذا النطاق الزمني فإنه لا يستفيد من هذه الحصانة، وبالتالي يسأل كشخص عادي، فالحصانة الموضوعية تبدأ من أول اجتماع لمجلس الأمة - على الرغم من اكتساب صفة العضوية من تاريخ إعلان نتائج الانتخابات - وتنتهي بانتهاء مدة العضوية في المجلس، ولا يعني ذلك أنه يمكن مساءلة العضو عما أبداه من آراء وأفكار خلال الجلسات واللجان بعد انتهاء مدة عضويته، وإنما تمتد هذه الحصانة عن هذه الآراء حتى بعد انتهاء العضوية^(٤٥).

أما الحصانة الإجرائية فإن نطاقها الزمني مرتبط بدور الانعقاد، فمتى ما كان المجلس منعقداً فإنها تكون قائمة، سواء أكان ذلك في دور انعقاد عادي أم غير عادي^(٤٦)، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة الجرم المشهود، وفقاً لما ورد في المادة

(٤٢) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٤٣) د. عثمان عبدالملك الصالح، المرجع السابق، ص ٥٧٢.

(٤٤) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٤٥) د. عثمان عبدالملك الصالح، المرجع السابق، ص ٥٧٥.

(٤٦) د. خليفة ثامر الحميدة، النظام الدستوري الكويتي، الطبعة الأولى ٢٠١٠ ص ٢٠٠.

(١١١) من الدستور والتي قررت أنه: [لا يجوز أثناء دور الانعقاد، في غير حالة الجرم المشهود، أن تتخذ نحو العضو إجراءات التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحبس أو أي إجراء جزائي آخر إلا بإذن المجلس، ويتعين إخطار المجلس بما قد يتخذ من إجراءات جزائية أثناء انعقاده على النحو السابق، كما يجب إخطاره دوماً في أول اجتماع له بأي إجراء يتخذ في غيبته ضد أي عضو من أعضائه، وفي جميع الأحوال إذا لم يصدر المجلس قراره في طلب الإذن خلال شهر من تاريخ وصوله إليه اعتبر ذلك بمثابة إذن].

ولا يقصد بالحصانة الإجرائية عدم اتخاذ أي إجراء جزائي في مواجهة عضو مجلس الأمة مطلقاً، وإنما كل ما في الأمر إذا كان الجرم قد ارتكب خلال دور الانعقاد، وفي غير حالة الجريمة المشهودة، فإنه يجب الحصول على إذن المجلس لاتخاذ أي إجراء، أما في غير هذا النطاق الزمني فإن الإجراءات الجزائية تتخذ في مواجهة العضو مع إخطار المجلس بهذه الإجراءات في أول اجتماع له، وهو أول اجتماع بعد ارتكاب الجريمة المشهودة، أو أول اجتماع للمجلس بعد غيبته^(٤٧).

وننوه هنا إلى موعد مهم قرره الدستور بشأن الحصول على إذن المجلس في رفع الحصانة عن العضو، حيث قرر في آخر المادة (١١١) أنه: [وفي جميع الأحوال إذا لم يصدر المجلس قراره في طلب الإذن خلال شهر من تاريخ وصوله إليه اعتبر ذلك بمثابة إذن]، فالدستور هنا رتب أثراً بالغ الأهمية على عدم اتخاذ مجلس الأمة قراراً في طلب الإذن خلال شهر من تاريخ الطلب بأن اعتبر ذلك بمثابة الإذن، فبمجرد انقضاء مدة الشهر دون صدور قرار من المجلس فإن ذلك يعتبر إذناً باتخاذ الإجراءات الجزائية في مواجهة عضو مجلس الأمة، وليس ذلك إلا دليلاً وتأكيداً على أن الحصانة ليست امتيازاً شخصياً لعضو مجلس الأمة من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم جواز أن تكون هذه الحصانة سبباً لعدم ملاحقة مرتكبي الجرائم بحجة عدم صدور إذن من المجلس^(٤٨).

ومن الملاحظ أن النطاق الزمني للحصانة الإجرائية أوسع من النطاق الزمني للحصانة الموضوعية، فالأولى مرتبطة بدور الانعقاد بأكمله، في حين أن الأخيرة مرتبطة بانعقاد الجلسات واجتماع اللجان^(٤٩)، ولكن الحصانة الموضوعية هي حصانة

(٤٧) د. عادل الطيبي، المرجع السابق، ص ٨٣٦.

(٤٨) د. خليفة ثامر الحميدة، المرجع السابق، ص ٢٠١.

(٤٩) المرجع السابق، ص ٢٠٠.

ممتدة - كما أسلفنا - أي أنها تمتد وتستمر حتى بعد انتهاء العضوية، أما الحصانة الإجرائية فهي ليست مطلقة، وإنما يتم تجاوزها ورفعها في عدة أحوال هي حال الجرم المشهود، وحال الحصول على إذن من المجلس، وحال ارتكاب الجرم خارج دور الانعقاد، وأخيراً في حال انتهاء العضوية.

المطلب الثالث

المواعيد المتعلقة بوسائل الرقابة البرلمانية

يعتبر الاختصاص الرقابي من أهم اختصاصات مجلس الأمة إلى جانب الاختصاص التشريعي والاختصاص المالي، حيث منح الدستور أعضاء مجلس الأمة عدداً من الوسائل لرقابة الأداء الحكومي، ومن أشد وسائل الرقابة البرلمانية الاستجواب وطرح الثقة بأحد الوزراء وعدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء، لذلك نجد أن الدستور قد اهتم بتحديد مواعيد تنظم استخدام هذه الوسائل من أجل تطبيقها على النحو السليم وتحقيق أهدافها. ومن خلال هذا المطلب سنعرض للمواعيد المتعلقة بالاستجواب وطرح الثقة وعدم إمكان التعاون من خلال الفرعين القادمين.

الفرع الأول

موعد مناقشة الاستجواب

يعتبر الاستجواب من أخطر وسائل الرقابة البرلمانية لما ينطوي عليه من اتهام لرئيس الوزراء أو للوزير المستجوب من ناحية^(٥٠)، ومن ناحية أخرى لما قد يترتب عليه من تقديم طلب عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء أو طرح الثقة بالوزير المستجوب؛ لذلك نجد أن الدستور قد أحاطه بعدد من الإجراءات لضمان أن يكون الاستجواب في إطاره الصحيح.

ولا شك أن أبسط الأمور وأولها لكي يحقق الاستجواب نتائجه، هو إعطاء الوزير المستجوب الوقت الكافي لإعداد دفاعه وردوده لما وجه إليه من اتهام؛ لذلك نجد أن الدستور - بعد أن قرر حق عضو مجلس الأمة في تقديم استجواب لرئيس مجلس الوزراء والوزراء - قرر أنه لا يجوز مناقشة الاستجواب إلا بعد مرور ثمانية أيام على

(٥٠) د. عثمان عبدالمالك الصالح، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في الكويت "دراسة نظرية تطبيقية"، بحث منشور في مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، السنة ٥، العدد ٤، ديسمبر (١٩٨١)، ص ٢٢.

الأقل من تاريخ تقديمه، فنصت المادة (١٠٠) على أنه: [لكل عضو من أعضاء مجلس الأمة أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء وإلى الوزراء استجابات عن الأمور الداخلة في اختصاصاتهم.

ولا تجرى المناقشة في الاستجواب إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه، وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة الوزير.

وبمراعاة حكم المادتين (١٠١) و (١٠٢) من الدستور يجوز أن يؤدي الاستجواب إلى طرح موضوع الثقة على المجلس].

فمؤعد مناقشة الاستجواب لا يكون إلا بعد مرور ثمانية أيام من تاريخ تقديمه، فمدة الثمانية أيام هي الحد الأدنى الذي لا يجوز أن يناقش الاستجواب قبل انقضائه، إلا في حالة الاستعجال وموافقة الوزير المستجوب^(٥١).

وهذا يعني أنه يجوز مد هذا الأجل لفترة أطول من الثمانية أيام، وهو ما قرره اللائحة الداخلية لمجلس الأمة حيث نصت في المادة (١٣٥) على أنه: [يبلغ الرئيس الاستجواب إلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص فور تقديمه ويدرج في جدول أعمال أول جلسة تالية لتحديد موعد للمناقشة فيه بعد سماع أقوال من وجه إليه الاستجواب بهذا الخصوص، ولا تجري المناقشة في الاستجواب إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه، وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة رئيس مجلس الوزراء أو الوزير حسب الأحوال.

ولمن وجه إليه الاستجواب أن يطلب مد الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة إلى أسبوعين على الأكثر فيجاء إلى طلبه، ويجوز بقرار من المجلس التأجيل لمدة مماثلة، ولا يكون التأجيل لأكثر من هذه المدة إلا بموافقة أغلبية أعضاء المجلس].

هذه المادة جاءت استكمالاً لما قرره المادة (١٠٠) من الدستور بشأن تحديد مواعيد مناقشة الاستجواب، وقد جاءت بعدد من المواعيد، نذكرها فيما يلي:

- (١) إبلاغ رئيس مجلس الوزراء أو الوزير المستجوب فور تقديم الاستجواب.
- (٢) إدراج الاستجواب على جدول أعمال أول جلسة تالية لتقديمه، ومن خلال هذا الموعد يتحدد موعد المناقشة، والذي لا يكون إلا بعد مرور ثمانية أيام على الأقل

(٥١) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٣٨٢، د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٩٣٦.

من موعد تقديمه إلا في حالة الاستعجال وموافقة الوزير، كما جاء في المادة (١٠٠) من الدستور.

(٣) جاءت المادة (١٣٥) من اللائحة الداخلية بموعد مهم يتمثل في حق الوزير المستجوب أن يطلب تأجيل مناقشة الاستجواب أكثر من ثمانية أيام، فأجازت له أن يطلب مد الأجل إلى أسبوعين من تاريخ تقديمه، وليس كما ذهب البعض إلى أن التأجيل يكون إلى ٢٢ يوماً^(٥٢)؛ لأن اللائحة نصت على مد الأجل إلى أسبوعين، أي مد الثمانية أيام لتصل إلى أسبوعين، وليس طلب مدة أسبوعين إضافية، وبالتالي فإن مدة التأجيل تكون أسبوعين من تاريخ تقديم الاستجواب^(٥٣)، وفي حال طلب التأجيل يجاب الوزير إلى طلبه.

كما يجوز تأجيل الاستجواب إلى مدة أسبوعين آخرين ولكن الموافقة هنا تكون بناء على قرار المجلس، ويجوز أيضاً وفقاً لللائحة أن يتم التأجيل لمدة أطول من ذلك، إلا أن هذا التأجيل يحتاج إلى موافقة أغلبية أعضاء المجلس، وبطبيعة الحال لا يمكن تأجيل الاستجواب إلى أجل مفتوح وإنما يكون إلى مدة معقولة وهذا ما يحدده المجلس؛ لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار القيمة الحقيقية للاستجواب كوسيلة رقابية ودورها الهام والخطير في محاسبة الوزراء؛ لأن التوقيت له أهمية كبيرة في فاعلية وسائل الرقابة بشكل عام والاستجواب بشكل خاص^(٥٤).

وقد بينت المحكمة الدستورية الكويتية^(٥٥) القصد من عدم جواز مناقشة الاستجواب إلا بعد مضي مدة الثمانية أيام حين قضت بأن: [عدم جواز مناقشة الاستجواب إلا بعد ثمانية أيام على الأقل من يوم تقديمه وذلك في غير حالة الاستعجال وموافقة الوزير. القصد منه: هو ألا يفاجأ به الوزير وهو غير مستعد له، وإعطائه الفرصة حتى يتخذ عدته ويستعد لمناقشته ويتمكن من الإدلاء بحجته].

فالمحكمة حددت الهدف من عدم جواز المناقشة إلا بعد مضي الأجل المحدد،

(٥٢) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٣٧٤

(٥٣) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٣٨٢. د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٩٣٦. د. خليفة ثامر الحميدة، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٥٤) د. محمد عبدالمحسن المقاطع، الاستجواب البرلماني للوزراء في الكويت - دراسة تحليلية نقدية في ضوء أحكام الدستور الكويتي والسوابق البرلمانية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ملحق العدد ٣، السنة ٢٦، سبتمبر ٢٠٠٢، ص ٢٨.

(٥٥) الطلب رقم (٨) لسنة ٢٠٠٤ تفسير دستوري، جلسة ٩ أكتوبر ٢٠٠٦، مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية، المجلد الخامس، الجزء الأول، ص ١٥.

في منح الوزير المستجوب الفرصة والوقت الكافي ليجهز ردوده وحججه في مواجهة ما قدم من اتهامات وعدم تعرضه لأي مفاجآت.

الفرع الثاني

موعد طلب طرح الثقة وطلب عدم إمكان التعاون

نحن هنا أمام موعدين الأول يتعلق بتقديم طلب طرح الثقة أو طلب عدم إمكان التعاون والذي حددته المادة (١٠١) بأنه يكون على أثر مناقشة استجواب، والآخر يتعلق بموعد اتخاذ القرار من قبل مجلس الأمة في شأن طلب طرح الثقة أو طلب عدم إمكان التعاون، وهنا قررت المادة (١٠١) من الدستور عدم جواز اتخاذ قرار بشأن طلب طرح الثقة في الوزير أو طلب عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء قبل مرور مدة سبعة أيام من تقديم الطلب، فنصت على أنه: [كل وزير مسؤول لدى مجلس الأمة عن أعمال وزارته، وإذا قرر المجلس عدم الثقة بأحد الوزراء اعتبر معتزلاً للوزارة من تاريخ عدم الثقة ويقدم استقالته فوراً، ولا يجوز طرح موضوع الثقة بالوزير إلا بناء على رغبته أو طلب موقع من عشرة أعضاء إثر مناقشة استجواب موجه إليه، ولا يجوز للمجلس أن يصدر قراره في الطلب قبل سبعة أيام من تقديمه. ويكون سحب الثقة من الوزير بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس فيما عدا الوزراء، ولا يشترك الوزراء في التصويت على الثقة].

فالدستور هنا قرر أن طرح الثقة في الوزير لا يكون إلا بناء على رغبته أو بناء على طلب من عشرة أعضاء بعد مناقشة الاستجواب، كما قرر أن التصويت على طرح الثقة بالوزير لا يكون إلا بعد مضي سبعة أيام على الأقل من تاريخ تقديم الطلب، ولا شك أن هذه المدة بين الاستجواب وطرح الثقة مهمة، حيث يتاح للأعضاء أخذ الوقت الكافي للتروي والتفكير في الاستجواب والردود المقدمة من ناحية^(٥٦)، ومراجعة قواعدهم الانتخابية وإشراكهم في الرأي حول طلب طرح الثقة من ناحية أخرى، لأن الأعضاء في هذا الحال هم بمثابة قضاة يصدرون حكمهم على الوزير بناء على ما سمعوا من العضو المستجوب والوزير، ولكن إذا صدر قرار من المجلس بحجب الثقة عن الوزير فإنه يعتبر معتزلاً منصبه من وقت صدور القرار، ولا يستمر في تصريف العاجل من أمور وزارته بل يعين بديلاً عنه أو يعهد بوزارته إلى وزير آخر لحين تعيين وزير جديد، كما جاء في المذكرة التفسيرية للدستور، والتي قررت أن: (تقرر

(٥٦) د. عثمان عبد الملك الصالح، المرجع السابق، ص ٢٨.

المادة ١٠١ اعتبار الوزير معتزلاً منصبه من تاريخ قرار عدم الثقة به، وتوجب عليه أن يقدم استقالته فوراً، استيفاء للشكل الدستوري، ومقتضى ذلك أن أي تصرف يصدر من الوزير المذكور بعد صدور قرار عدم الثقة به يعتبر بقوة الدستور باطلاً وكأن لم يكن دون أن يطبق في هذه الحالة الحكم الوارد بالمادة ١٠٣ من الدستور القاضي باستمرار الوزير في تصريف العاجل من شؤون منصبه لحين تعيين خلفه، وبذلك يعين فوراً وزيراً بدلاً منه أو يعهد بوزارته إلى وزير آخر لحين تعيين الوزير الجديد).

أما بالنسبة لطلب عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء، فإن هذا الطلب لا يصدر فيه قرار إلا بعد مضي سبعة أيام من تاريخ تقديمه، شأنه في ذلك شأن طلب طرح الثقة وفقاً لما نصت عليه المادة (١٠٢) من الدستور، فإذا قرر المجلس عدم إمكان التعاون مع رئيس مجلس الوزراء رفع الأمر إلى أمير البلاد، وللأمير في هذه الحالة أن يعفي رئيس مجلس الوزراء من منصبه، وفي هذه الحالة يستمر في تصريف العاجل من الأمور طبقاً للمادة (١٠٣)، كما ورد في المذكرة التفسيرية - حتى لا نكون أمام فراغ وزاري - إلى أن يتم تشكيل حكومة جديدة برئاسة برئيس جديد، على عكس الوزير الذي يعتزل منصبه فوراً، أو أن الأمير يقرر حل المجلس، وفي هذه الحالة إذا قرر المجلس الجديد بذات الأغلبية عدم التعاون مع رئيس مجلس الوزراء فإنه يعتبر معتزلاً منصبه من تاريخ قرار المجلس ويستمر في تصريف العاجل من الأمور لحين تعيين رئيس لمجلس الوزراء بدلاً عنه^(٥٧).

(٥٧) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٩٤٣.

الفصل الثالث

المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية

لم يقتصر تحديد المواعيد في الدستور على أعمال السلطة التشريعية بل امتد ليشمل كذلك أعمال السلطة التنفيذية، وقد تعددت هذه المواعيد وتنوعت بحسب الظروف التي تمارس فيها، فهناك مواعيد لأعمال السلطة التنفيذية في الظروف العادية، وهناك مواعيد على درجة من الأهمية لأعمال السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، وسنتناول كل من هذه المواعيد في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية في الظروف العادية.

المبحث الثاني: المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية.

المبحث الأول

المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية في الظروف العادية

تنوعت أعمال السلطة التنفيذية والتي تمارسها في ظل الظروف العادية والتي حدد الدستور مواعيد خاصة بها تقديراً لأهميتها ولحسن تنظيمها وتنفيذها، فنجد برنامج عمل الحكومة والتصديق على القوانين وإصدارها ونشرها، وكذلك ما يتعلق بالشؤون المالية للدولة، كل هذه المواضيع نجد أن الدستور قد حدد مواعيد للقيام بها، وهو ما سنعرضه من خلال ثلاثة مطالب، نخصص الأول منها لموعد تقديم برنامج عمل الحكومة، والثاني للمواعيد المتعلقة بالتصديق على القوانين وإصدارها ونشرها أو الاعتراض عليها، والثالث للمواعيد المتعلقة بالشؤون المالية.

المطلب الأول

موعد تقديم برنامج عمل الحكومة

يشكل برنامج عمل الحكومة حجر الزاوية في العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، فوجود هذا البرنامج يسمح للمجلس بفرض رقابة فعالة على أداء الحكومة، مما قد يؤدي إلى مساءلتها سياسياً في حال عدم الالتزام بهذا البرنامج أو التقصير فيه^(٥٨)؛ من أجل ذلك أوجب الدستور على الحكومة تقديم برنامج عملها إلى

(٥٨) د. عادل الطبطبائي، مفهوم البرنامج الوزاري في الدستور الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢١ العدد ١، مارس ١٩٩٧، ص ١٧.

المجلس فور تشكيلها، وهو ما نصت عليه المادة (٩٨) حيث قررت أن: [تتقدم كل وزارة فور تشكيلها ببرنامجها إلى مجلس الأمة، وللمجلس أن يبيدي ما يراه من ملاحظات بصدد هذا البرنامج].

فالدستور هنا وتأكيداً على أهمية برنامج عمل الحكومة، فرض عليها تقديم برنامج عملها فوراً، واستخدام الدستور كلمة [فوراً] يعكس أهمية هذا البرنامج لكل من الحكومة والمجلس، فهو يعد بمثابة مقياس لأداء الحكومة أمام المجلس. إلا أن استخدام كلمة [فوراً] أثار خلافاً بين الحكومة والمجلس حول مدلولها، فهل تعني حالاً أم ليس المقصود ذلك؟^(٥٩)

وفي الحقيقة ليس من المنطق والمعقول أن يكون المقصود بكلمة فوراً في هذا النص حالاً، لأنه من المستحيل أن تقدم الحكومة برنامجها فور تشكيلها، لأن الأمر يحتاج إلى فسحة من الوقت لإعداد برنامج عمل لمدة أربع سنوات تلزم به الحكومة نفسها^(٦٠) ناهيك عن أن تشكيل الحكومة قد يستغرق المهلة المحددة في المادتين (٥٧)، (٨٧) من الدستور والمتمثلة في مدة أسبوعين؛ من أجل ذلك يجب إعطاء الحكومة المدة المناسبة لكي تعد برنامجها بحيث لا يكون حالاً، ولا أن يتراخى لمدة طويلة لا تنسجم مع ما جاء في المادة (٩٨)^(٦١).

وقد أظهر الواقع العملي أن الحكومات المتعاقبة في الفصول التشريعية الأربعة الأولى لمجلس الأمة كانت تكفي بالخطاب الأميري بديلاً عن تقديم برنامج عملها، وقد كان ذلك محل خلاف بينها وبين مجلس الأمة في الفصل التشريعي الرابع، والذي أصر بدوره على وجوب تقديم الحكومة لبرنامج عملها، وتم الاتفاق بين المجلس والحكومة على إحالة الأمر إلى اللجنة التشريعية في مجلس الأمة، والتي انتهت إلى وجوب تقديم الحكومة لبرنامج عملها، وهو ما أقره مجلس الأمة، إلا أن المجلس تم حله قبل أن تقدم الحكومة برنامج عملها^(٦٢). ثم التزمت الحكومة في الفصول التشريعية التالية بتقديم برنامج عملها وإن تفاوتت مواعيد تقديمه، فلم تكن تتقيد بمواعيد محددة، حتى يمكن القول بوجود موعد محدد ألزمت به الحكومة نفسها، يمكن

(٥٩) المرجع السابق، ص ١٥.

(٦٠) المرجع السابق، ص ١٩.

(٦١) المرجع السابق، ص ٢٠.

(٦٢) المرجع السابق، ص ١٥.

الاستناد إليه للقول بوجود عرف مفسر للمادة (٩٨)، وقد كان عدم التزام الحكومة بتقديم برنامج عملها خلال مدة معقولة من تشكيلها محلاً لعدد من الأسئلة البرلمانية والاستجابات.

المطلب الثاني

المواعيد المتعلقة بالتصديق على القوانين وإصدارها ونشرها أو الاعتراض عليها

بعد أن يوافق مجلس الأمة على مشروع القانون فإنه يرفعه إلى أمير البلاد، استكمالاً للإجراءات المقررة في الدستور استناداً للمادتين (٥١)، (٧٩) من الدستور^(٦٣)، وهنا يكون للأمير الحق في التصديق عليه وإصداره ومن ثم نشره، أو أن الأمير يعترض عليه ويرده إلى مجلس الأمة، وكل هذه الأمور حدد لها الدستور مواعيد ورتب على عدم التقيد بها آثاراً هامة نتناولها فيما يلي:

الفرع الأول

موعد التصديق على القوانين وإصدارها

إذا وافق الأمير على مشروع القانون المرفوع إليه من مجلس الأمة فإنه يقوم بالتصديق عليه وإصداره وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليه، بل إن هذه المدة قد تخفض إلى سبعة أيام في حالة الاستعجال، وذلك طبقاً لنص المادة (٦٥) من الدستور والتي قررت أنه: [للأمير حق اقتراح القوانين وحق التصديق عليها وإصدارها، ويكون الإصدار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعها إليه من مجلس الأمة، وتخفيض هذه المدة إلى سبعة أيام في حالة الاستعجال، ويكون تقرير صفة الاستعجال بقرار من مجلس الأمة بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم.

ولا تحسب أيام العطلة الرسمية من مدة الإصدار، ويعتبر القانون مصدقاً عليه ويصدر إذا مضت المدة المقررة للإصدار دون أن يطلب رئيس الدولة إعادة نظره].

ففي هذه المادة حدد الدستور موعداً لإصدار القوانين وهو ثلاثون يوماً من تاريخ رفعها إلى أمير البلاد في الأحوال العادية، إلا أن هذه المدة تخفض إلى سبعة

(٦٣) تنص المادة (٥١) على أن [السلطة التشريعية يتولاها الأمير ومجلس الأمة وفقاً للدستور].

تنص المادة (٧٩) على أنه [لا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة وصدق عليه الأمير].

أيام في حالة الاستعجال، وفي كلتا الحالتين فإنه لا يدخل من ضمن مدة الإصدار أيام العطل الرسمية.

وقد رتب الدستور أثراً مهماً في حال عدم التقيد بمدة الإصدار التي قررها، يتمثل في اعتبار القانون مصدقاً عليه ويصدر في حال انقضاء هذه المدة، سواء الثلاثين يوماً أو السبعة أيام، ما لم يطلب الأمير إعادة النظر في القانون استناداً للمادة (٦٦) على ما سيأتي.

فالدستور لم يكتف بتحديد مدة لإصدار القوانين، وإنما رتب على عدم التقيد بهذه المدة اعتبار القوانين مصدقاً عليها، وتصدر بانقضاء هذه المدة، مالم يمارس الأمير صلاحياته بالاعتراض عليها، وقد أحسن المشرع الدستوري حين حدد أجلاً لإصدار القوانين ولم يتركها لتحكم السلطة التنفيذية^(٦٤).

الفرع الثاني حق الاعتراض

للأمير حق الاعتراض على مشاريع القوانين وطلب إعادة النظر فيها وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعها إليه أو سبعة أيام في حال الاستعجال وهي مدة الإصدار، كما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة (٦٥) والتي تنص على أنه: [ويعتبر القانون مصدقاً عليه ويصدر إذا مضت المدة المقررة للإصدار دون أن يطلب رئيس الدولة إعادة نظره]، فهذه الفقرة تعطي أمير البلاد الحق في الاعتراض على مشاريع القوانين خلال المدة المحددة لإصدارها.

ولكن في حال أقر مجلس الأمة مشروع القانون بأغلبية ثلثي أعضائه، فإن الأمير يصدق عليه ويصدره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه، سواء أكان إقرار المجلس لمشروع القانون في نفس دور الانعقاد بأغلبية ثلثي الأعضاء أم في دور انعقاد آخر بأغلبية أعضاء المجلس، وذلك استناداً لنص المادة (٦٦) من الدستور، والتي قررت أنه: [يكون طلب إعادة النظر في مشروع القانون بمرسوم مسبب، فإذا أقره مجلس الأمة ثانية بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس صدق عليه الأمير وأصدره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه إليه، فإن لم تتحقق هذه الأغلبية امتنع النظر فيه في دور الانعقاد نفسه، فإذا عاد مجلس الأمة في دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك

(٦٤) د. عثمان عبدالمك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ص ٤٧٩.

د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ص ٧٨٢.

المشروع بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس صدق عليه الأمير وأصدره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه إليه].

وإذا لم يصدق الأمير على مشروع القانون ولم يصدر خلال المدة المقررة فإن مشروع القانون يعتبر مصدقاً عليه ويصدر بانقضاء المدة المحددة، وفي حقيقة الأمر فإن المساواة بين المديتين في المادتين (٦٥ و ٦٦) ليس لها ما يبررها، وقد كان من الأفضل أن تقصر مدة إصدار القوانين التي اعترض عليها الأمير وأقرها مجلس الأمة إلى سبعة أيام أو أسبوعين على أبعد تقدير.

الفرع الثالث موعد النشر

بعد أن يصدق الأمير على القانون ويصدره، تأتي عملية نشره، والنشر هو عمل مادي يقصد به إعلام الناس بصور قانون معين^(٦٥)، وقد حددت المادة (١٧٨) موعد نشر القوانين وذلك خلال أسبوعين من يوم إصدارها، فنصت على أن: [تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز مد هذا الميعاد أو قصره بنص خاص في القانون].

فالدستور هنا حدد مدة أسبوعين لنشر القانون في الجريدة الرسمية من تاريخ إصداره، وهذا واجب على السلطة التنفيذية، وهي إن تخلفت عن أداء واجبها هذا عرضت نفسها للمساءلة السياسية من ناحية، وعدم نفاذ القانون في حق الأفراد من ناحية أخرى، مالم يكن لهم مصلحة في هذا القانون^(٦٦)، كما جاءت ذات المادة (١٧٨) بموعد آخر يتمثل في تاريخ العمل بالقانون، حيث لا يعمل بالقانون إلا بعد مرور شهر من تاريخ النشر وذلك بحسب الأصل، إلا أنه من الممكن تقصير أو إطالة هذه المدة بنص خاص في القانون، وذلك بحسب الأحوال والظروف التي يتطلبها العمل بالقانون^(٦٧).

وأخيراً جاءت المادة (١٧٩) لتبين موعد سريان أحكام القوانين، فنصت على أنه: [لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب على ذلك

(٦٥) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٦٦) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٢١٦. د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٧٨٣.

(٦٧) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٧٨٥.

أثر فيما يقع قبل هذا التاريخ، ويجوز - في غير المواد الجزائية - النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة].

فهذه المادة قررت عدم سريان القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، وعدم سريانها بأثر رجعي، إلا أنها قررت جواز تطبيق القانون بأثر رجعي، واشترطت لذلك توافر شرطين هما^(٦٨):

- ألا يكون الأثر الرجعي في القوانين الجزائية.

- موافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة.

المطلب الثالث

المواعيد المتعلقة بالشؤون المالية

اهتم الدستور بالشؤون المالية للدولة وبين الكثير من التفاصيل المتعلقة بها، مفرداً لها فرعاً مستقلاً من الفصل الرابع من الباب الرابع، كما اهتم ببيان بعض المواعيد الخاصة بها، لا سيما تلك المتعلقة بميزانية الدولة والحساب الختامي وهو ما نبينه في الفرعين القادمين.

الفرع الأول

موعد تقديم الميزانية

حدد الدستور موعد تقديم مشروع ميزانية الدولة إلى مجلس الأمة - والذي تعده السلطة التنفيذية - وذلك من خلال المادة (١٤٠) حيث تنص على أن: [تعد الدولة مشروع الميزانية السنوية الشاملة لإيرادات الدولة ومصروفاتها وتقدمه إلى مجلس الأمة قبل انتهاء السنة المالية بشهرين على الأقل لفحصها وإقرارها].

فموعد تقديم مشروع الميزانية يكون قبل انتهاء السنة المالية بشهرين، ولما كانت السنة المالية تبدأ في الأول من شهر إبريل وتنتهي في نهاية شهر مارس من كل عام، فإن موعد تقديم مشروع الميزانية يكون في نهاية شهر يناير؛ وذلك حتى يتمكن مجلس الأمة من فحص الميزانية وإقرارها في وقت كاف، باعتبار أن الاختصاص المالي للمجلس بشكل عام وإقرار الميزانية بشكل خاص من أهم وأقدم

(٦٨) د. خليفة الحميدة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

اختصاصات البرلمان في العالم^(٦٩)، ولا شك أن عدم تقيد الحكومة بالموعد المحدد لتقديم مشروع الميزانية قد يثير مسؤوليتها السياسية أمام المجلس^(٧٠).

ولم يكتفِ الدستور بتجديد موعد تقديم مشروع الميزانية، وإنما نظم حالة عدم صدور قانون الميزانية قبل بداية السنة المالية بأن قرر العمل بالميزانية القديمة لحين صدور ميزانية السنة المالية الجديدة، وأن تكون جمع الإيرادات وصرف النفقات طبقاً للقوانين المعمول بها في نهاية الميزانية للسنة المالية المنتهية، والعمل بالأبواب التي أقرها المجلس دون الانتظار لحين إقرار الميزانية كاملة، فنصت المادة (١٤٥) على أنه: [إذا لم يصدر قانون الميزانية قبل بدء السنة المالية يعمل بالميزانية القديمة لحين صدوره، وتجب الإيرادات وتنفق المصروفات وفقاً للقوانين المعمول بها في نهاية السنة المذكورة.

وإذا كان مجلس الأمة قد أقر بعض أبواب الميزانية الجديدة يعمل بتلك الأبواب].
فالدستور في هاتين المادتين (١٤٠، ١٤٥) حدد موعداً لتقديم مشروع ميزانية الدولة، وواجه حالة عدم الالتزام بهذا الموعد؛ تقديراً لأهمية الميزانية في نشاط الدولة، ولأهمية دور مجلس الأمة في فحصها وإقرارها.

الفرع الثاني

موعد تقديم الحساب الختامي

لاستكمال رقابة مجلس الأمة على ميزانية الدولة أوجب الدستور على الحكومة تقديم الحساب الختامي للمجلس، وذلك خلال الأربعة أشهر التي تلي انتهاء السنة المالية^(٧١)، فنصت المادة (١٤٩) من الدستور على أن: [الحساب الختامي للإدارة المالية للدولة عن العام المنقضي يقدم إلى مجلس الأمة خلال الأربعة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية للنظر فيه وإقراره].

فإذا كان مجلس الأمة هو الذي يقر ميزانية الدولة فمن حقه معرفة مدى التزام الحكومة بما أوردته من تقديرات فيها، وذلك من خلال إطلاعه على الحساب الختامي للسنة المالية المنتهية وإقراره؛ لذلك حدد الدستور موعد الأربعة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية لتقديم الحساب الختامي لمجلس الأمة لاستكمال مهامه في الرقابة على ميزانية الدولة.

(٦٩) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٩٧٣.

(٧٠) د. محمد عبدالمحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الطبعة الثانية ٢٠١٣، ٢٠١٤، ص ٤١٧.

(٧١) د. خليفة الحميدة، المرجع السابق، ص ٢١٦.

ولضمان رقابة مجلس الأمة على أموال الدولة أتبع الدستور النصوص المتعلقة بميزانية الدولة والحساب الختامي، نصاً يلزم الحكومة أن تقدم بياناً مالياً عن الحالة المالية للدولة يقدم مرة على الأقل خلال كل دور انعقاد، فنصت المادة (١٥٠) على أن: [تقدم الحكومة إلى مجلس الأمة بياناً عن الحالة المالية للدولة مرة على الأقل في خلال كل دور من أدوار انعقاده العادية].

كما قرر الدستور إنشاء ديوان للمحاسبة لمساعدة الحكومة ومجلس الأمة في الرقابة على الميزانية، وذلك من خلال تقديم تقرير سنوي لكل من الحكومة ومجلس الأمة عن أعماله وملاحظاته، فنصت المادة (١٥١) على أن: [ينشأ بقانون ديوان للمراقبة المالية يكفل القانون استقلاله، ويكون ملحقاً بمجلس الأمة، ويعاون الحكومة ومجلس الأمة في رقابة تحصيل إيرادات الدولة وإنفاق مصروفاتها في حدود الميزانية، ويقدم الديوان لكل من الحكومة ومجلس الأمة تقريراً سنوياً عن أعماله وملاحظاته].

من خلال هذه النصوص مجتمعة نجد أن الدستور قد حدد عدداً من المواعيد لضمان فاعلية رقابة مجلس الأمة على ميزانية الدولة وما ورد بها من تقديرات، فالحساب الختامي يقدم خلال أربعة أشهر، وبيان الحالة المالية للدولة يقدم مرة في كل دور انعقاد عادي، وتقرير ديوان المحاسبة يقدم سنوياً، فهذه المواعيد كلها تدور في فلك سنة من إقرار الميزانية لضمان التزام الحكومة بما أوردته من تقديرات فيها، ولتلافي أي ملاحظات في الميزانية القادمة، ناهيك عن إمكانية مساءلة الحكومة عما ورد من ملاحظات في الحساب الختامي وتقرير ديوان المحاسبة والبيان المالي للدولة.

المبحث الثاني

المواعيد المتعلقة بأعمال السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية

رأينا كيف أن الدستور اهتم بتحديد العديد من المواعيد لأعمال السلطة التنفيذية في الظروف العادية، وقد امتد اهتمام الدستور إلى أعمال السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية حيث الحاجة لتحديد المواعيد في مثل هذه الظروف لا تقل أهمية عنها في الظروف العادية، بل إن تحديد مواعيد لأعمال السلطة التنفيذية خلال الظروف الاستثنائية تكون الحاجة إليه أشد، لأننا بصدد حالات استثنائية تحتاج إلى سلطات استثنائية تتجلى معها أهمية تحديد المواعيد من أجل تنظيمها وتطبيقها في إطارها الصحيح، وتتمثل المواضيع التي رسم لها الدستور مواعيد في ظل ظروف استثنائية

في تلك المواعيد المتعلقة بإعلان الأحكام العرفية وإصدار مراسيم الضرورة. وهو ما سنوضحه من خلال المطلبين القادمين.

المطلب الأول

المواعيد المتعلقة بإعلان الأحكام العرفية

حدد الدستور عدداً من المواعيد تنظم إعلان الأحكام العرفية، أو بمعنى أدق تنظم استمرار العمل بالأحكام العرفية، وذلك لأن أمير البلاد يعلن الأحكام العرفية ثم يعرض الأمر على مجلس الأمة لينظر في استمرار العمل بالأحكام العرفية أم لا، وكل ذلك يتوافق مع حالة الضرورة ومصلحة البلاد العليا. وما كان تحديد هذه المواعيد إلا لمواجهة السلطات الاستثنائية والواسعة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية خلال إعلان الحكم العرفي وهي سلطات ما كانت لتتمتع بها لولا هذه الظروف، ناهيك عن إمكان تعطيل بعض أحكام الدستور خلال إعلان الأحكام العرفية، وهي الحالة الوحيدة التي يمكن أن تعطل خلالها بعض أحكام الدستور^(٧٢)، فنصت المادة (١٨١) على أنه: [لا يجوز تعطيل أي حكم من أحكام هذا الدستور إلا أثناء قيام الأحكام العرفية في الحدود التي يبينها القانون، ولا يجوز بأي حال تعطيل انعقاد مجلس الأمة في تلك الأثناء أو المساس بحصانة أعضائه].

فلا ريب إذا من تحديد مواعيد دقيقة لمواجهة أعمال قد تؤدي إلى تعطيل بعض أحكام الدستور وتمنح السلطة القائمة على الحكم العرفي سلطات استثنائية؛ لذلك نصت المادة (٦٩) من الدستور على عدد من المواعيد المتعلقة بمرسوم إعلان الأحكام العرفية ليكون تحت رقابة مجلس الأمة ويمارس صلاحياته تجاهه فقررت أنه: [يعلن الأمير الحكم العرفي في أحوال الضرورة التي يحددها القانون، وبالإجراءات المنصوص عليها فيه، ويكون إعلان الحكم العرفي بمرسوم، ويعرض هذا المرسوم على مجلس الأمة خلال الخمسة عشر يوماً التالية له للبت في مصير الحكم العرفي، وإذا حدث ذلك في فترة الحل وجب عرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

ويشترط لاستمرار الحكم العرفي أن يصدر بذلك قرار من المجلس بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم، وفي جميع الأحوال يجب أن يعاد عرض الأمر على مجلس الأمة، بالشروط السابقة كل ثلاثة أشهر].

أول المواعيد التي وردت في هذه المادة، هو وجوب عرض مرسوم إعلان

(٧٢) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٣٥٧.

الأحكام العرفية خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإعلانه، وهذه المدة هي الحد الأقصى لعرض المرسوم، فمن الممكن أن تعرضه الحكومة على المجلس قبل ذلك، كما جاء في المذكرة التفسيرية والتي قررت أن: [اشتُرطت هذه المادة عرض مرسوم الحكم العرفي على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً، وهذه المدة هي الحد الأعلى لمهلة العرض، ولكن هذا لا يمنع من إجراء العرض قبل ذلك، بل إنه من المستحسن أن يتم ذلك في أقرب فرصة ممكنة].

وهذا الموعد يكون في حال كان المجلس في دور الانعقاد أو فيما بين أدوار الانعقاد، وفي هذه الحالة الأخيرة فإنه تتم دعوته إلى دور انعقاد غير عادي خلال خمسة عشر يوماً. أما إذا كان المجلس منحلّاً أو أن الفصل التشريعي قد انتهت مدته، فإن المرسوم يجب عرضه في أول اجتماع للمجلس الجديد، مما يعني أن المدة قد تتجاوز الخمسة عشر يوماً لتصل أو تتجاوز ستين يوماً؛ لأنه يدخل في ذلك إجراء الانتخابات ثم اجتماع المجلس الجديد^(٧٣).

والهدف من عرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية على المجلس هو البت في مصيره، فهل يستمر أم أنه ينتهي من تاريخ قرار المجلس بعدم استمراره، دون أن يمتد أثره إلى الفترة السابقة على عرضه.

وهنا نتساءل إذا لم يتم عرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية على المجلس في المواعيد المحددة ما هو الأثر المترتب على ذلك؟

في حقيقة الأمر لم تحدد المادة (٦٩) من الدستور الجزاء المترتب على عدم عرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية على مجلس الأمة صراحة، والظاهر من نص هذه المادة أن الجزاء المترتب على عدم العرض هو عدم استمرار الأحكام العرفية من حلول موعد العرض دون أن يعرض المرسوم على المجلس، سواء بمضي الخمسة عشر يوماً في حال انعقاد المجلس أو بحلول أول اجتماع للمجلس الجديد، وليس سقوط المرسوم بأثر رجعي، وذلك لأن نص المادة (٦٩) حدد سلطة المجلس بتقرير استمرار الأحكام العرفية من عدمه، فلا سلطة للمجلس على مرسوم الأحكام العرفية بالنسبة للماضي^(٧٤).

ونشير هنا إلى أن أحد أعضاء المجلس التأسيسي رأى أن مدة الخمسة عشر

(٧٣) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٣٦٢.

(٧٤) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

يوماً المقررة لعرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية على مجلس الأمة هي مدة طويلة بالنسبة للأحكام العرفية، إلا أن المجلس قد أقر المادة بصورتها الحالية^(٧٥)، وفي الحقيقة فإن هذا الرأي له وجاهته، خصوصاً أن سلطة مجلس الأمة تجاه مرسوم إعلان الأحكام العرفية تقتصر على البت في مصيره بالنسبة للمستقبل فقط؛ لذلك كان من الأفضل تقصير هذه المدة إلى يومين أو ثلاثة أيام حتى لا تكون تصرفات الحكومة بعيدة عن رقابة البرلمان لمدة طويلة في شأن هام اتساقاً مع ما أوردته المذكرة التفسيرية من أنه من المستحسن أن يتم العرض في أقرب فرصة.

وأخيراً فإنه يجب أن يعاد عرض الأمر على مجلس الأمة كل ثلاثة أشهر، لينظر في استمرار العمل بالأحكام العرفية من عدمه، وإذا لم يتم العرض فإن ذلك يعني انتهاء الأحكام العرفية من التاريخ المحدد لإعادة العرض.

المطلب الثاني

المواعيد المتعلقة بمراسيم الضرورة

رأينا كيف أن الدستور في المادة (٦٩) قد حدد مواعيد هامة ودقيقة يترتب عليها آثار هامة، لتنظيم صلاحيات استثنائية تمنح للسلطة التنفيذية لمواجهة ظروف استثنائية، فما بالك في حال ممارسة السلطة التنفيذية لسلطة ليست من سلطاتها، والمتمثلة في وظيفة التشريع المحجوزة بنصوص الدستور للسلطة التشريعية بحسب الأصل^(٧٦)، لا شك أن هذه الحالة لا تقل أهمية عن سابقتها وقد جاء تنظيم المواعيد المتعلقة بها بنص المادة (٧١) من الدستور، وهو ما يسمى بمراسيم الضرورة، والتي تنص على أنه: [إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون على أن لا تكون مخالفة للدستور أو للتقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية.

ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير

(٧٥) محاضر اجتماعات لجنة الدستور والمجلس التأسيسي، ملحق مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثالثة والعشرون، سبتمبر ١٩٩٩، الطبعة الأولى، ص ٦٣٧.

(٧٦) د. بدرية جاسر الصالح، المرجع السابق، ص ٢٣.

حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب من آثارها بوجه آخر].

فالدستور من خلال هذا النص حدد مواعدين رئيسيين يتعلقان بمراسيم الضرورة، ورتب على مخالفتها آثاراً بالغة الخطورة، الموعد الأول يتعلق بوقت إصدار مراسيم الضرورة، والآخر يتعلق بموعد عرضها على مجلس الأمة، وهو ما نبينه فيما يلي.

الفرع الأول

موعد إصدار مراسيم الضرورة

نظراً لأهمية مراسيم الضرورة وما تنطوي عليه من منح السلطة التنفيذية سلطة التشريع بصفة استثنائية - لأن صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع هو مجلس الأمة واختصاصه هذا يعد من أخص أعماله وما يمثل ذلك من خروج على مبدأ الفصل بين السلطات - فإن هذا الاختصاص لا تمارسه السلطة التنفيذية إلا في أحوال وظروف محددة تحدث في وقت محدد يتمثل في حال غياب المجلس، والذي حددته المادة (٧١) في الأوقات التالية^(٧٧):

١ - فترة ما بين أدوار الانعقاد، وتشمل أدوار الانعقاد العادية وغير العادية في الفصل التشريعي الواحد، وكذلك الفترة ما بين فصلين تشريعيين.

٢ - فترة حل مجلس الأمة.

فهاتان الفترتان هما اللتان يمكن للسلطة التنفيذية خلالها إصدار مراسيم الضرورة؛ وذلك بسبب غياب مجلس الأمة، أما في غير هذه الأوقات فلا يمكنها ذلك، وإن فعلت فإنها تكون قد خالفت الدستور فتكون هذه المراسيم غير دستورية^(٧٨)؛ لأن المبرر لهذه السلطة قد انتفى بوجود مجلس الأمة^(٧٩)، وجدير بالذكر أن أغلبية الآراء ترى أنه لا يجوز إصدار مراسيم الضرورة خلال فترة تأجيل اجتماع المجلس طبقاً للمادة (١٠٦)؛ لأن فترة التأجيل لا تقع بين أدوار الانعقاد، وإنما تكون ضمن دور الانعقاد الواحد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مراسيم الضرورة تصدر بصورة استثنائية وبالتالي لا يجوز التوسع فيها ويجب تفسير المادة (٧١) في أضيق

(٧٧) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ١٩٧. د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٢١.

(٧٨) د. محمد المقاطع، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

(٧٩) د. عثمان عبدالملك، المرجع السابق، ص ٤٠٢.

نطاق^(٨٠)، ويرى البعض - خلافاً لذلك - جواز إصدار مراسيم الضرورة خلال فترة تأجيل اجتماعات مجلس الأمة معتبراً أن فترة تأجيل الاجتماع هي من ضمن فترات غياب مجلس الأمة شأنها في ذلك شأن الفترة ما بين فصلين تشريعيين والعطلة البرلمانية^(٨١)، وإن كان البعض ممن رأى عدم جواز إصدار مراسيم الضرورة خلال فترة تأجيل اجتماع مجلس الأمة فضل لو أن الدستور أجاز إصدار مراسيم الضرورة خلال فترة تأجيل اجتماعات مجلس الأمة^(٨٢).

الفرع الثاني

موعد عرض مراسيم الضرورة على مجلس الأمة

حددت الفقرة الثانية من المادة (٧١) مواعيد عرض مراسيم الضرورة على مجلس الأمة، وذلك ليبت في مصيرها، وفرقت بينما إذا كان المجلس قائماً أو غير قائم.

أولاً - إذا كان المجلس قائماً:

في هذه الحالة فإن مراسيم الضرورة تصدر فيما بين أدوار الانعقاد خلال الفصل التشريعي الواحد، وعليه يجب عرضها على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، وهذا يتطلب دعوة المجلس لدور انعقاد غير عادي إذا كان أول اجتماع له بعد صدور مرسوم الضرورة أبعد من خمسة عشر يوماً.

ثانياً - إذا كان المجلس غير قائم:

إذا كان مجلس الأمة غير قائم فإننا نكون في الفترة التي تقع بين فصلين تشريعيين، أي بعد مجلس أتم مدته أو تم حله، وهنا يكون موعد عرض مراسيم الضرورة في أول اجتماع للمجلس.

وقد أكدت المحكمة الدستورية الكويتية^(٨٣) على وجوب عرض مراسيم الضرورة

(٨٠) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ١٩٧. د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٢٢٢.
د. عثمان عبدالملك الصالح، المرجع السابق، ص ٤٠٣. د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٦٠٦.

(٨١) د. محمد المقاطع، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

(٨٢) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٨٣) الطعن رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٨، جلسة ١٧/٩/٢٠٠٨، مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، القاعدة ٢٢، ص ٢٧٢.

على مجلس الأمة وفقاً للمواعيد المحددة لإعمال سلطته حيالها، مبينة أن إصدارها ما هو إلا استثناء من الأصل رسم له الدستور من الضوابط والحدود ما يكفل الحفاظ على حق صاحب الاختصاص بالتشريع وهو مجلس الأمة، وعدم جعل السلطة التنفيذية سلطة تشريع دون قيد أو رقابة، فقررت أنه: (إن كان سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية وتباشره في إطار وظيفتها الأصلية ويتولاها مجلس الأمة طبقاً لأحكام الدستور - إلا أنه نظراً لما قد يعرض للأمة من الظروف والطوارئ والأحداث ما يستوجب إجراءً سريعاً وتشريعاً عاجلاً تتطلب مواجهتها بتدابير لا تحتل التأخير - فقد أجاز الدستور للأمير في تلك الحالات أن يصدر في شأنها مراسيم لها قوة القانون، وأنه لما كان هذا الاستثناء هو حق خارج عن الأصل، وحكم الاستثناء لا يقبل التوسع فيه ولا يصح القياس عليه، إذ التوسع أو القياس قد يهدم الأصل المستثنى منه، لذا فقد حرص الدستور على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والحدود ما يكفل عدم إهدار سلطة الأمة أو جعل السلطة التنفيذية سلطة تشريعية على غير ما يقتضيه مبدأ فصل السلطات، أو سلطة طليقة بلا قيد عليها أو عاصم، كما أوجب الدستور عرض هذه المراسيم بقوانين على مجلس الأمة عند انعقاده وفقاً لمواعيد معينة لإقرارها، باعتبار أن المراسيم بقوانين الصادرة في غيبة مجلس الأمة تبقى إعمالاً للدستور بإرادة المجلس، فله أن يبقي ما يبقي ويذر ما يذر)، فالمحكمة تؤكد على وجوب الالتزام بعرض مراسيم الضرورة على مجلس الأمة وفقاً للمواعيد المقررة في الدستور لممارسة سلطاته عليها.

فإذا تم الالتزام بهذه المواعيد فإن مجلس الأمة يمارس سلطته عليها، وله في ذلك أحد هذه الاختيارات:

- ١ - إما أن يقرها وتصبح جزءاً من البناء القانوني للدولة.
 - ٢ - إما أن يرفضها وبالتالي تسقط بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن.
 - ٣ - رفضها بالنسبة للمستقبل واعتماد نفاذها عن الفترة الماضية.
 - ٤ - رفضها من تاريخ صدورها مع تسوية ما ترتب عليها من آثار.
- ولكن ماذا يترتب على عدم عرض مراسيم الضرورة على مجلس الأمة في المواعيد المحددة دستورياً؟

في هذه الحالة وتماشياً مع خطورة سلطة التشريع الاستثنائية التي منحها الدستور للسلطة التنفيذية، خروجاً على الأصل باستثناء مجلس الأمة بسلطة التشريع وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، فقد حدد الدستور جزاءً لعدم التقيد بموعد

عرض هذه المراسيم يتّثل في سقوطها وزوالها بأثر رجعي واعتبارها كأن لم تكن دون الحاجة إلى إصدار قرار بذلك^(٨٤).

فهذا الجراء يعكس مدى أهمية التقيد بالمواعيد المقررة في الدستور، ومدى اهتمام الدستور وحرصه على فرض رقابة مجلس الأمة صاحب الاختصاص بالتشريع، على ما يصدر من تشريعات بصورة استثنائية خلال غيبته.

ونلاحظ الفرق الكبير بين الأثر والجزاء المترتب على عدم عرض مراسيم الضرورة على مجلس الأمة طبقاً للمادة (٧١) والذي يتمثل في زوالها بأثر رجعي واعتبارها كأن لم تكن، والأثر المترتب على عدم عرض مرسوم الأحكام العرفية طبقاً للمادة (٦٩) على مجلس الأمة والمتمثل في عدم استمرار الأحكام العرفية دون أن يكون لذلك أثر بالنسبة للماضي^(٨٥).

وأخيراً نشير إلى أن الدستور بالرغم من تحديده مواعيد لإصدار مراسيم الضرورة وأخرى لعرضها على مجلس الأمة، إلا أنه لم يحدد أجلاً وموعداً يصدر خلاله مجلس الأمة قراره بشأنها، لذلك فإن مجلس الأمة يبت فيها في أي وقت طالما عرضت عليه في المواعيد المحددة في الدستور، سواء طالأت أو قصرت هذه المدة، وكان الأولى أن يحدد الدستور موعداً محدداً للبت في هذه المراسيم^(٨٦) انسجاماً مع ما تمثله من استثناء.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة تبين لنا مدى أهمية المواعيد الواردة في دستور دولة الكويت، ويتجلى ذلك من خلال ثلاث نواح، فمن ناحية أولى تظهر لنا أهمية المواعيد الدستورية من خلال المواضيع التي نظمها، فالمواعيد المتعلقة بالدستور تتماشى مع كون الكويت دولة حديثة عهد بالعمل الديمقراطي والدستوري بصورة متكاملة وشاملة، حيث حدد الدستور أجلاً لا يجوز خلاله تعديل أحكامه؛ وما ذلك إلا لإعطاء العمل بالدستور الفترة الكافية وعدم الاستعجال بتعديله إلا بعد تطبيقه على أرض الواقع فترة زمنية مناسبة، إضافة إلى أن تعطيل بعض أحكامه لا يكون إلا في أحوال

(٨٤) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٠٠. د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٦١٧.

د. محمد المقاطع، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(٨٥) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

(٨٦) د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٠٠. د. عثمان عبدالملك الصالح المرجع السابق،

ص ٤١٦.

وظروف خاصة تبرر هذا التعطيل متمثلة في إعلان الأحكام العرفية. أما المواعيد المتعلقة بنظام الحكم فكانت على غاية من الدقة والتنظيم، لما تهدف إليه من استقرار البلاد ونظام الحكم فيها. وأخيراً فيما يتعلق بالمواعيد الخاصة بالسلطات، وعلى وجه الخصوص السلطتين التشريعية والتنفيذية، فكانت هذه المواعيد تؤكد وتحرص على تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات على أحسن وجه دون تحكم سلطة بأخرى أو تغليب سلطة على أخرى، وضمان أداء كل سلطة لأعمالها على الوجه الأمثل.

أما الناحية الثانية التي تعكس لنا أهمية المواعيد الدستورية فتتجلى من خلال الآثار والجزاءات التي رتبها نصوص الدستور على هذه المواعيد، فقد تعددت وتنوعت هذه الآثار والجزاءات بصورة توضح القيمة الحقيقية للمواعيد الدستورية، فنجد البطلان كأهم الجزاءات في حال عدم التقيد بالمواعيد الدستورية، كبطلان اجتماع المجلس في غير الزمان والمكان المقررين وبطلان كافة ما يصدر عنه من قرارات (م ٩٠)، وبطلان مراسيم الضرورة إذا لم تعرض على مجلس الأمة في الأوقات المحددة بنص المادة (٧١) واعتبارها كأن لم تكن، إما إذا صدرت في غير الأوقات المحددة فإنها تعتبر غير دستورية. ومن الآثار الهامة التي تعضد مبدأ الفصل بين السلطات، استرداد مجلس الأمة المنحل لكامل سلطاته الدستورية إذا لم تجر الانتخابات خلال شهرين من تاريخ الحل امتثالاً للمادة (١٠٧)، وكذلك انعقاد مجلس الأمة استناداً إلى نصوص الدستور مباشرة إذا لم يصدر مرسوم الدعوة للانعقاد (م ٨٦، م ٨٧)، ومن أهم الآثار ما جاء في المادة (٦٥) من اعتبار أن القانون مصدقاً عليه ويصدر بانقضاء مدة الإصدار دون تقديم طلب إعادة النظر فيه، وكذلك اعتبار عدم اتخاذ مجلس الأمة قراراً في طلب الإذن برفع الحصانة عن أحد أعضائه بمثابة إنذار (م ١١١)؛ وما ذاك إلا للتأكيد على أن الحصانة ليست امتيازاً شخصياً للنائب بقدر ما هي حماية للسلطة التشريعية، وأنها لن تكون عائقاً في محاسبة وملاحقة مرتكبي الجرائم.

بالإضافة إلى بعض الآثار التي لم يرتبها الدستور مباشرة، فاستقرار البلاد ونظام الحكم أهم ما يترتب على الالتزام بالمواعيد المقررة لنظام الحكم، وإثارة المساءلة السياسية للحكومة عند عدم التقيد ببعض المواعيد الخاصة بالشؤون المالية للدولة.

أما الناحية الأخيرة والتي تعكس أهمية المواعيد الدستورية ولا تقل أهمية عن سابقتها، فتتمثل في إلزام الدستور المشرع العادي بإصدار تشريعات محددة في أوقات محددة، مثل قانون توارث الإمارة، ولا شك أن في ذلك تقييد لسلطة المشرع

العادي في تحديد الوقت لإصدار التشريعات، حيث قدر الدستور أهمية صدور هذه التشريعات في أوقات محددة، وفي المقابل وجدنا أن الدستور قد أحال على المشرع العادي تنظيم عدد من المسائل دون أن يربط ذلك بمواعيد محددة، فما كان من المشرع العادي إلا أن تراخى لمدة طويلة من الزمن دون أن ينظم تلك المسائل، ومنها على سبيل المثال قانون إنشاء المحكمة الدستورية (م ١٧٣) وقانون إنشاء دائرة أو محكمة إدارية (م ١٦٩)، فلو أنه فعل كما في قانون توارث الإمارة (م ٤) حيث حدد مدة عامة لإصداره لكان ذلك أفضل.

وكذلك الأمر بشأن تعيين رئيس لمجلس الوزراء وتشكيل حكومة جديدة، خلفاً لرئيس مجلس الوزراء المستقيل أو المقال، حيث لم يحدد الدستور موعداً محدداً للتعيين، كما في حال تشكيل حكومة جديدة عند بداية الفصل التشريعي وهي مدة أسبوعين امتثالاً للمادتين (٥٧، ٨٧). فكان من الأولى والأجدر تحديد موعد لذلك ينسجم مع أهمية منصب رئيس مجلس الوزراء، وما يعكسه ذلك من آثار على الدولة، فتحديد المواعيد لبعض المسائل أفضل بكثير من تركها لتقدير المخاطب بتنفيذها لا سيما في مجال التشريع أو تشكيل الحكومة.

والله ولي التوفيق،،،

المراجع

أولاً - الكتب :

- د. أحمد الموافي، مبادئ القانون الدستوري الكويتي، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية.
- د. خليفة ثامر الحميدة، النظام الدستوري الكويتي، الطبعة الأولى ٢٠١٠.
- د. عادل الطبطبائي :
- اختصاصات الحكومة المستقلة - دراسة مقارنة، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، إدارة التأليف والترجمة، الطبعة الأولى، ١٩٨٦.
- النظام الدستوري في الكويت - دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨.
- د. عبدالفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨.
- د. عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٩.
- د. علي السيد الباز، السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- د. محمد عبد المحسن المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الطبعة الثانية، ٢٠١٣ - ٢٠١٤.
- د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة، القانون العام، ١٩٧٠ - ١٩٧١.

ثانياً - البحوث :

- د. بدرية جاسر الصالح، التشريع الحكومي في الكويت. حالاته - قيوده - خضوعه لرقابة المحكمة الدستورية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١٩، العدد ٢، يونيو ١٩٩٥.
- د. عادل الطبطبائي، مفهوم البرنامج الوزاري في الدستور الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢١، العدد ١، مارس ١٩٩٧.
- د. عثمان عبدالملك الصالح، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في الكويت

- "دراسة نظرية تطبيقية" بحث منشور في مجلة الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، السنة ٥، العدد ٤، ديسمبر ١٩٨١.
- أ. عيدان سعد الطعان - المدة الزمنية اللازمة لتشكيل الحكومة الجديدة - بحث بإشراف الخبير القانوني مصطفى كامل، مارس ٢٠٠٩، منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة.
- د. محمد عبدالمحسن المقاطع :
- الاستجواب البرلماني للوزراء في الكويت دراسة تحليلية نقدية في ضوء أحكام الدستور الكويتي والسوابق البرلمانية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ملحق العدد ٣، السنة ٢٦، سبتمبر ٢٠٠٢.
- مدة الفصل التشريعي وأسباب مده أو امتداده وفقاً للتنظيم الدستوري الكويتي، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة ١٣، العدد ٢، يونيو ١٩٨٩.
- أ. ناصر محمد الشمري - تفسير المادتين (٨٣ - ١ و ٨٧ - ١) من الدستور - بحث بإشراف الخبير القانوني مصطفى كامل، مارس ٢٠٠٩، منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة.
- محاضر اجتماعات لجنة الدستور والمجلس التأسيسي، ملحق مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثالثة والعشرون، سبتمبر ١٩٩٩، الطبعة الأولى.

أحكام إنقاذ المشروعات التجارية المتعثرة في القوانين الإماراتية

الأستاذ الدكتور / بشار حكمت ملكاوي
أستاذ القانون التجاري وعميد كلية القانون
جامعة الشارقة - دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص:

يحتل موضوع الإفلاس أهمية بالغة لما له من تأثير على قطاع واسع من المجتمع، ولما كان الإفلاس يرتب العديد من الآثار السلبية على المشروعات التجارية والمستخدمين لديها بل وعلى الاقتصاد الوطني عموماً فقد حرص المشرع الإماراتي على مد يد العون للمشروعات التجارية من خلال النص على الصلح الواقي من الإفلاس باعتباره إجراء استباقي يحمي هذه المشروعات من خطر الإفلاس. إلا أن هناك بعض المآخذ، بعضها قانوني والبعض الآخر عملي - التي تعيب نظام الصلح الواقي من الإفلاس - فمثلاً نظام الصلح الواقي من الإفلاس لا يأخذ بفكرة الصعوبات المالية أو الاقتصادية المختلفة التي قد يمر بها المشروع التجاري خلال مراحل حياته مما يستدعي طلب إعادة الهيكلة، كما أن نظام الصلح الواقي من الإفلاس لا يعرف تنظيمياً خاصاً للدائنين في لجان أو يمنح المدين الفرصة للحصول على تمويل وقروض قد تعينه في استمرار أعماله التجارية، ومن هنا قامت السلطات المختصة في دولة الإمارات العربية المتحدة بوضع مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس متأثراً بالاتجاهات والقوانين المقارنة بهدف إعادة الهيكلة المالية للتجار والشركات التجارية سعياً إلى إنقاذهم وتقويم أعمالهم إن كان ذلك ممكناً.

يهدف البحث إلى دراسة نظام الصلح الواقي من الإفلاس في قانون المعاملات التجارية الاتحادي، بالإضافة إلى دراسة أهم الخيارات التي جاء بها مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بقصد مساعدة المشروعات التجارية المتعثرة وتحليل أهم التعديلات التي جاء بها هذا المشرع، وقد خلص البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات.

مقدمة:

احتلَّ موضوع الإفلاس منذ القدم أهمية بالغة لما له من تأثير على قطاع واسع من المجتمع وهم التجار بصفاتهم الطبيعية والاعتبارية^(١). إن الثقة المتبادلة هي أهم

(١) إن فكرة الإفلاس قديمة العهد ويرجع تطبيقها إلى زمن الرومان، وطبقاً للقانون الروماني آنذاك كان يحق للدائنين امتلاك المدين المفلس نتيجة لتوقفه عن تسديد الديون المستحقة عليه، واتخاذهُ عبداً والتصرف فيه ببيعه هو وعائلته للغير واقتسام الثمن فيما بين الدائنين حسب =

ما يميز العلاقات بين التجار؛ لأن معظم المعاملات التجارية من بيع وشراء تتم لأجل، أي البيع أو الشراء بالدين^(٢). فالتاجر قد لا يكون لديه المال الكافي لدفع ثمن البضاعة التي يشتريها، كما لا يمكنه بيع هذه البضاعة فوراً، وعليه فإنه لابد للتاجر من التعامل فيما بينهم بثقة وإعطاء بعضهم البعض فسحة من الوقت حتى يتمكنوا من تصريف بضاعتهم ومن ثم القيام بتسديد التزاماتهم.

وإذا لم يقدّم المدين من التاجر بتسديد ديونه فإن هذا سيؤدي إلى عدم تمكن الدائنين من تسديد الديون المترتبة عليهم، وهكذا تتسع الحلقة لأن كل تاجر يكون مديناً ودائناً في نفس الوقت، وينجم عن هذا الوضع اضطراب الموقف المالي للتجار مما قد يقع بسببه بعضهم تحت وطأة الإفلاس وهذا أشبه ما يكون بوعاء ماء، فإذا ألقينا فيه حجراً صغيراً تكونت بداخله حلقات متتابعة تبدأ من المركز وتتسع وتكبر إلى الخارج، حيث تمثل كل حلقة تاجراً يكون دائناً للتاجر الذي قبله ومديناً للذي بعده، وإن أي تعثر مالي يصيب أحد التجار سوف ينعكس بالتأكيد على التجار الآخرين وقد يكون سبباً في إفلاس بعضهم.

والإفلاس هو عجز التاجر وعدم قدرته على تسديد الديون المستحقة عليه^(٣). ويقوم نظام الإفلاس على حصر وتصفية أموال التاجر المفلس لكي يتم توزيع هذه الأموال على الدائنين جميعاً كل حسب مقدار دينه، ويتميز نظام الإفلاس بالتشدد مع التاجر المفلس، إذ يمنعه من إدارة أمواله والتصرف بها وإسقاط بعض حقوقه السياسية والمدنية، مما يدفع التاجر المدين إلى حرصه الدائم على تسديد ديونه حفاظاً على مركزه المالي وسمعته. والواقع أنه على الرغم من قسوة نظام الإفلاس فقد يجد فيه التاجر أحياناً ملاذاً من ملاحقة دائنيه، بإعلان الإفلاس يؤدي إلى وقف الملاحقات

= مقدار دين كل واحد أو حتى قتله وأخذ كل دائن جزءاً من جسمه كل حسب حصته في الدين. وبعد تطور القانون الروماني فقد توقف أمر التصرف بشخص المدين وعائلته كعبيد وألغى فكرة قتل المدين، إلا أنه أبقى على إجبار المدين البقاء في السجن الخاص بالدائن مقيداً إذا حاول الهرب. وأخيراً، وفقاً لقانون أصدره يوليوس قيصر واعتمده أغسطس قيصر بعد أن أضاف إليه بعض النصوص اكتفي بأن يسلم المدين ممتلكاته لدائنيه.

Karl Gratzer, Insolvent, Thus a Swindler? The Insolvency Law and Imprisonment for Debt in Sweden, XIV International Economic History Congress, 3-4 (2006).

(٢) علي سيد قاسم، مبادئ القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٢.

(٣) علي جمال الدين عوض، الإفلاس، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ٣.

الفردية للدائنين بحق التاجر المفلس^(٤)، كما يؤدي من ناحية أخرى إلى وقف سريان فوائد الديون^(٥)، وهذان الأمران قد يخففا إلى حد ما من وقع المعضلة التي تحل بالتاجر من جراء إعلان الإفلاس.

وترجع زعزعة أعمال التاجر واضطراب وضعه المالي ومن ثم إعلان إفلاسه إلى أسباب عدة منها ما يكون خارجاً عن إرادته مثل انخفاض قيمة الموجودات (الأصول) التي يملكها كالعقارات والسلع المعمرة كالسيارات والآلات والتجهيزات وغيرها، وقد يتعذر عليه بيع بعض الممتلكات في الوقت المطلوب وبخاصة العقارات وتسجيلها إلى نقد لاستخدامه في تسديد الديون، وقد يخسر سوقاً كان يعتمد عليه في بيع أو شراء بضاعته، وقد يقع التاجر فريسة للمنافسة من قبل تجار آخرين فتكسد بضاعته وتلحق به خسائر كبيرة مما يجعله في وضع لا يقدر معه على تسديد ديونه فيقع تحت وطأة الإفلاس.

وهناك أسباب أخرى للإفلاس ترجع إلى إرادة التاجر نفسه مثل عدم دقته في حساب تكاليف عمله التجاري وإغفال بعض بنود هذه التكاليف مثل أثمان الكهرباء والمياه والضرائب.... وغيرها، وبيعه عن جهل منه بأسعار أقل من التكلفة الحقيقية وما ينتج عن ذلك من خسارة مؤكدة، ومبالغته في مصاريفه الشخصية والعائلية لإشباع الحاجات الاستهلاكية له ولعائلته، وتشكل مثل هذه الأسباب عبئاً ثقيلاً على الوضع المالي للتاجر المدين بحيث يصل إلى مرحلة لا يستطيع معها تسديد ديونه ويتوقف عن الدفع فيعلن إفلاسه^(٦).

تاريخياً لم تكن هناك نصوص خاصة بالإفلاس في القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة في بادئ الأمر حيث كانت المحاكم تهتدي في إصدار أحكامها بالنصوص المتعلقة بالإعسار والواردة في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٥ بالإضافة إلى أحكام مجلة الأحكام العدلية وكتب الفقه الإسلامي في باب التفليس^(٧). فكانت المحاكم تهتدي بهذه المصادر خاصة تلك الواردة في قانون

(٤) المادة ٧٠٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

(٥) المادة ٧٠٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي.

(٦) حكمت محكمة تمييز دبي بقولها (أن شهر الإفلاس هو جزء أنزله المشرع على كل تاجر ثبت أنه توقف عن دفع بعض ديونه التجارية الحالة متى كان توقفه ناشئاً عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمانه وتتعرض حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال). محكمة تمييز دبي، طعن رقم ٣٤٣/١٩٩٧، ٢٨/٣/١٩٩٨.

(٧) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٩ القضائية، ١٢ يوليو ١٩٨٨.

المعاملات المدنية، ثم بعد ذلك وضع المشرع الإماراتي مواد قانونية شاملة تخص الإفلاس في قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

إلا أن المشرع الإماراتي لم يأخذ بالاتجاهات والقوانين المقارنة والتي تهدف إلى إعادة الهيكلة المالية للتجار والشركات التجارية بهدف إنقاذهم وتقويم أعمالهم، نظرا لما يؤديه إفلاسهم من آثار سلبية عليهم أنفسهم والمستخدمين لديهم بل وعلى الاقتصاد الوطني عموماً، ولكن لا يمكن إنكار أن المشرع الإماراتي قد وضع حلولاً - وإن كانت غير كافية - بغية مساعدة التجار والشركات التي تمر بضائقة مالية. فقد أوجد المشرع الإماراتي نظام الصلح الواقي من الإفلاس والذي يجب أن تتحقق شروطه قبل أن يستفيد التاجر من أحكام الصلح، ويوجد أيضاً في قانون المعاملات التجارية الاتحادي مادة واحدة يسمح بموجبها للشركة أن تؤجل إشهار إفلاسها لمدة لا تتجاوز سنة واحدة إذا كان من المحتمل دعم مركزها المالي أو إذا اقتضت مصلحة الاقتصاد الوطني ذلك^(٨). ويلاحظ على هذا النص عدم وضوحه من حيث الإجراءات التي يجب اتباعها، وكونه ينص فقط على مجرد "تأجيل" وليس إعادة هيكلة مالية كما هو متعارف عليه في قوانين الإفلاس في الدول الأخرى. هذا بالإضافة إلى عدم وضوح النص فيما إذا كان بإمكان إدارة الشركة المدينة البقاء على رأس الجهاز الإداري في الشركة أم يجب أن تحل إدارة جديدة محلها وما هو مصير الموظفين في هذه الشركة.

إن الأزمة المالية العالمية التي وقعت عام ٢٠٠٨ ألقت بظلالها على اقتصاد دولة الإمارات العربية المتحدة، فقد واجهت كثير من الشركات صعوبات مالية جمة أودت إلى إفلاس بعضها، وبناءً عليه أخذت الجهات المعنية في دولة الإمارات العربية المتحدة على عاتقها إعداد مشروع قانون جديد لتنظيم الإفلاس يحمل عنوان (قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس - قانون اتحادي)، وقد ارتأينا ضرورة تسليط الضوء على آليات التخارج أو التسوية في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس وما جاء من تعديلات جديدة لم يسبق الأخذ بها من قبل. وسوف نتناول بالدراسة أهم التعديلات التي جاء بها مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس دون دراسة لموضوعات وردت في مشروع القانون وتتشابه إلى حد ما مع أحكام قانون المعاملات التجارية الاتحادي مثل التدابير الناتجة عن الحكم بتصفية أصول المدين مثل منعه من السفر، وجرائم التفليس، ورد اعتبار المدين المفلس. وسوف نقوم بدراسة الصلح الواقي من الإفلاس وفق قانون المعاملات التجارية الاتحادي الحالي باعتباره قريباً في

(٨) المادة ٨٠٦ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

مبتغاه من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس وذلك لمقارنة آلية معالجة المشروعات المتعثرة وفق الصلح الواقي من الإفلاس مع مشروع القانون الجديد وبيان أهم التعديلات التي جاء بها هذا المشروع وقدرته على سد المثلث التي تشوب القانون الحالي. وعليه فإن هذه الدراسة هي بمنزلة تقييم للوضع الحالي وما سيؤول إليه الحال بعد صدور القانون الجديد.

ولقد قام الباحث بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين وخاتمة. وتناول في المبحث الأول موضوع الصلح الواقي من الإفلاس وفق قانون المعاملات التجارية الاتحادي المعمول به حالياً من حيث الشروط الموضوعية لانعقاد الصلح، والإجراءات المتبعة، وآثار الصلح والتصديق عليه، وبطلان الصلح وفسخه. وبعد الانتهاء من هذه الموضوعات تم عرض نظرة تقييمية للصلح الواقي من الإفلاس، وعالج في المبحث الثاني أهم التعديلات التي جاء بها مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس فتم البحث في الخيارات التي وفرها مشروع القانون لمعالجة تعثر المشروعات التجارية من إعادة الهيكلة المالية أو شهر الإفلاس والتصفية، والدور الذي تلعبه لجان الدائنين، وطرق حصول المشروع التجاري على تمويل جديد، واختتمت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

المبحث الأول الصلح الواقي من الإفلاس

لقد أخذ المشرع الإماراتي بأحكام الصلح الواقي من الإفلاس وذلك لإنقاذ التاجر المدين الذي اضطربت أحواله المالية، وقبل أن يصل إلى مرحلة التوقف عن دفع ديونه وبالتالي الإفلاس^(٩)، حيث يعطى المدين فرصة اللجوء إلى القضاء لعرض وضعه المالي وطلب التدخل لمساعدته في محنته وإنقاذه مما هو فيه تفادياً لوقوعه تحت وطأة الإفلاس.

يعتبر الصلح الواقي من الإفلاس بمثابة عقد بين التاجر المدين والدائنين بهدف إنقاذ التاجر وتمكينه من استمراره في تجارته وتحقيق مصلحة الدائنين في تحصيل حقوقهم منه^(١٠). ويرجع للمدين وحده حق اختيار طلب الصلح، أي أن اختيار طلب الصلح يرجع فقط إلى أحد أطراف علاقة المديونية (المدين)^(١١). فالصلح الواقي من الإفلاس هو صلح رضائي بين الطرفين ويتحقق بالإيجاب والقبول من كل من المدين والدائنين، ثم يصبح ملزماً بعد أن يقوم القاضي بإصدار قراره بتصديق ذلك الصلح، ويحول الصلح الواقي دون الإفلاس، ويحافظ على سمعة التاجر الأمين والنزاهة.

إن التعرف على النظام القانوني الذي يحكم الصلح الواقي من الإفلاس يقتضي

(٩) هناك تشابه كبير ما بين الصلح القضائي والصلح الواقي من الإفلاس من حيث أنهما عقد بين طرفين، فالأول بين المفلس والدائنين، والثاني بين التاجر المدين والدائنين يهدفان إلى إنقاذ التاجر من الوضع الذي وصل إليه حفاظاً على مصلحته ومصالح الدائنين، ولكن يكمن الفرق بينهما في أن الصلح القضائي يتم بعد إشهار إفلاس التاجر المدين، بينما يقع الصلح الواقي من الإفلاس قبل إشهار إفلاس التاجر المدين وقايةً له من الإفلاس كما يستدل على ذلك من اسم الصلح وهو "الصلح الواقي من الإفلاس". تناول المشرع الإماراتي أحكام الصلح القضائي في المواد ٧٦٤-٧٨٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(١٠) يعرف "الصلح" لغةً بالصلاح: ضد الفساد، وقد أصلح الشيء بعد فساده: أقامه. ويقال: وقع بينهم صلح تصالح القوم بينهم وهو السلم، والصلح أيضاً اسم جماعة متصالحين، يقال هم لنا صلح أي متصالحون قوم صلوح: متصالحون. تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق الدكتور عبد العزيز مطر، مطبعة حكومة الكويت، الجزء السادس، ١٩٦٥، ص ٥٤٧-٥٥٠. في حين عرف لسان العرب "الواقي" بقوله: وقاه الله وقيا ووقاية وواقية: صانه، ووقيت الشيء آقيه إذا صنته وسترته عن الأذى، ووقاه صانه، ووقاه ما يكره ووقاه، حماه منه. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ١٩٩٧، ص ٥١٦.

(١١) علي سيد قاسم، قانون الأعمال: الإفلاس في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٣٤٧. انظر أيضاً: المادة ٨٣١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

الانطلاق من معرفة شروط الصلح الواقي من الإفلاس وفقاً للتشريع الإماراتي والإجراءات التي يجب اتباعها والتي تمثل الإطار القانوني لصحة انعقاد الصلح الواقي من الإفلاس.

المطلب الأول

انعقاد الصلح الواقي من الإفلاس وشروطه الموضوعية

لابد من توفر شروط معينة حتى يتم عقد الصلح الواقي من الإفلاس. إن يقتصر نظام الصلح الواقي من الإفلاس على التاجر الفرد أو الشركة التجارية^(١٢)، هذا بالإضافة إلى أنه يجب أن يتمتع التاجر بالنزاهة والأمانة، فلا يقوم الصلح الواقي مع الجهة التجارية التي تعوزها الأمانة، والتي تعتمد الغش والتدليس والإهمال في أعمالها. ومن الجدير بالذكر أن قانون المعاملات التجارية الاتحادي لم ينص صراحة على شرط النزاهة والأمانة ولكن يفهم ذلك ضمناً، ذلك أن الأصل في العمل التجاري الناجح هو الثقة وحسن الائتمان بين المتعاملين.

ولا يقبل طلب الصلح الواقي من الإفلاس إلا إذا تقدم به تاجر زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنة السابقة على تقديم الطلب، وقام خلال هذه المدة بالتسجيل في السجل التجاري وبمسك الدفاتر التجارية المطلوبة^(١٣)، والحكمة في ذلك هو عدم إعطاء فرصة الصلح الواقي إلا لمن مارس العمل التجاري مدة معقولة - وإن قصرها المشرع الإماراتي على سنة واحدة وكان من الأفضل جعلها سنتان أو ثلاث- واتباع الأصول التجارية الصحيحة من القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية المقررة. لم يعط المشرع الإماراتي أي شخص آخر غير المدين الحق في تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس، فجعله حصراً على المدين، فلا يجوز للدائن أو المحكمة من تلقاء نفسها أن تطلب الصلح، ومن المؤكد أن ذلك عين الصواب لأن التاجر المدين وحده ودون غيره أقدر على معرفة حقيقة أوضاعه المالية.

ومن قراءة النصوص الخاصة بالصلح الواقي من الإفلاس يتبين أنه لا يجوز لتاجر اعتزل التجارة أن يطلب الصلح، ولكن يجوز ذلك لورثة التاجر المتوفى، ويحق لمن آل إليهم متجر المتوفى سواء بطريق الإرث أو الوصية طلب الصلح الواقي بشرط أن يكون الطلب في الثلاثة شهور التالية للوفاة وهي فترة معقولة للوقوف على الوضع

(١٢) المادة ٨٣١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(١٣) المادة ٨٣٣ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

المالي للمتوفى وفيما إذا كانت هناك مصلحة للورثة في طلب الصلح^(١٤). ويشترط القانون أيضاً أن يكون التاجر قبل وفاته ممن يجوز لهم الحصول على الصلح الوافي وذلك إذا كان المتوفى قد زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنة السابقة على وفاته، وقام خلال هذه المدة بالتسجيل في السجل التجاري وبمسك الدفاتر التجارية المطلوبة، وإذا لم يتفق الورثة أو الموصى إليهم على طلب الصلح فيجب على المحكمة أن تسمع أقوال الشخص المعارض ومن ثم تفصل في الطلب تبعاً لما تقتضيه مصلحة ذوي العلاقة.

ويجب أن يبادر التاجر عند اضطراب أعماله المالية وقبل التوقف عن دفع الديون المترتبة عليه بطلب الصلح مما يؤكد على حسن نية الطرف المدين^(١٥) فلا يشترط القانون التوقف عن الدفع كشرط لطلب الصلح^(١٦). فيمكن للمدين أن يطلب الصلح حتى ولو لم يتوقف عن الدفع إذا كانت أعماله قد اضطربت اضطراباً من شأنه أن يؤدي إلى التوقف عن الدفع إن لم يساعد من خلال طريق الصلح، وقد أريد بهذا الشرط عدم مغالاة التاجر في طلب الصلح بمجرد اضطراب أعمالهم اضطراباً عارضاً لا يدل على سوء الحال، فالمشرع يسعى إلى حث التاجر على العمل المتواصل لتخطي أزماتهم المالية^(١٧). ومن الجدير بالذكر أن التوقف عن الدفع المشار إليه عند الحديث عن الصلح الوافي من الإفلاس هو نفسه المشار إليه عند الحديث عن شروط شهر إفلاس التاجر، فلا يوجد فرق بين الاستخدامين.

(١٤) المادة ٨٣٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(١٥) المادة ٨٣١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(١٦) اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم التوقف عن الدفع حيث يعتبر الاتجاه التقليدي بأن التوقف عن الدفع يعني عدم قيام المدين بالوفاء بديونه في آجال استحقاقها بغض النظر عن أسباب هذا التوقف، فالمهم هو حماية حقوق دائني المدين المتوقف عن الدفع وعليه يمكن لأي من دائنيه طلب شهر إفلاسه، غير أن القضاء وأمام خطورة ما يؤدي إليه المفهوم التقليدي للتوقف عن الدفع من نتائج اتخذ منهاجاً آخر بحيث لا يعتبر المدين متوقفاً عن الدفع إلا إذا كشف هذا التوقف عن اضطراب المركز المالي للمدين؛ ولذا تفحص المحكمة مركز المدين المالي في مجموعه وأسباب امتناعه عن الدفع وتقدير الأثر المترتب من ذلك على مركزه المالي ككل. بليغ عبد النور حاتم، مفهوم التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد السابع والعشرون، ٢٠١١، ٥١٣-٥١٩. لقد أخذ المشرع والقضاء الإماراتي بالمفهوم الثاني للتوقف عن الدفع. محكمة تمييز دبي، طعن رقم ١٩٩٧/٣٤٣، ٢٨/٣/١٩٩٨.

(١٧) معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الإفلاس، مطبعة الانتصار، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٦٠٦.

ولا يجوز للمدين أثناء تنفيذ صلح واقٍ أن يطلب صلحاً واقياً مرة ثانية^(١٨). والحكمة من عدم إعطاء المشرع المدين فرصة حصوله على صلح واقٍ ثاني في أن من يعجز عن تنفيذ صلح أول سوف يعجز في الغالب عن تنفيذ صلح ثانٍ، وهو بذلك لن يكون مؤهلاً للحصول على صلح جديد. ولايجوز أيضاً البت في أي طلب خاص بإشهار إفلاس المدين إلا بعد أن يُفصل بحكم بات برفض طلب الصلح الواقى من الإفلاس. وبكلمات أخرى، إذا قدم إلى المحكمة طلب لشهر إفلاس المدين، وطلب آخر بالصلح الواقى من الإفلاس، فلا يجوز الفصل في طلب شهر الإفلاس إلا بعد الفصل في طلب الصلح الواقى، سواء كان تقديم طلب شهر الإفلاس قبل أو بعد تقديم طلب الصلح الواقى، فإذا قررت المحكمة رفض طلب الصلح فإنها تنتظر بعدئذ في طلب شهر الإفلاس، وأما إذا صادقت المحكمة على الصلح فلا يعود أمر النظر في طلب إشهار الإفلاس ممكناً، والمنطق في إعطاء الأولوية لطلب الصلح الواقى على طلب إشهار الإفلاس في أن الصلح الواقى يحمي المدين الأمين من إشهار إفلاسه، وما ينجم عن ذلك من إعادة النهوض بتجارته من جديد، وفي هذا خير له ولدائنيه.

أما بالنسبة للشركات التجارية فيحق لها طلب الصلح الواقى من الإفلاس إذا كانت في وضع مالي مضطرب قد يؤدي إلى توقفها عن الدفع، شريطة عدم ارتكابها لأعمال الغش والإهمال من خلال ما يقوم به المديرون. وقد ميز قانون المعاملات التجاريّة الاتحادي بين شركات الأشخاص والأموال، ففي شركات الأشخاص مثل التضامن والتوصية البسيطة يتقدم بطلب الصلح المدير بعد الحصول على موافقة أغلبية الشركاء، أما في شركات الأموال فلا بد من الحصول على موافقة الجمعية العمومية غير العادية، فلم يكتف المشرع بالنسبة لشركات الأموال بقرار يصدر من الجمعية العمومية العادية، وإنما بقرار يصدر من الجمعية العمومية غير العادية نظراً لخطورة هذا الإجراء وما قد يشوبه من تعديل من أعباء مالية وتغيير على وضع الشركة، ولا ينعقد صلح مع شركات المحاصة لانعدام شخصيتها المعنوية، أما الشركات الواقعية (الفعلية) فيجوز لها أن تحصل على الصلح لأنه يجوز إشهار إفلاسها^(١٩). أما بالنسبة للشركات في مرحلة التصفية فلا يقبل منها الصلح، ذلك أن الشركة التي تدخل دور التصفية تتمتع بشخصية اعتبارية ولكنها ناقصة بالقدر اللازم للتصفية وذلك تمهيداً لإلغائها من الوجود^(٢٠)، وبمعنى آخر فإن الغرض من الصلح

(١٨) المادة ٨٣٥ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(١٩) المادة ٨٣٢ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٢٠) المادة ٢٩١ من قانون الشركات التجارية الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.

الواقعي من الإفلاس هو استمرار النشاط التجاري، وهو ما لا يتحقق مع الشركة وهي في طور (مرحلة) التصفية.

الفرع الأول

الإجراءات المتبعة في إتمام الصلح الواقعي من الإفلاس

يتم تقديم طلب الصلح الواقعي من الإفلاس إلى المحكمة المختصة بإشهار الإفلاس؛ حيث يبين في الطلب أسباب زعزعة العمل التجاري للتاجر المدين، ومقترحات الصلح وضمائنات تنفيذها، وأن لا تقل نسبة التسوية المقترحة عن ٥٠٪ من الدين، وأن لا تزيد فترة تسديد الدين عن ثلاث سنوات من تاريخ التصديق على الصلح^(٢١). ويرفق بطلب الصلح الوثائق التي تؤكد البيانات والمعلومات الواردة في طلب الصلح، وشهادة من مكتب السجل التجاري تثبت التزام التاجر المدين بأحكام السجل خلال السنة السابقة على طلب الصلح، وشهادة من غرفة التجارة تفيد مزاولة التجارة بصفة مستمرة خلال السنة السابقة على طلب الصلح، والدفاتر التجارية الإلزامية مثل دفتر اليومية ودفتر الأستاذ، وصورة من آخر ميزانية، وحساب الأرباح والخسائر، وبيان تفصيلي بالأموال المنقولة وغير المنقولة وقيمتها التقريبية عند طلب الصلح، وبيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها^(٢٢). ويجب أن يقدم التاجر بياناً بإجمالي المصروفات الشخصية عن السنة السابقة على طلب الصلح. ويعود سبب طلب بيان إجمالي المصروفات الشخصية هو معرفة مدى مبالغة المدين في مصروفاته الشخصية والتي قد تحرمه من الصلح.

يجب أن تسلم كافة الوثائق الأنفة الذكر إلى قلم كتاب المحكمة الذي عليه أن يحرر محضراً بتسلمه هذه الوثائق. ويهدف تقديم الوثائق والمستندات السابقة إلى الوقوف على حالة المدين المالية، ومن خلال الاطلاع على هذه الوثائق والمستندات تستطيع المحكمة أن تقدر مدى جدارة المدين بالصلح فإما أن تقبل طلب الصلح أو ترفضه^(٢٣).

وتقوم المحكمة التي تنظر بطلب الصلح باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين لحين الفصل في الطلب^(٢٤)، والحكمة من ذلك أن لا يلجأ المدين إلى

(٢١) المادة ٨٣٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٢٢) المادة السابقة من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٢٣) معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٢٤) المادة ٨٣٨ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

تبديد أمواله مما يضر بمصلحة الدائنين. من أمثلة هذه التدابير استدعاء المدين وسؤاله عن بعض تصرفاته المالية، وطلب دفاتر المدين والتحقق من البيانات الواردة بها... إلخ. ويجوز للمحكمة أن تندب خبيراً لإجراء تحريات عن حالة المدين المالية.

هذا وتنظر المحكمة في طلب الصلح الواقي من الإفلاس على وجه الاستعجال وبدون خصومة. وللمحكمة أن ترفض الطلب أو تقبله مع عدم جواز الطعن في قرارها. وترفض المحكمة الطلب في الأحوال التالية^(٢٥):

أ - إذا لم يقدم طالب الصلح الوثائق والبيانات المطلوبة، أو قدمها ناقصة.
ب - إذا صدر حكم بات ضد من طلب الصلح بالإدانة في جريمة الإفلاس بالتدليس أو في إحدى جرائم التزوير أو السرقة أو الاحتيال أو خيانة الأمانة أو اختلاس الأموال العامة.

ج - إذا كان قد أعلن إفلاس المدين ولم يف جميع دائنيه كل ديونهم أو لم يقم بموجبات الصلح بتمامها.

د - إذا كان من طلب الصلح قد اعتزل التجارة أو لجأ إلى الفرار.

هـ - إذا لم يقدم من طلب الصلح ضمانات كافية للقيام بتوزيع المعدل المقترح. وإذا قضت المحكمة برفض طلب الصلح الواقي جاز أن تحكم على التاجر بغرامة لا تقل عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف درهم ولا تزيد عن (١٠٠٠٠) عشرة آلاف درهم إذا تبين للمحكمة أن المدين قد تعمد الإيهاًم باضطراب أعماله المالية^(٢٦)، والعلة من فرض الغرامة في هذه الحالة يعود إلى استغلال المدين لخصائص الصلح الواقي من خلال إعفائه من سداد جزء من الديون ومنحه فسحة من الوقت ليقوم بسداد الجزء المتبقي وهذا أمر مخالف لفرض حسن نية التاجر ويوجب العقوبة.

أما إذا قبلت المحكمة طلب الصلح فتعين أحد قضاتها للإشراف على الصلح، ويقوم القاضي المشرف بعد صدور قرار التعيين مباشرة بالإجراءات بقفل دفاتر المدين ويضع عليها توقيعها^(٢٧)، وتقوم المحكمة أيضاً بتعيين أمين واحد أو أكثر للصلح وذلك لمباشرة إجراءات الصلح ومتابعتها، حيث يقوم الأمين بمجرد تبليغه بالتعيين بالبدء بإجراءات الجرد بحضور المدين وكاتب المحكمة، كما يقوم الأمين بقيد القرار الصادر بافتتاح إجراءات الصلح في السجل التجاري ونشر ملخص القرار مرفقاً به

(٢٥) المادة ٨٣٩ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٢٦) المادة ٨٤٠ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٢٧) المادة ٨٤١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

دعوة الدائنين إلى الاجتماع في صحتين يوميتين يعينهما القاضي المشرف على عملية الصلح^(٢٨)، ويجب الأخذ بعين الاعتبار بأنه لايجوز أن يعين أميناً للصلح من كان دائناً للتاجر المدين أو زوجاً له أو صهرًا أو قريباً له إلى الدرجة الرابعة أو من كان خلال السنتين السابقتين على تقديم الصلح شريكاً له أو مستخدماً عنده أو محاسباً لديه أو وكيلًا عنه، وكذلك لايجوز أن يعين أميناً من سبق الحكم عليه في جنابة أو في جنحة سرقة أو الاختلاس أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو إفلاس بالتقصير أو شهادة الزور.

وعلى أي حال يجب أن يودع المدين خزينة المحكمة مبلغاً محدداً، ويكون عبارة عن أمانة لدى المحكمة لتغطية المصاريف التي ستنفق على تنفيذ إجراءات الصلح^(٢٩). وتقوم المحكمة بإلغاء إجراءات الصلح أو بوقفها إذا لم يودع المدين المبلغ في الميعاد المحدد، لأن هذا يعتبر دليلاً على جدية المدين أو عدم جديته في إتمام عملية الصلح.

الفرع الثاني

آثار الصلح الواقي من الإفلاس بالنسبة للمدين والدائن

بعد صدور قرار افتتاح إجراءات الصلح يظل المدين مسؤولاً عن إدارة أمواله والتصرف فيها وفقاً لما تقتضيه مصلحته التجارية^(٣٠)، ولكن يكون ذلك تحت إشراف أمين الصلح تحوطاً من قيام التاجر المدين بتبديد أمواله مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصالح الدائنين^(٣١). ولايجوز للمدين الاحتجاج على الدائنين بالتبرعات التي تبرع بها للغير، وهذا يعني أن التبرعات تعتبر غير نافذة في مواجهة الدائنين ولا يعتد بها من ناحيتهم، ولو أنها تبقى صحيحة وسارية المفعول بين المدين والشخص أو الجهة التي تبرع لها، وما ينطبق على التبرعات ينطبق أيضاً على غيرها من التصرفات بلا عوض، ولايجوز للمدين أن يعقد صلحاً أو رهناً أو أن يقوم بنقل ملكية أي شيء إلى آخرين إلا إذا كانت تتطلب ذلك طبيعة أعماله التجارية وبإذن من القاضي المشرف على الصلح إذا كانت هناك مصلحة للمدين^(٣٢).

وعلى عكس الحال عند صدور حكم شهر الإفلاس، بعد صدور قرار افتتاح

(٢٨) المادة ٨٤٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٢٩) المادة ٨٤١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٣٠) المادة ٨٤٦ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٣١) معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص ٦١٣.

(٣٢) المادة ٨٤٦ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

إجراءات الصلح لا تحل آجال الديون على المدين^(٣٣)، وهذا يعني بأنه لا تُستحق الآجال الممنوحة له من قبل لتسديد ديونه، ذلك أن الهدف من الصلح الواقعي هو تمكين المدين من إعادة تأهيله نفسه مالياً والعودة إلى ممارسة أعماله التجارية وتحفيزه على تحقيق النجاح والنهوض مجدداً، لذلك تبقى المواعيد السابقة المحددة لتسديد الديون كما هي. وبما أن آجال دفع الديون تظل قائمة؛ فإن الفوائد على هذه الديون تظل سارية أيضاً تبعاً للمدد المحددة لتسديد الديون.

وبعد تقديم طلب الصلح من قبل المدين، إذا قام بإخفاء جزء من أمواله أو ألتفها، أو أجرى بسوء نية تصرفات ضارة بالدائنين للوفاء بديونه بصورة غير مشروعة أمكن للمحكمة أن تقوم من تلقاء نفسها بإلغاء إجراءات الصلح^(٣٤). والعلة في الإلغاء في هذه الحالات هو ضمان حقوق الدائنين والمحافظة عليها.

أما بالنسبة للدائن وبعد صدور قرار افتتاح إجراءات الصلح توقف جميع الدعاوى وإجراءات التنفيذ الموجهة في حق المدين^(٣٥) وهذا أمر طبيعي ذلك أن المشرع أعطى المدين الحق في إدارة أمواله والتصرف فيها، لذا فإنه يترتب على ذلك وقف الدعاوى وإجراءات التنفيذ. ويسري مبدأ وقف الدعاوى على الدائنين العاديين والممتازين والمرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز. أما وقف الإجراءات فيقصد به وقف إجراءات التنفيذ الخاصة ببيع أموال المدين بهدف تسديد ديونه؛ لأن هذه الإجراءات تكون ملغاة وتفقد آثارها القانونية حيث أصبح المدين وفق إجراءات الصلح صاحب الحق في إدارة أمواله فلا يجوز بيع أمواله للوفاء بديون عليه.

الفرع الثالث

المداولة في الصلح من الإفلاس والتصديق عليه

على جميع الدائنين - ولو كانت ديونهم غير حالة، أو ثابتة بأحكام باتة - أن يسلموا أمين الصلح مستندات ديونهم موضحين فيها مقدار الديون وكافة البيانات الضرورية^(٣٦). ويقوم أمين الصلح بوضع قائمة بأسماء الدائنين الراغبين بالاشتراك في إجراءات

(٣٣) المادة ٨٤٨ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٣٤) المادة ٨٤٩ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٣٥) المادة ٨٤٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي. انظر أيضاً: عمر فلاح العطين، الصلح الواقعي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، بحث منشور في مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون -، المجلد ٤٠، العدد ١، ٢٠١٣، ١٣١.

(٣٦) المادة ٨٥٠ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

الصلح، ومقدار ديونهم والمستندات المؤيدة لها^(٣٧). ويقوم أيضاً أمين الصلح بإيداع قائمة الديون في المحكمة، ويرسل إلى المدين ولكل دائن نسخة من هذه القائمة، ويكون لكل ذي مصلحة الحق في الاطلاع على القائمة المودعة لدى المحكمة، ويضع القاضي المشرف على الصلح قائمة نهائية بالديون غير المعترض عليها.

لا يجوز أن يشترك في إجراءات الصلح الدائنون الذين لم يقدموا مستندات ديونهم ولا الدائنون الذين لم تقبل ديونهم نهائياً أو بصفة مؤقتة^(٣٨)، وعندئذ يعين القاضي المشرف على الصلح ميعاداً لاجتماع الدائنين للمداولة في مقترحات الصلح^(٣٩)، ويتولى القاضي رئاسة اجتماع الدائنين، ويجوز للدائن أن يُنيب عنه وكيلًا خاصاً لحضور الاجتماع، ويجب أن يحضر هذا الاجتماع المدين بنفسه، ويجوز أن ينيب وكيلًا خاصاً عنه بقرار يقبله القاضي المشرف، ويتم في هذا الاجتماع المداولة في شروط الصلح ومناقشة تقرير أمين الصلح الذي يقدمه عن وضع المدين المالي.

لا ينعقد الصلح إلا بموافقة أغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائياً أو مؤقتاً وبشرط أن يكونوا مالكيين لثلثي الديون ممن حضروا الاجتماع وقاموا بالتصويت على الصلح^(٤٠)، ولا يدخل في حساب هاتين الأغلبيتين الدائنون الذين لم يشتركوا في التصويت ولا تحسب أيضاً ديونهم. وإذا كان الصلح خاصاً بشركة أصدرت سندات تزيد قيمتها عن ٢٠٪ من مجموع ديونها فلا يجوز منح الصلح لها إلا إذا وافقت على المقترحات الجمعية العامة لأصحاب هذه السندات، وتكون موافقة الجمعية العامة لأصحاب هذه السندات لازمة أياً كانت النسبة بين مبلغ دين السندات والدين العام للشركة، وذلك إذا كان الصلح يتضمن شروطاً خاصة لا تتفق مع الشروط التي حددت عند إصدار السندات. يقع الصلح في نفس الجلسة التي يتم فيها التصويت وإلا كان باطلاً.

(٣٧) المادة ٨٥١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٣٨) المادة ٨٥٦ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٣٩) المادة ٨٥٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٠) المادة ٨٦١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي. هذا وتختلف قوانين الدول من حيث العدد المطلوب من الدائنين ونسبة الديون للموافقة على الصلح وإن كان يلاحظ أن هناك اتجاهاً إلى التخفيف من هذه النسب. فمثلاً يتطلب القانون الهولندي والقانون الألماني موافقة ٥٠٪ من الدائنين العاديين الحاضرين وعلى الأقل ٥٠٪ من قيمة الديون، بينما يتشدد القانون الإنجليزي بطلبه موافقة أغلبية الدائنين الذين يمثلون ٧٥٪ من قيمة الديون.

William W. McBryde, Axel Flessner and S.C.J.J. Kortmann (eds.), Principles of European Insolvency Law 141, 358 (Kluwer Law International 2005).

وعلى ضوء ما تقدم يتم إعداد محضر اجتماع يتضمن ماتم التوصل إليه، ويوقع على المحضر القاضي المشرف، وأمين الصلح، والمدین والدائنون الحاضرون^(٤١). وعلى ضوء هذا يجوز لكل دائن له حق الاشتراك في مداوات الصلح أن يبلغ القاضي المشرف كتابة بما لديه من اعتراض على الصلح كما ورد في المحضر وأسباب هذا الاعتراض وذلك في خلال خمسة أيام من تاريخ التوقيع على محضر الصلح^(٤٢). ويجب على القاضي المشرف أن يرسل محضر الاجتماع إلى المحكمة المختصة التي أصدرت الأمر بافتتاح إجراءات الصلح خلال ثلاثة أيام من انتهاء مدة الاعتراض المذكورة آنفاً ومرفقاً مع هذا المحضر تقرير من القاضي المشرف على الصلح عن حالة المفلس المالية وأسباب اضطراب أعماله التجارية وشروط الصلح وبيان بالاعتراضات التي تم تقديمها. تقوم المحكمة بعد ذلك بتبليغ المدین والدائنين الذين قدموا اعتراضات على الصلح بموعد الجلسة التي حددتها المحكمة للنظر في الاعتراضات وطلب التصديق على الحكم، ويجوز لكل شخص له مصلحة أن يحضر الجلسة^(٤٣).

وتتمتع المحكمة التي تنظر في قضية الصلح الواقی بسلطات واسعة فتفصل المحكمة في الاعتراضات على الصلح وفي طلب التصديق عليه بحكم واحد يكون نهائياً سواء أكان بقبول التصديق على الصلح أم برفض التصديق عليه، فللمحكمة أن تقبل الاعتراضات وترفض الصلح أو ترفض الاعتراضات وتصدق على الصلح كما تراه مناسباً، فلها أن تقبل الصلح أو ترفضه وهذا الحكم نهائي لا يقبل الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن^(٤٤). وتعين المحكمة في قرارها مراقباً أو أكثر من بين الدائنين للإشراف على شروط تنفيذ الصلح وإبلاغ المحكمة بأيّة مخالفات قد يقوم بها المدین.

وبعد تصديق المحكمة على الصلح، يتم الإعلان عن القرار الصادر بالتصديق على الصلح الواقی من الإفلاس وفقاً للأحكام المقررة لشهر الحكم الصادر بشهر الإفلاس كما جاءت في المادة ٦٦١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي؛ فيجب

(٤١) المادة ٨٦٣ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٢) المادة ٨٦٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٣) المادة ٨٦٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٤) لغاية المقارنة مع القانون المصري انظر: عبد الفتاح مراد، شرح الإفلاس من الناحيتين التجارية والجنايية طبقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص ٤٥٢.

على أمين الصلح شهر الحكم الصادر بالتصديق على الصلح الواقي من الإفلاس في السجل التجاري، ويتولى أمين الصلح نشر ملخص الحكم في صحيفة يومية أو أكثر تعينها المحكمة، ويتضمن الملخص الذي ينشر في الصحف اسم المدين ومحل إقامته، ورقم قيده في السجل التجاري، وتاريخ قرار التصديق وأهم شروط الصلح^(٤٥). ويتعين على المراقب المشرف على تنفيذ شروط الصلح باعتباره نائباً عن الدائنين أن يقوم بقيد ملخص قرار الحكم في كل دائرة تسجيل يقع فيها عقار للمدين المتصالح ويترتب على هذه القيود رهن على عقارات للمدين المتصالح لضمان حقوق الدائنين الذين يسري عليهم الصلح، وعلى المراقب المشرف أن يطلب انقضاء الرهن بعد تنفيذ شروط الصلح.

ويترتب على صدور قرار التصديق على الصلح الواقي من الإفلاس عدة آثار منها سريان شروط الصلح على الدائنين أصحاب الديون العادية^(٤٦). وهكذا لا يسري الصلح على أصحاب الديون المضمونة بامتياز خاص أو المتعلقة برهن. وبعد التصديق على الصلح الواقي من الإفلاس يستمر المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها من دون رقابة من أحد على سير أعماله، كما لا يترتب على الصلح حرمان المدين من الأجل التي تكون أبعد مدى من الأجل المقرر في الصلح^(٤٧). أما بالنسبة للمدينين المتضامنين مع المدين أو كفلائه في الدين، فلا يستفيدون من الصلح وبالتالي يستطيع الدائنون ممارسة حقوقهم بحيث يستطيعون الرجوع على المدينين المتضامنين أو الكفلاء بكامل ديونهم غير الحالة آجالها، وإذا وقع الصلح مع شركة فيستفيد منه جميع الشركاء المتضامنين^(٤٨).

ينتهي الصلح الواقي من الإفلاس عند انتهاء المدين من تنفيذ شروط الصلح كاملة، وعندها يطلب المراقب المشرف على تنفيذ شروط الصلح من المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الانتهاء من تنفيذ شروط الصلح إصدار قرار بإغلاق الإجراءات^(٤٩). وهكذا فإن إجراءات الصلح تظل سارية إلى حين صدور الحكم بإغلاق هذه الإجراءات من المحكمة التي صادقت على الصلح، وقد أعطى المشرع الفرصة للدائنين في الاعتراض على إغلاق الإجراءات في حالة إخلال المدين بتنفيذ شروط

(٤٥) المادة ٨٦٦ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٦) المادة ٨٦٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٧) المادة ٨٧٠ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٨) المادة ٨٦٨ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٤٩) المادة ٨٧١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

الصلح، ولذلك أوجب المشرع أن يتم شهر الطلب بإغلاق الإجراءات بقيده في السجل التجاري ونشر ملخصه في صحيفتين يوميتين يعينهما القاضي المشرف على الصلح حتى يتم الاطلاع عليه من قبل ذوي المصلحة^(٥٠). ويصدر قرار إغلاق الإجراءات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ النشر في الصحف، ويقيد هذا القرار في السجل التجاري.

الفرع الرابع

بطلان الصلح الواقي من الإفلاس وفسخه

إن تصديق المحكمة على الصلح الواقي من الإفلاس لا يعني أن الصلح أصبح أمراً مقضياً، فيمكن لصاحب المصلحة أن يطلب إبطال الصلح أو فسخه وفقاً لما حدده القانون، وبذلك يتم زوال الصلح وأثره. ويحدث بطلان الصلح الواقي من الإفلاس إذا ظهر بعد صدور الحكم بالتصديق عليه تدليس من قبل المدين مثل إخفاء بعض الأموال، أو الاقرار بديون وهمية لا وجود لها في الواقع، أو تعمد المبالغة في ديونه بقصد الإضرار بالدائنين^(٥١)، فهذه الأعمال تنطوي على أفعال احتيالية يقصد من ورائها إيهام الدائنين بأنه من المفيد لهم عقد الصلح مع المدين بدلاً من إعلان إفلاسه، حيث أن أمواله قليلة ودائنوه أكثر كما يدعي كذباً، ولكن لا يجوز إبطال الصلح إذا صدر على المدين حكم بجريمة الإفلاس بالتقصير لأن الإهمال والتقصير والرعونة والطيش التي أوصلت المدين إلى إفلاسه لا تبلغ مستوى أعمال التدليس ومدى الضرر الذي يلحق بالدائن من جراء هذا الفعل.

ويجب أن يطلب إبطال الصلح خلال ستة أشهر من اليوم الذي يظهر فيه التدليس وإلا كان الطلب غير مقبول، وفي جميع الأحوال لا يكون طلب إبطال الصلح الواقي مقبولاً إذا قدم بعد انقضاء سنتين من تاريخ صدور الحكم بالتصديق على الصلح^(٥٢). وحتى يتم بطلان الصلح الواقي من الإفلاس فيجب أن يقدم طلب البطلان من قبل الدائنين المدعين المحكمة، حيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بالبطلان؛ لأنه غير متعلق بالنظام العام، وإنما مقرر لمصلحة الدائنين وحدهم.

أما بالنسبة لمن يحق له طلب البطلان فهو الدائن الذي يسري عليه شروط الصلح، بالإضافة إلى الكفلاء الذين يضمنون تنفيذه، إذ يترتب على البطلان براءة ذمتهم. أما

(٥٠) المادة ٨٧٢ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٥١) المادة ٨٧٣ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٥٢) المادة السابقة من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

الدائنون الذين لا تسري عليهم شروط الصلح هم الدائنون الممتازون والمرتهنون وأصحاب حقوق الامتياز فلا يقبل طلبهم ببطلان الصلح لانتفاء مصلحتهم^(٥٣).

يجوز للمحكمة بناء على طلب الدائنين أن تفسخ الصلح الواقعي من الإفلاس إذا لم ينفذ المدين شروط الصلح أو أخل بالتزاماته كما وردت في عقد الصلح، أو قيامه بتصرفات مشبوهة مثل نقل ملكية متجره لشخص آخر دون سبب منطقي، أو التنازل عن موجوداته أو جزء منها للغير قبل أن ينفذ جميع ما التزم به^(٥٤). والسبب الآخر الذي يؤدي إلى فسخ الصلح هو وفاة المدين، فوفاة المدين تؤدي إلى فسخ الصلح الواقعي خاصة أن منح الصلح منوط بشخص المدين وقد يتبين أنه لا ينتظر تنفيذ الصلح أو إتمام تنفيذه من قبل ورثة المدين المتوفى.

وتزول آثار الصلح بأثر رجعي عند بطلان الصلح أو فسخه^(٥٥)، وبالتالي يعود المدين والدائن إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصول الصلح ويعتبر الصلح كأنه لم يحدث وعندها يستطيع كل دائن أن يطلب إشهار إفلاس المدين.

المطلب الثاني

نظرة تقييمية للصلح الواقعي من الإفلاس

يتبين مما تقدم بأن الصلح الواقعي من الإفلاس هو حق مقرر للمدين فقط وليس للدائنين المطالبة بإبرام الصلح، وقد يكون الصلح الواقعي مفيداً للمدين الطالب له إلا أن المشروعات التجارية التي تمر بصعوبات تعيق الوفاء بالتزاماتها أو مواصلة نشاطها لا تحبذ اللجوء لمثل هذا الإجراء، وبذلك فليس لدائنيها الحق في طلب الصلح الواقعي، فهو مقرر للمدين بمفرده.

وقد اشترط المشرع الإماراتي اضطراب الأعمال المالية للمشروعات التجارية بشكل يؤدي إلى توقفها عن الدفع كشرط انعقاد الصلح الواقعي من الإفلاس فلا تستطيع المشروعات التجارية التي تواجه صعوبات اقتصادية أو مالية حالية أو متوقعة - كما جاء في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس والذي سيتم توضيحه لاحقاً - أن تطلب الصلح الواقعي من الإفلاس؛ لأن قانون المعاملات التجارية الحالي لا يغطي مثل هذه الحالة، وبمعنى آخر فإن المشروعات التجارية قد لا تصل مرحلة اضطراب الأعمال

(٥٣) المادة ٨٧٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٥٤) المادة ٨٧٥ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

(٥٥) المادة ٨٧٤ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي.

فيها إلى حد التوقف عن الدفع بل قد تصاحبها أثناء تأدية مهامها بعض الصعوبات الاقتصادية والمالية والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبارها توقفاً عن الدفع، فتكون بحاجة للبحث عن آليات قانونية قد تستفيد منها لتجاوز صعوباتها.

ويرى البعض أن إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس تتسم بالتعقيد والإطالة، حيث يوجب القانون تقديم طلب الصلح قبل التوقف عن الدفع وما قد يثيره مصطلح "التوقف عن الدفع" من تعقيدات^(٥٦)، ثم يجب تقديم الدفاتر التجارية وغيرها من الأوراق التي تؤيد طلب الصلح الواقي من الإفلاس ويليها اجتماع الدائنين وما يتبعه من تصويت والنظر في أي اعتراضات أو طعون بالاستئناف مما قد يطيل أمد الإجراءات. وفي الحقيقة كون إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس طويلة ومعقدة لا يبرر لوحده إلغاء الصلح الواقي واستبداله بنظام آخر، فبالنظر إلى إجراءات إعادة الهيكلة المالية - التي سنبحثها لاحقاً - وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس نجد أن الإجراءات طويلة ومعقدة أيضاً.

ويمكن القول بأن التطورات الاقتصادية التي شهدتها العالم من وجود لمشاريع تجارية ضخمة وبروز أزمات مالية متكررة يجب أن تنعكس في تشريع يأتي ليتلاءم مع هذه المتغيرات، فقد أصبحت نصوص القانون المتعلقة بالإفلاس مجرد نصوص مهمة غير مطبقة عملياً^(٥٧)، أضف إلى ذلك أن مصروفات الإفلاس كبيرة وباهظة مما قد لا يوفر حافزاً للدائنين لمطالبتهم بشهر إفلاس المدين^(٥٨)، وقد وصف نظام الإفلاس في الدول العربية بطابعه الانتقامي والعقابي في مواجهة المدين المفلس، ويغلب في الصلح الواقي من الإفلاس البحث عن مصلحة الدائن أكثر من مصلحة

(٥٦) نشأت الأخرس، الصلح الواقي من الإفلاس: دراسة مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية واللبنانية والتونسية والقانون البريطاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٢٣٢-٢٣٥.

(٥٧) لا يتم اللجوء في الأردن إلى الصلح الواقي من الإفلاس إلا نادراً ولا يوجد تطبيقات قضائية كثيرة في هذا المجال، وهو الأمر نفسه الذي ينطبق على لبنان ومصر وتونس. لقد ألغى المشرع التونسي نظام الصلح الواقي من الإفلاس بسبب عدم جدوى استمراره بالصورة التي هو عليها، وأخذ بنظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية. نشأت الأخرس، المرجع سابق، ص ٢٣٧ و ٢٥٧.

(٥٨) تطول إجراءات التفليسة وتصفية أموال المدين في دولة الإمارات العربية المتحدة إلى ما يقارب خمس سنوات وتستغرق مصروفات التفليسة حوالي ثلاثين بالمئة من أموال التفليسة.

وتقترب هذه الأرقام من فترة التفليسة ومصروفاتها في عدة دول عربية مثل مصر والأردن.

Hawkamah/World Bank/OECD/INSOL International, Study on Insolvency Systems in the Middle East and North Africa, p. 5 (2009).

التاجر المدين والحرص على استمراره في المشروع التجاري^(٥٩). وحتى أن الدول العربية التي تأثرت تشريعاتها بالقانون الفرنسي لم تقم بتعديل قوانينها في ظل التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على نظام الإفلاس^(٦٠). فالقانون الفرنسي يحبذ استنفاد كافة الطرق المتاحة مثل محاولة إنجاح إعادة الهيكلة قبل طلب الإفلاس إلى أن يثبت عجز المشروع عن معالجة التزاماته فيصبح اختياره طريق الإفلاس موضوعياً وملائماً لجميع الأطراف المعنية.

ومن هنا تبرز الحاجة إلى وجود آلية معالجة مستقلة واستباقية في القانون الإماراتي تتميز بالمرونة وتتلائم مع الحالات والصعوبات المختلفة التي تمر بها المشروعات التجارية، وهو أمر مفقود في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الحالي. فالقانون الحالي لا يعرف فكرة إعادة الهيكلة المالية كمرحلة مستقلة وإنما يعرف الصلح الواقعي من الإفلاس تحت إشراف القضاء وفي إطار إجراءات تسوية جماعية، كما أن قانون المعاملات التجارية الاتحادي الحالي لا يحتوي على تنظيم تفصيلي للدائنين كما جاء في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس من تشكيل لجان الدائنين، أضف إلى ذلك أن قانون المعاملات التجارية الاتحادي الحالي لا يتبنى فكرة حصول المشروع التجاري على تمويل جديد يساعده على الوقوف على قدميه من جديد حتى في ظل مروره بأزمة مالية أو اقتصادية.

(٥٩) إن نظام الإفلاس كما هو معروف في صورته التقليدية في التشريعات العربية نظام قسوة وتهديد وترهيب، وهو ابن سياسة تشريعية تعتمد الزجر والعقاب غير مهتمة بالمساعدة والإنقاذ. سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الواقعي في التشريعات العربية: النظام التقليدي والحلول الحديثة للمشروعات التجارية المتعثرة ومقدمة في مصير الإفلاس وآفاق تطوره، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٣٣.

(٦٠) ينص القانون الفرنسي على أن أحكام الإفلاس استثنائية ولايجوز المطالبة مباشرة بإفلاس المشروع التجاري إذا كان المشروع في مرحلة التسوية الرضائية والقضائية. يتم التعامل مع المشروع التجاري على مراحل تبدأ بمرحلة التسوية الرضائية وإذا ما فشلت الجهود يتم الإعلان القضائي عن دخول المشروع مرحلة التسوية القضائية ويصحبها وضع برنامج إعادة هيكلة لإنقاذ المشروع، وتبدأ فترة تسمى بفترة المراقبة بحيث يزاول المشروع أعماله تحت رقابة قاضي الإنقاذ مع إعادة جدولة لديونه والتزاماته إن أمكن ذلك. فإذا ما نجح المشروع التجاري في هذا المسار يتم تقرير الحكم بنجاح التسوية القضائية وانتهائها، أما إذا أثبتت فترة المراقبة تعثر وظهور صعوبات لا يمكن تجاوزها ففي هذه الحالة تنتهي التسوية القضائية بتصفية المشروع أو إشهار إفلاسه وفقاً لأحكام قانون الإفلاس. للمزيد عن طرق مساعدة المشروعات التجارية في القانون الفرنسي انظر: خليل فيكتور تادرس، الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس: دراسة مقارنة على ضوء القانون الفرنسي رقم ٨٤٥-٢٠٠٥، دار النهضة العربية للنشر، ٢٠٠٨، ٣٥-٣٦.

المبحث الثاني

خيارات التعامل مع تعثر المشروعات التجارية في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس

الأسباب التي استدعت المشرع الإماراتي إلى صياغة قانون جديد عديدة منها: الحاجة للإصلاح خاصة بعد حصول الأزمة المالية العالمية في سنة ٢٠٠٨ وما تلاها من أحداث اقتصادية. فمن الملاحظ أن قانون المعاملات التجارية الاتحادي المعمول به حالياً عجز عن الاستجابة لمتطلبات هذه المرحلة من خلال معالجة أزمة المشروعات التجارية المتعثرة، وإن كان القانون الحالي ينص على الصلح الواقي من الإفلاس والذي يجنب المدين إعلان إفلاسه^(٦١). ولا يهدف مشروع القانون الجديد إلى شهر الإفلاس فحسب، بل يهدف إلى خلق التوازن بين المدين والدائن وتحقيق الشفافية وتعزيز مفاهيم الإفصاح وتوفير السيولة.

من أهم ما يتميز به مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس من حيث الشكل هو انفصاله عن قانون المعاملات التجارية الاتحادي، إذ يستقل عنه بقانون

(٦١) تختلف الآراء بين مؤيد ومعارض لإصدار قانون جديد يتعلق بالإفلاس ونحن لسنا بصدد تنفيذ أي رأي أو تغليب رأي على آخر هنا، وإنما إبراز أهم ملامح مشروع القانون الجديد. للاطلاع على مختلف من الآراء راجع:

Neil Parmar, Bankruptcy Law Reform may Boost Economy, THE NATIONAL (Dec. 2, 2011) (International markets do not perceive UAE law as providing a viable reorganization procedure. Reforming the insolvency law to provide a clear, predictable and transparent means for a company to reorganize would benefit the national economy and all UAE companies by reducing the costs of capital for UAE companies over the medium to long term. A bankruptcy law already exists. But it has not been tested by any company, which means there is much uncertainty in legal circles about how it could be applied in reality).

Mazen Boustany, UAE Insolvency Laws Exist! Available at < <http://www.habibalmulla.com/Mediaresource/e8570fe6-8ae7-4238-9bd9-73991aa874ce.pdf> > (July 2010) (it became widely believed that the UAE does not have an insolvency law and the general perception was that the systems that are in place are archaic in nature. The perception was wrong. Insolvency law does exist in the UAE and contrary to the above, it's actually quite sophisticated. Federal Law No.18 of 1993 (the Commercial Transactions Law) contains 900 articles in total. Out of these, no less than 255 articles are dedicated to insolvency and bankruptcy procedures).

اتحادي خاص بالإفلاس. فلا بد من تنظيم الإفلاس بقانون اتحادي ذلك أن الاتحاد ينفرد بتنظيم العديد من التشريعات الكبرى المتعلقة بقوانين الجزاء والمعاملات المدنية والتجارية والشركات^(٦٢). وتتشابه في ذلك الولايات المتحدة الأمريكية إذ أن تنظيم الإفلاس من اختصاص الكونغرس الأمريكي الذي يصدر قوانين موحدة تتعلق بالإفلاس لتطبق على جميع الولايات^(٦٣). ومشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس وإن أصبح قانوناً مستقلاً يظل تابعاً للقانون التجاري ومكملاً لأحكامه. ويقع مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس الاتحادي في (٤٦١) مادة موزعة على اثني عشر باباً، ومن أهم هذه الأبواب الباب الثاني (إعادة التنظيم المالي) والباب الرابع (إشهار الإفلاس) والباب التاسع (إعسار الأشخاص الطبيعيين من غير التجار)، ومن خلال قراءة النصوص الواردة في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس يتبين أن المشروع قد تأثر بقوانين عدة دول وخاصة قانون الإفلاس في الولايات المتحدة الأمريكية منتهجاً أسلوباً علمياً للاستفادة من تجربتها في هذا المجال.

هذا وقد قامت إمارة دبي بإصدار قانون خاص بالإفلاس - قانون مركز دبي المالي العالمي رقم ٣ لسنة (٢٠٠٩) - يتناول موضوع إعادة الهيكلة المالية للشركات والتصفية، وقد جاء إصدار هذا القانون لمواجهة الأزمة المالية التي تعرضت لها شركة موانئ دبي العالمية ولاستخدامه في حالة عدم الاتفاق مع الدائنين على إعادة الهيكلة المالية وبقصد الحفاظ على قيمة أصول الشركة^(٦٤)، ومن أهم ما يتميز به قانون الإفلاس رقم ٣ لسنة (٢٠٠٩) هو بقاء إدارة الشركة المدينة دون تغييرها^(٦٥)، ووقف اتخاذ إجراءات التقاضي أو التنفيذ من قبل جميع الدائنين بما فيهم الدائنون أصحاب الامتياز^(٦٦)، وتأسيس محكمة

(٦٢) المادة ١٢١ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٦٣) في حالة وجود تنازع بين القوانين تكون الغلبة لقانون الإفلاس الاتحادي وتكون المحاكم الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية هي المختصة للنظر في قضايا الإفلاس.

U.S. Constitution. art. I, 8, cl. 4.

(٦٤) أحد أهم الأسباب التي أدت إلى إصدار قانون الإفلاس - قانون مركز دبي المالي العالمي رقم ٣ لسنة (٢٠٠٩) هو وقوع شركة موانئ دبي العالمية في ضائقة مالية صعبة وملحة إذ بلغت ديونها نحو ٢٠ بليون دولار أمريكي، وكما كانت شركة نخيل مدينة بمبلغ يصل إلى ٢٤ بليون دولار أمريكي ويستحق جزء من هذه الديون في شهر ديسمبر ٢٠٠٩.

David Jolly and Kate Galbraith, Dubai's Move on Debt Rattles Markets Worldwide, NEW YORK TIMES, P. 1 (November 27, 2009).

(٦٥) المادة ٢٩ من قانون الإفلاس رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩.

(٦٦) المادة ٥٠ من قانون الإفلاس رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩.

اللبت في المطالبات وتسوية الأوضاع المالية لشركة موانئ دبي العالمية^(٦٧). وبناءً على ما جاء في قانون الإفلاس رقم ٣ لسنة (٢٠٠٩) يمكن للشركة المدينة أن تقترح خطة إعادة الهيكلة^(٦٨). وبعدئذٍ تعرض الخطة على الدائنين لموافقتهم ويتطلب ذلك موافقة من يملكون ثلثي مقدار الديون، ومن ثم توافق المحكمة على خطة إعادة الهيكلة^(٦٩). وفعلاً قدمت شركة موانئ دبي العالمية مسودة خطة إعادة الهيكلة في شهر مارس من سنة (٢٠١٠) وتم موافقة جميع الدائنين على الخطة في شهر يونيو (٢٠١٠)^(٧٠)، وهكذا استطاعت شركة موانئ دبي العالمية أن تتفق مع الدائنين على التسوية وإعادة الهيكلة المالية خارج إطار المحاكم. وبالرغم من صدور قانون خاص بالإفلاس في دبي - قانون الإفلاس رقم ٣ لسنة (٢٠٠٩) - إلا أنه يبقى قانون خاص جاء لمعالجة ظرف استثنائي وحالة خاصة، ولا بد من صدور قانون اتحادي.

ولا يقتصر تطبيق مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس الاتحادي على التجار من الأفراد والشركات التجارية فحسب بل يمتد ليشمل إعسار الأشخاص الطبيعيين وإعادة هيكلة التزاماتهم وتصفية أصولهم^(٧١)، بل ويطبق القانون أيضاً على أصحاب المهن الحرة من الأطباء والمهندسين والمحامين إذا زاولوا نشاطاً تجارياً بهدف تحقيق الربح. لم يشمل مشروع القانون ضمن الأشخاص الذين يمكنهم التقدم بطلب إعادة الهيكلة المالية المؤسسات غير الربحية التي قد تمر بصعوبات مالية تتطلب إعادة هيكلتها^(٧٢)، وبالرغم من عدم شمول مثل هذه المؤسسات، إلا أن المحاكم

(٦٧) المادة ٢ من مرسوم رقم ٥٧ بشأن تأسيس المحكمة الخاصة للبت في المطالبات والتسوية المالية لشركة موانئ دبي وفروعها.

(٦٨) المادة ٨ من قانون الإفلاس رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩.

(٦٩) المادة ١٤ من الجزء الثاني (التسوية الودية) من مرسوم رقم ٥٧ بشأن تأسيس المحكمة الخاصة للبت في المطالبات والتسوية المالية لشركة موانئ دبي وفروعها.

(٧٠) Chip Cummins, Nour Malas and Mirna Sleiman, Creditors Back Dubai World Deal - Restructuring of Nearly \$25 Billion in Debt to Proceed After Months of Talks, THE WALL STREET JOURNAL, P. C8 (October 28, 2010) (The deal came after months of discussions involving Dubai World and a committee representing more than 90 lenders. The \$14.4 billion in debt is to be split into two portions. The first part, \$4.4 billion, is scheduled to be repaid in five years, while the second, of \$10 billion, is to be repaid over eight years. About \$8.9 billion of debt will be converted into Dubai World equity).

(٧١) المادة ٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٧٢) تشمل المؤسسات غير الربحية تلك المؤسسات التي تقدم خدمات خيرية أو تعليمية أو صحية أو دينية أو علمية مثل المستشفيات والمساجد والكنائس والجامعات والمدارس والمتاحف والجمعيات التعاونية.

يمكن أن تتوسع في تطبيق أحكام إعادة الهيكلة الخاصة بالمشروعات التجارية لتشمل المؤسسات غير الربحية؛ ذلك أن إعادة الهيكلة تبقى إعادة هيكلة سواء أكانت لمصلحة مشروع تجاري أم مؤسسة غير ربحية، وإن اختلف الهدف الربحي للمشروع التجاري عن هدف المؤسسة غير الربحي المتمثل في تقديم خدمات مختلفة^(٧٣).

تشكل بموجب القانون لجنة تسمى "لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس" من أعضاء من مختلف الجهات الحكومية مثل وزارة الاقتصاد ووزارة المالية ووزارة العدل، فهذه اللجنة تأخذ طابعاً حكومياً وإن كان بالإمكان الاستعانة بخبراء من القضاة أو المحامين أو مستشارين ماليين مثلاً. تختص لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بكل ما يتعلق بالقانون من حيث استلام الطلبات المقدمة من التجار والشركات والخاصة بإعادة الهيكلة المالية وحفظ سجلات بأسماء الخبراء والأشخاص الذين صدرت بحقهم أحكام بفقدان الأهلية نتيجة إفلاسهم أو فرضت عليهم قيوداً أو إجراءات دائمة أو مؤقتة على المدين وتقديم التوصيات بتعديل أحكام القانون، ونشر الوعي القانوني بأحكام القانون^(٧٤).

وقد حرص مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس على اقتضاب مواعيد إجراءات إعادة الهيكلة أو الإفلاس لتبلغ غايتها في وقت معقول لا هو بالقصير المخل، ولا هو بالطويل الممل، فاقتصر الإجراءات يؤدي إلى تقليل تكلفة ونفقات التفليسة. ويلاحظ أن إجراء إعادة الهيكلة أو التنظيم للأفراد والشركات يحظى بأولوية قصوى في مشروع القانون الجديد كما يستدل من اسم مشروع القانون (قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس)، بالإضافة إلى الكثير من القواعد الجديدة التي أوردها مشروع القانون ومنها اعتبار الشركة "نشاطاً قائماً ويزاول" ومنح المدين حرية أكثر في

(٧٣) تشمل المؤسسات غير الربحية تلك المؤسسات التي تقدم خدمات خيرية أو تعليمية أو صحية أو دينية أو علمية مثل المستشفيات والمساجد والكنائس والجامعات والمدارس والمتاحف والجمعيات التعاونية. بالرغم من عدم صياغة الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الأمريكي لمعالجة حالات التعثر المالي للمؤسسات غير الربحية (non-profits) إلا أن القضاء الأمريكي سمح لهذه المؤسسات برفع دعاوى بهدف إعادة الهيكلة المالية تحت الفصل الحادي عشر. انظر مثلاً قضايا المحاكم

Bankruptcy Petition, In re Archdiocese of Milwaukee, No. 11-20059-svk (Bankr. E.D. Wis. Jan. 4, 2011); Bankruptcy Petition, In re Crystal Cathedral Ministries, No. 8:10-bk-24771-RK (Bankr. C.D. Cal. Oct. 18, 2010); Bankruptcy Petition, In re St. Mary's Hosp., No. 09-15619-MS (Bankr. D.N.J. Mar. 9, 2009); Bankruptcy Petition, In re Nat'l Heritage Found., Inc., No. 09-10525-BFK (Bankr. E.D. Va. Jan. 24, 2009); and Bankruptcy Petition, In re The Educ. Res. Inst., Inc., No. 08-12540 (Bankr. D. Mass. Apr. 7, 2008).

(٧٤) المادة ٣ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

صياغة خطة إعادة الهيكلة وإمكانية حصول المدين على تمويل جديد. هذا بالإضافة إلى إمكانية تحويل إجراءات إعادة الهيكلة إلى إجراءات إفلاس وتصفية أموال التاجر المدين أو الشركة بقرار من المحكمة، وذلك عند عدم نجاح خطة إعادة الهيكلة المالية أو عدم الموافقة عليها من قبل الدائنين. ويلاحظ من استقراء نصوص مشروع القانون الجديد أن المدين لا يستطيع الاتفاق مسبقاً مع دائنيه على اتخاذ إجراء معين مثل إعادة التنظيم أو إعادة الهيكلة فيما لو واجه صعوبات مالية مستقبلية، ذلك أن اختيار أفضل إجراء لمواجهة الصعوبات المالية يعتمد على عدة عوامل كطبيعة المشروع التجارية وحجم أصوله وقدرته في الحصول على تمويل جديد.

نعالج في هذا المبحث آليات وصور تسوية ديون المشروعات التجارية المتعثرة في ثلاثة مطالب يخصص المطلب الأول منها لبحث إعادة التنظيم المالي، بينما يخصص المطلب الثاني للصلح الواقي من الإفلاس وأخيراً يتناول المطلب الثالث إعادة الهيكلة أو الإفلاس، ومن ثم سيتم معالجة الإعسار المدني في المطلب الرابع.

المطلب الأول

إعادة التنظيم المالي: الشروط والإجراءات

يستطيع التاجر الفرد أو الشركة التجارية إذا كانت تواجه صعوبات اقتصادية أو مالية حالية أو متوقعة أن تتقدم بطلب إلى لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس لافتتاح إجراءات إعادة التنظيم المالي^(٧٥). ولعل أهم ما يثير الانتباه في مشروع القانون هو إيراد لمصطلح "الصعوبات الاقتصادية أو المالية الحالية أو المتوقعة"، كمعيار لتقديم طلب إعادة التنظيم وذلك دون تعريف هذا المصطلح وتحديد به بالرغم من أنه المعيار الأساسي في تقرير مدى استفادة التاجر أو الشركة من فرصة إعادة الهيكلة، وهذا المعيار الذي جاء به مشروع القانون يختلف عن مفهوم اضطراب المركز المالي للمدين المؤدي إلى التوقف عن دفع الديون التجارية والذي يبرر طلب شهر الإفلاس أو الصلح الواقي من الإفلاس في قانون المعاملات التجارية الاتحادي^(٧٦)، فبمجرد وجود عوامل أو مؤشرات على أن المشروع التجاري يواجه أو يمكن أن يواجه صعوبات

(٧٥) المادة ٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٧٦) المادة ٨٣١ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي. تعتمد المحكمة في بناء قناعتها على التوقف عن الدفع على عدة دلائل منها اعتراف المدين بتوقفه عن الدفع، عمل احتجاج ضد المدين، فشل المدين في تحقيق تسوية ودية مع دائنيه، إغلاق المشروع التجاري والهروب، وبيع المشروع التجاري نتيجة ضائقة مالية. أحمد محمود خليل، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٥٩-٦٠.

اقتصادية أو مالية، فيستطيع أن يقدم طلباً ببدء إجراءات إعادة الهيكلة المالية مشفَعاً بالمستندات والوثائق الضرورية لدعم طلبه مثل الدفاتر التجارية والبيانات المالية التي تهدف إلى بيان حقيقة ادعاء المشروع التجاري. وبعبارة أخرى فإن وجود عوامل أو مؤشرات على أن المشروع التجاري يواجه أو يمكن أن يواجه صعوبات اقتصادية أو مالية يعتبر مرحلة مبكرة تهدف إلى استباق الانتظار حتى وصول المشروع إلى مرحلة متقدمة من الاضطراب المالي مما قد يسوِّغ طلب الصلح الوافي من الإفلاس أو حتى طلب شهر الإفلاس. وعلى أية حال يلاحظ أن معيار "الصعوبات الاقتصادية أو المالية الحالية أو المتوقعة" واسع بحيث يمكن أن يشمل عدم قدرة المشروع على بيع منتجاته أو توزيعها، ولهذا كله لا بد لمشروع القانون الجديد من أن يحدد وعلى وجه الدقة المقصود "بالصعوبات الاقتصادية أو المالية الحالية أو المتوقعة".

ومن الملاحظ أن إجراءات إعادة التنظيم المالي المنصوص عليها في مشروع القانون تتم دون اللجوء إلى المحكمة وهو مما قد يُضعف الاتفاق من مضمونه في ظل غياب سلطة يكون لها الحق في اعتماد الاتفاق الذي تم التوصل إليه بين المدين ودائنيه؛ ذلك أن غياب السلطة التي تملك حق الاعتماد يُمثل عدم إلزامية الاتفاق، ولكن بالرغم من إمكانية توجيه مثل هذا النقد إلا أن تشكيل لجنة متخصصة في إعادة الهيكلة المالية تعمل دون اللجوء إلى المحاكم سوف يسارع من آلية النظر في تسوية النزاعات وتجنب شهر الإفلاس.

وعلى أية حال، تقوم لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بدراسة الطلب المقدم بناءً على المعلومات المقدمة ولها سلطة تقديرية واسعة في ذلك، فلها أن تقبل الطلب أو ترفضه دون أن يخضع قرارها لأي طريق من طرق الطعن^(٧٧). فهذه اللجنة تتكون من أشخاص ذوي خبرة في مجال الاقتصاد والإفلاس وبالتالي هي الأقدر على تقدير ظروف المدين واتخاذ القرار بناءً عليها، والطعن بقرار اللجنة أمام القضاء سوف يطيل أمد طلب إعادة التنظيم مما قد يؤدي خلال فترة الطعن القضائي إلى إفلاس الطالب، وبالتالي عدم إمكانية إجراء إعادة التنظيم. فالوقت يلعب دوراً مهماً في مسائل الإفلاس.

تقوم لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بإخطار مقدم الطلب خطياً - ليس عن طريق البريد الإلكتروني مثلاً - بقبول أو رفض طلبه^(٧٨). وهنا نرى ضرورة تفصيل

(٧٧) المادة ١٠ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٧٨) المادة ١١ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

شكل ومضمون الإخطار، وكما نرى ضرورة اعتبار هذا الإخطار شرطاً مسبقاً للبدء في إجراءات إعادة التنظيم المالي على خلاف ما ذهب إليه مشروع القانون بصيغته الحالية.

وتقوم لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بعد قبول طلب افتتاح إجراءات إعادة التنظيم بتعيين مساعد هدفه تقويم الوضع الاقتصادي والمالي للمدين ومساعدته على التوصل إلى اتفاق مع دائنيه للخروج من أزمته^(٧٩). فدور المساعد يشبه دور الوسيط بين الطرفين فلا يجوز له التدخل في إدارة أعمال المدين الذي تبقى له وحده صلاحية إدارة أعماله. يقدم المساعد تقريراً إلى اللجنة يوصي بإنهاء إجراءات إعادة التنظيم إذا تبين للمساعد أنه لا يمكن التوصل إلى اتفاق بين المدين ودائنيه، وتحدد لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس أتعاب المساعد بناءً على تقييم للجهد الذي بذله.

وبطبيعة الحال إذا كان التاجر أو الشركة في حالة توقف عن دفع الديون أو حالة زمة مالية مدينة فلا يجوز في هذه الحال تقديم طلب إعادة الهيكلة^(٨٠)، ولا يجوز للمدين في حالة الصلح الواقي من الإفلاس أن يتقدم بطلب لافتتاح إجراءات إعادة التنظيم المالي، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو تحديد الأولوية فيما إذا تقدم المدين مثلاً بطلب إعادة الهيكلة المالية وتقدم الدائن بطلب شهر إفلاس مدينه في نفس الوقت فأى من الإجرائين يغلب؟ يبدو أن الأولوية ستكون لطلب إعادة الهيكلة.

المطلب الثاني

الصلح الواقي من الإفلاس

لقد نص مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس على إجراء آخر بهدف مساعدة المشروع التجاري في حال تعثره ألا وهو الصلح الواقي من الإفلاس^(٨١). ولكن من الملاحظ أن مشروع القانون لم يأت بإجراءات جديدة أو نصوص تختلف عما هو موجود في القانون الحالي. حيث تبدأ الإجراءات عن طريق تقديم طلب صلح للمحكمة التي يكون لها الحرية في قبول أو رفض هذا الطلب، ويعقد الصلح في حال موافقة أغلبية الدائنين الحائزين على قيمة ثلثي الديون بحيث يكون رأي الأغلبية ملزماً للأقلية ويكون هذا الصلح تحت إشراف قضائي^(٨٢). هذا بالإضافة إلى أن الصلح

(٧٩) المادة ١٦ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٨٠) تعرف حالة الزمة المالية المدينة بأنها الحالة التي تكون فيها أصول المدين غير كافية لتغطية التزاماته مستحقة الدفع. المادة ١٣٠ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٨١) المادة ٢٥ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٨٢) المواد ٢٩، ٣٥، ٤٢، ٩٨ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

الواقعي من الإفلاس لا يعقد مع المدين الذي تصرف بسوء نية بغرض تفادي الإفلاس مع الشركة التي تكون في مراحل التصفية^(٨٣).

ومن الملاحظ أيضاً أن هناك تشابهاً كبيراً - إن لم يكن تطابقاً تاماً - بين بعض نصوص الصلح الواقعي من الإفلاس الواردة في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس والنصوص الخاصة بإعادة التنظيم المالي الواردة في المشروع نفسه. فعلى سبيل المثال يستطيع المدين الذي يواجه صعوبات اقتصادية أو مالية ولم يكن متوقفاً عن الدفع أو كان متوقفاً عن الدفع لمدة لا تتجاوز خمسة وأربعين يوماً أن يتقدم بطلب الصلح الواقعي من الإفلاس، وهو نفس المعيار الذي يستطيع المدين بناءً عليه أن يتقدم بطلب إعادة التنظيم المالي^(٨٤). وعليه فإن الأساس الذي يميز الصلح الواقعي من الإفلاس عن إعادة التنظيم المالي غير واضح. وهناك أيضاً تطابق بين بعض نصوص إعادة الهيكلة المالية وشهر الإفلاس المذكورة في مشروع القانون مع أحكام الصلح الواقعي من الإفلاس الواردة في مشروع القانون ذاته، فمثلاً هناك تشابه بين أحكام وقف سريان الفائدة والإجراءات القضائية والوفاء بالالتزامات والعقود عند الحديث عن الصلح الواقعي من الإفلاس في مشروع القانون مع مثيلاتها من أحكام عند الحديث عن إعادة الهيكلة المالية والإفلاس^(٨٥).

والسؤال الذي يطرح نفسه هو تحديد ماهية الفرق بين خيار إجراء إعادة التنظيم المالي والصلح الواقعي من الإفلاس وإعادة الهيكلة المالية في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس، وكيف للمدين أن يختار أي من هذه الآليات الثلاث؟ والإجابة تبدو من خلال استقراء النصوص القانونية لمسودة مشروع القانون أن هناك خلطاً بين هذه الإجراءات الثلاثة، إذ أن هناك تشابهاً كبيراً بين الشروط الموضوعية التي يبني عليها تقديم طلب إعادة التنظيم المالي وطلب الصلح الواقعي من الإفلاس. وقانون الإفلاس الأمريكي الذي يعد أشهر القوانين في هذا المجال نص على حق المدين في اختيار تطبيق إجراءات الفصل الحادي عشر الخاص بإعادة الهيكلة أو إجراءات الفصل السابع الخاص بالتصفية فقط^(٨٦). وعليه، يمكن لأي مشروع تجاري حسب ظروفه

(٨٣) المادة ٣٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٨٤) المادة ٢٦ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس. انظر أيضاً: المادة ٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٨٥) المواد ٧٠، ٧٢، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٨٦) هناك أيضاً إجراءات الفصل الثالث عشر الخاص بإعادة جدولته الدفعات ولكنه ينطبق على الأفراد الذين لهم دخل ثابت وبمقدورهم سداد ديونهم بعد إعادة الجدولة وفق دفعات =

الخاصة أن يختار بين خيارين اثنين إما إعادة الهيكلة أو الإفلاس، أما ما جاء في مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس من ذكر ثلاثة خيارات - إضافة إلى خيار الإعسار للأفراد من غير التجار - فهو خارج عن المألوف.

المطلب الثالث

إعادة الهيكلة أو إشهار الإفلاس والتصفية

يتم شهر الإفلاس بناءً على طلب من المدين نفسه وذلك إذا توقف عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها لاضطراب مركزه المالي وتزعزع ائتمانه، أو إذا كان في حالة ذمة مالية مدينة^(٨٧). ويتشابه في ذلك مشروع القانون الجديد مع نص المادة

= لا تتجاوز خمس سنوات. أما وفقاً للفصل السابع تمنع الشركة المفلسة من التصرف في أموالها ويعين وصي من قبل المحكمة لحل الشركة وبيع جميع أصولها ويسد منها للدائنين، فإن بقي شيء من أموال الشركة فيوزع على ملاك الشركة، وإذا لم تف مبالغ التصفية لسداد جميع الديون فتسقط الديون المتبقية باستثناء بعض أنواع الديون. وفي الفصل الحادي عشر يكون التفليس بإعادة الهيكلة للشركة التي تواجه عجزاً عارضاً، إذ يتوقف قبول طلب التفليس تحت هذا الفصل على قبول المحكمة المختصة لخطّة الإنقاذ التي تقدمها الشركة المفلسة لإعادة هيكلتها، ومدى قدرتها على الخروج من العجز، وبناء على ذلك تمنحها المحكمة حماية من الدائنين تمتد في العادة لسنوات حسب الخطّة الزمنية، وتصفى الأصول الزائدة التي لا يؤثر بيعها على استمرار الشركة في نشاطها. وتبقى في أغلب الأحيان تحت سيطرة المدين وإدارته ولكن تظل تحت مراقبة المحكمة.

David G. Epstein Christopher Fuller, Chapters 11 and 13 of the Bankruptcy Code--Observations on Using Case Authority from One of the Chapters in Proceedings Under the Other, 38 Vand. L. Rev. 901, 902-903 (1985) (the U.S. has two bankruptcy "subsystems": liquidation (Chapter 7 of the U.S. Bankruptcy Code) and reorganization (Chapter 11). Under current law, the insolvent firm makes the initial choice which of these systems to use).

Richard M. Hynes, Why (Consumer) Bankruptcy?, 56 Ala. L. Rev. 121, 128-129 (2004).

هذا مع العلم بأن القوانين المقارنة الأخرى تنص في قوانينها على إجرائين فقط هما إعادة الهيكلة أو الإفلاس، فالقانون الياباني مثلاً يمنح المدين خيارين إما التصفية أو إعادة الهيكلة. Kent Anderson, The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience, 21 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 679, 702 (2000).

وقد قامت كوريا الجنوبية بتعديل قانون الإفلاس حيث ألغت وفق قانون الإفلاس الموحد لسنة ٢٠٠٥ إجراءات الصلح الواقعي من الإفلاس وعليه فإن على الشركة المتعثرة أن تختار بين إما إجراءات إعادة الهيكلة أو التصفية.

Elinor Kim, Corporate Insolvency Law & Practice in South Korea in the Aftermath of the Asian Financial Crisis, 21 Conn. J. Int'l L. 155, 170 (2005).

(٨٧) المادة ١٢٨ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

٦٤٧ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي والتي تجيز للمدين طلب شهر إفلاسه دون أي قيود. ولكن يختلف نص مشروع القانون الجديد عما هو معمول به حالياً في عدم اشتراط أن تكون الديون تجارية، إذ يخلو نص المشروع من أي إشارة إلى طبيعة الدين، فالمنطق يفرض أن يكون الدين تجارياً أي ناتج عن نشاط تجاري قام به التاجر أو الشركة التجارية.

ويجوز شهر إفلاس التاجر أو الشركة التجارية بناءً على أمر من المحكمة التي تقضي بذلك من تلقاء نفسها دون طلب من الدائن أو المدين. أما بالنسبة للدائن فقد أضاف مشروع القانون قيداً جديداً إذ اشترط أن يكون الدائن صاحب دين عادي يساوي أو يزيد على عشرة آلاف درهم^(٨٨). ويجب على الدائن أن يثبت في ادعائه عدم وفاء المدين بالدين المستحق عند إخطاره بضرورة الوفاء، فيمكن الإثبات مثلاً عن طريق شهادة خبرة يقوم من خلالها الخبير بعمل مقارنة بين أصول المدين وديونه. وتفصل المحكمة في طلب شهر إفلاس المدين على وجه السرعة.

وفي حال وفاة التاجر فيجوز لكل من ورثة المدين المتوفى أو دائئه أن يرفع دعوى لإشهار إفلاس المدين إذا توفي وهو متوقف عن سداد ديونه أو كان في حالة ذمة مالية مدينة^(٨٩). ولكن مشروع القانون الجديد ميز فيما إذا تم تقديم الطلب من قبل الدائن أو ورثة المتوفى إذ أوجب على الدائن رفع دعوى شهر الإفلاس خلال ستة أشهر من تاريخ الوفاة، بينما يجب رفع الدعوى من قبل الورثة خلال فترة ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة. ولا يوجد سبب واضح للتمييز بين الدائن وورثة المدين المتوفى في شرط المدة التي يجب خلالها رفع الدعوى، وإن كان بالإمكان التخمين بضرورة تقصير المدة في حال رفع الدعوى من قبل الورثة للوقوف على وضع مورثهم المالي قبل توزيع التركة وما يتطلبه ذلك من إجراءات، ويلاحظ أن المشروع في مشروع

(٨٨) المادة ١٣٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس. يشترط قانون الإفلاس في الولايات المتحدة الأمريكية إذا كان عدد الدائنين ١٢ أو أكثر أن يطلب شهر الإفلاس ثلاثة دائنين من أصحاب الديون العادية غير المعلقة على شرط وغير المتنازع فيها، هذا بالإضافة إلى توافر شرط قيمة الدين والتي يجب أن تبلغ عشرة آلاف دولار أمريكي. أما إذا كان عدد الدائنين أقل من ١٢ دائناً، فيجوز لأي دائن يملك قيمة دين تصل إلى عشرة آلاف دولار أمريكي أن يطلب شهر إفلاس مدينه.

Bankruptcy Code, 11 United States Code 303- Involuntary Cases.

(٨٩) المادة ٢٦٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

القانون الجديد قد قلص من الفترة التي يجب خلالها رفع الدعوى إذ تتراوح بين ثلاثة أشهر وستة أشهر حسب الأحوال بعد أن كانت سنة من تاريخ الوفاة وفق نص المادة ٦٤٦ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي المعمول به حالياً. وعلى أية حال يمكن للدائنين أن يختاروا بأن لا يرفعوا دعوى شهر الإفلاس ضد المدين المتوفى ويحصلوا على مقابل ديونهم من تركة المتوفى وبذلك يوفر وقتاً وجهداً بدلاً من رفع دعوى شهر الإفلاس.

الفرع الأول المحكمة المختصة بشهر الإفلاس

لم يأت مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بالشيء الجديد بالنسبة لتحديد المحكمة التي تختص بنظر قضية الإفلاس، إذ أبقى على اختصاص المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها مقر عمل المدين^(٩٠). وهكذا لم يعتمد مشروع القانون الجديد محل الإقامة كمعيار لتحديد اختصاص المحكمة المدنية. وإذا كان للتاجر أو الشركة التجارية أكثر من مقر عمل فالمحكمة المختصة في هذه الحالة تكون المحكمة التي يقع في دائرتها المركز الرئيسي لهذا التاجر أو الشركة. وفيما يتعلق بالشركة الأجنبية التي يوجد لها فرع في دولة الإمارات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مقر الفرع. وإذا اعتزل التاجر مزاولة نشاطه التجاري كانت محكمة الاختصاص بإشهار إفلاسه المحكمة التي يقع ضمن دائرتها موطن ذلك الشخص. وأخيراً إذا لم يكن بالإمكان تحديد الاختصاص وفق القواعد المذكورة أعلاه - نتيجة عدم وجود مقر عمل ثابت مثلاً - فيكون الاختصاص عندها للمحكمة التي وقع في دائرتها تخلف المدين عن سداد ديونه أو تعرضه لحالة الذمة المالية المدينة.

ويلاحظ أن المشرع في مشروع القانون الجديد لم ينشئ محكمة إفلاس تختص بنظر كافة الأمور المتعلقة بالإفلاس من تقاضي وإعادة هيكلة وتصفية، وإنما عهد إلى المحكمة الابتدائية هذا الاختصاص، ولعل السبب في ذلك هو قلة عدد قضايا الإفلاس المرفوعة أمام محاكم الدولة الاتحادية والمحلية، فمثلاً محكمة تمييز دبي فصلت في ثلاث قضايا إفلاس حتى الآن، وهذا لا يستوجب إنشاء محكمة إفلاس قائمة

(٩٠) الفقرة السادسة من المادة ١ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

بذاتها^(٩١). ولكن لا يمنع ذلك من وجود قضاة وموظفي محاكم ومحامين متخصصين في قضايا الإفلاس، والاستعداد بصورة جيدة لمعالجة قضايا الإفلاس خاصة إذا ازداد عددها في المستقبل.

الفرع الثاني إجراءات شهر الإفلاس وإعادة الهيكلة

تعين المحكمة في قرارها قبول شهر الإفلاس أميناً للتفليسة أو أكثر بحد أقصى ثلاثة من الخبراء المقيدين في جدول الخبراء^(٩٢). وبموجب مشروع القانون الجديد يصبح من حق من يطلب شهر الإفلاس أن يعين أمين التفليسة من قائمة الخبراء. وبناءً عليه يستطيع المدين أو الدائن أن يطلب اختيار أمين للتفليسة. وإذا كان مشروع القانون قد أعطى لمن طلب شهر الإفلاس هذه الصلاحية إلا أن ذلك أمر جوازي ويعود للمحكمة سلطة القرار النهائي، ويتولى أمين التفليسة مهمة إدارة أعمال المدين باعتباره وكيلًا بأجر باسم المدين ونيابة عنه^(٩٣). فيتم تجريد المدين من سلطة إدارة أمواله وحق التصرف بها، وفي هذا اختلاف عن الباب الثاني (إعادة التنظيم المالي) من مشروع القانون إذ تبقى إدارة أموال المدين وأصوله تحت سيطرته وفق المادة ١٧ من مشروع القانون.

(٩١) يمكن تبرير قلة عدد حالات الإفلاس في دولة الإمارات العربية المتحدة سواء بالنسبة للأفراد أو الشركات وغيرها من الأشخاص الاعتبارية بسبب قيام الدولة بمساعدة المشروعات والشركات المتعثرة وتلافي وقوعها في ضائقة مالية. أضف إلى ذلك العواقب الاجتماعية المترتبة على إفلاس الشخص وما يلحقه ذلك من خزي وعار، وهذه الأسباب لا تنطبق فقط على دولة الإمارات العربية المتحدة فحسب بل تشمل أيضاً الولايات المتحدة الأمريكية. Kartik Athreya, Shame As It Ever Was: Stigma and Personal Bankruptcy, 90 FEDERAL RESERVE BANK RICHMOND ECONOMIC QUARTERLY 1 (Spring 2004).

نظراً لكثرة قضايا الإفلاس سواء المقدمة من الأفراد أو الشركات في الولايات المتحدة الأمريكية فقد أوجد القانون قضاءً متخصصاً حيث يبلغ عدد قضاة الإفلاس حالياً ٣٤٢ قاضياً ويتم تحديد هذا العدد من قبل الكونغرس. وتعين محاكم الاستئناف في الولايات المتحدة الأمريكية قضاة الإفلاس لمدة أربع عشرة سنة قابلة للتجديد.

Lloyd D. George, From Orphan to Maturity: The Development of the Bankruptcy System during L. Ralph Mechem's Tenure as Director of the Administrative Office of the United States Courts, 44 AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW 1491, 1493 (1995).

(٩٢) المادة ١٤٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٩٣) المواد ١٥٥ و ١٦٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

ويحظر على جميع الدائنين - الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الديون المضمونة برهن أو امتياز - اتخاذ أي إجراءات قانونية أو متابعة أي دعاوى قضائية ضد المدين^(٩٤). السبب في وجود الحظر هو منح المدين فرصة لإعداد خطة إعادة التنظيم أو رحمته من الضغوط المالية التي قد يتعرض لها نتيجة بدء الدائنين باتخاذ إجراءات أو دعاوى ضده. ويسري الحظر الذي فرضه مشروع القانون منذ لحظة بداية إجراءات إشهار الإفلاس، أي عند تقديم طلب شهر الإفلاس وبدون الحاجة إلى صدور قرار من المحكمة، ويتنهي الحظر تلقائياً إذا انتهت دعوى شهر الإفلاس أو إذا تم إبراء ذمة المدين فيعتبر الحظر إجراءً مؤقتاً. يشمل الحظر اتخاذ أي إجراء قانوني أو بدء أو متابعة أي دعوى قضائية تتعلق بتحصيل الديون من المدين أو التنفيذ على أصوله أو تنفيذ ضمان ضد المدين، فلا يجوز للدائن على سبيل المثال أن يطالب المدين بدفع الدين أو تقديم ضمان لدين غير مضمون أو تنفيذ حكم قضائي، ولكن خوفاً من أن يستغل المدين الحظر المفروض على اتخاذ مثل هذه الإجراءات أو الدعاوى المرفوعة ضده، فقد استثنى مشروع القانون أصحاب الديون المضمونة برهن أو امتياز من الحظر، بأن سمح لهم بالتنفيذ على ضماناتهم بعد الحصول على موافقة المحكمة. ومن الحالات التي قد تبرر التنفيذ على الضمان رغم وجود الحظر إذا كان الضمان - سيارة مثلاً - من النوع الذي تتناقص قيمته بسرعة ويخشى الدائن أن لا يقوم المدين بتسليم الضمان في الوقت المحدد إذا لم يلتزم بسداد الدين.

ويتضمن مشروع القانون مواد معقدة تتعلق بالوفاء بالالتزامات والعقود^(٩٥). تدور هذه المواد القانونية حول العقود التي لم تنفذ بعد من قبل أحد الطرفين أو كلاهما، وعقود الإيجار والاستمرار في تنفيذها أو طلب فسخها. هذا ومن أهم المواد القانونية التي جاء بها مشروع القانون الجديد قاعدة منع فسخ أو إنهاء أي عقد ساري المفعول بين المدين والغير بسبب افتتاح إجراءات الإفلاس^(٩٦). أي بمعنى آخر لا يعتبر بدء إجراءات الإفلاس سبباً من أسباب فسخ العقد وإن كان العقد ينص في أحد بنوده على فسخ العقد إذا بدأت إجراءات إشهار الإفلاس ضد أحد الأطراف. وبالتالي فإن وجود مثل هذه البنود في العقد يجعلها غير واجبة النفاذ، ويلاحظ أن

(٩٤) المادة ١٦٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس. يتكرر الحظر الذي فرضه مشروع القانون في المادة ٣٥٧ عند الحديث عن إفسار الأشخاص الطبيعيين من غير التجار.

(٩٥) المواد ١٦٩-١٧٣ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٩٦) المادة ١٦٩ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

مشروع القانون قد اشترط لعدم نفاذ مثل هذه البنود بدء إجراءات الإفلاس فعلاً وليس صدور حكم بالإفلاس.

قد يقترح أمين التفليسة من خلال التقرير الذي يقدمه للمحكمة إعداد خطة لإعادة هيكلة أعمال المدين أو تصفية أمواله، فإذا أصدرت المحكمة قرارها بتطبيق خطة لإعادة الهيكلة، يتولى أمين التفليسة مهمة الإشراف على الخطة وضمان حسن سيرها^(٩٧). ويقدم المدين مسودة خطة إعادة الهيكلة والتي يجب أن تبين احتمال أن يعود المدين إلى تحقيق الربح وأحكام التسوية مع الدائنين وأي ضمانات يجب تقديمها وأي عرض مقدم من أي طرف ثالث لشراء كامل أو جزء من أعمال المدين، هذا بالإضافة إلى بيان بنشاطات المدين التي يجب وقفها. ويجوز النص في مسودة الخطة على مهل السماح وتحويل الدين إلى حصص في رأس مال أي مشروع وعلى معاملة تفضيلية للدائنين أو توحيد أو إنشاء أو استبدال أي ضمانات وذلك لتطبيق الخطة. وأما بخصوص البيانات التي تتضمنها خطة إعادة الهيكلة فوفق القراءة الحالية لمشروع القانون يتبين أن هذه البيانات إجبارية وبالتالي لا يجوز إغفال أحد هذه البيانات.

هذا ويجب إعداد الخطة خلال فترة ثلاثة أشهر ولكن يجوز تجديد الفترة لمدة إضافية على أن لا تتجاوز شهراً، وبالتالي في جميع الأحوال لا تتجاوز الفترة أربعة أشهر^(٩٨). وبطبيعة الحال يتم تجديد فترة إعداد الخطة مدة شهر إضافي إذا وجد سبب يدعو لذلك، كما يمكن إنقاصها إذ لا يوجد ما يمنع من ذلك إذا وجد سبب مبرر. وإن كان أمين التفليسة هو الذي يعد خطة إعادة الهيكلة بمساعدة المدين، لكن المدين وحده له حق تقديم خطة إعادة الهيكلة بإيداع نسخة لدى قلم كتاب المحكمة خلال فترة الأربعة أشهر^(٩٩). ومن الملاحظ أن مشروع القانون لم ينص على حالة عدم تقديم المدين للخطة خلال فترة الأربعة أشهر، ففي هذه الحالة يستطيع كل ذي مصلحة تقديم خطة إعادة الهيكلة ومن هؤلاء الدائنون وحتى أمين التفليسة.

وتتحقق المحكمة عند وضع خطة إعادة الهيكلة من توافر أمرين ضروريين هما: أن تكون الخطة قد اقترحت بحسن نية، ولا تضر بصورة غير منصفة بجميع الدائنين^(١٠٠). فأي خطة لإعادة الهيكلة يجب أن تراعي هذين الشرطين، وإلا تستطيع

(٩٧) المادة ١٨٥ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٩٨) المادة السابقة من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(٩٩) المادة ١٨٥ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٠٠) المادة ١٩٠ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

المحكمة أن ترفض التصديق على الخطة. ويلاحظ أن شرط حسن النية يقتصر على مرحلة اقتراح الخطة وبالتالي لا يشترط توافر حسن النية عند قبول الخطة من قبل الدائنين. هذا ولم يذكر القانون المعايير التي يمكن أن تسترشد بها المحكمة في عدم توافر شرط حسن النية^(١٠١). وفي هذا السياق يمكننا إيراد بعض الأمثلة على سوء نية المدين:

١ - طلب شهر الإفلاس كنتيجة لخسارة المدين دعوى قضائية لا تتعلق بالإفلاس، وبذلك يمكن للمدين أن يتجنب أو يؤخر دفع التعويض المطلوب بناء على حكم المحكمة في تلك الدعوى.

٢ - يقدم المدين مقترح خطة إعادة الهيكلة بهدف القضاء على منافسيه.

٣ - تم تقديم مقترح خطة إعادة الهيكلة بهدف المماطلة والتأخير فقط.

ويتم التصويت على خطة إعادة الهيكلة بعد المناقشات التي تعقد لدراسة هذه الخطة وما يمكن أن يطرأ عليها من تعديلات أثناء تلك النقاشات. ويتطلب مشروع القانون موافقة أغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائياً أو مؤقتاً، ويشترط أن يكونوا حائزين على ثلثي الديون^(١٠٢). ولا يدخل في حساب هاتين الأغلبيتين الدائنون الذين لم يشتركوا في التصويت ولا تحسب ديونهم أيضاً. تصدر المحكمة قرارها بالصادقة على خطة إعادة الهيكلة عند موافقة الدائنين عليها، وتحقق كافة الشروط التي يجب توافرها فيها^(١٠٣). فمثلاً يمكن للمحكمة أن تصادق على الخطة رغم معارضة بعض الدائنين إذا كانت الخطة قد اقترحت بحسن نية ولا تضر بمصلحة الدائنين، وذلك بأن تحقق المساواة بينهم، وما دام الدائنون سيحصلون على حقوقهم بأكبر قدر ممكن كما

(١٠١) استخدمت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية عدة معايير لتحديد مفهوم حسن النية منها المعيار الموضوعي (objective test) بالنظر إلى الهدف من قانون الإفلاس وإعادة الهيكلة وهو رد اعتبار المدين، وفيما إذا كان للمدين فرصة حقيقية بإعادة ترتيب أوضاعه المالية وتوفير الحماية المناسبة للدائنين. أما المعيار الآخر الذي لجأت إليه المحاكم الأمريكية في تحديد حسن النية في قضايا الفصل ١١ من قانون الإفلاس فهو معيار مجموع الحالات التي تعطي مؤشراً على حسن النية، فمثلاً إذا وجدت عدة عوامل مجتمعة فإن طلب إعادة الهيكلة يتم رفضه (totality of the circumstances test).

Carlos J. Cuevas, Good Faith and Chapter 11: Standard That Should Be Employed to Dismiss Bad Faith Chapter 11 Cases, 60 TENNESSEE LAW REVIEW 525, 530 (1993).

(١٠٢) المادة ١٩٥ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٠٣) المادة ١٩٩ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

لو كانت هناك تصفية لأموال المدين، أما إذا رفضت المحكمة التصديق على خطة إعادة الهيكلة فيمكن أن تصدر قراراً بتصفية أموال المدين^(١٠٤).

لم يورد مشروع القانون نصاً صريحاً فيما إذا كان واجباً حظر تصرف المدين خلال إجراءات إعادة الهيكلة بشكل مطلق أم مع وجود استثناء. وبالتالي، أن يحظر على المدين بشكل مطلق التصرف خلال إجراءات إعادة الهيكلة باستثناء بعض التصرفات التي تحدد على سبيل الحصر، بما يحافظ على حقوق الدائنين من جانب، ويوفر للمدين قدراً من المرونة لإدارة أمواله من جانب آخر.

ويؤدي صدور الحكم بالتصفية إلى البدء في تصفية أموال المدين بحيث تستخدم إيرادات التصفية للوفاء بالتزامات المدين حسب سُلّم ترتيب الأولويات الخاص بالدائنين^(١٠٥). تتم التصفية عن طريق بيع أصول المدين بالمزاد العلني أو غيرها من الطرق وفقاً للشروط التي تحددها المحكمة^(١٠٦). ويتولى أمين التفليسة مهمة البدء بإجراءات التصفية وبيع أصول المدين.

ومن الملفت للنظر أن مشروع القانون قد جاء بنص جديد لم يكن موجوداً من قبل، إذ أوجب بيع أي أصل من أصول المدين التي تكون "نشاط قائم ويزاول" وتتجاوز قيمته وقت الإعلان عن بيعه خمسين ألف درهم عن طريق المزاد العلني^(١٠٧). فقد استخدم المشرع عبارة "نشاط قائم ويزاول" والتي لم تعرف في أي مادة من مواد مشروع القانون بالرغم من أهمية ذلك كونها الأساس الذي يستند إليه في بيع أصول المدين. ولكن يمكن معرفة معنى "نشاط قائم ويزاول" باعتبارها من مبادئ المحاسبة المقبولة عموماً حيث تعرف بأنها تلك المنشأة الاقتصادية القائمة والمستمرة والتي لا يلوح بالافق ما يشير إلى حلها أو تصفيتها^(١٠٨). وهذا التعريف

(١٠٤) المادة ٢٠٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٠٥) المادة ٢٢١ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس. لقد فصل مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس ترتيب الدائنين وأولويتهم في تحصيل ديونهم. المواد ٢٨٠-٢٨٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٠٦) المادة ٢٢٦ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٠٧) المادة ٢٢٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٠٨) Steven M. Bragg, WILEY GAAP: INTERPRETATION AND APPLICATION OF GENERALLY ACCEPTED ACCOUNTING PRINCIPLES 2011, p. 1054 (2010) (a going concern is a business that will continue in operation for an indefinite period of time).

يتطلب تقييم الأصول تقييماً عادلاً من خلال الفرضية التي تقضي بتحديد القيمة فيما لو تم بيعها خلال وقت مناسب ودون أي ضغوطات من أي بائع مفترض وجوده^(١٠٩). ويبدو للوهلة الأولى أنه من السهولة بمكان تحديد معنى "نشاط قائم ويزاول" إذا ما اقترن المصطلح بالمشروع باعتباره وحدة واحدة مقارنة مع فكرة "المشروع الميت" وبالتالي كون الأخير مشروعاً غير قائم ولا يزاول نشاطه، إذا لا يشترط أن يحقق المشروع أرباحاً للقول بأنه: "نشاط قائم ويزاول" حيث يكفي أن يحافظ المشروع على عملياته بشكل طبيعي، ويشتري بضاعة كالمعتاد، ويحاول أن لا يفشل ويخرج من السوق. ولكن تنثور الصعوبة في تحديد قيمة "نشاط قائم ويزاول" لكل أصل من أصول المدين على حدة، أي كيف سيتم تحديد القيمة العادلة لأداة خلط الإسمنت في مصنع ما مثلاً والذي يستمر على اعتباره أنه "نشاط قائم ويزاول"^(١١٠). للإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز فيما إذا كان "المشروع ميت" وعندها يتم تقييم الأصول على فرض أنه قد تم بيع جميع الأصول دفعة واحدة، والذي من المفترض أن يؤدي إلى الحصول على أسعار متدنية لمعظم الأصول، وفيما إذا لم يتم المشروع بعد وعندها يتم تخمين قيمة أي أصل من أصول المدين لتعكس السعر الذي سوف تحصل عليه فيما لو كان البيع قد تم بطريقة منتظمة ودون عجلة أو في ظل ضغوط حالة الإفلاس^(١١١). وخلاصة القول أن تحديد قيمة أي أصل من أصول المدين باعتباره "نشاطاً قائماً ويزاول" ذو أهمية خاصة بهدف تحقيق القيمة القصوى للأصول من خلال بيعها في المزاد العلني.

Stan Bernstein, Susan H. Seabury, and Jack F. Williams, Squaring Bankruptcy (١٠٩) Valuation Practice with Daubert Demands, 16 ABI LAW REVIEW 161, 172 (2008). See also Official Committee of Unsecured Creditors of TOUSA, Inc. v. Citicorp North America, Inc. (In re TOUSA, Inc.), 422 B.R.783, 858 (Bankr. S.D. Fla. 2009).

Travellers Int'l. AG vs. Trans World Airlines, Inc. (In re Trans World Airlines, Inc.), 134 F.3d 188, 193 (3rd Cir. 1998) (in the century that has passed since the enactment of the Bankruptcy Act of 1898, the courts have offered various statements describing how to achieve a fair valuation of assets for a going concern).

(١١١) وهذا يتفق مع عدة دراسات أجريت لتبين أن المشروعات التجارية التي تواجه صعوبات مالية وتحت تأثير الإفلاس تباع أصولها بأسعار منخفضة. فمثلاً وجدت إحدى الدراسات أن شركات الطيران المفلسة أو التي تواجه صعوبات مالية تباع طائراتها بأسعار تقل بنسبة أربعة عشر في المائة إلى أربع وستين في المائة عن مثيلاتها من شركات الطيران الأخرى التي لا تواجه صعوبات مالية.

Todd C. Pulvino, Effects of Bankruptcy Court Protection on Asset Sales, 52 J. Fin. Econ. 151, 153 (1999).

الفرع الثالث لجان الدائنين

لم يتضمن قانون المعاملات التجارية المعمول به حالياً أي إشارة إلى لجان الدائنين، وإن كان من المتصور وجودها بطريقة غير رسمية، إذ يمكن للدائنين أن ينظموا أنفسهم في الاجتماعات والمداولات الخاصة بهم، إلا أن مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس استحدث لأول مرة لجان خاصة بالدائنين، فمحكمة الإفلاس وبالتشاور مع أمين التفليسة هي الجهة صاحبة الصلاحية بتشكيل لجان الدائنين وبذلك لا يجوز اتخاذ قرار تشكيل هذه اللجان من قبل الدائنين أنفسهم^(١١٢). ويلاحظ أن منح محكمة الإفلاس صلاحية تشكيل لجان الدائنين يمكن أن يوقع عبئاً إدارياً إضافياً على المحكمة؛ مما قد يؤدي إلى التأخر في إجراءات إعادة الهيكلة، وبالإضافة إلى إثارة الشكوك حول حيادية المحكمة في اتخاذ القرارات بين لجان الدائنين المشكلة من قبلها وأصحاب المصلحة.

لم ينص مشروع القانون الجديد على المدة التي يجب خلالها تشكيل لجان الدائنين؛ فكان من الواجب أن يفرض المشروع على المحكمة أن تشكل لجان الدائنين بأسرع وقت ممكن دون تأخير؛ لتلعب هذه اللجان دورها المهم في إعادة الهيكلة، هذا ولم ينص مشروع القانون أيضاً فيما إذا كانت لجان الدائنين تضم جميع الدائنين أو يتم تشكيلها باختيار الدائنين أصحاب الديون الأكبر مثلاً، ولكن يفضل أن يتم تشكيلها من بعض الدائنين وليس جميعهم؛ ذلك أن هدف هذه اللجان هو تمثيل الدائنين وحماية مصالحهم، ولا يعقل في مثل هذا الحال أن تضم اللجنة جميع الدائنين.

يتبين من قراءة النص الحالي لمشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس أنه يجب تشكيل لجنة دائنين واحدة على الأقل^(١١٣). فإذا وجد عدد من الدائنين الذين لديهم الرغبة في أن يكونوا أعضاء في لجان الدائنين فلا تستطيع المحكمة أن ترفض تشكيل لجنة واحدة أو عدة لجان، ومع ذلك من المتصور أن لا تقوم المحكمة بتشكيل لجان للدائنين في الحالات التي تكون فيها التفليسة صغيرة، مثلاً إذا كانت الديون قليلة أو إذا وجد دائنان فقط بالرغم أن مشروع القانون الجديد لم ينص على حد أدنى أو أعلى لحجم لجان الدائنين، وبطبيعة الحال حجم لجان الدائنين قابل للتغيير حسب

(١١٢) المادة ١٩٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١١٣) تنص المادة ١٩٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس على أنه: "تصدر المحكمة، بعد التشاور مع أمين التفليسة، قراراً بتشكيل لجنة أو أكثر للدائنين...".

الأحوال إذا رأت المحكمة ضرورة في ذلك، فمشروع القانون الجديد يمنح المحكمة الحق في أن تعيد تقسيم أي لجنة إذا تبين لها ضرورة التمييز بين الحقوق التي تقرر لهؤلاء الدائنين.

لم يشترط مشروع القانون الجديد توافر أي شروط للعضوية في لجان الدائنين. فمجرد كون الشخص دائناً يمنحه الحق في عضوية هذه اللجان. والدائن لفظ عام يشمل الفرد أو الشركة من أصحاب الديون العادية أو الديون المضمونة برهن أو امتياز وأصحاب الأسهم أو السندات، ويمكن حتى لأصحاب الديون المتنازع فيها أو غير مستحقة الأداء أو المتعلقة على شرط أن يكونوا أعضاء في اللجنة. ويستدل ذلك من نص ١٩٣ من مشروع القانون والتي منحت حق التصويت في اللجان للدائنين الذين لم تقبل طلباتهم من قبل أمين التفليسة وفق شروط تحددها المحكمة. ولعل السبب في ذلك منع المدين من أن يحرم الدائن من العضوية إذا قصد المدين مثلاً أن ينازعه في الدين. ولا يوجد ما يمنع أن يحل وكيل للدائن - مثل محامي أو نقابة عمال - محله في عضوية اللجنة، وإن كان ذلك قد يثير خلافاً؛ كون أن المشرع قصر حق العضوية على "الدائنين" الذين لهم مطالبات مباشرة في مواجهة التفليسة والمدين، هذا بالإضافة إلى ما قد تنثيره عضوية الوكيل من تعارض مصالح، فكيف يوازن الوكيل بين واجبه كمحل لثقة الدائن الذي يمثله وفي نفس الوقت يقع عليه واجب رعاية مصالح جميع الدائنين.

ويثور التساؤل فيما إذا كان بإمكان الجهات الحكومية مثل دائرة الضريبة أن تكون عضواً في لجان الدائنين أم لا^(١١٤). ويبدو أنه لا يوجد ما يمنع أن تكون جهة حكومية عضواً في لجنة من هذه اللجان بصفتها دائناً وليس بصفتها الرسمية. ولم ينص مشروع القانون الجديد صراحة على حرمان بعض الدائنين من عضوية اللجان لتعارض المصالح مثل أقارب المدين أو المحاسب أو مورد البضاعة وإن كانوا دائنين. فعدم حرمان هذه الفئة من الأشخاص من التمثيل في اللجان قد يؤدي إلى التأثير على حسن سير عمل لجان الدائنين، كما يمكن للمحكمة عزل أي دائن يعرقل - بوجه غير مشروع - خطة إعادة الهيكلة.

(١١٤) تعرف الجهة الحكومية على أنها أي جهة حكومية اتحادية أو محلية في الدولة، بما في ذلك المؤسسات العامة والهيئات والكيانات المؤسسة لتحقيق منفعة عامة، أو أي مؤسسة أو هيئة تؤسسها أو تساهم أي جهة حكومية محلية أو اتحادية في رأس مالها. الفقرة التاسعة من المادة ١ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

ومن الجدير بالذكر أن مشروع القانون الجديد قد نص على تشكيل لجان الدائنين لغرض التصويت في الاجتماعات التي تنظم بمقتضى المادة ١٩١ والخاصة بمشروع خطة إعادة الهيكلة وتعديلاتها^(١١٥). وبالتالي اقتصر مشروع القانون تشكيل لجان الدائنين على مرحلة خطة إعادة الهيكلة، ولكن لا يوجد ما يمنع وفق النص الحالي للمشروع من أن يتم تشكيل لجان الدائنين منذ بدء الإجراءات سواء بشهر الإفلاس والتصفية أو إعادة الهيكلة، حيث تمنح هذه اللجان الفرصة للدائنين للتعبير عن آرائهم وأداء دور أكبر في حماية مصالحهم، ويمكن أن تشكل لجان الدائنين في مرحلة بدء إجراءات شهر الإفلاس والتصفية وفق نفس منهج تشكيلها في مرحلة خطة إعادة الهيكلة والتي سبق ذكرها أعلاه، أو أن يتم توسعة دائرتها لتشمل جميع الدائنين مثلاً، فلا يقتصر الأمر على اختيار ممثلين لعموم الدائنين.

تقسم لجان الدائنين إلى ثلاث فئات من الدائنين هي: لجنة أصحاب الديون المضمونة برهن أو امتياز، ولجنة أصحاب الديون العادية، ولجنة حملة الأسهم أو السندات أو الأوراق المالية الأخرى^(١١٦). والسبب في تقسيم لجان الدائنين إلى ثلاث فئات هو عدم إمكانية جمع الدائنين جميعاً في لجنة واحدة لكثرة عددهم خاصة في شركات المساهمة العامة، وكما أن جمع الدائنين جميعاً في لجنة واحدة قد يجعل من الصعوبة لبعض فئات الدائنين من تمثيل مصالحهم وحمايتهم خير تمثيل، ومن الممكن إعادة تقسيم أي لجنة من اللجان إذا كان هناك ضرورة للتمييز بين الحقوق المقررة للدائنين^(١١٧). ومن الممكن أيضاً أن يتم تنظيم دائني المدين في لجنة واحدة إذا لم يتجاوز إجمالي الدخل السنوي خمسة ملايين درهم خلال السنة السابقة على افتتاح إجراءات شهر الإفلاس^(١١٨). وحسناً فعل المشرع في مشروع القانون الجديد إذ حدد عدد اللجان بثلاث؛ ذلك أن تقسيم لجان الدائنين إلى أكثر من ذلك يؤدي إلى تعقيدات وتأخير في إجراءات إقرار خطة إعادة الهيكلة، وعلى الرغم من وجود نص يسمح للمحكمة بإعادة تقسيم أي لجنة مما يؤدي بالتالي إلى إمكانية تشكيل لجان إضافية إلا أن صلاحية المحكمة مقيدة بما ورد في عبارة "إذا تبين لها ضرورة" وهو أمر يختلف حسب وقائع كل قضية على حدة، وإذا كان مشروع القانون الجديد يسمح بتقسيم أي لجنة من لجان الدائنين، فلا يوجد أيضاً ما يمنع - قياساً على حالة التقسيم - من دمج عدة لجان في لجنة واحدة إذا تبين ضرورة لذلك بالرغم من عدم وجود نص صريح يقضي بذلك.

(١١٥) المواد ١٩١ و١٩٦ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١١٦) المادة ١٩٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١١٧) المادة السابقة من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١١٨) المادة ١٩٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

تختص لجان الدائنين في التصويت في الاجتماعات التي تنظم بخصوص مشروع خطة إعادة الهيكلة بالإضافة إلى اقتراح أو إدخال أي تعديلات عليها^(١١٩). وعلى الرغم من أن اختصاص لجان الدائنين يبدو محدداً إلا أن حقهم في التصويت على مشروع خطة إعادة الهيكلة وإدخال تعديلات عليها يؤدي بالقول إلى إمكانية قيامهم بعدة أمور مثل التشاور مع المدين حول إدارة مشروعه والاستفسار حول وضعه المالي والتفاوض مع المدين حول خطة إعادة الهيكلة^(١٢٠). لم يحدد مشروع القانون الجديد آلية عقد الاجتماعات ومن له حق حضور الاجتماعات، وبطبيعة الحال لا يستحق أعضاء لجان الدائنين أجره أو تعويض مقابل عضويتهم وعملهم في هذه اللجان، هذا ولم يحدد مشروع القانون كيفية اتخاذ القرارات داخل لجان الدائنين، وإن كان من الممكن التخمين بأن تقوم هذه اللجان بتطبيق قاعدة "لكل دائن صوت واحد" بغض النظر عن قيمة مطالبة الدائن، ولم ينص مشروع القانون أيضاً على وقت انحلال لجان الدائنين، فهل تنحل مثلاً إذا تم قبول خطة إعادة الهيكلة أم إذا تحولت الإجراءات من إجراءات إعادة هيكلة إلى إجراءات تصفية أي في حال رفض خطة إعادة الهيكلة. ولهذا كله يتوجب إصدار تعليمات تفصل الأمور التي تم مناقشتها سابقاً لتجنب حصول أي نزاع بين أعضاء اللجنة في وقت يتوجب فيه على الدائنين أن يشكلوا صفاءً واحداً في المفاوضات بخصوص خطة إعادة الهيكلة.

الفرع الرابع حصول المدين على تمويل جديد

قد يجد المدين من الصعوبة بمكان توافر دائنين يزودونه بقروض وذلك في مرحلة إعادة الهيكلة المالية، وما يترتب على ذلك من تخوف من قبل الدائنين في عدم إمكانية سداد هذه القروض. وفي نفس الوقت قد لا يكتب لخطة إعادة الهيكلة النجاح بدون وجود مثل هذا التمويل؛ ولهذا كله لا بد من توافر حوافز تشجع الدائنين على مد المدين بالقروض الضرورية لاستمرار عمله، وبالتالي وجدت فكرة التمويل الجديد^(١٢١)، فالتمويل

(١١٩) المادة ١٩٦ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٢٠) من المتصور أن تستعين لجان الدائنين بخبراء ماليين ومحاسبين وذلك لمساعدة هذه اللجان على دراسة الوضع المالي لمشروع المدين، وبالتالي التوصل إلى القرار السليم فيما يتعلق بخطة مشروع إعادة الهيكلة.

(١٢١) يرى البعض أن توافر تمويل جديد يؤدي إلى دخول المدين في مشروعات خطيرة وسلبية لا تعود عليه بالنفع، وكما يرى البعض أن منح تمويل جديد للمدين قد يؤدي إلى إطالة أمد إعادة الهيكلة أو إجراءات الإفلاس.

الجديد يمنح مركزاً مضموناً من الدرجة الممتازة للدائنين الذين يقرضون أموالاً إلى المدين (التاجر الفرد أو الشركة) الذي يمر بصعوبات مالية، مما يؤدي إلى سهولة حصول المدين على قروض جديدة والاستمرار في مزاولة نشاطه.

لم تكن القواعد الخاصة بالإفلاس الوارد ذكرها في قانون المعاملات التجارية الاتحادي تشير صراحة إلى إمكانية حصول المدين على تمويل جديد، أي الحصول على قرض، ولكن من المتصور في ظل قانون المعاملات التجارية الاتحادي أن توافق المحكمة على منح تمويل جديد للمدين إذا وجدت مبررات لذلك، فمثلاً يمكن للمحكمة أن توافق على منح تمويل للمدين في مرحلة الصلح القضائي أو الصلح الوافي من الإفلاس إذا وافق جميع أو أغلبية الدائنين على ذلك أو إذا لم يلحق ضرر بالدائنين بوجود دائن جديد، أو إذا كان التمويل سيساهم في دفع مصروفات ضرورية، أو إذا كان مبلغ التمويل صغيراً، ولكن من الأفضل وضع قواعد واضحة تبين أحكام التمويل وإجراءاته، وبناءً عليه جاء مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بقواعد نظمت أحكام التمويل في المواد ٢٦٤-٢٦٩ منه.

حتى يتمكن المدين من الحصول على تمويل جديد فلا بد من طلب يقدم من قبل أمين الصلح أو أمين التفليسة حسب الأحوال إلى المحكمة والتي لها خيار الموافقة، إذ لا يتوجب عليها الموافقة فلها الحرية في ذلك^(١٢٢). ويكون الهدف من التمويل الجديد هو ضمان استمرار المدين في أعماله، ولذا يقع على المدين عبء إثبات أن التمويل الجديد ضروري ولا غنى عنه لمواجهة حاجاته والاستمرار في أعماله، وبيان ضرورة التمويل لاستمرار أعمال المدين يتطلب توافر حسن النية لدى المدين وإن لم ينص صراحة على ذلك في مشروع القانون الجديد.

وقد أورد مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس ثلاث حالات للتمويل. فقد أورد مشروع القانون حالة عدم اشتراط موافقة المحكمة عند حصول المدين على تمويل جديد بغير ضمان على أموال المدين أو أصوله وبدون أن يحصل مانح التمويل

= George G. Triantis, A Theory of the Regulation of Debtor-in-Possession Financing, 46 VANDERBILT LAW REVIEW 901, 927 (1993) (Bankruptcy judges should be alert to the possibility that the issuance of priority debt may create excessive incentive to invest, causing overinvestment in risky, negative projects).

See also Elizabeth Warren, Article 9 Set Aside for Unsecured Creditors, UNIVERSAL COMMERCIAL CODE BULLETIN (October 1, 1996).

(١٢٢) المادة ٢٦٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

على أي أولوية لاستيفاء حقوقه على ديون أخرى قائمة في ذمة المدين^(١٢٣). والسبب في عدم اشتراط موافقة المحكمة في هذه الحالة أن الدين غير مضمون وبالتالي لا يحصل مانح التمويل على حق الأسبقية في تحصيل دينه من أموال المدين، وذلك لا يؤثر بطبيعة الحال على أصحاب الديون المضمونة الآخرين الذين يبقى لهم حق الأسبقية.

وإذا لم يتمكن المدين من الحصول على تمويل جديد وفق الحالة المذكورة في الفقرة السابقة أعلاه، عندها يجوز للمحكمة أن توافق على تمويل جديد للمدين وفق إحدى الدرجات أو المستويات التالية: ١) تمويل له الأولوية على أي دين غير مضمون قائم، ٢) تمويل برهن على أي مال للمدين لا يخضع لأي تأمين قائم، ٣) تمويل مضمون بتأمين أقل درجة من التأمين القائم على نفس المال^(١٢٤). وهذا النوع من التمويل أفضل من الحالة الأولى من التمويل إذ يتوافر فيه نوع من الحافز للمقرض على منح تمويل جديد بإعطائه حق أولوية أو تأمين وإن كان أقل درجة من التأمين القائم على نفس المال.

وأما الحالة الثالثة فتمنح للمحكمة صلاحية الموافقة على تمويل جديد بضمان أعلى درجة أو مساوٍ لأي ضمان قائم على أموال مدين^(١٢٥). ولكن يشترط للحصول على هذا التمويل توافر ثلاثة شروط هي: ١) أن لا يتمكن المدين من الحصول على تمويل جديد وفق الحالة الثانية المذكورة في الفقرة السابقة أعلاه ٢) أن تكون مصلحة صاحب الضمان القائم محمية بشكل كاف ٣) موافقة صاحب الضمان القائم على ترتيب ضمان أعلى أو مساوٍ للضمان المقرر له، ويقع على المدين عبء إثبات توافر الحماية الكافية، ويعرف مشروع القانون "الحماية الكافية" على أنها حماية معقولة كافية لحماية صاحب التأمين القائم ضد أي تدنٍ في قيمة ضمانه^(١٢٦). ومن الأمثلة على الحالات التي تهدد مصالح صاحب التأمين القائم وقف سريان الفوائد والإجراءات القضائية.

ويمثل الشرط الثالث - في الحالة الثالثة - الذي يتطلب موافقة صاحب الضمان القائم عقبة في حصول المدين على تمويل جديد إذ أنه من المحتمل أن لا يوافق

(١٢٣) المادة ٢٦٥ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٢٤) المادة ٢٦٦ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٢٥) المادة ٢٦٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٢٦) المادة ٢٦٨ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

صاحب الضمان القائم على أن يأتي صاحب التمويل الجديد المضمون ويكون مساوياً له في الدرجة أو حتى أعلى، وبناءً عليه تمثل الحالتان الأولى والثانية للتمويل الجديد والتي تم ذكرهما سابقاً خيارات أكثر واقعية من اللجوء إلى التمويل الجديد في الحالة الثالثة والتي تشترط موافقة صاحب الضمان القائم وترتب ضماناً أعلى أو مساوياً للضمان القائم.

ومن الملاحظ أن مشروع القانون الجديد لم يعالج موضوع نقل الضمان بحيث يطلب بموجبه المدين الحصول على تمويل إضافي مضمون من دائن يشترط - لمنح هذا التمويل - أن تغطي ديونه السابقة وغير المضمونة بالضمان الجديد بحيث تصبح جميع ديون هذا الدائن مضمونة سواء أكانت سابقة على إعادة الهيكلة أم لاحقة لها^(١٢٧). ونظراً لأهمية نقل الضمان فحبذا لو أضاف القائمون على صياغة المشروع نصاً صريحاً يسمح بنقل الضمان، خاصة أن الطريقة التي تمت فيها صياغة المواد ٢٦٥- ٢٦٧ من مشروع القانون والتي توضح حالات التمويل الثلاث قد جاء فيها شيء من التفصيل، بحيث بدأت من الحالة الأولى الروتينية التي لا تؤثر على حقوق الدائنين القائمين إلى الحالتين الثانية والثالثة اللتين تمسان جوهرياً بحقوق الدائنين القائمين. يمكن الاستنتاج من طريقة الصياغة أن مشروع القانون الجديد حاول وضع حالات وتطبيقات التمويل بشكل حصري لا يجوز الزيادة عليها، وبالتالي لا يعتبر نقل الضمان صحيحاً في أي حال من الأحوال.

ولم يحدد مشروع القانون الجديد قيمة أو حجم التمويل إذ أن ذلك يرجع إلى اتفاق المدين والمقرض وطبيعة النشاط الذي سيقوم به المدين. كما لم ينص مشروع القانون الجديد أيضاً على موعد سداد القرض أو التمويل الجديد، فيما إذا كان يتوجب أن يسدد مبلغ التمويل الجديد كاملاً عند انتهاء عملية إعادة الهيكلة أم يستمر حتى بعد ذلك.

(١٢٧) يساعد نقل الضمان (security transfer or cross collateral financing) المشروعات التجارية المتعثرة في الحصول على تمويل جديد بسهولة، وقد سمحت المحاكم الأمريكية في العديد من القرارات بنقل الضمانات عند النظر في إعادة الهيكلة.

In re Saybrook Mfg. Co., 963 F.2d 1490, 1491 (11th Cir. 1992).

In re Borne Chemical Co

Otte v. Manufacturers Hanover Commercial Corp.

الفرع الخامس

الإفصاح والحق في الحصول على المعلومات

الأصل أن يكون المدين صادقاً حسن النية عند تقديمه لطلب الصلح الواقعي من الإفلاس أو حتى عند طلبه شهر إفلاسه، وبالتالي لا يجوز للمدين أن يخفي جزءاً من أمواله خوفاً من رفع يده عن إدارتها مثلاً أو بيعها وتوزيع ثمنها على دائنيه، وإلا يعد مرتكباً لجريمة يعاقب عليها مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس^(١٢٨). ويستطيع أمين التفليسة أن يقيم الوضع المالي للمدين بناءً على المعلومات التي يفصح عنها المدين، إذ أوجب مشروع القانون أن يرفق المدين بطلبه وصفاً موجزاً عن وضعه المالي والاقتصادي وصورة عن الدفاتر التجارية أو البيانات المالية عن السنة السابقة لتقديم الطلب وبياناً تفصيلياً بأصول المدين المنقولة وغير المنقولة والقيمة التقريبية لها^(١٢٩). وعليه يمكن لأمين التفليسة أن يتحقق من أصول المدين من خلال ما يقدمه الأخير من أوراق.

ومع ذلك وتحسباً لمحاولة المدين إخفاء جزء من أمواله أو عدم اقتناع أمين التفليسة بما قدمه المدين من معلومات، خول مشروع القانون لأمين التفليسة الحق في الحصول على أي معلومات ذات صلة بأموال المدين من أي سلطات أو هيئات عامة أو مؤسسات مالية^(١٣٠). فمثلاً يمكن لأمين التفليسة أن يطلب من أحد المصارف تقديم معلومات كاملة أو جزئية بخصوص قرض حصل عليه المدين سابقاً لشراء منزله. ويفترض في هذه الحالة أن لا يقوم المصرف بتزويد هذه المعلومات دون علم وموافقة الشخص المعني حماية لخصوصيته، وإلا يتعرض المصرف للمسؤولية، ولكن بما أنه ورد نص خاص يسمح بحصول أمين التفليسة على معلومات مالية خاصة بالمدين أو أعماله فلا يعتبر ذلك خرقاً للخصوصية أو الحفاظ على سرية المعلومات وفقاً للحماية المقررة في الدستور أو القوانين الأخرى.

هذا وقد أوجب مشروع القانون عدة شروط حتى يكون طلب أمين التفليسة للمعلومات الخاصة بالمدين صحيحاً قانوناً، فقد أوجب أن تكون المعلومات ذات صلة

(١٢٨) المادة ٤٣٩ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٢٩) المادة ١٣٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٣٠) المادة ١٦٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس. يتكرر ذكر الحق في الحصول عن معلومات ذات صلة بأموال المدين في المادة ٣١٤ عند الحديث عن إفسار الأشخاص الطبيعيين من غير التجار.

بأموال المدين^(١٣١). وعليه لا يجوز تقديم بيانات تتعلق بزواج المدين ووضعها المالي إذ يتوجب أن تقتصر المعلومات على أموال المدين نفسه أو أعماله. وقد جاء لفظ "معلومات" عموماً فلا يمنع أن تكون المعلومات أصلية أو على شكل نسخة أو حتى عن طريق البريد الإلكتروني. واشترط مشروع القانون أيضاً أن تكون الجهة المزودة لهذه المعلومات إما سلطة أو هيئة عامة أو مؤسسة مالية، فيجوز لأمين التفليسة أن يطلب من شركة محاسبة أو تدقيق حسابات تزويده بمعلومات عن المدين. واشترط مشروع القانون أخيراً أن يتم تزويد أمين التفليسة بالمعلومات حول أموال المدين في "حدود المعقول". ولكن لم يورد مشروع القانون أي معايير لتحديد مفهوم عبارة "حدود المعقول"، فيتترك إذا للمحاكم تحديد مفهوم هذه العبارة ونطاقها وفقاً لحالة القضية المعروضة أمامها.

ويتبين أن مشروع القانون لم يشترط موافقة المدين نفسه عند طلب أمين التفليسة معلومات خاصة به لدى الهيئات العامة أو المؤسسات المالية. ولا يشترط الحصول على مذكرة من القضاء لطلب تزويد أمين التفليسة بالمعلومات من قبل هيئة عامة أو مؤسسة مالية أو شخص؛ ذلك أن هذا الإجراء ليس دعوى جزائية، ويلاحظ حرص المشرع على وضع ضوابط للحصول على معلومات مالية خاصة بالمدين، فلا يترك الأمر مفتوحاً وعرضة لإساءة الاستخدام من قبل الأطراف في قضية الإفلاس. ولكن يؤخذ على مشروع القانون أنه لم يحدد مدة يجب خلالها أن تقوم السلطة أو الهيئة العامة أو المؤسسة المالية بتزويد أمين التفليسة بالمعلومات المطلوبة، وما الحل إذا لم تزود المعلومات المطلوبة من قبل هذه الهيئات.

الفرع السادس

حقوق المدين السياسية والمهنية

لم ينص مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس صراحة على سقوط الحقوق السياسية للمدين المفلس، وإنما نص المشروع على منع المفلس من القيام بشكل مباشر أو غير مباشر بتشغيل أو إدارة أو مراقبة أو لعب أي دور في إدارة شركة مؤسسة وفق قانون الشركات التجارية أو مزاوله أي نشاط تجاري^(١٣٢) وبالتالي يجوز أن يكون المفلس ناخباً أو منتخباً أو معيناً في المجلس الوطني أو

(١٣١) المادة السابقة من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٣٢) المادة ٤٣٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

عضواً في مجلس البلدية أو غرفة الصناعة والتجارة، وهذا عكس ما جاء في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الحالي والذي يقضي بسقوط الحقوق السياسية والمهنية للمفلس^(١٣٣). إن إسقاط الحقوق السياسية والمدنية للمدين يعد أثراً من آثار الفكرة القديمة والتي تعتبر الإفلاس في حد ذاته كآنة جريمة يلحق العار بالمدين ويجعله غير أهل لمباشرة حقوقه^(١٣٤). كما أن إسقاط الحقوق السياسية والمدنية للمفلس فيه نوع من المغالاة خاصة إذا كان سبب الإفلاس يعود إلى ظرف خارجي أحاط بتجارة المدين مثل ظهور أزمة اقتصادية أثرت سلباً على التاجر بالرغم من حسن سيرته وأمانته، فحسناً فعل مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس بإلغائه الحظر على ممارسة حقوق المدين السياسية.

ويجوز للمحكمة وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس أن تأمر بمنع المفلس من شغل وظيفة عامة، وهو أمر لم ينص عليه في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الحالي. ويثور التساؤل حول أنواع الوظائف العامة التي يشملها المنع خاصة أن مشروع القانون لم يحدد هذه الوظائف. يرى البعض أن الوظيفة العامة تشمل جميع الوظائف القضائية والإدارية في مؤسسات الدولة من أدناها إلى أعلاها^(١٣٥). وبخلاف الوظائف العامة، يجوز للمفلس أن يشغل وظائف القطاع الخاص، ومثال ذلك المحاماة. ومن باب العدالة فقد قصر مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس الحظر على ممارسة الأنشطة التجارية لمدة خمس سنوات من تاريخ انتهاء التقليسة وهي فترة معقولة، إذ لا يعقل أن يكون الحظر أبدياً ومن الضروري إعطاء المفلس فرصة لممارسة التجارة من جديد لعله استفاد من تجربته في الإفلاس والأخطاء التي وقع فيها.

ويلاحظ أن مشروع إعادة الهيكلة المالية والإفلاس قد جعل الأساس القانوني للحظر هو فقدان المدين لأهليته، وذلك بنصه في المادة ٤٣٧ على أن: "الحكم بفقدان

(١٣٣) المادة ٦٨٣ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "لا يجوز لمن أشهر إفلاسه أن يكون ناخباً أو منتخباً في المجلس الوطني أو مجلس البلدية أو غرفة التجارة والصناعة أو الجمعيات المهنية ولا أن يكون مديراً أو عضواً في مجلس إدارة أي شركة ولا أن يشتغل بأعمال الوكالة التجارية أو التصدير أو الاستيراد أو السمسرة أو بيع أو شراء الأوراق المالية أو البيع بالمزاد العلني".

(١٣٤) سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(١٣٥) إلياس نصيف، الكامل في قانون التجارة: الإفلاس، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، ١٩٨٦، ص ٢٠٦-٢٠٧.

الأهلية.... يمنع الشخص... من القيام بشكل مباشر أو غير مباشر بتشغيل أو إدارة أو مراقبة أو لعب أي دور في أي شركة". وأعتقد أن صياغة النص كانت غير موفقة؛ ذلك أن أسباب إفلاس المدين تختلف عن أسباب فقدان الأهلية، ففقدان الأهلية سببه الجنون أو العته أو الغفلة أو السفه، أضف إلى ذلك أن الهدف من حظر المفلس على ممارسة النشاط التجاري مدة خمس سنوات هو معاقبته عما ارتكبه من إهمال أو أي أعمال أخرى وفي نفس الوقت حماية الغير من التعامل معه، أما هدف فقدان الأهلية فهو حماية فاقد الأهلية نفسه، وعليه تعتبر تصرفاته باطلة أو موقوفة على إجازته نفسه أو إجازة وليه أو وصيه.

المطلب الرابع الإعسار المدني

يخصص مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس باباً خاصاً - الباب التاسع - للإعسار المدني يحمل عنوان "إعسار الأشخاص الطبيعيين من غير التجار وإعادة هيكلة التزاماتهم وتصفية أصولهم". هذا وتتشابه أحكام الإفلاس مع أحكام الإعسار المدني وفق مشروع القانون في عدة جوانب منها الإجراءات المتبعة في تقديم طلب الإعسار، وإجراءات إعادة الهيكلة، ووقف إجراءات التقاضي والتنفيذ من قبل جميع الدائنين على أصول المدين، والتصديق على مشروع خطة إعادة الهيكلة، وإجراءات التصفية. وإن كان هناك تشابه بين أحكام الإفلاس والإعسار المدني في مشروع القانون، إلا أنه يوجد هناك أوجه اختلاف بين الاثنين، فمثلاً يقتصر وصف المدين في الإعسار على الفرد أما في الإفلاس فقد يكون المدين تاجراً أو شركة تجارية، ويظهر الاختلاف بين الإفلاس والإعسار أيضاً من حيث المدة المقترحة لخطة إعادة الهيكلة، إذ لا يجوز أن تتجاوز المدة ثلاث سنوات في حالة الإعسار بينما لا تتجاوز المدة خمس سنوات في حالة الإفلاس، وتعتبر مدة الثلاث سنوات التي جاء بها مشروع القانون مدة معقولة مقارنة مع تشريعات الدول الأخرى التي تطيل من المدة مما ينعكس سلباً على قدرة المدين على السداد وإكماله لخطة إعادة الهيكلة^(١٣٦).

(١٣٦) تبلغ مدة خطة إعادة الهيكلة والسداد ست سنوات في ألمانيا بينما تصل المدة إلى واحد وعشرون شهراً في كندا.

Jean Braucher, A Fresh Start for Personal Bankruptcy Reform: The Need for Simplification and A Single Portal, 55 AMERICAN UNIVERSITY LAW REVIEW, 1295, 1323 (2006).

يتميز مشروع القانون الجديد بأنه يجمع ما بين فكرة سداد الدين عن طريق إعادة هيكلة الالتزامات أو الإعسار وتصفية أموال المدين والإبراء فيما بعد، وهكذا فإن الأشخاص الذين لديهم المقدرة على سداد ديونهم يختارون طريق إعادة الهيكلة، أما الأشخاص الذين ليس لديهم المقدرة على السداد فطريق الإعسار والتصفية هو الطريق الأفضل لهم، ولكن مما يؤخذ على مشروع القانون أنه لم يفرض قيوداً على الأفراد عند طلبهم شهر الإعسار منعاً لإساءة استخدام أحكام الإعسار والذي يتمثل بتقديم طلب لشهر إعسارهم وإبرائهم من دفع الديون وكأن شيئاً لم يحصل، فكان يجب على مشروع القانون أن يميز بين الأفراد من حيث مستويات الدخل بحيث يجبر الأفراد من ذوي الدخل المرتفعة على اتباع إجراءات إعادة الهيكلة^(١٣٧). وتوجب على مشروع القانون أيضاً أن ينص صراحة على تضمين الأوراق التي يجب أن يقدمها المدين كشفاً بدخله عن آخر ثمانية أشهر مثلاً؛ للوقوف على مدى استحقاق المدين للإعسار، بالإضافة إلى تعيين حد أقصى على أصول المدين المستثناة من إجراءات إعادة الهيكلة أو التصفية، بأن يفرض مثلاً مئة ألف درهم كسقف أعلى على المفروشات المنزلية والأدوات والمؤنات وغيرها. وأخيراً كان يتوجب في مشروع القانون مطالبة المدين بحضور دورة تدريبية أو أكثر في إدارة الأموال الشخصية أو الاستهلاك لتجنب وقوعه في الإعسار مرة أخرى.

يتم افتتاح إجراءات الإعسار بناءً على طلب من المدين - غير القادر على سداد ديونه أو لا يتوقع أن يكون قادراً على تسوية كافة ديونه - أو أحد دائنيه^(١٣٨). ويرفق المدين بطلبه افتتاح إجراءات الإعسار الوثائق التالية^(١٣٩):

- ١ - مذكرة موجزة تتضمن وصفاً لوضع المدين الاقتصادي والمالي.
- ٢ - أي مستندات تدعم تقديم الطلب.
- ٣ - تفاصيل أي إجراءات تنفيذية أو إجراءات قانونية أخرى بوشرت ضد المدين.
- ٤ - تصريح يفيد بأن المدين، بالرغم من حسن نيته، غير قادر أو لا يتوقع أن

(١٣٧) يعتمد القانون في كندا على خط الفقر كميّار لتحديد الأفراد الذين يستطيعون أن يقدموا طلب الإعسار فأى فرد يتجاوز هذا الخط عليه أن يقدم خطة بإعادة الهيكلة.

Iain Ramsay, Interest Groups and the Politics of Consumer Bankruptcy Reform in Canada, 53 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 379, 410 (2003).

(١٣٨) المادة ٢٩٣ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٣٩) المادة ٢٩٥ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

يكون قادراً على تسديد كافة ديونه سواء المستحقة أو تلك التي تستحق في المستقبل.

٥ - قائمة بأسماء دائني المدين تشمل عناوينهم والمبالغ التقريبية المستحقة لهم.

٦ - أصول المدين المنقولة وغير المنقولة والإيراد اللازم لإعالة المدين وعائلته.

تفصل المحكمة في طلب افتتاح إجراءات الإعسار على وجه السرعة وتصدر قرارها إما بإعادة هيكلة التزامات المدين أو بإعسار المدين وتصفية أصوله أو برفض الطلب إذا تبين أن إجراءات الإعسار لا تلائم وضع المدين^(١٤٠). ويتبين من هذا أن المحكمة تكون أمام ثلاثة خيارات فقد تحكم بإعادة الهيكلة إذا كان للمدين دخل كافٍ لسداد ديونه، أو قد تقضي بالتصفية إذا كانت أصول الدين لا تكفي لاستكمال إجراءات الإعسار، أو رفض الطلب إذا كان من الواضح سوء نية المدين واستغلال نظام الإعسار بقصد التهرب من دفع ديونه وإبرائه منها.

إذا تقرر إعادة هيكلة التزامات المدين يعين أمين للهيكلة. ومنذ افتتاح إجراءات إعادة الهيكلة لا يجوز إقامة أو متابعة أي دعاوى أو اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية ضد المدين أو التنفيذ القضائي على أصوله^(١٤١). يقوم المدين بتقديم خطة إعادة الهيكلة والتي يجوز أن تنص على مهل سماح للسداد أو إعادة جدولة سداد الديون أو إلغاء أي ديون أو تخفيض الفوائد أو إلغائها. تبلغ مدة خطة إعادة الهيكلة ثلاث سنوات ولا يجوز تجاوز هذا الحد^(١٤٢).

تتطلب الموافقة على مشروع خطة إعادة الهيكلة اتفاق أغلبية الدائنين الحائزين على قيمة ثلثي الديون^(١٤٣). وتقوم المحكمة بالمصادقة على خطة إعادة الهيكلة إذا وافق عليها الدائنون وفق الأغلبية المطلوبة وكان المدين حسن النية. تصدر المحكمة حكماً ببطالان الخطة إذا تبين قيام المدين بتصرف يدل على سوء نيته أو تخلف المدين عن تنفيذ الخطة^(١٤٤).

وتتحول إجراءات إعادة الهيكلة إلى تصفية الأموال المدين في حال تخلف المدين عن تنفيذ خطة إعادة الهيكلة أو إذا ثبت سوء نية المدين، حيث اشترط مشروع

(١٤٠) المادة ٣٠٣ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤١) المادة ٣١٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤٢) المادة ٣٢٧ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤٣) المادة ٣٣٥ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤٤) المادة ٣٤٩ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

القانون أن يكون المدين حسن النية^(١٤٥). تقوم المحكمة باتخاذ قرار بتصفية أصول المدين وعندئذ يتم تجريد المدين من سلطة إدارة أعماله والتصرف في أصوله^(١٤٦). وكما في حالة إعادة هيكلة التزامات المدين لا يجوز عند تصفية أصوله إقامة أو متابعة أي دعاوى أو اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية ضد المدين أو التنفيذ القضائي على أصوله.

يشترك في إجراءات إشهار إعسار المدين الدائنون الذين تقدموا بمستندات تثبت ديونهم^(١٤٧). وتشمل المستندات بياناً بقيمة الديون وتواريخ استحقاقها والمبالغ التي لم تستحق بعد وأي مستندات أخرى تدعم طلبات الدائنين، وبالتالي لا يشترك في إجراءات إشهار إعسار المدين الدائنون الذين لم يتقدموا بمستندات تثبت ديونهم.

تخضع جميع أموال المدين للتصفية بما في ذلك أموال المدين وممتلكاته وأي إيرادات مترتبة على عقود وتصرفات تم إبطالها من قبل أمين التصفية، وأي أصول أو ممتلكات اكتسبها المدين بعد صدور الحكم بإعساره وتصفية أصوله^(١٤٨). ويستثنى من أصول المدين حقوقه التقاعدية التي تبقى ملكاً له، ودخل المدين اللازم لتلبية الحاجات المعيشية له ولعائلته.

ويتولى أمين التصفية توزيع إيرادات التصفية وفق أحكام الأولوية في سداد الديون، حيث يأتي ترتيب أصحاب الديون المضمونة برهن أو امتياز قبل غيرهم من الدائنين^(١٤٩). وإذا تخطت حصيلة بيع الأملاك الضامنة قيمة الدين المضمون يدفع الفائض إلى أمين التصفية، وأما إذا كانت حصيلة بيع الأملاك الضامنة أقل من قيمة الدين المضمون يعتبر النقص ديناً عادياً على المدين، ويأتي بعد أصحاب الديون المضمونة برهن أو امتياز الدائنون العاديون، ويعود أخيراً ما تبقى من التصفية إلى المدين، وإذا كانت حصيلة أموال المدين كافية لسداد حقوق الدائنين تنتهي إجراءات الإعسار والتصفية، وأما إذا كانت الأموال غير كافية تنتهي إجراءات الإعسار والتصفية بسبب عدم كفاية الأموال.

(١٤٥) الفقرة الرابعة من المادة ٢٩٥ والمادة ٣٤٩ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤٦) المادة ٣٥٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤٧) المادة ٣٧١ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤٨) المواد ٣٦١ و ٣٦٣ و ٣٨٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٤٩) المادة ٢٨٠ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

تهدف إجراءات التصفية - من وجهة نظر المدين - إلى الحصول على بداية جديدة في حياته المالية، وعليه تبرأ ذمة المدين من الإعسار بعد مرور سنة من تاريخ نشر الحكم التمهيدي بإعساره^(١٥٠). ويحرر الحكم بالإبراء المدين من كافة ديون التصفية المترتبة عليه، ومع ذلك أورد مشروع القانون عدة استثناءات على الإبراء تشمل الغرامات والديون الناتجة عن التزامات بدفع تعويض عن الإهمال وديون النفقة والديون المترتبة نتيجة الغش^(١٥١). فيلاحظ أن الاستثناءات التي جاء بها مشروع القانون على الإبراء بعضها يعود إلى سلوك وتصرفات المدين وبعضها الآخر يعود إلى طبيعة الدين.

وبالإضافة إلى الاستثناءات التي وردت على الإبراء، يمكن للمحكمة أن ترفض إبراء ذمة المدين إذا أخفى المدين كامل أصوله أو جزءاً منها، تصرف في دفاتر أو مستندات أو سجلات تتعلق بأصوله أو تعديلها، تقدم بيانات كاذبة، تصرف بأي طريقة أخرى بهدف غش الدائنين أو التدليس عليهم^(١٥٢). فالهدف من رفض الإبراء في مثل هذه الحالات هو منع المدين - الذي تقدم بطلب إعساره - من تجنب عواقب أفعاله. وعند رفض الإبراء في هذه الحالات يتم توزيع أصول المدين على دائنيه ويبقى المدين ملتزماً بأداء الديون المتبقية والتي لم تدفع من التوزيع.

الخاتمة:

تناولنا في دراستنا هذه الصلح الوافي من الإفلاس وفق أحكام قانون المعاملات التجارية الاتحادي المعمول به حالياً، وعرضنا كذلك لأبرز التعديلات التي جاء بها مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقد خلصت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج لعل من أبرزها:

أولاً: أن المشرع الإماراتي أخذ بنظام الصلح الوافي من الإفلاس كنوع من الحماية للمدين الذي اضطرت أعماله التجارية، وذلك بمنحه بعض المزايا، وهو غير كاف بحد ذاته لحماية وإنقاذ المشروعات التجارية، بالرغم من أوجه الشبه بين نظام الصلح الوافي من الإفلاس ومشروع قانون إعادة الهيكلة المالية الإماراتي من حيث وقف إجراءات التنفيذ والدعاوى لحين البت في الصلح أو طلب إعادة الهيكلة، كما أن آجال الديون لا تحل سواء في الصلح الوافي من الإفلاس أو في إطار إعادة الهيكلة،

(١٥٠) المادة ٤٠٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٥١) المادة ٤٠٤ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

(١٥٢) المواد ٣٩٣ و٤٠٢ من مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس.

إلا أن نظام الصلح الواقي من الإفلاس لا يعرف أن المشروع التجاري قد يمر بصعوبات مالية أو اقتصادية مختلفة خلال مراحل حياته مما يستدعي طلب إعادة الهيكلة، فالباعث لطلب الصلح الواقي من الإفلاس هو الاضطراب الذي يؤدي إلى التوقف عن الدفع، مما يعني توقف المدين عن الدفع، أو أنه في طريق التوقف، في حين أن سبب طلب إعادة الهيكلة هو التعرض لصعوبات من شأنها أن تعيق وفاء المشروع التجاري بالتزاماته أو مواصلة نشاطه ولا تطلب إلا من المشروع المتعثر أو الدائنين، أما الصلح الواقي فينفرد به المدين كإجراء وقائي تحت إشراف قضائي، باعتبار أن المحكمة هي التي تقدر حقيقة وضعه المالي أثر اضطراب أعماله.

ثانياً: في ضوء الأزمة المالية العالمية سنة ٢٠٠٨ وإدراكاً من المشرع الإماراتي لأهمية إعادة هيكلة المشروعات التجارية ووقوفها على أقدامها من جديد، فقد قامت السلطات المختصة في الدولة بإعداد مشروع قانون جديد مستقل (مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس) يختلف عن قانون المعاملات التجارية الاتحادي المطبق حالياً، يهدف إلى تحقيق التوازن بين إعادة هيكلة أعمال المدين والإفلاس ومرونة التحول من إجراء إعادة الهيكلة إلى إجراء الإفلاس. هذا بالإضافة إلى الأهداف الأخرى لمشروع القانون مثل توفير قدر من السيولة للمشروعات المدينة وتعزيز الإفصاح والشفافية من خلال الحق في الحصول على المعلومات، ويمكن للمشرع الإماراتي في هذا الإطار أن يواكب التطورات المتبعة في القوانين المقارنة والاستفادة من تجربتها الطويلة في مجال إنقاذ المشروعات التجارية المتعثرة.

ثالثاً: تضمن مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس عدة تعديلات جديدة لا يشملها القانون الحالي، فمثلاً تشكل بموجب مشروع القانون لجنة تسمى "لجنة إعادة الهيكلة المالية والإفلاس" وتختص اللجنة في كل ما يتعلق بالقانون من حيث استلام الطلبات المقدمة من التجار والشركات والخاصة بإعادة الهيكلة المالية، حفظ سجلات بأسماء الخبراء، الأشخاص الذين صدرت بحقهم أحكام الإفلاس أو فرضت عليهم قيود أو إجراءات دائمة أو مؤقتة على المدين، تقديم التوصيات بتعديل أحكام القانون، ونشر الوعي القانوني بأحكام القانون.

رابعاً: حظر مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس على جميع الدائنين - الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الديون المضمونة برهن أو امتياز - ما يمكن تسميته وقف التنفيذ، أي اتخاذ أي إجراءات قانونية أو متابعة أي دعاوى قضائية ضد المدين. ويشمل الحظر اتخاذ أي إجراء قانوني أو بدء أو متابعة أي دعاوى قضائية تتعلق بتحصيل الديون من المدين أو التنفيذ على أصوله أو تنفيذ ضمان ضد المدين.

خامساً: من أهم المواد القانونية التي جاء بها مشروع القانون الجديد هو منع فسخ أو إنهاء أي عقد ساري المفعول بين المدين والغير بسبب افتتاح إجراءات الإفلاس. أي بمعنى آخر لا يعتبر بدء إجراءات الإفلاس سبباً من أسباب فسخ العقد وإن كان العقد ينص في أحد بنوده على فسخ العقد إذا بدأت إجراءات إشهار الإفلاس ضد أحد الأطراف، وبالتالي فإن وجود مثل هذه البنود في العقد يجعلها غير واجبة النفاذ.

سادساً: استحدث مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس لأول مرة لجان خاصة بالدائنين والتي تختص بالتصويت في الاجتماعات التي تنظم فيما يتعلق بمشروع خطة إعادة الهيكلة بالإضافة إلى اقتراح أو إدخال أي تعديلات عليها. ولم يشترط مشروع القانون الجديد توافر أي شروط للعضوية في لجان الدائنين، فمجرد كون الشخص دائناً يمنحه الحق في عضوية هذه اللجان. وتقسم لجان الدائنين إلى ثلاث فئات من الدائنين هي: لجنة أصحاب الديون المضمونة برهن أو امتياز ولجنة أصحاب الديون العادية ولجنة حملة الأسهم أو السندات أو الأوراق المالية الأخرى.

سابعاً: يملك المدين وفق مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس أدوات مالية جديدة لإعادة الهيكلة، حيث يستطيع الحصول على تمويل وقروض، بشرط إعطاء الممولين الجدد أولوية على الدائنين الآخرين أصحاب الديون القائمة وموافقة المحكمة وذلك حسب الأحوال.

ثامناً: خول مشروع القانون لأمين التفليسة الحق في الحصول على أي معلومات ذات صلة بأموال المدين من أي سلطات أو هيئات عامة أو مؤسسات مالية. وقد أوجب مشروع القانون حتى يكون طلب أمين التفليسة للمعلومات الخاصة بالمدين صحيحاً قانوناً، أن تكون المعلومات ذات صلة بأموال المدين.

تاسعاً: يخصص مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس باباً خاصاً - الباب التاسع - للإعسار المدني يحمل عنوان "إعسار الأشخاص الطبيعيين من غير التجار وإعادة هيكلة التزاماتهم وتصفية أصولهم". يتميز مشروع القانون الجديد بأنه يجمع ما بين فكرة سداد الدين عن طريق إعادة هيكلة الالتزامات أو الإعسار وتصفية أموال المدين والإبراء فيما بعد. وهكذا فإن الأشخاص الذين لديهم المقدرة على سداد ديونهم يختارون طريق إعادة الهيكلة، أما الأشخاص الذين ليس لديهم المقدرة على السداد فطريق الإعسار والتصفية هو الطريق الأفضل لهم.

وفي ضوء ما سبق وما تم التوصل إليه من استنتاجات، توصي هذه الدراسة بما يلي:

أولاً: نهيب بالسلطات المختصة في دولة الإمارات العربية المتحدة ضرورة الإسراع في إصدار القانون الخاص بإعادة الهيكلة المالية والإفلاس والذي يقوم على أساس مساعدة التجار والشركات التجارية على هيكلة التزاماتها المالية، وكل ذلك تجنباً للآثار السلبية لشهر الإفلاس والتي قد تلحق بالدائنين والمستخدمين العاملين في الشركات التجارية على حد سواء والاقتصاد الوطني عموماً.

ثانياً: بالاطلاع على مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس، يتضح أنه لا يزال هناك بعض القصور والثغرات، فمثلاً يلزم توضيح مصطلح "الصعوبات الاقتصادية أو المالية الحالية أو المتوقعة" بدقة وتحديد عناصره على اعتبار أنه المعيار الجوهري في تقرير مدى استفادة التاجر أو الشركة من فرصة إعادة الهيكلة. فاستخدام مصطلح "الصعوبات الاقتصادية أو المالية الحالية أو المتوقعة" بصيغته الحالية يشوبه بعض الغموض.

ثالثاً: لدى مناقشة موضوع لجان الدائنين التي جاء بها مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس لوحظ لدينا أن المشروع لم يحدد المدة التي يجب خلالها تشكيل لجان الدائنين، فكان من الواجب أن يفرض المشروع على المحكمة أن تشكل لجان الدائنين بأسرع وقت ممكن دون تأخير؛ لتلعب هذه اللجان دورها المهم في إعادة الهيكلة، هذا ولم ينص مشروع القانون أيضاً فيما إذا كانت لجان الدائنين تضم جميع الدائنين أو يتم تشكيلها باختيار عدد معين من الدائنين، وقد اقتصر مشروع القانون تشكيل لجان الدائنين على مرحلة خطة إعادة الهيكلة، ولكن يفضل لو أن مشروع القانون قد نص على تشكيل لجان الدائنين منذ بدء الإجراءات سواء بشهر الإفلاس والتصفية أو إعادة الهيكلة، حيث تمنح هذه اللجان الفرصة للدائنين للتعبير عن آرائهم وأداء دور أكبر في حماية مصالحهم، هذا ولم يحدد مشروع القانون كيفية اتخاذ القرارات داخل لجان الدائنين ووقت انحلال وانتهاء مهام لجان الدائنين. ولهذا يجب على المشرع الإماراتي أن يستدرك هذه الأمور لتلافي الوقوع في خلافات قد تؤخر الفصل في خطة إعادة الهيكلة.

رابعاً: تبيّن لدى دراسة الحصول على تمويل جديد في ظل مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس أن المشرع لم يشترط توافر حسن النية لدى المدين عند طلبه الحصول على تمويل جديد، ولم ينص مشروع القانون الجديد على قيمة أو حجم التمويل، كما لم ينص مشروع القانون الجديد على موعد سداد القرض أو التمويل الجديد، فيما إذا كان يتوجب أن يسدد مبلغ التمويل الجديد كاملاً عند انتهاء عملية إعادة الهيكلة أم يستمر حتى بعد ذلك، وعليه نقترح تعديل النصوص الخاصة بالتمويل

الجديد بحيث يشترط المشرع صراحة توافر حسن النية لدى المدين، ويعين آلية معينة لتحديد قيمة التمويل وتحديد موعد السداد.

خامساً: ضرورة تعديل البنود الخاصة بالحصول على معلومات المدين المالية وأعماله والتي يجب تزويدها عند الطلب "في حدود المعقول" بحيث يتم تحديد معايير واضحة لتحديد مفهوم عبارة "حدود المعقول". ويجب على المشرع أن يحدد المدة التي يجب خلالها أن تقوم السلطة أو الهيئة العامة أو المؤسسة المالية بتزويد أمين التفليسة بالمعلومات المطلوبة، والحل الذي يجب اتباعه إذا لم تزود هذه الهيئات أمين التفليسة بالمعلومات المطلوبة.

سادساً: لم يفرض مشروع قانون إعادة الهيكلة المالية والإفلاس قيوداً على الأفراد الطبيعيين من غير التجار عند طلبهم شهر الإعسار منعاً لإساءة استخدام أحكام الإعسار والذي يتمثل بتقديم طلب لشهر إعسارهم وإبرائهم من دفع الديون وكأن شيئاً لم يحصل. ومن هنا فإننا نقترح أن يميز مشروع القانون بين الأفراد من حيث مستويات الدخول، بحيث يجبر الأفراد من ذوي الدخول المرتفعة على اتباع إجراءات إعادة الهيكلة، ويجب النص صراحة على أن يرفق المدين كشفاً بدخله عن آخر ثمانية أشهر مثلاً للوقوف على مدى استحقاق المدين للإعسار، بالإضافة إلى تعيين حد أقصى على أصول المدين المستثناة من إجراءات إعادة الهيكلة أو التصفية. ويجب اشتراط حضور المدين دورة تدريبية أو أكثر في إدارة الأموال الشخصية أو الاستهلاك لتجنب وقوعه في الإعسار مرة أخرى.

سابعاً: وأخيراً، إلى جانب البنية التشريعية المحكمة، يعتمد نجاح مشروع القانون إلى حد بعيد على مدى توافر بنية إدارية وقضائية واعية وحاضنة لكفاءات قادرة على تفعيل النصوص التشريعية، سواء في مجال إعادة التنظيم المالي أو إعادة الهيكلة أو في مجال إدارة التفليسة، وقادرة على سرعة الفصل في القضايا بما يحقق العدالة، وأهمية وتكلفة الوقت فيها؛ لهذا لا بد من العمل فوراً على تأهيل واصطفاء الكوادر الإدارية والقضائية اللازمة لسلامة التطبيق.

(وَأَخِرُ دَعْوَانَا أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ)

المراجع

أولاً - المراجع العربية:

- ١ - أحمد محمود خليل، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.
- ٢ - إلياس نصيف، الكامل في قانون التجارة: الإفلاس، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت، ١٩٨٦.
- ٣ - بليغ عبدالنور حاتم، مفهوم التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد السابع والعشرون، ٢٠١١.
- ٤ - جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٩٧.
- ٥ - خليل فيكتور تادرس، الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس: دراسة مقارنة على ضوء القانون الفرنسي رقم ٨٤٥-٢٠٠٥، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٦ - سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية: النظام التقليدي والحلول الحديثة للمشروعات التجارية المتعثرة، ومقدمة في مصير نظام الإفلاس وآفاق تطوره، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
- ٧ - عبد الفتاح مراد، شرح الإفلاس من الناحيتين التجارية والجنائية طبقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٨ - علي جمال الدين، الإفلاس في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٩ - علي سيد قاسم، قانون الأعمال الجزء الخامس: الإفلاس في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ١٠ - علي سيد قاسم، مبادئ القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ١١ - عمر فلاح العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، بحث منشور في مجلة دراسات - علوم الشريعة والقانون -، المجلد ٤٠، العدد ١، ٢٠١٣.

- ١٢ - حمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق الدكتور عبد العزيز مطر، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٦٥.
- ١٣ - معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الإفلاس، مطبعة الانتصار، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٤ - نشأت الأخرس، الصلح الواقعي من الإفلاس: دراسة مقارنة في القوانين الأردنية والمصرية واللبنانية والتونسية والقانون البريطاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى/الإصدار الثاني، ٢٠٠٩.

ثانياً - المراجع الأجنبية:

- 1 - Anderson, Kent. The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience, 21 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 679 (2000).
- 2 - Athreya, Kartik. Shame as It Ever Was: Stigma and Personal Bankruptcy, 90 Federal Reserve Bank Richmond Economic Quarterly 1 (Spring 2004).
- 3 - Bernstein, Stan, Seabury, Susan H. and Jack F. Williams. Squaring Bankruptcy Valuation Practice with Daubert Demands, 16 ABI Law Review 161 (2008).
- 4 - Boustany, Mazen UAE Insolvency Laws Exist, Available at > <http://www.habibalmulla.com/Mediaresource/e8570fe6-8ae7-4238-9bd9-73991aa874ce.pdf> < (July 2010).
- 5 - Bragg, Steven M. Wiley GAAP: Interpretation and Application of Generally Accepted Accounting Principles 2011 (John Wiley & Sons, 2010).
- 6 - Braucher, Jean. A Fresh Start for Personal Bankruptcy Reform: The Need for Simplification and A Single Portal, 55 American University Law Review, 1295 (2006).
- 7 - Cuevas, Carlos J. Good Faith and Chapter 11: Standard That Should Be Employed to Dismiss Bad Faith Chapter 11 Cases, 60 Tennessee Law Review 525 (1993).

- 8 - Cummins, C., Malas, N. and Sleiman M. Creditors Back Dubai World Deal - Restructuring of Nearly \$25 Billion in Debt to Proceed After Months of Talks, The Wall Street Journal (October 28, 2010).
- 9 - Epstein, David G. and Christopher Fuller, Chapters 11 and 13 of the Bankruptcy Code--Observations on Using Case Authority from One of the Chapters in Proceedings Under the Other, 38 Vanderbilt Law Review 901 (1985).
- 10 - George, Lloyd D. From Orphan to Maturity: The Development of the Bankruptcy System during L. Ralph Mecham's Tenure as Director of the Administrative Office of the United States Courts, 44 American University Law Review 1491 (1995).
- 11 - Gratzer, Karl. Insolvent, Thus a Swindler? The Insolvency Law and Imprisonment for Debt in Sweden, XIV International Economic History Congress (Helsinki 2006).
- 12 - Hawkamah/World Bank/OECD/INSOL International, Study on Insolvency Systems in the Middle East and North Africa (2009).
- 13 - Hynes, Richard M. Why (Consumer) Bankruptcy?, 56 Alabama Law Review 121 (2004).
- 14 - Kim, Elinor. Corporate Insolvency Law & Practice in South Korea in the Aftermath of the Asian Financial Crisis, 21 Connecticut Journal of International Law 155 (2005).
- 15 - McBryde, William WÜ, Flessner, Axel, and S.C.J.J. Kortmann (eds.). Principles of European Insolvency Law (Kluwer Law International 2005).
- 16 - Parmar, Neil. Bankruptcy Law Reform may Boost Economy, The National (Dec. 2, 2011).
- 17 - Pulvino, Todd C. Effects of Bankruptcy Court Protection on Asset Sales, 52 Journal of Financial Economics 151 (1999).

- 18 - Triantis, George G. A Theory of the Regulation of Debtor-in-Possession Financing, 46 Vanderbilt Law Review 901 (1993).
- 19 - Warren, Elizabeth. Article 9 Set Aside for Unsecured Creditors, Universal Commercial Code Bulletin (October 1, 1996).

ثالثاً - الدساتير والقوانين:

- ١ - دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.
- ٢ - دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٩ وتعديلاته.
- ٣ - قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة - قانون اتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.
- ٤ - قانون الشركات التجارية الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.
- ٥ - قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
- ٦ - قانون الإفلاس - قانون مركز دبي المالي العالمي رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩.
- ٧ - مرسوم رقم ٥٧ لسنة ٢٠٠٩ بشأن تأسيس المحكمة الخاصة للبت في المطالبات والتسوية المالية لشركة موانئ دبي وفروعها.
- ٨ - Bankruptcy Code 11, United States Code 303 - Involuntary Cases.

رابعاً - أحكام المحاكم:

- ١ - المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٩ القضائية، ١٢ يوليو ١٩٨٨.
- ٢ - محكمة تمييز دبي، طعن رقم ١٩٩٧/٣٤٣، ٢٨/٣/١٩٩٨.
- 3 - Bankruptcy Petition, In re Archdiocese of Milwaukee, No. 11-20059- svk (Bankr. E.D. Wis. Jan. 4, 2011).
- 4 - Bankruptcy Petition, In re Crystal Cathedral Ministries, No. 8:10-bk-24771-RK (Bankr. C.D. Cal. Oct. 18, 2010).
- 5 - Bankruptcy Petition, In re St. Mary's HospÛ, No. 09-15619-MS (Bankr. D.N.J. Mar. 9, 2009).
- 6 - Bankruptcy Petition, In re Nat'l Heritage FoundÛ, IncÛ, No. 09-10525-BFK (Bankr. E.D. Va. Jan. 24, 2009).

- 7 - Bankruptcy Petition, In re The Educ. Res. Inst., Inc., No. 08-12540 (Bankr. D. Mass. Apr. 7, 2008).
- 8 - In re Borne Chemical Co 9 Bankr. 263 (Bankr. D.N.J. 1981).
> <https://advance.lexis.com/GoToContentView?requestid=ea81b79-2f40-3759-9b60-e6f553ea46c&crd=2fab39-497f-b37b-a164-7bf74106f675> <
- 9 - In re Saybrook Mfg. Co., 963 F.2d 1490 (11th Cir. 1992).
- 10 - Official Committee of Unsecured Creditors of TOUSA, Inc. v. Citicorp North America, Inc. (In re TOUSA, Inc.), 422 B.R. 783 (Bankr. S.D. Fla. 2009).
- 11 - Otte v. Manufacturers Hanover Commercial Corp. 596 F.2d 1092 (2d Cir. 1979). > <https://advance.lexis.com/GoToContentView?requestid=ea81b79-2f40-3759-9b60-e6f553ea46c&crd=6ddc8224-4215-31a1-aece-f9767f4c55> <
- 12 - Travellers Int'l. AG vs. Trans World Airlines, Inc. (In re Trans World Airlines, Inc.), 134 F. 3d 188 (1998).

تحليل الشاهد اليمين القانونية في قانون الإجراءات الجزائية اليمني (دراسة مقارنة)

الدكتور/ صالح أحمد صالح بامعلم
أستاذ القانون الجنائي المشارك، رئيس قسم القانون
الجنائي بكلية الحقوق- جامعة عدن
عميد الكلية سابقاً

ملخص:

عرضت في هذه الدراسة أحد أهم الالتزامات القانونية التي تقع على الشاهد وهو حلف اليمين، وقد نصت غالبية تشريعات الإجراءات الجزائية في مختلف الدول صراحة على ذلك، باستثناء قانون الإجراءات الجنائية في روسيا الاتحادية ونظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية، حيث خلاء أي منهما من أي نص يوجب تحليل الشاهد اليمين قبل أداء شهادته أمام سلطة التحقيق أو المحكمة.

وتتركز الدراسة في عرض وتحليل ونقد نصوص القانون اليمني، ومقارنتها بنصوص تشريعات بعض الدول العربية الأخرى، من ضمنها قانوني الإجراءات والمحاكمات الجزائية والإثبات الكويتي. واشتملت الدراسة على بحثين، تطرقت في الأول إلى ماهية يمين الشهادة، وقسمته إلى ثلاثة مطالب، في المطلب الأول عرّفت الشاهد ويمين الشهادة، وفي المطلب الثاني تحدثت عن تمييز يمين الشهادة عن يمين الخبرة ويمين القيام بالواجبات الوظيفية، وفي المطلب الثالث بيّنت عناصر يمين الشهادة اللفظية، أما المبحث الثاني فقد تحدثت فيه عن ضوابط يمين الشهادة وتحليل الشاهد اليمين في مراحل الدعوى الجزائية وقسمته إلى مطلبين، تطرقت في المطلب الأول إلى الأهلية الإجرائية للشاهد لأداء اليمين، صيغة يمين الشهادة، أسبقية اليمين على سماع الشهادة، مدى إعادة تحليل الشاهد اليمين في حال تكرار جلسات سماع شهادته، وشكل حلف اليمين، وفي المطلب الثاني تحدثت عن تحليل الشاهد اليمين في مراحل الدعوى الجزائية، وموقف المقتن اليمني منه.

وخلصت في دراستي إلى أن الحلف واليمين والقسم ألفاظ تأتي بمعنى واحد، وأن تحليل الشاهد اليمين قبل أداء شهادته تصبغ الشهادة صفتها القانونية، وهو أحد شروط صحة إجراءاتها، ويهدف إلى الاطمئنان إلى صدق ما سيقوله الشاهد، فهو من جانب وُضع لضمان مصلحة الخصوم في أن يقول الشاهد الحقيقة بما يطابق الواقع، ومن جانب آخر تنبيه وتذكير له بما سيؤدي

به، وبأنه قد عاهد الله وجعله رقيباً على صدق شهادته ويتقبل عقابه حال قول غير الحقيقة، واختتمت الدراسة بعدد من التوصيات للمقنن اليمني، بشأن إضافة وتعديل بعض النصوص في قانون الإجراءات الجزائية وقانون الجرائم والعقوبات، يحسن الأخذ بها عند إعادة صياغتهما مستقبلاً.

مقدمة:

يعتبر حلف اليمين أحد أهم الالتزامات القانونية التي تقع على الشاهد إلى جانب واجب التزامه بالحضور والظهور في المكان والموعود المحدد في أمر التكليف (الاستدعاء) لأداء الشهادة أمام سلطة التحقيق في مرحلة التحقيق أو أمام المحكمة في مرحلة المحاكمة.

وقد نصت غالبية تشريعات الإجراءات الجزائية في مختلف الدول صراحة على ذلك بما فيها قانوني الإجراءات الجزائية والإثبات اليمني مع اختلافها في تحديد صيغة اليمين وإجراءات أخذها والجهة المختصة بمباشرة تحليف الشاهد، باستثناء قانون الإجراءات الجنائية لروسيا الاتحادية ونظام الإجراءات الجزائية للمملكة العربية السعودية، حيث لم ينص على وجوب تحليف الشاهد اليميني قبل أداء شهادته.

إن تحليف الشاهد اليميني قبل أداء شهادته تصبغ الشهادة صفتها القانونية، وهو أحد شروط صحة إجراءات أخذها في القانون اليمني، ويهدف إلى الاطمئنان إلى صدق ما سيقوله الشاهد، ويعتبر تحليف الشاهد اليميني من الموضوعات المتصلة بالشهادة في المواد الجنائية، وسوف أقتصر في دراستي للموضوع على النواحي القانونية التي تحيط بحلف اليمين في قانون الإجراءات الجزائية اليمني دون أن أتعرض للأحكام العامة للشهادة إلا بالقدر التي تفيد وتساعد بيان المفاهيم المتصلة بموضوع الدراسة.

أما سبب اختياري للموضوع فيعود إلى أمور، أهمها ما يلي:

١ - قلة الدراسات حول الموضوع في القانون اليمني أن لم تكن هذه هي الدراسة الأولى.

٢ - التعارض القائم في نصوص القانون اليمني، وتقديم التوصيات بشأنها.

٣ - اختلاف القضاة في تطبيق أحكام وإجراءات تحليف الشاهد اليميني، والسعي إلى توحيد تلك الأحكام والإجراءات.

٤ - الإسهام في توضيح إجراءات تحليف الشاهد اليميني في المواد الجنائية. وسوف أستعرض موضوع الدراسة في مبحثين، أخصص الأول للحديث عن ماهية يمين الشهادة، وأقسمه إلى ثلاثة مطالب، الأول لبيان تعريف الشاهد ويمين

الشهادة، والثاني للحديث عن تمييز يمين الشهادة عن يمين الخبرة ويمين القيام بالواجبات الوظيفية، والثالث لبيان عناصر يمين الشهادة اللفظية، والمبحث الثاني أخصه للحديث عن ضوابط يمين الشهادة وتحليف الشاهد اليمين في مراحل الدعوى الجزائية، وأقسمه إلى مطلبين، الأول أٌحدث فيه عن ضوابط يمين الشهادة، وسيشمل الأهلية الإجرائية للشاهد لأداء اليمين، صيغة يمين الشهادة، أسبقية اليمين على سماع الشهادة، مدى إعادة تحليف الشاهد اليمين في حال تكرار جلسات سماع شهادته، وشكل حلف اليمين، والثاني أخصه للحديث عن تحليف الشاهد في مراحل الدعوى الجزائية، أبين فيه موقف المقنن اليمني من تحليف الشاهد في مرحلة جمع الاستدلالات، والتحقيق الابتدائي والمحاكمة.

وسوف أستدل في عرض الموضوع ببعض من أحكام المحاكم اليمنية والسعودية، وبتطبيقات قضاء النقض المصري عند الاقتضاء، نظراً لقلّة التطبيقات المنشورة عن أحكام المحكمة العليا اليمنية في هذا الموضوع، وتتركز دراستي في الأساس لنصوص قانون الإجراءات الجزائية اليمني، وتكون دراسة تحليلية نقدية ومقارنة، يشمل ما جاء في الفقه والقضاء والتشريع المقارن.

المبحث الأول ماهية يمين الشهادة

تمهيد:

الحديث عن ماهية يمين الشهادة يتطلب بداية تعريف الشاهد، مؤدي اليمين (حامل الشهادة)، وكذلك يمين الشهادة في مطلب أول، ثم بيان تمييز يمين الشهادة عن يمين الخبرة، ويمين القيام بالواجبات الوظيفية في مطلب ثانٍ، وعناصر يمين الشهادة اللفظية في مطلب ثالث على النحو الآتي:

المطلب الأول تعريف الشاهد ويمين الشهادة

للشاهد ويمين الشهادة تعريفات في القانون وفي الفقه وفي القضاء، أبينها على النحو الآتي:

الفرع الأول تعريف الشاهد

أولاً - التعريف القانوني:

لم تضع غالبية قوانين الإجراءات الجزائية تعريفاً خاصاً للشاهد بما في ذلك قانون الإجراءات الجزائية اليمني، وقد ورد تعريف الشاهد بشكل غير مباشر في نصوص إجراءات تنظيم استدعائه بالحضور أمام سلطة التحقيق، أو المحكمة للإدلاء بما لديه من معلومات عن ارتكاب الجريمة وظروفها، يستشف ذلك من نص المادة (١٨٢) في قانون الجرائم والعقوبات اليمني^(١)، والمواد (١٦٥، ١٦٦، ٣٢٧) في قانون الإجراءات الجزائية^(٢)، بأن

(١) تنص المادة (١٨٣) من القرار الجمهوري بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات على أنه: "يعاقب بالغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف ريال- الشاهد الذي لا يحضر أمام المحكمة أو سلطة التحقيق الجزائي بعد تكليفه بالحضور أو يمتنع عن الإدلاء بمعلوماته أو عن حلف اليمين دون أن يبرر ذلك بعذر مقبول".

(٢) تنص المادة (١٦٥) من القرار الجمهوري بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية على أنه: "تقوم النيابة العامة بإعلان الشهود الذين يتقرر سماعهم ويكون تكليفهم بالحضور بواسطة المحضرين أو رجال السلطة العامة" وتنص المادة (١٦٦) على أنه: "يسمع المحقق شهود الإثبات الذين حضروا بناءً على طلبه أو طلب الشاكي أو من تلقاء أنفسهم ويسمع شهود المتهم الذين يطلب سماعهم متى كانت شهادتهم فائدة للتحقيق..." كما نصت المادة (٣٢٧) على أنه: "يكلف الشهود بالحضور بناءً على طلب الخصوم بواسطة =

الشاهد هو الشخص المكلف بالحضور بناءً على طلب الخصوم بواسطة أحد المحضرين، أو أحد رجال الضبط قبل الجلسة بأربع وعشرين ساعة، أو حضر من تلقاء نفسه أمام سلطة التحقيق، أو المحكمة للإدلاء بما لديه من معلومات عن الدعوى.

ثانياً - تعريف فقهاء القانون:

عرف فقهاء القانون الشاهد بأنه الشخص الذي وصل إليه عن طريق أية حاسة من حواسه معلومات عن الواقعة الجنائية، أو هو من اتصلت حواسه بالجريمة، أو لديه معلومات عن مرتكبها على ألا يكون متهماً بالمساهمة فيها، وعليه فإن الشاهد هو شخص طبيعي أولاً، ومن غير المتصور أن يكون شخصاً معنوياً^(١). وعرفه آخر انطلاقاً من تعريفه للشهادة قائلاً: "الشهادة هي رواية الواقعة شفاهة بواسطة شخص يسمى "الشاهد" وهو الذي يرى أو يسمع بواقعة ما يمكنه أن يشهد بما رآه أو سمعه ويصف أو يحدد تلك الواقعة أو الحادثة"^(٢). وعرفه آخر بأنه الذي ينقل خبراً إلى مجلس القضاء، أو القاضي عن الواقعة المدّعاة من جانب شخص على شخص آخر غير الشاهد شفاهة مستنداً من ذاكرته^(٣).

= أحد المحضرين أو أحد رجال الضبط قبل الجلسة بأربع وعشرين ساعة... ويقابل هذه المادة نص المادة (١٧٢) في قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م، ونص المادة (٢٧٧) في قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م المعدل بالقانون رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦م والمادة (١/٨٢) في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لعام ١٩٥٠م، حيث نصت على أنه: "كل من يدعى لأداء الشهادة مجبر على الحضور أمام قاضي التحقيق وأداء شهادته..."، وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه: "لقاضي التحقيق أن يقرر إحضار الشهود". ويقابلها نص المادة (٩٩) فقرة (٢) في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠م المعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦١م والقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨١م والقانون رقم (٥٤) لسنة ١٩٨٧م.

(١) د. عبد العزيز سعود العنزي: الحماية الجنائية للشاهد في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الرابع السنة الثلاثون، ديسمبر ٢٠٠٦م، ص ٨٦.

(٢) د. بكري يوسف بكري، الخلفية الفلسفية والتاريخية للشهادة في قانون الإجراءات الجنائية، بحث منشور على الإنترنت، عنوان الموقع مدمج مع الكلمات العربية، ١ يونيو ٢٠١١م، الساعة ١٠ صباحاً.

http://knol.google.com/k/dr-bakry-youssef-bakry / الخلفية الفلسفية والتاريخية لشهادة ifavmkcxa7/14

(٣) د. عبد الرزاق حسين يس، شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية وطرقه، طبعة ثالثة، مطابع البيان التجارية، دبي، ١٩٩٨م، ص ١٤١.

وهناك من ربط تعريف الشاهد بأمر تكليفه بالحضور أمام السلطة القضائية، بأنه كل شخص يتم تكليفه بالحضور أمام القضاء أو سلطة التحقيق لكي يدلي بما لديه من معلومات في شأن واقعة ذات أهمية في الدعوى الجزائية^(١). وآخر ربط تعريفه للشاهد مع التوسيع في نطاق حضوره للإدلاء بشهادته ليشمل أمام مأموري الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات بقوله: "الشاهد هو الذي وصل إلى حاسة من حواسه معلومات عن الواقعة محل الشهادة، ومطابقة تلك الواقعة لحقيقتها التي يشهد بها سواء في مرحلة الاستدلال أو التحقيق أو القضاء"^(٢). وهذه التعريفات لا تختلف كثيراً في مضمونها عن تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للشاهد^(٣).

ثالثاً - تعريف الشاهد في الأحكام القضائية:

لم أجد تعريفاً للشاهد في مجلدات أحكام المحكمة العليا اليمنية، وقد وجدت تعريفاً للقضاء المصري، وهو لا يختلف في المضمون عن التعريف اللغوي^(٤)

(١) انظر: د. محمود صالح العادلي، استجواب المتهم في المسائل الجنائية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م، ص ١٧، ٤.

(٢) انظر: أحمد يوسف محمد السولية الحماية الجنائية والأمنية للشاهد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٩.

(٣) عرف الفقيه بن قدامه الشاهد، بأنه الذي يخبر عما يشاهده، وأن الشاهد بخبره يجعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه. انظر: المغني، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (٥٤١-٦٢٠هـ). تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء (١٤)، دار عالم الكتب، طبعة ثالثة، ١٩٩٧م، الرياض، ص ١٢٥. وعرفه الأمير الصنعاني بأنه: حامل الشهادة ومؤيدها لأنه شاهد لما غاب عن غيره. انظر: سبل السلام، للأمير الصنعاني محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسن الصنعاني، الجزء (٤) دار الفكر، ١٩٩٥م، ص ١٩٢٨. ويرى الدريدر بأن لفظ شاهد جاء من كلمة الشهادة التي معناها البيان، والشاهد هو الذي يبين الحكم والحق من الباطل. انظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: الدريدر (أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدريدر) أخرجه وضبط شكله وعلاماته د. مصطفى كمال وصفي، الجزء الرابع، باب في الشهادة وما يتعلق بأحكامها، دار المعارف، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص ٢٣٧. وهناك من عرف الشاهد انطلاقاً من مفهوم الشهادة، على أنها الأخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان، ويقال: "شهد عند الحاكم فلان على فلان بكذا شهادة، فهو شاهد وهم شهود...، انظر: تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي، المبارك فوزي أبو العلا، الجزء (٦)، دار الفكر، دون ذكر سنة النشر، ص ٤٨٦.

(٤) الشاهد في اللغة: اسم فاعل من فعل شهد، و"هو العالم الذي يبين ما علمه، شهد شهادة"، انظر: لسان العرب: للعلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري، المجلد الثالث، دار الفكر، بيروت، طبعة ثالثة، ١٩٩٤م، حرف الدال فصل الشين، =

والقانوني، حيث عرف القضاء المصري الشاهد انطلاقاً من التعريف اللغوي بقوله: "الشاهد لغة هو من أطلع على الشيء وعينه، والشهادة أعم من المشاهدة وهي الإطلاع على الشيء عياناً، وقد أعتبر القانون - في المادة (٢٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية - الشخص شاهد لمجرد دعوته لأداء الشهادة سواء أداها بعد حلف أو دون أن يحلفه..."^(١). وفي تعريف آخر له اشتمل على عنصر حلف اليمين قائلاً: بأنه من يدلي بأخبار شفوية في مجلس القضاء بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح وبأنه يقدم شهادة في شكل تقرير شخصي "كما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه"^(٢).

أما تعريفنا للشاهد فهو: الشخص الذي لديه معلومات ذات علاقة بواقعه الجريمة وظروفها، أدركها بحاسة من حواسه، حضر تلقائياً أو بطلب ليدلي بها شفاهة أمام سلطة التحقيق أو المحكمة بعد تحليفه أو دون تحليفه اليمين. وهذا التعريف في نظرنا قد اشتمل على كافة العناصر الضرورية في الشاهد وهي:

- ١ - أن مقدم المعلومات شخص طبيعي أدركها شخصياً بإحدى حواسه.
- ٢ - أن المعلومات التي يقدمها لها علاقة بالدعوى (الجريمة).
- ٣ - أن يدلي بالمعلومات أمام سلطة التحقيق أو المحكمة شفاهة.
- ٤ - أن يؤدي الشهادة بيمين أو دون يمين.
- ٥ - يقدم المعلومات بناءً على تكليفه بالحضور أو طواعية.

= ص ٢٣٩ ؛ ويقال "شاهد شهوداً أي حضره، فهو شاهد. وشهد له بكذا شهادة، أي أدى ما عنده من الشهادة، فهو شاهد، وأشهدته على كذا فشهد عليه، أي صار شاهداً عليه". انظر: الصحاح تاج اللغة العربية وصاح العربية: إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الجزء الثاني، دار الملايين، بيروت- لبنان طبعة رابعة، ١٩٩٠م باب الدال، فصل الشين، ص ٤٩٤. ويقال أيضاً "شهد الشاهد عند الحاكم أي بين ما يعلمه وأظهره، ويقال "شهد فلان على فلان بحق، فهو شاهد وشهيد" انظر: لسان العرب، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(١) الطعن رقم (١٩٠) لسنة ٤٣ في جلسة ١٦/٤/١٩٧٣م نقلاً عن مصطفى مجدي هرجه/ شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني، دار الكتب القانونية، القاهرة ١٩٩٨م، ص ٥٩-٦٠.

(٢) نقض مصري ٦ يناير سنة ١٩٦٤م مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س (١٥) رقم (١) ص.

الفرع الثاني

تعريف يمين الشهادة

أولاً - يمين الشهادة في القانون:

لم تضع قوانين الإجراءات الجزائية تعريفاً ليمين الشهادة، ووجدت تعريفاً عاماً لليمين في بعض قوانين الإثبات كمصطلح مرادف لكلمة الحلف والقسم، وباعتبار اليمين طريق من طرق الإثبات، حيث عرّف قانون الإثبات اليمني اليمين بأنها: "حلفٌ لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها، تؤدي من الخصم الذي وجهت إليه بالصيغة التي تقررها المحكمة"^(١). وعرف قانون الإثبات السوداني اليمين بأنها: "... القسم بالله أو بالرب على صدق الأخبار بواقعه"^(٢).

أما قوانين الإثبات في كل من مصر ودولتي الكويت والإمارات وقوانين البيئات في سوريا والأردن ولبنان، وإن كانت جميعها قد نصت على صيغة اليمين وأنواعها وإجراءات أخذها، إلا أنها خلت من أي تعريف لليمين^(٣). وبالعودة إلى تعريف قانوني للإثبات اليمني والسوداني، نجد أن معنى اليمين جاء مرادفاً لمعنى الحلف والقسم، فالمقنن اليمني عرف اليمين بأنها الحلف والسوداني بأنها القسم، وهذا التعريف يتفق مع تعريف الفقه الشرعي بأنها "تحقيق الأمر وتوكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته، أو عقد يقوي به الحالف عزمه على الفعل أو الترك..."^(٤).

ثانياً - تعريف فقهاء القانون:

هناك تعريف مختلفة لليمين عند فقهاء القانون، فهناك من عرف اليمين بوجه عام على أنها تلاوة شخص صيغة يمين بالصورة التي حددها القانون أمام سلطة

(١) المادة (١٢٩) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م بشأن الإثبات، المعدل بالقانون رقم (٢٠) ١٩٩٦م.

(٢) المادة (٥٣) فقرة (١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م.

(٣) قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م المعدل بالقانون رقم (٢٣) لسنة (١٩٩٢م) ورقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م؛ قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م؛ قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠م؛ قانون البيئات السوري رقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧م؛ قانون البيئات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢م، المعدل بالقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١م وبالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥م.

(٤) فقه السنة: السيد سابق، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة أولى، ١٣١٩هـ ١٩٧١م، ص ٩.

مختصة، يتعهد أمامها هذا الشخص بالتزام مسلك معين^(١). وبأنها قول يقسم فيه حالفها بالله تعالى، مشهداً إياه جل وعلا على صدق ما يقول، أو على إنجاز ما يعد، مع الشعور بهيبته وجلاله، والخوف من بطشه وعقابه إذا حنث في يمينه^(٢). لذلك فإن المقصود باليمين هي الحلف بالله تعالى.. إذا لا يجوز الحلف بغير الله تعالى^(٣). لذلك فإن كلمة أحلف فيها معنى القسم^(٤) وأن لفظ أحلف أو أقسم يتضمن في ذاته معنى الدين والعقيدة، واليمين لا يستمد إلا من عقيدة الشاهد^(٥). وآخر عرف يمين الشهادة بأنها قيام شخص أمام سلطة مختصة بأداء قسم، بمقتضاه يلتزم بأن يقرر ما أدركه من معلومات ووقائع متعلقة بواقعة إنسانية أو طبيعية معينة لها علاقة بالخصومة أو النزاع المطروح أمام هذه السلطة^(٦). وعرفها آخر بأنها "نداء روعي صادر من الضمير، وتعهد بقول الحق أمام من يقدره الشاهد سواءً أكان ذلك يتمثل في الله سبحانه وتعالى أم فيما يعتبر مقدساً في نظر الشاهد"^(٧)، وأشار هنا إلى أن تحليل

- (١) انظر: د. أحمد يوسف محمد السولية، الحماية الجنائية والأمنية للشاهد (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٦١.
- (٢) انظر: د. عبد الرزاق حسين يس، شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه، مرجع سابق، ص ٢٠٨.
- (٣) د. عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، طبعة ثالثة، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٦٩.
- (٤) يقال: يحلف بالله محلوقة أي قسماً، والمحلوقة هي القسم...، وأحلفت الرجل وحلفته واستحلفته بمعنى واحد، والحلف بمعنى اليمين وأصلها العقد والعزم والنية، انظر: لسان العرب، مرجع سابق، المجلد (٩)، حرف الفاء فصل الحاء، ص ٥٣؛ وفي حديث للنبي ﷺ "من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير، وليترك يمينه"، صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج مسلم بن حجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسن، الجزء (١١) دار الكتب العلمية، ١٩٩٢م، ص ٩٨؛ ويقال أيضاً: اليمين اسم وضع للقسم، وأصلها في اللغة اليد اليمين، وتعني القوة، وأطلقت على الحلف لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه.. انظر: مختار الصحاح: للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، رتبته محمد خاطر، دار الحديث، دون ذكر سنة النشر، القاهرة، ص ٧٤٤-٧٤٥؛ لسان العرب: مرجع سابق، المجلد (١٣)، حرف النون فصل الياء، ص ٤٦٣-٤٦٢.
- (٥) د. انظر: أحمد نشأت: رسالة الإثبات، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢م، مرجع سابق، ص ٥٤٢.
- (٦) انظر: د. محمود صالح العادلي، استجواب الشهود في المسائل الجنائية، دار الفكر العربي- ٢٠٠٥، ص ٨٨-٨٩.
- (٧) د. شهاد هابيل البرشاوي، الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية، دار الفكر، القاهرة، ١٩٨٢م ص ٦٤٥.

الشاهد اليمين لم يكن متبعاً في أيام الرسول ﷺ، وكذلك في عهد الصحابة، بل كان ليس مشروعاً عند غالبية فقهاء المسلمين^(١) وأرى أن يمين الشهادة هي: حلفٌ يقسم فيه الشاهد بالله تعالى - قبل أداء شهادته - مشهداً إياه بصدق ما يقوله من أخبار، أمام مجلس القضاء بوقوع شيء - محل الإثبات - أو بعدم وقوعه.

المطلب الثاني

تمييز يمين الشهادة عن يمين الخبرة وعن يمين القيام بالواجبات الوظيفية

هناك أوجه شبه بين كل من الشهادة والخبرة من حيث الطبيعة القانونية، فكلاهما وسيلة من وسائل الإثبات، فالشهادة والخبرة طريق من طرق الإثبات المباشر، يؤديها شخص طبيعي، تهدفان إلى تقديم الدليل لمساعدة القضاء في الكشف عن الحقيقة، ويتعين على مؤديها حلف اليمين قبل القيام بمهمته، بل اعتبر البعض الخبرة بمفهومها القضائي نوعاً من أنواع الشهادة^(٢). ومع ذلك تتميز يمين الشهادة عن يمين الخبرة، وعن يمين القيام بالواجبات الوظيفية من نواحٍ عدة أستعرضها على النحو الآتي:

(١) انظر: فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء (٦)، مرجع سابق، ص ٧٠؛ لا يوجد خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول تحليل أطراف الخصومة في الدعوى المدنية اليمين الشرعية، كتحليل المدعي أو المدعى عليه، باعتبارها طريقاً من طرق الإثبات، ولكنهم اختلفوا في بداية الأمر حول جواز أو عدم جواز تحليل الشاهد اليمين، ومع ذلك فإن هذا الاختلاف لم يستمر وأصبح محصوراً حيث أصبح المناوون بجواز تحليل الشاهد هم الغلبة، فمع توسع الفتوحات الإسلامية وزيادة رقعة الدولة مساحةً وسكاناً، اقتضت الضرورة العمل بهذا الإجراء، عندما واجه القضاة المسلمون صعوبة في معرفة مصداقية الشهود، وتبيان عدولهم من فسوقهم، فلجأوا - بغيه التيقن - إلى تحليل الشهود اليمين قبل أداء شهادتهم عند الريبة. أورد زين العابدين في غمز عيون البصائر بأنه: في زماننا لما تعذرت التزكية لغلبة الفسق اختار القضاة استحلاف الشهود لحصول غلبة الظن - وقال المصنف في البحر: ولا يضعفه ما في الكتب المعتمدة كالخلاصة في أنه لا يمين على الشاهد، لأنه عند ظهور عدالته والكلام عند خفائها خصوصاً في زماننا أن الشاهد مجهول الحال. وفي الملتقط عن غسان بن محمد بن المروزي قاضي الكوفة قال: "قدمت إلى الكوفة قاضياً عليها، فوجدت فيها مائة وعشرين عدلاً فطلبت أسرارهم فرددتهم إلى ستة ثم أسقطت أربعة رأيت ذلك استعفيت واعتزلت". انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: زين العابدين ابن نجم المعمر، شرح أحمد بن محمد الحموي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، طبعة أولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ص ٣٧٤.

(٢) د.عبد العزيز محمد حمد ساتي، المبادئ العامة للخبرة في النزاعات القانونية في قانون دولة الإمارات والقانون السوداني ص ٣. بحث منشور في الإنترنت على الرابط التالي:

<http://droitcivil.over-blog.com/35-categorie-90438.html>

=

أولاً - تمييز يمين الشهادة عن يمين الخبرة:

- ١ - إن يمين الشهادة يؤديها الشاهد شفاهة^(١) في حين يجوز للخبير تأدية يمينه كتابة^(٢).
- ٢ - يمين الشهادة هي يمين تؤكد الخبر ثبوتاً أو نفياً، وتسمى أيضاً " باليمين المؤكدة للخبر "^(٣)، يتعهد فيها الشاهد بقول حقيقة ما شاهده أو سمعه شخصياً عن واقعة أو وقائع الجريمة حدث في الماضي بصدق وأمانة، في حين أن يمين الخبرة هي يمين وعد بإنجاز ما كلف به من عمل، يتعهد فيها الخبير - مستقبلاً - بتقديم تقريره وبإبداء رأيه بالذمة والعدل أو بصدق وأمانة.
- ٣ - يؤدي الشاهد اليمين في كل دعوى يستدعى فيها لسماع أقواله، وكذلك عند حدوث تغيير في عضوية هيئة الحكم، حيث يتعين عليه تكرار يمينه أمامها، في حين أن الخبير - المسجل في جداول الخبراء - يؤدي اليمين مرة واحدة عند تعيينه لأول مرة قبل مزاولته لمهامه، وكذلك الحال عند استدعائه للإدلاء بأقواله أمام المحكمة لتوضيح ما جاء في تقريره شفاهةً، فلا محل لتكرار تحليفه اليمين أمامها^(٤).
- ٤ - يؤدي الشاهد اليمين أمام القاضي في مجلس القضاء بحضور أطراف الدعوى، في

= وقد اعتبر المقتن السوداني رأي الخبير وتقريره في المادة (٣٠) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م، شهادة " حيث سميت المادة (٣٠) بـ "شهادة الخبرة".

(١) هذا هو مقتضى نص المادة (٢٥٣) فقرة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٢) تنص المادة (٧٧/ الفقرة الثالثة) من قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم (٢٢٠١) لسنة ٢٠٠٢م، المعدل بالقانون رقم (٢٣٠٥) والقانون رقم (٢٤٠٥) لسنة ٢٠٠٥م، على أن: "يؤدي الأشخاص الذين تستعين بهم النيابة العامة اليمين كتابة على إبداء رأيهم بما يمليه عليهم الشرف والضمير، ما لم يكونوا مسجلين في لائحة الخبراء المحلفين لدى المحاكم"، وتنص المادة (١١٢/ فقرة ثانية) من ذات القانون على أن: "تنقل كتابة الاتصالات والمراسلات التي تمت بلغة أجنبية إلى اللغة العربية بمساعدة ترجمان يسخر لهذا الغرض، ويؤدي اليمين كتابة على أن يترجم بأمانة وأن لا يفشي أسرار البحث والمراسلات، إن لم يكن مسجلاً بجدول التراجمة المقبولين لدى المحاكم"، وعلى أن تضاف رسالة اليمين إلى ملف الدعوى.

(٣) انظر: شرح المفصل، ابن علي بن يعيش (يعيش) ٦٤٣هـ، الجزء ٩، إدارة الطباعة المنيرية، (دون ذكر سنة النشر) مصر، ص ٩٠؛ كذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء (٧)، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م، ص ٢٤٥.

(٤) انظر: نقض مصري ٢٢ يونيو ١٩٥٢م، طعن رقم (٥٦٥) س ٢١ ق. مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض الدائرة الجنائية، ص ٦٣٨؛ كذلك نقض مصري ١٩٥٩/٤/٢١، أحكام محكمة النقض س ١٠ ق ١٠٤.

حين يؤدي الخبير - غير المسجل في جدول الخبراء - اليمين أمام الجهة القضائية التي انتدبته ولا يتطلب أدائها في مجلس القضاء بحضور أطراف الدعوى^(١).

٥ - تختلف صيغة يمين الشهادة عن صيغة يمين الخبرة، لاختلاف طبيعة مهمة كل من الشاهد والخبير، فالشاهد يحلف اليمين بأن يقول الحق في نقل المعلومات التي أدركها شخصياً بحاسة من حواسه كالرؤية، أو السمع، ولا يبدي رأيه الشخصي فيها، وصيغتها المألوفة: أحلف بالله العظيم أو أقسم بالله العظيم أن أقول الحق، في حين أن الخبير يبدي رأيه الشخصي في نتيجة بحثه الفني ويحلف يميناً بأن "يؤدي عمله بالصدق والأمانة"، أو "بالذمة والصدق"^(٢).

ثانياً - تمييز يمين الشهادة عن يمين القيام بالواجبات الوظيفية:

تختلف يمين الشهادة عن يمين القيام بالواجبات الوظيفية من حيث الطبيعة القانونية لكل منهما، نذكر أهمها:

١ - إن يمين الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء، توجه بعد دعوى صحيحة، في حين أن يمين القيام بالواجبات الوظيفية يمين غير قضائية، يؤديها الموظف العام أمام الجهة الإدارية، فهي لا تتعلق بالإثبات الجنائي أو المدني فلا يقصد منها إثبات أو نفي واقعة أو وقائع معروضة أمام القضاء.

(١) هذا هو مقتضى نص المادة (١٣٩) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م وفقاً لأخر تعديلاته بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م؛ ونص المادة (٨) من قانون تنظيم الخبرة أمام المحاكم الإماراتي رقم (٨) لسنة ١٩٧٤م. وتجدر الإشارة بأنه لا توجد - حسب علمي حتى لحظة كتابة هذا البحث - في اليمن جداول للخبراء لدى وزارة العدل، بيد أنه يوجد خبراء يعملون في المعمل الجنائي التابع لوزارة الداخلية، وكذلك خبراء في الطب الشرعي حيث يتم انتدابهم عند اللزوم من قبل النيابة العامة والمحكمة بشكل فردي، ولا توجد مصلحة أو هيئة تضمهم. ومن خلال لقائي ببعض الخبراء وجدت أن بعض القضاة في المحاكم اليمنية، يقومون بتحليف خبير المعمل الجنائي التابع لوزارة الداخلية، وكذلك الطبيب الشرعي أمام مجلس القضاء عندما يطلب منه القيام بتوضيح مضمون تقريره الفني في أثناء جلسة المحاكمة. وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (٩٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني في مرحلة الاستدلال، إذا خيف استحالة تحليفهم في مرحلة المحاكمة.

(٢) انظر: نص المادة (٣١) من المرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠م بإصدار قانون تنظيم الخبرة رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٠م الكويتي؛ ونص المادة (٨) من قانون تنظيم الخبرة أمام المحاكم الإماراتي رقم (٨) لسنة ١٩٧٤م؛ والمادة (٤٨) من المرسوم رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢م بشأن تنظيم الخبرة أمام جهات القضاء المصري.

٢ - إن يمين القيام بالواجبات الوظيفية هي قسم يؤديها الموظف عند تعيينه في الوظيفة الحكومية قبل ممارسة مهامه، لتأكيد إنجاز ما يعد به من عمل، يتعهد فيها الحالف باحترام الدستور والقوانين واللوائح السارية، وتبعا لذلك تختلف صيغتها عن صيغة يمين الشهادة، من أمثلة ذلك، اليمين التي يؤديها عضو النيابة العامة والقاضي قبل مباشرته لأعماله ونصها: " أقسم بالله العظيم أن أكون متمسكاً بكتاب الله وسنة رسوله وأن أحترم الدستور والقانون وأن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحرص على شرف القضاء وعلى مصالح الشعب وأتصرف في كل أعمالي وفقا لما تقتضيه واجبات القاضي والله على ما أقول شهيد"^(١).

وقريب منها صيغة اليمين الدستورية التي يؤديها رئيس الجمهورية اليمنية، ورئيس مجلس الوزراء وأعضاء الحكومة، رئيسي وأعضاء مجلسي النواب والشورى^(٢)، أما صيغة يمين المحامين والأطباء وغيرهم من موظفي الدولة؛ فأنها تتصف بتوافقها مع طبيعة المهنة والوظيفة التي سيشغلونها^(٣).

ويعتبر التشريع الإماراتي من أحدث التشريعات التي أوجبت الموظفين المدنيين المعيّنين في الحكومة المركزية، أداء يمين القيام بالواجبات الوظيفية قبل تولي

(١) المادة (٨٥) من قانون تنظيم السلطة القضائية اليمني رقم (١) لسنة ١٩٩١م وفقاً لآخر تعديلاته بالقرار الصادر عن رئيس الجمهورية بالقانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٢م، أما قانون السلطة القضائية المصري الصادر بالقرار الجمهوري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م، فقد نص عليها في المادة (٧١) بصيغة أكثر إيجازاً: " أقسم بالله العظيم أن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحترم القوانين ". وهو ذات الصيغة الواردة - حرفياً - في قانون السلطة القضائية السوري رقم (٩٨) لسنة ١٩٦١م وتعديلاته؛ وقريب منها الصيغة الواردة في قانون السلطة القضائية الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢م في المادة (٤٠) ونصها: " أقسم بالله العظيم أن أحكم بين الناس بالعدل، وأن أحترم أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد " وهو ذات الصيغة التي نصت عليها المادة (٤٠) من قانون السلطة القضائية القطري رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣م.

(٢) تنص المادة (١٦٠) من دستور الجمهورية اليمنية لسنة ١٩٩١م، المعدل في عام ١٩٩٤م وعام ٢٠٠٠م، على صيغة اليمين التالية: " أقسم بالله العظيم أن أكون متمسكاً بكتاب الله وسنة رسوله، وأن أحافظ مخلصاً على النظام الجمهوري وأن أحترم الدستور والقانون، وأن أحرص على مصالح الشعب وحرياته ورعايته كاملة، وأن أحافظ على وحدة الوطن واستقلاله وسلامته وأراضيه".

(٣) انظر: صيغة اليمين في المادة (٣٨) فقرة (ب) من قانون تنظيم المحاماة اليمني رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٩م، والمادة (٥) فقرة (٣) من قانون مزاوله المهنة الطبية والصيدلانية اليمني رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م.

وظائفهم^(١)، وتحفظ نسخة من صيغة اليمين بعد توقيعها في ملف الموظف. وفي حالة استدعاء أي من الموظفين إلى المحكمة لسماع شهادته، توجب عليه أداء يمين الشهادة بالصيغة المقررة على الشاهد، وهذه الحالة تنطبق على المحامين والأطباء، باستثناء أطباء الطب الشرعي المسجلين في جداول الخبراء.

المطلب الثالث عناصر يمين الشهادة اللفظية

اليمين أسلوب من أساليب تأكيد الخبر، لحمل المخاطب على الثقة بالحالف، فالغاية العامة منها قصد تأكيد الخبر ثبوتاً أو نفياً^(٢)، ولا تنعقد يمين الشهادة إلا بصيغة تتوافر فيها عناصرها اللفظية، وتشمل عناصر يمين الشهادة اللفظية: حروف القسم، أو كما سماها سيويه "أدوات القسم"^(٣) المقسم به، والمقسم عليه. سوف أبين عناصر يمين الشهادة - كمثال - في الصيغة التالية المألوف لفظها من قبل الشاهد: أحلف بالله العظيم أن أقول الحقيقة، أو والله العظيم أن أقول الحقيقة، وذلك على النحو الآتي:

(١) نصت اللائحة التنفيذية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٢م للمرسوم بقانون اتحادي رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨م، بشأن الموارد البشرية في الحكومة، بوجوب إطلاع موظفي الوزارات والجهات الحكومية قبل مباشرة عملهم على وثيقة السلوك المهني وأخلاقيات الوظيفة العامة وإلزامهم بأداء اليمين القانونية المقررة لموظفي الحكومة الاتحادية، وصيغتها: "أقسم بالله العظيم أن أكون مخلصاً لدولة الإمارات العربية المتحدة ورئيسها وأن أحترم دستورها وأن أتقيد بقوانين ولوائح ونظم الجهة التي أعمل بها وأن أحافظ على أموالها ما استطعت وأن أقوم بتأدية عملي بصدق وأمانة وأن أحافظ على أسرار العمل وما اطلع عليه وما يبلغ علمي من معلومات وأسرار". ويوقع الموظف على نموذج اليمين وأن يثبت من حضر أداء اليمين واسم الموظف وتوقيعه. منشور على الإنترنت: موقع (محامو الإمارات العربية المتحدة) على الرابط أدناه. بتاريخ ١٥ أغسطس ٢٠١٢م، الساعة ١٥ مساءً.

<http://www.mohamoon-uec.com/default.aspx?action=DisplayNews&type=2&id=17852&Year=14/07/2012>

(٢) انظر: شرح المفصل، ابن علي بن يعيش (يعيش) ٦٤٣ هـ، الجزء ٩، إدارة الطباعة المنيرية، (دون ذكر سنة النشر) مصر، ص ٩٠؛ كذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء (٧)، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦ م، ص ٢٤٥.

(٣) و"للقسم والمقسم به أدوات في حروف الجر، وأكثرها الواو، ثم الباء"، انظر: الكتاب، سيويه، (أبي بشر عمرو بن عثمان بن قنبر)، الكتاب، تحقيق: عبد السلام هارون، الجزء ٣، مكتبة الخانجي طبعة ١٩٨٨م، القاهرة، ص ٤٩٦.

العنصر الأول - حروف القسم وهي: (الواو، الباء، التاء):

١ - حرف الواو:

تدخل حرف الواو على لفظ الجلالة اسم "الله"، الجامع لمعاني أسماء الله الحسنى، نحو قوله: (والله)، وعلى صفاته نحو (وعزّة الله)، وهي تدخل على الظاهر فقط، ويحذف معها فعل القسم وجوباً^(١)، أي لا يجوز ذكر فعل القسم معها، فلا يجوز القول: أقسم والله العظيم أن أقول الحقيقة، أو أحلف والله العظيم أن أقول الحقيقة.

٢ - حرف الباء:

وهي الأصل في حروف القسم^(٢) تتميز بجواز دخولها مع فعل القسم، وفاعله معها، وعلى المقسم به ظاهراً، كأن تقول: أقسم بالله العظيم، أو أحلف بالله العظيم، وتدخل على جميع أسماء الله الحسنى، ويجوز مع الباء حذف فعل القسم نحو قوله: بالله العظيم أن أقول الحقيقة.

٣ - حرف التاء:

لا تدخل إلا على لفظ الجلالة (الله)^(٣)، كأن تقول: تالله لأناضلن من أجل تحقيق العدالة، فلا يجوز ذكر فعل القسم معها^(٤)، كأن تقول: أقسم تالله لأناضلن من أجل تحقيق العدالة، وهي أقل استخداماً للقسم في وقتنا الحاضر.

العنصر الثاني - المُقسَم:

هو حالف اليمين (الشاهد)، قائل كلمة القسم، أو ما ترادفها من الكلمات اسماً كان، أو فعلاً كقوله: أحلف، أقسم، وأشهد، أو والله، أو وبالله، أو بذكر صفة له مثل وعزّة الله، أو وجلاله.

العنصر الثالث - المُقسَم به:

المُقسَم به هو الموضع الذي يحلف فيه، والذي "دخل عليه حرف القسم، بشرط أن يكون اسماً لله تعالى أو صفةً له"^(٥)، كأن تقول: والله العظيم، أو بالله العظيم أن

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء (٧)، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٢) شرح المفصل، يعيش، المرجع السابق، الجزء (٩)، ص ٩٩، ١٠١.

(٣) الكتاب، سيبيويه، المرجع السابق، الجزء (٣)، ص ٤٩٦.

(٤) شرح المفصل، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٥) شرح المفصل، المرجع السابق، ص ٩٣؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء (٧)، المرجع

السابق، ص ٢٥٣.

أقول الحقيقة. ولا تنعقد يمين الشهادة إلا إذا كان المُقسّم به هو الله تعالى، لقول الرسول ﷺ: من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت^(١).

العنصر الرابع - المُقسّم عليه:

المُقسّم عليه هو ما وقع عليه القسم، وهو "كل ما يجاب به القسم، ويسمى بجواب القسم"^(٢). أو "الجملة المؤكدة"^(٣)، فصيغة اليمين: أحلف أو أقسم بالله أن أقول الحقيقة، تتكون من جملة القسم، وجملة الجواب. وتتكون جملة القسم من فعل القسم (أقسم) أو (أحلف)، والمُقسّم به لفظ الجلالة (الله)، وقد تقدم عليه حرف القسم: (الباء)، أما جملة الجواب فيتمثل في جواب القسم: (أن أقول الحقيقة).

خلاصة القول أن صيغة يمين الشهادة تتكون من جملة القسم وجملة جواب القسم^(٤). وجملة القسم، إما أن تكون فعلية أو اسمية، وتتكون صيغة يمين الشهادة من العناصر اللفظية أنفة الذكر وهي: حروف القسم، المُقسّم، المُقسّم به، والمُقسّم عليه.

- (١) صحيح البخاري، البخاري (محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري) جزء (٣)، دار إحياء التراث العربي، (دون ذكر سنة النشر)، ص ٩٥١؛ صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، الجزء (١١)، دار الكتب العلمية، ١٩٩٢م، ص ٢٩٠.
- (٢) انظر: شرح المفصل، يعيش، المرجع السابق، الجزء (٩) ص ٩٣؛ كذلك الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء (٧)، المرجع السابق، ص ٢٥٧.
- (٣) المخصص، ابن سيده، الجزء (١٣)، المرجع السابق، ص ١١٠.
- (٤) شرح المفصل، المرجع السابق، الجزء (٩)، ص ٩٩.

المبحث الثاني

ضوابط يمين الشهادة وتحليف الشاهد اليمين في مراحل الدعوى الجزائية

لكي تكون يمين الشاهد معتبرةً يستوجب أجراءها وفق الضوابط التي حددها القانون. ويقصد بضوابط اليمين، القواعد التي تحكم اليمين والتي يتعين التقيد بها عند أداء اليمين لضمان سلامة وصحة الشهادة. أستعرض موضوع هذا المبحث في مطلبين، أتحدث في الأول عن ضوابط يمين الشهادة، وفي المطلب الثاني أتحدث عن تحليف الشاهد اليمين في مراحل الدعوى الجزائية، مبيناً موقف المقتن اليميني من مسألة وجوب أو عدم وجوب تحليف الشاهد اليمين في مرحلة جمع الاستدلالات، ومرحلة التحقيق الابتدائي، ومرحلة المحاكمة.

المطلب الأول

ضوابط يمين الشهادة

ليمين الشهادة ضوابط نص عليها القانون منها: توافر الأهلية الإجرائية في الشاهد لأداء اليمين، أسبقية اليمين لسماع الشهادة، صيغة اليمين المطلوب لفظها، شكل حلف اليمين، وقد وضعها المقتن بهدف ضمان مصداقية وصحة الشهادة، أبين هذه الضوابط على النحو الآتي:

أولاً - الأهلية الإجرائية للشاهد لأداء اليمين:

يقصد بالأهلية الإجرائية للشاهد، أهلية الشخص لمباشرة إجراءات حلف اليمين قبل أداء شهادته، من حيث مدى إدراكه لأهمية اليمين، ولما ينتج عنها من آثار قانونية. والقاعدة العامة هي أن كل شهادة يجب أن تسبقها يمين، ومع ذلك أجاز المقتن كاستثناء عدم تطبيق هذه القاعدة في حالتين، واعتبرها من الأعذار المقبولة لإعفاء الشاهد من واجب حلف اليمين. استعرضها على النحو التالي:

١ - عدم بلوغ الشاهد سن الخامسة عشرة من عمره^(١). فقبل بلوغ هذا السن يعتبر

(١) نص على ذلك قانون الإثبات اليميني في المادة (٣١) على أن "الطفل المميز غير أهل للشهادة ولكن تسمع أقواله فيما شاهده كقرينة"، وعرفت المادة (٢) من قانون رعاية الأحداث اليميني رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٢م، المعدل بالقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٧م الحدث بأنه: "كل شخص لم يتجاوز سنة خمس عشرة سنة كاملة وقت ارتكابه فعلاً مجرمًا قانوناً، أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف".

الشاهد مميزاً ولكنه ناقص الأهلية لتحمل المسؤولية الجنائية عن جريمة شهادة الزور، لذلك قرر المقنن عدم جواز تحليفه اليمين لصغر سنه، فهو لا يدرك قيمة أفعاله إداركاً كاملاً، ولا يقدر قيمة اليمين وخطورة شهادته، ومع ذلك أجاز للقاضي أخذ شهادته على سبيل الاستدلال، لافتاً بذلك نظر القاضي إلى ما في هذه الشهادة من الضعف وينصحه بأن يكون أكثر حيلة في تقديرها، وقد تباينت التشريعات العربية في تحديدها للسنة، فبعضها حددتها بعدم بلوغ سن الرابعة عشرة^(١)، والآخر الخامسة عشرة^(٢)، وآخر الثامنة عشرة^(٣).

٢ - المحكوم عليهم بعقوبة جنائية يحرم من حق الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال وبدون حلف اليمين^(٤)، وذلك كعقوبة تبعية^(٥). ويتم

(١) كما جاء في نص المادة (٢٨٣) فقرة ثانية من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (١٦٦) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠م وتعديلاته حتى ١٩٩٦م.

(٢) كما جاء في نص المادة (٩١) فقرة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م، والمادة (٨١) في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري.

(٣) كما ورد في نص المادة (١٢٣) الفقرة (٢) من قانون المسطرة الجنائية المغربي ١٩٥٩م المعدل بموجب القانون رقم (٢٣٠،٥) لسنة ٢٠٠٥م.

(٤) نص على ذلك قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧م المعدل بالقانون رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٣م في المادة (٢٥) فقرة (٣) على أن " كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية... الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال "؛ كما نص على ذلك قانون المسطرة الجنائية المغربي ١٩٥٩م المعدل بالقانون رقم (٢٣،٥) والقانون رقم (٢٤،٥) لسنة ٢٠٠٥م في المادة (٣٣٢) على أنه: " يستمع إلى الأحداث الذين يقل سنهم عن ١٨ سنة أداء اليمين، وكذلك الشأن فيما يخص المحكوم عليهم بعقوبة جنائية والمحرومين من الإدلاء بالشهادة أمام العدالة " أما المقنن اليمني فقد أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية وأتجه إلى حرمان المحكوم عليه من أهلية الشهادة، حيث اشترط في الشاهد أن لا يكون مجلوداً في حد أو مجروحاً في عدالة ما لم تظهر توبته وصلاح عدالته، والعدالة هي الصلاح الظاهر في الشاهد " نص المادة (٢٧) فقرة (ج)، أي أن الحرمان ليس قاصراً على الحق في حلف اليمين وإنما شاملاً الحق في الشهادة، وبخاصة المحكوم عليه بجريمة القذف بهدف حماية الأعراض، فمن لا يتورع في قذف الغير لن يتورع في تقديم الشهادة الزور، لقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۝﴾ (٥).


(٥) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي ١٩٨٢م، ص ٤٦٧.

معاملتهم معاملة ناقصي الأهلية طوال فترة قضائهم العقوبة، ولا يجوز سماع أقوالهم كشهود بيمين إلا بانقضائها، أي أن نقص الأهلية والحرمان مؤقت.

وهناك حالة أخرى أجاز فيها المقنن إعفاء الشاهد من واجب حلف اليمين ليس لعدم توفر الأهلية الإجرائية، وإنما لوجود علاقة أو صلة القرابة بينه وبين المشهود عليه (الخصوم)، فأداء الشهادة بالنسبة لهؤلاء وكذلك حلف اليمين حق وليس واجباً، فمن له حق الامتناع عن أداء الشهادة له حق الامتناع عن أداء اليمين، بمعنى أن له حقاً في الإدلاء بشهادته دون أن يكون ملزماً بحلف اليمين^(١)، غير أنه إذا طلب ممن له صلة قرابة بأحد الخصوم الحضور لأداء اليمين، فإنه يتعين عليه الحضور إلى المكان في الموعد المحدد في أمر الطلب، ومن ثم عليه أن يبدي أسباب امتناعه عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين أمام الجهة المختصة. من المسلم به أن الشاهد الذي يدلي بشهادته دون يمين - على سبيل الاستدلال - لا يسأل جنائياً عن جريمة شهادة الزور إذا أدلى بمعلومات وبيانات غير صحيحة أو ناقصة أو مغلوطة عن قصد، ذلك لانتفاء أحد أركانها وهو حلف اليمين أمام القضاء^(٢). وهو ما قرره المادة (١٧٩) في قانون الجرائم والعقوبات اليمني^(٣)، والمادة (١٣٦) في قانون الجزاء الكويتي^(٤) رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م المعدل حتى عام ٢٠٠٠م.

سبق الإشارة إلى أن الشهادة التي لا تسبقها يمين لا تعد شهادة بمعناها القانوني، ولا يجوز للقاضي التعويل عليها في إصدار حكمه لخلوها من ضمانات

(١) نص على ذلك صراحة قانون المسطرة الجنائية المغربي في المادة (٣٣٢) فقرة ثانية على أنه "يعفى من اليمين أصول المتهم وفروعه وزوجة، وتعتبر تصريحاتهم مجرد معلومات". كما نصت عليها المادة (١١١) الفقرة (٢) في لائحة الإجراءات الجنائية بجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية لسنة ١٩٧٦م الملغية في سنة ١٩٩٤م على أن لكل شاهد حق "رفض الإدلاء بأقوال يمكن أن تؤدي إلى تعرض زوجه أو أخته أو أخواته أو أصوله وفروعه لخطر التعقب الجنائي".

(٢) أحمد أمين: شرح قانون العقوبات الأهلي القسم الخاص، مطبعة دار الكتب المصري ١٩٢٤م، ص ٤٩١، أشار إليه د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص ٤٦٦؛ د. شهاد هابيل البرشاوي، الشهادة الزور... مرجع سابق، ص ٥٨٧، ٦٤٩.

(٣) جاء هذا النص تحت اسم "شهادة الزور" بأنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة الشاهد الذي يدلي بعد حلف اليمين أمام المحكمة بأقوال غير صحيحة أو يكتم كل أو بعض ما يعلم من وقائع الدعوى الجزائية التي يؤدي عنها الشهادة...".

(٤) جاء هذا النص تحت اسم "شهادة الزور" بأنه: "كل شخص كلف بأداء الشهادة أمام إحدى الجهات القضائية وأقسم اليمين ثم أدلى ببيانات كاذبة وهو يعلم عدم صحتها، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو بالغرامة...".

صحة أخذها، فاليمين تضي على الشهادة الثقة التي يتعين أن تتوافر لها كي تكون دليلاً يستمد منه القاضي اقتناعه، كما أنها تلفت انتباه الشاهد إلى أهمية ما يقوله وتجعله حريصاً على قول الحق^(١). فتحقيق الطمأنينة والثقة فيما سيشهد به الشاهد لا يكون إلا بحلف اليمين، خاصة وأنه لا يوجد ضابط آخر أكثر فعالية لإيقاظ ضمير الشاهد وإلزامه قول الحقيقة في ظل خلو تشريعات الإجراءات الجزائية من أي نص يلزم فيه جهات التحقيق والمحكمة تنبيه الشاهد وتحذيره قبل الإدلاء بشهادته إلى وجوب الالتزام بقول الحقيقة وبكل ما يعلم به، وتحذيره بالمسؤولية الجنائية حال مخالفته ذلك عن قصد ومعرفة، بتذكيره بنص المادة العقابية لجريمة شهادة الزور وتلاوتها عليه.

وقد انفردت لائحة الإجراءات الجنائية لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية الملغية بالنص على ذلك، إلى جانب وجوب تحليف الشاهد اليمين القانونية قبل الإدلاء بشهادته^(٢)، ومن الملاحظ أن بعض القضاة في محافظة عدن، ممن أنهوا دراستهم في كلية الحقوق جامعة عدن، وتوظفوا في ظل سريان لائحة الإجراءات الجنائية في المحافظات الجنوبية التي ألغيت في عام ١٩٩٤م، يعتمدون حالياً إلى جانب تحليف الشهود اليمين لتنبههم شفاهة بمسؤوليتهم الجنائية وإلى وجوب قول الحقيقة قبل الإدلاء بشهادتهم^(٣).

هذا الإجراء وإن كان فيه زيادة عما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية إلا أنه في نظري لا ضير فيه، بل هو أمر مستحسن ولا يخالف قواعد استحلاف الشهود،

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

(٢) نصت لائحة الإجراءات الجنائية لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية سابقاً، الصادرة بقرار وزير العدل والأوقاف رقم (١٦٦) سنة ١٩٧٦م والتي ألغيت بصور قانون الإجراءات الجزائية لدولة الوحدة- الجمهورية اليمنية- في سنة ١٩٩٤م، في المادة (١١٦) فقرة (٢) منها على أنه: " يتعين قبل سماع الشهادة أن يقسم الشاهد اليمين وأن ينبه إلى واجبه في المساهمة في البحث عن الحقيقة وكذلك إلى النتائج المترتبة عن تعمد الإدلاء بأقوال كاذبة أو ناقصة وفقاً لنص المادة (٢٢٨) من قانون العقوبات "، وتنص المادة (٢٢٨) من قانون العقوبات الملغى لسنة ١٩٧٦م على معاقبة من يدلي عمداً بالشهادة الكاذبة أمام المحكمة.

(٣) وقد ورد هذا التنبيه في الحكم الصادر عن محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية بمحافظة عدن برقم (١٠١) لسنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، في الدعوى الجزائية رقم (١٤٢) لسنة ١٤٢٣هـ الموافق ٢٠٠٣م، ص ٣؛ وفي حكم آخر رقم (١٥٨) الصادر عن محكمة مديرية صيرة الابتدائية الجزائية بمحافظة عدن لسنة ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦م؛ وفي الدعوى الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٢-٣، أُرشيف المحكمة الابتدائية الجزائية لمديريتي الميناء وصيرة محافظة عدن، حكم غير منشور.

فهو في الأساس يهدف إلى زيادة اطمئنان القاضي بتحذير وتنبيه الشاهد من مغبة قول غير الحقيقة وكل ما يعلم به، خاصة حيث يكثر في زمننا ضعاف النفوس وعديمو القيم الأخلاقية والدينية، فهناك من لا يردعهم أو يرهبهم عقاب الآخرة، فلا يقيمون وزناً للشهادة ولا لخطورة وقيمة اليمين بالله، فلا يتورع أحدهم في الحلف كذباً مقابل المال أو الحصول على امتياز أو مصلحة، ومن جانب آخر فإنه وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة لليمين، إلا أنه يجب على أي حال أن لا يتأثر القاضي باليمين فيصدق الشاهد بيمينه بل له مطلق الحرية في تقدير شهادته، فهناك من الناس من يصدق بغير يمين، وهناك من يكذب بعد أداء أكثر من يمين، وقيل صدق القسم بالرجل ولا تصدق الرجل بالقسم^(١) ومع ذلك لا يجوز التقليل من أهمية اليمين الذي يؤديها الشاهد قبل الإدلاء بشهادته.

ولا أشاطر الرأي القائل بأنه: "طالما أن الشهادة خاضعة أولاً وأخيراً لتقدير المحكمة فلا محل لتقييد المحكمة بعدم قبولها، إذا كان الشاهد قد أدلى بها دون يمين، فالمحكمة تقدر صحة أو كذب الشهادة سواءً أكان الشاهد قد أدلى بها بيمين أم دون يمين حسبما تراه وتقتنع به، وقد تكون الشهادة التي أدلى بها الشاهد دون يمين هي الأصدق والتي تتفق مع الحقيقة"^(٢). إن التسليم بذلك يؤدي إلى حرمان أحد الخصوم من ضمان صحة الشهادة التي يمكن أن يبنى عليها الحكم، وبالتالي حرمانه من حق المطالبة بمسألة الشاهد إذا تبين أنه قد أدلى بشهادة زور، لا بل ومن حقه القانوني في طلب التماس إعادة النظر في الحكم، كون الحكم الصادر والذي تأثر بها القاضي لا يجوز الطعن فيه بطلب إعادة النظر، ذلك أن شرط قبول الطعن بهذا الطريق أن يحكم على الشاهد بعقوبة شهادة الزور، وهو ما يستحيل بالنسبة للشاهد على سبيل الاستدلال^(٣)، كون الشهادة قد أدليت دون يمين.

ثانياً - صيغة يمين الشهادة:

لم تحدد غالبية قوانين الإجراءات الجزائية في الدول العربية صيغة اليمين المطلوب لفظها من قبل الشاهد قبل الإدلاء بشهادته^(٤)، وقد أوردتها المقنن العربي في

(١) أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٥٣٨.

(٢) د. عماد محمد أحمد ربيع، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي- دراسة مقارنة - طبعة أولى،

مكتبة دار الثقافة، عمان - الأردن، ١٩٩٩م، ص ٣٦٢.

(٣) علي زكي العرابي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، الجزء الأول، ١٩٥١م، ص ٥٠٠،

أشار إليه: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

(٤) باستثناء قانون الإجراءات الجنائية المصري، وقانوني أصول المحاكمات الجزائية السوري =

قوانين الإثبات والمعاملات المدنية والتجارية، ولا توجد صيغة موحدة متفق عليها، ومع ذلك فقد أجمعت القوانين على وجوب تحليل الشاهد اليميني، فبعضها حددتها بأن تكون بلفظ أشهد^(١)، والآخر بلفظ أحلف بالله العظيم^(٢)، وثالث بلفظ أقسم بالله العظيم^(٣)، أو والله^(٤). وقد انفرد المقنن اليمني والسوري عن غيرهما في تحديد صيغة اليمين، حيث أخذوا بما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة، بأن تكون الصيغة بلفظ "أشهد"، واعتبرها المقنن اليمني شرطاً من شروط صحة الأخذ بالشهادة بقوله: "يشترط في الشهادة أن تؤدي بلفظ أشهد".

والمعلوم أن لفظ أشهد يتضمن معنى اليمين والمشاهدة في آن واحد، فإذا قال الشاهد أشهد بأنني رأيته فكأنه يقول أحلف بالله أو أقسم بالله أنني رأيته، والملاحظ أن المقنن اليمني قد قرر صيغة أخرى مختلفة لليمين في الخصومة المدنية - أكثر تحديداً - عند تنظيمه لأركان اليمين وشروطها، وهو أن يقول الحالف: "أحلف بالله العظيم"^(٥). وفي نظري أن صيغه اليمين يجب أن تكون بذكر الله، عملاً بإحكام الشريعة لقوله - عز وجل - في كتابة الكريم: ﴿قَالُوا تَقَاسَمُوا بِاللَّهِ﴾^(٦)، ولقوله تعالى أيضاً: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ

= واللبناني، فقد نصا مع عدم تحديد صيغة معينة لليمين حيث اقتصر على القول: "بأن ينطق بالحق دون زيادة أو نقصان" وفي الإجراءات المصري بأن "يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق".

(١) المادة (٤١) فقرة (٢) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م، بشأن قانون الإثبات اليمني المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م؛ يقابلها نص المادتين (٧٧) و(٩٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠م.

(٢) المادة (٤١) من وثيقة مسقط للنظام الموحد للإثبات بدول مجلس التعاون الخليج العربي، اعتمدها المجلس الأعلى في دورته الثانية والعشرين التي عقدت في مسقط - سلطنة عمان بتاريخ ١٥-١٦ شوال ١٤٢٢هـ الموافق ٣٠-٣١ ديسمبر ٢٠٠١م كقانون استرشادي لمدة (٤) سنوات، منشور على الإنترنت موقع دار العدالة والقانون العربية، بتاريخ: ١٦ ديسمبر ٢٠١٠م الساعة ٣٥،١٠ دقيقة مساءً.

<http://www.justicw-lawhome.com/vb/showthread.php?t=10738>

(٣) المادة (٤١) فقرة (٢) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية لدولة الإمارات، والمادة (١٢٣) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، رقم (١٠، ٢٢) الصادر في ٣ أكتوبر ٢٠٠٢م، والمادتان (٤٤ و ٧٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي.

(٤) المادة (٦٦) من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢م المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥م، والمواد (١٧٤، ٢١٩) في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(٥) المادة (١٣٦) من قانون الإثبات اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م، المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.

(٦) سورة النمل: الآية (٤٩).

جَهْدَ أَيْمَنِهِمْ^(١)، ولقول الرسول ﷺ: من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت^(٢) سواء أكان ذلك بالنسبة للشاهد أم للمتخاصمين في الدعاوى المدنية أو التجارية أو الجنائية، فلا يوجد ما يمنع من تحليف الشاهد بالصيغة المتبعة لتحليف الخصوم، بأن يقول: "أحلف بالله العظيم" أو "أقسم بالله العظيم" فهي لا تتعارض مع الشرع، إلى جانب أنها الصيغة التي يجري العمل بها حالياً عند تحليف الشهود في المحاكم اليمنية، والصيغتان تحملان نفس المعنى والمغزى، إلى جانب أن في ذكر الله رهبة وتأثير في نفس الشاهد وقلبه، ويشعره بجلال الموقف، لذلك أرى تعديل الفقرة (٢) من المادة (٤١) من قانون الإثبات اليمني ليكون حلف اليمين بذكر الله العظيم بدلاً من لفظ "أشهد".

أما المقنن الأردني فقد انفرد عن غيره بالنص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية في المواد (١٧٤، ٢١٩)، حيث أوجب في المادة (٢١٩) منه رئيس المحكمة بعد أن يسأل الشاهد عن اسمه وشهرته وقبل الاستماع إلى إفادته بأن "يحلفه اليمين بالله العظيم بأن ينطق بالحق دون زيادة أو نقصان". وبذات الصيغة نصت عليها في المادة (١٧٤) بقولها: "يسأل رئيس المحكمة كل شاهد على انفراد قبل سماع شهادته عن اسمه وشهرته... ويحلفه اليمين بالله العظيم بأن يشهد بالحق دون زيادة أو نقصان ويدون ذلك في محضر المحاكمة"^(٣). أما المقنن الإماراتي فقد نص عليها في قانون الإثبات بقوله يحلف الشاهد اليمين بأن يقول: "أقسم بالله العظيم أن أقول كل الحق ولا شيء غير الحق، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بدينه إن طلب ذلك"^(٤). والملاحظ تتطابق هذا النص حرفياً مع النص الوارد في المادة (٤٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠م.

(١) سورة الأنعام: الآية (١٠٩).

(٢) صحيح البخاري: البخاري (محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله)، دار إحياء التراث العربي دون تاريخ الإصدار، الجزء (٢)، باب كيف يستحلف، ص ٩٥١، الحديث رقم (٢٦٢٤)؛ صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، الجزء (١١)، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى برقم (٤٢١١)، دار الكتب العلمية، ١٩٩٢م، ص ٩٠.

(٣) قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١م المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠١م، والقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٦م؛ مع الملاحظة، أن صيغة اليمين المقررة في مرحلة التحقيق الابتدائي تختلف عن الصيغة أعلاه المقررة في مرحلة المحاكمة، حيث أوجبت المادة (٧١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، النيابة العامة تحليف الشاهد بأن: "يشهد بواقع الحال بدون زيادة أو نقصان"، وعلى أن يدون كل ذلك في المحضر، وفي نظري إن هذا الاختلاف في صيغة اليمين لا يوجد ما يبرره، فالأحرى بالمقنن توحيدها.

(٤) المادة (٤١) فقرة (٢) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

أما نظام الإجراءات الجزائية السعودي، فقد نظم إجراءات الاستماع إلى الشهود في الفصل الخامس من الباب الرابع بعنوان: "الاستماع إلى الشهود". المواد (٩٥-١٠٠) ولم يحدد شروطاً لصحة الشهادة، قبولها أو عدم قبولها، كما سكت في الفصل السادس من الباب الخامس تحت عنوان "نظام الجلسة وإجراءاتها"، عن أي ذكر بشأن تحليل الشاهد اليمين من قبل القاضي وبالتالي صيغتها^(١). ومع ذلك تبين لنا من خلال الإطلاع ودراسة بعض الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة، أن القضاء السعودي قد عمد إلى تحليل الشهود اليمين الشرعية مع الاختلاف في صيغتها أمام قاضي وآخر، وذلك قبل وبعد صدور نظامي الإجراءات الجزائية والمرافعات الشرعية^(٢)

وأرى أنه من المستحسن النص عليها في نظام الإجراءات الجزائية مع توحيد صيغتها، كون ذلك يتوافق مع ما هو معمول به حالياً في محاكم المملكة، وكذلك ينسجم مع التوجه العام لدول مجلس التعاون الخليجي بشأن تقريب وتوحيد أنظمتها القانونية، وهو ما تسعى إلى تحقيقه منذ سنوات لجنة من الخبراء والمختصين في دول مجلس التعاون الخليجي، عند إعدادهم وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للإثبات بدول المجلس لسنة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، حيث حددت في المادة (٤١) فقرة

(١) انظر: المواد (١٥٥-١٧٤) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٠) بتاريخ ١٤/٧/١٤٢٢هـ، المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٩) بتاريخ: ٢٨/٧/١٤٢٢هـ، حيث سكت أيضاً عن وجوب تحليل الخبراء والمترجمين في المادة (١٧٢) عند ندهم أو الاستعانة بهم من قبل المحكمة.

(٢) ومن أمثلة ذلك ما تضمنه الحكم الصادر من المحكمة العامة بالرياض رقم الصك (١٧١/٣١) بتاريخ: ٧/٩/١٤٢٦هـ. في القضية المرورية حيث ترك القاضي أمر اختيار صيغة اليمين للشهود دون تدخل منه، وترتب عن ذلك أن شاهد المدعي عليه قدم إفادته دون إن يحلف اليمين أمامه، حيث سرد مباشرة ما شاهده قائلاً عندما سؤل عما لديه من شهادة: "إنني كنت راكباً مع المدعي عليه الحاضر بسيارته..." أما شاهد المدعي فقد قدم شهادته مسبقة بلفظ أشهد قائلاً: "أشهد أنني كنت في أحد الأيام ذاهباً للثمالة وكنت أسير في الطريق..." منشور في مدونه الأحكام القضائية الإصدار الأول عن الإدارة العامة للتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل السعودي سنة ١٤٢٨هـ، ص ٢٣٨، ٢٣٧، ٢٣٤، وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الجزائية بالرياض بتاريخ: ٩/٣/١٤٢٦هـ، في القضية الجزائية، رقم الصك: (١٠٥/٢١/ق) بتاريخ ١٧/٣/١٤٣٦هـ، جريمة قذف، حلف شاهد المجني اليمين عند استحلافه من قبل القاضي بلفظ "أشهد لله أنه بعد مرور خطاب من مدير الشرطة..." وكذلك شهود المدعي حيث سبق شهادتهم لفظ "أشهد لله..."، وقد صادقت محكمة التمييز على الحكم بالقرار رقم (٢٧٩/ج ٢) في ٢٧/٤/١٤٢٦هـ، منشور في مدونة الأحكام القضائية الإصدار الثاني، المرجع السابق، ١٤٢٨هـ، ص ١٨٠، ١٨٢، ١٨.

(ب)، صيغه يمين الشهادة قبل تأدية الشاهد لشهادته بأن يقول: "أقسم بالله العظيم أن أقول الحق ولا شيء غير الحق" (١).

أما المقنن المصري فلم يبين في قانون الإجراءات الجنائية، أو قانون الإثبات صيغة حلف اليمين المطلوب لفظه من قبل الشاهد قبل الإدلاء بشهادته، واقتصر القول في المادة (٨٦) في قانون الإثبات بأن على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق، وإلا كانت شهادته باطلة ويكون الحلف حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك (٢). مع ذلك فإن عدم تضمين صيغة اليمين ذكر الله لا يفهم منه عدم جواز ذكره أثناء حلف اليمين، كأن يقول أحلف بالله، أو أقسم بالله، أو يمين بالله، وكما سبق الإشارة بأن لفظ الحلف واليمين والقسم بمعنى واحد وتتضمن معنى الدين، كما يتضح ذلك من قول المقنن في نص المادة (٨٦) من قانون الإثبات عندما أجاز للشاهد حلف اليمين "بحسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك"، لذلك يصح القول بأنه ليس في القانون المصري ما يوجب على الشاهد أن يقول والله العظيم ويكفي أن يقول أحلف أو أقسم أن أقول الحق... الخ، ولكن من جهة أخرى صدق القول بأنه يجب على الشاهد أن يحلف بما يصدق به وأقوى ما يصدق به هو أن يقسم بالله العظيم (٣)، وهي صيغة اليمين التي يجري العمل بها في المحاكم والنيابات المصرية (٤).

وفي هذا الاتجاه سار المقنن السوري حيث أوجب في المادة (٧٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بأن "يتثبت قاضي التحقيق من هوية الشاهد... ويحلفه بأن يشهد بواقع الحال بدون زيادة أو نقصان..."، وفي مرحلة المحاكمة بعد أن يسأل

(١) انظر: وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للإثبات بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، وتتكون من (٩٣) مادة اشتملت على الأحكام المتعلقة بالإثبات في الدعاوى وهي ما توصلت إليها لجنة من الخبراء والمختصين في الدول الأعضاء، ووافق عليها وزراء العدل بدول المجلس في اجتماعهم الثالث عشر الذي عقد في مملكة البحرين بتاريخ ٧-٨ شعبان ١٤٢٢هـ الموافق ٢٣-٢٤ أكتوبر ٢٠٠١م واعتمدها المجلس الأعلى في دورته الثانية والعشرين التي عقدت في مسقط - سلطنة عمان بتاريخ: ١٥-١٦ شوال ١٤٢٢هـ الموافق ٣٠-٣١ ديسمبر ٢٠٠١م كقانون استرشادي لمدة (٤) سنوات، منشور على الإنترنت، موقع: ١٦ يوليو ٢٠١١م الساعة ٣٥،١٠ دقيقة المساء.

<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=10738>

(٢) وقرّيب من الصيغة ذاتها وردت في المادة (٢٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية، ونصها: "يجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق".

(٣) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٥٤٣.

(٤) انظر: د. شهاد هابيل البرشاوي، الشهادة الزور...، مرجع سابق، ص ٦٤٧.

الرئيس الشاهد عن اسمه وشهرته وعمره..." يحلفه اليمين بأن ينطق بالحق..."^(١)، وقريباً منه مجاء في المادة (٧٧) فقرة (٣) من قانون البينات السوري بقوله: "ويجب أن يؤدي الشاهد قبل الإدلاء بالشهادة يميناً بأن يقول الحق..." وفي هذا الاتجاه سار أيضاً المقنن اللبناني في أصول المحاكمات الجزائية بقوله: على قاضي التحقيق بعد أن يسأل الشاهد عن اسمه وشهرته، أن يحلفه اليمين بأن يشهد بواقع الحال، ويحلف الشاهد بذات الصيغة في مرحلة المحاكمة^(٢).

أجازت قوانين الإثبات في كل من اليمن ومصر والكويت والإمارات على تحليف غير المسلم على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك^(٣). وهذا يتوافق مع الهدف والغاية من اليمين، وهو إيقاظ ضمير الشاهد بأن يحلف وفق ما تفرضه عقيدته وديانته ليحمله على قول الصدق؛ ذلك لأنه لو تم تحليفه بشيء لا يؤمن به خلافاً لديانته، فإنه لن يتردد في تحريف الحقيقة وقول الكذب دون خوف أو رهبة، لأن ديانة غيره لن تؤثر في قرار نفسه أو ضميره، أما الشاهد الذي لا معتقد له ولا يدين بأي إله، أرى أنه يتوجب قبل أداء شهادته تنبيهه وتحذيره بالمسؤولية الجنائية في حالة تقديمه معلومات كاذبة، أو ناقصة عن قصد وعلم، وذلك بقراءة نص المادة العقابية لجريمة شهادة الزور عليه، وتحرير محضر بذلك يوقع عليه الشاهد والقاضي وكاتب الجلسة، وعلى أن تكون صيغة أو عبارة اليمين عامة، تبدأ بلفظ أقسم أو أؤكد أو أعد أو أخبر "بأن أقول الحقيقة وكل ما أعلم به دون زيادة أو نقصان". وبذلك تكون شهادته مع توقيعه على محضر التنبيه شهادة مكتملة، يترتب في حالة كذبه مساءلته بتهمة الإدلاء بشهادة زور.

نصت بعض التشريعات العربية صراحة بأن عدم تحليف الشاهد على الصورة وبالصيغة المقررة في القانون يترتب عنه بطلان الشهادة^(٤)، باستثناء التشريع الإماراتي، حيث سكت عن ذكر ذلك في قانون الإجراءات الجزائية وقانون الإثبات في

- (١) المادة (٢٨٦) فقرة (٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري.
- (٢) هذا هو مقتضى نص المادتين (٧٩) (٢٩٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني الصادر في (١٨) أيلول ١٩٤٨م مع تعديلاته بالقانون رقم ٩٣/٢٢٨.
- (٣) جاء ذلك في المادة (٤٤) فقرة (٢) من قانون الإثبات الكويتي، والمادة (٨٦) من قانون الإثبات المصري، والمادة (٤١) فقرة ثانية من قانون الإثبات الإماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م، والمادة (٦٨) من قانون الإثبات اليمني.
- (٤) انظر: المادة (٢٩٨) قانون أصول المحاكمات اللبناني، المادة (٢٨٦) فقرة (٢) قانون أصول المحاكمات السوري، والمادة (٨٦) قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري، والمادة (٤١) فقرة (٢) من قانون الإثبات اليمني التي نصت على أربعة شروط يجب توافرها في الشهادة إحداها "أن تؤدي بلفظ أشهد" مما يفيد أنه إذا تخلف هذا الشرط ترتب عنه انتفاء صفة الشهادة وعدم صحتها وبالتالي لا يجوز التعويل عليها.

المعاملات المدنية والتجارية، وكذلك المقنن الكويتي في قانوني الإجراءات والمحاكمات الجزائية والإثبات في المواد المدنية والتجارية.

أخلص مما تقدم عرضه، أن غالبية تشريعات الإجراءات الجزائية والإثبات نصت على وجوب تحليف الشهود اليمين قبل الإدلاء بشهادتهم، مع اختلاف صيغتها، باستثناء نظامي الإجراءات الجزائية والإثبات في المملكة العربية السعودية وقوانين روسيا الاتحادية، فقد خلت من أي نص يوجب تحليف الشاهد اليمين قبل الإدلاء بشهادته.

ثالثاً - أسبقية اليمين لسماع الشهادة:

نصت القوانين الوضعية الحديثة بما فيها قانون الإثبات اليمني^(١)، وكذلك قانون الإجراءات الجزائية على وجوب تحليف الشاهد اليمين قبل سماع شهادته في المادة (٢٥٣) بند (١) بقوله: "بعد أن يسأل القاضي الشاهد عن اسمه ولقبه وعمره... يحلفه اليمين الشرعية ثم يؤدي شهادته شفاهة"، تقابلها نص المادة (٢/٢٨٦) في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠م وتعديلاته، ونص المادة (٢٩٨) الفقرة الثانية من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمادة (٩١) و(١٧٦) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، والمادة (٢٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (١٦٥) في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي. إن هذا الشرط جاء من منطلق أن حلف اليمين قبل أداء الشهادة ينبه ضمير الشاهد إلى وجوب قول الحقيقة بصدق وأمانه، والعكس لو شهد دون أن تسبقه اليمين فقد يتهاون في أدائها، ومن ثم إذا طلب منه اليمين على أنها صادقة فقد لا يجرو في التراجع والاعتراف بعدم صحتها فيضطر إلى تأييدها باليمين^(٢).

ومن جانب آخر فإن كل شهادة لا تكون مسبقة بيمين لا تعد شهادة، ولا يعاقب قائلها على ما قد يذكره فيها من وقائع مغايرة للحقيقة، إذ أن أحد أركان جريمة شهادة الزور هو أن تكون قد أدليت أمام مجلس القضاء بموجب قسم^(٣). أي أن يدلي الشاهد بأقوال كاذبة بعد أن تعهد أمام المحكمة بأن يقول الحقيقة ولكنه نقض عهده، لذلك فقد اعتبر أن أساس العقاب على شهادة الزور ليس هو الكذب في ذاته وإنما الحنث باليمين^(٤). أي الإخلال بالتزامه بعد أن اتخذ من الله تعالى ليكون رقيباً على

(١) نصت المادة (٦٨) في قانون الإثبات اليمني على أنه: "تحلف المحكمة الشاهد قبل أداء الشهادة بأن يقول الحق...".

(٢) د. رؤوف صادق عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة الثالثة عشرة، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٣٨٩.

(٣) للتفاصيل انظر: د. شهاد هابيل البرشاوي، مرجع سابق، ١٩٨٢م، ص ٦١٥ و ٦٤٩-٦٥٠.

قول الحق. وقد دعم المقنن اليمني كغيره هذا الالتزام بتجريمه شهادة الزور بقوله: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة الشاهد الذي يدلي بعد حلف اليمين أمام المحكمة بأقوال غير صحيحة..."^(١).

مما سبق يتضح أنه إذا لم يحلف الشاهد اليمين قبل أداء شهادته وإنما حلف بعدها كأن يقول: "هذا كل ما لدي أو ما عندي وأشهد لله بذلك". أو "أشهد بأن ما قلته كان صادقاً وبحق"، يترتب عنه بطلان العمل الإجرائي وبالتالي بطلان الشهادة، ذلك لأن هذا الحلف اللاحق لا يصحح البطلان السابق الذي وقع بمجرد سماع أقواله بدون يمين^(٢). فإذا أدبت الشهادة بغير يمين ثم حلف الشاهد بعد ذلك يميناً على أنها صادقة كانت شهادته مع ذلك باطلة^(٣)، ذلك لأن حلف اليمين إجراء جوهري من شأن تخلفه أن يصف الشهادة بالبطلان^(٤). بل هناك من يرى أنه لا يمكن للخصوم في الدعوى الاتفاق على إعفاء الشاهد منها في التحقيق النهائي، وعلى المحكمة أن تحلفه من تلقاء نفسها، ولا يزيل البطلان الناشئ عن إعفائها هذا الإجراء سكوت المدعي عليه أو المدعي الشخصي أو النائب العام^(٥). ويرى البعض الآخر أن هذا البطلان يصح بالتنازل عنه صراحة أو ضمناً بسكوت المتهم أو من يمثله أو محاميه وعدم اعتراضه على عدم تحليف الشاهد اليمين قبل الإدلاء بشهادته^(٦). وقد ذهب إلى ذلك محكمة النقض المصرية حيث

- (١) المرجع السابق، في ذات الصفحات.
- (٢) المادة (١٧٩) القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات.
- (٣) انظر: أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٥٣٧-٥٣٨.
- (٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٤؛ د. محمود نجيب حسني: الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ١٠٣-١٠٤. د. شهادة هابيل البر شاوي، شهادة الزور، مرجع سابق، ص ٦٤٩.
- (٥) محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٨م، الطبعة الثانية عشرة، ص ٢٩٧.
- (٦) د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٤٤٨؛ د. علي محمد جعفر، مبادئ المحاكمات الجزائية اللبنانية، طبعة أولى، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٤م، ص ١٧٧، أشار إليه د. عماد محمد أحمد ربيع، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، ١٩٩٩م؛ د. مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٩٨-١٩٩.
- (٧) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص ٤٠؛ د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه القاهرة، سنة ١٩٥٩م، ص ١٤٦-١٥٠، أشار إليه د. حسني الجندي، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة ١٩٩٢م، ص ٣٠٦.

قضت بأن بطلان الشهادة بسبب عدم حلف اليمين هو بطلان يتعلق بمصلحة الخصوم يسقط إذا تم بحضور المحامي دون اعتراض منه^(١).

بل هناك من يرى بطلان الشهادة المدلى بها دون يمين، مع جواز أخذها على سبيل الاستدلال، بحجة أن الشهادة خاضعة أولاً وأخيراً لتقدير المحكمة فلا محل لتقيد المحكمة بعدم قبولها إذا كان الشاهد قد أدلى بها دون يمين، فالمحكمة تقدر صحة أو كذب الشهادة سواء أكان الشاهد قد أدلى بها بيمين أم دون يمين حسبما تراه وتقتنع به، وقد تكون الشهادة التي أدلى بها الشاهد دون يمين هي الأصديق والتي تتفق مع الحقيقة^(٢). ومع ذلك فإن الأشخاص الذين تسمع شهادتهم بغير يمين هم أقل ثقة ممن أوجب عليهم القانون حلفها، كما أنه لا يوجد ما يمنع أخذ الشهادة دون حلف اليمين على سبيل الاستدلال أو المعلومات إذا أنس القاضي الصدق، ومع ذلك لا يجوز الاستناد إليها وحدها في الحكم دون تعزيزها بأدلة أخرى، كما هو الحال بالنسبة إلى شهادة الصبي غير المميز، صحيح أنه ليست كل شهادة أدليت بيمين أن تكون بالضرورة صادقة ومطابقة للواقع، ومع ذلك فليس من مصلحة العدالة سماع شهادة شاهد يتوفر فيه شرط التمييز والبلوغ دون أن تحلفه المحكمة اليمين القانونية، فاليمين وإن كان ليس المصدر الذي ينشئ الاقتناع عند القاضي إلا أنه يقوي قناعته بصديق إفادة الشاهد وبأقواله، فيطمئن إليه في تكوين عقيدته.

رابعاً - مدى إعادة تحليف الشاهد إذا تكررت جلسات الاستماع إليه:

في حالة ما قد يتطلب الأمر إعادة سؤال الشاهد أكثر من مرة، فهل يتطلب إعادة تحليفه اليمين؟

١ - في مرحلة المحاكمة:

إذا تطلب الأمر من الشاهد أداء الشهادة أكثر من مرة في القضية ذاتها وفي جلسة واحدة، فلا موجب لتحليفه مرة أخرى كونه لا يزال تحت سلطان القسم، وكذلك الحال عند إعادة سماع الشاهد في جلسة ثانية، يجوز الاكتفاء بتذكيره بأنه قد حلف اليمين على قول الحقيقة في الجلسة السابقة^(٣)، ذلك لأن الفترة التي تفصل بين

(١) نقض مصري ١٧/١١/١٩٥٩م مجموعة أحكام النقض، س ١٠ رقم (١٩٠)، ص ٨٩٦.

(٢) د. عماد محمد أحمد ربيع، مرجع سابق، ص ٣٦١-٣٦٢.

(٣) نص على ذلك صراحة قانون المسطرة الجنائية المغربي لسنة ١٩٥٩م المعدل بالقانون رقم (٢٣،٠٥) والقانون رقم (٣٤،٠٥) في سنة ٢٠٠٥م في المادة (٣٣٣) على أنه: "لا يتعين على الشاهد الذي يستمع إليه عدة مرات أثناء متابعة نفس المناقشات تجديد يمينه، غير أن الرئيس يذكره عند الاقتضاء باليمين التي سبق له أن أداها".

جلسة محاكمة وأخرى قد تصل إلى عدة أسابيع وأكثر من شهر فتذكير الشاهد وتنبيهه بذلك في غاية الأهمية. أما في حالة إعادة سماع إفادة الشاهد أمام هيئة المحكمة بتشكيلة جديدة أو قاضي بديل أي في حالة استلام قاضي آخر مهمة النظر في الدعوى، أرى أن الأمر يستلزم تحليفه اليمين مرة أخرى^(١).

فالقضاة لا يكملون بعضهم البعض كما هو الحال بالنسبة لأعضاء النيابة العامة، حيث يجوز لعضو النيابة أن يحل محل زميله ويكمل الإجراءات من حيث ما توقف في آخر نقطة وصل إليها، ويستوي كذلك إذا حلف الشاهد اليمين في مرحلة التحقيق الابتدائي أمام المحقق، فلا غنى عن تحليفه اليمين مرة أخرى في مجلس القضاء قبل الإدلاء بشهادته، عملاً بمبدأ شفهيّة ومباشرة إجراءات التحقيق القضائي، والذي بموجبه يتعين على المحكمة عند نظر القضية أن تبحث فيها بنفسها مباشرة الأدلة، بما في ذلك استجواب المتهم وسؤال المجني عليه والشهود والمدعي بالحق المدني والمسؤول مدنياً، وأن تستمع إلى تقارير الخبراء، وتفحص الأدلة المادية وغيرها من المستندات وتخضعها للمناقشة الشفوية^(٢).

أما القضاء المصري فقد علق مسألة وجوب أو عدم وجوب إعادة إجراءات المحاكمة أو إعادة سماع الشهود عند تغيير هيئة المحكمة إلى موافقة المتهم أو مدافعه الصريحة أو الضمنية بقولها: "إعادة إجراءات المحاكمة أو سماع الشهود عند تغيير المحكمة غير واجب، ما لم يصر المتهم أو المدافع عنه طلب إعادة الإجراءات صراحة أو ضمناً. الحكم في الدعوى دون إعادة لا عيب"^(٣).

٢ - في مرحلة التحقيق الابتدائي:

نصت غالبية قوانين الإجراءات الجزائية في الدول العربية على وجوب تحليف الشاهد اليمين القانونية في مرحلة التحقيق الابتدائي أمام سلطة التحقيق (النيابة

(١) وهناك من يرى أنه إذا أدى الشاهد اليمين فإن يمينه يعلق بالدعوة فلا يلزم تحليفه كلما رُوي استجوابه. انظر: د. عبد العزيز سعود العزي، الحماية الجزائية للشهادة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد (٤) السنة (٣٠) ديسمبر ٢٠٠٦م، ص ٩٥؛ محمد الطاهر محمد عبد العزيز، ضوابط الإثبات الجنائي في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٥٤.

(٢) هذا هو مقتضى نص المادة (٢٦٤) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٣) نقض مصري ١٩٧٤م/٤/٧ س ٢٥-٨٤-٤٩٠ طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤٤ ق. مشار إليه في محمد الطاهر محمد عبد العزيز، ضوابط الإثبات الجنائي في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٧٥.

العامة، قاضي التحقيق، المحقق)، وذلك قبل أداء شهادته، ومنها قانون الإجراءات الجنائية المصري وقانون الإجراءات الجزائية الإماراتي والكويتي وأصول المحاكمات الجزائية السوري والأردني واللبناني، باستثناء قانون الإجراءات الجزائية اليمني، سوف أبينه تفصيلاً عند الحديث عن تحليف الشاهد في مراحل الدعوى الجزائية، وعن موقف المقنن اليمني منه.

وفي الغالب أن الشاهد يحلف اليمين مرة واحدة في مرحلة التحقيق الابتدائي، حتى إذا تعددت جلسات سماعه مرات بهدف استيضاح بعض الأمور أو الوقائع فلا يحلفه مرة أخرى، بل يتم تذكيره من قبل المحقق أو وكيل النيابة العامة بأنه ما يزال تحت تأثير القسم القانوني، ويدون هذا التنبيه في المحضر ومن ثم تشرع سلطة التحقيق بالاستيضاح من الشاهد عما يريده^(١). وكذلك الحال عند استبدال القائم بالتحقيق في القضية فإن المحقق البديل لا يوجب عليه عند إعادة سؤال الشاهد تحليفه اليمين مرة أخرى، بل يكفي بتذكيره أو تنبيهه إلى أنه مازال تحت تأثير القسم. والجدير بالإشارة أن المقنن لم يقرر عقوبة على أقوال الشاهد التي أُلبيت في مرحلة التحقيق الابتدائي، ولو قصد الشاهد بذلك تغيير الحقيقة لأنها لا تعتبر شهادة زور، فشهادة الزور من جرائم الجلسات، ووفقاً للقانون أن تكون قد أُلبيت في أثناء جلسات المحاكمة، ولتوقيع عقوبة شهادة الزور يجب أن يبقى الشاهد مصراً على ما أدلى به من أقوال في شهادته حتى نهاية النظر في الدعوى وإقفال باب المرافعات الختامية، فبإقفالها تكون جريمة شهادة الزور تمت ويستوجب حينها معاقبة الشاهد. لذلك لا مجال لمعاقبته والدعوى لا تزال في مرحلة التحقيق الابتدائي، وفي هذه الحالة فإن الإجراء المتبع من قبل المحقق عادة استبعاد شهادة شاهد الزور من ملف التحقيقات، ولا يدرج اسمه ضمن قائمة شهود الإثبات المقدمة إلى المحكمة في قرار الإحالة، إلى جانب أنه لتوقيع عقوبة شهادة الزور، يجب أن يبقى الشاهد مصراً على ما أدلى به من أقوال في شهادته حتى نهاية النظر في الدعوى وإقفال باب المرافعات الختامية، فبإقفالها تكون جريمة شهادة الزور تمت ويستوجب حينها معاقبة الشاهد^(٢) لذلك لا مجال لمعاقبته والدعوى لا تزال في مرحلة التحقيق الابتدائي.

- (١) د. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، دار المنشورات الحقوقية، طبعة سنة ١٩٩٣م، ص ٣٦٥، أشار إليه د. أحمد فالح الخرابشه، الإشكالات الإجرائية للشهادة في المسائل الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩م، ص ١٧٨.
- (٢) للاستزادة أكثر انظر: د. شهاد هابيل البرشاوي، شهادة الزور... مرجع سابق، ص ٦٧٢ وما بعدها.

خامساً - شكل حلف اليمين:

يقصد بشكل حلف اليمين، الصورة التي يتم فيها تحليف الشاهد وهو يتعلق بتغليب اليمين، لا يوجد شكل محدد حول الكيفية التي يجب أن يتم فيها تحليف الشاهد اليمين، ولكن بهدف بعث الثقة في النفس وزيادة في الاطمئنان بصدق ما سيدلي به الشاهد من أقوال، ولضمان قول الحقيقة يتم التأثير عليه بتغليب اليمين، بمعنى جعلها أقوى في التأثير بحيث يشعر الشاهد بجلال الموقف وبخطر اليمين، والتغليب ثلاث صور:

الصورة الأولى نوعان:

أ - التغليب اللفظي: وذلك بزيادة ذكر أسماء الله وصفاته بأن يقول مثلاً: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية^(١).

ب - التغليب بزيادة عدد الشهود: كما هو الحال في الإثبات بالقسامة^(٢).

الصورة الثانية: التغليب بالمكان والزمان: أي يربط الشاهد بمكان وزمان لهما أثر وقيمة عظيمة في نفسه، وذلك بتحليفه في مكان دور العبادة كالمسجد بعد صلاة العصر كما فعل الرسول ﷺ - في قصة الوصية^(٣)، ولقول الله - عز وجل -:

(١) التغليب اللفظي عُرفَ قديماً عند فقهاء الشريعة الإسلامية في تحليف المدعي، انظر: المغني لابن قدامة (ابن محمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة)، (٥٤١ - ٦٢٠ هـ)، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح الحلو، الجزء (١٤)، كتاب الأقضية (١٩١٣ مسألة) اليمين التي يراد بها المطلوب، دار عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧م، ص ٢٢٢.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٢٤ - ٢٢٥، ص ١٧٠ - ١٧٢: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا في القسامة" ولأن في القسامة يتطلب يمين (٥٠) شاهداً، أو شاهد واحد يحلف خمسين مرة لقول مذهب الشافعي: "فإن كان الوارث واحداً حلف خمسين يميناً.." انظر: سبل السلام، الأمير الصنعاني (محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني أبو إبراهيم)، الجزء الثالث، كتاب الجنایات، دار الفكر، ١٩٩٥م، ص ١٦١٨.

(٣) انظر: السنن الصغرى: البيهقي (أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي) الجزء الرابع، كتاب الشهادات، باب شهادة أهل الذمة، تحقيق بهجت يوسف حمد أبو الطيب، دار الجيل، بيروت، دون ذكر سنة النشر، ص ٣٢٥، وباب تأكيد اليمين بالمكان والزمان...، المرجع ذاته، ص ٣٤٣؛ روي أن أحد المسلمين كان مسافراً للتجارة وفي طريقه أصيب بمرض، وعندما قاربه الأجل، عمد إلى تسليم ماله إلى مسافرين (ذميين)، وذلك لعدم وجود مسافرين معه من المسلمين ليشهدان على الوصية، وعندما استلم الورثة التركية منهما، ارتابوا في نزاهتهما، وادعوا عليهما بالخيانة، وحكم (بحبسهما) أي بتوقيفهما إلى ما بعد صلاة العصر ليقسمان، =

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ﴾^(١)

الصورة الثالثة: التغليف بوضع الحالف يده اليمنى على المصحف، أو ما يعتبر في دينه الكتاب المقدس^(٢)، أو برفع يده اليمنى إلى الأعلى ليشعر برهبة الموقف وخطورة ما يقدم عليه.

في الواقع أن تغليب اليمين بالمكان والزمان لم يعد معمولاً به في وقتنا الحاضر، سواء بالنسبة للشهود أم لأطراف الدعوى في القضايا المدنية والتجارية أو الجنائية، والقاعدة التي أخذت بها التشريعات الحديثة أن يتم الإدلاء بالشهادة وتحليف الشاهد في المحكمة أثناء جلسة المحاكمة أمام مجلس القضاء^(٣)، إلا في حالة تعذر حضور الشاهد لأسباب قاهرة كالمرض، تنتقل المحكمة بأعضائها مع أطراف الدعوى إلى مكان تواجد الشاهد لسماع أقواله، وهو استثناء عن القاعدة العامة^(٤). أما تغليب اليمين بوضع اليد على المصحف فما زال يطبق من قبل بعض قضاة المحاكم اليمنية، وهذا ما نلاحظه في المحاكم الابتدائية الجزائية في محافظة عدن، فقانوني الإجراءات

= أي يحلفان بالله على أنهما صادقان لم يأخذا شيئاً من مال الورثة، وقد اختير هذا الوقت وكذلك المكان لأن أهل الكتاب أيضاً يعظمونها. انظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود: للأبادي، الجزء ١٠، دار الفكر، دون ذكر سنة النشر، ص ١٣.

(١) سورة المائدة: الآية (١٠٦).

(٢) انظر: السنن الصغرى، المرجع السابق، باب تأكيد اليمين بالمكان والزمان، والوعظ والتخويف بالله عز وجل، وكيف يحلف؟، ص ٣٤٤ - ٣٤٥، حيث روي الشافعي "أن ابن الزبير أمرنا أن نحلف على المصحف. وقال "وقد كان من حُكام لأفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن" وروي أيضاً "عن ابن سيرين: أن كعب بن سور أدخل يهودياً الكنيسة، ووضع التوراة على رأسه وأستحلفه بالله عز وجل"، وقال أيضاً "رأيتهم يؤكّدون بالمصحف، ورأيت ابن مازن، هو/ قاضي بصنعاء، يغلف اليمين بالمصحف، فيغلظ عليه بإحضار المصحف، لأنه يشتمل على كلام الله تعالى وعلى أسمائه"، انظر: المغني، لأبن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٢٧ - ٢٢٨.

(٣) المادة (٤١) فقرة (١) والمادة (٥٩) من قانون الإثبات اليمني، تقابلها نص المادة (٤١) فقرة (١) من قانون الإثبات الإماراتي، والمادة (٤٥) من قانون الإثبات الكويتي، والمادة (٤٤) من قانون البينات السوري، والمادة (٧٦) من قانون الإثبات المصري.

(٤) المادة (٨١) من قانون الإثبات المصري، والمادة (٧٥) من قانون البينات السوري، المادة (٤٣) فقرة (٢) من قانون الإثبات الإماراتي، والمادة (٦٤) من قانون الإثبات اليمني.

الجزائية والإثبات اليميني وإن لم ينص على تغليب اليمين بوضع اليد على المصحف، فإنه ومن خلال لقاءاتي ببعض قضاة المحاكم الجزائية ووكلاء النيابة العامة المترافعين أمام المحاكم، وكذلك المحامين؛ تبين أن بعض قضاة المحاكم الجزائية في محافظة عدن يستحلفون الشهود على المصحف، والملاحظ أن هذا الإجراء غالباً لا يتم ذكره أو تدوينه في محاضر سؤال الشهود أو جلسات المحاكمة، وهو ما تتبَّعه حالياً الشعبة الجزائية في المحكمة الاستئنافية لمحافظة عدن^(١).

وفي نظري أن ضرورة أو عدم ضرورة إجرائه يقررها القاضي لإبعاد ريبته في الشاهد، وهو لا يخالف القانون ولا ينتقص من قيمة الشهادة، بل يقوي من ثقة القاضي في الشاهد وفي شهادته.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ماذا لو رفض الشاهد الحلف على المصحف؟ في هذه الحالة أرى أنه ليس للقاضي حرمان الشاهد أو وقفه عن استمرار الإدلاء بشهادته (استبعاده)، فالقانون لا يلزمه القيام بذلك ما دام أنه قد قبل أن يحلف اليمين طبقاً للشروط التي نص عليها قانون الإثبات وقانون الإجراءات الجزائية اليمني. ولكن من جانب آخر فإن رفض الشاهد الحلف على المصحف سيكون سبباً في ضعف ثقة القاضي في الشاهد، واعتبار أن رفضه الحلف على المصحف قرينة تدل على عدم مصداقيته، وهذا ليس في صالح من سيشهد له الشاهد، أما التغليب برفع اليد اليميني،

(١) نورد بعض الأمثلة التالية من أحكام المحاكم اليمنية التي ورد فيها نكر باستحلاف الشاهد على المصحف:

أ - الحكم الصادر عن محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية محافظة عدن، رقم (٢٤٩) سنة ١٤٢٩هـ، بتاريخ: ٤ ذي الحجة ١٤٢٤هـ الموافق ٢٤/١٢/٢٠٠٨م، في القضية الجزائية رقم (١١٤) لسنة ١٤٢٧هـ. برئاسة القاضي (خ.ص.ع) حيث تم فيها تحليف الشاهد (غ.ع.ن) على المصحف، ص ٥، حكم غير منشور، أرشيف محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية.

ب - الحكم الصادر عن محكمة استئناف محافظة عدن، الشعبة الجزائية رقم (٦٠) لسنة ١٤٢٩هـ، بتاريخ ٢٩/ربيع أول ١٤٢٨هـ الموافق ٦/٤/٢٠٠٨م في الاستئناف الجزائي رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٨م، برئاسة القاضي (ج.م.ع)، حيث تم فيها تحليف الشاهد (ع.ف.س) على المصحف، ص ٧، حكم غير منشور، أرشيف محكمة استئناف محافظة عدن، الشعبة الجزائية.

ج - الحكم الصادر عن محكمة مديرية الميناء الجزائية محافظة عدن، في القضية الجنائية رقم (٤٢) لسنة ١٤٢٧هـ، في قضية سرقة أمام القاضي (ن.م.أ) حيث تم في الجلسة ١٩/٤/١٤٢٧هـ الموافق ١٧/٥/٢٠٠٦م تحليف الشاهد اليميني على المصحف، ص ٦، حكم غير منشور، أرشيف محكمة الميناء الابتدائية الجزائية.

فإلى وقت قريب كان معمولاً به في المملكة المغربية، حيث نصت عليه المادة (١١٦) من قانون المسطرة الجنائية القديم لسنة ١٩٥٩م^(١)، أما القانون الجديد الصادر في ٢٠٠٣م فلم ينص عليه، كما نص عليه سابقاً قانون المرافعات المختلط القديم المصري^(٢).

المطلب الثاني

تحليف الشاهد في مراحل الدعوى الجزائية

سبق الإشارة بأن حلف اليمين يعتبر أحد أهم الالتزامات القانونية التي تقع على الشاهد إلى جانب واجب التزامه بالحضور والمثول في المكان والموعود المحدد في أمر التكليف (الاستدعاء) لأداء الشهادة أمام سلطة التحقيق في مرحلة التحقيق أو أمام مجلس القضاء في مرحلة المحاكمة. أتطرق في هذا المطلب إلى موقف المقنن اليمني، من مسألة وجوب أو عدم وجوب تحليف الشاهد اليمين في مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة المحاكمة، مبيّناً التناقض القائم في نصوص قانون الإجراءات الجزائية اليمني، وكذلك عدم توافقتها وانسجامها مع النصوص الواردة في قانون الجرائم والعقوبات، وذلك وفق التقسيم التالي:

أولاً - تحليف الشاهد في مرحلة المحاكمة:

كما هو معلوم أن الحكمة من وجوب تحليف الشاهد اليمين القانونية هو للاطمئنان إلى صدق الشاهد لما سيقوله، فمن جانب هو ضمان لمصلحة الخصوم ومن جانب آخر تنبيه وتذكير للشاهد لما سيدلي به من أقوال وبأنه يعاهد الله بأن يقول الحق بأمانته، وبأنه قد اتخذ من الله تعالى رقيباً على صدق شهادته، ويعرض نفسه لغضبه وانتقامه أن كذب فيها^(٣).

نصت قوانين الإجراءات الجزائية^(٤) صراحة على وجوب تحليف الشاهد أمام

(١) المادة (١١٦) من قانون المسطرة الجنائية المغربي الملغي لسنة ١٩٥٩م، أشار إليه د. أحمد

فالح الخرابشه، الإشكالات الإجرائية للشهادة، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٢) المادة (١٩٥) من قانون المرافعات المختلط المصري القديم، إشارة إليه د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٥٤٢.

(٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٣.

(٤) انظر: المادة (٢٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة (١٦٥) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، والمادتين (٩١) و(١٧٦) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، والمادة (٢٨٦) فقرة (٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري. والمادة (٢٩٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، والمواد (٧١، ١٧، ٢١٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

المحكمة قبل الإدلاء بشهادته بما في ذلك قانون الإجراءات الجزائية اليمني^(١)، إن الشهادة مثلها مثل أي دليل في الدعوى الجزائية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ومع ذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي ليست مطلقة، فثمة ضوابط يتعين على القاضي التقيد بها عند الأخذ بالشهادة والتعويل عليها في حكمه، ولكي تكون الشهادة معتبرة تضافي عليها الصفة القانونية ولها أهمية في الإثبات يجب أن تتوفر فيها شروط صحة أخذها، ومن شروط إجراءات قبول الشهادة التي نص عليها قانون الإثبات اليمني أن يتم تحليف الشاهد قبل أداء شهادته في مجلس القضاء، وعلى أن يؤديها بلفظ "أشهد"^(٢).

ويترتب على عدم تحليف الشاهد اليمين بطلان الشهادة فلا يجوز للمحكمة أن تعول عليها في حكمها وإلا كان تسببها معيياً ولو كانت قد استندت على أدله أخرى. فالأدلة في المواد الجنائية متساندة تكمل بعضها بعضاً^(٣) تكون المحكمة منها عقيدتها مجتمعة، ولا يستطيع الوقوف على مبلغ الأثر الذي كان للشهادة الباطلة في الرأي الذي انتهت إليه المحكمة، ولا محل للبطلان إذا تبين أن المحكمة لم تحفل بالشهادة وبنت حكمها على أدلة أخرى^(٤).

تنص المادة (٣٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: "لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسؤولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً وبالإجراءات المقررة قانوناً". لقد نظم قانون الإجراءات الجزائية اليمني إجراءات سماع شهادة الشهود أمام المحكمة في المواد (٣٢٧-٣٣٩) الفرع الثالث من الفصل الثاني، والمواد (٣٥٣-٣٥٩) الفصل الثالث من الباب الرابع عن سير المحاكمة. وتنص المادة (٢٥٣) فقرة (٢) على أنه: "بعد أن يسأل القاضي الشاهد عن اسمه ولقبه

(١) حيث جاءت في المادة (٣٥٣) فقرة (٢) على أنه: "بعد أن يسأل القاضي الشاهد عن اسمه ولقبه وعمره... يحلفه اليمين الشرعية ثم يؤدي شهادته شفاهة". وتنص المادة (٦٨) من قانون الإثبات اليمني على أنه: "تحلف المحكمة الشاهد قبل أداء الشهادة بأن يقول الحق ويحلف غير المسلم على حسب الأوضاع الخاصة به إذا طلب منه ذلك".

(٢) المادة (٤١) فقرة (١) و(٢) في قانون الإثبات اليمني.

(٣) نصت المادة (٣٢١) فقرة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني بأن: "تقدير الأدلة يكون وفقاً لاقتناع المحكمة في ضوء مبدأ تكامل الأدلة فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات".

(٤) د. محمود محمود مصطفى، في شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السادسة، ص ٣٧٢، أشار إليه: مصطفى مجدي هرجه، شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٢٤؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٨.

وعمره ومهنته وموطنه وسكنه، وهل يعرف المتهم قبل الجريمة، وهل هو في خدمة أحد الفريقين أو من ذوي قرباه وعن درجة القرابة، يخلفه اليمين الشرعية ثم يؤدي شهادته شفاهة".

وفي نص آخر في ذات القانون نجد أن المقتن اليمني - بخلاف نظيره في الدول العربية الأخرى - أجاز للقاضي الأخذ بشهادة الشاهد دون تحليف اليمين قبل أداء شهادته، وذلك بمنحه سلطة تقدير ضرورة أو عدم ضرورة تحليف اليمين، أي وجوب تحليف الشاهد من عدمه بقوله: "لا يحلف الشهود والخبراء اليمين الشرعية أمام القاضي إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك"^(١). الملاحظ أن هذا النص سبق أن أورده المقتن في قانون الإجراءات الجزائية للجمهورية العربية اليمنية الملغي، رقم (٥) لسنة ١٩٧٩م، ويفهم منه أن تحليف الشهود ليس واجباً على القاضي، كما يفهم أيضاً - من صياغة النص أعلاه - أن القاعدة هو عدم تحليف الشهود والخبراء، وأن التحليف هو استثناء، ومع ذلك لم يبين حصراً الحالات الاستثنائية التي يستوجب فيها على القاضي تحليف الشهود قبل أداء شهادتهم، وفي نظري أنه كان على المقتن تحديد الحالات التي يجوز فيها أخذ شهادة الشاهد دون تحليف اليمين على سبيل الاستدلال أو الاستئناس، وهي حالتان كما حددها المقتن المصري^(٢). يضاف إليها حالة شهادة الأقارب الذي سوف نبينها لاحقاً.

إن ما قرره المقتن اليمني في المادة السابقة لم يكن موفقاً لوقوعه في المحذور، ويستوجب في نظري تعديل نص المادة للأسباب التالية:

أولاً: من المقرر أن تحليف الشاهد اليمين في المواد الجنائية أمام المحكمة من المعاملات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام^(٣) وقد وضع لحماية مصلحة العدالة

(١) المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني الحالي، وهذا النص قد نقل حرفياً من المادة (٢٨٢) من قانون الإجراءات الجزائية للجمهورية العربية اليمنية الملغي رقم (٥) لسنة ١٩٧٩م.

(٢) نصت المادة (٢٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "يجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق، ويجوز سماع الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة بدون حلف اليمين على سبيل الاستدلال"، وتنص المادة (٢٥) فقرة (٣) من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية... الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال".

(٣) د. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص ٣٦٥، أشار إليه د. أحمد فالح الخرابشة، الإشكالات الإجرائية للشهادة في المسائل الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م، ص ١٧٧.

وأطراف الدعوى، فلا يجوز تعليق إجراءاتها أو العمل بها برأي القاضي وتقديره الشخصي بجدوى أو عدم جدوى تحليف الشهود اليمين، فالقاضي له خيار الاقتناع بصدق وصحة وسلامه الشهادة من عدمه، ولكن ليس له سلطة الحكم مسبقاً في جدوى أو عدم جدوى، فائدة أو عدم فائدة تحليف الشهود اليمين قبل الإدلاء بشهادتهم، فاليمين وضع لضمان مصداقية الشاهد في قول الحقيقة، فلا يعتد برغبة القاضي ورأيه أو سكوت أطراف الدعوى وموافقتهم الصريحة أو الضمنية في عدم تحليف الشاهد اليمين، فذلك لا يزيل بطلان العمل الإجرائي^(١). وبالتالي بطلان الحكم الصادر إذا استمد القاضي قناعته منها.

ثانياً: إن نص المادة (٣٣٩) تتعارض مع نصوص مواد أخرى في ذات القانون وفي قانون الإثبات، أبينها في أ، ب، ج، د، على النحو الآتي:

أ - تعارضها مع نص الفقرة الثانية من المادة (٣٥٣) من قانون الإجراءات الجزائية التي أوجبت تحليف الشاهد اليمين بقولها: "بعد أن يسأل القاضي الشاهد عن اسمه ولقبه وعمره... يحلفه اليمين الشرعية ثم يؤدي شهادته شفاهة". وقد ورد النص بصيغة الأمر للقاضي بوجوب تحليف الشاهد بعد الاستفسار عن كنيته قبل سؤاله، ولضمان ذلك فقد قرر المقنن معاقبة الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين دون أن يبرر بعذر مقبول بقوله: "يعاقب بالغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف ريال الشاهد الذي لا يحضر أمام المحكمة أو سلطة التحقيق بعد تكليفه بالحضور، أو يمتنع عن الإدلاء بمعلوماته أو عن حلف اليمين دون أن يبرر ذلك بعذر مقبول..."^(٢)

وفي نظري يعتبر من الأعذار المقبولة لامتناع الشاهد عن حلف اليمين، وجود صلة القرابة بينه وبين المشهود له، فأداء الشهادة بين الأقارب يعتبر حقاً وليس واجباً وذلك انطلاقاً من مضمون المادة (١٩٠) في قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على معاقبة كل من قام بإخفاء الجناة سواء أكان متهماً بجريمة أم محكوماً عليه، واستثنى المقنن تطبيقها على أقارب المتهم بقوله: ولا يسري حكم هذه المادة على من أخفى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه ومن في منزلة هؤلاء من أقارب بحكم

(١) انظر: جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤٤٨؛ محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٩٧؛ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٤.

(٢) المادة (١٨٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.

المصاهرة، وبالتالي ليس من واجبهم الإدلاء بما لديهم من معلومات كشهود في الدعوى وهو أيضاً ما قرره القانون الكويتي والمصري^(١).

المعلوم أن جريمة إخفاء الجناة أكثر خطورة من جريمة الامتناع عن الإدلاء بالشهادة، أو عدم الحضور، أو الامتناع عن حلف اليمين. وكان الأولى بالمقنن اليمني - انطلاقاً من مصلحة العدالة - النص أيضاً في المادة (١٨٢) من قانون الجرائم والعقوبات بعدم سريان العقوبة المقررة على من يمتنع عن الحضور أمام المحكمة أو سلطة التحقيق أو يمتنع عن الإدلاء بالشهادة أو عن حلف اليمين من أقارب المتهم، زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو إخوته ومن في منزلة هؤلاء من أقارب بحكم المصاهرة؛ وذلك حفاظاً على الروابط العائلية والأسرية وعدم بث الشقاق والعداوة بين أفراد الأسرة الواحدة.

ب - تعارضها مع نص الفقرتين (١، ٢) من المادة (٤١) من قانون الإثبات التي اشترطت أن يكون الإدلاء بالشهادة بيمين، وعلى أن يكون: (١) "في مجلس القضاء"، (٢) "أن تؤدي بلفظ أشهد".

ج - تعارضها مع نص المادة (٦٨) من القانون أعلاه التي نصت صراحة بأن: "تحلف المحكمة الشاهد قبل أداء الشهادة بأن يقول الحق".

د - تعارضها مع نص المادة (٩٢) من قانون الإجراءات الجزائية، حيث أجاز المقنن كاستثناء تحليف الشاهد اليمين في مرحلة جمع الاستدلالات من قبل مأمور الضبط القضائي "إذا خيف أن يستحيل فيما بعد سماع الشهادة بيمين..."^(٢).

(١) وقد عبر عن ذلك المقنن الكويتي في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية في المادة (١٤) بقوله: "كل شخص شهد ارتكاب جريمة أو علم بوقوعها، عليه أن يبلغ فوراً أقرب جهة من جهات الشرطة أو التحقيق، ويعاقب من امتنع عن التبليغ بعقوبة الامتناع عن الشهادة، ولا يجري هذا الحكم على زوج أي شخص له يد في ارتكاب هذه الجريمة، أو على أصوله أو فروعه". أما المقنن المصري فقد عبر عنه في المادة (٢٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية بأنه: يجوز أن يمتنع عن أداء الشهادة ضد المتهم إذا كان من أصوله أو فروعه أو أقاربه أو أوصهاره إلى الدرجة الثانية أو زوجه ولو بعد انقضاء الرابطة الزوجية، وذلك ما لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد أو على أحد أقاربه أو أوصهاره الأقربين أو إذا كان هو المبلغ عنها، أو إذا لم تكن هناك أدلة إثبات أخرى.

(٢) هذا النص يقابله نص المادة (٢٩) فقرة ثانية في قانون الإجراءات الجنائية المصري، ونص المادة (٤٠) في قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أما المقنن الكويتي فقد وقف موقفاً مخالفاً، حيث قرر في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية، في المادة (٤١) عدم جواز تحليف الشاهد اليمين بقوله: "يجب على رجل الشرطة أثناء قيامه بالتحري أن يسمع أقوال المبلغين، وله أن يستدعي الشهود، ويسمع أقوالهم، ويثبتها في محضره. ولكن لا يجوز تحليفهم اليمين، ولا إلزامهم بالتوقيع على أقوالهم".

يستفاد من هذا النص أن المقنن اليمني عندما أجاز تحليف الشهود اليمين في مرحلة جمع الاستدلالات، إنما بهدف تدارك استحالة سماع شهادتهم لاحقاً بيمين في مرحلة المحاكمة، يفهم من ذلك أن تحليف الشاهد في مرحلة ما بعد جمع الاستدلالات أمر وجوبي وليس جوازياً.

وعليه وللأسباب أعلاه، أرى أنه يتعين على المقنن اليمني تعديل نص المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية بحذف كلمة (لا) التي وردت في بدايته، ليصبح النص على النحو الآتي: "يحلف الشهود اليمين الشرعية أمام القاضي إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك".

وأشير هنا بأن قوانين بعض الدول لا تنص على وجوب تحليف الشاهد اليمين قبل الإدلاء بشهادته، منها قانون الإجراءات الجنائية الروسي^(١)، ونظام الإجراءات الجزائية للمملكة العربية السعودية، حيث خلا من أي نص يستوجب على القضاة، أو يحظر عليهم تحليف الشهود^(٢) قبل الاستماع إلى شهادتهم في مرحلة المحاكمة، ويفهم

(١) بموجب قانون الإجراءات الجنائية للاتحاد السوفيتي سابقاً الصادر في سنة ١٩٦٠م المعدل في سنة ١٩٧٢م، يتم بدلاً من تحليف الشاهد اليمين القانونية قبل الإدلاء بشهادته أمام المحكمة، تنبيهه من قبل رئيس الجلسة إلى مسؤوليته الجنائية في حال رفضه الإدلاء بالشهادة، أو الإدلاء بشهادة الزور بعد تذكيره بواجبه كمواطن في قول الحقيقة وكل ما يعلم به عن القضية، ثم يطلب منه التوقيع على وثيقة التنبيه، تأكيداً منه بأنه قد نبه إلى واجبه وإلى مسؤوليته كشاهد في القضية، ويتم ضمها إلى محضر جلسة المحاكمة، (نص الفقرة (١) و(٢) من المادة (٢٨٢)، وتنص الفقرة (٣) منها على عدم تطبيق هذا الإجراء عند سماع أقوال الشاهد القاصر دون سن السادسة عشرة بقولها: "يوضح رئيس الجلسة للشهود الذين لم يبلغوا سن السادسة عشرة إلى أهمية قول الحقيقة كاملة، ولا يتم تنبيههم إلى مسؤوليتهم في حال رفضهم الإدلاء بالشهادة والإدلاء بشهادة الزور، كما لا يتم أخذ توقيعاتهم بشأنه". وهذه المادة بفقراتها وردت أيضاً في قانون الإجراءات الجنائية الجديد لروسيا الاتحادية الصادر في عام ٢٠٠١م المعدل في عام ٢٠٠٩م، وذلك في المادتين: (٢٧٨) عن سؤال الشاهد، و(٢٨٠) فقرة (٥) عن سؤال الشاهد القاصر. وينص قانون عقوبات روسيا الاتحادية لسنة ١٩٩٦م المعدل في ٢٠٠٦م، في المادة (٣٠٧) فقرة (١) على أنه: "يعاقب على الإدلاء بشهادة الزور الشاهد والمجني عليه عن إفادته، وكذلك الخبير عن تقريره، وكذلك الأخصائي عن إفادته والمترجم عن قيادة بالترجمة غير الصحيحة في المحكمة، أو في مرحلة التحقيق الابتدائي، بغرامة تصل إلى ثمانين ألف روبل، أو بمقدار الراتب، أو أي دخل آخر للمحكوم عليه لفترة ستة أشهر، أو إلزامه بالعمل لمدة مئة وثمانين إلى مائتي ساعة، أو الإلحاق بالعمل الإجباري لمدة سنتين، أو الحبس لمدة تصل إلى ثلاثة أشهر".

(٢) الملاحظ أن النظام قد سكت أيضاً عن ذكر وجوب تحليف الخبراء والمترجمين، واعتبر اليمين طريقاً من طرق الإثبات وفقاً لنص المواد (١٠٧-١١١) من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) بتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ.

من نص المادة الأولى من الباب الأول "الأحكام العامة" من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، بشأن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في القضايا المعروضة أمام المحاكم وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة^(١)، إن النظام قد ترك بعضاً من الجوانب التي تحكم الشهادة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه الفقه الإسلامي. خاصة وأن تحليف الشهود - كما سبق الإشارة - لم يكن متبعاً في أيام الرسول - ﷺ - وفي عهد الصحابة، بل اعتبره غالبية العلماء غير مشروع، ولعل ذلك كان سبباً لعدم نص النظام عليه، وترك أمر وجوب تحليف أو عدم تحليف الشهود اليمين قبل الإدلاء بشهادتهم في مرحلة المحاكمة لاجتهاد القضاء، وسلطة القاضي التقديرية وفق تقييمه لظروف القضية، وهذا يتفق مع ما استقر عليه القضاء في المملكة قبل صدور النظام^(٢)، وقد ترتب عن ذلك اختلاف صيغة اليمين التي يؤديها الشهود أمام القضاة في محاكم

(١) المادة الأولى من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٠) بتاريخ ١٤٢٢/٧/١٤هـ، المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم ٢ / ٣٩ / بتاريخ: ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

(٢) من أمثلة ذلك ما رواه أحد القضاة السعوديين الأفاضل في دعوى مدنية، بشأن إثبات ملكية أرض الذي نظر وأصدر حكماً فيها عندما كان قاضياً في محكمة الجفر بمحافظة الأحساء، حيث عول في حكمه إلى شهادة الشهود بعد تحليفهم اليمين الشرعية، وقد اعترضت محكمة التمييز على هذا الإجراء وأعادت الحكم مرتين دون أن تصادق عليه، وفي إحداها أرفقه بخطاب للقاضي تضمن أربع ملحوظات أحداها نصها ما يلي:

" ذكر فضيلته بأنه قد جرى تحليف الشهود ولم يذكر مستنده في أحلافهم، وما الحكم لو نكلوا عن اليمين" رد فضيلة القاضي على الخطاب طالباً بالإفادة: " هل المقام مقام استفتاء؟ أو مقام اختبار فقهي؟ أو أن المقام مقام تدقيق حكم منتبه بعث لتصديقه إن كان موافقاً، أو نقضه إن كان مخالفاً؟ ". فعاتت المعاملة مؤكداً بأن ما أجاب به القاضي غير وجيه... وأن عليه أن يجيب عن السؤال أو إلغاء الحكم، وعلى أثره كتب خطاباً إلى رئيس محكمة التمييز بأن الاستيضاح من القاضي لا يكون إلا عن نقاط تتعلق بالحكم كما في المادة (١١) من لائحة تمييز الأحكام، والسؤال المطلوب جوابه لا يتعلق بالحكم، ولا تأثير له على الحكم سواء أجيب عنه أو لم يجب، لحصول ما افترض عدم حصوله (نكول الشهود عن اليمين)، والافتراضات لا مكان لها في الأحكام". وعلى إثر ذلك عمد رئيس محكمة التمييز إلى ضم قاضيين آخرين إلى أعضاء الدائرة، ليصبح خمسة أعضاء بدلاً من ثلاثة يقومون بمهمة مراجعة الأحكام للمصادقة عليها أو نقضها، فعاتت المعاملة إلى القاضي مصدقة بالإجماع على الحكم "بالقرار رقم (١) / ٧٩٩) وتاريخ ١٤٠٣/٦/٣٠هـ" للتفاصيل يراجع على الإنترنت موقع د. زيد بن ناصر بن داود (مركز الدراسات القضائية التخصصية): بتاريخ: ١١ مايو ٢٠١١م <http://www.cojss.com/article.php?a=224> وتقوم محكمة التمييز في المملكة العربية السعودية بدور محكمة الاستئناف، ومن اختصاصتها مراجعة الأحكام الابتدائية للمصادقة عليها، ولها بعض من اختصاصات محكمة النقض.

المملكة، بل أجاز بعضهم أداء اليمين بعد انتهاء الشهود من الإدلاء بشهادتهم، وقد أوردت بعض الأمثلة من أحكام القضاء السعودي عند حديثنا عن صيغة اليمين.

ثانياً – تحليل الشاهد في مرحلتي جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي:

مرحلة جمع الاستدلالات هي مرحلة ما قبل التحقيق الابتدائي، وهي لا تعتبر مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، حيث لا توجد دعوى بعد في هذه المرحلة، ولذلك لا يتم فيها إجراء التحقيقات واتخاذ الإجراءات القسرية باستثناء إجراء المعاينة، وغايتها جمع المعلومات الأولية عن الجريمة، بهدف التأكد من صحة البلاغ أو الشكوى لتقرير ما إذا كان من الملائم تحريك الدعوى أو عدم تحريكها. وقد أجاز المقنن القيام بسؤال من لديه معلومات عن واقعة الجريمة (الشهود) وكاستثناء أجاز تحليلهم اليميني إذا خيف أن يستحيل فيما بعد سماع شهادتهم بيمين^(١)، والأصل عدم تحليل الشهود في مرحلة جمع الاستدلالات.

لذلك لا يؤيد الرأي القائل بوجوب معاقبة الشاهد الذي يدلي بشهادة الزور في هذه المرحلة أمام مأموري الضبط القضائي^(٢)، فسؤال الشاهد هو إجراء من إجراءات التحقيق وليس من إجراءات الاستدلال، والأخير لا ينشئ دليلاً قانونياً، فتكوين الدليل لا يبدأ إلا مع مرحلة التحقيق الابتدائي ولا يكتمل هذا الدليل إلا في مرحلة المحاكمة وبعد استيفاء الشروط القانونية المطلوبة^(٣).

(١) وقد نص على ذلك قانون الإجراءات الجزائية اليمني في المادة (٩٢) بقولها: "إذا بلغ رجل الضبط القضائي أو علم بوقوع جريمة ذات طابع جسيم، أو تلك التي يحددها النائب العام بقرار منه، وجب عليه أن يخطر النية العامة وأن ينتقل فوراً إلى محل الحادث... وله أن يسمع أقوال من يكون لديه معلومات.... وعليه إثبات ذلك في محضر التحري وجمع الاستدلالات، يوقع عليها هو والشهود أو الخبراء الذين استعان بهم، ولا يجوز له تحليل الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا خيف أن يستحيل فيما بعد سماع الشهادة بيمين، ويجب عليه تسليم المحاضر لعضو النيابة العامة عند حضوره". يقابلها نص المادة (٢٩) فقرة ثانية من قانون الإجراءات الجنائية المصري، ونص المادة (٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أما المقنن الكويتي فقد ذهب إلى خلاف ذلك، حيث قرر في المادة (٤١) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية عدم جواز تحليل الشهود في مرحلة جمع الاستدلالات وعدم إلزامهم التوقيع على أقوالهم أثناء قيام رجل الشرطة بالتحريات وسماع أقوالهم.

(٢) انظر في ذلك: د. شهاد هابيل البرشاوي: شهادة الزور...، مرجع سابق، ص ٦٤٢.

(٣) د. أبو العلا علي العلا النمر، الإثبات الجنائي، دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص ٥.

نصت التشريعات العربية على وجوب تحليف الشاهد اليمين القانونية قبل الإدلاء بشهادته، ليس أمام مجلسي القضاء في مرحلة المحاكمة فحسب بل وفي مرحلة التحقيق الابتدائي أمام سلطة التحقيق - النيابة العامة وقاضي التحقيق - أما المقنن اليمني فقد سكت في قانون الإجراءات الجزائية عن ذكر وجوب تحليف الشاهد قبل أداء شهادته أمام سلطة التحقيق في مرحلة التحقيق الابتدائي، ولكنه من جانب آخر قرر في ذات القانون وجوب تحليف الخبراء والأطباء الذين يكلفون بأعمال الخبرة اليمين القانونية أمام المحقق في مرحلة التحقيق الابتدائي بقوله: "يجب على الأطباء والخبراء الذين يكلفون بأعمال الخبرة أن يحلفوا أمام المحقق اليمين القانونية قبل مباشرة عملهم، ما لم يكونوا قد أدوها بحكم وظائفهم، وعليهم أن يقدموا تقريرهم كتابة" ^(١) كما أجاز للنيابة العامة في مرحله التحقيق الابتدائي تكليف رجال إدارة الهاتف بالاستماع إلى المحادثات الهاتفية وتسجيلها ونقلها شريطة أن يتم تحليفه مسبقاً بقوله: "ويجوز بأمر من رئيس النيابة العامة تكليف أحد رجال إدارة الهاتف بعد تحليفه اليمين القانونية بالاستماع إلى المحادثات الهاتفية وتسجيلها لنقل مضمونها إليه..." ^(٢).

من الثابت أن الوضعية الإجرائية للشاهد والخبير فيما يتعلق بالواجبات والالتزامات التي تقع عليهما واحدة، من حيث وجوب الالتزام في مساعدة العدالة والكشف عن الحقيقة، وتقديم التقرير الفني والشهادة الصادقة بما يطابق الواقع؛ لذلك كان من الصواب النص بوجوب تحليف الشاهد اليمين قبل الإدلاء بشهادته أمام سلطة التحقيق، نظراً لمكانة الشهادة ودورها الخطير في إثبات أو نفي التهمة، تبرئة أو إدانة التهم، فهي لا تقل أهمية عن الخبرة، حيث لا تخلو قضية جنائية إلا وشهود فيها، إلى جانب أن سؤال الشاهد هو إجراء من إجراءات التحقيق له قواعد وضمانات، ألزم القانون المحقق والقاضي التقيد بها، ومن هذه القواعد هي ^(٣):

أ - وجوب إعلانه بالحضور في الموعد والمكان المحدد، فإذا تخلف دون عذر مقبول يتم إحضاره قهراً، كما يجوز الحكم عليه بالعقوبة المقررة للشاهد الذي يتخلف عن الحضور بعد إعلانه دون عذر مقبول.

(١) نص المادة (٢٠٧) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٢) نص المادة (١٤٦) فقرة ثانية من المرجع السابق.

(٣) انظر: المواد (١٦٩، ١٦٧، ٦٨) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني. تقابلها المواد: (١١٧، ١١٤، ١١٢) في قانون الإجراءات الجنائية المصري.

ب - يتم سماع شهادة كل شاهد على انفراد، وأن يواجه الشهود بعضهم ببعض وبالمتهم.

ج - أن يضع إمضاءه على كل صفحة من صفحات محضر سؤاله بعد تلاوتها وموافقته عليه.

هذا ومن المفارقات الأخرى، أن المقنن اليمني قد قرر في قانون الجرائم والعقوبات، معاقبة الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين، ليس أمام المحكمة فحسب بل وكذلك أمام سلطة التحقيق الجزائي دون عذر مقبول، بقوله: "يعاقب بالغرامة التي لا تتجاوز خمسة آلاف ريال الشاهد الذي لا يحضر أمام المحكمة، أو سلطة التحقيق الجزائي بعد تكليفه بالحضور، أو يمتنع عن الإدلاء لمعلومات، أو عن حلف اليمين دون أن يبرر ذلك بعذر مقبول..."^(١). في حين أن قانون الإجراءات الجزائية لا ينص على وجوب تحليف الشاهد أمام سلطة التحقيق الابتدائي (الجزائي)؛ لذلك فإنه من الاستحالة بمكان تطبيق نص المادة (١٨٢) من قانون الجرائم والعقوبات، بشأن مسألة من يمتنع عن حلف اليمين أمام سلطة التحقيق الجزائي بعد تكليفه بالحضور دون عذر مقبول، فهذه الفقرة من المادة معطلة ١٨ عاماً، أي منذ صدور القانون في عام ١٩٩٤م.

وبهدف تفعيل نص المادة السابقة، يتعين على المقنن اليمني تعديل المادة (١٦٩) في قانون الإجراءات الجزائية، بحيث تنص على وجوب تحليف الشاهد اليمين قبل الإدلاء بشهادته أمام المحقق في مرحلة التحقيق الابتدائي؛ ليكون النص على النحو الآتي: "يسمع المحقق كل شاهد على انفراد بعد تحليفه اليمين، وله أن يواجه الشهود بعضهم ببعض وبالمتهم"، وذلك مقتدياً بما ذهب إليه المقنن العربي في كل من مصر وسوريا والكويت ولبنان والأردن ودولة الإمارات العربية المتحدة^(٢).

(١) المادة (١٨٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، ويجدر الإشارة هنا بأن المقنن كان موفقاً عندما حدد حصراً بأن حلف اليمين يكون أمام سلطة التحقيق الجزائي، مستثنياً بذلك سلطات التحقيق الأخرى، منها الإدارية المنبثقة عن السلطة التنفيذية، أو التشريعية، (مجلس النواب). وهو خلاف ما قرره المقنن الكويتي في المادة (١٣٩) من قانون الجزاء رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م وتعديلاته بالقانون رقم (٤) لسنة ١٩٩٧م، حيث يعاقب كل شخص كلف بأداء اليمين أما جهة غير قضائية وأقسم يميناً بالتزام الحقيقة، فأدلى ببيانات كاذبة، وهو بعلم عدم صحتها بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة أو بالغرامة... أو بالعقوبتين.

(٢) المادة (٢٠٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: "تسري على الشهود في التحقيق الذي تجريه النيابة العامة الأحكام المقررة أمام قاضي التحقيق" ومن هذه الأحكام ما نصت عليها المادة (١٩٩) بشأن وجوب تحليف الشاهد بقولها: "إذا حضر الشاهد أمام القاضي وامتنع عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين، حكم عليه القاضي في =

ومن أسباب دعوتي بضرورة النص في قانون الإجراءات اليمني على تحليف الشهود اليمين القانونية في مرحلة التحقيق الابتدائي قبل سماع شهادتهم، هو ظاهرة قيام قضاة المحاكم الابتدائية في جلسة التحقيق القضائي بقبول طلبات أعضاء النيابة العامة المترافعين أمامها - عندما يعجزون عن إحضار الشهود إلى المحكمة - الاكتفاء باستعراض أقوالهم المدونة في محاضر تحقيقاتها، وقيام المحكمة بالتعويل على شهادتهم في حكمها دون تحليفهم اليمين في مرحلة التحقيق الابتدائي، أورد هنا بعضاً من الأحكام كأمثلة لما سبق ذكره:^(١)

- الحكم الصادر عن محكمة مديرية المسمير محافظة لحج في ٢٦ جمادى الأولى ١٤٢٦هـ، الموافق ٢٠٠٥/٧/٢م في القضية الجنائية رقم (٢٣) لسنة ١٤٢٥هـ (جريمة اختطاف)، حيث قامت المحكمة بدلاً من سماع الشهود أمامها مباشرة - بناء على طلب عضو النيابة المترافع - باستعراض أقوال ثلاثة شهود (م.ح.ص) و(س.س.ط) و(ع.ج.ز) المدونة في محضر التحقيق الابتدائي، التي أدلوا بها دون يمين، ثم عوّلت عليها، وقضت في حكمها بإدانة المتهم.
- الحكم الصادر عن محكمة مرور محافظة عدن الابتدائية رقم (٦٠) في ٣ صفر ١٤٣٢هـ / ١٢ يناير ٢٠١١م في القضية الجزائية رقم (٨٢) لسنة ١٤٣٠هـ، (إلحاق أضرار مادية)، حيث اكتفت المحكمة - بناء على طلب عضو النيابة المترافع أمامها - باستعراض أقوال الشاهد: (ع.ع.م) المدونة في محضر تحقيقاتها دون أن تحليفه اليمين، وقضت في حكمها بإدانة المتهمين.
- الحكم الصادر عن محكمة مديرية الحوطة الابتدائية لمحافظة لحج رقم (١٣) لسنة ١٤٢١هـ الموافق ٢٠٠٠م، في القضية الجنائية رقم (١٧٦) لسنة ١٤١٩هـ (شرب الخمر)، وقد رفضت المحكمة طلباً تقدم بها عضو النيابة المترافع أمامها استعراض أقوال الشهود المدونة في محاضر تحقيقاتها لعدم تمكنه من إحضارهم إلى المحكمة، فأصدرت حكماً ببراءة المتهم من التهمة

= الجرح والجنابات بعد سماع أقوال النيابة العامة بالغرامة لا تزيد عن مائتي جنية "، والمادة (١٩٩) مستبدلة بالقانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٢م، تقابلها نص المواد: (٧٧) في قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، و(٩٩) في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي؛ و(٧٩) في قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، و(٧١) في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

(١) الأحكام أعلاه غير منشورة (أرشيف المحكمة الابتدائية لمديرتي الحوطة والمُسمير محافظة لحج، ومحكمة المرور الابتدائية محافظة عدن).

الموجهة إليه، سببت رفضها طلب النيابة، بأن شرب الخمر جريمة حدية، ويستوجب لمعاقبة المتهم شرعاً أن يشهد الشهود أمام مجلس القضاء شفاهة. يفهم من الحكم أعلاه أن المحكمة لا تمنع (ستقبل) طلب النيابة استعراض أقوال الشهود المدونة في محاضر تحقيقاتها دون حضورهم، إذا كانت الجريمة المنظورة أمامها ليست حدية، ومن جانب آخر أرى أن هذا الإجراء كما سبق الإشارة، مخالف لمبدأ الشفعية ومباشرة إجراءات المحاكمة (التحقيق القضائي)، الذي يتعين بموجبه إحضار كافة الأدلة إلى قاعة المحكمة لمعاينتها وفحصها مباشرة أثناء الجلسة من قبل القضاة وأطراف الدعوى، بما في ذلك حضور الشهود والخبراء لمناقشة إفاداتهم وتقاريرهم الفنية شفاهة في أثناء الجلسة.

الخاتمة:

في هذه الدراسة عرضت أحد أهم واجبات الشاهد وهو حلف اليمين، وقد تبين أن الحلف واليمين وكذلك القسم ألفاظ بمعنى واحد، كأن يقول المرء: أخلص بالله أو أقسم بالله أو يمين بالله أو أشهد بمعنى أنه قد جعل من الإله الذي يؤمن به ويقده رقيباً وشاهداً عليه وعلى صدق ما سيدلي به من معلومات، وتبين أن يمين الشهادة تتميز عن يمين الخبرة وعن يمين القيام بالواجبات الوظيفية، وأن الأخيرة ليست بيمين قضائية.

أجمعت التشريعات العربية الحديثة على وجوب تحليف الشاهد اليمين - باستثناء النظام في المملكة العربية السعودية - وربطت يمين الشهادة بالعقيدة والدين، إلا أنها اختلفت في تحديد صيغة موحدة لليمين. وبما أن يمين الشهادة وضعت بهدف ضمان صدق الشاهد على قول الحقيقة، فقد حدد المقنن ضوابط لليمين، ومن أهمها: توفر الأهلية الإجرائية في الشاهد لأداء اليمين، بلوغه سن المساءلة الجنائية ليتحمل عقوبة شهادة الزور إعادة تحليف الشاهد اليمين إذا تكررت جلسات سماع شهادته، أن تسبق اليمين سماع الشهادة، فالشهادة التي تؤخذ دون يمين لا ترقى إلى مستوى الدليل بمعناه القانوني، ولا يجوز أخذها من قبل المحكمة إلا على سبيل الاستدلال أو المعلومات أو الاستئناس، ومن الضوابط الأخرى لليمين، أن يتم لفظها بالصيغة المقررة في القانون، بأن يقول الحالف: أشهد، أو أخلص، أو أقسم بالله العظيم أو والله العظيم، وقد رتب القانون على عدم التقيد بالصيغة بطلان الشهادة. أما عن تغليب اليمين وصوره فقد تبين أن بعضها لم يعد يعمل بها في وقتنا الحاضر باستثناء الحلف بوضع اليد على المصحف حيث يجري العمل به من قبل بعض القضاة في بعض المحاكم اليمنية.

كما تبين أيضاً أن تحليف الشاهد اليمين لم يكن معروفاً في عهد الرسول ﷺ ولا في عهد الصحابة، وقد تطلّبت الحاجة إلى العمل به عندما توسعت حدود الدولة الإسلامية مساحةً، فكبرت مدنها وكثر عدد سكانها، وواجه القضاة المسلمون صعوبة في العثور على شهود عدول وثقة لغرض التزكية، عندها عمدوا إلى تحليف الشاهد اليمين بديلاً عن التزكية، بهدف الاطمئنان وإزالة الريبة ولضمان أن يقول الحقيقة.

وقد تناولت في دراستي نصوص القانون اليمني بالتحليل والنقد ومقارنتها بنصوص تشريعات بعض الدول العربية، وخلصت في نهاية دراستي إلى عدد من التوصيات للمقنن اليمني ألخصها على النحو الآتي:

١ - لاستكمال وتفعيل نص المادة (١٨٢) في قانون الجرائم والعقوبات التي تقضي بمعاينة من يمتنع عن حلف اليمين في مرحلة التحقيق الجزائي، أقترح إضافة مادة إلى قانون الإجراءات الجزائية تنص على وجوب تحليف الشاهد اليمين القانونية، قبل الإدلاء بشهادته في مرحلة التحقيق الابتدائي أمام المحقق على النحو الآتي: "يحلف المحقق الشاهد اليمين قبل الإدلاء بشهادته، وينبّهه إلى وجوب قول الحقيقة وإلى مسؤوليته الجزائية حال تقديمه الشهادة الزور، ويدون التنبيه في محضر سؤاله يوقعه المحقق والشاهد".

٢ - حذف جملة (إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك) من نص المادة (٣٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية وذلك لتعارضه مع نص المواد: (٩٢) و(٣٥٣/فقرة ٢) من ذات القانون، ومع نص المادة (٤١/فقرة ١ و٢) من قانون الإثبات.

٣ - تعديل صيغة اليمين الواردة في نص المادة (٤٠) فقرة (٢) من قانون الإثبات، ليصبح بدلاً من لفظ (أشهد) أحلف بالله العظيم أن أقول كل الحق ولا شيء غير الحق"، وذلك بغية توحيد صيغة اليمين عند استحلاف الشهود من قبل القضاة ووكلاء النيابة العامة (المحقق) في مرحلة التحقيق الابتدائي والمحاكمة.

٤ - النص صراحة في قانون الإثبات والإجراءات الجزائية على بطلان الشهادة التي لا تسبقها اليمين، باستثناء في حال أن يكون للشاهد عذر مقبول.

٥ - يضاف إلى الفقرة (٢) من المادة (٣٥٣) من قانون الإجراءات الجزائية عبارة "يتم تنبيهه إلى وجوب قول الحقيقة وإلى مسؤوليته الجزائية حال تقديمه الشهادة الزور، ويدون التنبيه في محضر سؤاله يوقعه الشاهد والقاضي وكتاب الجلسة، ليصبح نص الفقرة على النحو التالي: "بعد أن يسأل القاضي الشاهد عن اسمه ولقبه وعمره ومهنته وموطنه وسكنه، وهل يعرف المتهم قبل الجريمة، وهل هو في خدمة أحد الفريقين، أو ذوي قرباه، وعن درجة القرابة، يتم تنبيهه إلى وجوب قول

الحقيقة، وإلى مسؤوليته الجزائية حال تقديمه الشهادة الزور، ثم يؤدي شهادته شفاهة بعد تحليفه اليمين الشرعية، ويسجل التنبيه في محضر سؤاله، يوقع عليه الشاهد والقاضي وكاتب الجلسة."

٦ - إضافة الفقرة التالية إلى نص المادة (٦٨) من قانون الإثبات بعد جملة: "ويحلف غير المسلم على حسب الأوضاع الخاصة به إذا طلب ذلك" ليكون النص على النحو التالي: "ويحلف غير المسلم على حسب الأوضاع الخاصة به إذا طلب ذلك، ويتم تنبيهه إلى مسؤوليته الجزائية حال مخالفته قول الحقيقة بتلاوة النص العقابي لجريمة شهادة الزور، ويحرر محضراً بذلك، يوقع عليه الشاهد والقاضي وكاتب الجلسة."

٧ - النص في قانون الإجراءات الجزائية على جواز الاستماع إلى شهادة الشاهد الذي لا يجوز تحليفه اليمين أو المعفي من واجب حلف اليمين، وذلك على سبيل الاستئناس أو الاستدلال، وعدم جواز الأخذ بها وحدها لإصدار حكم الإدانة ما لم تؤيدها أدلة أخرى في الدعوى.

٨ - إضافة فقرة إلى المادة (١٨٢) في قانون الجرائم والعقوبات، تنص على أن صلاة القرابة تعتبر عذراً مقبولاً لامتناع الشاهد عن الإدلاء بالشهادة ضد قريبه، وكذلك عذراً مقبولاً لامتناعه عن حلف اليمين إن قرر الإدلاء بالشهادة، وذلك على النحو الآتي: "لا يسري حكم الفقرة أعلاه على من له صلة قرابة بالمتهم، أو المجني عليه كزوج أو أحد أصوله أو فروعه أو إخوته، ومن في منزلة هؤلاء من أقارب بحكم المصاهرة."

هذه هي التوصيات التي خلصت إليها في دراستي، أملاً أن أكون قد وفقت في عرضي للموضوع، ولا أدعي أن هذه الدراسة قد استوعبت كل المسائل المتعلقة بتحليف الشاهد اليمين، فهي لبنة في البناء وخطوة على طريق تطوير التشريعات الجزائية اليمنية، ولقد قصدت وضع المقنن اليمني في الصورة لما وجدته من قصور وتعارض في بعض نصوص قانون الإجراءات الجزائية وقانون الجرائم والعقوبات المتعلقة بتحليف الشاهد اليمين القانونية، وذلك لتلافيه عند إعادة صياغة القانونين.

فهذا غاية جهدي وأسأل الله التوفيق والسداد والتجاوز عن الخطأ والتقصير، إنه نعم المولى ونعم النصير.

بحمد الله وبوعونه تم الانتهاء من الكتابة.

المراجع

أولاً - القرآن الكريم وتفسيراته:

- ١ - تفسير الطبري: ابن جرير الطبري (محمد بن جرير بن يزيد الطبري، أبو جعفر)، جزء (٧)، دار المعرفة، ١٩٩٠م.

ثانياً - الأحاديث وشروحها:

- ٢ - السنن الصغرى: البيهقي (أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي) الجزء الرابع، كتاب الشهادات، باب شهادة أهل الذمة، تحقيق بهجت يوسف حمد أبو الطيب، دار الجيل، بيروت، دون ذكر سنة النشر.
- ٣ - السنن الكبرى للبيهقي: البيهقي (أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر) الجزء (١٥)، دار الفكر، دون ذكر سنة النشر.
- ٤ - حاشية السندي علي البخاري: السندي (محمد بن عبد الوهاب الهادي السندي المدني، الحنفي، أبو الحسن محدث) الجزء (٢)، دار الفكر.
- ٥ - سبل السلام: الصنعاني (محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الكحلاني ثم الصنعاني أبو إبراهيم)، الجزء الثالث والرابع، دار الفكر، ١٩٩٥م.
- ٦ - سنن أبي داود، أبو داود السجستاني، الجزء (٩)، باب كراهية الحلف بالآباء، برقم (٣٢٥٣)، دار إحياء التراث العربي، دون ذكر سنة النشر.
- ٧ - سنن الترمذي: الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي البوعى الترمذي، أبو عيسى)، الأجزاء (٤، ٥، ٦)، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م.
- ٨ - شرح النووي على صحيح مسلم: النووي (يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي)، الجزء (١٦) دار الفكر، ١٩٩٥م.
- ٩ - صحيح البخاري، البخاري: (محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري) الجزء (٢) و(٣)، دار إحياء التراث العربي، دون ذكر سنة النشر.
- ١٠ - صحيح حبان: ابن حبان ألبسني (محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي)، الجزء (٦)، دار الفكر، دون ذكر سنة النشر الحديث رقم (٧١٠٩).
- ١١ - صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج (مسلم بن حجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبو الحسن، الجزء (١١) و(١٦)، دار الكتب العلمية، ١٩٩٢م.
- ١٢ - عون المعبود شرح سنن أبي داود: الآبادي، الجزء (١٠)، دار الفكر، (دون سنة النشر)، ص ٢٠، ١٣.

١٣ - فتح الباري، شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، أبو الفضل، شهاب الدين، ابن حجر)، الأجزاء (١٣، ١٤)، دار الفكر، ١٩٩٣م.

١٤ - مسند الإمام أحمد: أحمد بن حنبل (أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبدالله، الشيباني الوائلي)، الأجزاء (٥، ٢)، دار إحياء التراث العربي، دون ذكر تاريخ النشر.

فقه المذاهب:

الحنفي:

- ١ - عمدة القارئ: بدر الدين العيني (محمود بن أحمد بن موسى بن حمد، أبو محمد بدر الدين العيني الحنفي) الجزء (٢٣)، دار الفكر بدون سنة النشر.
- ٢ - غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: زين العابدين ابن نجم المعمرى، شرح أحمد بن محمد الحموي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، طبعة أولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

المالكي:

- ١ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: الدردير (أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير) أخرجه وضبط شكله وعلاماته د. مصطفى كمال وصفي، الجزء الرابع، باب في الشهادة وما يتعلق بأحكامها، دار المعارف، القاهرة، دون ذكر سنة النشر.

الشافعي:

- ١ - روضة الطالبين: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي المتوفى ٦٧٦هـ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد عوض، الجزء (٢)، دار عالم الكتب، بيروت، ٢٠٠٣م.

الحنبلي:

- ١ - حاشية ابن قيم على سنن أبي داود: ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين)، الجزء (١٢)، دار الفكر، ١٩٩٤م.
- ٢ - المغني: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (٥٤١-٦٢٠هـ) تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء (١٤)، دار عالم الكتب، طبعة ثالثة، ١٩٩٧م، الرياض.

كتب الفقه الحديث:

- ١ - السيد سابق: فقه السنة، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، طبعة أولى، بيروت، لبنان، ١٣١٩هـ - ١٩٧١م.
- ٢ - د. عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، طبعة ثالثة، بيروت، ٢٠٠٠م.

ثالثاً - المعاجم:

- ١ - الصحاح تاج اللغة العربية وصاح العربية: إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطاء، الجزء الثاني، دار العلم للملايين، طبعة (٤)، ١٩٩٠م.
- ٢ - الكتاب: سيبويه (أبي بشر عمرو بن عثمان بن قنبر)، تحقيق: عبد السلام هارون، الجزء ٣، مكتبة الخانجي، القاهرة، طبعة ١٩٨٨م.
- ٣ - المخصص، أبو الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي، (ابن سيده)، دار الكتب العلمية، الجزء (١٣)، بيروت، لبنان (دون ذكر سنة النشر).
- ٤ - الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء (٧)، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦م.
- ٥ - شرح المفصل، ابن علي بن يعيش (يعيش) ٦٤٣هـ، الجزء ٩، إدارة الطباعة المنيرية، (دون ذكر سنة النشر) مصر.
- ٦ - مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، رتبه محمود خاطر، دار الحديث، دون ذكر سنة النشر، القاهرة.
- ٧ - لسان العرب: أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، المجلدات (٣، ٩، ١٢، ١٣) دار الفكر، بيروت، طبعة ثالثة، ١٩٩٤م.

رابعاً - كتب الفقه الوضعي:

- ١ - د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، الإثبات الجنائي دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ النشر.
- ٢ - أحمد أمين: شرح قانون العقوبات الأهلي القسم الخاص، مطبعة دار الكتب المصري ١٩٢٤م.
- ٣ - أحمد فالح الخرابشة، الإشكالات الإجرائية للشهادة في المسائل الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

- ٤ - د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه القاهرة، سنة ١٩٥٩م.
- ٥ - د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢م.
- ٦ - أحمد يوسف محمد السولية: الحماية الجنائية والأمنية للشاهد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ٧ - د. حسني الجندي، أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٢م.
- ٨ - د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
- ٩ - د. رؤوف صادق عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة الثالثة عشرة، دار الجيل للطباعة، القاهرة، ١٩٧٩م.
- ١٠ - د. شهاد هابيل البرشاوي: شهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية، دار الفكر، القاهرة، ١٩٨٢م.
- ١١ - د. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، دار المنشورات الحقوقية، طبعة سنة ١٩٩٣م.
- ١٢ - د. عبد الرزاق حسين يس، شرح قواعد إثبات المعاملات المدنية والتجارية وطرقه، طبعة ثالثة، مطابع البيان التجارية، ١٩٩٨م، دبي.
- ١٣ - د. عبد العزيز سعود العزي، الحماية الجزائية للشهادة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق مجلس النشر العملي، جامعة الكويت، العدد (٤) السنة (٣٠) ديسمبر ٢٠٠٦م.
- ١٤ - د. عماد محمد أحمد ربيع، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي - دراسة مقارنة - طبعة أولى، مكتبة دار الثقافة، عمان - الأردن، ١٩٩٩م.
- ١٥ - علي زكي العربي، المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية، الجزء الأول، ١٩٥١م، ص ٥٠٠.
- ١٦ - د. علي محمد جعفر، مبادئ المحاكمات الجزائية اللبناني، طبعة أولى، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٤م.
- ١٧ - محمد الطاهر محمد عبد العزيز، ضوابط الإثبات الجنائي في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٣م.

- ١٨ - د. محمود صالح العادلي، استجواب المتهم في المسائل الجنائية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م.
 - ١٩ - محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية عشرة ١٩٨٨م.
 - ٢٠ - د. محمود نجيب حسني:
 - ١ - شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٢م، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٢م.
 - ٢ - الاختصاص والإثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
 - ٢١ - مصطفى مجدي هرجه: شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨م.
 - ٢٢ - د. مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٧م.
- خامساً - المدونات القانونية واللوائح:**
- ١ - دستور الجمهورية اليمنية لسنة ١٩٩١م، المعدل في عام ١٩٩٤م وعام ٢٠٠٠م.
 - ٢ - القرار الجمهوري بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية اليمني.
 - ٣ - القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني.
 - ٤ - القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الإثبات المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.
 - ٥ - قانون رعاية الأحداث اليمني رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٢م، المعدل بالقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٧م.
 - ٦ - قانون تنظيم المحاماة اليمني رقم (٣٣) لسنة ١٩٩١م.
 - ٧ - قانون تنظيم السلطة القضائية اليمني رقم (١) لسنة ١٩٩١م الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٢م وفقاً لأخر تعديلاته.
 - ٨ - قانون مزاولة المهنة الطبية والصيدلانية اليمني رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢م.

- ٩ - لائحة الإجراءات الجنائية لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية الصادرة في ١٩٧٧م بقرار وزير العدل والأوقاف رقم (١١٦).
- ١٠ - قانون عقوبات جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية لسنة ١٩٧٦م.
- ١١ - قانون السلطة القضائية المصري الصادر بالقرار الجمهوري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢م.
- ١٢ - قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م المعدل بالقانون رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦م.
- ١٣ - قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م المعدل بالقانون رقم (٢١٣) لسنة ١٩٩٢م والقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م.
- ١٤ - قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧م المعدل بالقانون رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٣م.
- ١٥ - قانون الإجراءات الجنائية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٢م.
- ١٦ - قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م.
- ١٧ - قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠م.
- ١٨ - قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠م المعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦١م والقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨١م والقانون رقم (٥٤) لسنة ١٩٨٧م وتعديلاته حتى عام ١٩٩٦م.
- ١٩ - قانون الجزاء الكويتي رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م وتعديلاته بالقانون رقم (٤) لسنة ١٩٩٧م.
- ٢٠ - قانون السلطة القضائية الكويتي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٢١ - قانون السلطة القضائية القطري رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣م.
- ٢٢ - قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م.
- ٢٣ - قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم (٩) لسنة ١٩٦١م المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠١م والقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٦م.
- ٢٤ - قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢م، المعدل بالقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١م وبالقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥م.
- ٢٥ - قانون البينات السوري رقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧م.

- ٢٦ - قانون السلطة القضائية السوري رقم (٩٨) لسنة ١٩٦١م وتعديلاته.
- ٢٧ - قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري رقم (١١٢) لسنة ١٩٥٠م وتعديلاته حتى ١٩٨٥م.
- ٢٨ - قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني الصادر في (١٨) أيلول ١٩٤٨م مع تعديلاته بالقانون رقم (٢٢٨) سنة ١٩٩٣م.
- ٢٩ - قانون المسطرة الجنائية المغربي، رقم (٢٢، ١) الصادر في ٣ أكتوبر ٢٠٠٢م، المعدل بالقانون رقم (٢٣، ٥) والقانون رقم (٣٤، ٥) في سنة ٢٠٠٥م.
- ٣٠ - قانون المسطرة الجنائية المغربي الملغي لسنة ١٩٥٩م.
- ٣١ - قانون العقوبات الاتحاد الروسي لسنة ١٩٩٦م المعدل في ٢٠٠٦م.
- ٣٢ - قانون الإجراءات الجنائية للاتحاد السوفيتي سابقاً الصادر في سنة ١٩٦٠م المعدل في سنة ١٩٧٢م.
- ٣٣ - قانون الإجراءات الجنائية الجديد للاتحاد الروسي الصادر في عام ٢٠٠١م المعدل في عام ٢٠٠٩م.
- ٣٤ - نظام المرافعات الشرعية للمملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) بتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ .
- ٣٥ - نظام الإجراءات الجزائية للمملكة العربية السعودية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٢٠٠) بتاريخ ١٤/٧/١٤٢٢هـ، المصادق عليه بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) بتاريخ: ٢٨/٧/١٤٢٢هـ .
- ٣٦ - وثيقة مسقط للنظام الموحد للإثبات بدول مجلس التعاون الخليج العربي المصادق عليها في مسقط عام ٢٠٠١م.
- ٣٧ - اللائحة التنفيذية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٢م للمرسوم بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٨م لدولة الإمارات العربية المتحدة بشأن الموارد البشرية في الحكومة.

سادساً - البحوث والوثائق ومواقع الإنترنت:

- ١ - أحمد شيخ بن عبد العزيز المبارك، نظام القضاء في الإسلام، بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي، الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض في سنة ١٣٩٦هـ، الناشر دار الثقافة والنشر في الجامعة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص ١٧٩، البحث ص ١٦٥ - ١٩٨.
- ٢ - د. عبد العزيز سعود العزي، الحماية الجزائية للشهادة في القانون الكويتي، مجلة

- الحقوق مجلس النشر العملي، جامعة الكويت، العدد (٤) السنة (٣٠) ديسمبر ٢٠٠٦م. البحث ص ٨١-١٢٦.
- ٣ - مركز الدراسات القضائية التخصصي، الموقع أدناه على الإنترنت للدكتور: زيد بن ناصر بن داود (بتاريخ: ١١ مايو ٢٠١١م الساعة ١٠ صباحاً).
<http://www.cojss.com/article.php?a=224>
- ٤ - د. بكري يوسف: "الخلفية الفلسفية والتاريخية لشهادة الشهود في قانون الإجراءات الجنائية"، بحث منشور في الإنترنت على الرابط أدناه: العنوان مدمج مع الكلمات العربية. (بتاريخ: ١ يونيو ٢٠١١ م الساعة ١٠ مساءً).
<http://knol.google.com/k/dr-bakry-youssef-bakry> - الخلفية - الفلسفية - والتاريخية - شهادة /14/qifavmkcxa
- ٥ - وثيقة مسقط للنظام الموحد للإثبات بدول مجلس التعاون الخليج العربي المصادق عليها في مسقط عام ٢٠٠١م، منشور على الإنترنت في الموقع أدناه: (بتاريخ: ١٦ ديسمبر ٢٠١٠م الساعة ٣٥,١٠ دقيقة مساءً).
<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=10738>

سابعاً - الأحكام القضائية:

- ١ - نقض مصري ١٧/١١/١٩٥٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ رقم (١٩٠).
- ٢ - حكم محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية، محافظة عدن، رقم (٢٤٩) لسنة ١٤٢٩هـ، بتاريخ: ٤ ذي الحجة ١٤٢٤هـ الموافق ٢٤/١٢/٢٠٠٨م في القضية الجزائية رقم (١١٤) لسنة ١٤٢٧هـ، أرشيف محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية، (حكم غير منشور).
- ٣ - حكم محكمة استئناف محافظة عدن، الشعبة الجزائية رقم (٦٠) لسنة ١٤٢٩هـ، بتاريخ ٢٩/ ربيع أول ١٤٢٨هـ الموافق ٦/٤/٢٠٠٨م في الاستئناف الجزائي رقم (٤٩) لسنة ٢٠٠٨م، أرشيف محكمة استئناف محافظة عدن، الشعبة الجزائية، (حكم غير منشور).
- ٤ - حكم محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية محافظة عدن في القضية الجنائية رقم (٤٢) لسنة ١٤٢٧هـ، أرشيف محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية محافظة عدن، (حكم غير منشور).
- ٥ - حكم محكمة مديرية الميناء الابتدائية الجزائية محافظة عدن، رقم (١٠١) لسنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، في الدعوى الجزائية رقم (١٤٢) لسنة ١٤٢٣هـ الموافق

- ٢٠٠٣م، أرشيف المحكمة الابتدائية الجزائية مديرية الميناء محافظة عدن، (حكم غير منشور).
- ٦ - حكم محكمة مديرية صيرة الابتدائية الجزائية محافظة عدن، رقم (١٥٨) لسنة ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦م، في الدعوى الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، أرشيف المحكمة الابتدائية الجزائية مديرية صيرة محافظة عدن، (حكم غير منشور).
- ٧ - مدونة الأحكام القضائية: الإصدار الأول والثاني، صادرة عن الإدارة العامة للتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل في المملكة العربية السعودية، طبعة ١٤٢٨هـ .

الاعتراف القانوني بعمليات الهندسة العكسية (دراسة مقارنة)

الدكتور/ محمد مرسي عبده
كلية القانون - جامعة الشارقة
كلية الحقوق - جامعة حلوان

ملخص:

يُعد هذا البحث من موضوعات الملكية الفكرية التي لها أثر واضح على مسألة التنمية الصناعية داخل الدول، خاصة الدول النامية، الذي قد يبدو من الوهلة الأولى غريباً على أذهان العديدين من غير المختصين؛ خاصة إذا علمنا أن هناك العديد من المترادفات تستخدم للتعبير عنه مثل الهندسة الرجعية والهندسة المرتدة، كما أن هذه المصطلحات تُعد في ظاهرها متعلقة بالعلوم الفنية والصناعية؛ لذلك سيكون من الضروري ربطها بالواقع القانوني.

الهندسة العكسية تُعد من التقنيات التي تستخدمها المشروعات المتنافسة للوصول إلى الابتكارات الفنية المستحدثة عن طريق تفكيك هذه المنتجات وتحليلها للوقوف على وظائفها الأساسية، ومن ثم إعادة تصنيعها بالمجهودات الذاتية، فهي أسلوب فني للحصول على الأسرار التقنية الداخلة في تركيب المنتجات الصناعية، وبطريقة مشروعة لا تخالف الممارسات التجارية الشريفة، وهذه الظاهرة لها بعد فني واقتصادي واضح؛ ولكن ما زال يغيب عنها التنظيم القانوني، وهو ما حاول الباحث تداركه، عن طريق الإجابة على سؤال مفاده: هل يعتبر استخدام تقنية الهندسة العكسية للوصول إلى المعارف التكنولوجية الحديثة من الأعمال القانونية؟

وانتهينا إلى أن هذه التقنية تم الاعتراف بقانونيتها في كل من النظام اللاتيني والنظام الأنجلوأمريكي، سواء أكان هذا الاعتراف صريحاً كما في حالة الابتكارات المتعلقة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة أو الأصناف النباتية أو برامج الحاسب الآلي أم اعترافاً ضمناً بالنظر إلى متطلبات وصف براءة الاختراع، والاستثناءات الواردة على حق المخترع، بالإضافة إلى صعوبة حماية بعض صور الاختراعات.

ووضح من خلال البحث أن هذه الظاهرة الصناعية أصبح لها وجود قانوني واضح، جعل البعض ينادي بتقرير حق الغير في القيام بنسخ المنتجات المحمية بقوانين الملكية الفكرية عن طريق استخدام تقنية الهندسة العكسية، وبهدف الوصول إلى منتج محسن أو منتج جدي، الأمر الذي يصب في النهاية لصالح الدول النامية التي تسعى دائماً للوصول إلى المعارف الفنية السرية بأقل تكلفة ممكنة، وبعيداً عن الوسائل التقليدية لنقل التكنولوجيا.

مقدمة:

يُعد انتشار الأبحاث التطبيقية^(١) المتعلقة بالأساليب الصناعية والتطورات التي تطرأ عليها، إلى جانب الإفصاح عن العديد من الابتكارات في المجالات الصناعية المختلفة لتقع في الدومين العام؛ أمراً يستفيد منه الكثيرون ممن هم على صلة بالفن الصناعي المتعلق بالبحث العلمي أو الاختراع المفصح عنه؛ فقد يستخدمه أحد الباحثين في العلوم التقنية لتدعيم بحثه، وقد يستفيد منه المنافسون في الفن الصناعي لتطوير منتجاتهم وتحسينها، وقد يدعم به البعض أعمال البحث والتطوير القائمة في الفن الصناعي، وبالتالي يستفيد منه جموع البشر المستهلكين للمنتج المستخدم في صناعته هذه المعلومات التقنية.

هذا الانتشار للمعارف التقنية يؤدي إلى إثراء عالمنا المعاصر الذي يعرف بأنه عالم المعرفة، فالاقتصاديات الكبرى أصبحت تقوم على المعرفة أو ما يطلق عليه مجتمع المعلومات la société de l'informations، حيث تحتل فيه مسألة نشر المعلومات والمعارف التقنية أهمية بالغة؛ فتلك المجتمعات كان شعارها منذ بداية الثورة الصناعية قائماً على إدراك أهمية الابتكار ونشر المعارف على مسألة التنمية الاقتصادية.

وتدارك هذه الأهمية للابتكار ونشر المعارف الفنية لم يعد مقصوراً على الدول الصناعية الكبرى، بل أصبح يشغل ذهن العديد من الدول النامية التي تبحث عن قدر من التقدم الصناعي، وهذا ما جعل المنظمات الدولية المعنية تركز على حاجة هذه الدول؛ ففي نوفمبر عام ٢٠٠٥ خرج المدير العام لمنظمة الأمم المتحدة من أجل

(١) البحث - بصفة عامة - يدرك في ثلاثة أشكال كل منها يكمل الآخر، فنجد البحث الأساسي La recherche fondamentale الذي يرمي من ورائه الباحث إلى دراسة وفهم الظواهر الطبيعية والمادية وتأسيس قوانين علمية أو نظريات تفسيرية، إما لمجرد البحث العلمي، وهنا يسمى بالبحث الأساسي الخالص Recherche fondamentale pure، وإما لخدمة هدف عملي محدد ويسمى بالبحث الأساسي الموجه Recherche fondamentale orientée. وهناك البحث التطبيقي La recherche appliquée الذي يكمن في إدراك التطبيقات العملية لما تم التوصل إليه في البحث الأساسي، بهدف حل مشاكل فنية خاصة، أو إيجاد حلول فنية جديدة. وأخيراً البحث التطويري La recherche développement الذي يعرف اختصاراً R&D والذي يستهدف موضوعه تطوير القوالب الصناعية المعروفة والحصول على منتجات أو أساليب فنية جديدة أو تحسينات جوهرية باستخدام خلاصة المعطيات الناجمة من البحث التطبيقي والمعارف الفنية المجربة. راجع:

Jean-Luc PIERRE, Recherche-Développement, Inventions non brevetées et logiciels, JurisClasseur Brevets 2000, Fasc.4960.

التعليم والعلوم والثقافة (اليونسكو) ليقدم تقريراً يحمل عنوان "نحو مجتمعات المعرفة" ليؤكد فيه على أن تقدم الأمم وثراها مرهونٌ على ما تملكه من قدرة فنية على الإنتاج، وتبادل للمعارف التقنية التي تؤدي إلى تطوير المنتجات الصناعية^(١).

وهذا التقرير كان ينصب مضمونه على تساؤل هام بالنسبة للدول النامية، وهو هل من الممكن أن يكون القرن الحادي والعشرون الوقت الذي يتم فيه تقاسم المعرفة بين الدول الصناعية المتقدمة والدول النامية من أجل عالم يسوده الرخاء؟

وحتى هذه اللحظة الإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي، فلاشك أن مسألة تداول المعارف التقنية والابتكارات الصناعية من الدول المتقدمة إلى الدول النامية أو من دول الشمال إلى دول الجنوب يعد أمراً صعباً في ظل رغبة الدول المتقدمة بأن يكون لها دائماً الهيمنة الصناعية، وأن تظل الدول النامية في دائرة التبعية التكنولوجية، بما يضمن لها النفوذ الاقتصادي والسياسي، ويخدم مصالحها في مختلف بقاع العالم. هكذا قد يكون من الصعب تصور وجود هذا العصر الذي كان يبحث عنه تقرير اليونسكو عام ٢٠٠٥، فالوصول إلى مرحلة تبادل المعرفة ليس سهلاً، وهو ما دعا الدول النامية إلى البحث عن حل يمكنها من الوصول إلى تلك المعارف التقنية التي تساعدها على النمو، وقد وصلت بالفعل بعض الدول إلى هذه الأداة التي تسمح بتدويل هذه المعارف، ووجدت غايتها في تقنية الهندسة العكسية.

إشكالية البحث:

إذا ما نظرنا بتمعن لموقف الدول النامية من مسألة تداول المعارف التكنولوجية نجد أنفسنا أمام العديد من الحقائق، أهمها أن وصول تلك الدول إلى الابتكارات الصناعية أصبح أمراً في غاية التعقيد، فالدول المتقدمة متمسكة بموقفها الاحتكاري للتكنولوجيا، ولا تفرط في أسرارها الصناعية سوى ما تعرض منها للهلاك التقني، ويكون ذلك عن طريق تراخيص البراءة التي لا تساعد الدول النامية على الوصول إلى الأهلية التكنولوجية اللازمة للبدء في أعمال البحث والتطوير لخلق معارف وطنية تساعدها في التنمية الصناعية.

من ناحية أخرى الوضع القانوني المتعلق بمسألة الابتكار قد تغير برمته في السنوات الأخيرة، خاصة بعد أن خرجت إلى النور اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة

Rapport mondial, vers les sociétés du savoir, éditions UNESCO, France 2005, p.151. (١)

راجع التقرير على الموقع التالي:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141907f.pdf>.

من حقوق الملكية الفكرية (التربس)^(١)، والتي غلّبت مصالح الدول الصناعية على مصالح الدول النامية، حيث تُلزم الاتفاقية جميع البلدان الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بأن تراجع قوانينها لتتوافق مع أحكام الاتفاقية بما يؤمن حداً أدنى من مستويات الحماية لعناصر الملكية الصناعية؛ هكذا أصبح العديد من الدول النامية غير قادرة على استنساخ أو تقليد الابتكارات التي حمتها الاتفاقية خاصة في مجال صناعة الدواء، والخروج على هذه القواعد قد يكلف تلك الدول دفع تعويضات هائلة لأصحاب البراءات التي يتم انتهاكها.

من هنا لم يكن أمام الدول النامية سوى البحث عن طوق النجاة الذي يضمن لها من ناحية الوصول إلى قدر من التنمية التكنولوجية، ومن ناحية أخرى يجنبها مخاطر الوقوع تحت طائلة المساءلة القانونية، عن طريق التزامها بقوانين الملكية الفكرية والاتفاقيات الدولية المنذورة لهذا الصدد.

لذا سيكون موضوع هذا البحث منصباً على أعمال الهندسة العكسية التي تعد الوسيلة الأكثر أمناً للدول النامية لكي تصل إلى قدر من الأهلية التكنولوجية، يمكنها من تحقيق نمو اقتصادي؛ بيد أن هذه الأداة التي تسمح بتداول المعارف التقنية والابتكارات أو تقنية الهندسة العكسية منذ ظهورها وهي تشير العديد من علامات الاستفهام، ومن أهم ما أثير حولها هو مدى قانونيتها، خاصة في ظل الوضع الجديد الذي يحيط كافة الابتكارات بسياج من الحماية القانونية، يعرض من يقترب منه للمساءلة القانونية، ممثلاً في قوانين الملكية الفكرية، والاتفاقيات الدولية الخاصة بأمور الملكية الصناعية والأدبية وعلى رأسها اتفاقية التريبس.

(١) اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، نظمت الأمور المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية في سبعة أجزاء هي أحكام عامة ومبادئ أساسية، والمعايير المتعلقة بتوفير حقوق الملكية الفكرية ونطاقها واستخدامها، وإنفاذ حقوق الملكية الفكرية، واكتساب حقوق الملكية الفكرية واستمرارها وما يتصل بها من الإجراءات فيما بين أطرافها، ومنع المنازعات وتسويتها، والترتيبات الانتقالية، والترتيبات المؤسسية والأحكام النهائية، فهي إحدى الاتفاقيات الناتجة عن الجولة الثامنة من المفاوضات التجارية متعددة الأطراف التي عرفت باسم جولة أورجواي التي أعلن بدايتها وزراء تجارة الدول الأعضاء في اتفاقية الجات في ٢٠ سبتمبر ١٩٨٦ والتي استمرت أكثر من سبع سنوات حتى ١٥ ديسمبر ١٩٩٣ تاريخ التوصل لصيغة متفق عليها للوثيقة الختامية للجولة، وفي ١٥ أبريل ١٩٩٤ في مدينة مراكش بالمغرب، وقعت ١١٧ دولة على الوثيقة الختامية لجولة أورجواي، وأعلن قيام منظمة التجارة العالمية التي تعد خليفة الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة (الجات) التي أنشئت في أعقاب الحرب العالمية الثانية.

خطة الدراسة:

على هدي ما سبق سيكون من المناسب النظر في الاعتراف القانوني بعمليات الهندسة العكسية أن نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: الاعتراف القانوني الصريح بالهندسة العكسية.

المبحث الثاني: الاعتراف القانوني الضمني بالهندسة العكسية.

المبحث الثالث: الأسس القانونية لنجاح الهندسة العكسية داخل الدول النامية.

وحرى بنا أن نمهد لهذا البحث بالحديث عن ماهية الهندسة العكسية وأهميتها للدول النامية.

المطلب التمهيدي الهندسة العكسية والدول النامية

قد يبدو من الوهلة الأولى أن دراسة أعمال الهندسة في الأساس تندرج تحت البحوث العملية، إلا أن ما ينتج عن تلك الأعمال من نتائج لها قيمة اقتصادية ومادية تؤثر على مستقبل المشروع الصناعي، جعل من الضروري وجود جانب قانوني لهذه العمليات يحقق لها الحماية القانونية في مواجهة أية محاولة للتعدي على النتائج التقنية المتولدة عنها^(١).

فأعمال الهندسة في المجال الصناعي معظمها يقوم على مسائل البحث والتطوير للأساليب الصناعية، سواء أكان القائم بها مشروعاً صناعياً ضخماً يقوم بصناعة منتج ما، ويمتلك في ذات الوقت وحدة بحوث هندسية تختص بإجراء أعمال البحث والتطوير على المنتج لتحسينه أو لاكتشاف طرق صناعية جديدة تمنح المشروع ميزة تنافسية في مواجهة باقي المنافسين، وقد يكون القائم بأعمال البحث والتطوير مشروعاً مستقلاً مهمته الأساسية إنجاز وتحقيق أعمال البحث والتطوير لصالح المشروعات الأخرى، نظير مقابل مادي يُتفق عليه.

إنّ الوضع بالنسب لأعمال الهندسة الصناعية مستقر على أنها أعمال تستحق الحماية القانونية؛ لما يتولد عنها من ابتكارات أو تحسينات منصبة على الأساليب الصناعية، لكن هل يختلف الحال إذا كانت أعمال الهندسة الصناعية تتم بطريقة عكسية؟

(١) Frédéric BELOT, Pour une meilleure protection des valeurs économiques, Revue les petites affiches 2006, n° 243, p.6.

في الحقيقة هذا التساؤل لا يمكن الإجابة عليه، إلا بعد الوقوف على مفهوم الهندسة العكسية من الناحية القانونية، وإدراك أن أهم أسباب ظهور هذه الظاهرة هو حاجة الدول النامية للوصول إلى المعارف التكنولوجية بعيداً عن عقود نقل التكنولوجيا التي تكلف خزائنها أموالاً طائلة.

أولاً - ماهية الهندسة العكسية:

للقوف على مفهوم الهندسة العكسية سيكون من المناسب أن نبدأ بالتعرف على أصل مصطلح الهندسة العكسية الذي قد يكون غريباً على أذهان العديد من غير المختصين عند سماعه لأول مرة، خاصة إذا علمنا أن هناك العديد من المترادفات تستخدم للتعبير عنه مثل الهندسة الرجعية والهندسة المرتدة، كما أن هذه المصطلحات تُعد في ظاهرها متعلقة بالعلوم الفنية والصناعية؛ لذلك سيكون من الضروري ربطها بالواقع القانوني حتي نتمكن في النهاية من البدء في صلب البحث المتعلق بالوضع القانوني لعمليات الهندسة العكسية.

مصطلح الهندسة العكسية من الممكن أن يستدل منه على أنه البدء من نهاية الشيء للوصول إلى بدايته، وأنه مصطلح متعلق بالعمليات الصناعية، فقد درج على استعمال هذا المصطلح Reverse Engineering من واقع الممارسة الصناعية باعتباره أسلوباً فنياً للحصول على الأسرار التقنية الداخلة في تركيب المنتجات الصناعية، وبطريقة مشروعة لا تخالف الممارسات التجارية الشريفة.

والشق الأول من هذا المصطلح أو كلمة الهندسة Ingénierie تعد من المصطلحات الرسمية الحديثة التي ظهرت في النظام اللاتيني خصوصاً في فرنسا عام ١٩٧٣، مشتقة من المهندس، كبديل عن المصطلح التقليدي الفرنسي génie civil الهندسة المدنية، ونقلاً للمصطلح الأمريكي engineering، وتدل على مجموعة أنشطة معينة هدفها تحديد واستيعاب ودراسة مشروع معين أو عملية معينة، وعن طريق التنظيم والمساعدة والتوجيه يمكن إنجاز وتسيير ذلك المشروع أو العملية^(١).

وفهم المقصد القانوني الصحيح لمصطلح الهندسة العكسية، يستلزم النظر إلى المعنى الفني لهذا المصطلح الذي يُشير إلى أن الهندسة العكسية ترمي إلى عملية اكتشاف المبادئ التقنية لأي جهاز أو نظام تكنولوجي عن طريق تحليل بنيته ووظيفته - على سبيل المثال جهاز ميكانيكي أو مكونات إلكترونية أو مواد عضوية أو

Dictionnaire des termes officiels, 7e édition 1991, n°1781.

(١)

بيولوجية أو كيميائية أو برامج حاسب آلي - في محاولة لإعادة إنتاج هذا الجهاز أو النظام التكنولوجي بذاته أو بعد إدخال تحسينات عليه.

والمتتبع لفكرة الهندسة العكسية يجد أنه بعد انقضاء فترة زمنية قصيرة على ظهور مصطلح الهندسة العكسية وانتشاره على المستوى الصناعي، تداعت الحالات الواقعية المتعلقة به في المجال القانوني، فتمرد الواقع العملي على انحصار دراسة الفكرة من المظهر الفني فقط دون أن يكون لها وجه قانوني، كاشف للفقه والقضاء ضرورة التعرض له ومعرفة مضمونه ووضعه من الناحية القانونية.

لذا قام القضاء الأمريكي^(١) بالتعرض لمفهوم الهندسة العكسية معبراً عنها بأنها استخدام أسلوب منهجي تحليلي للأجزاء المكونة للمنتج المبتكر للكشف عن مشتقاته، الأمر الذي قد يمكن القائم بأعمال الهندسة العكسية من إعادة إنتاج السر الصناعي.

كما أن البعض^(٢) عرفها بأنها معرفة التقنية المستخدمة في منتج ما (آلة ميكانيكية أو برنامج كمبيوتر) عن طريق دراسة وتحليل تركيبه ووظيفته وطريقة عمله بهدف إنتاج منتج جديد يقوم بنفس الوظائف دون تقليد المنتج الأصلي.

ثانياً - أهمية الهندسة العكسية للدول النامية:

من الأشياء المنطقية في البيئة الصناعية أن كل مشروع من المشروعات المتنافسة يقع تحت يده بطريقة مشروعة منتج ما مبتكر، أن يحاول تفكيك هذا المنتج ليصل إلى المكونات الداخلة في تركيبه حتي يتمكن في المستقبل من صناعة هذا المنتج بطريقة مستقلة، إذا كان ذلك سيحقق له مزية اقتصادية.

لكن هل تُعد عملية تفكيك المنتجات أو استخدام تقنية الهندسة العكسية أمراً سهلاً، بالتأكيد لا، فإذا كانت هذه العمليات بسيطة ويمكن لكافة المشروعات القيام بها، لأمكننا القول أن هناك فعلاً تدويلاً للمعارف التكنولوجية وأن الفجوة التكنولوجية بين الدول النامية والدول المتقدمة في زوال، فالحقيقة عكس ذلك، فتقنية الهندسة العكسية ذاتها تحتاج إلى أن يكون لدى المشروع القائم بها قدر من الأهلية التكنولوجية وقاعدة فنية معقولة في الفن الصناعي الراغب في تطويره عن طريق أعمال الهندسة العكسية.

(١) Walker Mfg. v. Hoffmann, Inc., 261 F. Supp. 2d 1054, 1080 (N.D. Iowa 2003), and See also, Transducers, Inc. v. Deere & Co., 595 N.W.2d 751, 775 (Iowa 1999).

(٢) Colloque de l'IRPI, Paris 1987, la protection des produits semi- conducteurs, Librairies techniques, p.249.

مثال على ذلك، يعد من أهم المجالات التقنية التي يتم تطبيق أعمال الهندسة العكسية للوصول إلى طريقة تصنيعها، برامج الحاسب الآلي^(١)، بيد أن الوصول إلى النتيجة المرجوة ليس بالأمر السهل، بل أن هذه الأعمال تحتاج من المشروع الراغب في القيام بها، إلى قدرة معينة في مجال البرمجة، متمثلة في مهندسي البرمجيات من أصحاب الخبرة الطويلة الذين قد يتمكنون من فحص وتحليل البرنامج المراد الوصول إلى إعادة إنتاجها عن طريق الهندسة العكسية.

وبالنظر إلى التجارب السابقة للدول التي أصبحت في مصاف الدول المتقدمة نجد أنها شقت طريقها نحو التنمية على أساس أعمال الهندسة العكسية، فلا يخفى على أحد أن دولة كالـيابان أو الصين كانت تشتري الآلات والمعدات من الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا، ثم يقوم العلماء المتخصصون لديها بتفكيكها للوصول إلى المعرفة الفنية الصناعية السرية التي تدخل في تصنيع هذه الآلات، من أجل تصنيع منتجات يابانية منافسة لها، وهذا ما نجده جلياً في الوقت الحاضر خاصة في سوق السيارات والأجهزة الإلكترونية والكهربائية.

كما أن أعمال الهندسة العكسية لا تقتصر فائدتها على تمكين الدولة النامية التي تلجأ إليها من إعادة تصنيع منتج يحتاجه السوق لديها، بل كما أكد البعض^(٢) أن أعمال الهندسة العكسية قد تستغل للوصول إلى عدة نتائج جميعها تصب في مصلحة الدول النامية الراغبة في الوصول إلى قدر من التنمية التكنولوجية، ومن أهم تلك النتائج:

- تعلم الأساليب الصناعية واكتساب الخبرات في الفن الصناعي المطبق داخله تقنية الهندسة العكسية.
- التمكن من تعديل وظائف المنتج أو إصلاحه في حال تعرضه لمشاكل فنية.
- توفير الخدمات المرتبطة باستغلال المنتج، كأعمال الصيانة.
- إجراء تحسينات على المنتج المفكك ليتناسب مع البيئة الوطنية.
- تطوير منتج جديد على صلة بالمنتج المفكك.

(١) عرف البعض الحاسب الآلي بأنه يتكون من مجموعة أجهزة متكاملة مع بعضها بهدف تشغيل مجموعة من البيانات المدخلة بموجب برنامج مثبت للوصول إلى النتائج المطلوبة. انظر د. طاهر الشيخ، مقدمة في الحاسب الإلكتروني، مركز الحاسب الآلي، جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٩١، ص ١.

(٢) James H. A. Pooley, Mark A. Lemley, & Peter J. Toren, Understanding the Economic Espionage Act of 1996, 5 Texas Intellectual Property law Journal 1997, p.177.

لذلك تعتبر أعمال الهندسة العكسية من أهم الأساليب المشروعة لاكتساب المعارف الفنية السرية المستخدمة في تصنيع المنتجات^(١)، الأمر الذي قد يُمكن الدول النامية من الفكك من التبعية التكنولوجية للدول المتقدمة إذا أحسنت استخدام هذه التقنية للوصول إلى المعارف التكنولوجية التي يحتاجها السوق الوطني لديها.

إذن عمليات الهندسة العكسية من الناحية التقنية قد تمكن الدول النامية من اللحاق بركب التطور التكنولوجي، وتقليل الفجوة بينها وبين الدول الصناعية، باعتبارها وسيلة غير مكلفة وسهلة التطبيق، إذا كانت تمتلك تلك الدولة بنية تحتية بحثية على قدر من التمكن التقني، ولكن يبقى السؤال المطروح على طاولة النقاش، هل عمليات الهندسة العكسية تعد من الأعمال المشروعة والقانونية، أم تمثل منافسة غير مشروعة؟ وإذا كانت مشروعة فهل لهذه المشروعية أساس قانوني تستند إليه؟

(١) Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, The law & economics of revers engineering, Yale Law Journal, April 2002, p.7.

المبحث الأول

الاعتراف القانوني الصريح بالهندسة العكسية

إذا سلمنا من الناحية الواقعية بأن أعمال الهندسة العكسية عبارة عن تقنية تستخدمها كافة المشروعات الصناعية في العالم للوصول إلى الابتكارات الجديدة، فإن هذا الأمر لا يستقيم من الناحية القانونية؛ حيث إن كل دولة لها نظام قانوني تنفرد به عن غيرها من الدول، فحماية حقوق الملكية الفكرية في النظام الأنجلوأمريكي له ما يميزه عن حماية حقوق الملكية الفكرية في النظام اللاتيني والعكس صحيح.

فمسألة تفكيك وتحليل أحد الابتكارات للوصول إلى السر الصناعي الداخل في تركيبه قد يعتبر أمراً مشروعاً على إطلاقه في أحد الأنظمة القانونية، وقد يكون مقيداً في نظام آخر كأن يشترط ارتباط مسألة التفكيك بإدخال تحسينات على المنتج المفكك حتى يكون الأمر مشروعاً؛ لذا خضوع منتج مبتكر في دولة لعمليات الهندسة العكسية داخل دولة أخرى، قد يجعل للاعتبارات الدولية دوراً عند دراسة الوضع القانوني لعمليات الهندسة العكسية.

كما أن القواعد القانونية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية التي ركزت على الحماية القانونية للمعلومات السرية، سواء على المستوى الداخلي كقانون التجسس الاقتصادي الأمريكي وقوانين الملكية الفكرية في مصر وفرنسا، أو على المستوى الدولي كاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية لم تتعرض للوضع القانوني للهندسة العكسية ومدى مشروعيتها كطريقة تقنية للوصول إلى المعارف الصناعية السرية^(١).

هكذا تعد عمليات الهندسة العكسية بين المنافسين حقيقة واقعية يفرضها الوضع الاقتصادي، ولا يمكن بأي حال أن يتجاهلها القانون، فإذا كان مصطلح الهندسة العكسية جديداً إلا أن الظاهرة قديمة، ومن الضروري أن يكون لها الآن بعد قانوني نظراً لأهميتها للدول النامية على الأقل، فهي كأي فكرة أو نظرية جديدة يأخذ ببنائها ينمو مع استيعابها من الفقه والقضاء حتى تستقر في الوجدان القانوني.

فإذا كانت الأفكار الاقتصادية التي سيطرت على غالبية المجتمعات في العديد من الفترات ظلت تنادي بحرية التجارة والصناعة لتسخيرها لرفاهية المجتمع، حيث كان

(١) Charles R. McManis, Taking TRIPS on the Information Superhighway: International Intellectual Property Protection And Emerging Computer Technology, 41 Vill. L. Rev. 207 (1996).

لها شديد الأثر في ترسيخ فكر الملكية المشاعة ذات النزعة الاجتماعية؛ بيد أن هذه المبادئ التي تُقيد من الحقوق الفردية - كالحق في الاستثناء بالابتكارات الجديدة - في سبيل مصلحة المجتمع ككل، ظهرت مع التطورات الصناعية العديد من القوانين التي تحد منها وتعوق تطبيقها كما يجب، مثل قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية.

فلاشك في أن مبدأ حرية التجارة والصناعة وكذلك حرية المنافسة أصبح مقيداً في الوقت الحالي بقوانين الملكية الفكرية التي تمنح الأشخاص الحق في الاستثناء بالابتكارات الجديدة لفترة زمنية محددة، وإن كان المشرع في بعض المواقف يحاول أن يقف إلى جانب حرية الصناعة والمنافسة حتى يحافظ على توازن السوق، وتشجيع البحث العلمي، وذلك بالنص على العديد من الاستثناءات داخل قوانين الملكية الفكرية.

والحقيقة أن تقنية الهندسة العكسية ترتبط بمسألة حرية المنافسة ارتباطاً وثيقاً، فقد جرى العمل بين المنافسين في المجالات الصناعية المختلفة على أن يبحث كل مشروع عن ما يتميز به غيره حتى يتمكن من مزاحمته في السوق، ويتحتم عليه في سعيه لذلك أن يتوصل إلى المزية التقنية التي يتمتع بها منافسه ويحاول أن يتوصل إلى أسرارها لكي ينقلها إلى مشروعه حتى يصل إلى ذات المستوى التقني أو لمستوى أفضل بإدخال التحسينات عليها.

ولاشك في أن حرية المنافسة تعد أمراً لا خلاف على أهميته في عالم المعرفة، وتعد نتيجة طبيعية لمبدأ يمتد جذوره ليضرب بها عمق التاريخ الحديث ألا وهو حرية التجارة والصناعة، فالحق في المنافسة المشروعة ليس فقط محركاً للصراع على السيطرة على الأسواق، إنما يعد أداة فعالة لتوسيع استخدام وتحسين المعارف الفنية النادرة والمحكرة^(١).

هكذا نجاح الدولة وتنميتها الصناعية في مجتمع يعرف بمجتمع المعرفة والابتكارات يجب أن يعتمد على إطلاق حرية المنافسة، حيث تنتشر أعمال الهندسة العكسية، وتنتقل الأفكار والمعارف التقنية وتتداول بين المشروعات، ومن ثم تتولد ابتكارات جديدة لتكون مصدراً لنجاح اقتصادي جديد^(٢).

لذلك يجب على المشرع أن ينظر بعين الاعتبار إلى هذه التقنية التي تميل إلى قوانين الملكية الصناعية وحرية المنافسة، والتي أصبح لها دور جوهري في مجتمع

J. Clavier et Lucas, Droit commercial, Flammarion 2003, p. 241. (١)

Philippe le TOURNEAU, Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle, (٢)
JurisClasseur Contrats - Distribution 2007, Fasc. 1810.

المعرفة الذي يحث على انتشار المعارف والمعلومات التقنية بين المنافسين بكل الطرق المشروعة^(١).

من هذا المنطلق وفي سبيل إيجاد توافق بين السماح للأشخاص بالسيطرة على المعارف الصناعية المبتكرة والاستثمار القانوني بها - كبراءة الاختراع - وحرية المنافسة والحق في الوصول المشروع للمعارف التقنية الجديدة؛ لجأ المشرع إلى الاعتراف بمشروعية تقنية الهندسة العكسية التي تستخدمها فعلياً معظم المشروعات على نطاق واسع.

على هذا الأساس سنبحث عن الوضع القانوني الصريح للهندسة العكسية داخل النظام اللاتيني ممثلاً في فرنسا ومصر، والنظام الأنجلوأمريكي ممثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية وبعض قوانين الدول الأخرى.

أولاً - الاعتراف القانوني الصريح بالهندسة العكسية في النظام اللاتيني:

المشرع الفرنسي بعد أن حظر تصنيع أو استخدام المنتجات محل براءة الاختراع دون الحصول على موافقة صاحبها في المادة L613-3 من قانون الملكية الفكرية، جاء بعد ذلك ليضع قيداً على هذا الاستثناء المتعلق بالمنتجات المبتكرة بأن نص في المادة L613-5 من ذات القانون على أن هناك استثناءات واردة على احتكار المخترع لابتكاره تتمثل في استخدام الابتكار في أعمال تكميلية للوصول إلى سر صناعة المنتج للاستخدام الخاص وبعيداً عن الناحية التجارية يعد أمراً مباحاً، وكذلك استخدام المعلومات محل براءة الاختراع في الأعمال التجريبية لتحسين المنتج أو للوصول إلى منتجات جديدة يظل مشروعاً.

على هذا النحو ووفقاً للمشرع الفرنسي يكون من حق كل شخص اللجوء إلى تقنية الهندسة العكسية للوصول إلى المعارف التي تدخل في تصنيع المنتج المبتكر، لاستخدامها في الدراسة وإجراء التجارب، أو لتحسين المنتج ذاته واستخدامه على المستوى الشخصي وبعيداً عن الأمور التجارية.

هكذا يكون المشرع الفرنسي قد فضل المصلحة العليا للمجتمع وأعلى من قيمة البحث العلمي وعمليات البحث والتطوير الصناعي، وارتقى بمسألة التطور العلمي والتقني، وجعل وصول المنافسين للمعارف الصناعية بطريقة مشروعة أمراً مشروعاً

(١) G. Cousin, Intérêt général et propriété intellectuelle: Thèse droit privé, Nantes 2006, p. 13.

حتى لو كانت هذه المعارف محمية بقوانين خاصة، فقانون الملكية الفكرية الفرنسي بهذا يكون قد حافظ على المنافسة المنطقية وتداول المعارف الصناعية بإقراره ضمناً بمشروعية أعمال الهندسة العكسية.

ومن ناحية أخرى، إذا فضل المبتكر الاستئثار بالابتكار لمدة أطول من المدة التي تمنحها البراءة عن طريق الاحتفاظ به في صورة سرية، ودون أن يأخذ في اعتباره حق المجتمع في معرفة تفاصيل الابتكار، فهنا تظل عمليات الهندسة العكسية سيفاً مسلطاً على رقبة المبتكر الذي لا يحق له أن يمنع شخصاً توصل للابتكار بمجهوداته وأبحاثه الذاتية والتي تعد أعمال الهندسة العكسية أهم صورها.

هكذا تعد أعمال الهندسة العكسية بمثابة رمانة الميزان بين قوانين براءة الاختراع التي تحمي الابتكار لمدة محددة نظير الكشف عن أسرار، وقوانين حماية الأسرار التجارية التي تحمي الابتكار لمدة غير محددة، ولكن دون أن تعطي المبتكر سلطة الاستئثار بالابتكار.

ففي نطاق قوانين الملكية الفكرية، وفي بعض الظروف التي حددها المشرع، لا تعد عمليات الهندسة العكسية من قبيل أعمال التقليد أو المنافسة غير المشروعة؛ حيث تستطيع المشروعات الصناعية المتنافسة أن تفكك وتحلل أحد الأموال المعنوية التي يملكها مشروع آخر وهي محصنة بسياج من المشروعية، وأن تستخدم المعلومات الفنية المتحصلة من هذه العملية للوصول إلى منتج جديد.

ويمكن أن نستشف الاعتراف القانوني الصريح بأعمال الهندسة العكسية في النظام اللاتيني بالنظر إلى أمرين:

(أ) قانونية الهندسة العكسية بالنظر لقوانين الملكية الصناعية:

بالبحث داخل قوانين الملكية الفكرية قد نجد أن المشرع أقر استخدام تقنية الهندسة العكسية بين المنافسين، وجعل من مسألة استغلال منتج تم الوصول إليه عن طريقة تقنية الهندسة العكسية أمراً مشروعاً.

بيد أن هذه المشروعية التي منحها القانون لأعمال الهندسة العكسية ليست مطلقة من الناحية الموضوعية، بل إن الاعتراف الصريح بقانونية أعمال الهندسة العكسية في القانون الفرنسي والمصري جاء مقتصرًا على نوعية بعينها من الابتكارات.

النوع الأول خاص بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة^(١) أو منتجات أشباه الموصلات - مثل رقايات المشغلات الدقيقة (الميكروبروسيسور) والترانزستورات - فالمشرع الفرنسي أكد على أن من حق المهندسين العاملين في المنتجات المتعلقة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة أو أشباه الموصلات أن يقوموا بأعمال الهندسة العكسية لمعرفة عمل الدوائر المختلفة في شريحة المنتج شبه الموصل وإيجاد كل طبقة وموصل بين طبقاته المتتالية^(٢).

لذا وفقاً للمادة 5-L662 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي^(٣) يحق لكل شخص أن يعيد تصنيع منتجات أشباه الموصلات من أجل فحص المنتج أو تحليله أو استخدام المنتج المعاد تصنيعه في العملية التعليمية، وإذا توصل هذا الشخص أثناء فحصه وتحليله للمنتج شبه الموصل إلى تصميم تخطيطي مميز عن التصميم التخطيطي المتعلق بالمنتج محل التقييم أو التحليل، فيمكنه أن يحمي هذا التصميم التخطيطي المميز الذي توصل إليه عن طريق الهندسة العكسية تحت مظلة قانون الملكية الفكرية.

كما أن القانون المصري أقر صراحة بقانونية أعمال الهندسة العكسية الواقعة على التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة المحمية^(٤)، وذلك بنصه في الفقرتين

(١) عرف المشرع المصري في المادة ٤٥ من قانون الملكية الفكرية الدائرة المتكاملة بأنها كل منتج في هيئته النهائية أو في هيئته الوسيطة يتضمن مكونات، أحدها على الأقل يكون عنصراً نشطاً، مثبتة على قطعة من مادة عازلة وتشكل مع بعض الوصلات أو كلها كياناً متكاملاً يستهدف تحقيق وظيفة إلكترونية محددة، ويقصد بالتصميم التخطيطي كل تصميم ثلاثي الأبعاد معد لدائرة متكاملة لغرض التصنيع.

(٢) Colloque de l'IRPI Paris 15 décembre 1987, La protection des produits semi conducteurs: Librairies techniques 1988; p.33.

(٣) L'article L.622-5 du code de la propriété intellectuelle: Il est interdit à tout tiers:

- de reproduire la topographie protégée;
- d'exploiter commercialement ou importer à cette fin une telle reproduction ou tout produit semi-conducteur l'incorporant.

Cette interdiction ne s'étend pas:

- à la reproduction à des fins d'évaluation, d'analyse ou d'enseignement;
- à la création, à partir d'une telle analyse ou évaluation, d'une topographie distincte pouvant prétendre à la protection du présent chapitre.

(٤) وفقاً للمادة ٤٦ من قانون الملكية الفكرية المصري يحمي التصميم التخطيطي للدائرة المتكاملة متى كان جديداً، ويعد التصميم التخطيطي جديداً متى كان نتاج جهد فكري بذل صاحبه ولم يكن من بين المعارف العامة الشائعة بين أرباب الفن الصناعي المعني.

الأولى والثانية من المادة ٥١ من قانون الملكية الفكرية على أن إعادة تصنيع التصميمات التخطيطية المحمية بهدف الاستخدام الشخصي أو لأغراض الاختبار أو الفحص أو التحليل أو التعليم أو التدريب أو البحث العلمي أمر قانوني، وإذا أسفر ذلك عن ابتكار تصميم تخطيطي جديد، يكون للمبتكر الحق في حمايته، كما أن من حق كل شخص ابتكار تصميم تخطيطي مطابق لتصميم تخطيطي آخر محمي، إذا كان ذلك نتيجة الجهود البحثية المستقلة.

هكذا يكون المشرعان الفرنسي والمصري قد اعترفاً بقانونية أعمال الهندسة العكسية الواقعة على التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، فعلى الرغم من أن هذه النوعية من الابتكارات قد وفر لها المشرع الحماية القانونية طالما كانت ناتجة عن مجهود فكري لصاحبه، وجعل مدة الحماية تتراوح بين ١٠ سنوات حتى ١٥ سنة، إلا أنه لم يعاملها بنفس الطريقة التي عامل بها براءة الاختراع، بل جعل هناك استثناءات صريحة على الحماية القانونية الخاصة بها، هذه الاستثناءات هي التي تقر صراحةً بقانونية أعمال الهندسة العكسية الواقعة على منتجات أشباه الموصلات.

هكذا إذا حصل شخص على الحماية القانونية لتصميم تخطيطي لدائرة متكاملة وذلك بتسجيل التصميم التخطيطي لدى مكتب براءات الاختراع، ثم قام شخص آخر بالوصول إلى ذات التصميم التخطيطي بالجهود المستقلة عن طريق أعمال الهندسة العكسية، فلا يستطيع صاحب التصميم المُسجل أن يطالب بمنع الشخص الآخر من استغلال التصميم باعتباره محمياً بقانون الملكية الفكرية؛ حيث إن المشرع هو من أقر بقانونية هذه الأفعال التي تؤدي إلى ابتكار تصميم تخطيطي مطابق لتصميم تخطيطي آخر محمي، طالما كان نتيجة جهود مستقلة، وبذلك يكون حق الملكية الصناعية الوارد على التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة مقيداً بأعمال الهندسة العكسية.

واللافت للنظر أيضاً أن المشرعين المصري والفرنسي عندما أقرّا بقانونية الوصول إلى تصميم تخطيطي ناتج عن أعمال الفحص والتحليل الواقعة على أحد التصميمات التخطيطية لدائرة متكاملة محمية طالما كان التصميم التخطيطي حصيلة هذا التحليل والفحص مميزاً، لم يضع معياراً محدداً لدرجة التمييز بين التصميم المحمي محل الهندسة العكسية والتصميم الآخر الذي ستأتي به هذه الأعمال.

وعدم وجود معيار محدد لدرجة التمييز بين التصميم التخطيطي المحمي والتصميم التخطيطي الجديد الناتج عن أعمال الهندسة العكسية، يجعل الحماية القانونية لأشباه الموصلات تبدو في الواقع العملي غير فعالة.

والجدير بالذكر أن المبرر من جعل المشرع الوصول إلى التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة المحمية نتيجة الجهود الذاتية أو عن طريق الفحص والتحليل - طالما كانت مميزة - أمراً قانونياً، هو أن منتجات أشباه الموصلات أو الرقاقات الإلكترونية الدقيقة تدخل في معظم الصناعات الحالية، وأنه كلما تم التوصل إلى دائرة متكاملة أصغر حجماً كلما قلت المادة المستخدمة في تصنيعها وزادت قدرتها على الفاعلية؛ مما يؤدي بدوره إلى زيادة فاعلية قدرة تلك الأجهزة، وأن أشباه الموصلات مثلت فتحاً جديداً في حقل الصناعات الإلكترونية، وتطوير وظائف التقنية العالية^(١)؛ مما جعل المستثمرين في هذا المجال خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية يدفعون المشرع الداخلي والدولي إلى تقرير حماية قانونية لها، الأمر الذي جعل المشرع في النهاية ينظم حماية قانونية خاصة لها، ثم يقيد هذه الحماية عن طريق الهندسة العكسية في سبيل المصلحة العامة.

والنوع الثاني من الابتكارات الذهنية المحمية والتي أقر المشرع اللاتيني صراحة بقانونية القيام بأعمال الهندسة العكسية هي الابتكارات المتعلقة بالأصناف النباتية. فوفقاً للمادة L.623-1 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي والمادة ١٨٩ من قانون الملكية الفكرية المصري تحمي الأصناف النباتية المستنبطة سواء تم التوصل إليها بطريقة بيولوجية أو غير بيولوجية وذلك متى قيد في السجل الخاص بالأصناف النباتية التي تمنح حق الحماية^(٢).

فالمشرع سواء الفرنسي أو المصري بعد أن قرر حماية قانونية للأصناف النباتية إلا إنه بعد ذلك أدخل عليها استثناءات تسمح للغير بالقيام بأعمال الهندسة العكسية على الأصناف النباتية المحمية؛ فالمشرع الفرنسي في المادة L.623-5 أكد على أن من حق كل شخص استخدام الصنف النباتي المحمي للوصول إلى أصناف نباتية جديدة، وبذلك يمكن استخدام تقنية الهندسة العكسية لتحليل الصنف النباتي

(١) أحمد عبد الله مصطفى، حقوق الملكية الفكرية والتأليف في بيئة الإنترنت Cybrarian Journal، العدد ٢١، ديسمبر ٢٠٠٩، متاح على الموقع التالي:

http://journal.cybrarians.info/index.php?option=com_content&view=article&id=487:2011-08-13-20-29-19&catid=144:2009-05-20-09-53-29&Itemid=62.

(٢) وفقاً للمادة ١٩٢ من قانون الملكية الفكرية المصري يشترط لتمتع الأصناف النباتية بالحماية أن يكون الصنف متصفاً بالجدة والتميز والتجانس والثبات وأن يحمل تسمية خاصة به.

المحمي للوصول إلى صنف جديد يُعد إنتاجه وطرحه في الأسواق أمراً مشروعاً يحميه القانون.

كذلك المشرع المصري نص صراحة على قانونية أعمال الهندسة العكسية التي محلها أحد الأصناف النباتية المحمية، طالما أن ناتج هذه الأعمال هو صنف نباتي جديد، وهذا ما نجده خاصة في الفقرة الثالثة من المادة ١٩٥ التي لا تمنع الغير من القيام بأنشطة التربية والتهجين والانتخاب وغيرها التي تستهدف استنباط أصناف نباتية جديدة.

إذن المشرع اللاتيني في فرنسا ومصر يكون قد أكد صراحةً على قانونية أعمال الهندسة العكسية الواقعة على نوعين من الابتكارات الذهنية، وهما التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة والأصناف النباتية، وأن وصول الغير إلى المعلومات الفنية الداخلة في هذه الابتكارات المحمية عن طريق التحليل والتفكيك، ثم استخدام هذه المعلومات نتاج الهندسة العكسية هو أمر قانوني ومشروع^(١).

ولاشك في أن هذا الاعتراف الصريح بقانونية الهندسة العكسية يعد على خلاف القواعد الأساسية في قوانين الملكية الفكرية التي قد تسمح بتحليل وتفكيك المنتجات المبتكرة المحمية بغرض البحث العلمي، والتي في ذات الوقت تمنع استخدام المعلومات المتحصلة عن هذا التحليل والتفكيك للمنتج المحمي في إعادة تصنيع هذا المنتج واستغلاله دون الحصول على موافقة صاحب الابتكار المحمي، وإلا اعتبر ذلك جريمة تقليد للابتكار المحمي يعاقب عليها القانون.

بيد أن المشرع في نطاق الابتكارات المتعلقة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة والأصناف النباتية وإن كان لم يستخدم بصورة رسمية مصطلح الهندسة العكسية، يكون قد أقر بقانونية إعادة إنتاج هذه الابتكارات واستغلالها طالما كان الوصول إلى ذلك بالجهود الذاتية المتمثلة في أعمال التحليل والتفكيك. ويبدو أن المشرع في هذه النوعية من الابتكارات قد انحاز إلى منطق المنافسة الحرة، وذلك بتحريض المنافسين على القيام بأعمال الهندسة العكسية للوصول إلى منتجات متنافسة وهو ما يخدم في النهاية المصلحة العامة.

J. Frion, Agissements parasitaires, Thèse droit privé, Nantes 2001, p.203.

(١)

(ب) قانونية الهندسة العكسية بالنظر لقوانين الملكية الأدبية والفنية:

لا تتأثر مسألة الهندسة العكسية وعلاقتها بقوانين الملكية الأدبية والفنية سوى عند الحديث عن حماية برامج الحاسب الآلي^(١)، فمن غير المنطقي أن نحاول الربط بين عمليات الهندسة العكسية وحماية المصنفات الأدبية والفنية التقليدية التي تصل إلى علم الكافة بمجرد طرحها للتداول^(٢).

لا شك أن برامج الحاسب الآلي أضحت تلعب دوراً متزايداً في العديد من المجالات الصناعية والتكنولوجية، وأصبح لها اعتبار أساسي في مسألة التنمية الصناعية لدى الدول، ولم تعد مسألة إنشاء برنامج يخدم صناعة معينة بالأمر السهل، بل تتطلب وجود موارد بشرية وتقنية ومالية حتى يتم التوصل للبرنامج المنشود في النهاية^(٣).

وبرامج الحاسب الآلي صنفته قوانين الملكية الفكرية بأنه مصنف له حماية قانونية خاصة قائمة على حق المؤلف متى توافرت فيه الشروط المطلوبة لاسيما

(١) وفقاً للفقرة (ح) من المادة (١) من اللائحة التنفيذية للكتاب الثالث من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، برنامج الحاسب الآلي هو مجموعة الأوامر والتعليمات المعبر عنها بأية لغة أو رمز أو إشارة، والتي تتخذ أي شكل من الأشكال، ويمكن استخدامها بطريق مباشر أو غير مباشر في حاسب آلي لأداء وظيفة أو تحقيق نتيجة سواء أكانت هذه الأوامر والتعليمات في شكلها الأصلي أم في أي شكل آخر تظهر فيه من خلال الحاسب الآلي.

كما أن بعض الفقه عرف برامج الحاسب الآلي بأنها تعليمات مكتوبة بلغة ما، موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى الحاسب الإلكتروني، بغرض الوصول إلى نتيجة معينة. انظر: أ.د. محمد حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٧، ص ٧. وجانب آخر من الفقه يرى أن برامج الحاسب الآلي عبارة عن مجموعة من الأوامر التي يتاح وضعها على الوسيط المخصص لذلك، ونقلها إلى الأجهزة المعدة لمعالجة المعلومات التي توجه، وتسمح بالحصول على نتائج محددة، أو إنجاز عمليات معينة. انظر: أ.د. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٩.

(٢) M. Vivant, Ingénierie inverse, ingénierie perverse: JCP E 1998, p.250.

(٣) Himanshu S.Amin, The lack of protection afforded software under the current intellectuql property law, Claveland State University 1995, Claveland State law review 1995, p.20. see also; Pamela Samuels and others, A manifesto concerning the legal protection of computer programs, Columbia law review 1994, p.2312.

الأصالة والبصمة الشخصية للمؤلف^(١)، وإن كانت هذه الحماية قد تحققت بفضل ضغط رجال الأعمال الذين يستثمرون أموالهم في ابتكار برامج للحاسب الآلي والتي تعود عليهم بعوائد هائلة وفي فترات قياسية، حيث نجد مثلاً السوق الأوروبية وحدها قد بلغ حجم سوق برامج الحاسب الآلي حوالي ٤٦ مليار يورو^(٢).

ولكن كما عودنا المشرع، نجده بعد أن يقر حماية قانونية لبعض الابتكارات الذهنية في سياق اللعبة الاقتصادية وتحت ضغط رجال الأعمال الذين ينفقون أموالاً طائلة في هذه المجالات لجني الأرباح في النهاية، يحاول أن يزن بين حماية هذه الابتكارات الذهنية كبرامج الحاسب الآلي وتشجيع التطور التكنولوجي في هذه المجالات بوضع استثناءات على هذه الحماية تضمن في النهاية وجود منافسة حقيقية وفعالة في هذه المجالات تخدم الصالح العام.

فنجد المشرع الفرنسي يقرر حماية قانونية لبرامج الحاسب الآلي باعتباره مصنفاً لصاحبه حق مؤلف عليه وفقاً للمادة L112-2-13 من قانون الملكية الفكرية، ويسمح للغير الذي له الحق في استخدام البرنامج أو الحائز القانوني له أن يراقب أو يدرس أو يختبر أداء هذا البرنامج ليصل إلى الأفكار والمبادئ التي تكمن وراء أي عنصر من عناصر البرنامج سواء عند تحميل البرنامج أو عرضه أو تشغيله أو نقله أو تخزينه^(٣).

هكذا يكون المشرع الفرنسي في قانون الملكية الفكرية قد اعترف صراحةً بحق الحائز القانوني لبرنامج الحاسب الآلي في أن يحلل البرنامج ليصل إلى الأفكار

(١) أ. د. حسن جميعي، مدخل إلى حق المؤلف والحقوق المجاورة، ورقة عمل مقدمة إلى حلقة عمل الويبو التمهيدية حول الملكية الفكرية التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع وزارة التجارة الخارجية والصناعة المصرية، القاهرة ١٠ أكتوبر ٢٠٠٤، ص ٨؛ أ. د. محمد حسام لطفي، حقوق المؤلف، الطبعة الثانية، بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٠، ص ٢٦؛ د. محمد عبد الظاهر حسن، الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر، دار النهضة ٢٠٠١، ص ١٢.

(٢) N. Pinto et D. Taylor, La décompilation des logiciels: un droit au parasitisme, Dalloz 1999, n°41, p.464.

(٣) L'article L.122-6-1-III du code de la propriété intellectuelle: La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer.

والمبادئ التي يقوم عليها، وبالتالي يتمكن من الوصول إلى ذات البرنامج أو إدخال تعديلات عليه لتطويره أو تحسينه، وهذا على خلاف العديد من الاستثناءات الواردة على حق المبتكر، والتي كانت في معظمها تقتصر على أحقية الحائز القانوني في عمل نسخ للابتكار بغرض الاستخدام الشخصي أو التربوي فقط^(١).

وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي نص صراحةً على قانونية القيام بأعمال الهندسة العكسية الواقعة على برامج الحاسب الآلي، بيد أنه وضع شروطاً صارمة للسماح للغير بالقيام بتحليل برامج الحاسب الآلي، ووضع عدة قيود من شأنها جعل استخدام تقنية الهندسة العكسية بخصوص برامج الحاسب الآلي غير ممكنة سوى في حالتين هما التشغيل البيئي للبرامج Interoperability أو في حالة برامج المصدر المفتوح Open Source Softwares.

والتشغيل البيئي^(٢) أو ما قد يطلق عليه التوفيق بين عدة برامج يقصد به حالة من التفاعل والترابط بين أكثر من برنامج عن طريق تبادل المعلومات، ثم استخدام هذه المعلومات المتبادلة للقيام بعملية تشغيل فعال لأحد هذه البرامج، والمغزى وراء هذا الاستثناء أنه لن يكون هناك وصول لهذه المعلومات المتبادلة التي تُسهم في تشغيل أحد البرامج بطريقة فعالة فيما أعد له، إلا عن طريق القيام بعمليات الهندسة العكسية عليها، ولذلك نجد بعض المتخصصين^(٣) يصف التشغيل البيئي بأنه أداة لتسهيل التفاعل بين تطبيقات البرامج المختلفة، والتمكين من تقاسم المعلومات لإعادة استخدامها بين البرمجيات غير المتجانسة.

إذن وفقاً للقانون الفرنسي لكي يستطيع الشخص أن يجري عملية الهندسة العكسية على أحد البرامج المحمية لابد أن يكون ذلك في إطار مسألة التشغيل البيئي

(١) J. Schmidt Swalezski, La décompilation n'est licite que dans les conditions légales, Revue propriété industrielle 2007, N°1, p. 36; et voir l'article L.513-6 et L'article L.613-5,.

(٢) Le 12e considérant de la directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, l'interopérabilité peut être définie comme étant la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées. Même sens: cour de cassation, chambre civil, 20 October 2011, N° de pourvoi: 10-14069.

(٣) Simone Aliprandi, Interoperability And Open Standards: The Key To True Openness And Innovation, International Free and Open Source Software Law Review, Vol. 3, Issue 1, p.6.

لهذه البرامج^(١)، مثلاً إذا اشترت إحدى الشركات برنامجاً حسابي تم إعداده من أجلها خصيصاً ليساعدها على أداء الغرض الذي أنشئت من أجله، وكان هذا البرنامج يعمل على نظام التشغيل ويندوز إكس بي، ثم قامت الشركة بعد فترة بتغيير الحواسيب الآلية التي تعمل عليها بحواسيب أكثر تطوراً، وكانت الأخيرة تعمل بنظام التشغيل ويندوز ٧، وعند تحميل البرنامج الحسابي على هذه الأجهزة وجد أن البرنامج قد فقد العديد من خصائصه ولا يؤدي الغرض الذي أعد من أجله؛ ففي هذه الحالة يكون من حق الشركة ودون الحصول على موافقة من المبرمج أن تحلل هذا البرنامج وتعديل فيه بما يجعله متوافقاً مع نظام التشغيل ويندوز ٧، بحيث يؤدي الدور الذي أنشئ من أجله.

وإذا كان مسألة تحليل برامج الحاسب الآلي في القانون الفرنسي غير مسموح به؛ إلا إذا تعلق الأمر بمسألة التشغيل البيئي لأحد البرامج، بيد أن هذا الأمر يتطلب توافر عدة شروط نصت عليها المادة L122-6-IV من قانون الملكية الفكرية الفرنسي وهي؛ ١ - أن يكون الشخص القائم بالتحليل قد تحصل على نسخة من هذا البرنامج بطريقة مشروعة، أو قام به نيابة عن حائزه الشرعي الذي قد يكون قليل الخبرة بمجال المعلوماتية، ٢ - أن يلتزم الشخص بعدم الإفصاح عن المعلومات الناتجة عن تحليل البرنامج وإلا قد يجد نفسه مطالباً بتعويض المالك الأصلي للبرنامج محل الهندسة العكسية، ٣ - أن يكون تحليل برنامج المصدر مقتصرًا على البيانات التي تكفي للقيام بعملية التشغيل البيئي.

من ناحية أخرى، يسمح القانون الفرنسي بأعمال الهندسة العكسية على برامج الحاسب الآلي إذا كان هذا البرنامج يصنف على أنه ضمن البرامج مفتوحة المصدر^(٢) أو البرمجيات التي يتم توزيعها مع إتاحة شفرة المصدر source code لحائزها القانوني بما يسمح له بتطويرها وإعادة توزيعها مرة أخرى.

(١) من الملاحظ أن بعض القضاء الفرنسي توسع في تفسير المادة L122-6-1 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي ولم يقصر مسألة التشغيل البيئي على كونه أداة للترابط والتفاعل بين برنامجين غير متجانسين، بل أقر بقانونية فكرة التشغيل البيئي بين أحد البرامج وأحد الأقراس المرنّة؛ انظر:

Cour d'appel de Paris, 12 décembre 1997, Dalloz 1998, p.38.

(٢) JOURNAL OFFICIEL DE LA RÈPUBLIQUE FRANÇAISE, 20 avril 2007, COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NÉOLOGIE, Vocabulaire de l'informatique, logiciel libre: Logiciel distribué avec l'intégralité de ses programmes-sources, afin que l'ensemble des utilisateurs qui l'emploient puissent l'enrichir et le redistribuer à leur tour.

والوقوف على كون البرنامج مفتوح المصدر أم لا يكون غالباً بناءً على اتفاق إلكتروني يظهر عند تحميل البرنامج على نظام التشغيل Linking to open source licenses، حيث يوافق المستخدم على تشغيل البرنامج وفقاً للشروط التي تظهر أمامه على نظام التشغيل والتي يكون من ضمنها أن هذا البرنامج مفتوح المصدر، وأن له شفرة يحق له الحصول عليها من صاحب البرنامج المصدر، وهذه الشفرة إما أن تكون مصاحبة للبرنامج أو أن صاحب البرنامج المصدر سوف يرسلها للمستخدم بعد ذلك.

وبناءً على ذلك إذا اشترى شخص برنامجاً مفتوح المصدر، يجب على صاحب البرنامج الأصلي أن يمنحه شفرة المصدر التي تتيح بعد ذلك الوصول إلى المبادئ التي قام عليها برنامج المصدر ومن ثمَّ يحق له إدخال تعديلات عليه ليعالج أخطاء كانت موجودة في برنامج المصدر fix errors أو لجعل تطبيقات البرنامج أكثر كفاءة efficient implementation أو إضافة وظائف جديدة لم تكن موجودة في البرنامج الأصل add completely new functionality ثم يعيد توزيع البرنامج بعد تطويره^(١).

والجدير بالذكر أن البرامج المفتوحة المصدر تختلف عن البرامج المجانية، فالأخيرة يمكن للكافة الحصول عليها دون مقابل، أما البرامج مفتوحة المصدر فليست مجانية، كما أن صاحبها يظل محتفظاً بكامل حقوقه عليها حتى لو أدخل أحد المستخدمين تحسينات عليها وأعاد توزيعها.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد اكتفى بحماية برامج الحاسب الآلي باعتبارها ضمن المصنفات المحمية عن طريق حق المؤلف (م/140/2)، وتجاهل نصوص قانونية خاصة تحمي برامج الحاسب الآلي وتعالج الإشكاليات الخاصة بها كما فعل المشرع الفرنسي.

فالمشرع المصري لم يتعرض لمسألة التشغيل البيئي لبرامج الحاسب الآلي، إنما اكتفى بتقرير حق الغير في أن يقتبس من البرنامج الذي نشره مؤلفه، وإن تجاوز هذا الاقتباس القدر الضروري لاستخدام البرنامج طالما كان في حدود الغرض المرخص به، ثم قيد هذا الاقتباس بأن يكون لأغراض غير تجارية أو لاحتياجات التعليم أو التدريب^(٢).

(١) Arnoud Engelfriet, Open source licensing notices in Web applications, International Free and Open Source Software Law Review, Vol. 3, Issue 1, p.81.

(٢) وفقاً للمادة ١٠ من اللائحة التنفيذية للكتاب الثالث من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، الجريدة الرسمية، العدد ١٢ مكرر، ٢٩ مارس لسنة ٢٠٠٥.

بذلك لم يعترف المشرع المصري صراحةً بقانونية عمليات الهندسة العكسية على برامج الحاسب الآلي، ولكن هذا لا يحول دون قانونية اتفاق الأطراف (المبرمج والمستخدم) على أنه يحق للحائز القانوني للبرنامج أن يعدل ويطور في برنامج المصدر عن طريق إعلامه بشفرة المصدر لهذا البرنامج، أو ما يطلق عليه اتفاقيات البرامج مفتوحة المصدر.

إذن المشرع الفرنسي أقر صراحةً بقانونية عمليات الهندسة العكسية على برامج الحاسب الآلي ووضع لها شروطاً محددة - على خلاف المشرع المصري - فممكن المستخدمين الشرعيين لبرامج الحاسب الآلي من تحليل البرامج التي في حوزتهم للوصول إلى المبادئ والأسس التي تقوم عليها وتطويرها، ولكن في حدود التشغيل البيئي أو اتفاقات البرامج مفتوحة المصدر، وقد أحسن في ذلك حيث سمح بدوران عجلة التطوير في مجال برامج الحاسب الآلي ولكن دون أن يفتح الباب لعمليات المنافسة غير المشروعة أو أعمال التطفل الصناعي.

أخيراً ومن وجهة نظر الباحث أن مسلك المشرع المصري أو المشرع الفرنسي وإن كان يحمي له التنظيم الجيد لمسائل برامج الحاسب الآلي قد يكون غير ملائم للواقع القانوني؛ فإذا تعمقنا أكثر حول الفلسفة التي تقوم عليها الحماية القانونية لحق المؤلف، نجد أن تلك الحماية تنصب على طريقة التعبير وليس الفكرة ذاتها، وهو مبدأ متفق عليه في الأنظمة القانونية المختلفة، أو ما يعرف باسم بديهية حق المؤلف axiom of copyright law^(١).

حيث إن الأفكار ملك للجميع ولا يمكن لأحد الاستحواذ عليها، فهي عملية إبداع تراكمية، ولا بد أن تظل جذوة الفكرة مشتعلة دائماً؛ لذلك يحق لكل شخص يحوز مصنفاً أن يأخذ الفكرة التي يقوم عليها المصنف ويبني عليها، وهذا ما تقره القوانين التي تحمي حق المؤلف، حيث تقتصر الحماية على طريقة التعبير دون الفكرة، فالشخص الذي يشتري كتاباً علمياً من حقه أن يأخذ الفكرة التي يقوم عليها الكتاب ويبني عليها بطريقته الخاصة دون أن يمثل ذلك اعتداءً على حق مؤلف الكتاب؛ وذلك للإبقاء على دورة حياة الإبداع مستمرة.

وإذا ما طبقت هذه الفلسفة التي قامت عليها الحماية القانونية لحق المؤلف على برامج الحاسب الآلي التي تحمي باعتبارها مصنفات أدبية، سنصل إلى أن المبادئ

(١) David Nimmer, Copyright: Sacred Text, Technology, and the DMCA, Kluwer Law International, New York 2002, p.3.

والأفكار التي تم تصميم البرنامج على أساسها ليست محلاً للحماية، بل الصورة النهائية للبرنامج والوظيفة التي يقوم بها هي محل الحماية، وبالتالي يحق لكل شخص أن يصل إلى الفكرة التي يقوم عليها البرنامج عن طريق الهندسة العكسية، ثم يعدلها ويطورها ويضع بصمته الشخصية عليها لينتج مصنفاً جديداً.

فمثلاً، إذا قام شخص بالحصول بطريقة مشروعة على نسخة من أحد البرامج، ثم قام بتقنية الهندسة العكسية على هذا البرنامج وتحليله حتى وصل إلى برنامج المصدر أو مستوى التشفير مروراً بالمستويات المختلفة، ثم فحص كل مستوى من هذه المستويات، وتوصل إلى المبادئ والأفكار التي تقوم عليها أو قواعد المنطق واللוגاريتمات ولغة البرمجة المستخدمة فيها، ثم عدل وطور فيها، ليعبر عنها بطريقة جديدة مختلفة عما كانت عليه في البرنامج محل الهندسة العكسية، ليصل إلى برنامج جديد في خصائصه الخارجية؛ فإن هذا الأمر يعد مشروعاً وقانونياً حتى لو كان البرنامج الجديد يؤدي ذات الوظيفة التي كان يؤديها البرنامج محل الهندسة العكسية، وهذا في الحقيقة ما نجده في معظم برامج الحاسب الآلي، وعلى سبيل المثال نجد أن برنامج الحماية من الفيروسات (نورتون) يؤدي الوظيفة ذاتها لبرنامج (مكافي) وغيرها من البرامج التي تؤدي ذات الوظيفة، ولا شك في أن هذه البرامج في حد ذاتها قائمة على ذات الأفكار والمبادئ ولكنها تختلف في مدى تطورها عن بعضها وطريقة التعبير عنها.

هكذا، نصل إلى أن المشرع طالما أنه اختار حماية برامج الحاسب الآلي عن طريق الحماية المقررة للمصنفات الأدبية والفنية، فإنه بذلك قد قرر حماية استثنائية للبرامج؛ وهي حماية مزدوجة تتمثل أولاً في حماية طريقة التعبير عن البرنامج بواسطة حق المؤلف الذي يمنحه الحق في احتكار استغلال مصنفه، وثانياً حماية الأفكار والمبادئ التي يقوم عليها البرنامج عن طريق ضمان سريتها.

لذلك كان من الأفضل للمشرعين الفرنسي والمصري أن ينص صراحةً على قانونية عمليات الهندسة العكسية في مجال برامج الحاسب الآلي حتى يتجنب حمايتها بطريقة تخالف الفلسفة التي قامت عليها حماية المصنفات الأدبية والفنية، وحتى يشجع مسألة التطوير في هذا المجال الحيوي.

ثانياً - الاعتراف القانوني الصريح بالهندسة العكسية في النظام الأنجلو أمريكي:

لا يستطيع أحد أن ينكر أن تقنية الهندسة العكسية تستخدمها كافة المشروعات من شرق الأرض حتى غربها، فبدون شك كل مشروع يرغب دائماً في معرفة

المعلومات التي يحوزها مشروع منافس له وتمنحه مزية تنافسية؛ فعندما يظهر اختراع في السوق، نجد المتنافسين في الفن الصناعي الذي ظهر فيه الابتكار يسعون للحصول عليه ودراسته للوقوف على مستوى التطور الذي أدخله هذا الاختراع على الفن الصناعي.

إذن تقنية الهندسة العكسية لا يقتصر استخدامها في نطاق إقليمي معين، إنما هي تقنية معروفة على المستوى الدولي للوصول إلى المعارف الفنية الجديدة، وطالما قد رأينا وضع هذه التقنية في النظام اللاتيني، سيكون من المناسب أن نلقي الضوء أيضاً على وضع هذه التقنية في قوانين إحدى الدول التي تنتمي للنظام الأنجلوأمريكي.

وبإلقاء النظر على القوانين التي تناولت الحماية القانونية للأسرار التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية نجد أنها جرمّت فقط الوصول إلى المعلومات السرية بالطرق غير المشروعة، أما إذا توصل أي شخص لمثل هذه المعلومات السرية بالطرق المشروعة كما في حالة الهندسة العكسية، فلا يعد فعله مجرماً، وهذا ما أكدت عليه مدونة المنافسة غير المشروعة^(١) التي قضت بأن حائز المعلومات السرية لا يملك حقوقاً استثنائية على هذه المعلومات، وبالتالي يحق لكل شخص يصل لمثل هذه المعلومات بمجهوداته وأبحاثه الذاتية أن يستغلها في مشروعه الصناعي دون أدنى مسؤولية عليه.

وهذا أيضاً يعد موقف القضاء الأمريكي الذي يرى أن عمليات الهندسة العكسية تعد عصا الميزان لقوانين الملكية الفكرية^(٢)؛ حيث إن قانون براءة الاختراع الفيدرالي يحمي الابتكار الحاصل على براءة اختراع لمدة عشرين عاماً، يحق خلالها لصاحب البراءة الاستئثار بصناعة واستعمال وبيع الابتكار، مقابل الكشف عن تفاصيله الهامة للمجتمع.

والقضاء الأنجلوأمريكي دائماً كان يؤكد على أن استخدام مشروع لأسلوب منهجي تحليلي للأجزاء المكونة لمنتج ما، لكشف مشتقاته والوصول إلى السر الصناعي المستخدم في إنتاجه يعد أمراً مشروعاً^(٣).

(١) AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT OF THE LAW OF UNFAIR COMPETITION, comment a to Sec. 43.

(٢) Chicago Lock Co. v. Fanberg, 676 F.2d 400, 404 (9th Cir. 1981), see also; Rockwell Graphic Systems, Inc. v. DEV Industries, Inc., 925 F.2d 174, 178-80 (7th Cir. 1991).

(٣) Walker Mfg. v. Hoffmann, Inc., 261 F. Supp. 2d 1054, 1080 (N.D. Iowa 2003), and See also, Transducers, Inc. v. Deere & Co., 595 N.W.2d 751, 775 (Iowa 1999).

هكذا يكون المشرع والقضاء الأمريكي قد اعترفاً بقانونية الهندسة العكسية، واعتبراها وسيلة مشروعة للوصول إلى المعارف التقنية، والمحكمة الأمريكية العليا وصفتها بأنها طريقة مميزة لنشر الأفكار وتشجيع الابتكار.

وفي قضية *Kewanee Oil Co v. Bicon Corp*^(١)، والتي تم إثارتها بخصوص انتهاك السر الصناعي للكرستال الصناعي الذي تملكه الشركة المدعية، قضت المحكمة بأنه لا يمكن حماية السر الصناعي ضد الوصول إليه بالطرق العادلة والشريفة، سواء أكان الكشف عن سرية قد تم عن طريق البحث والتطوير والابتكار المستقل أم عن طريق حادثة أدت لكشف السر الصناعي، فالهندسة العكسية طريقة مشروعة للبدء في صناعة منتج معروف، أو كشف الطرق الصناعية التي من الممكن أن تساعد في تطوير المنتج أو تصنيعه.

وفي قضية *Bonito Boats v. Thunder Craft*^(٢)، قضت المحكمة بأن تقنية الهندسة العكسية مهمة للغاية لكونها حافزاً للمبتكر، وتحس على تطوير الابتكارات التي تصطدم بالمتطلبات الصارمة للحصول على الحماية القانونية لبراءة اختراع، لتكون جديرة بالحصول على هذه الحماية.

هكذا نجد أن القضاء الأمريكي يفضل استخدام تقنية الهندسة العكسية طالما كان الهدف منها تطوير التقنيات التكنولوجية، الأمر الذي يعود في النهاية لصالح المجتمع ورفاهيته.

مع ذلك يلاحظ أن القضاء يجرم أعمال الهندسة العكسية إذا ثبت أن الشخص الذي نجح في الحصول على المعلومات السرية عن طريق الهندسة العكسية، قام بتوزيعها على الآخرين وكان سيئ النية، كما لو قام بنشر هذه المعلومات على الإنترنت بقصد الإضرار بمصالح مشروع منافس له. انظر القضية التالية:

DVD Copy Control Assn., Inc. v. Bunner 116 Cal. App. 4th 241, 10 Cal. Rptr. 3d 185 (6th Dist. 2004).

Kewanee Oil Co v. Bicon Corp, Lexsee 416 U.S. 470, 476. N°73-187 (1974): A trade secret law, however, does not offer protection against discovery by fair and honest means, such as by independent invention, accidental disclosure, or by so-called reverse engineering, that is by starting with the known product and working backward to diving the process which aided in its development or manufacture. Available at <http://wupreme.justia.com/cases/federal.us/416/470/case.html>

Bonito Boats v. Thunder Craft, Lexsee 489 U.S. 141, 160, N° 87-1346 (1989): the competitive reality of reverse engineering may act as a spur to the inventor, creating an incentive to develop inventions that meet the rigorous requirements of patentability. Available at: <http://wupreme.justia.com/cases/federal.us/489/141/>

أما من الناحية التشريعية فنجد أن الكونجرس الأمريكي أيضاً قد اعترف صراحةً بقانونية الهندسة العكسية بخصوص نوعين من الابتكارات المحمية؛ النوع الأول خاص بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة وذلك في القانون الخاص بحماية شرائح اشباه الموصلات Semiconductor Chip Act^(١) أو التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، ويمكن القول بأن المشرع اللاتيني قد اقتبس من هذا القانون الحماية الخاصة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، فالمشرع الأمريكي سبق كل الأنظمة في حماية هذا النوع من الابتكارات.

كما أن المشرع الأمريكي قرر في قانون المنافسة بين الأطراف المتعاقدة Competition in contracting Act^(٢) على أن العقود التي تبرمها الحكومة في بعض المجالات التكنولوجية يحق لها القيام بأعمال البحث والتطوير لمصلحة الدفاع الوطني. أما فيما يتعلق بمسألة الهندسة العكسية الواقعة على برامج الحاسب الآلي فنجد أن محاكم النظم الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة واليابان وعلى خلاف النظم اللاتينية لا تسمح بالقيام بأعمال الهندسة العكسية على برامج الحاسب الآلي^(٣)، فمثلاً قضت

(١) The Semiconductor Chip Protection Act of 1984, 17 U.S.C. 906 Limitation on exclusive rights: reverse engineering; first sale:

(a) Notwithstanding the provisions of section 905, it is not an infringement of the exclusive rights of the owner of a mask work for -

(1) a person to reproduce the mask work solely for the purpose of teaching, analyzing, or evaluating the concepts or techniques embodied in the mask work or the circuitry, logic flow, or organization of components used in the mask work; or

(2) a person who performs the analysis or evaluation described in paragraph (1) to incorporate the results of such conduct in an original mask work which is made to be distributed.

(b) Notwithstanding the provisions of section 905(2), the owner of a particular semiconductor chip product made by the owner of the mask work, or by any person authorized by the owner of the mask work. Available at:

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=130051.

(٢) The Competition in contracting Act 1984, (C): would be in the interest of national defense in establishing or maintaining an essential engineering, research, or development, capability to be provided by an educational or other nonprofit institution or a federally funded research and development center.

(٣) H. Caroline and M. Shigeru, Rights of Computer Program Users under Japanese and United States Copyright Laws, University of California at Los Angeles Pacific Basin Law Journal, n°9, p.166.

المحكمة الابتدائية في طوكيو بأن عملية تحليل برامج الحاسب الآلي تعد من قبيل أعمال التقليد غير المشروعة^(١).

كما أن المشرع الأمريكي يعتبر مسألة تفكيك برامج الحاسب الآلي من قبيل الاعتداء على حق المؤلف، فقانون حق المؤلف الأمريكي الصادر عام ١٩٧٦ The Copyright Act كان لا يوجد به ما يشير إلى قانونية أعمال الهندسة العكسية في مسائل برامج الحاسب الآلي؛ لذلك كان لا يجوز لأي شخص أن يحلل برامج الحاسب الآلي دون الحصول على موافقة من مؤلف البرنامج، أما التعديل الأخير الذي أدخل على قانون حماية حقوق المؤلف عام ٢٠١٠ فقد خفف من هذه الحماية لبرامج الحاسب الآلي، وسمح للحائز الشرعي للبرنامج أن يقوم بعمل نسخة من البرنامج لتتفق مع برنامج آخر، وكخطوة أساسية للاستفادة من البرنامج الأصلي، كما أن البعض^(٢) يرى أن المشرع الأمريكي عليه أن يخفف من مسألة احتكار المؤلف لاستغلال مصنفه حتى يسمح للغير من أن يستفيد به سواء في العملية التعليمية أو التطوير.

هكذا نصل إلى أن المشرع سواء في النظام اللاتيني أو النظام الأنجلوأمريكي قد اعترف صراحة بقانونية عمليات الهندسة العكسية في بعض الحالات، ولكن هذا لا يعني بالضرورة أن المشرع لا يعترف بشرعية الهندسة العكسية في غير هذه الحالات، بل على العكس قد نجد أن المشرع اعترف ضمناً في حالات عديدة بمشروعية عمليات الهندسة العكسية، وهذا محل المبحث التالي.

(١) Tokyo District Court, Microsoft v. shuwa system, decision on January 30, 1987, Industrial Property Research, Vol. 33, No. 1, 27.

(٢) B. Edelman, Le sacre de l'auteur: Seuil 2004, p.12.

المبحث الثاني الاعتراف القانوني الضمني بالهندسة العكسية

إذا نظرنا إلى الأنظمة القانونية المختلفة وتشريعاتها المتعلقة بمسائل الملكية الصناعية، نجد أن المشرع سواء على الخريطة الدولية أو الداخلية يميل إلى الاعتراف الضمني بعمليات الهندسة العكسية المتعلقة بموضوعات الملكية الصناعية، بيد أن هذا الاعتراف الضمني بتقنية الهندسة العكسية يختلف شكله ومضمونه من حالة لأخرى، لذلك سوف نقسم هذا المطلب على أساس الحالة التي سهل فيها المشرع للغير القيام بعمليات الهندسة العكسية.

أولاً - تقنية الهندسة العكسية وبراءة الاختراع:

من المعلوم للعاملين في مجال الملكية الصناعية وبراءات الاختراع تحديداً أن كل طلب يقدم للحصول على براءة اختراع يتم نشره؛ ففي مصر تنشر طلبات الحصول على براءة الاختراع في جريدة البراءات المصرية التي تصدر شهرياً عن مكتب البراءات المصري، وفي دول التعاون الخليجي نجد نشرة البراءات التي تصدر عن مكتب براءات الاختراع لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، في فرنسا تنشر كل طلبات الحصول على براءة الاختراع في النشرة الرسمية للملكية الصناعية.

وفي الحقيقة هذا الإجراء الذي نصت عليه غالبية قوانين الملكية الصناعية يتيح للمنافسين الوصول إلى معلومات براءة الاختراع، وهي بذلك تمثل مصدراً فريداً لهم للوقوف على الحالة التقنية التي وصل لها الفن الصناعي بشكل عام، وحالة المنافسين لهم في هذا السوق الانتاجي.

وإذا نظرنا إلى هذا الأمر نجد أن المشرع بذلك قد سهل على الآخرين القيام بعمليات الهندسة العكسية بإلزام المخترع بالإفصاح عن تفاصيل ابتكاره في طلب البراءة، بل أن المشرع جعل هذا الأمر استثناء واضحاً على حق المخترع في أن يحتكر اختراعه.

(أ) قانونية الهندسة العكسية بالنظر لمتطلبات وصف الاختراع والاستثناءات الواردة على حق المخترع:

قد يكون منطقي أن نعتبر إلزام المشرع للمخترع بالكشف عن تفاصيل ابتكاره ووصفه بطريقة تسهل فحصه، ثم نشر هذه التفاصيل، وإتاحه الأسرار الصناعية المتعلقة بالابتكار بمثابة اعتراف ضمني من المشرع بقانونية عمليات الهندسة

العكسية في مجال البراءات، بل ولم يكتف المشرع بذلك إنما سهل للغير القيام بمثل هذه التقنية، ولنرى كيف؟

يظل من حق المبتكر دائماً أن يتفادى الكشف عن تفاصيل اختراعه عن طريق حماية ابتكاره بواسطة السرية وبعيداً عن قوانين البراءة^(١). أما إذا طلب الحصول على براءة اختراع عن أحد الابتكارات ووافقت جهة الإدارة؛ فإن من حق جهة الإدارة أن تنشر تفاصيل هذا الاختراع في النشرة المعدة لذلك، ويكون من حق الجميع الوصول إلى المعلومات الفنية المتعلقة بهذا الاختراع، مقابل حق المخترع في احتكار استغلال اختراعه مدة زمنية معينة.

فالمبتكر يجب عليه أن يقدم وصفاً تفصيلياً للاختراع يتضمن بياناً كاملاً عن موضوعه، وعن أفضل أسلوب يُمكن نوي الخبرة من تنفيذه، وذلك بالنسبة لكل واحد من المنتجات والأساليب الصناعية محل الطلب^(٢).

ولاشك أن قوانين البراءة بهذا المنطق تشجع على الابتكار، حيث إن المنافسين للمشروع المخترع سوف يعملون على تحليل المعلومات التي تم الإفصاح عنها في نشرة البراءات ودراستها للوصول إلى منتج أكثر تطوراً يسمح لهم بالمنافسة في السوق، وهي عملية تبادلية، فالمنافس الذي استفاد من المعلومات الفنية المنشورة المتعلقة ببراءة اختراع، وتوصل إلى منتج جديد حصل بخصوصه على براءة اختراع، يمكن لباقي المنافسين الاستفادة من المعلومات التي ستنتشر عن اختراعه للوصول إلى منتجات أكثر تطوراً، وهو ما يصب في مصلحة المجتمع نهاية الأمر.

فالمبتكر الذي يطلب تسجيل براءة اختراع يجب أن يكون على علم بأنه يخاطر بوصول الغير إلى مضمون ابتكاره عن طريق الهندسة العكسية، فهو سوف يحتكر استغلال اختراعه والقانون سوف يحمي هذا الاحتكار، لكن يجب أن يكون واثقاً من أن

(١) Philippe Gaudrat, La propriété littéraire et artistique droit d'auteurs droits moraux, droit de divulgation: JurisClasseur propriété littéraire et artistique 2006, Fasc.1211.

(٢) وفقاً للمادة ٢٠ من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والمادة 5-612.L من قانون الملكية الفكرية الفرنسي "للكافة بعد الإعلان عن قبول الطلب الاطلاع عليه وعلى مستنداته وما دون عنه في سجل براءات الاختراع، كما يجوز لأي منهم الحصول على صورة مما تقدم وذلك مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون بما لا يجاوز ألف جنيه، ووفقاً للأوضاع والإجراءات التي تقرها اللائحة".

منافسيه في الفن الصناعي سوف يشاركونه في معرفة التفاصيل الفنية لاختراعه، وهذا لا يتعارض مع قوانين براءة الاختراع^(١).

والاعتراف القانوني الضمني بعمليات الهندسة العكسية بخصوص براءات الاختراع قائم على مسألة المشاركة في الوصول إلى المعارف الفنية الخاصة بكل اختراع يتم نشر تفاصيله، ويحق لكل شخص أن يصل إلى تلك المعارف التي تساعده على اختبار وتحليل أحد منتجات الفن الصناعي دون الحصول على موافقة من أحد، ودون أن يكون انتهاكاً لنص قانوني.

بيد أن هذا الاعتراف الضمني بقانونية الهندسة العكسية المتعلقة ببراءات الاختراع يظل مقيداً بأن الشخص الذي حصل على المعلومات المتعلقة بأحد براءات الاختراع وقام بأعمال الهندسة العكسية قد يلاحق قانوناً بجريمة التقليد إذا استغل هذه المعلومات الناتجة عن الهندسة العكسية لتصنيع منتج مضمونه مماثل للمنتج الحاصل على براءة اختراع.

فالقائم بعمليات الهندسة العكسية المتعلقة بأحد براءات الاختراع يجب أن يستغل المعارف التي تصل إلى علمه إما في أمور بحثية أو غير تجارية، أو تجارية ولكن خاصة بمنتج جديد، ولو تم التوصل إليه عن طريق هذه المعلومات المنشورة عن براءة الاختراع؛ وبذلك تكون تقنية الهندسة العكسية أحد الوسائل التي استخدمها المشرع بطريقة ضمنية لتشجيع مسألة الابتكار ونشر المعارف التقنية.

إذن الهندسة العكسية في هذا الخصوص لا تسمح بإعادة تصنيع منتج حصل على براءة اختراع، إنما الوصول إلى منتج أكثر تطوراً يثري الفن الصناعي والحالة التقنية العامة، ومن ناحية أخرى يسمح للمنافسين بالوصول إلى المعارف التقنية وحيازتها بطريقة مشروعة بعيداً عن أعمال التجسس الصناعي والتطفل الاقتصادي وغيرها من أفعال المنافسة غير المشروعة^(٢).

فالمشرع عن طريق إتاحة الوصف التفصيلي لبراءة الاختراع قد اختار حلاً قانونياً غير صريح للسماح للمنافسين بالوصول إلى المعارف التقنية، وجعل البراءة تشارك بفعالية في تطبيق تقنية الهندسة العكسية، ومن ثم حرية الوصول الذهني

(١) Jacques AZEMA & Jean-Christophe GALLOUX, Droit de la propriété industrielle, 6e édition, Dalloz 2006, p.215.

(٢) WIPO, Available at: www.wipo.int/patentscope/fr/patents_faq.html.

للابتكارات، الأمر الذي يؤثر بالتبعية على التطور التكنولوجي والاقتصادي^(١)، وهذا قد يصل بنا إلى أن المشرع على المدى البعيد سوف يقر صراحة بقانونية الهندسة العكسية بخصوص براءات الاختراع.

من ناحية أخرى؛ تمنح براءة الاختراع للمبتكر حق احتكار تصنيع واستغلال ابتكاره، وفي مقابل هذا الحق الاستثنائي، يصبح هناك ضرورة اقتصادية هي السماح للغير بالوصول الذهني فقط لهذا الابتكار عن طريق الكشف عن تفاصيله^(٢). أو عن طريق بعض الاستثناءات القانونية التي تحد من نطاق استغلال الابتكارات المحمية ببراءة الاختراع.

فإذا نظرنا إلى المادة L613-5 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي، والمادة ١٠ من قانون الملكية الفكرية المصري، نجد أن المشرع نص على عدد من الاستثناءات الواردة على حق المخترع في الاستثناء باختراعه، وتسمح للغير بالقيام بعمليات الهندسة العكسية على الاختراع المحمي ببراءة اختراع، ولكن بعيداً عن الاستغلال التجاري للاختراع.

فوفقاً للفقرة (a) من المادة L613-5 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي^(٣) نجد أنها تضع مبدأ عاماً يقرر أن لأي شخص القيام بأية أعمال محلها ابتكارات صناعية محمية، طالما كانت هذه الأعمال في حدود الأغراض الخاصة وبعيداً عن الأهداف التجارية، وهو ما ينطبق على الفقرة (٦) من المادة ١٠ من قانون الملكية الفكرية المصري^(٤)؛ فكل شخص يحق له استخدام الابتكار وتحليله بهدف فهم التقنية القائم عليها، والوصول إلى المعارف الفنية المستخدمة في تصنيعه، لكن هذا الحق مقتصر

(١) J. Mousseron, Traité des brevets, CEIPI 1984, p.624.

(٢) Jacques AZEMA & Jean-Christophe GALLOUX, Droit de la propriété industrielle, op.cit, p.393.

(٣) L'article L.613-5 du code de la propriété intellectuelle: Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas: a) Aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales.

(٤) وفقاً للمادة ١٠ من قانون الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ " .. ولا يعتبر اعتداء على هذا الحق ما يقوم به الغير من الأعمال الآتية... ٦- الأعمال التي يقوم بها الغير خلاف ما تقدم، شريطة ألا تتعارض بشكل غير معقول مع الاستخدام العادي للبراءة، وألا تضر بصورة غير معقولة بالمصالح المشروعة لصاحب البراءة، مع مراعاة المصالح المشروعة للغير.

على استخدام هذه المعارف لأغراضه الخاصة بعيداً عن هدف الربح، وحتى لا يتعارض هذا الحق مع المصلحة المشروعة لصاحب البراءة.

فالمشرع الفرنسي بدأ الفقرة بلفظ الأعمال "Aux actes"، وكذلك المشرع المصري، وهذا اللفظ لا يقتصر على استخدام الابتكار، إنما يحمل في طياته تمكين الشخص من القيام بتفكيك المنتج المبتكر وتحليله، ليتمكن من إعادة تصنيعه، لخدمة أغراضه الشخصية؛ وبذلك تعد الهندسة العكسية أمراً قانونياً.

وهذا التحليل لمقصد المشرع - خاصة الفرنسي - من وراء استعماله لفظ "الأعمال" وكونه يتضمن السماح للغير بالقيام بعمليات الهندسة العكسية على براءات الاختراع، من الممكن أن نستنتج من المقارنة بين هذا التعبير الذي استخدمه عند النص على الاستثناء الوارد على براءات الاختراع والاستثناء الوارد على حق المؤلف، والذي استخدم فيه المشرع تعبير "يحق للشخص عمل نسخة خاصة".

كما أن هذه الصياغة المتباينة للمشرع الفرنسي بين الاستثناء الوارد على البراءة "الأعمال" والاستثناء الوارد على حق المؤلف "النسخة الخاصة"، قد جعلنا نفكر في أن المشرع عندما قصر الاستثناء الخاص ببراءة الاختراع على الاستخدامات الخاصة غير التجارية، ربما كان يقصد منع الغير من إبرام عقود ترخيص محلها الاختراع، ومنعه من التصرف في المعلومات الفنية الخاصة بها بأي طريقة، مع احتفاظه بحقه في تصنيع المنتج في حدود مشروعه الصناعي، خاصة أن هذا الأمر يخلق منافسة بين المشروعات، وهو ما يصب في مصلحة المستهلك والمصلحة العامة في النهاية.

فإذا كان مقصد المشرع من هذا الاستثناء مقصوراً على تحليل المنتج المبتكر لإعادة تصنيعه واستخدامه في الأمور الخاصة دون مشاركة من أحد، فلا شك أن هذا سيتعارض مع الغرض الذي أعده له قوانين الملكية الفكرية الدولية والوطنية وهو نشر المعارف التقنية على أوسع نطاق وتشجيع التعاون التكنولوجي بين المشروعات، مع التكفل باحترام حماية الحقوق المشروعة لصاحب البراءة. هذا بالإضافة إلى أن محكمة استئناف باريس^(١) عندما تعرضت لتفسير الفقرة (b) من المادة L613-5 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي ذهبت إلى أن مقصد المشرع من وراء السماح للغير بالقيام بالاختبارات على الابتكارات المحمية هو تمكينهم من المشاركة في فحص الفائدة

Cour d'appel de Paris, 4e chambre, 3 juillet 2002.

(١)

التقنية للاختراع أو تطويره للوصول إلى معارف تقنية أكثر تقدماً، فبراءة اختراع لا بد أن تهدف إلى التطور العلمي والتقني، وألا تكون أداة تشل عملية الابتكار^(١).

كما أن الفقرة ٥ من المادة ١٠ من قانون الملكية الفكرية المصري تسمح للغير بالقيام بأعمال الهندسة العكسية على الابتكارات المحمية ليتمكن من تصنيع أو تركيب أو استخدام المنتج المبتكر، بشرط ألا يتم تسويق هذا المنتج إلا بعد الحصول على رخصة بتسويقه.

(ب) قانونية الهندسة العكسية بالنظر لصعوبة حماية بعض صور الابتكارات:

إذا ما انتقلنا إلى المرحلة التي يتم فيها استخدام المعارف المتحصلة من وراء أعمال الهندسة العكسية للوصول إلى منتجات محمية بواسطة براءات الاختراع، فنجد أن مسألة إثبات وقوع تقليد للمنتج المحمي يعد أمراً يصعب تحقيقه؛ خاصة أن المشرع وضع شروطاً محددة لحماية الصور المختلفة للابتكار، الأمر الذي قد يضع القائم بعمليات الهندسة العكسية داخل إطار المشروعية؛ فلاشك أن مسألة إثبات واقعة تقليد الاختراع من الأمور شديدة الصعوبة التي قد تجعل من مسألة استغلال نتائج الهندسة العكسية تجارياً أمراً في النهاية غير مخالف للممارسات التجارية الشريفة.

فإذا طبقنا قواعد الإثبات المتعارف عليها في الوقائع المادية على إحدى صور الابتكارات الصناعية كمسألة تقليد طريقة صناعية محمية ببراءة الاختراع، سنجد أنها أمر شديد التعقيد، فمثلاً إذا قام شخص بابتكار طريقة صناعية جديدة وقرر الحصول على براءة اختراع بشأنها، ومن ثم نُشرت تفاصيل تطبيق هذه الطريقة الصناعية الجديدة، وتوصل إلى هذه المعلومات التقنية أحد المنافسين وقرر استخدامها في مشروعه للوصول إلى منتج منافس، فهنا يجب على صاحب البراءة أن يثبت وجود اعتداء على حقه في الاستئثار باستغلال الطريقة الصناعية المبتكرة، وسوف يكون عبء الإثبات عليه.

وطالما أن عبء الإثبات سيكون على مالك البراءة فيجب عليه أن يُقيم الدليل على أن المنافس قد استخدم ذات الأسلوب الصناعي المحمي ببراءة الاختراع من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن يثبت أنه لا يوجد طرق صناعية أخرى في الفن الصناعي

(١) P. Véron, Contrefaçon de brevet d'invention - Usage expérimental et essais cliniques - situation législative et jurisprudentielle dans les principaux pays industriels, Revue Propriété industrielle, janvier 2000, n°107, p.17.

يمكن أن يستخدمها المنافس تمكنه من الوصول إلى ذات النتيجة، وهذا في حد ذاته أمر في غاية الصعوبة، خاصة في الفنون الصناعية التي تعتمد على دمج الأساليب الصناعية للوصول إلى منتجات جديدة.

كما أن المدعى عليه في مثل هذه الدعاوى قد يتمسك أمام القاضي بأن المدعي لكي يثبت صحة إدعائه لابد أن يرسل خبيراً إلى منشأته ليتأكد من أنه يطبق طريقة صناعية مختلفة عن الطريقة المحمية، وهذا الإجراء يأتي ضد مصالحه المشروعة المتمثلة في حماية أسرارها الصناعية من أن يطلع عليها أشخاص لا يعملون في مشروعه؛ مما قد يعرضها لخطر الإفشاء.

وعلى الرغم من أن القاضي يمكن أن ينتدب خبيراً ليفحص الأمر من الناحية الفنية في مشروع المدعى عليه، ودون أن يطلع المدعي بالنتائج التي توصل إليها الخبير، إلا أن هذا الحل سوف يخالف أحد أهم قواعد الإثبات المتعلقة بمبدأ المواجهة بين الخصم وإطلاع كل منهم على أدلة الآخر وتقرير الخبير، وهو المبدأ الذي سيؤدي تطبيقه إلى ضياع السر الصناعي للمدعى عليه^(١).

هكذا إذا فشل المدعي في إثبات وجود جريمة تقليد لطريقته الصناعية المحمية ببراءة الاختراع، عن طريق إقامة الدليل على أن المنافس لا يستطيع الوصول إلى هذه النتيجة الصناعية دون استخدام أسلوبه الصناعي المحمي، فلن يكون أمام القاضي سوى القضاء بعدم وجود علاقة بين الطريقة الصناعية المحمية والمنتج الذي توصل إليه المدعى عليه، وهذا يحمل في طياته قراراً بمشروعية أعمال الهندسة العكسية التي وقعت على هذا الأسلوب الصناعي.

والجدير بالذكر أن الشخص الذي يبتكر طريقة صناعية سيكون من الأفضل له أن يحمي أسلوبه الصناعي عن طريق السرية، وهذا أفضل له من قوانين البراءة التي تلزمه بالإفصاح عن تفاصيل تطبيق الأسلوب الصناعي، وبالتالي يكون عرضة لعمليات الهندسة العكسية، التي يكون تطبيقها أكثر سهولة على الأساليب الصناعية من تطبيقها على المنتجات المبتكرة.

ثانياً - الهندسة العكسية ومعارف الدومين العام:

تطبيق تقنية الهندسة العكسية على معارف الدومين العام لا يثير أية مشاكل

(١) J-P. Martin, Le renversement de la charge de la preuve en matière de contrefaçon de brevet de procédé, Revue propriété industrielle 1997, N°76, p. 17.

قانونية، فمعارف الدومين العام^(١) هي المعارف التقنية المتاحة للجميع، ولكل شخص أن يتفكر فيها، فهي كالمعلومات التافهة trivial information^(٢) أو المعلومات الغامضة vague information التي لا تستحق الحماية القانونية؛ فالحماية القانونية تشترط أن تكون المعلومة واضحة ومحددة، وإلا كانت الحماية غير مبررة، فمن غير المعقول أن يُحمّل حائز المعلومات الغامضة الآخرين عبء حماية سريتها.

أما مصطلح الدومين العام - بصفة عامة - فهو يعني كافة المعارف التي تكون متاحة للعامة ولا تتضمن عنصر السرية، والتي تكون بطبيعتها غير قابلة للحماية؛ لأنها معرفة مشاعة^(٣)، فهي غير مملوكة لشخص محدد، واستخدامها متاح للكافة، فالدومين العام عبارة عن نطاق للحرية^(٤)، لكن تلك الحرية يجب أن تراعي الحق المعنوي، بأن يظل هذا الابتكار الواقع في الدومين العام منسوباً إلى صاحبه^(٥).

كما أن الابتكارات المحمية بالبراءة تسقط في الدومين العام بعد مرور عشرين عاماً على تقديم طلب الحصول على براءة الاختراع، ويحق لكل شخص أن يعيد تصنيع هذا المنتج دون أن يكون لصاحب البراءة حق احتكاري عليه؛ وبالتالي يعد تطبيق تقنية الهندسة العكسية على مثل هذه المعارف الواقعة في الدومين العام أمراً قانونياً دون الحاجة للنص على ذلك صراحةً في قوانين الملكية الفكرية.

(١) د. محمد مرسى، التنظيم القانوني للمعرفة الفنية لضمان نقل تكنولوجيا حقيقية للدول النامية - دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي - رسالة دكتوراه، جامعة حلوان ٢٠١١، ص ١٨٣.

(٢) Lionel Bently and Brad SHERMAN, Intellectual property law, Oxford University press, New York 2001, p.924.

(٣) Lionel Bently and Brad SHERMAN, Intellectual property...op.cit, p.928.

(٤) أ. د. نادية محمد معوض، التحكيم وحقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ٢٢٢.

(٥) Christophe CARON, Droit de la propriété intellectuelle, La Semaine Juridique, Edition Générale 2007, N°30, p.1176.

المبحث الثالث

الأسس القانونية لنجاح الهندسة العكسية داخل الدول النامية

أشرنا في مقدمة هذا البحث إلى أن الاقتصاديات الحديثة أصبحت تقوم على المعرفة أو ما يطلق عليه مجتمع المعلومات، الذي يقوم على نشر المعلومات والمعارف التقنية، وأن هذا الأمر لم يعد يعني الدول المتقدمة فقط، بل أصبح الشغل الشاغل للدول النامية الباحثة عن التنمية الصناعية، الأمر الذي يجعل من المناسب البحث عن وضع جديد لتقنية الهندسة العكسية في قوانين الملكية الفكرية باعتبارها أداة أساسية لتدويل المعارف التقنية.

فأهمية الهندسة العكسية بالنسبة للعاملين في الفنون الصناعية خاصة داخل الدول النامية، جعل المستفيدين منها يحاولون البحث عن وضع لتقنية الهندسة العكسية داخل قوانين الملكية الفكرية؛ لتسهيل إعادة إنتاج الابتكارات الصناعية، خاصة أن الأصل في عملية تقليد الابتكارات أنه انتهاك لحقوق صاحب البراءة الذي من حقه منع الغير من تقليد ابتكاره.

إن إدراك هذه الأهمية للابتكار ونشر المعارف الفنية ودورها الهام بالنسبة للدول النامية، والبحث عن عالم للمعرفة يتم فيه تقاسم المعارف التقنية بين الدول الصناعية المتقدمة والدول النامية من أجل عالم يسوده الرخاء؛ قد يجعل من المناسب الحديث عن الأسس القانونية لنجاح تقنية الهندسة العكسية داخل الدول النامية.

أولاً - الأسس الفنية لنجاح تقنية الهندسة العكسية داخل الدول النامية:

كما رأينا أن استخدام تقنية الهندسة العكسية يعد أداة رئيسية ورخيصة لتداول المعارف التكنولوجية بين الدول، خاصة من الدول الصناعية إلى الدول النامية، إذا كانت الأخيرة لديها الأهلية التقنية التي تمكنها من تفكيك الابتكارات وتحليلها، والوصول إلى المعارف الفنية التي تمكنها من إعادة تصنيع ذات المنتج أو منتج محسن، أو منتج معدل بطريقة تناسب احتياجاتها الوطنية.

وتمكن الدول النامية من استخدام تقنية الهندسة العكسية سيجعلها تستغني عن الأدوات التقليدية لنقل التكنولوجيا كعقود تراخيص البراءة وعقود تسليم المفتاح أو المنتج في اليد، التي ظلت لفترة طويلة تعتمد عليها أملاً في الحصول على قدر من الاستقلالية الفنية، لكن دون أدنى تقدم واضح، فبمجرد انتهاء مدة العقد يتوقف المُتلق عن استغلال ترخيص براءة الاختراع، ولا يتمكن بعدها من تطبيق المعارف

التي اكتسبها أثناء استغلال البراءة بعد ذلك، وينحصر دور الدولة النامية في كونها اليد التي تدير المعارف المرخصة لها باستغلالها دون اكتساب قدرات إنتاجية لمعارف تقنية مماثلة؛ لذلك يصف البعض^(١) تلك الأدوات التقليدية لنقل التكنولوجيا بأنها ذاتها الأساليب التي لا تسمح بتدويل المعارف التقنية، خاصة إلى الدول النامية^(٢).

وهذا ما يمكن التأكيد عليه إذا ما قارنا هذا الأسلوب التقني للحصول على المعارف التقنية السرية بالطرق التقليدية لنقل التكنولوجيا التي تكلف خزانة الدولة النامية أموالاً باهظة، ودون وجود يقين بأن هذه العقود ستمد الدول النامية بتكنولوجيا حقيقية تخدم خطة التنمية الصناعية لديها، وتساعد على تكوين الأهلية التكنولوجية، التي تعد الأساس الفعلي في مسألة الاستقلال التكنولوجي.

فالهندسة العكسية من الممكن أن نصفها بأنها طريقة رخيصة وسهلة أمام الدول النامية لكي تصل إلى التكنولوجيا التي ترغب فيها، طالما كانت تلك الدولة تمتلك بنية تحتية بحثية معقولة، تمكنها من إجراء أعمال الهندسة العكسية للوصول إلى تصنيع منتج بعينه، ومن ثمَّ إجراء أعمال البحث والتطوير عليه للوصول إلى منتجات أخرى في ذات الفن الصناعي تخدم خريطة التنمية الصناعية للدولة النامية.

وأعمال الهندسة العكسية كأسلوب تقني يساعد الدول النامية على الوصول إلى المعارف التقنية التي يحتاجها السوق الوطني لديها، يتطلب من الدولة النامية المرور بثلاث مراحل^(٣):

المرحلة الأولى ويطلق عليها مرحلة الوعي الفني awareness technical stage وفيها يكون على الدولة النامية أن تُعد المهندسين والفنيين الإعداد الفني والبحثي المناسب، ليكون لديهم القدرة على استيعاب وفهم معارف الفن الصناعي الذي ينتمي إليه المنتج المبتكر محل الهندسة العكسية، وهو الأمر الذي سيمكن الدولة بعد الانتهاء من عملية الهندسة العكسية من استخدام المعارف التي تم التوصل إليها في خلق منتجات جديدة مختلفة عن المنتج محل الهندسة العكسية، عن طريق قيام هؤلاء

(١) Philippe le TOURNEAU, Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle, op.cit, p.5.

(٢) Ibid, p.5.

(٣) Geoffrey A. Moore, Crossing the Chasm: Marketing and Selling High-Tech Products to Mainstream Customers, New York: HarperCollins, 1991. See also; Mark A. Lemley & David McGowan, The Law and Economics of Network Effects, California Law Review 1998, volume 86, No.479.

المتخصصين بالقيام بأعمال البحث والتطوير على المعارف الفنية التي تم التوصل إليها أثناء تفكيك المنتج وتحليله.

فلاشك أن وجود موارد بشرية مُعدة جيداً لإجراء أعمال البحث والتطوير على المعارف الناتجة عن أعمال الهندسة العكسية، سيجتذّب الفرصة للدولة النامية للسيطرة عليها، وخلق معارف جديدة لصناعات أخرى^(١). بالإضافة إلى كون الكوادر البحثية مصدراً لتدفق المعلومات الفنية إلى الأطراف الفاعلة في نظام الابتكار الوطني للدولة النامية^(٢).

فكما يرى البعض^(٣) أن إجراء عمليات الهندسة العكسية على المنتجات الصناعية يعد بمثابة خطوة أولية للدولة النامية لمرحلة أخرى يطلق عليها التمكن التقني، وهي المرحلة التي تصبح فيها الدولة النامية تملك قاعدة فنية تتمثل في الخبرة المتراكمة المكتسبة من جراء القيام بأعمال الهندسة العكسية من قبل المتخصصين الوطنيين لديها، وهو ما قد يمكنها بعد ذلك من استيعاب أية معارف فنية مستوردة وتوطينها، ومن ثم خلق معارف تكنولوجية وطنية، دون الحاجة لاستيراد التكنولوجيا البالية من الدول الصناعية مرة أخرى.

المرحلة الثانية ويطلق عليها مرحلة التفكيك والتحليل disassemble and analyze وهي أساس الهندسة العكسية، حيث يقوم المتخصصون بأعمال الهندسة العكسية في الفن الصناعي محل المنتج المبتكر، بتفكيك أجزائه وتحليلها، للوصول إلى المعلومات الفنية الدقيقة الداخلة في تصنيعه.

وهذه المرحلة يتوقف نجاحها على أمرين، الأول ويتعلق بمهارة المهندسين القائمين على تفكيك المنتج وتحليل أجزائه، الثاني ويتعلق بالخطوة الإبداعية في الابتكار، حيث إن هناك علاقة طردية بين هذا الأمر وإنجاز هذه المرحلة من مراحل الهندسة العكسية؛ فكلما كان المنتج على درجة عالية من الجودة والابتكار والتطور على

(١) Eliane FRANCO, Les Stratégies technologiques des filiales des entreprises multinationales au Brésil: les déterminants et les implications pour les capacités technologiques locales, De Boeck Université, Revue Innovation 2004/1, N° 19, p.164.

(٢) A. AGGARWAL, Liberalization, multinational enterprises and export performance: evidence from Indian manufacturing, The Journal of Development Studies 2002, Volume 38, N° 3, p. 124.

(٣) Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, The law & economics of revers engineering, op.cit, p.11.

ما هو موجود في الفن الصناعي، كلما كان الجهد والوقت والمال المنفق لإتمام هذه المرحلة أكبر.

لذلك إذا كانت الدولة النامية تحتاج إلى تصنيع منتج معين يحتاجه السوق لديها، ورغبة في إجراء أعمال الهندسة العكسية على هذا المنتج للوصول إلى منتج ينافس محلياً، أن تختار من بين البدائل المتاحة لديها البديل الذي يصل بها إلى نفس النتيجة، ولكن يكون أقل من حيث التقنية والابتكار، حيث يسهل عليها تفكيكه وتحليله، خاصة إذا ما علمنا أن القائمين على المنتجات الجديدة المبتكرة أصبحوا حريصين على جعلها صعبة التفكيك في صورتها النهائية، أو أن تفكيك المنتج النهائي لن يكشف عن أسرار تصنيعه، إذا ما تعرض لعمليات الهندسة العكسية.

المرحلة الثالثة وهي مرحلة التطبيق Implementation stage وفيها يتم أخذ كافة المعلومات الفنية السرية التي تم الوصول إليها أثناء تفكيك المنتج وتحليله، ووضعها تحت تصرف مهندسي التنفيذ لتمكينهم من صناعة نموذج أولي للمنتج المفك وإجراء التجارب عليه، حتى يتمكن المشروع في النهاية من الوصول إلى منتج منافس للمنتج محل الهندسة العكسية، أو إدخال تحسينات عليه للوصول إلى منتج أكثر تطوراً.

وهذه المرحلة قد تتطلب الرجوع إلى المرحلة السابق عدة مرات، فالوصول إلى المعلومات الصناعية السرية الكافية لصناعة منتج منافس للمنتج محل الهندسة العكسية أمر لا يمكن ضمانه من أول مرة، فبعض الأسرار الصناعية قد تستعصي على المهندسين القائمين بأعمال الهندسة العكسية؛ لذا قد يتطلب الأمر إجراء عملية التفكيك والتحليل أكثر من مرة، حتى يتم الوصول إلى القدر الكافي من المعارف الصناعية الداخلة في تركيب المنتج محل الهندسة العكسية، التي تكفي لصناعة نموذج أولي منه على يد المشروع القائم بعملية الهندسة العكسية؛ لذلك تعد هذه المرحلة من أكثر مراحل الهندسة العكسية التي تحتاج إلى الوقت والنفقات^(١).

كما أن حجم المعلومات الفنية التي سيتم الوصول إليها أثناء تفكيك المنتج، لن يمكن مهندسي التنفيذ من صناعة منتج منافس بالمنتج محل الهندسة العكسية فقط؛ بل من صناعة منتجات أخرى تنتمي إلى ذات الفن الصناعي، فعندما تعاقدت شركة

(١) Richard C. Levin and others, Appropriating Returns from Industrial Research and Development, Brookings Papers on Economic Activity, Brookings Institution Press 1987, p.783 and p. 805-807.

Rhodia البرازيلية للصناعات الكيماوية مع شركة Rhône-Poulenc الفرنسية على نقل المعارف الفنية المتعلقة بصناعات بعض المنتجات البلاستيكية، فهذه الشركة البرازيلية استطاعت أن تدعم وتطور قدراتها الفنية من وراء هذا العقد في الصناعات البلاستيكية ككل، والفنون الصناعية المتعلقة به، حيث تمكنت هذه الشركة بالتعاون مع الجهات البحثية المحلية من القيام بأعمال الهندسة العكسية وتحسين وتطوير المعارف الفنية التي حصلت عليها من الشركة الفرنسية والوصول إلى معارف فنية جديدة ملائمة، تم استخدامها في صناعات جديدة يحتاجها السوق البرازيلي^(١).

وأخيراً، إذا كانت أعمال الهندسة العكسية تمثل بالنسبة للدول النامية طوق النجاة من التبعية التكنولوجية للدول الصناعية المسيطرة على سوق التكنولوجيا، بيد أنه يقع على الدولة النامية قبل أن تقرر إجراء أعمال الهندسة العكسية في فن صناعي معين، أن تدرس هذه الخطوة جيداً من الناحية الاقتصادية والفنية، فيجب أن تأخذ في اعتبارها تكلفة القيام بأعمال الهندسة العكسية، والجهد والوقت الذي سيبدل فيها، وهل تكلفة التعاقد للحصول على تلك المعارف محل الهندسة العكسية أغلى، وأخيراً هل تمتلك الدولة النامية متخصصين وفنيين قادرين على إجراء عمليات الهندسة العكسية في الفن الصناعي المحدد، ومواجهة الصعوبات التقنية التي قد تواجههم أثناء تفكيك المنتج الصناعي وتحليله.

وفي الحقيقة قدرة الدول النامية على استخدام تقنية الهندسة العكسية سيكون له تأثير جوهري على تميزها الصناعية وتقليل الفجوة التكنولوجية بينها وبين الدول المتقدمة، بشرط أن تكون لدى تلك الدولة العناصر التي تمكنها من استيعاب تلك المعارف الفنية المتحصلة من وراء عمليات الهندسة العكسية، لتتمكن من السيطرة عليها وخلق معارف فنية جديدة تخدم خططها للتنمية الصناعية، فتقدم الأمم يظل مرهوناً دائماً بقدرة أبنائها على الابتكار^(٢)، وأن السيطرة التكنولوجية هي الطريق للسيطرة الصناعية والمحور الرئيسي لأي استقلال اقتصادي^(٣).

(١) Hebe MITLAG, Processus d'autonomisation, le cas des plastiques technologiques, Bruxelles 1994, p.1.

(٢) أ. د. مختار بريري، الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، دار الفكر العربي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٧.

(٣) Bernadette MADEUF, Les limites de l'indépendance technologique, Revue Tiers Monde 1989, Volume 30, n° 119, p.545.

ويُعد منطقياً أن نؤكد على أن نجاح الهندسة العكسية كأسلوب تقني يساعد الدول النامية على الوصول إلى الابتكارات الصناعية، يعتمد بشكل أساسي على البنية التحتية البحثية التي تمتلكها الدولة النامية؛ فضعف البنية التحتية البحثية في الدول النامية، والذي يُرد إلى انخفاض الاستثمار في التعليم الفني وأنشطة البحث والتطوير، يعد العائق الرئيسي في فشل تلك الدول النامية في القيام بأعمال الهندسة العكسية، بل في فشل النظام الوطني للابتكار ككل^(١).

فالدول النامية يجب عليها أن تضع مسألة القدرة على استخدام تقنية الهندسة العكسية ضمن سياستها التنموية، وأن تكون على دراية بأن الاستيعاب الكامل للمعارف الفنية المتحصلة من وراء عمليات الهندسة العكسية يحتاج إلى وجود بنية تحتية بحثية وصناعية جيدة^(٢)؛ الأولى تتولى مسألة تطبيق الهندسة العكسية على الابتكارات الصناعية التي تحتاجها السوق الوطنية للوصول إلى أسرار تصنيعها، والثانية تتولى إعادة تصنيع هذه المنتجات سواء بعد تحسينها أو تعديلها بما يناسب احتياجات البيئة المحلية.

فنجاح السيطرة على المعارف الفنية المتحصلة من وراء عمليات الهندسة العكسية تزداد فرصته كلما كانت البنية التحتية الصناعية والبحثية للدولة النامية مدعومة، وهذا الدعم لا يقصد من ورائه جلب الأجهزة والمعدات الحديثة فقط، بل الأكثر من ذلك هو توفير بيئة صناعية وبحثية ملائمة، عن طريق توفير فرص للاستثمارات الصناعية وإتاحة الفرصة لإنشاء المصانع، وإزالة كافة المعوقات التي تواجهها خاصة الإدارية، وبناء المعاهد والمراكز البحثية وربطها بالمصانع، وبناء الجامعات والمعاهد الفنية لتدريب المهندسين والفنيين، فهم اليد التي ستدير وتطبق وتطور المعارف الفنية^(٣).

(١) Edquist C, Systems of Innovation for Development, Background paper for the UNIDO World Industrial Development Report, written for Investment Promotion and Institutional Capacity-building division, Industrial Policies and Research Branch, United Nations Industrial Development Organisation (UNIDO), January 2001.

(٢) J. L. Goutal, propriété intellectuelle et développement: la remise en cause de notre modèle, propriété industrielle 2003, n°11.

(٣) Sanjaya LALL, FDI and Development: Policy and Research Issues in the Emerging Context, Queen Elizabeth House, Working Paper Series, University of Oxford 2000, N° 43, p.11.

فإعداد البنية التحتية البحثية - بصفة خاصة - يعتبرها الفقه^(١) مفتاح النجاح لاستيعاب المعارف الفنية الصناعية، والطريق الأمثل للفكك من التبعية الدولية في مسألة الابتكار، فتكلفة إعداد الجامعات، المعاهد والمدارس والمعامل الفنية هي أحد أهم الفواتير الأساسية لتتمكن الدولة النامية من خلق معارف فنية بقدراتها الذاتية، فهي مصدر للمعارف الفنية المتراكمة للعمليات التعليمية التقليدية، والأساس الذي يقوم عليه تطوير التكنولوجيا الأجنبية^(٢)، كما أن مستوى البنية التحتية البحثية يُقِيم على أساسه النظام الوطني للابتكار في الدولة النامية، إما سلبي يعوق التنمية الصناعية، أو إيجابي يساهم في خلق قطاعات صناعية جديدة^(٣).

ومن أشهر الأمثلة الواقعية تجربة الهند في تطبيق تقنية الهندسة العكسية على المنتجات الدوائية، الأمر الذي مكنها من الوصول إلى منتجات دوائية منافسة بالمنتجات الأصلية وبأسعار رخيصة جداً، وأصبحت الشركات الوطنية في الهند قادرة على تصنيع قرابة ٣٥٠ دواءً محلياً من ٥٠٠ منتج دوائي يتم استهلاكه في السوق الوطنية^(٤).

فمسألة استخدام تقنية الهندسة العكسية تزداد أهميتها بالنسبة للدول النامية في المسائل المتعلقة بالمركبات الصيدلانية، التي تعرف بتكلفتها العالية في حال الحصول عليها عن طريق التعاقد، لذلك تلجأ بعض الدول النامية إلى الهندسة العكسية لإعادة إنتاج الأدوية الحاصلة على براءة اختراع في الدول الصناعية والتي يحتاج إليها

(١) Vanessa CASADELLA et Mohamed BENLAHCEN-TLEMCANI, De l'applicabilité du Système National d'Innovation dans les Pays Moins Avancés, De Boeck Université, Revue Innovation 2006/2, N° 24, P.60; VIOTTI E, National learning systems. A new approach on technological change in late industrializing economies and evidences from the cases of Brazil and, South Korea, Technological Forecasting and Social Change 2002, Volume 69, Issue 7, pp. 653- 680.

(٢) BELL M., PAVITT K, Technological accumulation and industrial growth: contrast between developed and developing countries, Cambridge University Press 1997, p.83.

(٣) VIOTTI E, National learning systems. A new approach on technological...op.-cit, p.680.

(٤) Jean O. Lanjouw, the introduction of pharmaceutical product patents in india; heartless exploitation of the poor and suffering, Yale University, Center Discussion 1997, paper No.775.

سوقها الوطني، ومن أشهر الدول التي انتهجت هذا الطريق ونجحت فيه هي الهند وجنوب إفريقيا، حيث أصبحتا من الدول المصدرة للأدوية.

فلا يكفي للدول النامية في وقتنا المعاصر أن تسمح بتقليد المنتجات المبتكرة طالما كانت غير محمية بقوانين خاصة كما هو الحال في مصر تطبيقاً لمبدأ حرية الصناعة، بل يجب أن تسمح كذلك بحق الوصول إلى الابتكارات المحمية بقوانين خاصة طالما كان ذلك باستخدام تقنية الهندسة العكسية، باعتبارها من الأساليب المشروعة للوصول إلى الأسرار الصناعية.

وأخيراً نشير إلى أن الاعتراف بقانونية أعمال الهندسة العكسية سيكون له عدة آثار هامة ليس على الدول النامية فقط، بل على المجتمع الدولي^(١)، ومنها:

- ١ - التشجيع على الابتكار.
- ٢ - حافز للمشروعات المبتكرة على الاستمرار في أعمال البحث والتطوير لخلق معارف جديدة.
- ٣ - يساعد على دعم التنمية الصناعية للدول النامية، التي ستنفق على تدعيم البنية التحتية البحثية والصناعية للقيام بأعمال الهندسة العكسية، للوصول إلى صناعات جديدة يحتاجها السوق الوطني لديها.
- ٤ - انتشار المنتجات المتنافسة يؤدي إلى انخفاض الأسعار وهو ما يصب في مصلحة المستهلك.

ثانياً - الوضع القانوني المأمول للهندسة العكسية:

على هدي ما سبق، قد نجد أنه لا مفر من تقرير وضع قانوني يلائم أهمية الهندسة العكسية بالنظر إلى متطلبات وجودها، فكما رأينا أن هذه التقنية تستمد مشروعيتها من مبدئين هامين هما حرية المنافسة وحرية الصناعة، فالمشروعات اعتادت على تفكيك وتحليل منتجات الآخرين بهدف الوقوف على وظائفها الداخلية وعناصر تركيبها وأسرار تصنيعها، لتتمكن من إعادة تصنيع هذه المنتجات، وهي على ثقة بأن هذا العمل يتم في إطار كامل من المشروعية.

فالمشرع يجب أن يضع في اعتباره المصلحة العامة التي تتطلب تقليل القدرة الاحتكارية للمبتكرين، وذلك بوضع تنظيم قانوني للهندسة العكسية يقر بمشروعية

(١) Martin J. Adelman, Property Rights Theory and Patent-Antitrust: The Role of Compulsory Licensing, intellectual property law review 1978, p.77.

الوصول إلى النتائج الفنية للابتكارات المحمية، والمحافظة على دورة حياة الإبداع في الفنون الصناعية التي تتطلب تسهيل تداول المعارف التقنية بين المشروعات المختلفة، طالما يتم ذلك بطريقة لا تخالف قواعد المنافسة المشروعة.

وإذا أمعنا النظر في الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الملكية الفكرية نجد أن الهدف من وراء وضع تنظيم قانوني للهندسة العكسية لا يتعارض مع الهدف الذي تنشده هذه الاتفاقيات؛ وهو ما يبدو جلياً من صلب المادة (٧) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية التي تنص على أنه: "تسهم حماية وإنفاذ حقوق الملكية الفكرية في تشجيع روح الابتكار التكنولوجي ونقل وتعميم التكنولوجيا، بما يحقق المنفعة المشتركة لمنتجي المعرفة التكنولوجية ومستخدميها بالأسلوب الذي يحقق الرفاهية الاجتماعية والاقتصادية والتوازن بين الحقوق والواجبات".

لذلك يجب ألا يقف دور المشرع عند الاعتراف الصريح أو الضمني بقانونية الهندسة العكسية، بل يجب عليه أن ينظم هذه التقنية باعتبارها من أمور الملكية الصناعية المنتشرة استخدامها على مستوى العالم، وأن يضع الأطر التي تظهر الحالة التي يكون فيها استخدام تقنية الهندسة العكسية أمراً قانونياً، وما دون ذلك.

إذا كان من المتفق عليه ضرورة وجود إطار قانوني لتقنية الهندسة العكسية، لكن من المناسب أن نبحث في حدود هذا الإطار القانوني للهندسة العكسية، التي تختلف بحسب ما إذا كان الابتكار محل الهندسة العكسية محمياً بقوانين خاصة أم غير محمي.

فإذا كانت عمليات الهندسة العكسية ستقع على ابتكار محمي بقوانين الملكية الفكرية، وكون المشرع قد يسمح بها على أساس أنها استثناء على الحق الاحتكاري للمخترع، فيجب أن يضع شروطاً لممارسة هذا الاستثناء تبين حدوده، ومن أهم تلك الشروط التي يمكن استنباطها من خلال البحث: (١) أن يصل الشخص القائم بعمليات الهندسة العكسية للابتكار بطريقة مشروعة لا تخالف الممارسات التجارية الشريفة، (٢) أن يكون الوصول إلى المعارف التقنية التي تدخل في تكوين الابتكار قد تم بالمجهودات الذاتية عن طريق تفكيك الابتكار وتحليله، (٣) عدم السماح للقائم بعمليات الهندسة العكسية بالتريخيص للغير بإعادة تصنيع هذا المنتج المبتكر، على اعتبار أن عمله استثناء لا يجوز التوسع فيه، (٤) وأخيراً أن المشروع الذي يلجأ إلى هذا الاستثناء يقع عليه التزام قانوني بعدم إفشاء الأسرار الفنية التي يتوصل إليها عن طريق استخدام تقنية الهندسة العكسية.

أما إذا كانت الهندسة العكسية ستقع على معارف تقنية غير محمية بقانون

خاص، ولكن يحميها صاحبها عن طريق السرية، فلا يحد من عمليات الهندسة العكسية سوى العقد؛ فمالك المعارف الفنية السرية الذي يرخص للغير باستخدامها من الممكن أن يشترط على المرخص له حفظ سرية المعلومات التي تنقل له في إطار التعاقد، واستخدامها دون أن يحاول الوصول إلى مضمونها التقني، أو تعديلها أو تطويرها.

وهذه الحدود لعمليات الهندسة العكسية التي تقع على المعارف المحمية عن طريق السرية لا يمكن التوسع فيها، فهي لا تظهر إلا في حالة وجود علاقة عقدية بين صاحب المعرفة الفنية السرية أو المعارف التكنولوجية المحمية عن طريق السرية والمشروعات الأخرى التي ترغب الوصول إلى هذه المعارف عن طريق التعاقد، أما في غير الحالة العقدية يظل الوصول إلى تلك المعارف السرية عن طريق تقنية الهندسة العكسية أمراً مباحاً للجميع، طالما يتم بالمجهودات البحثية الذاتية المشروعة.

الخاتمة:

هذا البحث سمح بإلقاء الضوء على إحدى التقنيات الفنية التي ينتشر استخدامها بين المشروعات الصناعية على المستوى الدولي، والتي ليس لها تنظيم قانوني خاص، والتي ثُبَّتْ من دراستها أنها مصدر أساسي للوصول الدول النامية إلى الابتكارات الصناعية بتكلفة رخيصة، تساعدها على تنفيذ خططها للتنمية الصناعية.

والهندسة العكسية تُعد من التقنيات التي تستخدمها المشروعات المتنافسة للوصول إلى الابتكارات الفنية المستحدثة عن طريق تفكيك هذه المنتجات وتحليلها للوقوف على وظائفها الأساسية، ومن ثم إعادة تصنيعها بالمجهودات الذاتية، فهي أسلوب فني للحصول على الأسرار التقنية الداخلة في تركيب المنتجات الصناعية، وبطريقة مشروعة لا تخالف الممارسات التجارية الشريفة، وهذه الظاهرة لها بعد فني واقتصادي واضح؛ ولكن مازال يغيب عنها التنظيم القانوني، وهو ما حاول الباحث تداركه، عن طريق الإجابة على سؤال مفاده: هل يعتبر استخدام تقنية الهندسة العكسية للوصول إلى المعارف التكنولوجية الحديثة من الأعمال القانونية؟

وانتهينا إلى أن هذه التقنية تم الاعتراف بقانونيتها في كل من النظام اللاتيني والنظام الأنجلوأمريكي، سواء أكان هذا الاعتراف صريحاً كما في حالة الابتكارات المتعلقة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة أو الأصناف النباتية أو برامج الحاسب الآلي، أم اعترافاً ضمنياً بالنظر إلى متطلبات وصف براءة الاختراع، والاستثناءات الواردة على حق المخترع، بالإضافة إلى صعوبة حماية بعض صور الاختراعات.

كما وضع من خلال البحث أن هذه الظاهرة الصناعية أصبح لها وجود قانوني واضح، جعل البعض ينادي بتقرير حق الغير في الوصول إلى المنتجات المحمية بقوانين الملكية الفكرية باستخدام تقنية الهندسة العكسية، بهدف تصنيع منتج محسن أو منتج جديد؛ الأمر الذي يصب في النهاية لصالح الدول النامية التي تسعى دائماً للوصول إلى المعارف الفنية السرية بأقل تكلفة ممكنة، وبعيداً عن الوسائل التقليدية لنقل التكنولوجيا.

وعلى هدي ما تقدم، قد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج، أهمها:

- عمليات الهندسة العكسية تُعد الوسيلة الأكثر أمناً للدول النامية لكي تصل إلى قدر من الأهلية التكنولوجية يُمكنها من تحقيق نمو اقتصادي.
- تقنية الهندسة العكسية ترتبط بمسألة حرية الصناعة وحرية المنافسة ارتباطاً وثيقاً.
- الاعتراف الصريح بقانونية أعمال الهندسة العكسية جاء مقتصرًا على نوعية بعينها من الابتكارات، وهي المتعلقة بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، والأصناف النباتية، وبرامج الحاسب الآلي؛ ذلك في بعض الحالات وبشروط معينة.
- الاعتراف الضمني بقانونية أعمال الهندسة العكسية ظهر من خلال النظر لمتطلبات وصف الاختراع والاستثناءات الواردة على حق المخترع، وكذلك لصعوبة حماية بعض صور الابتكارات.
- تقرير المشرع لحق الغير في إعادة إنتاج الابتكارات سواء أكانت محمية أم غير محمية بقوانين الملكية الفكرية باستخدام تقنية الهندسة العكسية، له آثار عديدة على العملية الابتكارية، والنظام الوطني للابتكار داخل الدول النامية.
- نجاح الدول النامية في الاستفادة من تقنية الهندسة العكسية للوصول إلى المعارف التكنولوجية الحديثة مرتبط بحجم ما تملكه الدولة من بنية تحتية بحثية.
- وضع تنظيم قانوني للهندسة العكسية لا يتعارض مع الهدف المنشود من وراء قوانين الملكية الفكرية، وهو تشجيع روح الابتكار التكنولوجي ونقل وتعميم التكنولوجيا.
- الفلسفة التي تقوم عليها قوانين الملكية الفكرية لا تتعارض مع فلسفة حرية القيام بعمليات الهندسة العكسية. والتأكيد على هذا الأمر يستلزم أن يكون هناك

مظهر قانوني للهندسة العكسية، وهو ما لا يتأتى إلا بمراعاة عدة أمور يمكن أن نوردها في التوصيات الآتية:

- أن الهندسة العكسية ظاهرة دولية لذلك يجب أن تنظم على المستوى القانوني الدولي كباقي أمور الملكية الصناعية.
- على القائم بعمليات الهندسة العكسية أن يراعي المعايير والضوابط التي اتفقَ على ضرورة وجودها للسماح بإجراء تفكيك وتحليل للابتكارات، حيث إن الخروج عليها يجعل من الهندسة العكسية فعلاً غير مشروع.
- أخيراً، البحث عن سياسات مضادة لمسألة الممارسات الاحتكارية للتكنولوجيا، والذي يُعد هذا البحث واحداً منها.

المراجع

أولاً - مراجع باللغة العربية:

- ١ - د. حسن جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية ١٩٩٨م. مدخل إلى حق المؤلف والحقوق المجاورة، ورقة عمل مقدمة إلى حلقة عمل الويبو التمهيدية حول الملكية الفكرية التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع وزارة التجارة الخارجية والصناعة المصرية، القاهرة ١٠ أكتوبر ٢٠٠٤م، ص ٨.
- ٢ - د. طاهر الشيخ، مقدمة في الحاسب الإلكتروني، مركز الحاسب الآلي، جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٩١، ص ١.
- ٣ - د. محمد حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٧م. حقوق المؤلف، الطبعة الثانية، بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٠م.
- ٤ - د. محمد عبد الظاهر حسن، الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر، دار النهضة ٢٠٠١م.
- ٥ - د. مختار بريري، الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، دار الفكر العربي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٥م.
- ٦ - د. نادية محمد معوض، التحكيم وحقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥م.

ثانياً - مراجع باللغة الأجنبية:

* المراجع العامة والمتخصصة:

- 1 - B. Edelman, Le sacre de l'auteur, Seuil 2004.
- 2 - BELL M., PAVITT K, Technological accumulation and industrial growth: contrast between developed and developing countries, Cambridge University Press 1997.
- 3 - David Nimmer, Copyright: Sacred Text, Technology, and the DMCA, Kluwer Law International, New York 2002.
- 4 - Geoffrey A. Moore, Crossing the Chasm: Marketing and Selling High-Tech Products to Mainstream Customers, HarperCollins, New York 1991.

- 5 - Hebe MITLAG, Processus d'autonomisation, le cas des plastiques technologiques, Bruxelles 1994.
- 6 - J. Clavier et Lucas, Droit commercial, Flammarion 2003, p. 241.
- 7 - J. Mousseron, Traité des brevets, CEIPI 1984, p.624.
- 8 - Lionel Bently and Brad SHERMAN, Intellectual property law, Oxford University press, New York 2001.

*** الدوريات العلمية ورسائل الدكتوراه:**

- 1 - A. AGGARWAL, Liberalization, multinational enterprises and export performance: evidence from Indian manufacturing, The Journal of Development Studies 2002, Volume 38, N°3, p. 124.
- 2 - ArnoudEngelfriet, Open source licensing notices in Web applications, International Free and Open Source Software Law Review, Vol. 3, Issue 1, p.81.
- 3 - Bernadette MADEUF, Les limites de l'indépendance technologique, Revue Tiers Monde 1989, Volume 30, n°119, p.545.
- 4 - Charles R. McManis, Taking TRIPS on the Information Superhighway: International Intellectual Property Protection And Emerging Computer Technology, Villanova Law Review 1996, Vol.41, Iss.1, Art.5.
- 5 - Christophe CARON, Droit de la propriété intellectuelle, La Semaine Juridique, Edition Générale 2007, N°30, p.1176.
- 6 - Eliane FRANCO, Les Stratégies technologiques des filiales des entreprises multinationales au Brésil: les déterminants et les implications pour les capacités technologiques locales, De Boeck Université, Revue Innovation 2004/1, N°19, p.164.
- 7 - Frédéric BELOT, Pour une meilleure protection des valeurs économiques, Revue les petites affiches 2006, n°243, p.6.
- 8 - G. Cousin, Intérêt général et propriété intellectuelle: Thèse droit privé, Nantes 2006, p. 13.

- 9 - H. Caroline and M. Shigeru, Rights of Computer Program Users under Japanese and United States Copyright Laws, University of California at Los Angeles Pacific Basin Law Journal, n°9, p.166.
- 10 - Himanshu S. Amin, The lack of protection afforded software under the current intellectual property law, Cleveland State University 1995, Cleveland State law review 1995, p.20.
- 11 - J. Frion, Agissements parasitaires, Thèse droit privé, Nantes 2001.
- 12 - J. L. Goutal, propriété intellectuelle et développement: la remise en cause de notre modèle, revue propriété industrielle 2003, n°11.
- 13 - J. Schmidt Swalewski, La décompilation n'est licite que dans les conditions légales, Revue propriété industrielle 2007, N°1, p. 36.
- 14 - Jacques AZEMA & Jean-Christophe GALLOUX, Droit de la propriété industrielle, 6e édition, Dalloz 2006.
- 15 - James H. A. Pooley and others, Understanding the Economic Espionage Act of 1996, 5 Texas Intellectual Property law Journal 1997, p.177.
- 16 - Jean O. Lanjouw, The introduction of pharmaceutical product patents in India; heartless exploitation of the poor and suffering, Yale University, Center Discussion 1997, paper No.775.
- 17 - Jean-Luc PIERRE, Recherche-Développement, Inventions non brevetées et logiciels, JurisClasseur Brevets 2000, Fasc.4960.
- 18 - J-P. Martin, Le renversement de la charge de la preuve en matière de contrefaçon de brevet de procédé, Revue propriété industrielle 1997, N°76, p. 17.
- 19 - M. Vivant, Ingénierie inverse, ingénierie perverse, Juris-Classeur périodique, édition Entreprise 1998, p.250.
- 20 - Mark A. Lemley & David McGowan, The Law and Economics of Network Effects, California Law Review 1998, volume 86, No.479.
- 21 - Martin J. Adelman, Property Rights Theory and Patent-Antitrust:

- The Role of Compulsory Licensing, intellectual property law review 1978, p.77.
- 22 - N. Pinto et D. Taylor, La décompilation des logiciels : un droit au parasitisme, Dalloz 1999, n°41, p.464.
- 23 - P. Véron, Contrefaçon de brevet d'invention - Usage expérimental et essais cliniques - situation législative et jurisprudentielle dans les principaux pays industriels, Revue Propriété industrielle, janvier 2000, n°107, p.17.
- 24 - Pamela Samuels and others, A manifesto concerning the legal protection of computer programs, Columbia law review 1994, p.2312.
- 25 - Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, The law & economics of revers engineering, Yale Law Journal, April 2002, p.7.
- 26 - Philippe Gaudrat, La propriété littéraire et artistique droit d'auteurs droits moraux, droit de divulgation: JurisClasseur propriété littéraire et artistique 2006, Fasc.1211.
- 27 - Philippe le TOURNEAU, Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle, JurisClasseur Contrats - Distribution 2007, Fasc. 1810.
- 28 - Richard C. Levin and others, Appropriating Returns from Industrial Research and Development, Brookings Papers on Economic Activity, Brookings Institution Press 1987.
- 29 - Sanjaya LALL, FDI and Development: Policy and Research Issues in the Emerging Context, Queen Elizabeth House, Working Paper Series, University of Oxford 2000, N°43, p.11.
- 30 - Simone Aliprandi, Interoperability And Open Standards: The Key To True Openness And Innovation, International Free and Open Source Software Law Review, Vol. 3, Issue 1, p.6.
- 31 - Vanessa CASADELLA et Mohamed BENLAHCEN-TLEMCA-NI, De l'applicabilité du Système National d'Innovation dans les

Pays Moins Avancés, De Boeck Université, Revue Innovation 2006/2, N°24, P.60.

- 32 - VIOTTI E, National learning systems. A new approach on technological change in late industrializing economies and evidences from the cases of Brazil and, South Korea, Technological Forecasting and Social Change 2002, Volume 69, Issue 7, pp. 653-680.

ذاتية المصطلح في قانون العقوبات

الدكتور/ نوفل علي عبدالله الصفو
أستاذ القانون الجنائي المشارك - كلية الحقوق
جامعة الموصل

ملخص:

يرتبط القانون الجنائي ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، ويتمتع القانون الجنائي بذاتية لا تعني الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع، وأن هذه الذاتية هي أمر لا ينفرد القانون الجنائي بها وحده، وإنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون. ويقصد بذاتية المصطلح الجنائي تطويع مفهوم عام ينطبق على جميع فروع القانون. ويقصد بذاتية المصطلح الجنائي تطويع مفهوم المصطلحات التي يتضمنها الجنائي إذ لا يتقيد القانون الجنائي بالمفهوم الفني للمصطلحات القانونية التي تنص عليها فروع القانون الأخرى إنما يتم تحديد وتفسير هذه التعابير والمصطلحات في البدء وفقاً للمعنى المحدد لها في القانون الأصلي إذ تخضع القواعد والمصطلحات غير الجنائية للقانون الذي ينظمها ويحكمها كاصل عام، ثم يطوع هذا المفهوم (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها بما يؤدي إلى تحقيق السياسة الجنائية وحماية المصالح التي يهدف لحمايتها.

مقدمة:

إن التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقف على معيار الضرورة والتناسب ووفقاً لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعاً لمعايير قانون غير جنائي، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب، لذلك فإن الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها، لأن الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظراً لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي، ويؤكد الفقه على ذاتية المصطلح الجنائي باعتبارها من أهم النتائج المترتبة على ذاتية القانون الجنائي وانكار تبعيته للقوانين الأخرى أو استقلاله، إذ يرتبط القانون الجنائي ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، ولا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع

القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع، وأن هذه الذاتية هي أمر لا ينفرد القانون الجنائي بها وحده، وإنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون، إذ قد يستخدم القانون الجنائي في صياغة النصوص الجنائية العديد من المصطلحات الجنائية وغير الجنائية ولا تثير المصطلحات الجنائية أية إشكالية في تحديد مفهومها ومعناها بما يتلاءم مع أهداف وغايات القانون الجنائي، أما المصطلحات غير الجنائية التي يستخدمها القانون الجنائي والتي تضمنتها قوانين غير جنائية كالقانون المدني والإداري والتجاري أو كانت مصطلحات شرعية أو اجتماعية فتظهر فيها ذاتية المصطلح الجنائي، إذ يطوع القانون الجنائي المصطلحات غير الجنائية التي يستخدمها والتي تضمنتها قوانين أخرى (أوسعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها إذ إن كل غموض في النص الجنائي ومصطلحاته من شأنه أن يؤدي إلى التحكم القضائي الخطر فغموض القوانين والمصطلحات الجنائية يؤدي إلى إساءة استخدام السلطة، لذلك يجب على السلطة التشريعية أن تصدر التشريع الجنائي بصورة خاصة بصورة واضحة ومحددة وهذا الوضوح يحقق الاستقرار القانوني ويؤكد على مبدأ المساواة أمام القانون في حين أن غموض النص ومصطلحاته يعني انفلاتها من ضوابطها وتعد تأويلاتها، ويترتب على الاعتراف بذاتية القانون الجنائي كمبدأ عام وبذاتية المصطلح الجنائي عدم تقييد القانون الجنائي بالمفهوم الفني للمصطلحات القانونية التي تنص عليها فروع القانون الأخرى وكذلك المفاهيم الشرعية أو الاجتماعية لبعض المصطلحات.

إذ يوفر النظام القانوني داخل الدولة الحماية للمصالح الجوهرية وذلك بفرض مجموعة من الالتزامات يجب على الأفراد والجماعات داخل الدولة مراعاتها، ويمثل القانون الجنائي الوسيلة الفعالة لتحقيق هذه الحماية، فالقانون الجنائي يحمي المصالح الأساسية للمجتمع^(١)، والأصل أن القاعدة الجنائية تستأثر بتحديد أركان الجريمة وعقوبتها وأن القاعدة غير الجنائية لا تتدخل في تحديد نطاق التجريم والعقاب لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب، ومع ذلك قد تؤثر القواعد غير الجنائية في

(١) د. عبد الرحمن حسين علي علام، الحماية الجنائية لحق الإنسان في بيئة ملائمة، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، ب. ت، ص ٧.

نطاق التجريم والعقاب، وأن القول بأن هناك حماية في القوانين الأخرى يكون على سبيل الجواز أو الافتراض، والحقيقة أنه ليس هناك حماية فعالة سوى تلك التي تتضمنها القاعدة القانونية الجنائية، وهذه الحماية هي الحماية التي تترتب على وجود القاعدة الجنائية سواء قبل تطبيقها أو بعده، فالإنسان هو محور القانون الجنائي سواء أكان جانياً أم مجنياً عليه وذلك لأن وظيفة القانون الجنائي هي مكافحة الإجرام وهو ظاهرة اجتماعية إنسانية، فوظيفة القانون الجنائي في نهاية المطاف هي الرغبة في حماية الإنسان لهذا فإن الإنسان دون غيره من الكائنات هو الذي يصلح لأن يكون مجنياً عليه في الجريمة.

والجزء الذي يتضمنه النموذج الإجرامي الذي حدده المشرع لمن يخالف شق التكليف الذي يتضمنه النموذج الإجرامي هو الذي يضمن احترامه من قبل الأفراد^(٢)، وقد عرف البعض الحماية الجزائية بأنها: (الأثر الناتج عن تضمين القاعدة القانونية جزاء مخالفتها سواء وقعت هذه المخالفة أو لم تقع)^(٣). ويعبر المشرع عن إرادته في فرض الحماية القانونية من خلال النصوص التي تتضمن قواعد قانونية، وهذه القواعد القانونية يمكن ردها إلى تقسيمات عديدة يتبع كل تقسيم فيها فرعاً من فروع القانون، وأساس هذا التقسيم هو المصلحة التي يحميها القانون بقاعدته^(٤)، وقد تستأثر إحدى هذه القواعد بحماية مصلحة من المصالح وبيان مصطلحاتها ومعانيها مثال ذلك انفراد القانون الإداري بتعريف فكرة المرفق العام، ومن ناحية أخرى قد تتعدد الحماية القانونية للمصلحة نفسها وبيان ما يتعلق بها مثال ذلك اشتراك كل من القانون المدني والتجاري والجنائي في معالجة الإثبات وحمايته^(٥). فالمصالح تتعدد بتعدد القواعد القانونية، والعكس صحيح فالقواعد القانونية تتعدد بتعدد المصالح.

(٢) يتعدد الجزاء بتعدد فروع القانون ويتدرج في جسامته ويتفاوت في آثاره فمن الجزاء ما هو مدني (كالإبطال)، ومنه ما هو جنائي (كعقوبة السجن أو الغرامة)، ومنه ما هو إداري (كإنذار الموظف)، ومنها ما هو دستوري أو تجاري.

د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧، ص ٣٥.

(٣) د. رفيق محمد سلام، الحماية الجنائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٦٨.

(٤) النظام القانوني أثناء تنظيمه للمصالح وتحديد الحماية المقدرة لها يفاضل بين المصالح المختلفة، فيعطي الأولوية لبعض المصالح على مصالح أخرى، فيضفي عليها الحماية القانونية.

د. عبد الرحمن حسين علي علام، المرجع السابق، ص ٥-٦.

(٥) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٤٤-٤٥.

إن البحث في موضوع ذاتية المصطلح في قانون العقوبات يجب أن يمهد له بالبحث في مبدأ ذاتية القانون الجنائي لأن الاعتراف بذاتية القانون الجنائي يترتب عليه الاعتراف بذاتية المصطلح الجنائي كأثر ونتيجة مهمة لهذا المبدأ في حين أن نفي ذاتية القانون الجنائي والقول بتبعيته يستتبع تبعية المصطلحات التي تضمنها القانون الجنائي وعدم اختلاف مفهوم المصطلح، لذلك فقد قسمنا البحث في هذا الموضوع إلى مبحثين يتناول أولهما البحث في ذاتية القانون الجنائي ويبحث ثانيهما في ذاتية المصطلح الجنائي وكما يأتي:

المبحث الأول: ذاتية القانون الجنائي.

المطلب الأول: التعريف بذاتية القانون الجنائي.

المطلب الثاني: نظريات ذاتية القانون الجنائي.

المبحث الثاني: ذاتية المصطلح الجنائي.

المطلب الأول: ذاتية مفهوم مصطلح المال.

المطلب الثاني: ذاتية مفهوم مصطلح الجنون.

المطلب الثالث: ذاتية مفهوم مصطلح العرض.

المطلب الرابع: ذاتية مفهوم مصطلح الموظف العام.

المبحث الأول ذاتية القانون الجنائي

اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد الفرع الذي تتبع قواعده في حالة تعدد الحماية القانونية لمصلحة ما أو في حالة تعريف مصطلح من المصطلحات التي ترد في فرع من فروع القانون، وبخاصة إذا كانت القواعد الجنائية إحدى القواعد المتزاحمة على حماية تلك المصلحة أو تعريف ذلك المصطلح، لذلك ثار الخلاف في الفقه حول القواعد الجنائية بين التبعية والاستقلال، وفيما إذا كانت القواعد والمصطلحات الجنائية مستقلة عن فروع القانون الأخرى فلا ترتبط بها بأي نوع من أنواع التعاون فتستقل بأحكامها وقواعدها ومصطلحاتها ولا تلزم بالمفهوم المحدد للمصطلحات الذي ورد في القانون الأصلي، أم أنها تابعة لغيرها فلا تتضمن أي تكليف أو حكم وإنما يقتصر دورها على عقاب من يخالف التكاليف التي تضمنتها قوانين أخرى فيكون القانون الجنائي قانوناً جزائياً بحتاً ولا يخالف ما تضمنته القوانين الأخرى من مصطلحات، أم أنه يتمتع بذاتية تمنحه خصوصية للقواعد والمصطلحات والأحكام التي يتضمنها فلا يكون تابعا لغيره مقتصرًا على فرض الجزاء ولا مستقلاً عنها استقلالاً تاماً لا يتعاون فيه مع فروع القانون الأخرى في ظل النظام القانوني.

لذلك سوف نبين في هذا المبحث موضع القانون الجنائي بين التبعية والاستقلال لفروع القانون الأخرى في النظام القانوني وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول: التعريف بذاتية القانون الجنائي.

المطلب الثاني: نظريات ذاتية القانون الجنائي.

المطلب الأول التعريف بذاتية القانون الجنائي

القانون الجنائي فرع من فروع القانون العام ويتكون من مجموعة من النصوص القانونية، والنص الجنائي هو قالب الذي تصاغ فيه القاعدة الجنائية، وهو أداة المشرع ووسيلته التي يضمنها القاعدة الجنائية التي تمثل تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، فالنص الجنائي هو الوعاء الذي يحتوي القواعد الجنائية التي يفرض بها إرادته على المخاطبين بالقاعدة الجنائية ويحدد السلوك المجرم، فالقاعدة الجنائية هي نتاج قيام المشرع بإفراغ فحوى مبدأ الشرعية الجنائية في قالب النص الجنائي، فالجريمة واقعة إنسانية قانونية نموذجية، فهي إنسانية باعتبار أنها حدث يرجع إلى سلوك الفرد ويقع في العالم

الخارجي وتخالف قاعدة جنائية يضمها القانون الجنائي، وهي واقعة قانونية لأن المشرع هو الذي ينظمها ويرتب عليها الآثار القانونية، ولا تكتسب الجريمة تلك الصفة القانونية إلا إذا تحقق التطابق التام بين الواقعة المسندة إلى الفرد والأنموذج القانوني الذي تتضمنه القواعد الجنائية التجريبية، والجريمة واقعة نموذجية إذ إن المشرع هو السلطة المختصة بخلق الجرائم عن طريق النص على نماذجها القانونية المجردة في القانون، ولا توصف الواقعة الإنسانية بوصف الجريمة (اللامشروعية الجنائية) إلا إذا طابقت الأنموذج القانوني المجرد في كافة أركانه وعناصره والذي يقصد به الحد الأدنى من العناصر المكونة واللازمة لوجود الجريمة، وله كما لكل قانون استقلال من نوع معين في علاقاته مع فروع القانون الأخرى، وقد ثار الخلاف في الفقه حول ذاتية المفاهيم والمصطلحات التي ينص عليها القانون الجنائي، فالقانون الجنائي كثيراً ما ينص على مصطلحات هي في أصلها تضمنتها فروع القانون الأخرى كالقانون المدني والإداري والتجاري، ومثال ذلك مصطلح الحيازة والملكية والموظف العام والمال والشيك والمال العام وغيرها من المصطلحات التي ينص عليها القانون الجنائي، لذلك ثار الخلاف حول مدى استقلال القانون الجنائي أو تبعيته، وحول تحديد طبيعة قواعده هل هي مجرد قواعد جزائية، أم أن لها وظيفة أخرى؟

وقبل أن نبين التوجهات الفقهية التي تنازعت الخلاف الدائر حول مدى استقلاله أو تبعيته، لابد من الإشارة إلى أن جانباً من الفقه قد استعمل لفظي الذاتية (Particularism) والاستقلال (Autonomies) بعدهما لفظين مترادفين^(٦) على الرغم

(٦) Bonzat (P), Traite de droit penal et de criminologie, T.1, 20 Edition, 1970, No.6, P.5.

أشار إليه د. مراد رشدي، النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي، ط١، مكتبة نهضة الشرق، ١٩٧٦، ص٥٧.

ويعبر الفقهاء عن الاستقلال بذاتية القاعدة الجنائية، ويعبرون عن التبعية بالقول: إن القانون الجنائي هو قانون جزائي محض، أو ثانوي أو تكميلي، أو مصاحب لغيره أو مشتق، وذلك نظراً للقواعد الأخرى في القانون التي سوف تعد بالنظر إليه قواعد أصلية أو أولية أو مشتقة منها.

انظر: د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص٥٠ الهامش.

ويفرق البعض بين مصطلحي (استقلالية) و(استقلال) على اعتبار أن مصطلح استقلالية يدل على الاستقلال النسبي وبقاء العلاقات الأساسية للقانون مع فروع أخرى من العلم، فيكون مرادفاً بذلك لمصطلح الذاتية، وذلك على خلاف مصطلح الاستقلال الذي يعني شخصية متفردة بذاتها تكون علاقاتها محدودة مع فروع العلم الأخرى.

انظر: د. عبد الوهاب حومد، نظرات معاصرة على استقلالية القانون الجزائي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، ٢٠٠٠، ص١٣.

من أن هناك اختلافاً بينهما، فالاستقلال يعني الانفصال بينما لا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع^(٧).

فذاًتية القاعدة الجنائية تعني أن يحدد قانون العقوبات قواعد يلزم القضاء الجنائي بتطبيقها، وهي تختلف عن أولوية القاعدة الجنائية التي يقصد بها تنظيم العلاقة بين القضاء الجنائي والقضاء المدني على نحو يجعل للأول قدم السبق كما في قاعدة أن الجنائي يقيد المدني أو قاعدة أن الجنائي يوقف المدني^(٨).

فاستقلال القانون الجنائي بمعناه الفني يقصد به العلاقة بين القاعدة الجنائية والقاعدة غير الجنائية حين تكون القاعدتان واجبتى التطبيق في الوقت ذاته، ولهذا الاستقلال أبعاد ثلاثة هي: الاستقلال العلمي والاستقلال التشريعي والاستقلال القاعدي^(٩).

أما الاستقلال العلمي، فيقصد به استقلال قواعد القانون الجنائي في نظرياته العلمية بحيث لا تستفيد من النظرية العامة للقانون أو مبادئه العامة، أو من النظريات التي تنشأ في ظل غيره من القواعد القانونية^(١٠).

أما الاستقلال التشريعي، فيتحقق بتجميع القواعد القانونية التي يتألف منها القانون الجنائي في مدونة واحدة، بحيث يكون لها استقلال تشريعي بالنظر إلى غيرها من القواعد القانونية. أما الاستقلال القاعدي، فيقصد به استقلال القاعدة الجنائية في بنائها القاعدي بحيث يكون لها خصائص ومبادئ خاصة بها تجعلها خاضعة لمبادئ ونظريات خاصة، وتجعل منها نظاماً قانونياً متميزاً^(١١).

ويمكن القول إن الاستقلال العلمي لقواعد القانون الجنائي بمفهومه السابق غير متحقق، وهو ليس من المسلمات كما يذهب لذلك البعض^(١٢)، لأنه لا يمكن لأية قاعدة

(٧) د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٨) د. محمد علي علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٣١-١٣٠.

(٩) د. عبدالعظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ١٨١.

(١٠) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٠.

(١١) د. عبدالعظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ١٨١؛ د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥١.

(١٢) يذهب البعض إلى القول إن الاستقلال العلمي لقانون العقوبات من المسلمات؛ انظر: د. محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٢.

قانونية أياً كان الفرع الذي تتبعه إلا أن تستفيد من المبادئ والقواعد التي تنشأ في الفروع الأخرى للقانون، لذلك فإنه لا يمكن للقواعد الجنائية إلا أن تستعين بالقواعد العامة أو المبادئ العامة التي تضمنتها فروع القانون الأخرى. كما لا يمكن القول إن قواعد القانون الجنائي تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، إذ ليس للترفع والسمو مجال في البحث العلمي، وإذا كان القصد هو السمو التشريعي، فإن هذا السمو والترفع يتحقق لقواعد القانون الدستوري، لأنه يشغل مركز القانون الأساسي بالنظر إلى غيره من القوانين^(١٣).

أما فيما يتعلق بالاستقلال التشريعي، فعلى الرغم من أنه من المسلم به أن القانون الجنائي يتمتع بالاستقلال التشريعي، فإن هذا الاستقلال غير كافٍ في حد ذاته للقول باستقلال القواعد القانونية التي يعالجها التشريع الجنائي، فالقانون الإداري مثلاً لم تقنن قواعده بعد، ومع ذلك فإن له قواعد قانونية مستقلة في مواجهة غيرها^(١٤)، إضافة إلى أن التقنين قد يعجز عن أن يضم جميع القواعد المستقلة بالفرع الذي يعالجه، ومع ذلك لا تفقد قواعده استقلالها، فضلاً عن أن الاستقلال التشريعي لا يكفي للقول باستقلال القواعد القانونية.

مما تقدم يمكن القول: إن مصطلحي الاستقلال والذاتية قد يستعملان باعتبارهما لفظين مترادفين، وهذا التوجه غير دقيق لأن مصطلحات الذاتية والتبعية والاستقلال ليست مترادفة، إذ تعني التبعية أن القانون الجنائي لا يتضمن إلا الجزاء على مخالفة التكاليف التي تتضمنها قوانين أخرى، أما الاستقلال فيعني الانفصال في حين لا تعني ذاتية القانون الجنائي التبعية أو الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به، وأن القانون الجنائي يتمتع بالذاتية في ظل النظام القانوني الواحد، وأنه لا يمكن التسليم بالاستقلال العلمي لقواعد القانون الجنائي لأنه لا يمكن لأي قاعدة قانونية أياً كان الفرع الذي تتبعه إلا أن تستفيد من المبادئ والقواعد التي تنشأ في الفروع الأخرى للقانون. وأن قواعد القانون الجنائي لا تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، إذ ليس للترفع والسمو مجال في البحث العلمي على الرغم من تمييز قواعد القانون الجنائي لما لها من أهمية في حماية المصالح القانونية، وأنه على الرغم من أن القانون الجنائي يتمتع بالاستقلال التشريعي، فإن هذا الاستقلال لا يكفي للقول باستقلال القواعد القانونية للقانون

(١٣) د. عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٠-٥١.

(١٤) د. عبدالعزيز مرسى وزير، المرجع السابق، ١٨١؛ د. عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ٥١.

الجنائي، إضافة إلى أن التقنين قد يعجز عن أن يضم كافة القواعد الجنائية ومع ذلك لا يعني ذلك فقدانها لاستقلاليتها.

المطلب الثاني نظريات ذاتية القانون الجنائي

ثار الخلاف في الفقه حول الاستقلال القاعدي لقواعد القانون الجنائي، وهل تستقل هذه القواعد في بنائها القاعدي الذاتي أم تتبع غيرها في ذلك بحيث لا توجد إلا إذا وجدت قواعد أخرى غيرها تسبقها بحيث تعد القواعد الجنائية مكملتها لها، أو ثانوية أو تابعة لغيرها؟

وقد تنازعت هذا الخلاف نظريات ثلاثة رئيسية، توجهت الأولى نحو التبعية المطلقة للقانون الجنائي، واتجهت الثانية إلى القول بالاستقلال الذاتي لقواعد القانون الجنائي، وتذهب الثالثة إلى أن تبعية هذه القواعد تكون مقيدة أو أن استقلالها يكون نسبياً، لذلك سوف نعرض لهذه النظريات الثلاث من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة كما يأتي:

الفرع الأول: نظرية تبعية القانون الجنائي.

الفرع الثاني: نظرية استقلال القانون الجنائي.

الفرع الثالث: النظرية التوفيقية.

الفرع الأول نظرية تبعية القانون الجنائي

كان الفقهاء عامة في القرن التاسع عشر يعدون القانون الجنائي قانوناً تابعاً يسير على خطى القوانين الأخرى، وليس له في نظرهم كيان خاص مستقل به، وكان هذا مذهب الفيلسوف (جان جاك روسو) الذي يقول: (إن القوانين الجزائية ليست زمرة خاصة من القوانين، وإنما هي قوانين تتضمن معاقبة أوضاع تتضمنها القوانين الأخرى)^(١٥). وذهب بعض الفقهاء^(١٦) إلى أن القانون الجنائي له وظيفة جزائية بحتة،

(١٥) د. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ١٨.

(١٦) يعد الأستاذ بورتاليس (portalis) من أول المعارضين لذاتية القانون الجنائي، إذ أشار إلى أن القانون الجنائي هو مجموعة من القواعد الجزائية التي تطبق على مخالفة ما تقرره قواعد الفروع الأخرى للقانون.

د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٦٦.

فالمشرع الجنائي لا يفعل أكثر من النص على العقوبات الجنائية للاعتداءات التي تقع على حقوق أو مصالح نصت عليها قواعد قانونية أخرى كالقواعد المدنية أو الإدارية، لذلك فإن جميع المصطلحات والأفكار التي ترد في القانون الجنائي يجب أن يحدد مفهومها وفقاً للمفهوم الذي ورد في القانون الأصل الذي استحدثت منه، فإذا ورد مثلاً مصطلح المال المنقول أو الموظف العام، فعلى الباحث الجنائي أن يلجأ إلى القانون المدني أو الإداري ليحدد مفهوم تلك المصطلحات من أجل تفسير النص الجنائي على هديها ولا يخرج عليها^(١٧).

ويترتب على ذلك أن القانون الجنائي يتبع دائماً ودون استثناء قواعد فروع القوانين الأخرى لأن وظيفته تقتصر على عقاب من يخالف قواعد قانون آخر، فعدم المشروعية الجنائية لا يتميز عن غيره من صور عدم المشروعية في فروع القانون الأخرى، إنما هو عام يشمل النظام القانوني^(١٨).

وقد حمل لواء هذا الاتجاه الفقيه الألماني بيندنج (Binding)، ومن ثم تبعه الفقيه الألماني بيلينج (Beling)، والإيطالي جرسبيني (Grispigni)، فقد أنكر بيندنج وجود ما يسمى بالقواعد الجنائية، لأن وظيفة هذا القانون جزائية محضة، وهو يفرق في هذا المجال بين مسألتين هما: وجود قواعد غير جنائية تتولى تحديد التكليف، ووجود قانون جنائي يحدد العقاب في حالة مخالفة هذا التكليف، لذلك فإنه لا يتصور وجود قانون جنائي دون أن تلازمه قاعدة غير جنائية يتكفل بحمايتها في حالة عدم امتثال المخاطب بها للتكليف الذي تتضمنه، لذلك فإن القاعدة غير الجنائية تكون أسبق من القاعدة الجنائية. ويتفق الفقيه بيلينج مع هذا الرأي فيرى أن هناك تلازماً حتمياً بين القاعدة الجنائية والقاعدة غير الجنائية، لكن الفقيه جرسبيني يرى أن التلازم يكون بين التكليف الجنائي والتكليف غير الجنائي، لأنه يسلم بأن للقانون الجنائي قواعد قانونية، وأن هذه القواعد تتكون بدورها من شقين: شق التكليف وشق الجزاء، إذ تتكون القاعدة الجنائية التجريبية من شقين، شق التكليف (شق التجريم) وهو أمر أو نهى يتوجه به المشرع إلى المكلف بالخضوع للقاعدة القانونية وإطاعة مضمونها وهو الذي يتضمن النموذج القانوني المجرد للجريمة وهو الذي يثبت صفة اللامشروعية للواقعة نتيجة لتعارضها مع القاعدة القانونية، إذ أن إثبات صفة اللامشروعية للواقعة

(١٧) د. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩، ص ١٥٥.

(١٨) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٢-١٣٣.

يتم في مرحلة سابقة تحقيق المسؤولية الجنائية على توقيع الجزاء أي في شق التجريم الذي يحوي التزاماً موجهاً للمخاطب بالقاعدة الجنائية في حين يتضمن شق الجزاء النتيجة القانونية المترتبة على مخالفة هذا الالتزام، إلا أنه يرى بأن كل تكليف جنائي لابد من أن يتضمنه من قبل تكليف آخر غير جنائي صراحة أو ضمناً، لذلك فإن القواعد الجنائية تكون تابعة لقواعد غير جنائية^(١٩).

وقد استند أنصار هذه النظرية للأسانيد الآتية:

أولاً: التلازم بين القواعد الجنائية وغيرها من القواعد. إذ يذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه لا يتصور وجود قانون جنائي دون أن تلازمه قاعدة غير جنائية، إذ أن كل فعل غير مشروع جنائياً لابد أن يعتبر كذلك في نظر قاعدة غير جنائية، فالجريمة فعل غير مشروع في نظر القانون الجنائي، ولا بد أن يكون كذلك في نظر فرع آخر من فروع القانون.

ثانياً: أسبقية القاعدة غير الجنائية على القاعدة الجنائية. فالتكليف غير الجنائي يسبق دائماً التكليف الجنائي، وأن هذه الأسبقية منطقية.

ثالثاً: الاستناد إلى أسباب الإباحة، إذ يذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه يجب أن يكون هناك مواءمة بين فروع القانون، فإذا جرد أحدها الفعل من وصف عدم المشروعية وجب على القانون الجنائي بدوره إباحته واعتباره مشروعاً جنائياً، وترجع هذه المواءمة للتبعية المطلقة بين القانون الجنائي وغيره من أفرع القانون المختلفة^(٢٠).

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية إننا إذا أردنا أن نحدد مفهوم المصطلحات الواردة في القانون الجنائي، فلا بد أن لا نخرج عن حدود المفاهيم التي حددتها القوانين التي ورد فيها المصطلح وأن نلتزم بالتعريف الوارد في ذلك القانون.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد، إذ انتقدت الأسانيد التي استند إليها مؤيدو هذه النظرية وكما يأتي:

أولاً: انتفاء التلازم بين القواعد الجنائية وغيرها من القواعد غير الجنائية، فالقول بأن القانون الجنائي مجرد قانون جزائي بدون أحكام ليس دقيقاً إذ إن للقانون الجنائي وظيفة منشئة^(٢١).

(١٩) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

(٢٠) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٣-١٣٤.

(٢١) رسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٨، ص ١٦٣.

ثانياً: انتفاء الحكمة من حتمية التلازم، إذ إن هناك حالات عديدة يبرز فيها القانون الجنائي وحده من دون أن تسبقه أو تعاصره قواعد قانونية أخرى كما هو الحال في الشروع أو الاتفاق الجنائي الذي لا يقتصر بالتنفيذ، وفي حالات أخرى يكون القانون الجنائي هو المتبوع ومثال ذلك في حالة الدفاع الشرعي إذ تصبح القاعدة غير الجنائية تابعة للقاعدة الجنائية^(٢٢).

ثالثاً: الخطأ في الاستناد إلى أسباب الإباحة، إذ استند أنصار نظرية التبعية في تبرير المواءمة بين فروع القانون إلى التبعية المطلقة بين القانون الجنائي وغيره من فروع القانون، وقد انتقد البعض هذه النظرية بالقول: إن القاعدة الجنائية تتميز من حيث طبيعتها بأنها من قواعد القانون العام وبأنها قاعدة أمرة وشرطية وبأن لها قوة جزائية معززة لحكم قاعدة أخرى غير جنائية وهذا ما يعبر عنه بقوة القانون الجنائي الجزائية المعززة ولهذه القوة وجهان:

الوجه الأول: إن كل سلوك محظور في قاعدة جنائية لابد من أن يكون محظوراً كذلك صراحة أو ضمناً من قاعدة ما غيرها في قانون آخر غير القانون الجنائي وهذا ما يمكن أن يسمى بثنائية حكم القاعدة الجنائية.

الوجه الثاني: إن حظر السلوك الإجرامي طبقاً للقاعدة غير الجنائية يعتبر من الناحية المنطقية سابقاً على حظره في القاعدة الجنائية، وهذه الأسبقية منطقية ولا يلزم أن تكون زمنية، فالقانون الجنائي بطبيعته يعتبر مدعماً ومعزراً بجزائه الخاص حكم الفروع الأخرى للقانون، وهذه القوة الجزائية المعززة هي نتيجة منطقية للدور الذي يؤديه القانون الجنائي في المجتمع، ولم يفهم البعض هذه القوة الجزائية على حقيقتها فلم يفرق بين ذاتية القانون الجنائي وتبعيته فوصف القانون الجنائي بأنه مكون من محض أجزية بدون أحكام وأنه لا يفعل سوى أن يمد بالجزاء أحكام قواعد القوانين الأخرى، ولكن هذا القول غير دقيق إذ إن القاعدة الجنائية ليست مكونة من شق الجزاء فقط وإنما تتكون من شق آخر هو شق التكليف، إضافة إلى أن القانون الجنائي ليس مجرد ناقل لأحكام القواعد الأخرى غير الجنائية، وإنما يؤدي وظيفة إنشائية للقواعد لها أهميتها القصوى، فليس صحيحاً أن كل سلوك محظور في أي قانون من القوانين يتناوله القانون الجنائي بالجزاء، فالقانون الجنائي لا ينقل قواعد غيره كما هي ليشملها بجزائه الجنائي دون تعديل مضمونها، إنما العكس هو الصحيح، إذ إن كل سلوك غير مشروع في نظر القانون الجنائي لابد أن يشترك معه

(٢٢) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعده.

في هذا الاعتراف بعدم المشروعية قانون آخر غيره من القوانين المختلفة للدولة، إذ يمكن القول: إنه إذا كانت قوانين الدولة كلها تتمثل في دائرة كبرى، فإن القانون الجنائي تمثله دائرة صغرى تشترك مع الدائرة الكبرى في نفس المركز ولكنها لا تتفق معها في نفس المحيط لكون محيطها أضيق وقد وجه لنظرية القوة الجزائية المعززة للقانون الجنائي انتقادات، أولهما: إن القاعدة الجنائية في حظرها لسلوك ما كثيراً ما تسبق في الزمن الوقت الذي تصدر فيه قاعدة أخرى غير جنائية تتناول بالخطر السلوك نفسه، لذلك لا يمكن أن توصف القاعدة حينئذ بأنها تعزز قاعدة غير جنائية لم تصدر بعد، وثانيهما: إن هناك حالات يكون فيها السلوك محظوراً من القاعدة الجنائية وحدها دون أن يحظر في قاعدة أخرى غير جنائية، ولكن هذين الاعتراضين مردود عليهما لأنهما يغفلان طبيعة القاعدة الجنائية ذاتها بوصفها قاعدة قانونية، فالقاعدة الجنائية بالإضافة إلى وظيفتها الأمرة لها وظيفة أخرى يمكن تسميتها بالوظيفة الوزنية، إذ إن القاعدة الجنائية بتجريمها السلوك تكون قد عبرت عن إرادتها في اعتباره سلوكاً غير مشروع في نظر القانون عموماً، فما يكون جريمة يصبح في نظر هذه القوانين من باب أولى سلوكاً غير مشروع لأن الأكثر يحتوي دائماً على الأقل، أما الانتقاد الثاني فيرد عليه بأنه ليس صحيحاً وجود جريمة يكون الجزاء الجنائي هو الجزاء الوحيد فيها وليس لها جزاء غيره مقرر في قانون آخر غير جنائي، فكل جريمة أياً كانت لا بد من اعتبارها سلوكاً غير مشروع طبقاً لقانون آخر غير القانون الجنائي، ولا بد بالتبعية من قابليتها لتطبيق جزاء غير جنائي على فاعلها هو الجزاء الذي يقرره ذلك القانون، فالقانون الجنائي من حيث طبيعة قواعده بالقياس إلى قواعد القوانين الأخرى، لا يتعدى الصور الآتية:

- ١ - أن يكون السلوك محظوراً جنائياً ومحظور كذلك بنص صريح في قانون غير جنائي.
- ٢ - أن يقتصر القانون الجنائي على بيان الجزاء ويحيل في تحديد التكليف لقانون غير جنائي قائم فعلاً أو سوف يتم إصداره (القاعدة الجنائية على بياض).
- ٣ - أن يكون السلوك المحظور وجزأؤه محددين في القانون الجنائي دون ذكر صريح لذلك السلوك في غير هذا القانون وإنما تستخلص الصفة غير المشروعة للسلوك بالنسبة لذلك القانون بصورة ضمنية من القانون الجنائي ذاته.
- ٤ - أن تكون القاعدة غير الجنائية والمحركة للسلوك واحدة، وتتعدد مع ذلك القواعد

الجنائية الخاصة بالسلوك ذاته لتحديد له في صورته المختلفة عقوبة تختلف باختلاف هذه الصور.

٥ - أن تكون القواعد غير الجنائية متعددة وتكون القاعدة الجنائية واحدة لكونها قد جعلت من مخالفة تلك القواعد كلها جريمة واحدة، والراجح أن التبعية تستلزم تدرجاً بين فروع القانون المختلفة التي تنتمي لنظام قانوني واحد وليس دقيقاً أن هناك تدرجاً بين فروع القانون المختلفة، فهي جميعاً تقوم على قدم المساواة باستثناء القانون الدستوري^(٢٣).

الفرع الثاني نظرية استقلال القانون الجنائي

يتوجه أنصار هذه النظرية إلى أن القاعدة الجنائية لها استقلالها المطلق بالنظر إلى غيرها، ويبررون وجهة نظرهم بتحليل كل من القاعدة الجنائية وغيرها من القواعد، فقد توصلوا إلى أن التكليف الجنائي يختلف عن غيره من التكليف، لأنه يعنى بتحديد السلوك المعاقب عليه تحديداً دقيقاً، فضلاً عن تحديد ما يقترب به من ظروف، ويختلف طرفا الرابطة القانونية التي تنشئها القاعدة الجنائية عن أطراف الرابطة التي تنشئها القاعدة الإدارية أو المدنية، فتكون الدولة بصفقتها شخصاً معنوياً والجاني أطراف الرابطة القانونية التي تولدها الجريمة^(٢٤)، ويستند أنصار هذه النظرية على حجتين أولاهما تحليلية والثانية عملية، فمن ناحية ينفرد التكليف الجنائي عن غيره من سائر أنواع التكليف، فيحدد السلوك الذي يؤدي لقيام الجريمة، إذ إن كل النصوص الجنائية تتضمن قواعد جنائية ولكن ليس كل القواعد الجنائية تتضمن عنصري التجريم والجزاء أو يجتمع فيها العنصران، فالنص الجنائي هو القلب الذي تصاغ فيه القاعدة الجنائية سواء وردت هذه القاعدة كاملة بشقيها (تامة) أو وردت مجزأة (موزعة)، فإذا كان من المتصور وجود نصوص غير كاملة أو غير مستوعبة، إلا أنه لا يمكن تصور وجود قواعد جنائية ناقصة أو غير كاملة أو غير تامة، وذلك لأن القاعدة الجنائية الأساسية تتكون دائماً من شقين تكليف وجزاء، والأصل أن يتضمن النص الجنائي قواعد جنائية تامة يجتمع فيها شقاً التجريم والجزاء في نص جنائي واحد وأن يتقدم شق التجريم شق الجزاء، ولا تتضمن كل القواعد الجنائية نماذج قانونية

(٢٣) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٦؛ د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ١٦٠-١٦٨.

(٢٤) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٠-٧١.

إنما التي تتضمن هذه النماذج هي القواعد الجنائية الأساسية المستقلة المجرمة الإيجابية، أما القواعد الجنائية التابعة فإنها لا تتضمن نماذج قانونية، لذلك تنقسم النصوص الجنائية بالنظر لاحتوائها على نماذج الجرائم إلى نصوص أساسية وتسمى النصوص الأم، ونصوص مساعدة تسمى النصوص التبعية، وتنقسم النصوص بالنظر لاجتماع عناصر القاعدة الجنائية إلى نصوص تامة كاملة، ونصوص غير تامة غير مستوعبة.

كما يبين الركن المعنوي الذي يجب توافره في مرتكب الجريمة، إضافة لتحديد ما قد يتصل به من ظروف، ومن الناحية التطبيقية يبرر الفقه استقلال القانون الجنائي بالقول: إن الغايات التي تهدف إليها القاعدة الجنائية تختلف عن غيرها في القواعد التي تضمنتها فروع القانون الأخرى^(٢٥)، وأن طبيعة الجزاء الجنائي تختلف عن طبيعة أي جزاء آخر مقرر في فروع القانون الأخرى، فليس صحيحاً أن قانون العقوبات يتبع القوانين غير الجنائية وأن المصلحة المحمية جنائياً تطابق المصلحة التي يحميها القانون غير الجنائي، ذلك أن التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقفان على معيار الضرورة والتناسب ووفقاً لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعاً لمعايير قانون غير جنائي، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب، لذلك فإن الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها، لأن الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظراً لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي^(٢٦).

إلا أنه على الرغم من المزايا التي تحسب لنظرية الاستقلال المطلق ومنها إفساحها المجال أمام القانون الجنائي والقضاء الجنائي في بعض الأحيان لوضع قواعد جديدة^(٢٧)، فإن هذه النظرية قد عرض لها النقد، فقد انتقدها جانب من الفقه بالقول: إن الاستقلال المطلق لا تفسير له إلا القول إن القانون الجنائي لا يكثرث بسائر الفروع القانونية التي تعمل معه داخل نظام قانوني واحد، وهذا سوف يؤدي إلى تصدع النظام القانوني، لذلك ينبغي أن يكون هناك تعاون وتناسق بين فروع

(٢٥) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(٢٦) د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٧١؛ د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط ٢، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص ٦٦-٦٧.

(٢٧) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٢٨) انظر د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٢-٧٣.

القانون المختلفة، وأن تتضافر فيما بينها للوصول إلى الغايات المشتركة التي تهدف إلى تحقيقها^(٢٨).

الفرع الثالث النظرية التوفيقية

تتجه هذه النظرية إلى أن القانون الجنائي في علاقته بفروع القانون الأخرى يعد مستقلاً في بعض الأحيان، وتابعاً أحياناً أخرى لهذه القواعد، إذ تتخذ القاعدة الجنائية أحد الفروض الثلاثة الآتية:

١ - وجود القاعدة الجنائية بشكل منفرد في مجال التجريم من دون أن تشاركها قاعدة أخرى في حماية المصلحة، وهنا تكون القاعدة الجنائية لها استقلالها القاعدي المطلق^(٢٩).

٢ - قد توجد القاعدة الجنائية بوصفها جزءاً من النظام القانوني، مع وجود قاعدة قانونية أخرى تتبع نظاماً قانونياً آخر، فتقوم القاعدة الجنائية بتجريم مخالفة التكليف الذي حددته القاعدة الأخرى، وفي هذه الحالة تصبح القاعدة المحمية جنائياً تابعة للنظام القانوني العام، بعد أن كانت تابعة لنظام قانوني معين، مثال ذلك حماية القاعدة الجنائية لشق التكليف في قاعدة مدنية تحظر الاعتداء على حق الملكية^(٣٠).

٣ - اقتصر دور القاعدة الجنائية على مجرد العقاب، ويتحقق ذلك حينما تضفي القاعدة الجنائية جزاءها على شق التكليف في قاعدة أخرى تتبع فرعاً آخر من فروع القانون، فيقتصر دور القاعدة الجنائية على تحديد الجزاء فقط، فتكون لها صفة تبعية صرفة^(٣١).

وعلى الرغم من صحة الفرض الأول الذي تقوم عليه هذه النظرية نظراً لأنه من الممكن تحديد بعض القواعد الجنائية التي تنفرد بحماية مصلحة معينة، فإنها قد تعرضت للنقد في فروضها الأخرى، إذ لا يمكن التسليم بوجود قواعد قانونية محايدة لا تتبع نظاماً قانونياً معيناً، وإن القول بوجود قواعد جنائية يقتصر دورها على تحديد

(٢٩) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٣٠) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٣.

(٣١) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(٣٢) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٤.

الجزاء فقط يؤدي إلى الوقوع في الخطأ نفسه الذي وقع فيه أصحاب نظرية التبعية المطلقة، إذ إن كل جزء لابد وأن يحمي تكليفاً، ولا يمكن تصور وجود الجزء مجرداً عن قاعدة قانونية تحدد التكليف^(٣٢).

والأصل أن يتضمن النص الجنائي قواعد جنائية تامة يجتمع فيها شقاً التجريم والجزاء في نص جنائي واحد فيكون النص تاماً مستوعباً وكاملاً، إلا أن القاعدة الجنائية قد توجد مجزأة (موزعة) بين أكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو قوانين مختلفة، فتكون الصياغة مجزأة أو موزعة بين أكثر من نص، فالمرشح هو الذي يتولى توزيع القاعدة الجنائية الموزعة على نصين جنائيين^(٣٣)، فيتضمن أحد النصوص شق التجريم فيكون نصاً تجريمياً بحتاً، في حين يتضمن نص آخر نافذ وحال ومحدد شق جزاء مخالفة ذلك التكليف فيكون نصاً جزائياً بحتاً.

ويذهب جانب من الفقه إلى تسمية النص الذي يحوي أحد عناصر القاعدة الجنائية بالنص الجنائي الناقص أو غير الكامل، ويذهب جانب آخر من الفقه لتسميته بالنص غير المستوعب^(٣٤)، في حين ينتقد البعض هذه التسمية بالقول: إنه لا يمكن التسليم بوجود قواعد جنائية ناقصة أو غير كاملة أو غير تامة، وذلك لأن القاعدة الجنائية شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية جميعها تتكون دائماً من شقين، تكليف وجزاء، وقد لا يستوعب النص القاعدة الجنائية بأكملها وإنما تتوزع عناصر القاعدة الجنائية بين أكثر من نص، والأبق تسمية القاعدة الجنائية التي لا يستوعبها نص واحد بالقاعدة الجنائية الموزعة^(٣٥)، ونرى أنه لا يوجد خلاف حقيقي بين الآراء السابقة فالرأي الأخير يرفض تسمية القاعدة الجنائية الموزعة بالقاعدة الناقصة أو غير الكاملة في حين يتفق مع الآراء السابقة في وجود نصوص غير كاملة أو غير مستوعبة ومع ذلك فنحن نؤيد استخدام مصطلح (النصوص الموزعة أو غير المستوعبة) لكي لا يفسر استخدام مصطلح النصوص الناقصة إلى افتقاد القاعدة الجنائية لأحد شقيها وإن لم يتضمنه ذات النص، فالنص الجنائي هو القالب الذي تصاغ فيه القاعدة الجنائية وقد يكون تاماً إذا اجتمعت فيه عناصر القاعدة الجنائية، وقد يكون غير تام إذا لم تجتمع فيه عناصر القاعدة.

(٣٢) د. عصام عفيفي حسين عبدالبصير، تجزئة القاعدة الجنائية، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٥٤-٥٧.

(٣٤) د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، ١٩٧٦، ص ١٠٥.

(٣٥) د. عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، المرجع السابق، ٣٩-٤٠.

ويجب التمييز بين النصوص غير المستوعبة أو غير التامة وبين صورة أخرى يطلق عليها الفقه تسمية (القاعدة على بياض)، إذ يحدد المشرع شق الجزاء في النص الجنائي ويحيل في نفس الوقت إلى قانون آخر غير القانون الجنائي لتحديد شق التكليف الذي لا يكون قد وجد أو حدد لحظة وضع القاعدة على بياض، فشق التكليف لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض فيتولى المشرع في القاعدة غير المستوعبة توزيع شقي التكليف والجزاء على نصين جنائيين في قانون واحد أو قوانين مختلفة ولكنها متعاصرة، وشق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض يرد دائماً في قانون آخر لاحق غير القانون الجنائي سواء كان قانوناً أو لائحة أو قراراً طالما أنه صدر بناء على قانون، فالقاعدة الجنائية في هذه الحالة تكون بمثابة قاعدة على بياض تكملها القاعدة غير الجنائية، فتجزئة القاعدة الجنائية ووضع قواعد جنائية على بياض لا يتنافى مع مبدأ الشرعية الجنائية لأنه كان بناء على قانون^(٣٦).

وكان للفقيه الإيطالي ديلوجو (Delogu) رأيه في هذه المسألة، إذ يفرق بين فرضين أولهما: إن القاعدة الجنائية قد تكون وحدها التي تحمي المصلحة محل الحماية بحيث لا تشاركها قاعدة أخرى بذلك، فتتفرد القاعدة الجنائية في هذه الحالة في حماية هذه المصلحة، مثال ذلك الاتفاق الجنائي. وثانيهما: إن تتداخل القاعدة الجنائية مع قاعدة أخرى غير جنائية في معالجة مركز من المراكز، وفي هذه الحالة أما أن يتدخل المشرع لتغليب تكييف على آخر من خلال تحديده مدى اعتماد القاعدة الجنائية على غيرها من القواعد غير الجنائية، وإما أن يسكت، وفي هذه الحالة يفسر سكوتة على أن للقاعدة الجنائية استقلالها في مواجهة غيرها من القواعد، وينبني هذا الاستقلال على أساس المساواة بين فروع القانون جميعها، لا على أساس تبعية أحد الفروع لفرع آخر، وإذا كانت هناك تبعية بين فروع القانون فإنما تكون السيادة للقانون الدستوري والتبعية لما عداه من فروع القانون. وأن هذا الاستقلال بين فروع القانون هو استقلال قائم على التعاون بين الفروع، تعاوناً يقتضيه مبدأ وحدة النظام القانوني^(٣٧).

ويذهب الأستاذ Delogu إلى أن جميع فروع القانون تقوم على قدم المساواة،

(٣٦) ويخالف البعض هذا الرأي فيذهب إلى أن شق التكليف في القاعدة على بياض يمكن أن يرد في قانون جنائي أو غير جنائي ولا يقتصر على القانون غير الجنائي.

انظر د. عصام عفيفي عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط ١، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة ٢٠٠٤، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٣٧) Delogu tullio, La loi penale et son application, Alexandrie, 1956, P.228.

أشار إليه د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٤-٧٥.

فمن ناحية نجد أن القاعدة الجنائية ليس لها صفة تبعية لأن لها غاياتها الخاصة، وإن تماثلت المصلحة التي تحميها مع مصالح مماثلة تحميها فروع القانون الأخرى، كما لا يصح القول باستقلال القاعدة الجنائية لأن هذا الاستقلال يعني عدم اكتراث القاعدة الجنائية لما تتضمنه القواعد القانونية الأخرى من أحكام ومصطلحات، لذلك فإنه ينادي بالارتكاز لفكرة النظام القانوني التي تؤدي إلى التنسيق بين التكييفات القانونية وفقاً لفروع القانون المختلفة وذلك في إطار وحدة النظام القانوني وليس تبعية القانون الجنائي^(٣٨).

ويؤيد الدكتور عبد الفتاح الصيفي هذا الرأي، فيذهب إلى أن كل قاعدة قانونية، جنائية كانت أو غير جنائية، تتكون من شقين: تكليف وجزاء، وأن هذين الشقين يختلفان من قاعدة لأخرى، فالجزاء الجنائي يختلف عن غيره من حيث الغاية والهدف^(٣٩)، ويختلف عن غيره من الجزاءات من حيث الكم والكيف، لذلك فإن موقف المشرع تجاه هذه المسألة لا يخلو من أحد أمرين: فهو إما أن يحدد مضمون التكليف بشكل لا يختلف فيه عن غيره من القواعد الأخرى، وهنا نكون بصدد تعدد ظاهري للحماية القانونية، لأنه على الرغم من تطابق التكليفين فإن هناك اختلافاً بين القاعدتين من حيث أطرافها، فهما نظراً للقاعدة الجنائية الدولة والجاني، بينما أطراف القاعدة غير الجنائية هما الدولة بصفقتها نظاماً قانونياً ومرتكب الفعل غير المشروع، أو أحد الأفراد ومرتكب الفعل غير المشروع. وإما أن يحدد المشرع مضمون التكليف بشكل مستقل، وهنا يظهر استقلال القاعدة الجنائية، إذ يلجأ القاضي إلى غايات القانون الجنائي وأهدافه من أجل تحديد هذا المضمون^(٤٠).

ويتوجه الرأي الغالب في الفقه^(٤١) إلى تأكيد ذاتية القانون الجنائي وإنكار تبعيته

Delogu tullio, op, cit,p237.

(٣٨)

أشار إليه د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٤-٧٦.

(٣٩) إن الهدف من توقيع الجزاء الجنائي هو حفظ النظام وحمايته في المجتمع، بينما أساس الجزاء في القوانين الأخرى هو تحقيق مصلحة خاصة للمخاطبين بأحكام ذلك الفرع من القانون؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٧١.

(٤٠) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٦-٧٨.

(٤١) من المؤيدين لهذا الاتجاه، د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على المال المنقول، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٧؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ١٩٦٨، ص ١١٦؛ د. مأمون محمد سلامة، البحث السابق، ص ١٥٦؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٧٣؛ د. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ٢٦.

للقوانين الأخرى، إلا أن هذه الذاتية التي يتمتع بها القانون الجنائي لا تعني الاستقلال، إذ مما لا ريب فيه أن القانون الجنائي مرتبط ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى، لأنها كلها في الأصل فروع شجرة واحدة، أو أفراد أسرة واحدة تقوم على التعاون فيما بينها من أجل تحقيق أهدافها.

ونحن نتفق مع هذا الاتجاه، فنرى أن للقانون الجنائي ذاتيته في مواجهة فروع القانون الأخرى، إلا أن هذه الذاتية تقوم على التعاون بين فروع القانون كافة من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، فكما سبق وأن بينا فإن ذاتية القانون الجنائي لا تعني الانفصال أو الاستقلال أو التبعية وإنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به بحيث لا يتعارض مع غيره من فروع القانون، ويتعاون معها في تنظيم الحياة في المجتمع، لذلك فإن الذاتية هي أمر لا ينفرد بها القانون الجنائي لوحده، إنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون.

المبحث الثاني ذاتية المصطلح الجنائي

تبين مما تقدم أن الرأي الراجح في الفقه يتوجه نحو تبني نظرية ذاتية القانون الجنائي، وهذه الذاتية ما هي إلا نتاج لوظيفة القانون الجنائي في المجتمع، فالقانون الجنائي يضطلع بعبء المحافظة على الكيان الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة من الأفعال التي تكون اعتداء على المصالح الجماعية الأساسية وبالتالي فوظيفته هي الدفاع الاجتماعي وقد وجد الفقه في الذاتية فكرة جديدة بالرعاية والتأييد لاتخاذها كأساس في تعقب الجناة في بعض الحالات التي تعجز القوانين الأخرى عن توفير الحماية الكافية للحقوق التي تقرها، لذلك كان من الواجب على المشرع الاهتمام بصياغة وضبط النصوص الجنائية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل خلاف حول حقيقتها.

ويترتب على التأكيد على هذه الذاتية نتائج عديدة، من أهمها: أن تعديل فروع القانون الأخرى لا يرتب تعديلاً مماثلاً في القانون الجنائي، إذ إن تعديل المسائل المشتركة بين القانون الجنائي وبقية فروع القانون الأخرى لا يرتب تعديلاً مماثلاً في القانون الجنائي لأنه في الأصل لا يلزم بمفهوم المصطلح الذي يحدد في القانون الأصل، بل إنه في حدود القانون الجنائي ذاته لا يرتب تعديل المصطلح مثال ذلك مفهوم المال والموظف العام في باب من الأبواب تعديلاً بشأنهما في بقية الأبواب تأكيداً لذاتية نصوص القانون الجنائي ذاته، إذ تختلف القواعد الجنائية عن القواعد غير الجنائية في العديد من الأمور أهمها:

١ - إن القاعدة غير الجنائية يقتصر دورها على تحديد المراكز القانونية وحمايتها في مجال أوسع من القاعدة الجنائية التي تحدد مجال الحماية الجنائية التي تضيفها على هذه المراكز في مجال ضيق يتحدد وفقاً لمعيار الضرورة والتناسب، وهو مجال أضيق مما تضيفه الحماية غير الجنائية لأن المشرع الجنائي يختار ما يراه من مصالح قانونية لكي يضيف عليها الحماية بالقدر الضروري المتناسب.

٢ - الأصل أن القاعدة الجنائية تستأثر بتحديد أركان الجريمة وعقوبتها وأن القاعدة غير الجنائية لا تتدخل في تحديد نطاق التجريم والعقاب لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب، ومع ذلك قد تؤثر القواعد غير الجنائية في نطاق

التجريم والعقاب إذ قد يؤثر المركز القانوني المفترض في وصف الجريمة أو عقوبتها، مثال ذلك صفة الموظف العام في جريمة الرشوة إذ يؤثر في وصف الجريمة وصفة الجاني في جريمة الاغتصاب إذ تعد ظرفاً مشدداً للعقاب.

٣ - إن التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقف على معيار الضرورة والتناسب ووفقاً لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعاً لمعايير قانون غير جنائي، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب، لذلك فإن الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها، لأن الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظراً لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي.

٤ - تخضع المسائل غير الجنائية التي تنظمها القواعد غير الجنائية لطرق الإثبات في القانون الخاص وهو ما يؤكد على أن المسائل غير الجنائية لا تندمج في المسائل الجنائية.

٥ - تتضمن القاعدة الجنائية شقين، التكليف والجزاء، أما القاعدة غير الجنائية فإنها تحدد المراكز القانونية المترتبة على علاقة قانونية دون أن تندمج في التكليف الجنائي الذي تتضمنه القاعدة الجنائية^(٤٢).

إضافة إلى اختلاف الإجراءات المقررة لقانون العقوبات عن تلك الإجراءات المقررة لبقية فروع القانون الأخرى، فالدعوى المدنية تقام أمام المحاكم المدنية في الأصل وبيانها من لحقه الضرر أو من يمثله قانوناً وله حق التنازل عن الدعوى في أية مرحلة كانت عليها وتسري على الدعوى المدنية أحكام قانون المرافعات المدنية فيسري على الدعوى المدنية في القانون العراقي أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وكذلك بالنسبة للدعوى الانضباطية التي تحرك نتيجة للجريمة التأديبية أمام مجالس الانضباط أو لجان الانضباط وفقاً لقواعد وإجراءات تختلف عن تلك المتبعة أمام المحاكم الجنائية والتي تنشأ نتيجة لارتكاب الجريمة ويقوم الادعاء العام (النيابة العامة) نيابة عن المجتمع بمباشرتها والسير فيها حتى إصدار الحكم فيها وليس له التنازل عنها وتخضع الدعوى الجزائية لأحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

(٤٢) د. رفيق محمد سلام، المرجع السابق، ص ٧٠؛ د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٥-٦٩.

إلا أن من أهم النتائج المترتبة على ذاتية القانون الجنائي هي ما يطلق عليه بذاتية المصطلح الجنائي إذ يطوع مفهوم المصطلح غير الجنائي التي تضمنها القانون الجنائي فلا تنقيد بالمدلول الفني للمصطلحات أو التعابير التي نصت عليها فروع القانون الأخرى أو المفهوم الشرعي لتلك المصطلحات. إذ يستخدم المشرع الجنائي في صياغته لنصوص القانون الجنائي المصطلحات القانونية، والصياغة القانونية^(٤٣) تعتمد على الألفاظ والمصطلحات ويحاول عن طريقها المشرع الوصول إلى الأهداف التي يقصدها فالألفاظ قوالب المعاني، والنصوص القانونية الخاصة بالتجريم والعقاب هي تعبير عن مصالح اجتماعية حية ومنظورة^(٤٤). لذلك نتفق مع ما ذهب إليه

(٤٣) تعني كلمة (صاغ) في العربية (هياً ورتب) فيقال صاغ الكلام بمعنى هياؤه ورتبه، ويقال كلام حسن الصياغة بمعنى جيد ومحكم ويقال صيغ الكلام بمعنى تراكيبه وعباراته، وفي الإنجليزية، يعبر عن كلمة صاغ بالفعل draft ويقصد بها شكل وهيئة compose À prepare ويقصد بكلمة draftsman محرر أو صائغ الوثائق أي الشخص الذي يصوغ الوثائق القانونية وغير ذلك من المحررات الرسمية.

محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢٠. ويعرف فن الصياغة القانونية بأنه مجموعة من الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية؛ د. أحمد العزي النقشبدي، غموض النصوص الدستورية وتفسيرها، مجلة كلية الحقوق جامعة الزهراء، المجلد ٧، العدد ١٢، ٢٠٠٤، ص ١٧٢.

الأصل في المصطلح أن ينشأ مما تعارفت عليه الجماعة في نقل معنى شيء من أصل الوضع إلى معنى آخر يبلغ به المقصود، وهذا هو المراد بالمصطلح، فقد عرف المصطلح بأنه (اتفاق قوم على تسمية الشيء باسم ما ينقل عن موضعه الأول)، وعرف أيضاً بأنه (إخراج اللفظ من معنى لغوي إلى آخر لمناسبة بينهما، أو بأنه اتفاق طائفة على وضع اللفظ بإزاء المعنى)، فالمصطلح هو الوحدة الأساسية المكونة للغة المتكلم بها، فالمصطلح شأن داخلي ينبع من فكر جماعة معينة لما تراه من مناسبة بين معنى اللفظ المراد أصالة وبين المعنى الثاني الذي يخدم فكر الجماعة وقناعاتها. انظر محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط ١، ص ٢٣٩؛ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الإبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ص ٤٤.

(٤٤) لذلك يجب على المشرع أن يكون دقيقاً في العملية التشريعية واعياً للمصالح والحاجات الحالية والمستقبلية، وأن يكون مرناً لكي يستجيب بسرعة لما تتطلبه المصلحة العامة للدولة دون الاعتداء على حقوق الأفراد المكتسبة، أو المساس بغير مقتضى بحرياتهم الشخصية، ويجب أن يكون مبصراً بمعنى أن يكون واعياً وعياً كاملاً وعلمياً بحقيقة الواقعة التي يراد تجريمها.

د. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة الثانية والعشرون، ١٩٩٨، ص ٢٠٥.

البعض^(٤٥) من أن المفاهيم والمصطلحات التي تضمنتها القوانين الأخرى كالقانون المدني والتجاري والإداري وغيرها من فروع القانون التي يستخدمها المشرع الجنائي مثل الملكية والحياسة والمال والموظف والشيك والعقار والمنقول وغيرها من المصطلحات، لا يستقل بتحديد القانون الأصل الذي وردت فيه هذه المصطلحات، ولا يقف المفسر لنصوص القانون الجنائي منها موقفاً سلبياً، فإذا كان أحد التعبيرات في فرع من فروع القانون له مفهوم واسع أو ضيق لا يكفي لضمان الحماية اللازمة للمصلحة التي يهدف المشرع الجنائي إلى حمايتها، فإنه لا يلتزم بهذا المفهوم ولا يتقيد به، إنما يتم تحديد وتفسير هذه التعبيرات في البدء وفقاً للمعنى المحدد لها في القانون الأصلي، ثم يطوع هذا التفسير (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها، فالشارع يحرص على التنسيق بين الحماية التي يكفلها القانون الجنائي، والحماية التي تكفلها القوانين الأخرى التي قررت هذه الحقوق وحددت أحكامها، من أجل توفير حماية قانونية شاملة للمصلحة محل الحماية.

ولا تثير ذاتية المصطلحات الجنائية إشكالية بالنسبة لمفهوم المصطلحات التي ينص عليها ابتداءً أو يبتكرها القانون الجنائي إذ يحدد مفهومها بما يتناسب وغايات القانون الجنائي الذي تضمنها، إنما تظهر أهمية ذاتية المصطلح الجنائي من حيث عدم تقييده بمفهوم العديد من المصطلحات التي استخدمها القانون الجنائي ونصت عليها في الأصل قوانين أخرى غير جنائية كالقانون المدني أو التجاري أو الإداري أو غيرها من القوانين أو تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية، ويصعب الإحاطة بذاتية مفهوم كل المصطلحات غير الجنائية التي استخدمها القانون الجنائي في نصوصه في هذا البحث لذلك سوف يقتصر بحثنا على الإشارة لأهم هذه المصطلحات غير الجنائية وذاتية مفهومها في القانون الجنائي وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، كما يأتي:

المطلب الأول: ذاتية مفهوم مصطلح المال.

المطلب الثاني: ذاتية مفهوم مصطلح الجنون.

المطلب الثالث: ذاتية مفهوم مصطلح العرض.

المطلب الرابع: ذاتية مفهوم مصطلح الموظف العام.

(٤٥) انظر: د. جلال ثروت، المرجع السابق، ص ٧؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٥٢؛

د. مأمون محمد سلامة، البحث السابق، ص ١٥٦.

المطلب الاول ذاتية مفهوم مصطلح المال

يترتب على الأخذ بذاتية المصطلح الجنائي أن المصطلحات والعبارات التي يستخدمها المشرع الجنائي إنما يجب أن تفسر على هدى الحماية الجنائية للمصالح في النص الجنائي بمعنى أنه إذا كان مفهوم المصطلح في القانون الإداري أو المدني أو التجاري أو غيره من القوانين له مفهوم ضيق لا يكفي لضمان الحماية اللازمة للمصلحة التي يبغى المشرع الجنائي حمايتها فإن المفهوم الجنائي للمصطلح لا يلتزم بهذا المفهوم سواء كان ضيقاً أو واسعاً ويتعين عليه أن يطوع مفهوم المصطلح ويعطي له المفهوم المناسب سواء كان أكثر اتساعاً أو ضيقاً كي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها، وتظهر ذاتية المصطلح الجنائي في مفهوم مصطلح المال الذي تضمنه القانون المدني أو ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يتوجه جانب من الفقه^(٤٦) إلى أن مفهوم المال في القانون الجنائي أوسع من مفهومه في القانون المدني، إذ إن موضوع الاعتداء في جرائم الاعتداء على الأموال هو كل شيء له قيمة معينة سواء كانت هذه القيمة مادية أو معنوية مادام يمكن حيازته، فالقانون الجنائي قد بسط حمايته على المال أياً كانت طبيعته وسواء كان داخل دائرة التعامل أو خارجها، في حين أن القانون المدني قد توجه إلى تقسيم الأموال إلى أموال داخلية في دائرة التعامل وأخرى خارجة عنها لتحديد ما تجوز حيازته وما لا تجوز^(٤٧).

وعلى الرغم من ذلك فإن القانون المدني يدخل في مفهوم المال كل ما يجيز التعامل به قانوناً كالكحول أو لحم الخنزير أو المخدرات أو غيرها من الأشياء وإن لم

(٤٦) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤٦٤ وما بعدها؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

(٤٧) إذ تنص المادة (٦١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على: "١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

ويتوجه جانب آخر من الفقه إلى القول بعدم اختلاف دلالة المال في كل من القانونين المدني والجنائي، مستنداً في ذلك إلى مبدأ قانوني يقضي بأن كل تعارض بين قواعد فرعين من فروع القانون التي تتبع النظام القانوني نفسه يتعين إزالته، ويترتب على التسليم بهذه القاعدة عدم تصور وقوع جرائم الاعتداء على الأموال على الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون. د. عبد الفتاح الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ١٩٣ وما بعدها.

تعد مالاً متقوماً وفقاً للمفهوم الشرعي إذا نظم التعامل بها قانوناً فتعد أموالاً وفقاً لأحكام القانون المدني وتتمتع بالحماية المدنية فيلزم التعويض من الحق الضرر بهذه الأموال ووفقاً لهذا المفهوم يكون القانون المدني متفقاً مع المفهوم الجنائي للمال ومختلفاً مع المفهوم الشرعي للمال، فقد عرف الفقهاء المال شرعاً بتعاريف عديدة اختلفت في ألفاظها وتقاربت في معانيها، لأن الشارع لم يحدد له معنى خاصاً كما حدد معاني غيره من الألفاظ كالزكاة. فلفظ المال يطلق شرعاً على (كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع به بشكل ما على الوجه المعتاد)^(٤٨)، ويطلق على (كل ما له قيمة يباع بها وإن قلت، ويلزم متلفه بها)^(٤٩)، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية المال بأنه: "ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة"^(٥٠).

والأشياء التي ينتفع بها الإنسان على ثلاثة أنواع: ١- الأعيان: وهي الأشياء المادية التي لها مادة. ٢- المنافع: وهي الفائدة المرجوة من الأعيان. ٣- الحقوق: وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع، وقد تكون متعلقة بمال كحق الشرب، وقد لا تكون متعلقة بمال كحق الزوج على زوجته^(٥١).

وقد اتفق الفقهاء على عد الأعيان من الأموال إذا أمكن حيازتها والانتفاع بها، واتفقوا على عدم عد الحقوق المتعلقة بغير المال من الأموال، في حين اختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال، والمنافع^(٥٢)، ويذهب جمهور الفقهاء إلى عدّها من الأموال، لأن كل ما له قيمة مالية في عرف الناس يعد مالاً، لذلك هو يشمل الأعيان والمنافع والحقوق المتعلقة بالمال^(٥٣).

والشارع الإسلامي لا يرى كل مال صالحاً للانتفاع به، وإنما يقسم المال بحسب صلاحيته للانتفاع به وعدم صلاحيته إلى مال متقوم وغير متقوم.

(٤٨) محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، ج ٤، المطبعة الميمنية، القاهرة، ب. ت، ص ٣.

(٤٩) جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ب. ت، ص ٣٥٤.

(٥٠) المادة (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية، تصحيح الشيخ يوسف الأسير، ط ٣، مطبعة الآداب، بيروت، ب. ت.

(٥١) محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩، ص ٣٣١.

(٥٢) المرجع نفسه، ص ٣٣٢.

(٥٣) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط ١، ب. م، ١٩٥٢، ص ١٦٢ وما بعدها.

١ - **المال المتقوم:** هو كل ما له قيمة ويضمنها متلفه عند اعتدائه عليه، وهو لا يعد كذلك إلا إذا تحقق فيه شرطان:

أ - الإحراز، فالسمك في الماء لا يعد مالاً متقوماً لعدم حيازته، فإذا ما تم اصطياده عُدَّ مالاً متقوماً.

ب - إمكان الانتفاع به، وذلك بأن يجيز الشارع الانتفاع به على وجه ما حالة السعة والاختيار^(٥٤). وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى ذلك بقولها: "المال المتقوم يستعمل في معنيين: الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به، والثاني بمعنى المال المحرز، فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز"^(٥٥).

٢ - **المال غير المتقوم:** وهو المال الذي لم يتحقق فيه أحد الشرطين السابقين، فالميتة والخنزير والدم والخمر لا يدخل شيء منها في مسمى المال شرعاً، لأن وجه الانتفاع بها غير معتد به في حكم الشريعة الإسلامية^(٥٦)، ودليل ذلك

(٥٤) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٤، ص: ٦؛ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص: ١٤.

(٥٥) المادة (١٢٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥٦) د. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ب. ت، ص: ٢٨٧.

ويقول الشيخ علي الخفيف أن ما لا يتناوله اسم المال من الأعيان هو ما لا يصلح أن يكون محلاً للملك، كالميتة والخمر (للمسلمين بخاصة)، وكذلك كل ما يحرم الشارع تملكه والانتفاع به، وكل ما لا ينطبق عليه تعريف المال كالشمس والقمر والنجوم ونحوها.

الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٦٩، ص: ٥٠. كما ذهب الإمام القرافي إلى القول أن من الأعيان والمنافع ما لا يقبل الملك وأن ذلك يرجع إما لعدم اشتماله على منفعة كالخشاش (هوام الأرض)، لأن الأذن بتملكه عبث، أو لاشتماله على منفعة محرمة كالخمر (للمسلم بخاصة عند فريق من الفقهاء، ومطلقاً عند الآخرين).

الإمام القرافي، الفروق، ط ١، ج ٣، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٩٤٧، ص: ٢٣٦-٢٣٨. غير أن ثمة استثناء من هذه القاعدة، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تعامل المسلم مع غيره من أهل الكتاب فلا يجوز له أن يتلف شيئاً من هذه الأموال إذا ما امتلكها ذمي، أو أن يغتصبها منه، وإذا أُلْغِيَتْ فهو ضامن حماية لحق الذمي، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، أما الشافعية والحنابلة، فقالوا بحرمة اغتصاب هذه الأموال من الذمي، وبوجوب ردها إن كان المال موجوداً، لكنهم لم يضمنوا القيمة عند التلف.

انظر: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغنياني، الهداية شرح بداية المنتهى، ج ٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ب. ت، ص: ٢١.

قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهْلَ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَةُ وَالْمَوْفُودَةُ وَالْمَرْدِيَّةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾^(٥٧).

كما تتضح ذاتية المصطلح الجنائي من خلال عدم تقيد به مفهوم المال العام الوارد في القانون المدني فيرى البعض^(٥٨) أن مفهوم المال العام في القانون الجنائي يختلف عن مفهومه في القانون المدني، وأن هذا يعد نتيجة منطقية لذاتية القانون الجنائي، فالمشرع الجنائي قد توسع في مفهوم المال العام، بحيث أصبح مفهومه يشمل فضلاً عن الأموال العامة التي حددها القانون المدني أموالاً أخرى لا تعد وفقاً لأحكام القانون المدني من الأموال العامة، لأنه لا يمكن للقانون الجنائي أن يقصر حمايته على الأموال المخصصة للمنفعة العامة فقط، لذلك لم تستخدم النصوص التجريمية عبارة أموال عامة، بل استخدمت عبارة أموال الدولة لكي تشمل أموال الدولة كافة سواء أكانت مخصصة للنفع العام أم لم تكن كذلك.

المطلب الثاني ذاتية مفهوم مصطلح الجنون

وتظهر ذاتية القانون الجنائي في بيان مفهوم بعض المصطلحات الطبية المتعلقة بالأمراض العقلية والنفسية. ومن أهم المصطلحات التي تضمنها القانون الجنائي المتعلقة بالأمراض النفسية والعقلية مصطلح الجنون الذي يعرف بأنه انعدام الكفاءة العقلية والانسجام النفسي الداخلي الذي يعرقل الانتاج الفردي أو حركة الجهاز الاجتماعي^(٥٩)، والجنون هو زوال العقل وفساده^(٦٠)، وفي الشريعة الإسلامية يعرف الجنون بأنه اختلال

= الإمامان موفق الدين ابن قدامة، وشمس الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢، ص ٤٤٢ - ٤٤٣، الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ج ٢، المطبعة السلفية، ب. ت، ص ٢٣٢.

(٥٧) (٥٧) سورة المائدة، الآية ٣.

(٥٨) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٢٣ الهامش؛ مصطفى رضوان، جرائم الأموال العامة فقهاً وقضاء، ط ٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٧؛ د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٠٤ - ١٠٥؛ معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٤٥.

(٥٩) Liford Rees, Text Book of psychiatry, Exford University, 1996. p.105.

(٦٠) د. عبد المنعم الحفني، موسوعة الطب النفسي، المجلد الأول، الطبعة الثانية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٧٤.

القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقيحة المدركة للعواقب بأن لا يظهر آثارها وتتعلل أفعالها لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة وهو إما ممتد أو غير ممتد^(٦١). كما عرف بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه، وهو تعريف يشمل الجنون والعتة وغيرها من الحالات المرضية والنفسية التي تؤدي لانعدام الإدراك^(٦٢).

ويفضل فقهاء القانون استعمال تعبير الجنون للدلالة على أشد أنواع المرض العقلي، فهو مظهر جنائي للعديد من الحالات التي تختل بها القوى العقلية على نحو قد لا يقع تحت حصر، إلا أن الحقيقة هي أن القانون قد حدد للجنون مفهوماً أوسع من مفهومه الطبي، لذلك تحاول التشريعات الجزائية أن توضح بشتى الطرق التشريعية بأن المقصود بالجنون ليس معناه الطبي^(٦٣)، فقد تجنبت بعض التشريعات ذكر كلمة (الجنون) أصلاً مكتفية بتعابير (عاهة العقل) أو (الخلل العقلي) أو (الاضطرابات العقلية)، في حين أردف بعضها كلمة الجنون بعبارة عاهة العقل كقانون العقوبات المصري^(٦٤)، أو إضافة عبارة (أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك أو الإرادة) كقانون العقوبات العراقي^(٦٥). وقد توسع قانون العقوبات الفرنسي النافذ سنة ١٩٩٤ في مفهوم الاضطرابات العقلية فضم إلى المجنون بالمعنى التقليدي طائفة أخرى مصابة باضطرابات عقلية لم تلغ كلية ملكتي التمييز وحرية الاختيار، وألغى قانون العقوبات الفرنسي الجديد التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وجمعها في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في المادة (١٢٢-١ وما بعدها) تحت عنوان (أسباب عدم المسؤولية) ليضم أسباب الإباحة وموانع المسؤولية دون

(٦١) أحمد فتحي بهنسي المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٢١٠.

(٦٢) انظر عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، المجلد الأول، مكتبة دار التراث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥٠١.

(٦٣) د. كامل السعيد، الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية، ط ١، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٦، ص ٤١؛ د. ضاري خليل محمود، أثر العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٢، ص ٥٤.

(٦٤) انظر المادة (٦٢) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

(٦٥) انظر المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. وكذلك المادة (٦٠) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ إذ نصت على (لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقداً الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو غيبوبة ناشئة عن عقاقير أو مواد مخدرة أو مسكرة أياً كان نوعها أعطيت له قسراً عنه أو تناولها بغير علم منه بها أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك أو الإرادة...).

تميز بينهما، إذ نصت هذه المادة على: (لا يسأل جنائياً الشخص الذي كان مصاباً لحظة ارتكابه للأفعال المكونة للجريمة باضطراب عقلي أو باضطراب عقلي وعصبي أدى إلى إلغاء ملكة التمييز لديه والتحكم في أفعاله. أما الشخص الذي كان مصاباً لحظة ارتكابه للأفعال المكونة للجريمة باضطراب عقلي أو باضطراب عقلي وعصبي أثر على ملكة التمييز لديه دون أن يلغيها. وعلى قدرته على التحكم في أفعاله فيبقى مسؤولاً ومع ذلك يأخذ لقضاء في اعتباره هذا الظرف حينما يحدد العقوبة وكيفية تنفيذها).

وتجدر الإشارة إلى أن الجنون قد يكون عاماً شاملاً لجميع القوى الذهنية للمصاب أو معظمها كالشلل الجنوني العام وفي هذه الحالة قد يكون الجنون مستمراً أو مستغرقاً وقت المريض كله وهو ما يعرف بالجنون المطبق الذي يصاحب الإنسان منذ ولادته، أو يكون طارئاً عليه ويكون مستمراً بحيث يزيل العقل والتمييز ويسقط الإدراك كلياً ويسمى بالجنون الممتد، وقد يكون الجنون متقطعاً يأتي المريض على شكل نوبات تفصل بينها أوقات صحو وإفاقة ويسمى بالجنون غير الممتد أو المتقطع^(٦٦). وقد يكون الجنون متخصصاً أي متعلق بجانب فحسب من النشاط الذهني فتسيطر على المريض في نطاقه فكرة فاسدة في حين تكون سائر جوانب النشاط الذهني الأخرى عادية^(٦٧)، يتضح مما تقدم ضرورة التمييز بين المفهومين القانوني والطبي للعاهة العقلية بشكل عام، وذلك لأن المفهوم القانوني لا يعني بما تكون عليه هذه العاهة من طبيعة مرضية أو تحت أية طائفة من الأمراض تقع، وإنما يهتم باستجلاء أعراضها وكشف درجة تأثيرها على الملكات الذهنية المكونة لقدرة الشخص على الإدراك والاختيار، وأن مصطلح الجنون ينضوي تحت مصطلح العاهة العقلية وليس مرادفاً له وأن ما ذهبت إليه التشريعات الجنائية من استخدام مصطلح الجنون كمصطلح عام وشامل يحيط بكافة أنواع الأمراض العقلية والنفسية وللتعبير عن امتناع المسؤولية الجزائية هو محل انتقاد، إذ إن لفظ الجنون في مفهوم الطب العقلي لم يعد شاملاً لكل الاضطرابات العقلية التي تصيب الإنسان.

(٦٦) انظر: د. ضاري خليل محمود، المصدر السابق، ص ٥٦؛ أحمد فتحي بهنسي، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٦٧) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٥١٢.

المطلب الثالث

ذاتية مفهوم مصطلح العرض

ولا تقتصر ذاتية مصطلحات القانون الجنائي بعدم تقيده بالمفاهيم والمصطلحات الواردة في القوانين الأخرى إنما تمتد لتشمل التعابير والمصطلحات الشرعية والاجتماعية، مثال ذلك ما يتعلق بتجريم الأفعال الماسة بالآداب والأخلاق العامة، ففيما يتعلق بالقوانين الجنائية الوضعية فإنها تقف من تجريم الأفعال الماسة بالعرض والآداب العامة عند حدود أقل اتساعاً من الحدود التي تقف عندها المعالجة الشرعية والاجتماعية لهذه الافعال، إذ لا يتبنى القانون الجنائي المفهوم الأخلاقي المطلق لفكرة صيانة العرض وكذلك الحال بالنسبة للمفهوم الشرعي، فمن الأفعال ما يعد خطيئة دينية ورذيلة أخلاقية ولكنه لا يخضع لنص تجريم قانوني فيعد فعلاً مباحاً من الناحية القانونية مع وجود قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ذلك أن قواعد الدين أو الأخلاق تخاطب في الإنسان ضميره وتحاسبه بالتالي على ما يخفيه، في حين لا يجوز للقانون أن يتدخل بعقابه إلا في الحدود التي يمكن فيها إقامة الدليل على انتهاك أوامره ونواهيه، وهذا ما لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال وسائل يمتثلها المجتمع كالتجسس على أسرار الناس وخفائهم مما يؤدي إلى حصول الضرر الذي يفوق الفائدة المرجوة من تطهير الخلق الفردي^(٦٨).

فالتشريعات الجزائية الوضعية تعد نقاء العرض وصيانتها حقاً فردياً، لذلك فقد استبعد المشرع الجزائي من حيث المبدأ أغلب الممارسات الجنسية الإرادية فلم يتدخل في تجريمها باعتبارها تتم بالرضا المعتبر قانوناً، لأنها تدخل في نطاق ما يسمى بالحرية الجنسية، واقتصرت تدخل المشرع الجزائي وفقاً للمفهوم الاجتماعي لحماية العرض عندما تكون الممارسات الجنسية غير المشروعة قد تمت مع انعدام الرضا أو عندما تكون الإرادة غير معتبرة قانوناً، كما لو وقعت تلك الممارسة بالحيلة أو بالإكراه المادي أو المعنوي أو كان المجني عليه لا يملك قانوناً أهلية الرضا^(٦٩)، في حين أن الشريعة الإسلامية تهدف إلى حماية العرض في ذاته حرصاً منها على الأخلاق العامة وصيانة للفضيلة، لذلك فقد حرمت كافة الممارسات الجنسية غير المشروعة وإن كانت

(٦٨) د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٦٧٠ - ٦٧١؛ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، مطبعة التونسي، ١٩٨٩، ٧٢٠ - ٧٢١.

(٦٩) د. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص ١١ وما بعدها.

تلك الممارسة برضاء أطرافها، لذلك كان نطاق حمايتها أكثر اتساعاً من الحماية التي تقررها القوانين الوضعية.

وتظهر ذاتية المصطلح في القانون الجنائي عن مفهومها في الشريعة الإسلامية في مفهوم العديد من المصطلحات المتعلقة بالعرض وخاصة المتعلقة منها بجرائم الآداب والأخلاق العامة ومنها تعريف مصطلح الزنا والاعتصاب واللواط وغيرها لذلك كان لا بد من استعراض التعريفات المختلفة للزنا والمصطلحات الأخرى خاصة مع اختلاف المفهوم الأخلاقي والاجتماعي للعرض في الشريعة والقانون لبيان ذاتية هذه المصطلحات في القانون الجنائي.

إن حرمت الشريعة الإسلامية كل وطء خارج حدود علاقة الزواج وعاقبت عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج، فكل وطء محرم في الشريعة هو زنا، والوطء هو تغييب حشفة الذكر في أحد فرجي المرأة أو في كليهما على خلاف بين الفقهاء^(٧٠). فقد عرف الحنفية الزنا بأنه "وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك"^(٧١)،

وعرفه الشافعية بأنه "تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما أو شبهة"^(٧٢)، وعرفه الحنابلة بأنه "الوطء في القبل أو الدبر"^(٧٣)، ويعرفه المالكية بأنه "وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين"^(٧٤). وعرفه الزيدية بأنه "إيلاج فرج حي في فرج حي قبل أو دبر بلا شبهة"^(٧٥). وعرفه الظاهرية بأنه "وطء من لا يحل النظر إلى مجردها مع العلم بالتحريم أو هو وطء محرمة العين"^(٧٦).

- (٧٠) د. أحمد علي المجذوب، الزنا بالمحارم في الفقه الجنائي الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، المجلة الجنائية القومية، العدد ٢-٣، المجلد الحادي والعشرون، ١٩٧٨، ص ١٢.
- (٧١) علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، ص ٣٣.
- (٧٢) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٢٣.
- (٧٣) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، ج٩، مطبعة العاصمة، ص ٢٥.
- (٧٤) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٥، ص ٢٦٢.
- (٧٥) الإمام المهدي الدين لله أحمد المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج٥، ط١، ١٩٤٩، ص ١٣٩.
- (٧٦) أبي محمد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج١١، مطبعة الإمام، مصر، ص ٢٢٩.

يتبين من خلال التعاريف السابقة اختلاف فقهاء الشريعة فيما إذا كان مفهوم الزنا يشمل الوطء في القبل أو في الدبر، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية أن الوطء في الدبر يدخل في مفهوم الزنا، أما أبو حنيفة فلا يرى الوطء في الدبر زنا وإنما يراه معصية يعزز فاعلها نظراً لاختلاف اسمي الفعلين، لأن الوطء من الدبر يسمى لواطاً، كما أن الزنا يؤدي إلى اشتباه الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك بالنسبة للواط، وهذا رأي الظاهرية أيضاً فهم يتفقون مع أبي حنيفة فيما ذهب إليه لعدم ورود نص صحيح يعطي اللواط حكم الزنا^(٧٧).

ونرى أن التعريف الذي جاء به الحنفية والتوجه الذي ذهبوا إليه من قصر مفهوم الزنا على الوطء من قبل هو الأكثر دقة لقوة الأسانيد التي استندوا إليها، فيكفي انتفاء علة اختلاف الأنساب في جريمة اللواط لأنه لا يمكن تحققها، في حين تعد أهم أسباب تجريم فعل الزنا للتمييز ما بين الفعلين لذلك نرى أن فعل الزنا يقتصر على وطء المرأة في قبل عند انتفاء الشبهة وتوافر القصد، سواء كان محصناً أو غير محصن، وسواء تم الفعل برضا الطرفين، أو تم بدون رضا الأنثى، ففي كلتا الحالتين يعاقب الرجل، أما الأنثى فإنها لا تعاقب في حالة الإكراه على الفعل. ولا تدخل المباشرة في مفهوم الوطء، لأن المباشرة تسبق الوطء، وقد تؤدي إليه، ويدخل في مفهوم المباشرة للمس والتقبيل والعناق والنظر إلى الأعضاء التناسلية^(٧٨).

أما فيما يتعلق بموقف التشريعات الجنائية فإن أغلب التشريعات الوضعية لم تتبن المفهوم الأخلاقي للعرض فلم تجرم كل ممارسة جنسية غير مشروعة، بل تبنت المفهوم الاجتماعي للعرض باعتباره حقاً للفرد في حماية جسده من كل ممارسة جنسية تقع عليه دون إرادته المعتبرة قانوناً لما في ذلك من اعتداء على حريته الجنسية.

لذلك تختلف القوانين الوضعية في نظرتها إلى الزنا عن نظرة الشريعة الإسلامية، إذ إنها لا تعد كل وطء محرم زنا، إذ لا تتعرض القوانين الوضعية للجرائم

(٧٧) انظر: محمود مطلوب أحمد ود. خالد رشيد الجميلي، الفقه الجنائي، مطبعة جامعة، بغداد، ١٩٨٤، ص ٢١ - ٢٢؛ يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف، ١٩٧٢، ص ٢٨٧، ٢٨٨؛ د. ضاري خليل محمود، رضا المجني عليه في القانون الجنائي المقارن، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٦٢ - ٢٦٣.

(٧٨) د. أحمد علي المجذوب، البحث السابق، ص ١٣.

الأخلاقية إلا في الحدود التي تقتضيها المصلحة الاجتماعية، والقاعدة في ذلك أن الأفعال الشخصية المحضة لا يعاقب عليها إلا إذا تعدت إلى الغير بالإيذاء، فلم تجرم الأفعال الآثمة لذاتها وإنما وضعت ضوابط معينة عند التجريم، فقد جرم القانون الأفعال التي تعد اعتداء على الحرية الجنسية كما هو الحال في جرائم الاغتصاب وهتك العرض واللواط والفعل الفاضح غير العلني، وجرم الأفعال المنافية للآداب متى ارتكبت علناً لخدشها الحياء العام كما هو الحال في الفعل الفاضح العلني، وجرم الأفعال التي تنتهك الثقة في العلاقة الزوجية بتجريم الزنا، أما عدا ذلك فقد بقي خارج نطاق التجريم إن لم يكن فيه مساس بالنظام العام للدولة كما هو الحال في بعض الأنشطة الجنسية الخطرة كجرائم البغاء^(٧٩)، فإذا ما تم الفعل مع امرأة بالغة عاقلة غير متزوجة ولم تكن محرماً ولم يكن الفعل خاضعاً لأحكام البغاء وحصل بالرضا في محل خاص فإنه لا يخضع لنص تجريم في القوانين الوضعية. ولم تتضمن القوانين الوضعية تعريفاً للزنا، تاركة الأمر للفقهاء لتحديد عبارات وصيغ مختلفة، إلا أنها نظمت أحكام جريمة الزنا والعقاب عليها على أساس حماية العلاقة الزوجية، إذ أنها لا تعد الواقعة زناً إلا إذا كان أحد طرفي العلاقة الجنسية متزوجاً، لذلك فإنها قد تناولت هذا الجريمة ضمن الجرائم التي تمس الأسرة على اعتبار أن الفعل ينتهك الرابطة الزوجية لما فيها من إخلال بواجبات الزواج الذي هو قوام الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في بناء المجتمع ونظامه.

وتكاد القوانين المعاصرة تجمع على اعتبار الزنا بهذا المفهوم فعلاً مجرمًا ينبغي التصدي له والعقاب عليه، باستثناء القانون الإنجليزي الذي يعد الزنا خطيئة أخلاقية ومدنية تجيز الطلاق وطلب التعويض على أساس أن العقاب لن يردع الفاعل عن الإقدام على الفعل^(٨٠).

أما قانون العقوبات الفرنسي النافذ فقد استخدم مصطلح (الاعتداءات الجنسية) الذي جمع به المشرع جرائم الاعتداء على العرض حيث قسمها إلى ثلاثة أقسام: الأول عن (الاغتصاب)، والثاني (الاعتداءات الجنسية الأخرى)، وقد حل تعبير (التعري الجنسي) محل مصطلح الفعل الفاضح العلني، ومصطلح (الاعتداءات الجنسية الأخرى

(٧٩) د. عبد المهيم بكر، المرجع السابق، ص ٦٧١ - ٦٧٢.

(٨٠) د. عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا وجرائم الاغتصاب وهتك العرض والفعل الفاضح والدعارة، دار الفكر الجامعي، ١٩٨٩، ص ١.

غير الاغتصاب) محل مصطلح هتك العرض، إضافة إلى استحداثه مصطلح (التحرشات الجنسية) من أجل الدلالة على جريمة جديدة من الجرائم الجنسية.

ومن هذا المنطلق فقد عرف بعض الفقهاء الزنا بأنه (ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً)^(٨١).

في حين تبنت بعض القوانين الوضعية كالقانون اليمني^(٨٢) الاتجاه الذي تمثله الشريعة الإسلامية من حيث تحقق جريمة الزنا في حق كل شخص ذكراً كان أو أنثى محصناً كان أو غير محصناً مع اختلاف الحد في الحالتين.

واتجهت تشريعات أخرى على الرغم من أخذها بالاتجاه الذي يضيق من نطاق جرائم الاعتداء على العرض وقصرها الحماية على حالة الاعتداء على الحرية الجنسية، إلى تبني سياسة جزائية أقرب ما تكون إلى الاتجاه الذي تمثله الشريعة الإسلامية من خلال عقابها على فعل الزنا (على الرغم من بساطة العقوبة) سواء وقع بين متزوجين أو غير متزوجين، وهذا توجه القانونين اللبناني والأردني اللذين عاقبا مرتكب هذه الجريمة إلا أنهما لم ينصا عليها ضمن جرائم الاعتداء على العرض وإنما ضمن جرائم الأسرة؛ لأنهما أخذاً بالمفهوم الاجتماعي للعرض^(٨٣)، إذ لا يعدان الزواج شرطاً للعقاب على فعل الزنا، لتعلق الجريمة بكيان الأسرة باعتبارها نواة المجتمع^(٨٤)، وعلى هذا الأساس فقد عرف البعض جريمة الزنا بأنها (ارتكاب الوطء الطبيعي غير المشروع من رجل على أنثى غير متزوجة أو متزوجة برضاها، حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً، أو حال انعدامها بين الاثنين)^(٨٥). كما جرمت بعض التشريعات الوضعية أفعال مواقعة الشخص لإحدى محارمه برضاها المعتبر به قانوناً وهو الفعل الذي تقوم به جريمة الزنا بالمحارم أو كما يطلق عليها البعض^(٨٦) جريمة وطء

(٨١) د. علي راشد، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ص ٦٥٦.

(٨٢) انظر نص المادة (٢٦٣) من قانون العقوبات اليمني، وهو ذات اتجاه قانون العقوبات السوداني المادة (١٤٥) عقوبات.

(٨٣) انظر المواد (٤٨٧ - ٤٨٩) من قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٣، والمواد (٢٨٢ - ٢٨٦) من قانون العقوبات الأردني.

(٨٤) د. علي أبو حجلة، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٨٥) د. محمد صبحي نجم، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الأردني، مجلة دراسات، المجلد الرابع عشر، العدد السابع، ١٩٨٧، ص ٢٢١.

(٨٦) د. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص ٢٦٢.

المحرمات. على الرغم من أن المشرع لم يورد ذكر ذلك بشكل صريح، إلا أن الفعل لا يدخل في مفهوم أي جريمة من جرائم الأخلاق والآداب العامة التي يشترط لوقوعها انعدام الرضا، لذلك عالجتها بعض التشريعات الجزائية ضمن الجرائم الاجتماعية وعلى الرغم من اتفاقنا مع التعريف الذي وضعه البعض^(٨٧) لفعل الزنا إذ عرفه بأنه (مواقعة رجل لأنثى غير زوجه مواقعة طبيعية برضاها الصحيح)، إذ أنه قصر تعريف على الفعل الذي يتوافر فيه رضى صحيح يعتد به قانوناً فاستبعد بذلك كل فعل يحصل مع انعدام الرضا أو مع الرضا غير المعتد به قانوناً لأنه يخضع لأحكام جريمة الاغتصاب، كما أنه قصر التعريف على الفعل الذي يقع من رجل على أنثى أي مع اختلاف الجنس فاستبعد بذلك الفعل الذي يتم مع اتحاد الجنس أي من ذكر على ذكر أو من أنثى على أنثى لأن الفعل سوف يخضع عندئذ لأحكام جرائم اللواط والسحاق بالنسبة للتشريعات التي تجرم هذه الأفعال، كما أنه جعل الفاعل في هذه الأفعال هو الرجل والمجني عليه هي الأنثى فاستبعد بذلك وقوع الفعل من أنثى على ذكر لأنه سوف يخضع عندئذ لأحكام جريمة هتك العرض إذا ما ارتكب الفعل مع انعدام الرضى، كما أنه قصر التعريف على فعل المواقعة الطبيعية أي الإيلاج من قبل فاستبعد بذلك كل فعل هو دون المواقعة أو الفعل الذي يتم بالمواقعة غير الطبيعية أي الإيلاج من دبر لأن هذه الأفعال سوف تخضع لأحكام جرائم أخرى كهتك العرض أو الفعل الفاضح على حسب جسامة الفعل أو لأحكام جريمة اللواط إن حصل الفعل بالمواقعة غير الطبيعية، كما أنه اشترط وقوع الفعل من رجل على أنثى غير زوجه فاستبعد بذلك وجود المشروعية التي تبيح الفعل.

إلا أننا لا نتفق مع هذا التعريف في قصره وقوع الفعل من رجل متزوج إذ إنه يقصر الأمر على جريمة زنا الزوجية فلا يشمل جريمة الزنا بالمحارم التي تقع من رجل على محرمه. لذلك يمكن أن نعرف فعل الزنا بأنه (مواقعة رجل لأنثى مواقعة طبيعية برضاها الصحيح بصورة غير مشروعة).

إذ سوف يشمل هذا التعريف كل وطء محرم لا يدخل في مفهوم إحدى جرائم الاعتداء على العرض التي بينها القانون.

تبين لنا مما تقدم اختلاف مفهوم الزنا في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الوضعية لاختلاف المفاهيم والغاية من التجريم، إذ إن مفهومه في الشريعة هو أوسع

(٨٧) د. علي أبو حجلة، المرجع السابق، ٣٥.

منه في القوانين الوضعية، وهناك أفعال أخرى للاعتداء على العرض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد تلتقي في بعض عناصرها مع فعل الزنا وخاصة في تحققها عن طريق الواقعة وتختلف عنه في عناصر أخرى مما يتطلب التفرقة بينها وهذه الأفعال هي:

١ - الاغتصاب:

لا يختلف مفهوم الاغتصاب عن فعل الزنا في الشريعة الإسلامية، لأن مفهوم الزنا في الشريعة يتحقق بكل وطء محرم سواء تم الفعل برضا الطرفين، أو تم بدون رضا الأنثى، ففعل الاغتصاب يدخل في مفهوم الزنا شرعاً ففي الحالتين يعاقب الفاعل أما المجني عليها فإنها لا تعاقب وفقاً للرأي الراجح لأنها أكرهت على الفعل^(٨٨).

أما في القانون الوضعي فإن مفهوم الاغتصاب يختلف عن مفهوم الزنا، فقد عرف الاغتصاب بأنه (اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك)^(٨٩). فمن أهم أركان جريمة الاغتصاب هو وقوع الفعل مع انتفاء الرضا به سواء كان ذلك نتيجة الإكراه أو عدم اعتبار الرضا قانوناً، في حين يقتصر مفهوم الزنا في القانون الوضعي على الواقعة غير المشروعة التي تتم برضى صحيح معتبر قانوناً فيلتقي المفهومان في وقوع الفعل من رجل على أنثى عن طريق الواقعة الطبيعية غير المشروعة، ويختلفان في عنصر الرضا فيتم فعل الاغتصاب مع انعدام الرضا، أما فعل الزنا فيتم مع وجود الرضا الصحيح، لذلك كانت معالجة القوانين الوضعية لهذه الجرائم معالجة مختلفة، فنصت على جريمة الاغتصاب ضمن جرائم الاعتداء على العرض، في حين نصت على جريمة الزنا ضمن الجرائم الاجتماعية.

٢ - اللواط:

وهو عبارة عن علاقة جنسية غير طبيعية بين أشخاص من نفس الجنس من ذكر ضد ذكر آخر أو بين ذكر وأنثى بإتيانها في غير المكان الطبيعي للوطء^(٩٠)، فهو فعل شاذ يتحقق بالواقعة غير الطبيعية بالوطء في دبر، ويقع على الأنثى كما يقع

(٨٨) انظر: في تفصيل ذلك: عبد الحميد إبراهيم المجالي، القتل لحماية الشرف ودفع العار في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد ١، المجلد ١٥، ٢٠٠٠، ص ١٨٧ وما بعدها.

(٨٩) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

(٩٠) د. محمود أبو زيد، المعجم في علم الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب، دار الكتاب للنشر والتوزيع، ١٩٨٧، ص ٤٧٣.

على الذكر، وهو فعل قوم لوط الذي ذمه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله ﴿أَتَأْتُونَ
الْفُجِحَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ﴾^(٩١). وقد اختلف فقهاء الشريعة كما
سبق وأن وضعنا في حكم اللواط وفيما إذا كان يدخل في تعريف الزنا؟ أم أنه
معصية يعزز فاعلها، فذهب جمهور الفقهاء إلى إدخال الوطء من دبر أي اللواط في
مفهوم الزنا، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة ففرق بين مفهوم الزنا الذي لا يتحقق عنده
إلا بالوطء في القبل ولا يقع إلا من رجل على امرأة وعقوبته الحد وهي الرجم
للمحصن والجلد لغير المحصن، ومفهوم اللواط وهو واقعة غير طبيعية تتحقق
بالوطء في الدبر ويقع من الذكر على الذكر أو من الذكر على الأنثى، وهو معصية
يستوجب التعزير الذي يقدره ولي الأمر^(٩٢).

أما في الفقه الوضعي، فإن فعل اللواط يتميز عن أفعال الزنا والاعتصاب وهتك
العرض، لأن تحقق الفعل يقتصر على حالة قيام الجاني بإيلاج عضو التذكير في دبر
المجني عليه أو المجني عليها مع انعدام الرضا^(٩٣). وعلى الرغم من ذلك نجد بعض
القوانين كقانون العقوبات العراقي^(٩٤) قد ساوت في العقاب بين جريمة الاعتصاب
وجريمة اللواط فلم تفرد لها نصاً خاصاً وإنما نصت عليها ضمن النص الخاص
بجريمة الاعتصاب على الرغم من الاختلاف بينهما، إذ لا يمكن أن تستوي الجريمتان،
إذ إن الآثار التي تتركها جريمة الاعتصاب هي أشد جساماً إذ إنها قد تؤدي إلى
اختلاط الأنساب وهذا قد يؤدي إلى انهيار الأسس التي تقوم عليها الأسرة، لذلك كان
الأجدر بالمشرع العراقي أن يراعي هذا الاختلاف بين الجريمتين فيفرد لها نصاً
خاصاً للتجريم ويجعل عقوبتها أقل درجة من عقوبة جريمة الاعتصاب مراعاة
لجسامته كل جريمة على حدة.

وقد أخذ قانون العقوبات اليمني بذات الاتجاه، إذ على الرغم من عدم إدخاله فعل
اللوواط ضمن مفهوم الزنا وإفراده بنص خاص إلا أنه ساوى في عقاب الجريمتين على
الرغم من اختلافهما، فعاقب مرتكب الفعل (اللائط والملوط) بالرجم حتى الموت إن

(٩١) سورة الأعراف، الآية (٨٠).

(٩٢) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج٢، ط٥، ١٩٦٨، ص٣٦.

(٩٣) انظر: د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧، ص١١١-١١٢.

(٩٤) انظر: نص المادة (٣٩٣) عقوبات عراقي.

كان محصناً، وبالجلد مائة جلدة إن كان غير محصن مع جواز تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة^(٩٥)، مع ملاحظة أن القانون اليمني قد تبني المفهوم الأخلاقي للعرض، فهو يعاقب على الفعل وإن تحقق مع توافر الرضا الصحيح على خلاف القوانين التي تبنت المفهوم الاجتماعي للعرض والتي تشترط كمبدأ عام انعدام الرضا للعقاب على فعل اللواط.

وكذلك فعل المشرع اللبناني حينما خرج على المبدأ العام الذي أخذ به فيما يتعلق بجرائم الاعتداء على العرض بتبنيه المفهوم الاجتماعي للعرض وعدم عقابه على الممارسة الجنسية الصادرة عن رضا معتبر قانوناً، إذ أخذ فيما يتعلق بالممارسات الجنسية غير الطبيعية كفعل اللواط بالمفهوم الأخلاقي للعرض عندما نص في المادة (٥٣٤) عقوبات لبناني على أن: "كل مجامعة على خلاف الطبيعة يعاقب عليها بالحبس حتى سنة واحدة"، إذ يرى البعض^(٩٦) أن هذا النص قد جاء مطلقاً ليشمل كل مجامعة غير طبيعية سواء تمت برضا صحيح أو بدونه. في حين لم تنص بعض التشريعات كقانون العقوبات المصري والأردني على هذه الجريمة بشكل صريح، وإنما عدتها جريمة من جرائم هتك العرض إن وقعت بالإكراه أو الخداع أو الحيلة، أو على شخص لم يبلغ سن الحماية المقررة قانوناً في هذه الجرائم^(٩٧).

المطلب الرابع

ذاتية مفهوم مصطلح الموظف العام

ويمكن أن نلاحظ أيضاً ذاتية مصطلحات القانون الجنائي عن مفهومها في القانون الإداري ويظهر ذلك في اختلاف مفهوم العديد من المصطلحات أهمها اختلاف مصطلح الموظف في القانون الجنائي عنه في القانون الإداري، إذ لا يقتصر مفهومه في قانون العقوبات على معناه الضيق في القانون الإداري، إذ إن مفهومه يختلف في القانون الجنائي عنه في القانون الإداري، وهذا يعود إلى اختلاف طبيعة كل من القانونين وأهدافهما، فالقانون الإداري ذو طبيعة تنظيمية يهدف إلى تنظيم العلاقة بين الشخص والحكومة من حيث الحقوق والواجبات، أما القانون الجنائي، فهو ذو طبيعة جزائية غايته حماية الحقوق والحد من الجريمة.

(٩٥) انظر: نص المادة (٢٦٤) عقوبات يمني.

(٩٦) انظر: د. علي أبو حجيبة، المرجع السابق، ص ٢٠-٢١.

(٩٧) انظر: المواد (٢٦٨ - ٢٦٩) عقوبات مصري، والمواد (٢٩٦ - ٣٠٠) عقوبات أردني.

لذلك فقد توسع القانون الجنائي في مفهوم الموظف العام ليشمل جميع الأشخاص الذين يباشرون طبقاً للقانون جزءاً من اختصاصات الدولة بما يتلاءم والمصلحة المراد حمايتها بالشكل الذي يحقق غاية المشرع الجنائي. فقد توسع الفقه الجنائي في مفهوم الموظف بحيث أصبح المفهوم الجنائي أكثر شمولاً من مفهومه الإداري^(٩٨)، فقد عرفه البعض بأنه: "كل شخص يعمل في مواجهة الأفراد باسم الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ويمارس إزاءهم في صورة طبيعية تستدعي ثقتهم أحد الاختصاصات التي خولها القانون لمرفق عام تديره الدولة أو الشخص المعنوي العام إدارة مباشرة"^(٩٩)، وعرفه البعض الآخر بأنه: "كل شخص من الأفراد احتاجت إليه الحكومة في أداء واجباتها العامة وتنفيذ أوامرها فخولته جزءاً من سلطاتها العامة"^(١٠٠).

وهذا المفهوم واسع إذ لا يتقيد بالمعايير الإدارية، إذ لا يشترط أن يشغل الموظف وظيفة دائمة، بل يكفي أن يشغل وظيفة مؤقتة، فالموظف الفعلي يعد موظفاً عاماً، كما يعد موظفاً عاماً كل شخص تباشر الدولة عن طريقه جانباً من اختصاصها، ولو كان ما يربطه بها هو أحد عقود القانون الخاص مثال ذلك الخبير الأجنبي الذي تستعين به الدولة، إذ من غير الجائز إدارياً تعيينه في وظيفة دائمة^(١٠١). وقد عبرت بعض القوانين الجنائية بشكل صريح عن عدم تبنيها للفكرة الإدارية للموظف العام. إذ يمكن أن نلاحظ من خلال الرجوع إلى التشريعات الجنائية بصدد تعريف الموظف وجود ثلاثة اتجاهات:

- (٩٨) يذهب الدكتور ماهر عبد شويش إلى أن النظرة الجنائية للموظف تشمل النظرة الإدارية له دون أن تقف عندها فكل من يعد موظفاً بالمفهوم الإداري يعد كذلك في المفهوم الجنائي.
- د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٧، ص٣٧.
- (٩٩) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٩-٢٠.
- (١٠٠) محمد حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاءً، ج١، ط١، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٨، ص٤٨.
- ويذهب البعض إلى أن المشرع الجنائي قد قصد الإحالة في تعريف الموظف العام على القواعد المستقرة في القانون الإداري، بعده القانون الأصل في تنظيم أحكام موظفي الدولة.
- د. عبد المهيم بكر، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢-١٩٧٣، ص٢٣ الهامش.
- (١٠١) د. محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص٢٤٢.

أ - الاتجاه الأول:

تشريعات لا تحدد مفهوم جنائي لمصطلح الموظف العام بعدم اعتمادها تطبيق ذاتية المصطلح الجنائي بصورة مطلقة. إذ ترجع هذه التشريعات إلى تطبيق المفهوم الإداري للموظف العام حيث يرجع فيها القاضي الجنائي للمفهوم الإداري ثم يطبقه كما هو في مجال القانون الجنائي ولا يورد المشرع الجنائي تعريفاً للموظف تاركاً ذلك للفقهاء، مثال ذلك قانون العقوبات الجزائري الصادر سنة ١٩٦٦ إذ لم يعرف الموظف في نص مستقل ولكنه بدوره استخدم ألفاظاً تدل عليه دون أن يعطي مدلولاً عاماً موحداً لها ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١٤١ من قانون العقوبات الجزائري التي تقول: "كل قاضي أو موظف عام...." وما تنص عليه المادة ١٤٢ من ذات القانون في فقرتها الأولى: "كل موظف عام منتخب أو مؤقت...." مما يوحي أيضاً بوجود خلاف في مدلول كل من التعبيرين.

ب - الاتجاه الثاني:

يتمثل بالتشريعات التي تحدد المفهوم الجنائي للموظف العام باعتمادها مبدأ الذاتية بصفة نسبية. وأن هذا الاتجاه وسطي فهو لا يرفض ذاتية المصطلح الجنائي بصفة مطلقة إلا أنه من ناحية أخرى لا يطبقها بصفة مطلقة، فهذه التشريعات لا تضمن نصوصها تعريفاً عاماً ومجرداً للموظف العام يطبق في جميع المسائل الجنائية أو جميع الوقائع التي تثور فيها تلك الصفة، بل تتضمن النص على بعض الطوائف وتعتبرهم موظفين عموميين في كافة المسائل الجنائية إذ يحدد المشرع الجنائي صفة الموظف العام في قانون العقوبات نظراً إلى جرائم معينة على الرغم من عدم تعريفه للموظف العام، ولا يؤخذ بهذا التحديد بالنسبة إلى الجرائم الأخرى، وقد أخذ بهذا التوجه قانون العقوبات الفرنسي الجديد والنافذ سنة ١٩٩٤ بموجب المادة (٤٣٢)، وقانون العقوبات المصري^(١٠٢).

(١٠٢) توجه المشرع المصري نحو تحديد الموظف العام في المادتين (١١١، ١١٩ مكرر) من قانون العقوبات، أما المادة (١١١) فتتعلق بتحديد صفة الموظف العام في خصوص الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون العقوبات بشأن جرائم الرشوة فنصت على أنه: ((يعد في حكم الموظفين في تطبيق نصوص هذا الفصل:

١ - المستخدمين في المصالح التابعة للحكومة أو الموضوعة تحت رقابتها.

٢ - أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية سواء أكانوا منتخبين أم معينين.

٣ - المحكمون والخبراء ووكلاء الديانة والمصفون والحراس القضائيون)).

ج - الاتجاه الثالث:

وفيه يضع المشرع الجنائي تعريفاً عاماً للموظف العام يؤخذ به في جميع الجرائم ولا يقتصر على طائفة معينة، ومن التشريعات العربية التي تأخذ بمبدأ الذاتية بصورة مطلقة قانون العقوبات الليبي في المادة (١٦) منه، والتونسي في المادة (٨٢) منه والقانون المغربي في المادة (١٧٩) منه، وجدير بالذكر أن قوانين العقوبات الثلاثة في كل من سوريا ولبنان والأردن بعد أن عرفت الموظف العام تعريفاً عاماً مجرداً قد أقرت نصوصاً تلحق المكلف بخدمة عامة بالموظف العام فيما يتعلق بقيامه بالمهمة

= أما المادة (١١٩ مكرر) فقد حددت من يعد موظفاً عاماً في خصوص الباب الرابع من الكتاب الثاني بشأن جرائم التعدي على المال العام، فنصت على أنه: "يقصد بالموظف العام في حكم هذا الباب:

- (أ) القائمون بأعباء السلطة والعاملون في الدولة ووحدات الإدارة المحلية.
 - (ب) رؤساء وأعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرها ممن لهم صفة نيابية عامة سواء كانوا منتخبيين أو معينين.
 - (ج) أفراد القوات المسلحة.
 - (د) كل من فوضته إحدى السلطات العامة في القيام بعمل معين وذلك في حدود العمل المفوض فيه.
 - (هـ) رؤساء وأعضاء ومجالس الإدارة والمديرون وسائر العاملين في الجهات التي اعتبرت أموالها عامة طبقاً للمادة السابقة.
 - (و) كل من يقوم بأداء عمل يتحمل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه بمقتضى القوانين أو من موظف عام في حكم الفقرات السابقة متى كان يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة، وذلك بالنسبة للعمل الذي يتم التكليف به.
- ويستوي أن تكون الوظيفة أو الخدمة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بغير أجر طوعية أو جبراً ولا يحول انتهاء الخدمة أو زوال الصفة دون تطبيق أحكام هذا الباب متى وقع العمل أثناء الخدمة أو توافر الصفة".

ويذهب البعض إلى القول بأن المشرع قد وضع بموجب نص المادة (١١٩ مكرر) من قانون العقوبات مفهوماً مختلفاً للموظف العام يختلف عن مفهومه الإداري، كما يختلف جذرياً عن المفهوم الذي حدده بصدد جريمة الرشوة والجرائم الملحقة بها، فقد توسع القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ في مفهوم الموظف العام رغبة منه في حماية أموال الدولة والأموال الخاصة الكائنة في حيازتها إلى أقصى حد ممكن، بحيث شمل إلى جوار الموظف القانوني بالمعنى المحدد في القانون الإداري طوائف أخرى تستوعب ليس فقط الفئات التي نص عليها المشرع بالمادة (١١١) عقوبات والخاصة بالموظف الحكومي بل تستوعب كذلك فئات أخرى، بحيث يمكن القول بأن سائر من يعد موظفاً عاماً عند تطبيق أحكام الرشوة يعد كذلك عند تطبيق أحكام الباب الرابع بشأن جرائم التعدي على المال العام، والعكس غير صحيح.

د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ١٥١.

الموكلة اليه في الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة. ومن أمثلة هذه التشريعات قانون العقوبات اليمني والإماراتي^(١٠٣).

وأما قانون العقوبات العراقي فإنه على الرغم من أن المشرع الجنائي لم يعرف الموظف العام في نصوصه فإنه قد عرف المكلف بالخدمة العامة واعتبر الموظف من ضمن فئات المكلفين بالخدمة العامة، فقد نصت المادة (١٩ ف٢) من قانون العقوبات على أن: "٢ - المكلف بخدمة عامة: كل موظف أو مستخدم أو عامل أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء وأعضاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين (السنديكيين) والمصفين والحراس القضائيين وأعضاء مجالس إدارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة أو إحدى

(١٠٣) نصت المادة الأولى من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ على أن: "الموظف العام ومن في حكمه: يعد وفقاً لأحكام هذا القانون موظفاً عاماً رئيس الجمهورية ونائب الرئيس ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء وكل من تولى أعباء وظيفة عامة بمقابل أو بغير مقابل بصرف النظر عن صحة قرار تعيينه فيها ويشمل أعضاء السلطة القضائية وأفراد القوات المسلحة والشرطة وأعضاء الهيئات العامة وأعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية المنتخبين منهم والمعينين والمحكمين والخبراء والعدول والوكلاء والمحامين والحراس القضائيين الذين تعدل لديهم الأموال وأعضاء مجالس إدارة الشركات والبنوك وموظفيها التي تساهم الدولة في رأس مالها". وكذلك قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ إذ نصت المادة (٥) على: "يعتبر موظفاً عاماً في حكم هذا القانون: ١: القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الوزارات والدوائر الحكومية. ٢: أفراد القوات المسلحة.

٣: رؤساء المجالس التشريعية والاستشارية والبلدية وأعضاؤها. ٤: كل من فوضته إحدى السلطات العامة القيام بعمل معين، وذلك في حدود العمل المفوض فيه.

٥: رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الهيئات والمؤسسات العامة.

٦: رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الجمعيات والمؤسسات ذات النفع العام.

ويعد مكلفاً بخدمة عامة في حكم هذا القانون كل من لا يدخل في الفئات المنصوص عليها في البنود السابقة، ويقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه من موظف عام يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة وذلك بالنسبة إلى العمل المكلف به".

دوائرها الرسمية أو شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت. وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر أو بغير أجر.

ولا يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون بحق المكلف بخدمة عامة انتهاء وظيفته أو خدمته أو عمله متى وقع الفعل الجرمي أثناء توافر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة فيه".

وتورد النصوص العقابية بشكل عام^(١٠٤) مصطلح (موظف) فضلاً عن مصطلح (المكلف بخدمة عامة) في حين أن نص المادة (١٩ ف٢) يشير إلى أن الموظف يدخل ضمن فئات المكلفين بخدمة عامة، مما يؤدي إلى القول بأن كل موظف هو مكلف بخدمة عامة، لذلك نرى أن ذكر مصطلح (موظف) قد جاء زائداً في هذه النصوص، لأن الإشارة إلى المكلف بخدمة عامة سوف تغني عن ذكر الفئات التي تدخل ضمن تعريفه وفقاً لنص المادة السابقة، لذلك فإننا ندعو المشرع العراقي إلى إزالة الالتباس الذي قد يحدث نتيجة لتكرار المصطلحات في حين أن الإشارة إلى أحدها يغني عن الإشارة إلى غيرها.

يتضح مما تقدم أن المفهوم الجنائي للموظف في القانون الجنائي العراقي أوسع من مفهومه الإداري، إذ يدخل في مفهومه كل من له سلطة يقوم بها نيابة عن الدولة، أو من كلفته الدولة بممارسة جزء من نشاطها تجاه الجمهور، سواء أكان ذلك بصفة دائمة أم مؤقتة، بأجر أم بغير أجر. لذلك يمكن القول أن المشرع الجنائي قد أخضع فئات متعددة لأحكامه وفقاً لأسس مختلفة على النحو الآتي^(١٠٥):

١ - إذا استلزم توافر العنصر الشكلي في بعض الفئات كاشتراك التعيين في وظيفة عامة وفقاً لما تقرره القوانين أو الأنظمة التي تحكم قواعد التوظيف الحكومي كموظفي المصالح الحكومية.

٢ - فئات أخرى أخضعها لأحكامه على أساس صدور قرار أو أمر من جهة قضائية أو إدارية تباشر العمل استناداً إليه كما هو الحال بالنسبة إلى الحراس القضائيين والمحكمين والخبراء.

(١٠٤) انظر: على سبيل المثال المواد (٤٠، ٢٢٩، ٢٣١، ٢٣٣، ٢٣٨، ٢٤٠، ٢٥٠، ٢٦٠، ٢٧١،

٢٨٨، ٢٩٣، ٢٩٤، ٣٠٤، ٣٠٧، ٣٠٨) من قانون العقوبات العراقي.

(١٠٥) عبد الرحمن الجوراني، جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص ٩٢-٩٣.

٣ - فئات أخرى أخضعها لأحكامه أخذاً بنظرية الوضع الظاهر وفكرة الضرورة، وهو ما اصطلح على تسميته بالموظف الفعلي.

٤ - فئات أخرى تمارس أعمالها باسم الدولة سواء أكانت تربطها بالدولة علاقة تنظيمية أم لا، وهي الفئات التي أشارت إليها المادة (١٩ ف٢) بنصها: "... وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر أو بغير أجر".

ونحن ندعو المشرع الجنائي بشكل عام والمشرع الجنائي العراقي بشكل خاص إلى أن يتبنى بصورة صريحة وواضحة في كل أحكام القانون الجنائي مبدأ ذاتية القانون الجنائي بشكل عام بكل ما يترتب عليه من نتائج وخاصة ما يتعلق بذاتية المصطلحات الجنائية وأن يطبق هذه الذاتية بصورة مطلقة من أجل تحقيق المصلحة التي يهدف القانون الجنائي لتحقيقها بما يخدم تحقيق أهداف السياسة الجنائية فيطوع المصطلحات غير الجنائية التي تضمنتها وابتكرتها القوانين الأخرى ولم يختص القانون الجنائي بالنص عليها ابتداءً أو ابتكارها فيطوعها اتساعاً أو تضيقاً بما يلائم حماية المصالح التي يهدف لحمايتها، على الرغم من توجه التشريعات الجنائية إلى الابتعاد عن إيراد التعاريف خوفاً من أن لا يكون التعريف جامعاً مانعاً أو خوفاً من جمود النص الجنائي وعدم مواكبته للتطور والتغير الحاصل في المجتمع، وذلك لأن معاني ومصطلحات القانون بشكل عام والجنائي بشكل خاص يجب أن لا تكون أسيرة لنصوصه الجافة أو حروفه الجامدة، وإنما تستخلص من خلال التفاعل مع الواقع والمستقبل بعوامله السياسية والاقتصادية والاجتماعية والغايات التي يهدف القانون لتحقيقها. مع منح القدرة للتشريع والفقه والقضاء على تطوير مصطلحات ومعاني القانون الجنائي بما يحقق غاياته، لأن القانون بحسب الأصل لا تنتهي صلاحيته بتاريخ معين.

الخاتمة:

في ختام بحثنا في موضوع ذاتية المصطلح في قانون العقوبات نستخلص العديد من الاستنتاجات والتوصيات أهمها الآتية:

أولاً - لا يميز جانب من الفقه بين مصطلحي الاستقلال والذاتية وإنما يستعملان باعتبارهما لفظين مترادفين، وهذا التوجه غير دقيق لأن مصطلح الاستقلال يعني الانفصال في حين لا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به وأن القانون الجنائي يتمتع بالذاتية في ظل النظام القانوني الواحد لا الاستقلال.

ثانياً - لا تستقل قواعد القانون الجنائي إذ لا يمكن التسليم بالاستقلال العلمي

لقواعد ومصطلحات القانون الجنائي والتي يقصد منها عدم الاستفادة من المبادئ والمفاهيم العامة للقانون أو نظرياته العامة لأنه لا يمكن لأي قاعدة قانونية أياً كان الفرع الذي تتبعه إلا أن تستفيد من المبادئ والقواعد التي تنشأ في الفروع الأخرى للقانون.

ثالثاً - لا تسمو قواعد القانون الجنائي على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، إذ ليس للترفع والسمو مجال في البحث العلمي على الرغم من تمييز قواعد القانون الجنائي لما لها من أهمية في حماية المصالح القانونية، وإذا كان القصد هو سمو التشريعي فإن هذا سمو يتحقق لقواعد القانون الدستوري لأنه يشغل مركز القانون الأساسي بالنسبة لغيره من القوانين.

رابعاً - اختلف الفقه حول الاستقلال القاعدي لقواعد القانون الجنائي وقد تنازع الاختلاف نظريات رئيسية، توجهت الأولى نحو التبعية المطلقة للقانون الجنائي فتكون وظيفته جزائية بحتة فينص على العقوبات الجزائية للتكاليف التي تنص عليها قواعد قانونية غير جنائية، واتجهت الثانية إلى الاستقلال المطلق لقواعد القانون الجنائي نظراً لاختلاف أطراف الرابطة القانونية واختلاف الغاية التي تهدف القاعدة الجنائية لتحقيقها، وتذهب النظرية الثالثة إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين فتذهب إلى أن تبعية القواعد الجنائية تكون مقيدة وليست مطلقة أو أن استقلالها يكون نسبياً وليس مطلقاً.

خامساً - نتفق مع التوجه الغالب في الفقه الذي يؤكد على ذاتية القانون الجنائي وإنكار تبعيته المطلقة للقوانين الأخرى أو استقلاله، إذ يرتبط القانون الجنائي ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، ولا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع، وأن هذه الذاتية هي أمر لا ينفرد القانون الجنائي بها وحده، وإنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون.

سادساً - يترتب على الاعتراف بذاتية القانون الجنائي عدة نتائج مهمة من ضمنها اختلاف الإجراءات الجنائية المقررة لقانون العقوبات عن تلك الإجراءات المقررة لفروع القانون الأخرى، إضافة إلى أن تعديل فروع القانون الأخرى لا يترتب عليه تعديلاً مماثلاً في القانون الجنائي، إضافة إلى ذاتية المصطلح الجنائي إذ لا يتقيد القانون الجنائي بالمفهوم الفني للمصطلحات القانونية التي تنص عليها فروع القانون الأخرى (مثال ذلك مصطلح المال والموظف والشيك) وكذلك المفاهيم الشرعية أو

الاجتماعية لبعض المصطلحات (مثال ذلك مفهوم العرض)، وإنما يتم تطويع هذه المفاهيم (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف وغايات القانون الجنائي التي تختلف عن أهداف وغايات القوانين الأخرى لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وتحقق الغاية منها.

سابعاً - نظراً لأن أهداف القانون الجنائي تتميز عن أهداف القوانين الأخرى لذلك فإن كل تعديل في أحكام ومصطلحات القوانين غير الجنائية لا يفرض تعديلاً مماثلاً في أحكام ومصطلحات القانون الجنائي لأنه يعبر عن فلسفة مختلفة ما لم تكن تلك الأحكام غير الجنائية تندمج اندماجاً في شق التكليف الجنائي الوارد في القواعد الجنائية.

ثامناً - يقصد بذاتية المصطلح الجنائي تطويع مفهوم المصطلح الجنائي إذ يتم تحديد وتفسير هذه التعبيرات والمصطلحات في البدء وفقاً للمعنى المحدد لها في القانون الأصلي إذ تخضع القواعد والمصطلحات غير الجنائية للقانون الذي ينظمها ويحكمها كأصل عام، ثم يطوع هذا المفهوم (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها بما يؤدي إلى تحقيق السياسة الجنائية وحماية المصالح التي يهدف لحمايتها.

تاسعاً - إن ذاتية المصطلح الجنائي قد تظهر في حدود القانون الجنائي ذاته إذ قد لا يترتب على تحديد أو تعديل مفهوم مصطلح ما في باب من أبواب القانون تحديداً أو تعديلاً مماثلاً في الأبواب الأخرى إلا إذا نص القانون على ذلك، إنما قد تظهر خصوصية ذاتية مفهوم المصطلح الجنائي بين أبواب أو فصول القانون الجنائي التي تعالج جرائم مختلفة أو ما بين القانون الجنائي الموضوعي (قانون العقوبات) والقانون الجنائي الإجرائي (قانون الإجراءات الجنائية).

عاشراً - لا تثير ذاتية المصطلحات الجنائية إشكالية بالنسبة لمفهوم المصطلحات التي ينص عليها ابتداءً أو يبتكرها القانون الجنائي إذ يحدد مفهومها بما يتناسب وغايات القانون الجنائي الذي تضمنها، إنما تظهر أهمية ذاتية المصطلح الجنائي من حيث عدم تقييده بمفهوم العديد من المصطلحات التي استخدمها القانون الجنائي ونصت عليها في الأصل قوانين أخرى غير جنائية كالقانون المدني أو التجاري أو الإداري أو غيرها من القوانين أو تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية.

أحد عشر - ندعو المشرع الجنائي العراقي إلى التأكيد على مبدأ ذاتية القانون الجنائي بشكل عام والنتائج المترتبة عليه وخاصة ذاتية المصطلحات الجنائية، وذلك

من خلال ضرورة تعديل نص المادة (١٩) من قانون العقوبات وذلك بإضافة تعاريف للعديد من المصطلحات من أجل تحديد وبيان مفهوم أو تعريف المصطلحات غير الجنائية التي استخدمها القانون الجنائي وأشارت إليها أو تضمنتها قوانين أخرى كالقانون الإداري أو التجاري أو المدني أو القوانين الأخرى أو تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية بصورة تزيل عدم الوضوح أو عدم التحديد في المفهوم الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحقيقها لغايات القانون الجنائي.

ثاني عشر - إن التشريع الجنائي يجب أن يصدر واضحاً ومحدداً بعيداً عن الغموض وعدم التحديد لذلك نقترح على المشرع الجنائي أفراد نصوص جنائية في بداية القوانين الجنائية يضمنها تحديد وبيان وتعريف دقيق للعديد من المصطلحات غير الجنائية يراعي فيها التأكيد على ذاتية المصطلح الجنائي وذلك من خلال تطويع مفهوم العديد من المصطلحات غير الجنائية التي لا يزال تحديد مفهومها يثير إشكالاً عند تفسير وتطبيق النصوص مهتدياً في هذا التحديد بذاتية القانون الجنائي من أجل تحقيق غاياته وأهدافه التي تختلف عن غايات وأهداف القوانين الأخرى على الرغم من توجه التشريعات الجنائية إلى الابتعاد عن إيراد التعاريف خوفاً من أن لا يكون التعريف جامعاً مانعاً أو خوفاً من جمود النص الجنائي وعدم مواكبته للتطور والتغير الحاصل في المجتمع.

المصادر

أولاً - كتب ورسائل:

- ١ - د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، ٢٠٠٢.
- ٢ - أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٨٦.
- ٣ - أحمد فتحي بهنسي المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٤ - الإمام المهدي الدين لله أحمد المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمامار، ج٥، ط١، ١٩٤٩.
- ٥ - القرافي، الفروق، ط١، ج٣، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٩٤٧.
- ٦ - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٧ - أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، الهداية شرح بداية المنتهى، ج٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ب. ت.
- ٨ - أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة، المغني، ج٩، مطبعة العاصمة.
- ٩ - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٥.
- ١٠ - أبي محمد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج١١، مطبعة الإمام، مصر.
- ١١ - د. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ب. ت.
- ١٢ - جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ب. ت.
- ١٣ - د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على المال المنقول، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٤.
- ١٤ - د. ضاري خليل محمود، رضا المجني عليه في القانون الجنائي المقارن، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٧٧.
- ١٥ - د. ضاري خليل محمود، أثر العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٢.

- ١٦- د. فوزية عبدالستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
- ١٧- د. كامل السعيد، الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية، ط١، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٦.
- ١٨- د. عبدالرحمن حسين علي علام، الحماية الجنائية لحق الإنسان في بيئة ملائمة، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، ب. ت.
- ١٩- عبدالرحمن الجوراني، جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠.
- ٢٠- د. عبدالعظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٢١- د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، الإسكندرية، ١٩٦٨.
- ٢٢- د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧.
- ٢٣- د. عبدالمهيمن بكر، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢-١٩٧٣.
- ٢٤- د. عبدالمهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٢٥- د. عبدالحميد الشواربي، جريمة الزنا وجرائم الاغتصاب وهتك العرض والفعل الفاضح والدعارة، دار الفكر الجامعي، ١٩٨٩.
- ٢٦- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، المجلد الأول، مكتبة دار التراث، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٢٧- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج٢، ط٥، ١٩٦٨.
- ٢٨- د. عبدالمنعم الحفني، موسوعة الطب النفسي، المجلد الأول، الطبعة الثانية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢٩- د. عصام عفيفي حسين عبدالبصير، تجزئة القاعدة الجنائية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

- ٣٠- د. عصام عفيفي عبدالبصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط ١، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٣١- علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
- ٣٢- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٤.
- ٣٣- الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٣٤- د. علي راشد، المبادئ العامة في قانون العقوبات.
- ٣٥- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الايباري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١.
- ٣٦- د. رفيق محمد سلام، الحماية الجنائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٣٧- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨.
- ٣٨- د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، ١٩٧٦.
- ٣٩- د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٧.
- ٤٠- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٤١- محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، ج٤، المطبعة الميمنية، القاهرة، ب. ت.
- ٤٢- محمد حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاً، ج١، ط١، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٨.
- ٤٣- د. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.
- ٤٤- د. محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠.

- ٤٥ - محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.
- ٤٦ - محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط١، ب. م، ١٩٥٢.
- ٤٧ - محمد عبدالرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط١.
- ٤٨ - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٤٩ - محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧.
- ٥٠ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
- ٥١ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٥٢ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ١٩٦٨.
- ٥٣ - د. محمود أبو زيد، المعجم في علم الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب، دار الكتاب للنشر والتوزيع، ١٩٨٧.
- ٥٤ - د. مراد رشدي، النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي، ط١، مكتبة نهضة الشرق، ١٩٧٦.
- ٥٥ - مصطفى رضوان، جرائم الأموال العامة فقهاً وقضاء، ط٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٥٦ - معوض عبدالنواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- ٥٧ - د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، مطبعة التوني، ١٩٨٩.
- ٥٨ - د. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٥.
- ٥٩ - موفق الدين ابن قدامة، وشمس الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢.

- ٦٠ - موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ج ٢، المطبعة السلفية، ب. ت.
- ٦١ - محمود مطلوب أحمد و د. خالد رشيد الجميلي، الفقه الجنائي، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٤.
- ٦٢ - يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف، ١٩٧٢.

ثانياً - البحوث:

- ١ - د. أحمد العزي النقشبندى، غموض النصوص الدستورية وتفسيرها، مجلة كلية الحقوق جامعة النهدين، المجلد ٧، العدد ١٢، ٢٠٠٤.
- ٢ - د. أحمد علي المجدوب، الزنا بالمحارم في الفقه الجنائي الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، المجلة الجنائية القومية، العدد ٢-٣، المجلد الحادي والعشرون، ١٩٧٨.
- ٣ - د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، العدد الثاني، المجلد السابع عشر، يوليو ١٩٧٤.
- ٤ - د. عبدالوهاب حومد، نظرات معاصرة على استقلالية القانون الجزائي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، ٢٠٠٠.
- ٥ - عبدالحميد إبراهيم المجالي، القتل لحماية الشرف ودفع العار في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد ١، المجلد ١٥، ٢٠٠٠.
- ٦ - د. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩.
- ٧ - د. محمد صبحي نجم، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الأردني، مجلة دراسات، المجلد الرابع عشر، العدد السابع، ١٩٨٧.
- ٨ - د. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة الثانية والعشرون، ١٩٩٨.

ثالثاً - القوانين:

- ١ - العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
- ٢ - قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧.

- ٣ - قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.
 - ٤ - القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
 - ٥ - قانون العقوبات الجزائري الصادر سنة ١٩٦٦.
 - ٦ - قانون العقوبات الفرنسي الجديد النافذ سنة ١٩٩٤.
 - ٧ - قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٩١.
 - ٨ - قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٣.
 - ٩ - قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
 - ١٠ - قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧.
 - ١١ - قانون العقوبات الليبي الصادر سنة ١٩٥٣.
 - ١٢ - قانون العقوبات التونسي الصادر سنة ١٩١٣.
 - ١٣ - قانون العقوبات المغربي لسنة ١٩٦٣.
- رابعاً - مصادر أجنبية:**

- 1 - Bonzat (P), Traite de droit penal et de criminologie, T1, 20 Edition, 1970, No.6.
- 2 - Liford Rees, Text Book of psychiatry, Exford University, 1996.

مسؤولية الأندية الرياضية المدنية عن شغب الملاعب (دراسة مقارنة)

أ. د. ناصر خليل جلال*

د. هوزان عبدالمحسن عبدالله**

ملخص:

تطرقت هذه الدراسة للمسؤولية المدنية للأندية الرياضية عن شغب الملاعب من خلال البحث في علاقة النادي الرياضي مع كل من مثيري الشغب والمتضررين، وذلك ببيان أطراف العلاقة القانونية ومفهوم الشغب في الملاعب وتحديد نطاقه المكاني والزمني، والتساؤل عما إذا كان من الممكن اعتبار الأعمال الإرهابية من قبيل الشغب، كما تم تحليل طبيعة العلاقة القانونية بين النادي الرياضي والمتفرج من خلال التطرق لعقد المشاهدة الرياضية وعقد الهتافة الرياضية والموقف القانوني للمشاهدين مجاناً، وأيضاً الحالات التي تنتفي فيها العلاقة القانونية بين النادي الرياضي والمتفرج.

وتم في البحث تناول مدى مسؤولية النادي الرياضي عن فعله وفعل المتفرجين في شغب الملاعب، ففي حال تحقق قيام المسؤولية على النادي الرياضي لا بد من تحديد الشخص المسؤول وذلك من خلال تثبيت الالتزامات التي تنشأ عن الإخلال بها مسؤولية النادي الرياضي عن الشغب، وبالتحديد الإخلال بالالتزام بضمان السلامة والإخلال بالالتزام بالتبصير والإخلال بالالتزام بتوفير التزامات الملعب، وقد تقوم مسؤولية النادي الرياضي عن فعل الغير في حالة الشغب الرياضي، وكان من المحتم في هذه الحالة التطرق لإمكانية رجوع النادي على الغير الذي أدى بفعله إلى مسؤولية النادي الرياضي.

وقد اعتمدنا في البحث المنهج التحليلي المقارن في القانون المدني والأنظمة واللوائح الصادرة عن المؤسسات الرياضية في كل من النظام القانوني العراقي والكويتي والقطري. وختمنا البحث بجملة من الاستنتاجات والتوصيات.

مقدمة:

تعد ظاهرة شغب الملاعب في الوقت الحاضر من المخاطر المتفاقمة التي تواجه المنافسات والأنشطة الرياضية على مختلف الأصعدة المحلية والدولية، وتكمن خطورتها في الآثار السلبية التي يخلفها الشغب على هذه المسابقات من نواحي عديدة، منها السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فقد تؤدي مثل هذه الأعمال إلى

(*) أستاذ القانون المدني. كلية الحقوق - جامعة البحرين - البحرين.

(**) مدرس القانون المدني. كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة صلاح الدين - أربيل، العراق.

عزوف فئة كبيرة من الجماهير عن حضور مثل هذه المسابقات، كما وينشأ عن الشغب أيضاً أضرار تلحق بالمتفرجين كما في حالة إصابتهم جسدياً.

وظاهرة شغب الملاعب ليست بحديثة، فقد ظهرت لأول مرة في بريطانيا في القرن الثالث عشر، وامتدت بعد ذلك إلى الدول الأخرى فيما عُرف باسم المرض البريطاني، وسرعان ما لعبت العوامل السياسية والنزعات العرقية والانتماءات الدينية دورها في تغذية مشاعر العنف لدى اللاعبين والمشجعين على حد سواء.

ومر شغب الملاعب بمراحل ثلاث تمثلت الأولى في اعتداء المشجعين على اللاعبين والحكام، واتخذت الثانية صورة الاشتباكات بين مشجعي الفرق الرياضية المتنافسة داخل الملاعب، أما المرحلة الثالثة فهي الأكثر خطورة، وتمثلت في نقل المشجعين لمشاحناتهم إلى خارج أسوار الملاعب وبالتحديد إلى الشوارع.

وكان لبعض حوادث الشغب المروعة في الملاعب الرياضة (كحادثة ملعب هيسل سنة ١٩٨٥ الذي تسبب في مقتل (٣٩) مشجعاً إيطالياً من أنصار يوفنتوس من قبل مشجعي ليفربول)، أثر في البدء باستحداث قوانين ضد الشغب وضمان أمن الملاعب، كما وحرمت الأندية الإنجليزية على أثر الحادثة الأنفة من اللعب خمس سنوات متتالية في بطولات أوروبا، وكانت أحداث ملعب شغب بور سعيد المروعة في إحدى مباريات الدوري المصري لكرة القدم سنة ٢٠١٢، والتي قتل فيها أكثر من (٧٧) وأصيب المئات من المتفرجين، إشارة إلى انتقال هذا الداء وبمستويات متفاوتة إلى الدول العربية، والذي يستدعي التدخل التشريعي الوقائي أولاً والعلاجي ثانياً.

واعترافاً من الدول والهيئات والاتحادات الرياضية الدولية والقارية والمحلية بمدى خطورة ظاهرة شغب الملاعب، وفي محاولة منها لقمعها واحتوائها فقد سنت بعض الحكومات قوانين خاصة تتضمن جزاءات رادعة للحد من هذه الظاهرة، من بينها وضع السلطات الرياضية في الاتحاد الأوروبي خطة على مستوى الاتحاد من جهة وعلى مستوى كل دولة عضو في هذا الاتحاد من جهة أخرى، تتركز بتشكيل نظام موضوعي للمسؤولية المدنية للأندية الرياضية عن فعل مشجعيها، وطبقاً لهذا النظام تعتبر الأندية الرياضية مسؤولة مسؤولية مطلقة، أي أنها لا تستطيع الدفع بعدم مسؤوليتها عن فعل مشجعيها مثيري الشغب.

وبما أن الأفعال التي تكون محلاً لشغب الملاعب تعتبر من قبيل الاعتداءات التي تشكل سلوكيات منحرفة وغير مقبولة، كما أنها تؤدي إلى تحطيم القيم التي تعمل الرياضة على إكسابها للفرد والمجتمع، مما ينتج عنها وضع يعد مثيراً بحق لعدد من المشاكل التي تشكل خطراً على أمن المجتمع والأفراد كالعنف، والتخريب والاعتداء

على الممتلكات الخاصة والعامة، وأعمال النهب أثناء حوادث الشغب، والاعتداء على الأشخاص مما يؤدي إلى العديد من الإصابات الجسدية وأحياناً الوفيات، وغيرها الكثير، مما يؤدي إلى نشوء المسؤولية المدنية أيضاً. والذي يدور حول محوره هذه الدراسة.

مشكلة البحث:

تنصب مشكلة البحث حول إمكانية اعتبار النادي الرياضي مسؤولاً عن الشغب الذي يثار من قبل الجمهور، وبالتالي البحث عن مدى مسؤولية النادي الرياضي عن فعل لم يقترفه وأيضاً مدى إمكان اعتبار النادي مسؤولاً باعتباره شخصاً معنوياً، بعبارة أخرى من الذي يكون مسؤولاً؟ هل هو ذات النادي كشخص معنوي أم من يمثل النادي؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية الموضوع في أن شغب الملاعب في الوقت الحاضر يشغل حيزاً كبيراً من اهتمامات المؤسسات الرياضية لارتباطه بالقاعدة الشعبية بقطاع الرياضة بصفة عامة، و ببعض الألعاب الرياضية بصفة خاصة مثل رياضة كرة القدم.

هيكلية البحث:

تتجسد هيكلية البحث في تخصيص المبحث الأول منه لدراسة علاقة النادي الرياضي مع كل من مثيري الشغب والمتضررين، والمبحث الثاني منه لدراسة مدى مسؤولية النادي عن فعله وفعل المتفرجين في شغب الملاعب، ومن ثم انهي البحث بخاتمة.

المبحث الأول علاقة النادي الرياضي القانونية مع كل من مثيري الشغب والمتضررين

إن دراسة العلاقة القانونية بين الأندية الرياضية وكل من مثيري الشغب والمتضررين يستلزم التطرق للتعريف بالنادي الرياضي وأيضاً التعريف بشغب الملاعب في المطالب الآتية:

المطلب الأول الأندية الرياضية وشغب الملاعب

نتطرق في هذا المطلب إلى التعريف بالنادي الرياضي ومفهوم شغب الملاعب وذلك في فرعين متتاليين:

الفرع الأول الأندية الرياضية وتكييفها القانوني

أولاً - التعريف بالأندية الرياضية:

إن الأندية الرياضية في الأصل هي جمعيات مؤلفة من أشخاص طبيعية تجمعهم أهداف رياضية واجتماعية تتمتع بالشخصية المعنوية بموجب القانون، ويسمح لها بمباشرة اختصاصاتها بصفة دائمة، تحترف مزاوله النشاط الرياضي^(١).

فالنادي الرياضي هو هيئة رياضية لها شخصية معنوية مستقلة وتعتبر من الهيئات الخاصة ذات النفع العام، ذات تنظيم مستمر، تقوم بتأسيسها جماعة من الأشخاص الطبيعيين، وتستهدف القيام بنشاط رياضي، وتهيئ الوسائل وتوفر الخدمات اللازمة لتحقيق أهدافها^(٢). ويعد النادي الرياضي أصغر نواة أو أصغر هيئة

(١) نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة (١) قانون الأندية الرياضية العراقي رقم (١٨) لسنة ١٩٨٦ على أنه: (أولاً: النادي الرياضي الأهلي أو الحكومي تكونه جماعة تربطهم فكرة رياضية واجتماعية بهدف نشر التربية الرياضية والاجتماعية والشبابية.

ثانياً: يتمتع النادي بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري ويمارس الحقوق القانونية كافة، بما فيها حق تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة والتصرف بها لتحقيق أغراضه المنصوص عليها في هذا القانون.

(٢) المادة الأولى من قانون تنظيم الأندية القطري رقم (٥) لسنة ١٩٨٤.

رياضية على مستوى الهيئات الرياضية، وباجتماع عدة أندية يتكون اتحاد رياضي، وباجتماع عدة اتحادات رياضية وطنية تتكون الاتحادات الرياضية الدولية، ويتضح لنا بحسب ما سبق أن النادي الرياضي، يتكون من لاعبين رياضيين سواء أكانوا محترفين أم هواة، وغالباً ما يتعاقد النادي الرياضي مع اللاعبين المحترفين بموجب عقود رياضية، تُكَيَّف في الغالب على أساس عقد العمل^(١) مما يجعل النادي الرياضي في مركز صاحب العمل تجاه لاعبيه^(٢). ولما كان النادي الرياضي شخصاً معنوياً فإنه ولأجل أن يمارس التصرفات القانونية لابد أن يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة التي تمكنه من إبرام العقود الرياضية بل وحتى تنظيم المسابقات الرياضية^(٣)، فالأندية الرياضية تكتسب الشخصية المعنوية بموجب أحكام القانون^(٤). وبمجرد تكوين الشخصية القانونية للنادي يكتسب الأهلية القانونية اللازمة لإجراء التصرفات القانونية، ولكن لابد من ممثل للتعبير عن إرادته^(٥).

وفي هذا الاتجاه نجد أن قانون الاتحادات الرياضية العراقي رقم (١٦) لسنة ١٩٨٦ قد عرف في الفقرة الرابعة من المادة (١) منه النادي الرياضي بأنه: "هيئة مجازة وفقاً للقانون تكونها جماعة ذات صفة دائمة تربطهم فكرة رياضية واجتماعية". وقد نصت على ذلك أيضاً الفقرة السابعة من المادة الأولى من قانون اللجنة الأولمبية الوطنية العراقية رقم (٢٠) لسنة ١٩٨٦ بنصها أن النادي الرياضي "هيئة مجازة وفقاً للقانون تكونها جماعة تربطهم فكرة رياضية واجتماعية وتعمل وفق أهداف ومبادئ اللجنة الأولمبية الوطنية العراقية". وقد تطرقت التشريعات الرياضية إلى تعريف النادي الرياضي كالقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٨ في شأن الهيئات الرياضية الكويتي التي عرفت النادي الرياضي بأنه هيئة تهدف إلى نشر التربية الرياضية وما يتصل بها من نواح ثقافية واجتماعية وروحية وصحية، وتهيئة الوسائل وتيسير السبل لشغل أوقات فراغ الأعضاء بما يعود عليهم بالفائدة من هذه النواحي". أما القانون الإماراتي

(١) عبد الحميد الحنفي، عقود احتراف لاعب كرة القدم، بحث ملحق بمجلة الحقوق الكويتية، ع ٤، ١٩٩٥، ص ١. د. محمد سليمان الأحمد، عقود تنظيم المسابقات الرياضية والمسؤولية الناجمة عنها. دار وائل للنشر، عمان ٢٠٠٢، ص ٧٢ وما بعدها.

(٢) عرفت المادة (٨) الفقرة الثانية قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ صاحب العمل بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر.

(٣) راجع: المادة الأولى من قانون الأندية الرياضية العراقية.

(٤) راجع: الفقرة الرابعة من المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي.

(٥) راجع: الفقرة الأولى من المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي (يكون لكل شخص معنوي ممثل عن إرادته).

الاتحادي رقم (٧) لسنة ٢٠٠٧ في شأن الهيئة العامة لرعاية الشباب والرياضة والجهات العاملة فقد نص على أن النادي هو "تنظيم مخصص لممارسة الأنشطة الشبابية والرياضية". يتضح مما سبق أن النادي الرياضي من حيث طبيعته القانونية هو هيئة أو جمعية يتمتع بالشخصية القانونية ويمارسها من خلال ممثليه.

ثانياً – التكيف القانوني للنادي الرياضي:

إن البحث في مسؤولية النادي الرياضي باعتباره شخصاً معنوياً يستلزم تحديد الشخص الذي يمثلته، والذي بدوره يستوجب دراسة الهيكل التنظيمي والإداري للأندية الرياضية في القوانين محل الدراسة.

فبموجب قانون الأندية الرياضية العراقي يكون لكل نادي هيئة عامة وهي أعلى هيئة فيه، وتتألف من الأعضاء العاملين الذين سدّدوا بدلات الاشتراك ووفوا بالتزاماتهم^(١). وتتولى الهيئة العامة مناقشة وإقرار تقرير الهيئة الإدارية حول نشاطها خلال السنة المنتهية ومناهج النشاط للسنة القادمة والمصادقة على الميزانية والحسابات الختامية، كما تقوم الهيئة بالموافقة على تخمينات ميزانية النادي للسنة القادمة، وتتولى الهيئة أيضاً إجراء انتخاب أعضاء الهيئة الإدارية بإشراف ممثل عن اللجنة الأولمبية^(٢).

وتنتخب لكل نادي هيئة إدارية من بين أعضائه لا يقل عددهم عن خمسة ولا يزيد على عشرة، وثلاثة أعضاء احتياط، تكون هذه الهيئة مسؤولة عن الأمور الإدارية والمالية والتنظيمية والفنية^(٣). وعلى الهيئة الإدارية في أول اجتماع لها انتخاب الرئيس ونائب الرئيس وأمين السر وأمين الصندوق^(٤). ومن بين ما تتولاه الهيئة الإدارية تنفيذ قرارات الهيئة العامة، وعرض ميزانية النادي والحسابات الختامية مع التقارير الخاصة بنشاطاتها خلال السنة المنتهية على الهيئة العامة عند اجتماعها الاعتيادي، ودعوة الهيئة العامة لاجتماع استثنائي في أي وقت تقتضيه مصلحة النادي، وتحديد صلاحية الصرف والصلاحيات اللازمة لتسيير الأمور اليومية في النادي وفق القانون، وإصدار التعليمات اللازمة بتوزيع الأعمال على الهيئة الإدارية والأعضاء الذين تناط بهم مهمات ضمن إطار أعمال النادي، وتعيين العاملين في النادي لتسيير الأمور المالية والإدارية^(٥).

(١) الفقرة الثالثة من المادة (٨) من قانون الأندية العراقية.

(٢) المادة (٩) من قانون الأندية العراقية.

(٣) المادة (١٢) من قانون الأندية العراقية.

(٤) المادة (١٢) من قانون الأندية العراقية.

(٥) المادة (١٥) من قانون الأندية العراقية.

أما ما يتولاه رئيس الهيئة الإدارية للنادي من مهام فهي؛ رئاسة جلسات الهيئة العامة والهيئة الإدارية، وتوقيع المكاتبات والمراسلات الصادرة من النادي وله تحويل أحد أعضاء الهيئة الإدارية للقيام بذلك، وتوقيع الصكوك مع أمين الصندوق ومتابعة تنفيذ قرارات الهيئة الإدارية، وتمثيل النادي أمام القضاء والجهات الأخرى وله أن يخول غيره تحريرياً^(١).

أما في قانون الهيئات الرياضية الكويتي فإن النادي الرياضي يديره مجلس إدارة، كما يكون له جمعية عمومية، ويبين النظام الأساسي كيفية تشكيل واختصاصات وسلطات كل منهما، ويحظر الجمع بين عضوية الجمعية العمومية لنادي وعضوية الجمعية لنادي آخر يزاول نفس النشاط، كما لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الإدارة والعمل بالنادي بأجر أو مكافأة^(٢).

أما القانون الاتحادي في شأن الهيئة العامة لرعاية الشباب والرياضة والجهات العاملة الإماراتي فقد بيّن التنظيم الهيكلي والإداري للأندية الرياضية تحت مظلة الجهات العاملة في المجال الرياضي، وقد عرّف القانون الجهات العاملة بأنها: "أية جهة تعمل في ميدان رعاية الشباب والرياضة في الدولة وفقاً للقانون، بما في ذلك الاتحادات الرياضية والأندية والروابط والجمعيات والشركات والمؤسسات"^(٣). وتكتسب الأندية الشخصية الاعتبارية بإشهارها من الهيئة، وتكون لها الأهلية القانونية لمباشرة جميع الأعمال القانونية والتصرفات اللازمة لتحقيق أغراضها، بما في ذلك التعاقد مع الغير ومباشرة حق التقاضي^(٤).

وتكون للأندية الرياضية جمعية عمومية عادية تتولى وضع السياسة العامة وإعداد المقترحات لتحسين الأداء، كما وتتولى انتخاب أعضاء مجلس الإدارة واعتماد القرارات المنظمة للنادي والنظر في كل ما يحال إليها من مجلس الإدارة^(٥). كما تكون للأندية الرياضية جمعية عمومية غير عادية، ومن بين ما تختص به البت في الاستقالات المقدمة من كل أو بعض أعضاء مجلس الإدارة وإسقاط العضوية عن

(١) المادة (١٦) من قانون الأندية العراقية. وتنص المادة (١٧) من نفس القانون على أنه: "تحدد واجبات نائب الرئيس وأمين السر وأمين الصندوق بتعليمات تصدرها الهيئة الإدارية".

(٢) المادة (١٠) من قانون الهيئات الرياضية الكويتي.

(٣) المادة (١) من قانون الهيئة العامة لرعاية الشباب والرياضة والجهات العاملة الإماراتي.

(٤) المادة (٢٦) من قانون الهيئة العامة لرعاية الشباب والرياضة والجهات العاملة الإماراتي.

(٥) المادة (٢٨) من قانون الهيئة العامة لرعاية الشباب والرياضة والجهات العاملة الإماراتي.

واحد أو أكثر من أعضاء مجلس الإدارة، وحلّ مجلس الإدارة أو إبطال أي قرار من قرارات مجلس الإدارة^(١).

الفرع الثاني

التعريف بالشغب في الملاعب الرياضية ونطاقه

أولاً - مفهوم الشغب في الملاعب:

يعرف الشغب لغة بأنه، تهيج الشر والفتنة والخصام، وفي الحديث نهي عن المشاغبة، أي المخاصمة والمقاتلة^(٢). ويراد بالشغب أيضاً بأنه سلوك جانح وخروج عن الأعراف يحدث أثره سلباً ويستحق فاعله العقاب حسب التكيف للفعل سواء أكان تجمهراً أم اعتصاماً، أم إضراباً^(٣).

وقد عرّف الفقه القانوني ظاهرة الشغب في الملاعب بتعريفات مختلفة والتي تدل على اتجاهات مختلفة في فهم هذه الظاهرة، فقد عرّف البعض^(٤) الشغب بأنه: "سلوك بلا هدف يتضمن إثارة بعض الاضطرابات أو الضوضاء". وعرفه آخرون في الفقه^(٥) بأنه: "سلوك مدمر ومؤذ عن طريق بعض المتفرجين لأي حدث رياضي، والذي قد يكون بسبب عوامل شخصية أو اجتماعية أو اقتصادية أو تنافسية".

فالشغب^(٦) هو حالة من حالات العنف، لذلك يعرف بأنه حالة عنف مؤقت ومفاجئ تعتري بعض الجماعات أو التجمعات، أو فرداً واحداً أحياناً وتمثل إخلالاً بالأمن وخروجاً على النظام وتحدياً للسلطة أو لمدنوبيها على نحو يؤدي إلى تحول مظاهرة سلمية أو إضراب منظم تصرح به السلطة إلى هياج عنفي يؤدي للأضرار بالأرواح والممتلكات.

- (١) المادة (٣٠) من قانون الهيئة العامة لرعاية الشباب والرياضة والجهات العاملة الإماراتي.
- (٢) ابن منظور، جمال الدين محكم بن مكرم، لسان العرب، مجلد ١، مكتبة المخطوطات القديمة، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٥١٩.
- (٣) محسن محمد العبودي، التعامل مع شغب الملاعب الرياضية، أبحاث الندوة العلمية (أمن الملاعب)، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض ٢٠٠٠ م ص ٩٧.
- (٤) Marx G T. Sueless Riot in short. J R.J. fand wolf gang. ME.Editor 1972 collective violence. Aldine Atherton, Chicago. P. 46-56.
- (٥) Simon and Taylor. A psychological model of fan violence en sport. international journal of sport a psychology 1992. p 207-227.
- (٦) محمود حمود السليمانى وآخرون، دراسة مسحية لظاهرة العنف في المنافسات الرياضية في المملكة العربية السعودية، المجلس الأعلى للشباب، القاهرة، ٢٠٠٠ ص ١٨.

ويراد بشغب الملاعب الرياضية^(١)، الأعمال العدوانية من ضرب وحرق وتدمير وتخريب، وكذلك التصرفات غير اللائقة واللاأخلاقية التي يقوم بها اللاعبون والإداريون والجماهير الرياضية خرقاً للأنظمة والقوانين المدنية المعمول بها قبل وأثناء وبعد المسابقات الرياضية. عليه، فإن الشغب الرياضي داخل الملعب وخارجه، يعني ذلك السلوك العدواني أو اللاأخلاقي أو المخالف للأنظمة واللوائح والقوانين المعمول بها، والتي تنظم سير المنافسات الرياضية.

إذاً فإن الشغب الرياضي يتمثل في الأعمال والممارسات العنيفة وغير الأخلاقية والضرارة الصادرة من الجماهير الرياضية الموجهة ضد المنظمات والهيئات الرياضية وضد الأفراد أو المجموعات الخاضعة لرقابتها أو التي تنتمي إليها، سواء حدثت داخل الملاعب الرياضية أو خارجها؛ لذا يمكن القول بأن الشغب الرياضي أو شغب الملاعب هو كل سلوك للمشجع مخالف لأحكام العقد والقانون على نحو يضر بالطرف المقابل للعقد أي النادي والغير كالمتهربين أو لاعبي أو إداريي الفريق المقابل، ويؤدي هذا السلوك إلى قيام المسؤولية.

ثانياً - نطاق شغب الملاعب:

يستلزم الإحاطة بنطاق شغب الملاعب التطرق في النقاط التالية إلى كل من النطاق المكاني والزمني لشغب الملاعب، ومدى اعتبار الأعمال الإرهابية من قبيل أعمال الشغب.

١ - النطاق الزمني والنطاق المكاني لشغب الملاعب:

يعد تحديد نطاق الشغب من حيث الزمان والمكان من الأمور المهمة لتكييف الفعل بأنه من قبيل شغب الملاعب من عدمه، وكذلك لتحديد المسؤول عن هذا الفعل، فأعمال العنف التي لا تندرج تحت هذا النطاق لا توصف بشغب الملاعب، ولم نجد أحكام قانونية دقيقة تعالج الموضوع إلا في قانون مكافحة الشغب والعنف الرياضي التركي رقم (٦٢٢٢) لسنة ٢٠١١، إذ قضت المادة الأولى من القانون المذكور بأن هدفه يتمثل في منع الشغب والعنف قبل وأثناء وبعد المسابقات في النطاق المكاني للمسابقة الرياضية أو حول هذا النطاق في الأماكن التي يتجمع فيها الجمهور على

(١) عبدالعزيز عبدالكريم المصطفى، شغب الملاعب الرياضية: دوافعه وأنواعه، ندوة شغب الملاعب وأساليب مواجهته، الطبعة الأولى، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٣٣-٣٤.

شكل مجاميع بصورة دائمة أو مؤقتة أو في الطرق المؤدية إلى الدخول أو الخروج من المكان الذي تجري فيه المسابقة^(١).

وبموجب القانون المذكور يكون كل من النادي الرياضي، سواء إداريو النادي الرياضي، أو الرياضيون، والمكلفون بمهام الأمن الخاصة، أو الجهات الأمنية العامة، الحكام، والمشجعون، وجمعيات المشجعين، والاتحادات الرياضية وهيئات البث الإذاعي المرئي والمسموع ومنسوبوهم أو أي شخص أو هيئة أخرى، مسؤولاً عما ينسب إليه من خطأ ينشأ عنه ضرر فيما يخص الشغب والعنف. سواء أكان هذا الفعل قد وقع في بداية أو أثناء أو عقب انتهاء المسابقات الرياضية في النطاق المكاني للمباريات الرياضية وحولها، أم في المكان الذي يتجمع فيه الجمهور على شكل مجاميع بصورة دائمة أو مؤقتة أو طرق الدخول والخروج من مكان إجراء المسابقة الرياضية أو أماكن إجراء المعسكرات التدريبية للفرق^(٢).

وقد ميّز القانون المذكور في المادة الثالثة منه بين مكان المسابقة والنطاق المكاني الرياضي، فمكان المسابقة الرياضية ينحصر بالمكان المخصص لإجراء المسابقة، في حين أن النطاق المكاني الرياضي يشمل إضافة إلى مكان إجراء المسابقة الأماكن الخاصة بالتدريبات الرياضية وأماكن مشاهدة المتفرجين ومنازع الرياضيين، وأي مكان آخر ينص القانون على شمول النطاق الرياضي به^(٣).

ونستنتج من الأحكام السابقة أن النطاق الزمني لأعمال شغب الملاعب قد يكون قبل أو أثناء أو بعد إجراء المسابقة الرياضية، إلا أن وصف تلك الأحداث من قبيل شغب الملاعب يكون بارتباطها بالحدث الرياضي ووقوعها في النطاق المكاني للمسابقة الرياضية والتي تتمثل في مكان المسابقة، أي الملعب بكامل مشتملاته بما يضمنه من المكان الذي يتبارى فيه الرياضيون، وعلى المقاعد التي يجلس عليها المتفرجون

(١) "Madde 1 - (1) Bu Kanunun amac?; müsabaka?ncesinde, esnas?nda veya sonras?nda spor alanlar? ile bunlar?n çevresinde, taraftarlar?n sürekli veya geçici olarak gruplar halinde bulunduklar? yerlerde veya müsabakan?n yap?laca?? yere gidi? ve geli? güzergâhlar?nda?iddet ve düzensizli?in?nlenmesidir".

(٢) Madde 2 - (1) Bu Kanun; müsabaka?ncesinde, esnas?nda veya sonras?nda, spor alanlar? ile bunlar?n çevresinde, taraftarlar?n sürekli veya geçici olarak gruplar halinde bulunduklar? yerlerde veya müsabakan?n yap?laca?? yere gidi? ve geli? güzergâhlar?nda, ... ilgili ki?i ve kurumlar?n spor müsabakalar?nda?iddet ve düzensizli?in?nlenmesine ili?kin hususlardaki g?rev ve sorumluluklar?n? kapsar.)

Madde 2.

(٣)

وأماكن إجراء التدريبات الرياضية وبوابات الدخول إلى الملعب وأطرافه من الناحية الخارجية؛ لذا لا يمكن أن يوصف من قبيل الشغب الرياضي الشجار الذي ينشب بين شخصين بسبب نتيجة مباراة رياضة خارج النطاق المكاني، كما لو كان في مقهى حيث كانا يتفرجان فيه على المباراة، وكذلك لا يعتبر من قبيل أعمال شغب الملاعب الشجار الذي ينشب بين شخصين أثناء زيارتهم لملاعب رياضي في وقت لا تجري فيها مسابقة، فيبدو من المثاليين السابقين أن تكييف فعل ما بكونه شغباً رياضياً يرتبط بحدوثه في إطار النطاق الزمني والمكاني معاً.

٢ - مدى اعتبار الأعمال الإرهابية في المجال الرياضي من قبيل أعمال الشغب:

من أهم ما يقلق رجال الأمن في المسابقات الرياضية هو الأعمال التي قد ينجم عنها ضحايا^(١)، فقد حدثت أعمال إرهابية أثناء المسابقات الرياضية أدت إلى إزهاق أرواح عديدة وتسببت في الإصابة بجروح لعدد كبير من الأشخاص، فالأعمال الإرهابية تعد من بين المخاطر التي تهدد أمن وسلامة المسابقات الرياضية.

مع ذلك فإن الأعمال الإرهابية حتى لو وقعت أثناء المسابقات الرياضية أي في النطاق الزمني لإجراء الحدث الرياضي، بل وحتى لو كانت الأجهزة الأمنية العامة والخاصة هي المقصرة في توفير الأمن^(٢) للنطاق المكاني للمسابقة الرياضية، إلا أن تلك الأعمال لا تتعلق بالنشاط أو الحدث الرياضي، فارتباط كل من النطاقين المكاني والزمني في شغب الملاعب تجمعهما الأعمال الضارة الناشئة بسبب ارتباطه بالحدث الرياضي، بعبارة أخرى إن شغب الملاعب لا يمكن أن يقع من دون وجود حدث رياضي في حين أن الأعمال الإرهابية ممكنة الوقوع في أي مكان من العالم وفي أية لحظة.

عليه يمكن القول بأن الأعمال الإرهابية لا تنضوي تحت نطاق أعمال الشغب؛ لأن أعمال الشغب سببها، في الغالب، هو نتيجة التعصب الجماهيري الذي يوجد عادة بين الأفراد الذين يميلون إلى العنف أو نتيجة خسارة فريق أحد الخصمين أو حدوث مشاجرة بين المشجعين، ففي كل هذه الأحوال تتحدد المسؤولية المدنية للمنظم الرياضي، بينما في الأعمال الإرهابية لا ترتكب بسبب التشجيع أو خسارة أحد الفريقين

(١) محمد فتحي عبيد، أمن المنشآت الرياضية، أبحاث الندوة العلمية أمن الملاعب الرياضية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٠، ص ١٩.

(٢) نجيب البطاينة، نماذج عملية لأمن الملاعب الرياضية، أبحاث الندوة العلمية أمن الملاعب الرياضية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٠، ص ١٣١.

وإنما هذه الأفعال تنطوي ضمن الأعمال الإجرامية والتي يستطيع المنظم الرياضي في الغالب التخلص من المسؤولية المدنية فيها عن طريق الدفع بالسبب الأجنبي.

٣ - الموقف القانوني للمتفرج المتسلل إلى داخل الملعب ومدى إمكان اعتباره من قبيل أعمال الشغب:

إن الرابطة القانونية بين منظم النشاط الرياضي والمتفرج ينظمها العقد المبرم بينهما، فبمجرد قبول المتفرج مشاهدة الحدث الرياضي واقتناؤه تذكرة الدخول لمكان إجراء المسابقة الرياضية تنشأ العلاقة العقدية بين منظم المسابقة والمتفرج^(١)، وانطلاقاً من هذا المفهوم في العلاقة بين الطرفين والقائمة على العلاقة العقدية المستندة على الإرادات المتبادلة والمتوافقة والمتطابقة بينهما، يرى البعض^(٢) أن دخول المتفرج للملعب من دون الحصول على تذكرة الدخول ودفع المقابل، يجعل موقفه غير قانوني، ويعد تسله إلى الملعب دليلاً على عدم رضاه التعاقد مع المنظم، فتتعدم العلاقة العقدية بينهما، وتكون مسؤولية المنظم تجاهه، في حالة إصابته أو حدوث أحداث شغب مسؤولية تقصيرية.

إلا أن هذا الحل لوضع المتفرج المتسلل إلى الملعب خلسة دون أن يدفع تذكرة الدخول قد يؤدي من بعض الجوانب إلى جعل موقفه - وإن كان غير قانوني - في وضع أفضل من زميله الذي دخل الملعب بشكل موافق للقانون من خلال شرائه تذكرة الدخول، فالتسلل إذا ما تعرض لضرر من جراء أعمال الشغب في الملعب فإنه سيقوم دعوى المسؤولية التقصيرية على منظم المسابقة، وبذلك يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، في حين أن المتضرر الذي يقيم الدعوى على أساس المسؤولية العقدية يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط.

وقد اقترح الفقه^(٣) حلاً آخر لوضع المتفرج المتسلل إلى الملعب من خلال تشبيهه بالراكب الذي لا يدفع تذكرة السفر أو يختلس الركوب داخل حافلة السفر، حيث يحرم هذا الراكب المخالف من التمسك بالمسؤولية المفترضة نظراً لموقفه غير

(١) د. سعيد جبر، المسؤولية الرياضية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢١٤ وما بعدها.

(٢) Durry, G. la nature de la responsabilité des organisateurs de compétitions sportives. Rev. trm, de droit civil. Lamy droit de sport 1964 p.23.

(٣) D.Veaux. le droit de sport, la responsabilité civile. Litic 1987. P 131.

القانوني^(١)، أو حتى حرمانه من التعويض حتى لو ثبت خطأ المدعى عليه^(٢). وكان قانون مكافحة الشغب والعنف الرياضي التركي قد تطرق إلى هذه الحالة واعتبر دخول المتفرج إلى الملعب لمشاهدة المسابقة الرياضية من دون الحصول على تذاكر الدخول جريمة بموجب القانون نفسه، وتكون العقوبة مالية إلا إذا كان مرتكب الفعل من الذين قد صدر قرار بحرمانهم من دخول الملاعب، عندها تكون العقوبة الحبس لمدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة.

ونرى أن دخول المتفرج بطريق التسلل إلى الملعب يعد قبولاً ضمناً منه للشروط الموضوعية مسبقاً من قبل منظم المسابقة، بعبارة أخرى نرى وجود عقد بين الطرفين؛ كون المتفرج قد قبل إبرام العقد مع المنظم إلا أنه لم يحم بتنفيذ التزامه بدفع البدل، عليه فإن المسؤولية التي تنشأ على الطرفين تكون عقدية، فعلى سبيل المثال عدم وفاء المتفرج بالبدل يؤدي لنهوض مسؤوليته العقدية، مقابل المنظم، وهكذا تكون المسؤولية فيما لو تضرر المتفرج من أي فعل يسند إلى المنظم، كما ونذهب إلى أن الأضرار والأفعال الصادرة من قبل المتفرج المتسلل إلى الملعب وأرضيته قد يؤدي إلى مسؤولية النادي المنظم للمسابقة؛ كونه أهمل بالتزامه بضمان الأمن والسلامة في الملعب.

المطلب الثاني

طبيعة العلاقة القانونية بين النادي الرياضي والمتفرج

إن تحديد طبيعة العلاقة القانونية بين النادي الرياضي والمتفرج لها أثرها في بيان طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالقواعد المنظمة لتلك العلاقة، خصوصاً في حالة شغب الملاعب إذ من شأن ذلك بيان كون مسؤولية كل منهما تجاه الآخر في حال تحققها عقدية أم تقصيرية، لاسيما إذا ما علمنا أن شغب الملاعب لا تفترض دائماً مسؤولية مثيري الشغب، بل قد يكون منظم المسابقة أي النادي الرياضي هو المسؤول تجاه المتفرجين الذين لم يخطرطوا في أعمال الشغب، وأصابتهم أضرار من تلك الأعمال بسبب خطأ المنظم في عدم اتخاذ التدابير الأمنية التي تُقيهم منها.

ونعرض في الفرعين الآتيين إلى فرضيات العلاقة بين المتفرج والنادي الرياضي والذي غالباً ما ترد في صورة عقد المشاهدة الرياضية وعقد الهتاف.

(١) Juris-siass.civi, art 1382-1383, 3 partie, Voituriers et transporteurs terrestres, fesc.3.

(٢) Crim.18 juillet 1929.S, 1932-1-159.

الفرع الأول

عقد المشاهدة الرياضية

إن مشاهدة المسابقات الرياضية في النطاق الزمني والمكاني للنشاط الرياضي قد يرد في صور فرضيات مختلفة، وقد يكون هناك من يشاهد المسابقة مجاناً، كما وتوجد حالات تنتفي فيها العلاقة العقدية بين المتفرج والنادي الرياضي المنظم للمسابقة، ونرى التطرق لكل ذلك في الفروض الآتية:

أولاً - التعاقد مع المتفرجين لأغراض المشاهدة:

اختلف الفقه والقضاء الفرنسيان في تحديد فرضيات العلاقة القانونية بين المتفرج والمنظم الرياضي، حيث تعددت الآراء في هذا الشأن وجاءت كالتالي:

فقد ذهب رأي^(١) إلى القول بأن العلاقة القانونية بين المتفرج ومنظم المسابقة الرياضية هي عقد إيجار، وذلك بالاعتماد على حكم المادة (١٧٠٩) من القانون المدني الفرنسي والتي قضت بأن الإيجار "عقد يلتزم به المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين بمدة معينة لقاء أجر معلوم"^(٢). ويقترب من هذا التعريف نص المادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي والذي عرّف الإيجار بأنه: "تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يُمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور"^(٣). وفي الحقيقة أن حجة هذا الرأي باعتبار عقد المشاهدة إيجاراً يستند على فكرة أن المتفرج عندما يقتني تذكرة الدخول إلى الملعب فإنما يستأجر مقعداً في مكان إجراء المسابقة الرياضية، وبه يستطيع متابعة أو مشاهدة المنافسة الرياضية.

في حين يذهب اتجاه ثانٍ إلى اعتبار العقد المبرم بين المشاهد ومنظم المسابقة الرياضية عقداً غير مسمى^(٤) وينشأ عن هذا العقد مجموعة التزامات من بينها التزام

(١) Blin:note sous civ,12 juill 1954,J.X.P. 1954-2-8331.

(٢) Article 1709 du code civil français dispose " Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

(٣) وهو ما نصت عليه المادة (٧٤٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بقولها: "الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء أجر معلوم". وأيضاً المادة (٥٦١) من القانون المدني الكويتي بنصها: "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة محدودة في مقابلة عوض مالي".

(٤) Mazoud H.L. et Tunc A. traite théorique et pratique de la responsabilité civile et délictuelle;T1,,6ème éd 1965. p.161.

المنظم بضمان سلامة المتفرج في حالة حدوث أي حادث أو تعرضه للأضرار بسبب المباراة الرياضية^(١)

كما يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن العلاقة بين منظم المسابقة الرياضية والمتفرج هي عقد مقالة^(٢)، فأساس تمكن المتفرج من مشاهدة المباراة يعتمد على عقد المقالة الذي يتضمن التزام المنظم بعمل وهو القيام بتمكين المشاهد من متابعة المباراة، كما ويتضمن مجموعة من الأعمال الأخرى كضمان أمن وسلامة المتفرجين وغيرهم من المتواجدين في الملعب، والقيام بضمان الإنارة وتأمين وسائل الراحة والتسلية للجمهور^(٣).

ويبدو أن الرأي الأخير في استناده على تكييف علاقة المتفرج بمنظم المسابقة الرياضية بأنها مقالة وليس إيجاراً يرجع إلى كون عقد مشاهدة يقوم على عنصر العمل لا المنفعة^(٤). فبالإضافة إلى أن جُلَّ الالتزامات في مشاهدة المسابقات الرياضية يستند على قيام النادي بأعمال، فإن الغرض الرئيسي من هذا العقد ليس إيجار مقعد للمشاهد بل تقديم خدمة له تتمثل بإتاحة الفرصة له بمشاهدة المنافسة الرياضية بقصد الاستمتاع والتسلية، وتؤيد محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه إذ كَيْفَتْ العلاقة القانونية بين المنظم والمشاهد على أنها عقد مقالة^(٥).

ثانياً - المشاهدون بالمجان:

يراد بالمشاهد المجاني^(٦)، الشخص الذي يحضر ويشاهد المسابقات الرياضية كمباريات كرة القدم من دون دفع مقابل أو شراء تذكرة الدخول إلى الملعب، فهو ذلك الشخص الذي يوافق المنظم على دخوله المباراة أو الملعب لمشاهدة اللعبة دون أن

(١) Seine 23 Janv.1901,D.1901,D 1901, 2, P 391.

(٢) RABBINOVITCH;Encyclopedia DALLOZ, droit civil, t.VI,sport, N.175-2.

(٣) وانظر أيضاً: د. سعيد جبر، المسؤولية الرياضية، المرجع السابق، ص ١٥٩ ومابعدها. تنص المادة (٦٦٤) من القانون المدني العراقي على "المقالة عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر".

(٤) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٨. د. عبدالمنعم فرج الصدة، محاضرات في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣٤.

(٥) Cass.soc.7 fev 1974. Bull.civ.N.104.

(٦) د. محمد سليمان الأحمد، عقود تنظيم المسابقات الرياضية والمسؤولية الناجمة عنها، مصدر سابق، ص ١٠٦.

يستوفي منه ثمن تذكرة الدخول إلى الملعب الرياضي، علماً بأن المشاهد المجاني غالباً ما يكون من الصحفيين والإعلاميين ورجال الإذاعة والتلفزيون الذين يتولون نقل وتصوير والتعليق على المباريات الرياضية^(١).

لقد ثار في الفقه جدل حول طبيعة العلاقة القانونية بين المشاهد المجاني ومنظم المسابقة الرياضية، إذ ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إضفاء الصفة العقدية على هذه العلاقة على الرغم من كونها مجانية، ويدعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم بوجود العلاقة العقدية في الوكالة والوديعة على الرغم من أنها دون أجر، حيث يرون أن مثل هذه الخدمات المجانية تعتبر موضوعاً لعقد يقوم على تراضي الطرفين، فيلتزم الوكيل أو المودع لديه بالتزامات للطرف المقابل على الرغم من عدم التزام الأخير بأي أجر، مع أن ذلك لا يستبعد الصفة العقدية عن العلاقة المنظمة بين الأطراف، وأي إخلال من قبلهم بالتزاماتهم تؤدي إلى انعقاد مسؤوليتهم العقدية^(٢).

ونرى أيضاً بأن العلاقة بين المشاهد المجاني والنادي المنظم علاقة عقدية، وهي عقد مقاوله يلتزم فيها المنظم بجملة من الأعمال تجاه هذا المشاهد، غير أن ما يميز هذه الصورة من صور مشاهدة المسابقات الرياضية هو تنازل المنظم عن استيفاء البدل، بعبارة أخرى تنشأ بين الطرفين ذات الالتزامات التي توجد في حال المشاهدة غير المجانية ما عدا التزام المتفرج بدفع مبلغ من النقود.

ثالثاً - حالات انتفاء العلاقة التعاقدية بين النادي والمتفرجين:

إن مسؤولية النادي الرياضي عن أي ضرر يصيب المتفرجين عن إخلاله بواجباته كمنظم للمسابقة الرياضية تكون عقدية في حال وجود عقد صحيح بينهما، كما لو اشترى المتفرج تذكرة الدخول لمشاهدة مباراة رياضية معينة، ومن ثم أصيب بضرر ناشئ عن إخلال النادي بالتزامه العقدي وهو ضمان السلامة.

وقد تبين لنا أن الأصل بأن تكون العلاقة بين المتفرجين وحتى المجانيين منهم والنادي الرياضي، علاقة عقدية، فبمجرد دخول المتفرج إلى المكان الذي تجري فيه المسابقة الرياضية، ولو لم يقتن تذكرة الدخول، تكون عقدية^(٣). ومن ثم يلتزم كل طرف في مقابل الآخر بالتزامات متبادلة ومن بينها التزام النادي الرياضي باعتباره المنظم للمسابقة الرياضية بضمان سلامة المشاهد المجاني أسوة بالمشاهد الذي

(١) الفقرة الأولى من المادة (٨١) من القانون المدني العراقي.

(٢) Savtier.R, Traite de la responsabilité civile, T.II.ème éd, 1951, p.123 et s.

(٣) د. سعيد جبر، مصدر سابق، ص ٢١٩.

اشترى تذكرة الدخول إلى الملعب، بالإضافة إلى ذلك، يقوم النادي بتنظيم أماكن التواجد للمشاهدين ويتحكم في دخولهم إلى الملعب. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في قرار لها عندما تعرض أحد الصحفيين إلى حادث اصطدام بسيارة سباق نتيجة تواجده في مكان خطر، وقد كان منظم سباق السيارات هو الذي أوعز للصحفي الوقوف في هذا المكان الخطر^(١).

ومع ذلك، قد لا تنشأ علاقة عقدية بين المنظم والمشاهد المجاني، كما في حالة إقامة المباريات الرياضية في مكان عام متاح التواجد فيه للجميع ودون مقابل^(٢)، ونجد ذلك في بعض أنواع سباقات السيارات أو الدراجات التي تجري في الطرق العامة، ففي هذه الحالة لا يكون المتفرجون معروفين للمنظم ولا توجد هناك أي علاقة عقدية بينهم، ويمكن القول كذلك بالنسبة لمن يشاهدون المسابقات الرياضية من أبنية مرتفعة تطل على الميدان الذي تجري فيه المسابقة الرياضية، ونظراً لعدم نشوء علاقة عقدية بين الطرفين في هذه الحالة فإن المسؤولية التي قد تنشأ عنها تكون تقصيرية^(٣).

الفرع الثاني عقد الهتاف الرياضية

أولاً - مضمون عقد الهتاف الرياضية:

الهتاف في مجال الرياضة عقد يبرم بين مؤسسة رياضية وشخص أو مجموعة من الأشخاص لأجل الهتاف وتشجيع تابعي المؤسسة من الرياضيين^(٤) وقد يكون

(١) Civ., 21 janvier 1981.Bull.civ. I,n.26.

(٢) Jean-Marc Duval, Maître de conférences à l'université Paul-Cézanne, Centre de droit du sport d'Aix-Marseille, Lamy Droit du Sport Novembre 2008,P. 1 et s. Cass. 2e civ., 2 oct. 1980, no 78-16.616, Bull.

(٣) Civ.31 octobre 1957, civ.II, n.673.

(٤) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقالة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٥٨. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٨٦. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٣٥. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، عمان، الأردن، ١٩٨٧، ص ١١٢. د. محمد سليمان الأحمد، عقود تنظيم المسابقات الرياضية والمسؤولية الناجمة عنها، مصدر سابق، ص ١١٠ - ١١٢.

ذلك لقاء أجر أو دونه وفقاً لاتفاق أطراف العقد، ووفق المعنى المتقدم لم ينظم عقد الهتاف في القانون بالمعنى الصريح، لذا فقد تباينت آراء بعض الفقهاء بشأن مسألة تكييفه على الرغم من اتفاقهم على احتوائه على عنصر المقابلة، إذ يذهب اتجاه إلى أن عقد الهتاف يعد من العقود غير المسماة المركبة التي تحتوي على عناصر بعض العقود المسماة في القانون ومنها عقد المقابلة^(١). غير أننا نجد أن محل عقد الهتاف ليس على نمط واحد مستقر حتى يتم تكييفه بهذه الصورة، فقد يرد عقد الهتاف في صورة يكون فيها الهتافون تحت توجيه وإشراف ورقابة المؤسسة الرياضية، وفي مثل هذا الفرض من المستحيل القول بوجود عنصر المقابلة، بل يكون العقد المبرم بين الأطراف عقد عمل، ومن الممكن ورود العقد في صورة أخرى بحيث يحتفظ فيه الهتاف باستقلاله في عمله، ونرى أن العقد في هذه الصورة لا يمكن اعتباره سوى عقد مقابلة لانطباق التعريف الوارد لهذا العقد في القانون المدني^(٢).

وقد يخلو عقد الهتاف من مقابل سواء احتفظ الهتاف باستقلاله أم لا، وهنا يكون العقد من العقود غير المسماة؛ كون الأجرة من العناصر الجوهرية في عقدي العمل والمقابلة^(٣).

كما لا يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الهتاف إلا من خلال إبرام عقد المشاهدة الرياضية للمسابقة، وهناك من يذهب إلى أن هذه الصفة أو الميزة تجعل منه عقداً تبعياً؛ كونه يستلزم وجوده وجود عقد آخر، فلا يستطيع الهتاف من الهتاف

(١) د. محمد سليمان الأحمد، عقد الهتاف التعريف به ومدى مشروعيته، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤، العدد ٢، الجامعة الأردنية، عمان ٢٠٠٧، ص ٤٣٨.

(٢) حسب المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي فإن المقابلة "عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر". وبموجب المادة (٦٦١) من القانون المدني الكويتي فإن المقابلة "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه". ووفق المادة (٨٧٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي فإن المقابلة "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

(٣) د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٤١٧. وانظر أيضاً: المادة (٩٠٠) من القانون المدني العراقي التي تنص "١ - عقد العمل عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر، ويكون في أدائه تحت توجيه وإدارته مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر، ويكون العامل أجيراً خاصاً. ٢ - ويتميز عقد العمل عن عقد المقابلة، بأن في الأول دون الثاني حقاً لرب العمل في إدارة جهود العامل، وتوجيهها أثناء قيامه بالعمل، أو على الأقل في الإشراف عليه".

والتشجيع إلا بعد دخولهم لموقع إجراء المسابقة الرياضية بعد إبرامهم لعقد المشاهدة^(١).

إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي فليس كل ما احتاج تنفيذه إلى إبرام عقد آخر يضيفي الصفة التبعية عليه، فلو كان الأمر كذلك لاستلزم إعطاء هذه الصفة على أغلب العقود، فمثلاً لكان عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاولة البناء تابعاً لعقد آخر وهو البيع الذي يبرمه لأجل الحصول على المادة التي سيستخدمها لتنفيذ عقد المقاولة. ومن جانب آخر فإن القول بتبعية العقد يستوجب وجود عقد أصلي وآخر تبعية، فالعقد الأصلي له وجود مستقل تماماً عن أي عقد آخر، بخلاف العقد التبعية الذي يتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند عليه ويبقى وينقضي تبعاً له^(٢). فعقد الهتافة له وجود مستقل عن عقد المشاهدة الرياضية، ولا يترتب على صحة أو بطلان هذا العقد أي أثر على عقد الهتافة.

ثانياً - مدى وجود التبعية بين النادي الرياضي والمتفرجين:

إن الالتزامات التي تنجم عن عقد المشاهدة الرياضية بين النادي الرياضي المنظم للمسابقة والمتفرج لا تؤدي إلى إنشاء علاقة تبعية بينهما، هذا إضافة إلى أن تكيف عقد المشاهدة الرياضية بكونه عقد مقاولة يؤدي إلى استبعاد تبعية الأطراف في عقد المشاهدة^(٣). ويذهب الفقيه الفرنسي ديموج إلى القول بأن العلاقة التبعية تقوم في الواقع على أساس السلطة الفعلية التي تعطي لأحد أطراف العقد حق إصدار الأوامر والتوجيهات إلى الطرف الآخر، فليست التبعية عقداً وإنما حالة واقعية^(٤).

إلا أنه مع ذلك قد يكون للمشاهد الرياضي صفة التبعية أحياناً في بعض أحوال عقد الهتافة، أي ليس باعتباره طرفاً في عقد المشاهدة الرياضية، بل لارتباطه بعقد الهتافة مع النادي الرياضي أو رابطة المشجعين المرتبطة بالنادي الرياضي من حيث الهيكل الإداري.

(١) د. محمد سليمان الأحمد، عقد الهتافة التعريف به ومدى مشروعيته، مصدر سابق، ص ٤٣٩.

(٢) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، المجلد ٤، دار وائل للنشر، عمان، الأردن ٢٠٠٦، ص ٢٥٤.

(٤) DEMOGUE (René) Traité des obligations en général. Paris, 1923-32..p346.

المبحث الثاني مدى مسؤولية النادي الرياضي عن فعله وفعل المتفرجين في شغب الملاعب

إن أعمال شغب الملاعب التي تكون الأندية الرياضية مسؤولة عنها قد ترجع إلى أفعال تصدر عنها أو إلى أفعال تصدر من الغير، وفي حال تحقق قيام المسؤولية على النادي الرياضي لابد من تحديد الشخص المسؤول حتى لو كان النادي الرياضي ذاته كشخص معنوي، كل ذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول الالتزامات التي يترتب على الإخلال بها مسؤولية النادي عن الشغب

تنشأ على النادي الرياضي بموجب عقد المشاهدة الرياضية مجموعة من الالتزامات التي تهدف بالأساس إلى تمكين المتفرجين من مشاهدة المباريات الرياضية والتي يترتب على الإخلال بها مسؤولية النادي، ونتطرق في هذا المطلب إلى تلك الالتزامات التي تتعلق فقط بشغب الملاعب. ومن ناحية أخرى قد تتحقق مسؤولية النادي الرياضي عن الشغب نتيجة إخلال النادي بهذه الالتزامات، ونرى التطرق إلى ذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

يلتزم النادي الرياضي (منظم النشاط) بضمان سلامة المتفرجين الحاصلين على تذكرة الدخول إلى الملعب ومشاهدة المسابقة الرياضية، وهذا الالتزام هو تعاقدية ينشأ من إبرام عقد المشاهدة الرياضية بين المنظم والمتفرج عند شراء تذكرة الدخول إلى الملعب^(١)، وبموجب هذا العقد يضمن النادي الرياضي سلامة المتفرجين أيضاً عند تواجدهم في النطاق المكاني للمسابقة الرياضية، وبالتالي يكون مسؤولاً عما يلحق المتفرجين من أضرار. بناء على ما سبق فإن النادي يكون مديناً للمتفرجين بالتزامين

(١) Veaux et P. Veaux-Fournerie, J.-Cl. civil, fasc. 450-6, 19941994; J. Gatsi, Le droit du sport, P.U.F., coll. Que sais-je? 2000, p. 42 et s.

رئيسيين أولهما: الالتزام بضمان مشاهدة ومتابعة المباراة، والثاني: ضمان النادي سلامة وأمن المتفرج من لحظة دخوله الملعب إلى لحظة الخروج منه^(١).

في الواقع أن الالتزام بضمان السلامة، بصورة عامة، ينشأ في الأحوال التي يتفق فيها أحد المتعاقدين مع الآخر من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة، ويكون هناك خطر يهدد الأول من ذلك. عليه، لما كان للحضور إلى الميدان التي تقام فيها المسابقة مخاطر على المتفرجين خصوصاً من أعمال الشغب، لذا ينشأ على المنظم باعتباره مقدماً لخدمة التزام بضمان السلامة، وقد عرّف الفقه هذا الالتزام بأنه ممارسة المدين (الملتزم) سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة^(٢).

وفي هذا الإطار توسعت بعض التشريعات الرياضية من نطاق الالتزام بضمان السلامة، كما هو الأمر في الفقرة (١٠) من المادة (٥٥) من لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد الكويتي لكرة القدم ليشمل التزام النادي المضيف المحافظة على سلامة إداري المباراة (الحكام، المراقب الإداري ومقيم الحكام) من لحظة وصولهم إلى النادي وحتى مغادرتهم عقب انتهاء المباراة، لكن في هذا الحكم توسيعاً لنطاق التزام النادي الرياضي المنظم للمسابقة بضمان السلامة بحيث يشمل إضافة للمتفرجين إداري المباراة، وهو نفس الحكم الوارد في المادة (٦٨) من اللائحة الصادرة عن مجلس إدارة اتحاد كرة القدم لدولة الإمارات العربية المتحدة والتي نصت بأنه في حالة حدوث أي شغب أثناء المباراة فإن إدارة النادي المقام على أرضه المباراة تعتبر مسؤولة مسؤولية كاملة عن نقل الحكام من داخل النادي حتى أقرب منطقة أمان بعيدة عن أي اعتداء.

كما وقد نصت المادة (٩٣) من لائحة الانضباط الصادرة عن اتحاد الإمارات العربية لكرة القدم على التزام النادي بضمان السلامة وتأمين سلامة الحكام واللاعبين ومسؤولي الفريق الزائر وتطبيق النظام والقانون داخل الملعب والمناطق المحيطة بها حتى عند إجراء المباريات الودية.

(١) G. Durry, L'adéquation des notions classiques du droit de la responsabilité du fait sportif, Les problèmes juridiques du sport. Responsabilité et assurance, les problèmes du sport Economica, 1984 préc., p. 19 et s.

(٢) د. مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر، العدد العاشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر- باتنة، ٢٠١٤، ص ٤١٤.

إن الالتزام بضمان السلامة يكون في الحالات التي تقتضي الحفاظ على السلامة الجسدية والصحية، وحتى المعنوية، عند تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، فالنادي الرياضي المنظم للمسابقة يلتزم بالمحافظة على سلامة المتفرجين عند تواجدهم في النطاقين الزمني والمكاني لأداء النشاط الرياضي. وبالتالي عليه اتخاذ كل ما ينبغي لأجل عدم تعرض المتفرج لأي مكروه يمس سلامته الجسدية أو حياته؛ لذا نرى أن هذا الضمان هو نتيجة لابد من أن تتحقق حتى يمكن القول بأن المدين قد وفى بالتزامه، ويفهم من النصوص السابقة الواردة في لوائح الاتحادات الرياضية أيضاً بكون هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

وفيما يتعلق بمضمون الالتزام بضمان السلامة ونطاقه لابد من التعرف على المطلوب من النادي الرياضي المنظم للمسابقة القيام به، باعتباره مديناً، فهو يضمن سلامة المتفرجين وإداريي المباريات، حيث يتحكم وسيطر على أدوات التنفيذ التي تشكل مصدر الضرر لأي منهم، فالنادي الرياضي يملك السيطرة على البقعة الجغرافية (أي النطاق المكاني لإجراء المسابقة) وهو يملك الوسائل التي تمكنه من التنظيم بشكل جيد لعدم إلحاق الضرر بالمتفرجين، فمثلاً لديه القدرة على منع دخول عدد من المتفرجين يزيد عن القدرة الاستيعابية، وكذلك له القدرة بوضع الفواصل بين متفرجي الفريقين الخصمين، وكذلك له الاستعانة بقوات الأمن في سبيل تشكيل جدار بين الفريقين الخصمين، وأيضاً وضع كراسي المدرجات بشكل جيد بحيث لا يؤدي إلى إيذاء المتفرجين، فوضع الكراسي بشكل غير آمن قد يؤدي أحياناً حتى إلى سقوط المدرجات. إذاً على النادي استخدام جميع الوسائل والأدوات التي يملكها لمنع أي ضرر بالمتفرجين، ولكن مع ذلك يستطيع النادي الرياضي أن يدفع عنه المسؤولية عن تلك المخاطر كلياً أو جزئياً إذا نجمت عن عدم احترام المتفرج وتقيده بالتوجيهات الصادرة من النادي الرياضي، فحدوث الضرر في مثل هذه الحالة يكون خارج نطاق المسؤولية لأنه يعتبر إضرار الدائن بنفسه^(١).

ويتوجب على النادي تنفيذ التزاماته طبقاً لما اشتمل عليه المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي^(٢)، التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. فالعقد يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته

(١) المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) تقابلها المادة (١٩٥) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٢٤٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، فالالتزامات العقدية ليست كل تلك التي تذكر في العقد فحسب، بل هناك من الالتزامات العقدية التي تقع على عاتق الأطراف بنص القانون وأخرى تستلزمها طبيعة العقد أيضاً بحسب العرف أو قواعد العدالة، وهذا ما يمكن الأخذ به بالنسبة لالتزام النادي الرياضي بضمان السلامة.

الفرع الثاني

الإخلال بالالتزام بالإعلام والتبصير

يقع على عاتق منظم النشاط الرياضي قبل وبعد إبرامه العقد مع المتفرجين التزام بالإعلام، والذي يتضمن تقديم معلومات كافية ووافية عن المسابقة، وأيضاً تحذيرهم وتبصيرهم عن المخاطر المحتملة والتي من الممكن أن يتعرضوا لها خلال متابعة المسابقة في النطاق المكاني لإجرائه^(١).

ولا يقتصر التزام منظم المسابقة على إعلام وتبصير المتفرجين، بل عليه نفس الالتزام تجاه الرياضي المتسابق، حيث يجب على المنظم أن يعلم المتسابقين في رياضة معينة إلى الأخطار الاستثنائية المرتبطة بممارستها كما في تنظيم سباق الدرجات مثلاً^(٢).

وكان القضاء الفرنسي قد تطرق في بعض أحكامه إلى الالتزام بالإعلام في إطار النشاطات الرياضية، إذ قضى بالتزام مدرب رياضة التزلج على الجليد في الجبال بإرشاد ممارسي هذه الرياضة إلى العقبات التي تعترض طريقهم، وبيان العلامات الدالة عليها^(٣). كما وقضى في حكم آخر، بالتزام مدرب رياضة الفروسية بإعلام تلاميذه باتخاذ التدابير اللازمة لسلامتهم ودفع الضرر عند ركوبهم الفرس^(٤).

يتضح من ذلك أن الالتزام بالتبصير يرتبط بالمخاطر التي قد يتعرض لها الطرف المقابل، لذا فإن المنظم الرياضي كونه على علم بنوع المخاطر التي يمكن أن تواجه جمهور المتفرجين يلتزم بإعلامهم وتبصيرهم إلى جانب التزامه باتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان سلامتهم ودفع الأضرار عنهم^(٥).

Paris. 24.mai 1983, GP. 984-1-somm.205.

(١)

T.G inst. Seine, 16 novembre 1962, GP 1963-1-603, note W,R.

(٢)

T.G inst. Fontainebleau, 10 février 1971, JCP 1961, JCP 1972, II16958, note A.Rabut.

(٣)

Paris 30 mai 1978, GP, 1968-2-389.

(٤)

Cass.2e civ, 10 mars 1988, n 87-11-087, Bull. Civil, n 59, p32.

(٥)

لذا نجد أن الفقه يذهب إلى أن المقصود بالإعلام هو تنبيه طالب التعاقد بإلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد^(١). لذا فإن الالتزام بالإعلام يتضمن شقين، الأول: إفشاء بمعلومات من جانب، وتحذير من الأخطار والمخاطر من جانب آخر، فالالتزام بالإفشاء هو إعطاء الحد الأدنى من المعلومات للمتفرج على نحو يحقق له الأمان في مواجهة الأخطار التي قد تهدده أثناء تواجده في ميدان المسابقة الرياضية^(٢). أما الالتزام بالتحذير فيكون من خلال إحاطة المتفرج بكافة الاحتياطات التي يجب أن يتخذها لدى تواجده لمشاهدة المباراة، وأن يحذره بوضوح من مخاطر وعواقب عدم اتخاذ هذه الاحتياطات أو التقصير في اتباعها.

وقد اختلف الفقه بخصوص الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام بين كونه التزاماً بنتيجة أو التزاماً ببذل عناية. فقد اتجه فريق في الفقه إلى أن الالتزام بالإعلام هو التزام بنتيجة؛ استناداً إلى أن ذلك يجعل الإعلام التزاماً مجدياً لأن القول بكونه التزاماً بوسيلة سيفرغه من ضمان السلامة فالالتزام بالإعلام ما هو إلا وسيلة لتحقيق الالتزام بضمان السلامة^(٣).

في المقابل يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، فالمدين بهذا الالتزام غير مطالب بأكثر من اتخاذ كافة الوسائل لتنوير إرادة الدائن وتحذيره للقول بأنه قد نفذ الالتزام الملقي على عاتقه،

(١) د. حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المباع، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، العدد رقم: ٠٦، الجزائر، ٢٠١١، ص ٧٥.

د. محمد سليمان الأحمد، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المنافسات الرياضية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٠٣ وما بعدها. د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ١١، العدد الأول، ١٩٩٦، ص ١٧٣. د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) للمزيد انظر: د. أكرم محمود حسين البدو، إيمان طاهر، الالتزام بالإفشاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١، السنة العاشرة، العدد ٢٤، كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ١١.

(٣) د. أكرم محمود حسين البدو، إيمان طاهر، المصدر السابق، ص ٣٢.

ولكن لا يضمن المدين في الالتزام السابق اتباع الطرف المقابل لما أبداه من نصائح ومعلومات أو تقيده بتوجيهاته وتحذيراته^(١).

ونتفق في الرأي بأن التزام منظم المسابقة الرياضية بالإعلام هو التزام ببذل عناية لا بنتيجة، حيث يعفى من التزامه ببذله العناية المعتادة بإفشاء المعلومات إلى المتفرج وتحذيره من المخاطر التي قد تنشأ في ميدان المسابقة، وكيفية التجنب منها، فعدم اكتراث المتفرج لما قدم له من معلومات من قبل منظم المسابقة الرياضية وتدخله في شجار وأعمال عنف مع غيره من المتفرجين أو جلوسه في غير الأماكن المخصصة له أو دخوله إلى ميدان المسابقة أو دخوله إلى الأماكن المخصصة لمشاهدي ومشجعي الفريق الخصم لا يؤدي إلى تحقيق مسؤولية المنظم عن إخلاله بالتزامه بالإعلام.

الفرع الثالث

الإخلال بالتزام توفير مستلزمات الأمن في الملعب

من بين أهم الالتزامات التي تقع على عاتق منظم الأنشطة الرياضية أثناء تنظيم المباريات والمسابقات الرياضية هو توفير مستلزمات الأمن في الملعب^(٢) والاستعانة برجال الأمن والشرطة للمحافظة على أمن الملعب خصوصاً أثناء دخول المشجعين إليها وتنظيم جلوسهم فيها، وكذلك تنظيم خروجهم منها، إضافة إلى الحفاظ على حسن سير المباريات الرياضية وحماية الحكام واللاعبين^(٣).

وقد أشارت بعض التشريعات الرياضية إلى هذا الالتزام، فعلى سبيل المثال نجد أن اللائحة الصادرة عن مجلس إدارة اتحاد كرة القدم في دولة الإمارات العربية المتحدة قضت بالتزام النادي الذي تقام على ملعبها المباراة أو المسؤول عنها أن يوفر ملعباً محاطاً بأسوار تمنع المتفرجين من الدخول، كما وعليه أن يقوم بإخطار الشرطة للمحافظة على الأمن والنظام بما يكفل حسن سير المباراة^(٤). وألزامت لائحة

(١) أ. خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٢٠٧.

(٢) Benoit Chappus et Fraz Werbo, Beatrice Hurni. La responsabilité du club sportif pour les actes de ses supporters. mélanges en l'honneur de Pierre Wessner [Guillod, Olivier, éd.], Bâle (Helbing Lichtenhahn). 2011 P.85 et s.

(٣) ATF133 III 121,c, 3.1 Gurovits Khli A, 176.

(٤) المادة (٦٢) من اللائحة الصادرة عن مجلس إدارة اتحاد كرة القدم في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الانضباط الصادرة عن اتحاد كرة القدم في دولة الإمارات العربية المتحدة النادي الرياضي الذي يقوم بتنظيم مباراة ودية بإخطار الاتحاد وهيئاته بدرجة خطورة المباراة وتأمين قواعد واحتياطات السلامة وتأمين سلامة الحكام واللاعبين ومسؤولي الفريق الزائر، وإعلام السلطات الرسمية والتعاون معها وتطبيق النظام والقانون داخل الملعب والمناطق المحيطة به^(١).

وعلى نفس المنوال سارت لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد الكويتي لكرة القدم والتي ألزمت النادي المضيف للمباراة (منظم المسابقة) بحفظ النظام على بوابات الملعب بشكل عام وبوابات السياج الحديدي لأرض الملعب بشكل خاص، وتوفير الأمن اللازم (رجال الشرطة) وقوة خاصة لردع الشغب إذا لزم الأمر قبل وقت كاف من بدء المباراة، والمحافظة على سلامة إداريي المباراة (الحكام، المراقب الإداري ومقيم الحكام) من لحظة وصولهم إلى النادي وحتى مغادرتهم عقب انتهاء المباراة، وإعداد الملعب إعداداً جيداً وفقاً لما نص عليه بشأن ميدان اللعب في قوانين لعبة كرة القدم وتعليمات الاتحاد الدولي لكرة القدم، كما يجب على كل نادٍ تعيين مسؤول أمني، وتخصيص وتجهيز غرفة التحكم في أنشطة المباراة^(٢).

وقد تطرق القضاء الفرنسي إلى التزام المنظم الرياضي بتنظيم جلوس المشجعين، في نطاق التزامه بتأمين مستلزمات الأمن، وذلك بإلزامه بضرورة ترك مسافات كافية بين مكان الجلوس والملعب الذي يتبارى فيه الرياضيون أثناء مباشرتهم لنشاطهم الرياضي، وعلى هذا الأساس قضى في حكم له إلى تقرير مسؤولية المنظم في سباق الدراجات في الأراضي الوعرة الذي ترك المشاهدين يقفون في أماكن خطيرة وقريبة جداً من ممر هذا السباق مما نتج عنه إصابة أحدهم^(٣). وفي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية أقرت مسؤولية المنظم في مباراة الركبي نتيجة قيامه بوضع مقاعد جلوس المتفرجين قريبة جداً من أرض الملعب مما أدى ذلك إلى إصابة أحد المتفرجين بالكرة في عينه^(٤).

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بمسؤولية منظم مباراة التنس عن إصابة إحدى المشاهدات بحريق شب في ملابسها، لسوء عملية

(١) المادة (٩٣) من لائحة الانضباط الصادرة عن اتحاد الإمارات العربية المتحدة.

(٢) المادة (٥٥) من لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد الكويتي لكرة القدم.

(٣) civ. 30 juillet.1965, precite.

(٤) civ.8 mai 1965, Bull. civ.I,n. 323.

إخلاء الساحة من الجمهور؛ حيث لم يتمكن أحد من إسعافها بالسرعة المطلوبة، وذلك بسبب الزحام الشديد في ممرات مدرج المشاهدين، وعدم اتخاذ المنظم للاحتياطات والتدابير الواجبة لضمان سلامة الجمهور^(١).

المطلب الثاني

مسؤولية النادي عن الشغب في حالة إخلال الغير

سبق منا القول بأن النادي الرياضي شخص معنوي يمارس مهامه من خلال ممثليه، ويقع عليه التزامات يترتب على الإخلال ببعضها نشوء مسؤوليته شخصياً عن حوادث الشغب، مع ذلك فإن أغلب الحوادث إن لم تكن كلها تندلع من قبل الغير وخصوصاً الجماهير، وهذا ما يفرض علينا البحث عن إمكانية قيام مسؤولية النادي الرياضي عن فعل الغير، وسيجري تناول كل ذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

مسؤولية النادي الرياضي العقدية عن الشغب الصادر من الغير

يقوم افتراض تحقق المسؤولية العقدية^(٢) للنادي الرياضي عن فعل الغير في حالة شغب الملاعب على وجود عقد بين النادي الرياضي المنظم للمسابقة والمضروب، إلا أن الضرر الذي يصيبه ينشأ عن فعل لا ينسب إلى النادي الرياضي وإنما إلى فعل شخص ثالث، بعبارة أخرى فإن الغير لا النادي الرياضي هو الذي يخل بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين الطرفين^(٣).

إن البحث في فرضية قيام مسؤولية النادي الرياضي عن فعل الغير في مواجهة المتضررين يؤدي بنا إلى التساؤل عن شروط هذه المسؤولية وإمكانية تحققها في حالة شغب الملاعب؟

في الواقع أن هذا الضرب من المسؤولية تستلزم إضافة إلى الشروط العامة لنشوء المسؤولية أن يكون عدم تنفيذ الالتزام أو الإخلال به الذي أضر بالمتعاقدين

(١) civ. 17 mai 1983, Bull. Civ I,n.257.

(٢) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٩، ص٦٦٧. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٣٥٣.

(٣) Mazoud Henri, Leon et Henri et Chabas F; Leçons de droit civil. obligations, Théorie générale T. 11, n470, P.490.

ناجماً عن فعل شخص ثالث استخدمه النادي الرياضي (المدين) في تنفيذ التزامه العقدي أو تدخل في التنفيذ، فعلى سبيل المثال إن أغلب الالتزامات التي تقع على عاتق النادي الرياضي في مقابل المتفرجين بموجب عقود المشاهدة الرياضية يتم تنفيذها من قبل الغير، ففي العقود التي يلتزم فيها المدين بتنفيذ التزامه بشكل مباشر ودون الاستعانة بالغير لا يكون هناك محل للحديث عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وبالتالي ينشأ عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا كان هناك عقد صحيح بين طرفين وكان يقضي بأن يقوم أحد هذين الطرفين بتنفيذ ما عليه من التزامات لمصلحة الطرف الآخر، ولم يقم المدين بتنفيذه أو نفذه بتنفيذاً جزئياً أو تنفيذاً معيباً، وكان هذا الإخلال نتيجة تدخل شخص ثالث في التنفيذ^(١).

إن تدخل شخص ثالث في تنفيذ التزام من التزامات العقد يأخذ إحدى صورتين، فقد يقع دون تكليف من المدين ومن تلقاء نفس هذا الغير، وقد يقع بناء على تكليف صادر إليه بالتدخل، وقد يكون تدخل الغير من تلقاء نفسه في الإخلال بتنفيذ التزام تعاقدى بحيث يحول من قيام المدين بتنفيذ ما عليه من التزام، ويعتبر فعل الغير هنا سبباً أجنبياً يستطيع منظم المسابقة الرياضية من خلاله التخلص من المسؤولية كما في حالة إحداث الغير شغباً أو تعريضه المتفرجين إلى أضرار معينة على الرغم من اتخاذ المنظم لجميع الاحتياطات والإجراءات الكفيلة بحماية أمن وسلامة المتفرجين^(٢). وتختلف هذه الحالة عن تكليف المدين (المنظم) للغير بتنفيذ جميع أو جزء من التزاماته العقدية؛ إذ إنه بهذا التكليف يضمن المنظم فعل الغير^(٣). بعبارة أخرى فإن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تتحقق إلا في حالة ما إذا عمد المدين من تلقاء نفسه وبمحض إرادته إلى إدخال شخص ثالث في تنفيذ ما عليه من التزامات عقدية^(٤).

والأشخاص الذين يسأل المدين عن أفعالهم نتيجة إدخالهم في تنفيذ التزامه يقسمون إلى صنفين، الأول: البدلاء، والثاني: المساعدون، أما البدلاء فهم أولئك

- (١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٤٩. د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٣٧١.
- (٢) د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٤١٩.
- (٣) Mazoud Henri, Leon et Henri et Chabas F; Leçons de droit civil, o.cit, n470.
- د. عبد المنعم البدرابي، مصدر سابق، ص ٤١٩.
- (٤) د. عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٥٨.

الأشخاص المستقلون الذين كلفهم المدين بتنفيذ كل العقد أو بعضه كما في حالة التنازل عن العقد^(١)، أما المساعدون فهم أولئك الأشخاص الذين يعاونون المدين في تنفيذ التزامه كالعمال والمستخدمين^(٢)، ويبدو من ذلك أن نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية عن أفعال التابعين؛ إذ تقتصر المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير على أولئك الأشخاص الذين تقوم بينهم وبين الفاعل علاقة أو رابطة تبعية، في حين لا ضرورة لقيام علاقة التبعية لنشوء المسؤولية العقدية عن فعل الغير^(٣).

وبتطبيق هذا المفهوم على مسؤولية النادي الرياضي عن الشغب فإنه يسأل عقدياً عن فعل الغير نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات الملقة على عاتقه في مقابل المتضررين الذين يرتبط معهم النادي بعقد، كما لو كان سبب الشغب راجعاً إلى إهمال أو تقصير الأشخاص المنوطة بهم في النادي الرياضي مهام ضمان سلامة الجمهور والحفاظ على سلامتهم واتخاذ تدابير الأمن.

الفرع الثاني

المسؤولية غير العقدية للنادي الرياضي عن أعمال الشغب الصادرة من تابعيه

قد تنشأ مسؤولية النادي في مقابل المتضررين غير المرتبطين معه بعقد في حالة الشغب الرياضي عن أعمال تابعيه الذين يرتبطون به برابطة التبعية، ويدفعنا هذا الافتراض إلى التساؤل عما يُعد من تابعي النادي الرياضي الذين يسأل عن أفعالهم؟ وما مدى إمكان تحقق المسؤولية عن فعل الغير غير العقدية (مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع) في حالة الشغب الرياضي؟

في الواقع أن النادي الرياضي باعتباره شخصاً معنوياً لا يستطيع تنفيذ الالتزامات العديدة الملقة على عاتقه إلا من خلال أشخاص طبيعيين، وقد تصدق صفة التابع على البعض من الأشخاص الطبيعية ممن يستقدمهم النادي الرياضي لتنفيذ

(١) Le Tourneau Ph. et Cadet L., Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, éd. 2002/2003, nos 1917 et s. Genève Viney, Traite de Droit civil, introduction a la responsabilité, 2 éd, LGDJ, paris, 1997, P. 326 et s.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٣) د. حسن علي الذنون، مصدر السابق، ص ٧٥.

التزاماته، فالتابع بصورة عامة هو الشخص الذي يعمل لحساب آخر يملك عليه سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة، وبوجه عام يسأل المتبوع عن أفعال تابعيه وأخطائهم دون حاجة إلى إثبات خطأ وقع من المتبوع كان السبب في ارتكاب الفعل الضار، فهذه المسؤولية مفترضة ومقررة لمصلحة المضرور وحده لتمكينه من الحصول على التعويض من المتبوع الذي غالباً ما يكون أكثر يساراً من التابع^(١)، ويجوز للمضرور أن يوجه المطالبة إلى أي من التابع أو المتبوع أو إليهما معاً^(٢).

وتنشأ علاقة التبعية في الغالب من عقد العمل، فالمستخدم الذي يتقاضى مرتباً من مخدمه يعتبر تابعاً له، خلافاً لمن يعمل بموجب عقد مقاوله، وقد يوجد هذه التبعية في عقد المقاوله، مع ذلك يمكن القول بأن العبرة في قيام علاقة التبعية ليست بطبيعة العقد الذي يربط الطرفين ولا بتقاضي التابع أجر عن عمله، بل بتوافر حالة خضوع التابع لرقابة متبوعه وأوامره سواء أكان التابع يتقاضى أجراً أم لا، وقد تقوم هذه العلاقة بين شخصين ولو لم يوجد بينهما تعاقد أصلاً يخول أحدهما سلطة التوجيه على الآخر، فعلاقة التبعية تقوم على توافر الرقابة والتوجيه بأن يكون للمتبوع سلطة فعلية طالت مدتها أو قصرت في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع، وفي الرقابة في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها حتى ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار التابع^(٣). وقد نص صراحة على ذلك البند ب من الفقرة (١) من المادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي "... ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع..." وكذلك فعل المشرع الكويتي في الفقرة (٢) من المادة (٢٤٠) القانون المدني "١- بقولها: "وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كان من شأن المهمة المكلف بها التابع أن تثبت للمتبوع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه".

بالإضافة إلى التبعية فإنه يلزم لنشوء مسؤولية النادي الرياضي عن أفعال تابعيه ارتكاب هذا الأخير عملاً غير مشروع أي خطأ سبب ضرراً للغير؛ لأنه إذا لم يكن التابع مخطئاً فلا مسؤولية عليه ولا على متبوعه، وقد ضمن ذلك المشرع

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٨٢٤-٨٢٥. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٧٣.

(٢) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ٨٢٦. د. سعيد جبر، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٣) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٨٣٢. د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٠١.

الإماراتي بقوله: "صدور الفعل الضار من التابع" أما المشرع الكويتي فقد عبر عنه "بالضرر الذي يحدثه التابع بعمله غير المشروع". والفرق هنا واضح بين موقف القانونين، فالأول يركز على الفعل بينما الثاني يركز أولاً على النتيجة المتولدة من الفعل ومن ثم الفعل، وفي هذا المنحى نفضل النص الكويتي كون المسؤولية أياً كانت نوعها لا تقتصر في نشوئها على وجود الفعل الذي يعد خطأ والذي قد يؤدي أو لا يؤدي إلى النتيجة الضارة بل لا بد من تحقق ركن آخر من أركان المسؤولية وهو الضرر، من هذا الفهم يبدو النص الأخير أكثر شمولية بل واستيعاباً لأركان مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع، فقوات الأمن الموجود في الملعب إذا كانت وفق المعايير المذكورة آنفاً تعتبر من تابعي النادي الرياضي، فإن مسؤولية هذا الأخير لا تنشأ عن ارتكاب تلك القوات لفعل خاطئ لا يولد ضرراً للغير.

ولابد أيضاً لتحقيق مسؤولية النادي الرياضي عن أعمال تابعيه وقوع الخطأ منهم حال تأدية وظيفتهم أو بسببها^(١). ونجد إمكان انطباق الشروط المذكورة في مسؤولية المتبوع على أعمال التابع على بعض حالات الشغب الرياضي كما لو صدر الخطأ من أفراد حفظ الأمن التابعين للنادي في الملعب تجاه أحد إداريي الفريق الضيف^(٢). وفي نفس هذا المنحى قضت محكمة النقض الفرنسية^(٣) بأن النادي الرياضي أو منظم النشاط الرياضي يعتبر متبوعاً طبقاً للمفهوم المتقدم ذكره أعلاه، إذ يسأل المنظم الرياضي بالاستناد إلى أحكام المادة ١٣٨٤/٥ مدني فرنسي عن الأضرار التي تصيب لاعب الفريق الخصم والصادرة عن تابعه، وكذلك يسأل المنظم الرياضي عن الضرر الذي يلحقه تابعه لحكم المباراة^(٤)، لذا يسأل النادي عن فعل لاعب الفريق ومعد التربية البدنية^(٥) والمدرّب^(٦).

(١) ينظر: المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٤٠) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٢) Cass. 1re.civ., 9 avr. 2002: préc.

(٣) Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, Cousin: BICC n° 551, 1er mars 2002, conc. R. de Goutte; Resp. civ. et assur. 2002, chron. 4, H. Groutel.

(٤) Cass.civ. 31. Mars. 1956, Bull.civ., 11,n326.

(٥) Cass..civ 25 juin 1980., prec.

(٦) Cass. Civ. 13 mai 1981.Bull.civ, n123.

الفرع الثالث

المسؤولية عن فعل الجمهور

من بين المسائل المهمة التي تثير النقاش في مسؤولية النادي الرياضي عن أعمال الشغب هي مدى إمكانية مساءلة النادي، عقدياً أو تقصيراً، عن أفعال الجمهور مثيري الشغب تجاه المتفرجين الآخرين وغيرهم من المتضررين من تلك الأعمال، لا سيما إذا ما علمنا أن الجماهير مثيرة الشغب قد يكونون من الذين يربطهم في الغالب عقد مشاهدة أو عقد هتافة مع النادي الرياضي منظم المسابقة.

إن أغلب التشريعات الرياضية محل الدراسة، أقرت بمسؤولية النادي الرياضي عن الشغب الذي تحدثه الجماهير، حيث نلاحظ في هذا الإطار أن لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد الكويتي لكرة القدم قد أقرت بمسؤولية النادي الرياضي عن سلوك اللاعبين والإداريين والجمهور وكل ما يصدر عنهم من تصرفات من شأنها التأثير على سير أو نتيجة المباراة، كما يسأل أيضاً عن استخدام أية عبارات أو رفع أية شعارات غير رياضية أو عنصرية أو ضد النادي المنافس أو الاتحاد^(١).

كما وأشارت نفس اللائحة إلى مسؤولية النادي المضيف والذي تقام على ملعبه المباراة في حال ثبوت إهماله في منع أحداث الشغب قبل أو أثناء أو بعد المباراة، أو في حالة الاعتداء على أي من مسؤولي الاتحاد أو إداريي المباراة (الحكام - المراقب الإداري - مقيم الحكام) أو على لاعبي أي من الفريقين المتباريين ولم يتم باتخاذ الإجراءات السريعة لإنهاء الشغب أو الاعتداء^(٢).

كما وأن لائحة الانضباط الصادرة عن الاتحاد الكويتي لكرة القدم قد نصت على مسؤولية النادي في حال قيام أحد جماهير النادي داخل الملعب أو خارجه باستخدام أي نوع من المفرقات أو الألعاب النارية أو قنابل الدخان أو إلقاء عبوات السوائل، أو الاعتداء على أحد المسؤولين أو حكام المباراة أو مقيم الحكام أو المراقب الإداري أو أحد أعضاء الجهاز الفني أو الإداري أو الطبي أو المنسق الإعلامي أو أحد لاعبي الفريق المنافس، أو ارتكاب أي فعل من شأنه عرقلة سير المباراة، كاستخدام القاذفات الورقية والأوراق الكبيرة قبل وأثناء سير المباراة.. إلخ والخروج عن الروح الرياضية

(١) انظر: المادة (٥٥) من اللائحة المذكورة.

(٢) المادة (٥٧) من اللائحة المذكورة كما وقضت بالحكم باعتبار الفريق خاسراً للمباراة بنتيجة (صفر-٣) مالم تكن نتيجةها الفعلية ضده أكثر من ذلك، ويرفع الأمر إلى لجنة الانضباط لاتخاذ ما يلزم في هذا الشأن وفقاً للقواعد السارية.

أو ارتكاب أية ممارسات أو رفع شعارات عنصرية أو أي سلوك فيه ازدراء للآخرين أو القيام بأعمال عنصرية^(١).

أما لائحة المسابقات الصادرة عن مجلس إدارة اتحاد الإمارات العربية المتحدة لكرة القدم فاعتبرت النادي مسؤولاً مسؤولية كاملة عن أي تصرف يصدر من لاعبيه أو إداريه أو جمهوره يتسبب في الإخلال بالنظام أثناء سير المباريات أو بعدها^(٢). كما تطرقت لائحة الانضباط الصادرة عن اتحاد الإمارات العربية المتحدة لكرة القدم لمسؤولية النادي فيما إذا قام أحد جماهيره، أو تسبب في أحداث عنف لم تحدد هويته من المسؤولين أو الجهاز الفني أو الإداري أو اللاعبين داخل الملعب شاملاً المدرجات أو استخدام أي نوع من المفرقات أو الألعاب النارية أو قنابل الدخان أو إلقاء عبوات السوائل، أو الاعتداء على أحد طاقم الحكام أو مراقب المباراة أو أحد أعضاء الجهاز الفني أو الإداري أو أحد لاعبي النادي المنافس، وارتكاب أي فعل من شأنه عرقلة سير المباراة، كاستخدام القاذفات الورقية والأوراق الكبيرة قبل وأثناء سير المباراة... إلخ، أو الخروج عن الروح الرياضية أو ارتكاب أي ممارسات أو رفع شعارات عنصرية، أو أي سلوك فيه ازدراء أو القيام بأعمال عنصرية، أو النزول لأرض الملعب أو التلطف بألفاظ غير لائقة (شتم أو إهانة... إلخ)^(٣).

ويبدو لنا بالتمعن في الأحكام الواردة في التشريعات الرياضية المذكورة أعلاه أنها تتضمن عدة صور لتحقيق مسؤولية النادي الرياضي، فقد تكون مسؤوليتها شخصية كما وقد تكون عن فعل الغير، ففيما تخص مسؤولية النادي الرياضي الشخصية عن أعمال الشغب فإنها تنشأ في حال إخلال النادي بالتزاماته العقدية

(١) المادة (٢٢) من لائحة الانضباط الكويتي والتي تنص على معاقبة النادي بوحدة أو أكثر من العقوبات الآتية:

أ - لفت نظر.

ب - إنذار.

ج - غرامة مالية بحد أقصى ٥٠٠٠ دينار كويتي.

د - اللعب بلا جمهور لحد أقصى ٦ مباريات.

هـ - نقل مباريات فريق النادي خارج أرضه بحد أقصى ٨ مباريات وفي حالة نقل المباريات تقام وفقاً لقرار اللجنة بجمهور أو بدون جمهور.

وللجنة توقيع العقوبة المناسبة دون التقيد بالترتيب الوارد لهذه العقوبات.

(٢) المادة (٦٩) من لائحة المسابقات الصادرة عن مجلس إدارة اتحاد الإمارات العربية المتحدة لكرة القدم.

(٣) المادة (١١٣) من لائحة الانضباط الصادرة عن اتحاد الإمارات العربية المتحدة لكرة القدم.

والقانونية كعدم توفيره إجراءات الأمن والسلامة على النحو المطلوب، كما أنها تشكل إخلالاً بالتزام تعاقدى في مقابل من يرتبط معه تعاقدياً خصوصاً المتفرجين الذين تضرروا من جراء ذلك، كما أن المسؤولية قد تكون ناشئة عن إخلال بالتزام قانوني بالنسبة لآخرين من المتضررين من غير المرتبطين معه بعقد كالحكام ومراقبي الاتحاد.

وكما رأينا فإن التشريعات الرياضية تجعل من النادي الرياضي مسؤولاً عن فعل الجماهير الرياضية، وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن أساس مسؤولية النادي الرياضي عن فعل الجمهور من حيث دخوله في مفهوم المسؤولية عن فعل الغير العقدية أو غير العقدية؟ في الإجابة عن هذا التساؤل نقول بأننا نرى أنه من غير المنطقي نشوء مسؤولية النادي الرياضي المنظم للمسابقة عن فعل الجمهور على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير؛ كون هذا الأخير ليس من المكلفين بتنفيذ عقد أبرمه النادي، فالشروط السالفة الذكر لهذه المسؤولية لا تنطبق على حالة شغب الجماهير، مع ذلك فقد تنشأ مسؤولية النادي الرياضي العقدية عن فعل الغير في مواجهة من ارتبط عقدياً معه وتضرر من جراء الإخلال بهذا الالتزام الذي نشأ عن تدخل فعل الغير الذي استخدمه النادي المنظم لأجل تنفيذ ما التزم به بالعقد، كما لو نشأ الشغب عن أفعال أشخاص يستخدمهم النادي الرياضي لأجل تنفيذ التزاماته العقدية أمام الجمهور، فعدم قيام عامل تنظيم الإنارة في الملعب بعمله كما ينبغي بحيث تؤدي الشرارات المتساقطة من مصابيح الإنارة المركبة من قبله في الملعب على الجمهور إلى تدفقهم في آن واحد إلى ممرات الخروج وبالتالي إصابتهم تؤدي إلى نشوء مسؤولية النادي الرياضي المنظم للمسابقة عقدياً عن فعل الغير.

كذلك نجد عدم إمكان الأخذ بأحكام مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع كأساس لمسؤولية النادي الرياضي عن إثارة الجماهير للشغب، لكن مع ذلك قد تكون مسؤولية النادي الرياضي التي تنهض في حالة الشغب الرياضي مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، وبالتحديد في حالة المتضرر من أعمال الشغب الذي لا يربطه أي رابطة عقدي مع النادي الرياضي، وكانت هذه الأعمال قد نشأت بفعل أشخاص يتبعون النادي الرياضي كمستخدمي ضمان الأمن في الملعب، ولحق من جرائه ضرر بأحد الصحفيين الرياضيين الموجودين لتغطية المباراة أو الحكام أو مراقبي المباراة المكلفين بإدارة المسابقة.

ونذهب إلى أن مسؤولية النادي الرياضي المنظم للمسابقة عن فعل الجماهير التي أثارت الشغب لا يمكن تبريره سوى بأنها مسؤولية واردة في نصوص تشريعية

خاصة تستند على أساس وجود سلطة توجيه ورقابة للنادي الرياضي على الجماهير، وأنه قد أخل بواجب الرقابة والتوجيه، فهذه المسؤولية لا تنهض إلا إذا حدثت أعمال الشغب في النطاقين الزمني والمكاني لإجراء المسابقة الرياضية على النحو الذي ذكرناه سابقاً، بعبارة أخرى فإن نشوء هذه المسؤولية توجد بوجود سلطة الرقابة والتوجيه على الجمهور وتنعدم بانعدامها.

الفرع الرابع

رجوع النادي الرياضي على المسؤول عن الشغب

على الرغم من إسهاب التشريعات الرياضية محل الدراسة المقارنة في القواعد التي تجعل من النادي الرياضي مسؤولاً عن فعل الغير من الإداريين واللاعبين والجمهور وغيرهم، إلا أنها لم تبين إمكانية رجوع النادي الرياضي على محدث الضرر الذي يسأل عن فعله، لذا لا مناص في هذه الحالة سوى الرجوع لأحكام القانون المدني.

سبق وأن اتضح لنا بأن أعمال الشغب الرياضي تؤدي إلى نهوض مسؤولية النادي الرياضي إما شخصياً أو عن فعل الغير، والحالة الأخيرة من المسؤولية تجلب مع نشوئها استفساراً حول إمكان إقامة الدعوى من قبل المتضرر على محدث الضرر أو أن ذلك محصور برفعها على النادي الرياضي، وفيما إذا أقام المتضرر الدعوى على النادي الرياضي فهل لهذا الأخير أن يرجع بذلك على محدث الضرر؟

نرى إن الإجابة على هذا الاستفسار تستوجب التطرق إلى أمرين، الأول: كون مسؤولية النادي الرياضي عن عمل الغير تضامنية أو تضاممية أم أنها ليست من كلتا المسؤوليتين، والأمر الثاني: هو مدى إمكان رجوع النادي الرياضي الذي ضمن فعل الغير على الأخير باعتبار أن الفعل الضار قد صدر منه.

فبالنسبة للأمر الأول الذي يتعلق بكون مسؤولية النادي الرياضي تضامنية أو تضاممية، نجد أن اتجاهاً في الفقه يذهب^(١) إلى اعتبار المسؤولية عن فعل الغير

(١) د. تامر محمد الدمياطي، التضامن في المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض دراسة مقارنة، القاهرة، ٢٠١١، ص ٧-٨. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠١٧. د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٤٣ وما بعدها. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٨٨. وما بعدها. د. نبيل إبراهيم سعد، التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١١ وما بعدها.

مسؤولية تضاممية لا تضامنية؛ ذلك أن مسؤولية الشخص عن عمل الغير تنطوي على وجود شخصين يسألان عن الإخلال بالالتزام مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما: أولهما محدث الضرر، ويسأل بناءً على خطأ ثابت يقام عليه، والثاني هو المسؤول عن (وهو المكلف بالرقابة أو المتبوع). ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته التزاماً مبتدأً دون أن يكونا متضامنين في أدائه، باعتبار أن أحدهما مدين أصلي والآخر مدين تباعي أو احتياطي، فإذا رجع المتضرر على محدث الضرر واستوفى منه التعويض الواجب وقفت المسألة عند هذا الحد، لأن وفاء المدين الأصلي بالدين يدرأ مسؤولية المدين التباعي أو الاحتياطي منه، إلا أن الضرر غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطي إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً، ومتى قام هذا المدين بأداء هذا التعويض، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر، ذلك أن هذا الأخير هو الذي وقع منه الفعل الضار فهو يلزم قبل المسؤول عنه، فلا تنهض المسؤولية التضامنية فيما بين المسؤول والمسؤول عنه، في علاقتهما بالضرر، نظراً لأن المكلف بالرقابة أو المتبوع يعد مسؤولاً عن غيره (المشمول بالرقابة أو التابع) وليس مسؤولاً معه، وقد تقوم مسؤوليته باعتباره ديناً أصلياً - في الحالات التي لا يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر، دون أن يكون له الحق في الرجوع عليه^(١).

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بتحقيق المسؤولية التضامنية في إطار المسؤولية عن فعل الغير، على غرار المسؤولية عن الأعمال الشخصية، على سند من القول بأن المسؤولية في النصوص الواردة في المسؤولية عن الأعمال الشخصية تعتبر نصوصاً عامة التطبيق، فهي تمثل القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وبالتالي تطبق على جميع صور هذه المسؤولية فيما لا يتعارض مع النصوص الخاصة^(٢).

بينما ذهب جانب آخر في الفقه، إلى أنه متى توافرت مسؤولية المتبوع أو المكلف بالرقابة عن عمل غيره، فإنه يلزم بتعويض الضرر، وعندما يؤديه فإن له الحق في أن يقتضيه من التابع أو المشمول بالرقابة الذي أحدث الضرر، فمسألة المتبوع أو المكلف بالرقابة عن التعويض، تقوم على أساس خطئه المفترض، وباعتباره

(١) د. تامر محمد الدمياطي، مصدر سابق، ص ٩.

(٢) د. أحمد شوقي عبدالرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيراً في مواجهة الضرر، المطبعة العربية الحديثة ١٩٨٠، ص ٢٢. د. عز الدين الدناصري، د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٩٥.

مدينةً تبعياً، أما مساءلة محدث الضرر التابع أو المشمول بالرقابة فتترتب بناء على خطئه الثابت الذي يقام الدليل عليه باعتباره مدينةً أصلياً، فليس ثمة تضامن بينهما إذ لا يكون التضامن إلا بناء على اتفاق أو نص في القانون^(١).

وفي حالة تعدد المسؤولين عن العمل الضار فلا يجري هنا تطبيق أحكام المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي الخاصة بالمسؤولية التضامنية للمسؤولين عن العمل غير المشروع^(٢)، بناء على ما سبق لا يعتبر المتبوع وتابعه أو المكلف بالرقابة والمشمول بها شريكين فيما يحدث من فعل ضار، وإنما يعد التابع أو المشمول بالرقابة مدينةً أصلياً والمتبوع أو المكلف بالرقابة مدينةً احتياطياً فلا تسري أحكام التضامن عليهما، كما لا يسري عليهما فيما يقوم من مسؤوليتهما، حكم المسؤولية التضامنية وتنبثق هذه النتيجة من منطوق نص المادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه: "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه"^(٣). وما يؤكد هذا القول هو عدم تحقق أهم آثار المسؤولية التضامنية التي تتمثل في توزيع التعويض بالتساوي فيما بين المسؤولين أو تحديد القاضي لنصيب كل منهم، فضلاً عن أن للمكلف بالرقابة أو المتبوع أن يدفع مسؤوليته بالطرق التي حددها القانون، وقد ينجح في ذلك ولا يكون هناك ثمة مجال للقول بالتضامن ويظل

(١) تنص المادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي على أنه: "التضامن ما بين المدنيين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

(٢) تنص المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي: "١- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب. ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي". كما وتنص المادة (٢٢٨) من القانون المدني الكويتي: "١- إذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم، التزم كل منهم، في مواجهة المضرور، بتعويض كل الضرر. ٢- ويتوزع غرم المسؤولية فيما بين المسؤولين المتعددين بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر، فإن تعذر تحديد هذا الدور، وزع عليهم غرم المسؤولية بالتساوي". وتنص المادة (٢٩١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه، وللقاضي أن يحكم بالتساوي أو بالتضامن أو التكافل فيما بينهم".

(٣) تنص المادة (٢٤١) من القانون المدني الكويتي: "للمسؤول عن عمل الغير، أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور تعويضاً عن عمله غير المشروع". أما الفقرة الثانية المادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي فتتنص على أنه: "٢- ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به".

الفاعل الأصلي وهو من وقع منه الفعل الضار مسؤولاً وحده طبقاً للقواعد العامة عما صدر منه من عمل غير مشروع^(١).

كما أن القول بتوافر المسؤولية التضامنية بينهما يؤدي إلى نتيجة غير منطقية هي اعتبار التضامن بين المتبوع والتابع معلقاً على شرط واقف هو عدم نفي مسؤولية المتبوع، فمتى انتفت، انتفى التضامن بالتبعية^(٢).

أما الأمر الثاني فهو رجوع النادي الرياضي على الشخص الذي أحدث الضرر، وفي هذا الخصوص رأينا أن نصوص القوانين المدنية محل المقارنة^(٣)، تنص على أن للمسؤول عن عمل الغير، أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضرور كتعويض عن الأضرار التي كانت نتيجة لفعل صدر منه، وفي الواقع فإن هذه النصوص قد وردت في صدد معالجة أحكام المسؤولية التقصيرية حينما يسأل شخص ما لسبب ما عن فعل الغير، لذلك فمن الممكن تطبيق هذا الحكم عندما يسأل النادي الرياضي تقصيراً عن فعل الغير، كما في حالة مسؤوليته عن أفعال تابعيه وأيضاً مسؤوليته بموجب النصوص القانونية عن أفعال من له عليهم سلطة التوجيه والرقابة.

أما في حال كون مسؤولية النادي الرياضي عن فعل الغير عقدية، ودفع مبلغ التعويض نتيجة إخلال الغير أي مساعديه أو مكلفيه بالالتزام العقدي فله الرجوع على من دفع عنه من المساعدين أو المكلفين أو البدلاء كما في مسؤولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعيه، ولا بد من الإشارة إلى أن دعوى رجوع المسؤول على الغير تستند على العلاقة الداخلية التي تربطهما، فإذا كانت الرابطة بينهما عقدًا تم الرجوع بموجبه كرجوع رب العمل على العامل وفق أحكام عقد العمل، وهنا تكون الدعوى على أساس المسؤولية العقدية، وقد يستند رجوع النادي الرياضي المسؤول على الغير بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة إذا لم يكن بينه وبين الغير الذي سؤل عن فعله أي رابط عقدي يتم الاستناد عليه^(٤).

الخاتمة:

في نهاية بحثنا هذا توصلنا إلى عدة استنتاجات وقدمنا فيها عدة توصيات تباعاً:

- (١) د. تامر محمد الدمياطي، مصدر سابق، ص ١١.
- (٢) د. تامر محمد الدمياطي، المصدر السابق، ص ١٧.
- (٣) المادة (٢٢٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٤١) من القانون المدني الكويتي والفقرة الثانية من المادة (٣١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- (٤) سعيد جبر، مصدر سابق، ص ١٩١.

أولاً - استنتاجات البحث:

- ١ - إن الأندية الرياضية في الأصل هي جمعيات مؤلفة من أشخاص طبيعية تجمعهم أهداف رياضية واجتماعية تتمتع بالشخصية المعنوية بموجب القانون ويسمح لها بمباشرة اختصاصاتها بصفة دائمة دون أن تهدف إلى تحقيق الربح المادي، وإن كان يجوز لها أن تحترف مزاوله النشاط الرياضي.
- ٢ - تعرض الفقه القانوني لظاهرة الشغب في الملاعب بتعريفات مختلفة والذي نَمَّ عن اتجاهات مختلفة في فهم هذه الظاهرة، إلا أنه تبين لنا أن شغب الملاعب الرياضية، يراد به الأعمال العدوانية من ضرب وحرق وتدمير وتخريب، وكذلك التصرفات غير اللائقة والأخلاقية التي يقوم بها اللاعبون والإداريون وال جماهير الرياضية خرقاً للأنظمة والقوانين المدنية المعمول بها قبل وأثناء وبعد المسابقات الرياضية. عليه، فإن الشغب الرياضي داخل الملعب وخارجه، يعني ذلك السلوك العدواني أو اللاأخلاقي أو المخالف للأنظمة واللوائح والقوانين المعمول بها، والتي تنظم سير المنافسات الرياضية.
- ٣ - إن النطاق الزمني لأعمال شغب الملاعب قد يكون قبل أو أثناء أو بعد إجراء المسابقة الرياضية، إلا أن وصف تلك الأحداث من قبيل شغب الملاعب تكون بارتباطها بالحدث الرياضي ووقوعها في النطاق المكاني للمسابقة الرياضية والتي تتمثل في مكان المسابقة أي الملعب بكامل مشتملاته بما يضمنه من المكان الذي يتبارى فيه الرياضيون وعلى المقاعد التي يجلس عليها المتفرجون وأماكن إجراء التدريبات الرياضية وبوابات الدخول إلى الملعب وأطرافه من الناحية الخارجية.
- ٤ - لا تنضوي الأعمال الإرهابية ضمن نطاق أعمال الشغب؛ لأن سبب هذه الأعمال في الغالب هو التعصب الجماهيري الذي يوجد عادة بين الأفراد وبالتالي العنف، وقد يكون نتيجة خسارة فريق أو حدوث مشاجرة بين المشجعين.
- ٥ - اتفق الفقه باعتبار مسؤولية النادي الرياضي تجاه المتفرجين، عقدية لوجود عقد بينهم، إلا أن الاختلاف ثار بخصوص مسؤولية النادي تجاه المتفرجين المتسللين خلسة إلى الملعب من دون قطع تذكرة الدخول، وقد ذهبنا إلى أن دخول المتفرج بطريق التسلل إلى الملعب يعد قبولاً ضمناً منه للشروط الموضوعة مسبقاً من قبل منظم المسابقة، وبالتالي وجود عقد بين الطرفين على اعتبار أن المتفرج قد قبل إبرام العقد مع المنظم إلا أنه لم يقم بتنفيذ التزامه بدفع البدل، عليه فإن المسؤولية التي تنشأ على الطرفين تكون عقدية.

٦ - يقع على عاتق النادي الرياضي التزام بضمان سلامة المتفرجين والنادي الضيف والحكام والمراقبين عند تنظيم المسابقات الرياضية، ويلتزم منظم النشاط الرياضي قبل وبعد إبرام العقد مع المتفرجين وإجراء المسابقة الرياضية بالإعلام عن المعلومات الوافية عن المسابقة وتحذيرهم عن المخاطر الرياضية لبعض أنواع المسابقات الرياضية الخطرة كسباق الدرجات وركوب الخيل.

٧ - إن النادي الرياضي يسأل عقدياً عن أفعال الغير نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه في العقد المبرم بينه وبين المتضررين، وكذلك يكون النادي الرياضي مسؤولاً عن أفعال تابعيه (رجال الأمن، العمال الخ) عند تعرض الغير للضرر نتيجة أعمال الشغب في الملاعب، ونفس الحكم يطبق على رؤساء رابطة المشجعين.

٨ - إن التزام النادي الرياضي كمنظم للمسابقة الرياضية بالإعلام هو التزام ببذل عناية لا بنتيجة، حيث يعفى من التزامه ببذله العناية المعتادة بإفشاء المعلومات إلى المتفرج وتحذيره من المخاطر التي قد تنشأ في ميدان المسابقة وكيفية تجنبها.

٩ - إن مسؤولية النادي الرياضي المنظم للمسابقة عن فعل الجماهير التي أثارت الشغب لا يمكن تبريره سوى بأنها مسؤولية واردة في نصوص تشريعية خاصة تستند على أساس وجود سلطة توجيه ورقابة للنادي الرياضي على الجماهير، وأنه قد أحل بواجب الرقابة والتوجيه، فهذه المسؤولية لا تنهض إلا إذا حدثت أعمال الشغب في النطاقين الزمني والمكاني لإجراء المسابقة.

ثانياً - التوصيات:

١ - إصدار التشريعات الخاصة بإلزام الأندية الرياضية بالتحويل إلى نظام تذكرة المتفرج الإلكترونية، بحيث لا يستطيع الأخير دخول المسابقة من دونها، وتتضمن التذكرة اسم المتفرج الكامل وصورته الإلكترونية ورقم سجل هوية الأحوال المدنية، وإذا كان أجنبياً فلا بد من احتوائه على رقم جواز سفره. ويلتزم بكل هذا التنظيم النادي المضيف لا النادي الضيف، وفي حالة المسابقات الدولية فإن الاتحاد الرياضي هو الذي يلتزم بذلك.

٢ - إصدار التشريعات الخاصة بإلزام النادي الرياضي بوضع جميع الأجهزة والتقنيات اللازمة لمنع العنف، ومنها تثبيت الكاميرات في إطار ضوابط الاتحادات الوطنية والدولية، ووضع لوحات تحذيرية تبين للمتفرجين بوجود

- كاميرات مراقبة والابتعاد عن الأفعال الممنوعة، إضافة إلى الإعلام بالمواد الممنوع اصطحابها إلى محل المسابقة الرياضية.
- ٣ - إصدار اللوائح الملزمة للأندية الرياضية بتنظيم أماكن إجراء المسابقة، كالقواعد الملزمة للنادي الرياضي بوضع الحواجز بين المتفرجين وفق ضوابط الاتحادات الدولية، وترقيم مقاعد المتفرجين، وضرورة مطابقة البطاقات المباعة مع رقم المقعد المخصص، وكذلك إلزام النادي بعدم بيع بطاقات للمتفرجين تزيد عن الطاقة الاستيعابية المحددة لنطاق المسابقة (الملعب)، كما يلتزم بتوفير مقاعد خاصة للأطفال وذوي الاحتياجات الخاصة.
- ٤ - تنظيم التشريعات التي تتضمن فرض جزاءات في حال إصدار تصريحات محرصة على الشغب من قبل إداري النادي وتابعيه.
- ٥ - التنظيم التشريعي لأمن الملاعب الرياضية وتحديد الجهة المختصة عنه وعن مكافحة الشغب في اندلاعها.
- ٦ - ضرورة وضع الخطط الأمنية للمحافظة على أعمال الشغب، وتوجيه الأجهزة الأمنية لإجراء التفتيش المناسب باستخدام الأجهزة الحديثة للداخلين إلى الملاعب.

المصادر

أولاً - الكتب:

- ١ - د. أحمد شوقي عبدالرحمن، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيراً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٠.
- ٢ - د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧.
- ٣ - د. تامر محمد الدمياطي، التضامن في المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض دراسة مقارنة، القاهرة، ٢٠١١.
- ٤ - د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، ج٤، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦.
- ٥ - د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ٦ - د. سعيد جبر، المسؤولية الرياضية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٧ - د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٨ - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٩ - د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- ١٠ - عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ١١ - عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١٢ - عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١٣ - د. عبدالرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.

- ١٤ - د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ١٥ - د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
- ١٦ - د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٦.
- ١٧ - د. عز الدين الدناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، ١٩٨٨.
- ١٨ - د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
- ١٩ - د. محمد سليمان الأحمد، عقود تنظيم المسابقات الرياضية والمسؤولية الناجمة عنها، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٢.
- ٢٠ - د. محمد سليمان الأحمد، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المنافسات الرياضية، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٢.
- ٢١ - د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٧٨.
- ٢٢ - محمود حمود السليمان وآخرون، دراسة مسحية لظاهرة العنف في المنافسات الرياضية في المملكة العربية السعودية على ضوء تعلم متكامل للقيم والأبعاد الجمالية والتربوية للتربية البدنية والرياضية، القاهرة المجلس الأعلى للشباب، ٢٠٠٠.
- ٢٣ - د. نبيل إبراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

ثانياً - الأبحاث والدراسات:

- ٢٤ - د. أكرم محمود حسين البدو، إيمان طاهر، الالتزام بالإفضاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد ١، السنة العاشرة، العدد ٢٤، كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠٠٥.
- ٢٥ - د. حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسية بن بوعلي الشلف، الجزائر ٢٠١١.

- ٢٦- أ. خليف مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ٢٠١٠.
- ٢٧- د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ١١، العدد الاول، ١٩٩٦.
- ٢٨- د. عبد الحميد الحنفي، عقود احتراف لاعب كرة القدم، بحث ملحق بمجلة الحقوق الكويتية، ع ٤٤، ١٩٩٥.
- ٢٩- عبدالعزيز عبدالكريم المصطفى، شغب الملاعب الرياضية: دوافعه وأنواعه، ندوة شغب الملاعب وأساليب مواجهته، الطبعة الأولى، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤.
- ٣٠- محسن محمد العبودي، التعامل مع شغب الملاعب الرياضية، أبحاث الندوة العلمية أمن الملاعب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، ٢٠٠٠.
- ٣١- د. محمد سليمان الأحمد، عقد الهتاف التعريف به ومدى مشروعيتها، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٤، العدد ٢، الجامعة الأردنية، عمان، ٢٠٠٧.
- ٣٢- محمد فتحي عبيد، أمن المنشآت الرياضية، أبحاث الندوة العلمية أمن الملاعب الرياضية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٠.
- ٣٣- د. مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر، العدد العاشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج الخضر- باتنة، ٢٠١٤.
- ٣٤- نجيب البطاينة، نماذج عملية لأمن الملاعب الرياضية، أبحاث الندوة العلمية أمن الملاعب الرياضية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٠.

ثالثاً - القوانين والأنظمة واللوائح:

- ٣٥- القانون المدني العراقي رقم (٤١) لسنة ١٩٥١.
- ٣٦- قانون الأندية الرياضية العراقي رقم (١٨) لسنة ١٩٨٦.
- ٣٧- قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.
- ٣٨- القانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٨ في شأن الهيئات الرياضية الكويتي.
- ٣٩- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

- ٤٠ - لائحة المسابقات الصادرة عن الاتحاد الكويتي لكرة القدم لسنة ٢٠١٤.
- ٤١ - قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لعام ١٩٨٥.
- ٤٢ - قانون الهيئة العامة لرعاية الشباب والرياضة والجهات العاملة الإماراتي رقم (٧) لسنة ٢٠٠٧.
- ٤٣ - قانون تنظيم الأندية القطري رقم (٥) لسنة ١٩٨٤.

Fourth: Books & Studies:

- 44 - Benoit Chappus et Fraz Werbo, Beatrice Hurni. La responsabilité du club sportif pour les actes des ses supporters Bâle 2011.
- 45 - Durry, G. la nature de la responsabilité des organisateurs de compétitions sportives.Rev.trm de droit de civil.1968.
- 46 - D.Veaux.le droit de sport, la responsabilité civile.Litic 1987.
- 47 - DEMOGUE (René) Traité des obligations en general.Paris, 1923.
- 48 - G. Durry, L'adéquation des notions classiques du droit de la responsabilité du fait sportif, Les problèmes juridiques du sport. Responsabilité civile et assurance Econmia, 1984.
- 49 - Genève Viney, Traite de Droit civil, introduction a la responsabilité, 2 éd, LGDJ, paris, 1997.
- 50 - Jean-Marc,Responsabilité disciplinaire des clubs du fait des supporters,Lamy Droit du Sport Novembre 2008.
- 51 - J. Gatsi, Le droit du sport, P.U.F., coll. Que sais-je?, 2000.
- 52 - Le Tourneau Ph. et Cadiet L., Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, éd. 2002/2003.
- 53 - Mazoud H.L. et Tunc A. traite theorique et pratique de la respomnsabilité civile ;T1, 6ém éd, 1965.
- 54 - Mazoud Henri, Leon et Henri et Chabas F..Leçons de droit civile obligations, Théorie générale T. 11.vol 1,8 éd, Montchrestien, Paris1991.
- 55 - Savtier.R;Traite de la responsabilité civile, T.11,2ém éd,1951.

- 56 - Veaux et P. Veaux-Fournerie, J.-Cl. civil, fasc. 450-6, 1994-1994.
- 57 - Marx G T. Sueless Riot in short. J R.J. fand wolf gang. ME.Editor 1972 collective violence. Aldine Atherton, Chicago. 1972.
- 58 - Simon and Taylor. A psychological model of fan violence en sport. international journal of sport a psychology 1992.

Liste des principales abréviations

الاختصارات باللغة الفرنسية

Adde: Ajouter إضافة

Al.:Alinéa فقرة

Art. Article مادة

Ass.: Assemblée جمعية

Ass. Plén.: Assemblée plénière الجمعية العامة

Bull. Civ.: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles

نشرة الأحكام الصادرة لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية

Bull. Crim.: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres criminelles

نشرة الأحكام الصادرة لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة الجنائية

Cass.: Cour de cassation. محكمة النقض الفرنسية

Cass. Civ.: Cour de cassation, Chambre Civile محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية

Cass. Com.: Cour de cassation Chambre commerciale محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية

Cass. Soc.: Cour de cassation Chambre sociale محكمة النقض الفرنسية الغرفة الاجتماعية

Chrono.: Chronique, وقائع في مجلة

Comp.: Comparer مقارنة

Concl.: conclusion خاتمة

D. Recueil Dalloz (hebdomadaire) دالوز شركة أو مطبعة مختصة بالأمور القانونية في فرنسا

Éd: édition طبعة

Fasc: Fascicule حلقة من تسلسل كتاب أو

Gaz. Pal: Gazette du Palais جريدة الوقائع القصر

J-Ci.:Juris-Classeur (civil, comercail..) مجلة قانونية مدنية، تجارية

JCP: Juris-Classeur périodique (Semaine juridique مجلة قانونية - أسبوعية

JCP éd E.: Juris-Classeur périodique, édition notariale. مجلة قانونية طبعة توثيقية

J. O.: Journal officiel de la République française جريدة الوقائع الرسمية الفرنسية

LGDJ: Librairie générale de droit et de jurisprudence المكتبة العامة للقانون والفقه

n°: numéro العدد

obs.: Observations الملاحظات

op. cit.: opere citato (ouvrage précité) أي بمعنى المصدر السابق

p: Page صفحة

PUF: Presses Universitaires de France المطبعة الجامعية في فرنسا

Rappr.: Rapprocher تقريب

RDC: Revue des contrats مجلة العقود

Rec.: Recueil مجموعة

Res. Civil: Répertoire de droit civil (Dalloz) مجلة القانون المدني

Revu de droit de sport Lamy مجلة قانون الرياضة لامي

Resp. civ et assur: Responsabilité civile et assurances مجلة المسؤولية المدنية والتأمين

RID comp.: Revue internationale de droit comparé مجلة القانون الدولي المقارن

S.: Suivant التالي

Somm.: Sommaires (du Recueil Dalloz) ملخصات

Supra: Ci-dessous أسفل

t.: tome مجلد

TGI: Tribunal de grande instance محكمة البداية الكبرى

V.: Voir انظر

Vol.: Volume كتاب

معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني دراسة تأصيلية تحليلية (القسم الأول)

الدكتور/ السيد أحمد علي بدوي
أستاذ فلسفة القانون وتاريخه المساعد
كلية الحقوق - جامعة المنصورة

ملخص:

تمحورت دراستنا حول موضوع معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني، ومن خلال دراستنا هذه أمكننا استخلاص بعض النتائج، لعل أهمها ما يأتي:

- ١ - يتجوه مضمون النظرية الرومانية بشأن معاملة أسرى الحرب الأجانب في جواز قتلهم أو وقوعهم في براثن الرق، تأسيساً في ذلك على حق الحياة أو الموت الذي كان يتمتع به الطرف المنتصر على الطرف الآخر المهزوم. وبمرور الوقت تحسنت معاملة هؤلاء الأسرى نتيجة تطور المدنية الرومانية، وعلى إثر انتشار الديانة المسيحية خلال الحقبة الإمبراطورية، والتي كان لها أثر عظيم في الإطار.
- ٢ - إذا وقع الروماني أسيراً في أيدي الأعداء، فإنه يصير بذلك عبداً، ومن ثم كان يفقد بصفته هذه جميع الحقوق المنصوص عليها في القانون الروماني، سواء الحقوق العامة أو الخاصة. وإزاء ذلك، ولمعالجة هذا الوضع المتدني، تم وضع حيلة قانونية مسماة نظرية تخطي الحدود، تلك التي كانت تعتبر المواطن الروماني الأسير إذا عاد إلى روما أو إلى مسقط رأسه كأنه لم يقع في الأسر أبداً. فإذا مات أثناء أسره لدى العدو، فثمة حيلة ثانية مقررّة بموجب قانون كورنيليا كانت تقضي آنذاك بموته طبيعياً من اليوم الذي وقع فيه أسيراً.

مقدمة عامة

موضوع البحث:

عانت البشرية منذ طورها البدائي وحتى وقتنا الراهن من ويلات حروب عارمة، اشتد وطيسها بين المجتمعات الإنسانية، على نحو لم تقتصر فيه معاناتها على ما أزهقته تلك الحروب من أرواح الملايين من بني البشر، أو فيما ترتب عليها من تدمير وتخريب لممتلكات الشعوب عبر العصور، بل تجلّت معالمها أيضاً فيما خوّلته للمنتصر من حق الاستيلاء على أموال وممتلكات الطرف المهزوم، فضلاً عن حقه في أخذ كافة المنتمين إليه محاربين كانوا أو غير محاربين كأسرى حرب.

وقد نجم عن ذلك حقيقةً نتائج وخيمة، بدت فيما كان يؤول إليه مصير الأسير في العصور القديمة، سواء لدى الرومان أو لدى غيرهم من شعوب العالم القديم من قتل على يد الطرف المنتصر^(١).

وثمة شواهد عدة من التاريخ الروماني تؤكد ذلك، لعل منها ما حدث في عام ٤٧١ ق.م، حيث أبادت الفيالق الرومانية شعوب الغاليين السنونيين، وقد تفاخر الرومان حينها بأنهم لم يتركوا أي كائن حي من أولئك الذين يتجرؤون على مناوأة جيوش الرومان^(٢). كما أنه بعد استيلاء روما على التركوانيين إثر معركة قتالية دارت بينهم وبين الرومان في عام ٣٥٣ ق.م، أرسل إلى روما وقتذاك ما يزيد عن ثلاثمائة وخمسين مُحارباً من بين كبار قادة الجانب التركواني بغية تعذيبهم وقتلهم^(٣).

والواقع أن تلك العمليات الحربية التي أزهقت الأرواح كانت آنذاك منطقية لما كان عليه حال المجتمعات القديمة من هيمنة روح العداء والكراهية على العلاقات فيما بينهم بشكل دائم^(٤). بيد أنه بمرور الزمن وما حدث من تغيير ملحوظ على صعيد سياسة روما الخارجية، أصبح لازماً وضع نهاية للحرب وتجنب العقبة الدائمة في

(١) CHOTARD (A.), Droit romain, Des prisonniers de guerre, Thèse Poitiers, 1893, p. 1; DURETTE (D.), Droit romain, Le droit de la guerre chez les romains, Thèse Paris, 1888, P. 47.

(٢) CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Thèse Montpellier, 1900, P. 41 et s.

(٣) HERISSANT (J.T.), Annales romains ou abrégé chronologique de l'histoire romaine depuis la fondation de rome jusqu' aux en empereurs, paris, 1894, P. 137.

(٤) FUSINATO, Le droit international de la république romaine, Revue de droit international, 1885, P. 278; BOYER (M.), Du droit de conclure et de Ratifier les Traités selon le droit public romain et selon le droit public français, Thèse Paris, 1888, P. 6.

وراجع أيضاً: د. محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة (٤٢)، مارس- يونيو، سنة ١٩٧٢م، ص ٥٥٥، حيث يقول سيادته: "وهكذا اصطبغت الروح في هذه العصور الأولى بطابع القسوة والشدة كآثر من آثار سيادة القضاء الخاص في المجتمع الروماني. وإن كانت الصورة السابقة قد وجدت عند كثير من المجتمعات البشرية القديمة إلا أنها كانت أكثر حدة عند الرومان، الذين عاشوا في صراع دائم وحروب مستمرة وتطبعوا من ثم أكثر من غيرهم بطابع القسوة والعنف".

وجود أعداد غفيرة من الأسرى لدى الرومان، وبث الرهبة والرعب الدائم في نفوس الأعداء، ولم تجد روما في ذلك سبيلاً إلا قتل هؤلاء الأسرى في بادئ الأمر^(١).

ولا أدل على ذلك من أن الجنرال الروماني (سيلا) قد قام بقتل ثمانية آلاف من الأسرى السامنيين والليكونيين. ولم يتخلف سيزار هو الآخر عن اتباع ذات النهج، حيث أمر بقتل جميع أسراه من النرفينيين، باستثناء النساء والأطفال والشيوخ، ممتدحاً نفسه على صنيعه هذا. أما الجنرال جرمانيكوس، فقد قاد مذبحة الكرامون، مُعلنًا أن الهلاك والإبادة سيكونان حتماً هما مصير أعداء روما في تلك المعركة. وسيراً على نفس الدرب، قام تيتيوس - رغم ما عُرف عنه من غلبة الطابع الإنساني على سياسته - بصلب كل أسراه من مدينة^(٢).

ثم ما لبث أن أدرك الرومان كنظرائهم من شعوب العالم القديم أن قتل الأسرى أو إبادتهم ليس هو السبيل الناجع، إذ يُمكنهم الاستفادة من وجودهم على قيد الحياة في مناح شتى من شئون المجتمع الروماني بدلا من قتلهم. وعلى هدي ذلك، صارت الحرب لدى الرومان مصدراً رئيساً للحصول على هذا العنصر البشري^(٣).

مثل هذا المصدر الأصيل للرق هو ما بدا بشكل واضح في المصطلحات التي تُشير إلى الأرقاء. ومن قبيل ذلك، مصطلح "Mancipia"، وهو ما يعني أخذهم بالأيدي، وكذا مصطلحا "Manu Capti" و "Servi"، وهما يُشيران إلى فكرة الإبقاء

(١) GARLAN (Y.), La guerre dans l'antiquité, Fernand-nathan, Paris, 1972, P. 6; LAURENT (F.), Histoire du droit des gens et des relations internationales, T.VII, Belgique, 1850, P. 219; BIERZANEK (P.), Sur les origines du droit de la guerre et de la paix, R.H.D., XXXVIII, 1960, P. 83.

(٢) CHOTARD (A.), Droit romain, Des prisonniers de guerre, Op. Cit., P. 1; CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Op. Cit., P. 45; DEMANGEAT (CH.), Cours élémentaire de droit romain, T.I, Paris, 1864, P. 151.

(٣) DE BNAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Thèse Paris, 1893, P.13 et s.; DURETTE (D.), Droit romain, Le droit de la guerre chez les romains, Thèse Paris, 1888, P.47; CROS (L.), Op. Cit., P. 46.

وراجع أيضاً: د. علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص ٧١٥: " كانت الحماية في العصور الأولى تدفع الدول المتحاربة إلى قتل الأسرى، ثم رُوي بعد ذلك الانتفاع بهم فحل الاسترقاق محل القتل، ثم أصبح يمكن اقتداء الأسرى بالمال. واستمر التطور تحت تأثير فكرة الإنسانية والشرف حتى انتهى إلى إقرار بحجز الأسرى، أو وضعهم تحت المراقبة مع العناية بهم حتى يتقرر الإفراج عنهم في نهاية الحرب".

أو التحفظ على الأسرى^(١). وتصديقاً لذلك، جاء في مدونة جوستينيان ما يلي: "ولفظ الأرقاء Servi أت من أن عادة أمراء الجيوش جرت بعدم قتل الأسرى بل ببيعهم إبقاءً على حياتهم Servare. هؤلاء الأرقاء يُطلق عليهم أيضاً لفظ ملك اليمين لأنهم يؤخذون باليد من الأعداء"^(٢).

فالجندال المنتصر كان له حسب رغبته إما قتل الأسير وإما تركه حياً مثل الرقيق، استناداً في نظر البعض إلى قواعد قانون الشعوب التي كانت تُجيز انتزاع حياة الأسير أو الاكتفاء بسلب حريته فقط. بينما استند آخرون إلى أن مرجع ذلك هو حق الدفاع الشرعي الذي كان يُجيز للمنتصر قتل خصمه أو عدوه أثناء الحرب أو القتال، أما في حالة هزيمة الأخير وتجريده من السلاح، كان مصيره وقتذاك متوقفاً على عفو المنتصر ورحمته^(٣).

وفي بعض الأحيان لم يكن التحفظ على أسرى الحرب يتم من أجل الاستفادة الحقيقية منهم، بل على العكس كان يتم التحفظ عليهم بعض الوقت بغية استخدامهم كأداة رئيسة في إعلاء قيمة الاحتفالات الرسمية التي كان يضطلع بها الرومان عقب انتصارهم على الأعداء. وفي حالة حدوث تمرد أو عصيان من قبل الأسرى في تلك الأثناء، فلم يكن جنرالات الرومان يتورعون آنذاك في سبيل مواجهتهم لتلك الأحداث عن إصدار أوامرهم بدفن اثنين أو ثلاثة منهم أحياء، وذلك على شاكلة ما حدث مع أسرى الإغريق والأسرى الغاليين^(٤).

وبعد الانتهاء من تلك الاحتفالات، كان يتم قتل هؤلاء الأسرى، وآية ذلك، ماحدث بعد هزيمة الغاليين الـ goulois على يد الجنرال الروماني مارسيلوس في عام ٤٢٥ ق.م، حيث قام الأخير فور نزوله من مركبة النصر بقطع رأس جميع أسراهم، كما

(١) JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminum, Thèse Nancy, 1889, P. 1 et s.; CROS (L.), Op. Cit., P. 46; DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Thèse Douai, 1881, P. 10; LAUREN?ON (L.), ?tude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminum en droit romain, Thèse Grenoble, 1872, P. 3.

(٢) مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، (١-٢-٣)، ترجمة عبد العزيز فهمي، عالم الكتب، بيروت، ١٩٤٦م، ص ١١٦.

(٣) LAUREN?ON (L.), tude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminum en droit romain, Op. Cit., P. 4; CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Op. Cit., P. 45; DESCHODT(P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., P. 10.

(٤) CHOTARD (A.), Op. Cit., P. 2.

قام الجنرال الروماني بول إيميليوس هو الآخر بعد معركة pydna بقتل ثمانية آلاف من أسرى البرسيين. على أن تلك المعاملة القاسية لأسرى الحرب لم تكن مقصورة حقيقةً على الجانب الروماني، بل كانت تتم أيضاً في معسكر العدو، وقد بدا ذلك جلياً فيما أقدم عليه الجرمانيون من الانتقام لأنفسهم بوحشية لامثيل لها من فيالق الـ Varrus^(١).

ومفاد ذلك، أن معاملة أسرى الحروب في تلك الآونة من التاريخ الإنساني كانت تتسم بالقسوة والوحشية المفرطة، حيث تجلّت ملامحها من الجانب الرومانية - علاوة على ما ذكرناه آنفاً - ما قام به الجنرال سيزار من قطع أيدي المقاتلين الـ uxellodunum، وكذا ما قام به الجنرال (سيلاً) بخفق أعين مائة من الأسرى. وإذا حاول الأسير الهرب أو الاختفاء كان يتم حينذاك حرق وجهه بحديد منصهر كعلامة مميزة لهذا الشخص، وعقاباً له في الوقت ذاته على صنيعه هذا^(٢).

وبالرغم من استمرارية الحروب بين روما وغيرها من بلدان وشعوب العالم القديم، إلا أنه لم يكن مقبولا وقوع الجندي الروماني في الأسر لدى الأعداء. ولم يتم ذلك في واقع الأمر إلا بعد مرور فترة زمنية أعقبها تنظيم حالة المواطن الروماني من اليوم الذي يقع فيه أسيراً في أيدي الأعداء، يستوي في ذلك أن يكون هذا الأسير الروماني أحد الجنود الذين وقعوا في أيدي الأعداء أثناء الحرب، أو تاجراً كان موجوداً في بلد العدو حين إعلان الحرب^(٣).

وإزاء ذلك، تم وضع حيلة قانونية مسماة نظرية ما وراء الحدود، أو نظرية تخطي الحدود^(٤)، تلك التي كانت تعتبر المواطن الروماني الأسير إذا عاد إلى روما أو إلى مسقط رأسه كأنه لم يقع في الأسر أبداً. فإذا مات أثناء أسره لدى العدو، فثمة حيلة ثانية مقررة بموجب قانون كورنيليا كانت تقضي آنذاك بموته طبيعياً من اليوم الذي وقع فيه أسيراً^(٥).

(١) CROS (L.), Op. Cit., P. 46.

(٢) CHOTARD (A.), Op. Cit., P. 3; CROS (L.), Op. Cit., P. 46 et s.

(٣) LAUREN?ON (L.), Op. Cit., P. 4; JOBIN (X.), Op. Cit., P. 10.

(٤) أثر سيادة المستشار عبد العزيز فهمي في مؤلفه مدونة جوستينيان استعمال مصطلح حق التخطي كترجمة لمصطلح postliminium. راجع في ذلك: مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، المرجع السابق، (١-١٢-٥)، ص ٣٠، وهامش (١) من تلك الصفحة.

(٥) د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧م، ص ٣٢١.

أهمية البحث:

تتأتى أهمية دراستنا لموضوع معاملة أسرى الحرب في القانون الروماني من نواح عدة، لعل منها ما تمثله دراسة القانون الروماني عموماً من أهمية كبيرة من الناحية العلمية؛ إذ يُعد هذا القانون وبحق مصدراً تاريخياً للتشريعات الغربية، فضلاً عن كونه نموذجاً لدراسة الشرائع وتطورها في العصور القديمة، كما تتجلى أهمية بحثنا هذا في التعرف من خلاله على ماهية أسرى الحرب، وطبيعة معاملة أسرى الحرب الأجانب وحالات انتهاء أسرهم في القانون الروماني. هذا بالإضافة إلى أنه يساعدنا دون ريب في الوقوف على أبعاد الوضع القانوني لأسرى الحرب الرومانيين، وذلك على ضوء الأحكام المنصوص عليها في القانون المذكور.

خطة البحث:

بناء على ذلك، فقد آثرنا تقسيم دراستنا هذه إلى فصلين، ندرس في الفصل الأول معاملة أسرى الحرب الأجانب في القانون الروماني، بينما نكرّس الفصل الثاني لتبيان معاملة أسرى الحرب الرومانيين في القانون الروماني، وفيما يلي شرح ذلك تفصيلاً.

الفصل الأول

معاملة أسرى الحرب الأجانب

في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

بداية، تمخض الهدف الأساس للحرب في العصر الروماني في الاحتلال أو الاستيلاء على البلدان الأخرى المحيطة بالمجتمع الروماني، فنظراً للوعد من قبل رجال الدين بأن السيادة ستكون لروما على العالم بأكمله، فلم ترد أن تُخطئ أو تُوهن إزاء هذا القدر. فمنذ نشأة روما، نجدها وقد باشرت العديد من الحروب التي لا تتوقف إلا بتحقيق هدفها المنشود باحتلال كل العالم المعروف آنذاك^(١). هذا مع الأخذ في الاعتبار أن روما كانت تُقدم أحياناً على مثل هذه الغزوات تحت حظر شديد، كما كانت تخشى في أحيان أخرى على وجودها من جرّاء الحروب التي كانت تندلع بينها وبين جيرانها الأقوياء^(٢).

يضاف إلى هذا، أن الكثير من المعارك الدامية التي دخلت فيها روما ضد تلك الشعوب كانت لأمرين: أولهما لبث الخوف والذعر في نفوس الأعداء، وثانيهما لمنع الحلفاء من التخلي عنها في مثل هذه الأوقات العصيبة.

ففي عام ٣٥٨ ق. م أعلن التركوانيون الحرب على روما والتي استمرت ملياً طويلاً، وقد تمكنوا خلال تلك الحرب من أسر ما يزيد عن ثلاثمائة من جنود الرومان، بل وقدموهم كقرابين إلى آلهتهم. بيد أن الانتقام الروماني فيما بعد كان أشد قسوة وضراوة، ففي عام ٣٥٣ ق.م سحق الرومان الشعب التركواني الذي أُجبر على التوقف عن مواصلة القتال، وقد تم أسر ثلاثمائة وثمانية وخمسين من المواطنين التركوانيين من عائلات النبلاء، أولئك الذين تم قطع رؤوسهم على أرض روما جزاء لما اقترفه جنودهم قبلاً^(٣).

(١) WHEATON (H.), Histoire des progrès du droit de gens en Europe et en Amérique depuis la paix de westphalie jusqu' à nos jours, Allemagne, 1865, P. 23.

(٢) COMBES-DOUNOUS (J.J.), Histoire des guerres civiles de la république romaine, T.2, Paris, 1808, P. 334; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Thèse, Paris, 1890, P. 16 et s.; GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 1 et s.

(٣) HERISSANT (J.T.), Annales romains ou abrégé chronologique de l'histoire romaine depuis la fondation de rome jusqu' aux en empereurs, paris, 1894, P. 137 et s.

وفي عام ٢٥٨ ق. م، كانت روما قد دخلت في حرب مع قرطاجة من أجل الاستيلاء على جزيرتي صقلية وهاميلكار، وبعد أن احتل الجنرال القرطاجني بعض المدن، فضلاً عن تخلي بعض حلفاء روما عنها في هذه الأثناء، فقد تمكن قناصل الرومان المرسلون إلى صقلية من استرداد المدن التي كانت قد فقدتها روما، بل وتمكنوا أيضاً من قتل بعض السكان الأصليين في هذه الجزيرة، والبعض الآخر فيها قد تم بيعه. ولكون روما في خطر، استلزم الأمر أن تضرب بكل قسوة لمنع أي ردة من قبل الحلفاء فيما بعد^(١).

وهذا ما أوضحه الفقيه M. Duruy، حيث قال في هذا الصدد "إن ما جرى عليه الواقع العملي لدى القدماء هو أنه في حالة ما إذا سقطت مدينة ما، فإن تلك المدينة كان يتم تدميرها بكل ما فيها من أموال وأشخاص، فبعد أن كان أفرادها بالأمس نبلاء، أصبحوا اليوم عبيداً، هذا إذا لم تُقطع رؤوسهم بسيف جنود الرومان في ذات يوم المعركة"^(٢).

وعلى ضوء ما سبق، تنصب دراستنا لمعاملة أسرى الحرب الأجانب في القانون الروماني في ثلاثة مباحث، نتكلم في المبحث الأول عن ماهية أسرى الحرب وفقاً للقانون الروماني، ونستوضح في المبحث الثاني طبيعة معاملة أسرى الحرب الأجانب في القانون الروماني. أما المبحث الثالث، فنكرسه لتبيان الأسباب التي تضع نهاية لأسر الأجانب في القانون الروماني، وذلك على النحو الآتي بيانه:

المبحث الأول ماهية أسرى الحرب في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

بالرجوع إلى اتفاقية جنيف الثالثة لسنة ١٩٤٩ الخاصة بمعاملة أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، نجد أنها قد حددت في مادتها الرابعة فئات الأفراد الذين يكتسبون صفة أسرى الحرب في ضوء القانون الدولي، وهم: "١- أفراد القوات المسلحة النظامية التابعة للدولة المحاربة. ٢- أفراد الخدمات الطبية ورجال الدين

(١) NIEBUHR (B.G.), Histoire romaine, T.I, Traduite de l'allemand par DE GOLBERY (P. A.), Paris, 1830, P. 383; VASSAUX (E.), Op. Cit., P. 17.

(٢) DURUY(V.), Histoire des romains jusqu'à l'invasion des barbares, T. I, 3^e. édition, paris, 1883, P. 330.

والمدينون المرافقون للقوات المسلحة النظامية بترخيص منها. ٣- أفراد أطقم السفن التجارية والطائرات المدنية. ٤- الأفراد المدينون المتطوعون وأفراد المقاومة الشعبية. ٥- سكان الأقاليم التي تتعرض للغزو، وقبل تمام الاحتلال العسكري يهبون في وجه العدو للدفاع عن أقاليمهم، وذلك إذا استجمعوا شروطاً معينة^(١).

أما عن ماهية أسرى الحرب في القانون الروماني، فهذا هو محور حديثنا عبر صفحات مبحثنا هذا، متناولين إيّاه في ثلاثة مطالب متتالية، نتكلم في المطلب الأول عن تعريف أسرى الحرب في القانون الروماني، ونعرض في المطلب الثاني للاستثناء المتعلق بعدم وقوع السفراء في براثن الأسر. أما المطلب الثالث، فنكرسه لتبيان مدى إمكانية أسر رعايا الحلفاء، وذلك على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول تعريف أسرى الحرب في القانون الروماني

ذهب جانب من شُرّاح القانون الروماني إلى تعريف أسير الحرب بكونه المقاتل وغيره ممن يتم أخذه أثناء الحرب، رومانياً كان أو أجنبياً^(٢). بينما ذهب آخرون إلى تعريفه بأنه "كل شخص وقع أسيراً، يستوي في ذلك أن يكون رومانياً تم الاستيلاء عليه من جانب العدو، أو خصماً تم أخذه عن طريق الرومانيين"^(٣).

وتحقيقاً لذلك، ذهب جانب من الفقه إلى اشتراط وجود حرب عادلة ونظامية بين أمتين غير متحالفتين حتى يُقبل بوجود أسرى حرب. في حين ذهب جانب آخر إلى القبول بوجود أسرى حرب، سواء أكان ذلك نتيجة لحرب نظامية بين أمتين متحالفتين، أم كان نتيجة للغارات أم المناوشات القتالية التي تنشب بين روما وأمة أخرى غير مرتبطة معها بأي علاقة تحالفية^(٤).

وعلى ضوء هذا، نجد أن الرومان قد قسّموا شعوب العالم الموجود آنذاك إلى طائفتين: الطائفة الأولى هي الشعوب الصديقة أو المتحالفة مع روما. أما الطائفة

(١) د. عبد الواحد محمد يوسف الفار، أسرى الحرب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ص ٧٠؛ وراجع أيضاً: د. علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٧١٥ وما بعدها.

(٢) JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminum, Op. Cit, P. 6.

(٣) DE BENAIZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Thèse Paris, 1893, P. 14: "Le captif est tout individu fait prisonnier, que ce soit un romain pris par l'ennemi ou un adversaire pris par les romains".

(٤) IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit romain, Thèse paris, 1944, PP. 46:50.

الثانية، فهي الشعوب التي لا ترتبط بأي علاقة مع روما، وهي التي أطلق عليها الفقهاء مصطلح "البرابرة". وهؤلاء لا يتمتعون على الأراضي الرومانية بأي حماية قانونية، ولا بأي حق من الحقوق العامة منها والخاصة، إذ يقتصر التمتع بها كأصل عام على المواطنين الرومان، وكذا حلفاء روما الذين كانوا يتمتعون هم الآخرون ببعض الحقوق الخاصة المقررة لهم بموجب المعاهدات الدولية المبرمة بينهم وبين الرومان^(١).

وتأسيساً على ذلك، إذا استولى الروماني على شيء ما في حوزة هؤلاء البرابرة، فهذا الشيء يُصبح مملوكاً له، ولا يُعد هذا سرقة، حيث كان بإمكان الروماني الامتلاك بطريق الاستيلاء، وليس هذا فحسب، بل ويحق له الاستحواذ على أي من هؤلاء البرابرة كأحد الأشياء الجائز تملكها بموجب قواعد القانون الروماني، ويُصبح تبعاً لذلك عبده أو رقيقه^(٢).

على أن نفس الحق سالف الإشارة إليه كان مُعترفاً به أيضاً للبربري على شخص الروماني وأمواله، فالروماني الذي تم الاستيلاء عليه من قبل البربري يصير أسير حرب، ولعل مرد ذلك هو حالة العدائية الدائمة بين الرومانيين والشعوب البربرية^(٣). وإذا تمكّن الروماني إثر ذلك من استرداد ماله وحريته من يد الأعداء، فيمكنه حينئذ الاستفادة من نظرية تخطي الحدود وفق ما أكدّه نص الفقيه بومبنيوس الوارد عنه في الموسوعة^(٤).

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 12. (١)

VILLEY (M.), Le droit Romain, Dixième édition, presses universitaire de France, 2002, P. 45. Il a dit que "les esclaves qui sont, pratiquement, les étrangers pris à la guerre et tous leurs descendants. Selon les rudes mœurs primitives, les prisonniers de guerre ont perdu toute espèce de droit; Ils sont la chose du soldat qui les a capturés ou du romain qui les a achetés à la cité victorieuse; leurs maîtres peuvent les frapper, les tuer en disposer selon leur bon plaisir; ils ne sauraient être propriétaires"...DEMANGEAT (CH.), Cours élémentaire de droit romain, T.I, Op. Cit., P. 151; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 12 et s. (٢)

JOSSELINE (F.), Droit romain Du postliminium, Thèse Bordeaux, 1881, P. 33 et s. (٣)

"in pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium, neque fœdus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostra ad eos pervenit, illorum fit, et liber hominister ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat Hoc quoque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est". Cité par IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit., P. 51. (٤)

وفي إطار هذا، ذهب جانب من الفقه إلى أن نظرية تخطي الحدود لا يمكن تطبيقها كقاعدة عامة إلا في حالة الحرب، وليس في أي وقت آخر تماشياً في ذلك مع ما قاله الفقيه بومبنيوس^(١). واستثناء من تلك القاعدة العامة، فإن نظرية تخطي الحدود كان يمكن تطبيقها في وقت السلام، وذلك بالنسبة للشخص أو الشيء على السواء حين عودتهما من لدن أحد الشعوب التي لم تكن تربط بينها وبين روما أي علاقات صداقة أو مودة^(٢). بيد أنه في الوقت الذي تتوقف فيه العداوة بين الطرفين المتحاربين بموجب اتفاقية هدنة طويلة الأجل، فلم يكن بالإمكان المطالبة بتطبيق نظرية تخطي الحدود خلال مدة الهدنة^(٣).

يضاف إلى هذا، ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه من ضرورة توافر شرطين لتملك أشياء وممتلكات العدو وكذلك أسرى الحرب، أولهما أن تكون الحرب بين أمتين أو شعبين، وثانيهما أن يكون هناك إعلان للحرب قد تم وفقاً للطقوس والشكليات المحددة بموجب قواعد القانون العام الروماني، وهذا ما يعرف بالحرب النظامية أو العادلة^(٤).

وبناءً على ذلك، فإن حق الأسر أو السبي - وفقاً لما ذهب إليه الفقيه أوليبان - لا يمكن وجوده في حالات الصراعات والانشقاقات المدنية الداخلية، كما لا يمكن وجود هذا الحق على ضوء ما نص عليه القانون رقم (١٩) الوارد بالموسوعة في حالة السلب أو الخطف الواقع من قراصنة البحار أو قطاع الطرق^(٥).

(١) FOUCAULT (P.), Du postliminium en droit romain, Thèse paris, 1883, p. 17 et s.; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 13 et s.; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Thèse Paris, 1873, P. 22.

(٢) JOSSELIN (F.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., P. 37 et s.; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 14.

(٣) IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit., P. 51 et s.; LèVY-BRUCHL (H.), Quelques proplèmes du très ancien droit romain, Paris, 1924, P. 41; JOSSELIN (F.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., P. 38; FOUCAULT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., P. 18; MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postiminium, Thèse Rennes, 1878, P.17.

(٤) GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Thèse Paris, 1888, P. 22 et s.; DEMANGEAT (CH.), Cours élémentaire de droit romain, T.I, Op. Cit., P. 151; LAURENON (L.), étude sur l'extradition précédée de la Théorie du postliminium en droit romain, Op. Cit., P.10 et s.; DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., P. 14.

(٥) DE BENAZE (L.), Op. Cit., P. 15.

ومؤدى هذا، أن الجنود الذين يتم أخذهم في حرب مدنية لا يُعدّون أسرى حرب، وكذا الجنود الذين يتم أسرهم عن طريق قراصنة البحار أو من قبل عصابات غير نظامية؛ حيث إن هؤلاء جميعاً كان يتم اعتبارهم غائبين وليسوا أسرى حرب؛ وحيث هم كذلك فيمكن تعيينهم كأوصياء، كما يمكن استدعاؤهم أيضاً لشغل الوظائف العامة. وخلافاً لذلك، فالجندي الذي يتم أسره عن طريق الأعداء في حرب نظامية لا يمكن أن يحتفظ بالوصاية التي كان يمارسها ولا يُعدّ من بين المواطنين، وتظل حريته مقيدة برجوعه إلى بلاده مرة أخرى^(١).

وتأسيساً على ماسبق، فإن ثمة حالتين يمكن أن يوجد فيهما أسرى حرب وفقاً لقواعد القانون الروماني، الأولى اندلاع حرب نظامية كاملة، والثانية حدوث بعض المناوشات الحربية البسيطة.

بيد أنه يجب في هاتين الحالتين سالفتي الذكر أن تكون هذه الحرب النظامية أو تلك المناوشات الحربية واقعة من أمة ضد أمة أخرى. والحالة هذه، فإن فائدة هذه الملاحظات تتمثل في أن جميع رعايا هاتين الأمتين المتحاربتين يمكن أن يكونوا غنائم حرب للطرف المنتصر، يستوي في ذلك الرجال والنساء والأطفال، فكل هؤلاء يكونون إثر ذلك أسرى حرب^(٢).

المطلب الثاني

استثناء السفراء من الوقوع في براثن الأسر

استلزمت المقتضيات الدولية السائدة لدى شعوب العالم القديم استثناء السفراء آنذاك من الوقوع في الأسر، وما يبرر هذا الاستثناء هو الطبيعة المقدسة التي يجب إضفاؤها على مبعوثي وسفراء إحدى الدول لدى الدول الأخرى^(٣).

ويقتضي ذلك بطبيعة الحال تمتع هؤلاء السفراء بالأمان على أراضي الشعب أو الدولة المبعوثين إليها، كما يلزم عودتهم إلى مسقط رأسهم دون تعرضهم لأي نوع

(١) DEMANGEAT (CH.), Cours élémentaire de droit romain, T.I, Op. Cit., P. 151; DE BÉNAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., P. 16 et s.

(٢) JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminum, Op.Cit, p. 6 et s.; CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Op. Cit., P.41; DE BÉNAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., P. 14 et s.

(٣) REVON (M.), Droit Romain, Le droit de la guerre sous la République romaine, Thèse Paris, 1891, P. 110 et s.

من الإيذاء، ولا ينبغي التذرع بأي حجة أو ذريعة لإسقاط هذا الحق بالنسبة للسفراء، أو يتم التصرف معهم على نحو يتعارض ومبدأ حسن النية^(١).

ولعل ذلك يرجع إلى أهمية دور هؤلاء السفراء في إقامة علاقات دبلوماسية بين الشعوب، وكذلك فيما يتعلق بدورهم في وضع أطر تنظيمية لكل المسائل والإشكاليات الناشئة عن الحرب، فهذه الأخيرة يلزم أن تخضع بشكل غالب للمفاوضات بين المتحاربين^(٢).

وفي حالة مخالفة تلك التقاليد الدولية، فإن القاعدة السائدة كانت تقضي وقتذاك بتسليم من قام بالاعتداء أو بإهانة أحد السفراء الأجانب إلى الشعب العدو ليقصص منه. ومراعاة لهذه الاعتبارات الدولية، فقد ذهب الفقيه بومبنيوس إلى تطبيق ذات القاعدة سالفة الذكر بشأن الانتهاك أو الاعتداء الواقع على السفراء الأجانب المرسلين إلى روما بعد إعلان الحرب، وإلا فإن أخذ هؤلاء كأسرى حرب كان يُشكّل خرقاً جسيماً لقانون الشعوب^(٣).

وفي هذا السياق يقول أستاذنا الدكتور محمود السقا: "ومما هو جدير بالتنويه أن قواعد القانون الروماني ذاته هي التي كانت تحدد شروط حماية السفراء بها وتأكيد أمر حصانتهم الدبلوماسية وكان اتجاه النصوص في هذا المضمار آتياً كما يقرر الرومان ابتغاء تحقيق إدارة حازمة والقيام بالتزاماتها الدولية"^(٤). وفي موضع آخر قال سيادته: "...فإن أي اعتداء على شخص السفير كان يوقع المعتدي أيّا كانت صفته تحت طائلة قانون الشعوب..."^(٥).

(١) GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 32.

(٢) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 15 et s.)

(٣) REVON (M.), Le droit de la guerre sous la République romaine, Op. Cit., P. 110 et s.; GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 34 et s.

(٤) د. محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا في نطاق فلسفة المدينة العالمية، مجلة مصر المعاصرة، السنة الخامسة والستون، العدد ٣٥٨، أكتوبر، ١٩٧٤م، ص ٨٠.

(٥) د. محمود السقا، العلاقات الدولية الرومانية خلال عصر الإمبراطورية العليا، المرجع السابق، ص ٨١.

المطلب الثالث

مدى إمكانية أسر رعايا الحلفاء

اختلف شُرَّاح القانون الروماني فيما بينهم حول مدى إمكانية أسر رعايا الحلفاء من قبل الرومان، أو أسر المواطنين الرومان عن طريق الشعوب الحليفة لروما. وقد تمحور اختلافهم هذا حول أربعة آراء، نعرض لها على النحو الآتي:

- **الرأي الأول:** ذهب أنصاره إلى عدم القبول بوجود أسرى حرب إذا كانت هناك اتفاقيات معقودة بين دولتين متعاقبتين معاً، سواء باتفاقيات صداقة، أو باتفاقيات ضيافة، أو باتفاقيات تحالف. ذلك أن وجود مثل هذه الاتفاقيات كان يمنع بدوره من وقوع أسرى حرب تابعين للدول المتعاقدة في وقت السلم^(١).

- **الرأي الثاني:** ذهب مؤيدوه إلى إمكانية أسر الروماني عن طريق حلفاء روما أو العكس، استناداً في ذلك إلى ما ذكره الفقيه الروماني Proculus في الموسوعة. وبرغم ما قاله هذا الفقيه من أن الشعوب الحليفة ذاتها ليسوا أعداءً لروما، بل هم شعوب أحرار، إلا أنه قد ذهب في هذا الإطار إلى القول: "متى أصبح أحد من مواطنينا أسيراً أو عبداً لدى أحد الشعوب الحليفة، فإنه متى عاد إلى منازلنا، فإنه يستعيد حريته بموجب نظرية تخطي الحدود"^(٢).

- **الرأي الثالث:** ذهب أنصار هذا الرأي - استناداً إلى عين ما ذهب إليه الفقيه كوجاس في هذا الصدد - إلى التمييز بين ثلاثة أنواع من الاتفاقيات: أولها اتفاقيات التحالف المعقودة على قدم المساواة بين روما وغيرها من الشعوب، وذلك عقب حرب نشبت بينهما. وثانيها الاتفاقيات التي يترتب عليها خضوع الطرف المهزوم في الحرب لسلطة المنتصر، وهي ما يطلق عليها اتفاقيات الاستسلام. وثالثها اتفاقيات التحالف والصداقة المعقودة بين روما وغيرها من الشعوب التي لا توجد بينها وبين روما أي علاقات عدائية^(٣).

(١) FOUCAULT (P.), Op. Cit., p. 18; LAURENON (L.), Op. Cit., p. 17; JOBIN (X.), De la captivité et du postliminium, Op. Cit., p. 11.

(٢) MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postiminium, Thèse Rennes, 1878, P. 12; DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 25; LAURENON (L.), étude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 31; CHOTARD (A.), Droit romain, Des prisonniers de guerre, Op. Cit., p. 4 et s.

(٣) LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit. p. 27; FOUCAULT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 19.

وقد قرر أنصار هذا الرأي على ضوء تصنيفهم المذكور أن الشعوب التي سلّمت نفسها طواعية لروما تحت ذريعة التحالف معها، لم تكن تتمتع في واقع الأمر إلا بحريتها مثلها في ذلك مثل المستسلمين تحت قوة السلاح. ومن ثم إذا أقدم رعايا هذه الشعوب المتحالفة مع روما على حمل السلاح ضد الأخيرة، صاروا إثر ذلك متمردين وليسوا أعداء^(١). وبصفتهم هذه، كانت تُطبق عليهم قواعد قانون العقوبات الروماني وليس قواعد قانون الشعوب. وهؤلاء أيضاً إذا أسروا بعض المواطنين الرومان، فإن هؤلاء الآخرين لا يعدون إثر ذلك أسرى الحرب^(٢).

– الرأي الرابع: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الشعوب الحليفة رغم أنها كانت تحتفظ بسيادتها أو بحكمها الذاتي، إلا أن هذا الاستقلال لا يعني أن تلك الشعوب كانت على قدم المساواة مع روما، بل كان استقلالها هذا يحمل في طياته التبعية أو الموالاة من جانبها تجاه روما. والحالة هذه، وحيث تكون هناك حرب حقيقية بينها وبين روما كان مقاتلو الحلفاء يُعدّون إثر ذلك أعداء لها، ومن ثم يجوز أسرهم، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، إذا أقدم الحلفاء على أسر الرعايا الرومانيين، فإن هؤلاء الأسرى كانوا يتمتعون حينئذ بتطبيق نظرية تخطي الحدود عليهم حال عودتهم إلى مسقط رأسهم^(٣).

المبحث الثاني

النظرية الرومانية بشأن مصير أسرى الحرب

تمهيد وتقسيم:

على نحو ما أشرنا من قبل، فقد استلزم شُراح القانون الروماني توافر شرطين أساسيين بغية الاعتراف بوجود أسرى حرب وفقاً للقانون الروماني: أولهما، نشوب حرب نظامية عادلة بين أمتين أو شعبين، وثانيهما أن يتم إعلان تلك الحرب على نحو

(١) JOBIN (X.), De la captivité et du postliminium, Op.Cit, p. 11; MARIN (C.), Droit romain, Théorie du Postiminium, Op. Cit., P. 12 et s.

(٢) FOUCAULT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 15.

(٣) JOSSELIN (F.), Droit romain Du postliminium, Op. Cit., p. 37. et s.; WHEATON (H.), Histoire des progrès du droit de gens en Europe et en Amérique depuis la paix de westphalie jusqu' à nos jours, Allemagne, 1865, p. 23; CHOTARD (A.), Droit romain, Des prisonniers de guerre, Op. Cit., p. 5; DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., p. 28.

يتفق وصحيح القانون العام الروماني، بمعنى أن يكون ذلك الإعلان مستوفياً جميع الطقوس المرعية، وكذا الشكليات المقررة بموجب القانون المذكور.

وترتيباً على ذلك، نعرض عبر صفحات المبحث الثاني للنظرية الرومانية بشأن مصير أسرى الحرب، وذلك في مطلبين متتابعين، نتكلم في المطلب الأول عن مضمون النظرية الرومانية بشأن مصير أسرى الحرب. أما المطلب الثاني، فنخصصه لبيان أساس النظرية الرومانية في هذا الشأن، وفيما يلي عرض ذلك شرحاً وتفصيلاً:

المطلب الأول

مضمون النظرية الرومانية بشأن مصير أسرى الحرب

يتمحور حديثنا في هذا الصدد حول المبدأ العام الذي تركز عليه النظرية الرومانية بشأن مصير أسرى الحرب الأجانب لدى روما، ثم نعقب ذلك بما ورد على هذا المبدأ من استثناءات، وذلك على النحو الآتي:

– المبدأ العام: المنتصر بالخيار بين قتل أسيره أو استرقاقه:

ساد لدى الرومان وجنرالاتهم لوقت طويل الاعتقاد بأن حق الحياة أو الموت يتمتع به المنتصر على شخص المهزوم^(١)، وإن اتخذ صورة أكثر فداحة في عصر الأباطرة، تجلّى أثرها – حسب ما ذكر المؤرخون – في قتل سكان مدينة يوزبيه على يد جنرالات الرومان.

ففي عام ٤٩م، في ظل عهد الإمبراطور كلود، وضع أحد فرسان الرومان ويدعى جوليوس أكويليا مقعداً أمام مدينة يوزبيه، ففزع السكان من ذلك، وطلبوا أن يعفوا عنهم ولو بتقديمهم كعبيد إلى أشخاص أحرار، وتسليم عشرة آلاف من بين سكانها كأسرى حرب. وقد رفض أكويليا هذا المقترح لأسباب عدة، منها اعترافهم الدائم بالجميل للبربري، ولصعوبة الاحتفاظ بهم كأسرى، ولذلك آثر إبادتهم تماشياً في ذلك مع ما يقضي به قانون الحرب، فضلاً عن نهب وسلب خيرات هذه المدينة^(٢).

وقد حكى المؤرخ تاكيتوس عن وجود مثل هذا الحق المأساوي والقاسي، الذي

(١) MèRIMèE (P.), è tudes sur l'histoire romaine, T.2, conjuration de catilina, Paris, 1844, p. 284.

(٢) CORNELIUS (T.), Ouvers complèletes de Tacite, Traduite en Français par BURNOUF (J.L.), Paris, 1858, P. 243.

كان يُجيز للمنتصر قتل المهزومين دون شفقة ورحمة، ودون محاولة منه لإيجاد مخرج من شأنه إنقاذ حياتهم من الدمار والهلاك^(١).

مثل هذا الحق الذي كان يتمتع به المنتصر تجاه المهزوم لم يكن يعترف به من وجهة النظر الرومانية وكمبدأً أساساً إلا في حالة وجود حرب عادلة سبق إعلانها على نحو يتم فيه استيفاء جميع الشكليات التي يُقرها القانون العام الروماني، اتباعاً في ذلك لمبدأ حسن النية الذي كان مُهيمناً على العلاقات الدولية، والذي كان يقضي بعدم جواز الانتقال من حالة السلام إلى حالة الحرب دون إعلان مسبق لتلك الحرب^(٢).

ورغم أن هذا هو ما يجب أن تكون عليه العلاقات الدولية في كل حرب مستقبلية، إلا أن المتأمل في ضروب مختلف الحروب التي نشبت بين روما وغيرها من شعوب ومجتمعات العالم القديم، يجد أنها قد اندلعت دون التزام من قبل الأطراف المتحاربة بما يُوجبه مبدأ حسن النية سالف الذكر، إذ كان الغدر وخيانة الثقة بين شعوب العالم القديم في علاقاتهم الخارجية هي السائدة في أحيان كثيرة، فضلاً عن انتهاك الالتزامات المترتبة عليهم بموجب ما أبرموه معاً من اتفاقيات دولية خاصة بالسلام.

وهذا ما حدث في واقع الأمر من قبل الرومان تجاه السامنيين. وقد بدا ذلك من زاويتين، أولاً عدم اعتراف الجانب الروماني باتفاقية السلام التي أبرمها القنصل الروماني مع زعيم السامنيين. وثانيتهما إقدام روما على شن حرب جديدة في عام ٣٢٠ ق.م ضد السامنيين دون اتباع للشكليات الرسمية المتطلبة لإسباغ تلك الحرب بصفة الحرب العادلة^(٣).

وثمة دليل آخر نجده في الحروب البونية، فحينما التزمت قرطاجة بتسليم أحد قادة الرومان إلى الجنرال Scipion، وعدهم الرومان بأن قرطاجة ستظل حرة، تحكم

(١) BRUCY (J.), Les traités et la réglementation du droit de la guerre, Paris, 1917, p. 11 et s.; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 18; CORNELIUS (T.), Ouvers complètes de Tacite, Op. Cit., P. 243 et s.

(٢) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 22.

(٣) REVON (M.), Le droit de la guerre sous la république romaine, Op. Cit., P. 129 et s.; COQUEUGNIOT (G.), De la conclusion des traités internationaux, Op. Cit., P. 16 et s.; Dynz (C.), la protection du droit sacré, Léna, 1857, PP. 117- 124; BURETTE (D.), Le droit de la guerre chez les Romains, Op. Cit., P. 84; MAGDELAINE (A.), Essai sur les origines de sponsio, Op. Cit., P. 68; GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 41 et s.

نفسها وفقاً لقوانينها الخاصة. وحينما تم تنفيذ المتفق عليه من جانب قرطاجة، تخلف الرومان عن تنفيذ ما وعدوا به، مرتكزين في ذلك على تفسير الاتفاقية بشكل مخالف لما اتفق عليه من قبل؛ حيث قالوا بأن الحرية التي وعدوا بها لا تخص سوى الأشخاص فقط، لذا أمروا بتدمير قرطاجة مخولين لسكانها حق الإقامة في مكان يبعد كثيراً عن البحر، تأسيساً على تفسيرهم بأن كلمة قرطاجة لا تشير إلا إلى جسد سكانها، وليس المدينة ككيان سياسي. ومؤدى هذا، أن الرومان قد أعطوا تلك الاتفاقية تفسيراً يستند في الأساس إلى سوء النية، بما يعني تحررهم مما التزموا به بموجبها^(١).

فالصدق وحسن النية في مجالات العلاقات الدولية لم يكن معولاً عليهما بشكل أساس، سواء في وقت الحرب أو في وقت السلم، أو بالأحرى لم يكن يلتفت إليهما إلا في حالات نادرة. منها مثلاً ما ذكره المؤرخون من أن بيرهوس قد وعد بمعاقة كل من يعتمد بسوء قصد إيذاء الآخرين أو الاعتداء عليهم. في حين قام القنصل دسيوس في عام ٢٧٩ ق.م بحرق جميع من أسره من جنود العدو. وإزاء ذلك، التزم بيرهوس أمام الرومانيين بتقديم هذا القنصل للعدالة للحكم عليه إما بالسجن وإما بالموت، وذلك لأمرين: أولهما يتعلق بتلك المحرقة التي أجبها في أسرى العدو دون مسوغ شرعي يجيز له القيام بذلك، وثانيهما افتعاله حرباً غير عادلة^(٢).

تلك هي ملامح النظرية الرومانية حول المصير المنتظر للأعداء المقاتلين، سواء في إطار الحروب العادلة أو في غيرها من الحروب غير العادلة. فكل من ناوأ روما بالسلاح يجب أن يهلك، وأقصى ما يمكن أن يحلم به من شفقة من جانب روما في هذا الصدد هو أن يتم أخذ المهزوم في الحرب كعبد^(٣).

وقد جرت عادة بعض جنرالات الرومان على الاحتفاظ بأسراهم حتى يوم استقبالهم الاحتفالي في روما، وبعد أن تتم تلك المراسم الخاصة بما تحمله في طياتها من إعلاء لشأنهم ومكانتهم كمنتصرين، كان يتم قتل هؤلاء الأسرى في السجون. ففي عام ٢٢٥ ق.م سحق الجنرال بول إيميلوس الغاليين السيزابليين، وقد تم اقتياد نحو عشرة آلاف منهم إلى روما في مراكب النقل الرومانية المعدة للاحتفال بالنصر،

NIEBUHR (B. G.), Histoire romaine, T.I, Op. Cit., P. 383. (١)

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 24; (٢)
SêGUR (L.-P.), Histoire romaine depuis la fondation de Rome jusqu'à la fin de règne de Constantine, 7è. éditon, paris, 1843, P. 185.

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 19. (٣)

ثم في اللحظة التي دارت فيها مركبة النصر متوجهة نحو الكابيتول، وتحت إشارة من هذا الجنرال، تم توجيه الأسرى الغالين صوب التوليانوم، وفور وصولهم إلى هذا المكان أصدر أوامره بقتلهم جميعاً^(١).

والحقيقة أن الحروب قد احتفظت ولمدة طويلة بهذه الطبيعة القاسية، ففي عام ١٩٧م احتل الإمبراطور سبتيموس سيفيروس المدينة الملكية للبارثس وهي مدينة ستيزفون، وقد تم اقتياد عشرة آلاف أسير منهم إلى روما، وحول قوس الاستقبال المُعدُّ للإمبراطور سبتيموس سيفيروس في روما للاحتفال بانتصاره على شعب البارثس، تم توثيق هؤلاء الأسرى بعضهم ببعض عبر سلاسل حديدية قوية بشكل يصعب معه فرارهم أو هروبهم، وذلك انتظاراً لإصدار ذاك الإمبراطور أوامره بشأنهم، وعقب انتهاء ذلك الاحتفال أصدر أمره إلى معاونيه بقتل جميع الأسرى^(٢).

وقد ذكر فقهاء الرومان القدامى أن العادات التي كانت تجري في هذا الشأن تمثلت في قتل أسرى الحرب في البدء تأسيساً على كونهم أعداء، ثم أيلولة مصيرهم إلى الوقوع في براثن الرق، بمعنى أنهم كانوا يصيرون عبيداً^(٣). وقد أشار الإمبراطور جوستنيان في مدونته إلى أن الحرب كانت أحد مصادر الرق، حيث قال في هذا الشأن: " أما قانون الشعوب فهو مشترك بين جميع شعوب الجنس البشري: إذ مطالب الإنسان وحاجاته في الحياة اضطرت الشعوب إلى خلق بعض ضروب من الأنظمة. فالحرب مثلاً تولّد عنها نظام الأسر والرق..."^(٤).

وإذا كانت الحرب في واقعنا المعاصر تندلع من أجل فرض نهج معين بصد

(١) MèRIMèE (P.), études sur l'histoire romaine, T.2, Op. Cit., P. 281 et s.; DURUY(V.), Histoire des romains, T. I, Op. Cit., P. 330 et s.; GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 46.

(٢) CANTU(C.), Histoire universelle, T.3, Bruxelles, 1845, P. 39; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 20 et s.

(٣) WALLON (H.), Histoire de l'esclavage dans l'antiquité, T. II, Paris, 1879, P. 6; DEMANGEAT (CH.), Cours élémentaire de droit romain, T.I, Paris, 1864, P. 151; CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Op. Cit., P. 46; JOBIN (X.), Droit romain, De la captivité et du postliminum, Thèse Nancy, porrentruy société typographique, 1889, P. 1 et s.; LAURENON (L.), étude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminum en droit romain, Thèse Grenoble, 1872, P. 3; DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Thèse Douai, 1881, P. 10.

(٤) مدونة جوستنيان، (١- ٢- ٢).

مسائل محددة من طرف على طرف آخر. فالحال كان خلاف ذلك في العصور القديمة، إذ كانت تنشأ الحرب بين شعوب العالم القديم من أجل البقاء أو من أجل الحفاظ على الوجود^(١)، فهي إذ تندلع بين شعبيين فلا تهدأ إلا بإبادة أحدهما أو تدميره، واقتياد المهزوم لخدمة المنتصر، بمعنى آخر يُصبح المهزوم إثر ذلك عبداً لسيده المنتصر^(٢).

ولم يقتصر الأمر على المحاربين الذين تم أخذهم كأسرى حرب، بل كان يجب معاقبة الشعب المهزوم بأكمله دون تمييز بسبب السن أو الجنس، وذلك جرّاء هزيمة من يحارب لمصلحته. وكثيراً ما أقدم الرومان في حروب شتى على معاملة أسراهم معاملة قاسية ومهينة، إذ كانوا يُعاملونهم مثل العبيد في خدمتهم، وفي أحيان أخرى كانوا يقومون ببيعهم إلى شعوب أخرى^(٣).

– الاستثناءات الواردة على المبدأ العام بشأن حق المنتصر تجاه أسرى الحرب:

إذا كانت القاعدة التي أسلفنا ذكرها تقضي بأن المنتصر كان بالخيار بين قتل أسرى الحرب أو تركهم أحياء كأرقاء، فالتساؤل هنا هل كل أسير حرب لا يتم قتله يقع تبعاً لذلك في برائن الرق، ذهب جانب من الفقه إلى وجود استثناءات على مبدأ الوقوع في الرق، ذلك أنه ليس بالضرورة وقوع جميع الأسرى ممن لم يتم قتله في برائن الرق، ففي العصور الأولى لروما كانت توجد حالات – وإن كان وجودها أمراً نادراً – يكون فيها الشعب المهزوم مزيجاً بالشعب الروماني، ومن ثم كان ذاك الشعب يتمتع بنفس حقوق الرومان. وخير مثال على ذلك، الشعب الألباني الذي مُنح حق التمتع بحقوق المواطنين الرومان^(٤).

أما في الحالات الأخرى، فقد كان يُحكم على المحاربين المهزومين – كبديل عن

(١) BRUCY (J.), Les traités et la réglementation du droit de la guerre, Op. Cit., P. 13.

(٢) COMBES-DOUNOUS (J.J.), Histoire des guerres civiles de la république romaine, T.2, Op. Cit., P. 347: Il a dit que "L'esclavage est une institution du droit des gens, par la quelle un individu est soumis à la supreme puissance d'un autre contre la loi de la nature; car la nature fait tous les hommes libres. mais dans les chances des combats, la victoire inventa la servitude. la loi de la guerre vait en effet que la vaincu devienne la propriété du vainqueur". GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 42.

(٣) WHEATON (H.), Histoire des progrès du droit de gens, Op. Cit., P. 23.

(٤) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 21.

وقوعهم في براثن الرق - ببعض العقوبات المقررة بشأن ارتكاب أعمال شائنة، ثم يتم إرسالهم بعد تنفيذهم لتلك العقوبات إلى مسقط رأسهم. وهذا ما حدث في حرب روما ضد الساميين، ففي عام ٣٢١ ق.م، كان الجيش الروماني محتجزاً عن طريق الساميين في مدينة جوديوم، وقد أوشك على الهلاك. وإثر ذلك تدخل القنصل الروماني، إنقاذاً منه لهذا الوضع المتردي الذي آل إليه الجيش الروماني، طالباً من رئيس الساميين المدعو هيرنيوس بونتيوس عقد اتفاقية للسلام^(١).

وفي هذا الصدد، ذهب بعض من الفقه إلى القول بأن الرومان قد انسحبوا من تلك الحرب بعد توقيعهم السلام مع الساميين، والتي من خلالها تم إنقاذ حوالي أربعين ألف جندي روماني من الهلاك، فضلاً عن إنقاذهم من الإذلال والمهانة التي تعرضوا لها خلال فترة الحصار. بيد أنه قد اشترط على الجنود الرومان أثناء انسحابهم إلقاء أسلحتهم والسير في طريق مُعين. وقد بدا هذا المشهد الذي ظهر عليه جنود الرومان كما لو كانوا جناة يُنفذون عقوبةً ما جريرة ما ارتكبوه من عمل شائن في حق الساميين^(٢).

ورغم أهمية تلك الاتفاقية، لاسيما من منظور ما ترتب على انعقادها من نتائج إيجابية لصالح الجيش الروماني، إلا أن مجلس الشيوخ الروماني قد رفض التصديق عليها بحجة أنه قد تم إبرامها من الجانب الروماني دون تفويض من جانب مجلس الشيوخ أو الشعب الروماني. ونظراً لذلك، فقد تم تسليم القنصل الروماني ومن شاركه إبرامها من محامي الشعب إلى الساميين.

ولعل تبرير هذا المسلك من الجانب الروماني هو تحرير إرادة الشعب وضميره من الالتزام بهذه الاتفاقية التي أبرمت دون تفويض مسبق من جانبه، فضلاً عن عدم وجود سبب إلهي أو إنساني يحظر إعادة البدء في حرب عادلة وشرعية^(٣).

ولم يهدأ الرومان منذ ذاك الحين إلا بشن حرب جديدة في عام ٣٢٠ ق.م على

(١) ALTMEYER (J.J.), Précis de l'histoire ancienne, Bruxelles, 1837, P. 355; GROTIUS (H.), Le droit de la guerre et de la paix, Op. Cit., P. 252; DUPONCHEL (A. A.), Histoire des grèce et d'Italie depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, Paris, 1846, P. 263.

(٢) GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 47; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 21.

(٣) BURETTE (D.), Le droit de la guerre chez les romains, Thèse Paris, 1888, p84.

الساميين، تبلور هدفها الأساس في الثأر والانتقام من هؤلاء بسبب الإهانة والمذلة التي تعرّض لها جنود الرومان على أيديهم، وقد كان النصر في تلك الحرب حليف الجيش الروماني بقيادة الجنرال بابيريوس، والذي تمكّن خلالها من أسر سبعة آلاف محارب، كان على رأسهم الزعيم الساميني هيرنيوس، وقد أُجبروا جميعاً على الخضوع للحكم الروماني^(١).

المطلب الثاني

أساس النظرية الرومانية بشأن مصير أسرى الحرب

على نحو ما أشرنا من قبل، فإن فحوى النظرية الرومانية بشأن أسرى الحرب يتمثل في جواز قتلهم أو وقوعهم في براثن الرق، تأسيساً على حق الحياة أو الموت الذي كان يتمتع به الطرف المنتصر على الطرف الآخر المهزوم، فالمنتصر وفقاً لهذا الحق كان يُمكنه قتل المهزوم، فإذا لم يفعل، كان له حينذاك تركه على قيد الحياة بشرط أن يخدمه خلال ما تبقى له من أيام عمره.

والحقيقة أن هذا هو أقصى ما كان يمكن أن يحلم به الأسير من جانب المنتصر، إذ لم يكن للمهزوم - لاسيما إزاء المصير الآخر الأكثر هلاكاً له وهو القتل - أن يطلب من المنتصر سوى تركه على قيد الحياة^(٢). وهذا يُعد في نظر البعض تطوراً يتسم بالروح الإنسانية في معاملة أسرى الحرب^(٣).

ثم ما لبث أن تطور الأمر بشأن هذا الواقع الأليم لأسرى الحرب في روما، وهو إمكانية أن يُعاد إلى الأسير حريته بدلاً من نزع حياته أو وقوعه في براثن الرق^(٤) على نحو ما سنذكر لاحقاً. وما يهنا في هذا الصدد هو الحديث عن مدى إمكانية تبرير تلك الممارسات القديمة تجاه أسرى الحرب، وبالأحرى إذا كان المنتصر يملك على المهزوم حق الحياة أو الموت، فالتساؤل هنا يثور حول أساس هذا الحق.

ذهب جانب من الفقه إلى أن حق المنتصر في قتل أسيره المهزوم في الحرب أو

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 22. (١)

GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 49. (٢)

CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Op. Cit., p. 46; DESCHODT (P.), Du postliminium en droit romain, Op. Cit., P.10. (٣)

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 24. (٤)

تركه حياً مثل الرقيق، كان يستند إلى قواعد قانون الشعوب التي كانت تُجيز انتزاع حياة الأسير أو الاكتفاء بسلب حريته فقط^(١).

بينما ذهب غالبية الفقهاء والشرّاح إلى أن حق المنتصر على المهزوم يستند في أساسه إلى حق الدفاع الشرعي، فبقدر الخطر المحدق بالمنتصر، فهو يملك الحق في أن يُدافع عن نفسه ويسلب حياة العدو الذي أراد التعدي على ذاته.

بيد أن هذا الحق كان يتوقف في اللحظة التي يستحيل فيها على المهزوم إيقاع الضرر به. ومنذ أن يطلب المهزوم العفو أو الأمان، فإن المنتصر ينبغي أن ينظر إلى المهزوم على كونه نظيراً له، ليس له عليه حق الدفاع الشرعي سالف الذكر، وتبعاً لذلك لا يملك المنتصر حيال المهزوم حق القتل، إذ لا يمكن تبرير حق الحياة أو الموت بعد إتمام النصر من جانب المنتصر على المهزوم^(٢). فضلاً عن ذلك، كان من غير المنطقي إمكانية ادعاء المنتصر بحق قتل خصمه تحت ذريعة حالة الضرورة، لاسيما وأن المنتصر قد خرج حينئذ سالماً من المعركة دون أن يُلحق به ضرر. والحالة هذه، يثور التساؤل الآتي: هل يظل خصمه الأسير - حين يخرج ذاك المنتصر من المعركة سالماً دون ضرر - على قيد الحياة؟

أجاز الفقيه جروتوس استرقاق أسرى الحرب، وذلك لأن المهزومين يجب أن يخضعوا كقاعدة عامة تحت تصرف المنتصر، آخذين في اعتبارهم المصير الذي ينتظرهم في حالة الأسر. على أن ثمة شرطاً أساسياً ينبغي توافره حتى يكون تصرف المنتصر تجاه الطرف المهزوم مبرراً من الناحية القانونية، وهو وجود حالة الضرورة، فإذا أقدم المنتصر على اتخاذ هذا التصرف أو ذاك حيال المهزوم مع انتفاء حالة الضرورة، عُذَّ مجزماً إذ ذاك بنزعه حياة الأسير أو بسلبه حريته، وذلك لمنافاة تصرفه في الحالة المذكورة مع مقتضيات مبدأ المشروعية.

ذهب جان جاك روسو، فقد ذهب - خلافاً لما ذهب إليه البعض - إلى أنه ليس حقيقة أن قانون الشعوب قد أجاز وقوع أسرى الحرب في براثن الرق حالة عدم قتلهم من جانب المنتصر، ذلك لأن هذا القانون لا يجيز القتل إلا في حالة الضرورة. والحالة

(١) CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Op. Cit., P. 45; DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., P. 10.

(٢) DESCHODT (P.), Op. Cit., P. 10; LAURENON (L.), étude sur l'extradition précédée de la théorie du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 4.

هذه، لا يمكن للمنتصر المطالبة بقتل الإنسان الذي وقع في يده أسيراً بحجة أن لديه حالة ضرورة تدفع لقتله^(١).

في حين ذهب مونتيكيو إلى جواز القتل، سواء أثناء الحرب أو في حالة الضرورة، ولكن لحظة وقوع الإنسان في يد آخر كأسير فلا يمكن للأخذ التذرع آنئذ بأنه كانت لديه ضرورة لقتل أسيره، لاسيما وأن الأخير لم يعد يملك من أمره شيئاً، كما لم يعد بمقدوره ارتكاب فعل ما ضده^(٢). ذلك أن أي قانون يُجيز وجود أسرى نتيجة للحروب، فهو يؤمن في ذات الوقت حياتهم، فضلاً عن حمايتهم من أي ضرر أو اعتداء. وعلى هدي ذلك، ينبغي بعد انتهاء الحرب إعادة من أسر من جنود الطرف المهزوم إلى بلادهم^(٣).

المبحث الثالث

طبيعة معاملة أسرى الحرب الأجانب في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

في ظل القانون الدولي المعاصر، يعتبر الأسير تحت يد الدولة ذاتها التي أسرتة والتي تعد مسئولة عنه، ولا يعتبر بأي حال من الأحوال تحت يد الوحدات العسكرية أو تحت يد الأفراد المدنيين الذين قبضوا عليه. وخلال فترة الأسر، فإن الأسير يتمتع ببعض الحقوق والضمانات التي جرى العرف عليها أو تلك التي نصت عليها اتفاقية جنيف الثالثة لسنة ١٩٤٩^(٤).

والحقيقة أن النظام القانوني الذي وضعته اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب يُعد نظاماً متكاملاً؛ حيث كفلت حقهم في الحماية من أفعال الاعتداء على الحياة وعلى سلامة الجسم أو الشرف أو الاعتبار، مع تقرير مسئولية الدولة الأسيرة للمحافظة عليهم وإعاشتهم في معسكرات تتوافر فيها الشروط الصحية والخدمات الطبية اللازمة، فضلاً عن السماح لهم بأداء شعائهم الدينية^(٥).

(١) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 26.

(٢) CROS (L.), Condition et Traitement des Prisonniers de guerre, Op. Cit., P. 44.

(٣) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 26.

(٤) د. عبد الواحد محمد يوسف الفار، أسرى الحرب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ص ١٧٩.

(٥) د. رياض صالح أبو العطا، قضية الأسرى في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٥٥.

بيد أنه في مقابل ما يتمتع به الأسرى من حقوق، فإن ثمة واجبات يلزم عليهم التقيد بها، لاسيما من حيث خضوعهم لقوانين الدولة الأسيرة ونظمها المطبقة على قواتها المسلحة^(١). وكل تمرد من جانبهم يبيح توقيع الجزاءات المناسبة عليهم، شريطة ألا تتعدى هذه الجزاءات ما هو مقرر لأفراد جيوش هذه الدولة. ويحرم توقيع عقوبات جسمانية على الأسرى، كما يحرم حبسهم في أماكن لا يدخلها ضوء النهار أو استعمال القسوة معهم في أية صورة أو تطبيق عقوبات جماعية عليهم جرّاء أفعال فردية^(٢).

والمأمل في واقع التاريخ الروماني، يجد ثمة حروب قد حملت في طياتها الكثير من القسوة والوحشية من جانب المحاربين أو من جانب أمة ينتمي إليها أمثال هؤلاء ضد أمة أخرى. فالشجاعة غير المرتكزة على أساس من الحق كانت تدفع أصحابها - حسب ما يقول البعض - إلى عدم احترام قواعد الشعوب التي كانت ترسي مبدأ الاحترام المتبادل بين الشعوب؛ حيث كان ينجم عنها ارتكاب جريمة في حق الشعوب التي تدافع عن نفسها ضد أي محتل لأراضيها^(٣).

ففي حرب الرومان ضد الغالين السيزابليين، رأينا ما أقدم عليه الرومانيون من ذبح عشرة آلاف من أسرى الغالين قرب التوليانوم، وذلك عقب الانتهاء من الاحتفالات الخاصة بالنصر الذي حققه الجنرال بول إيميلوس. وبمرور بعض السنوات قام القنصل مارسيليوس في الحرب ضد الجساتيين بقتل ملك الفردومار وحصل على شرف الاستقبال الاحتفالي بالنصر. يضاف إلى هذا، أن أسرى الغالين كان قد تم جرّهم في موكب النصر، بعضهم تم إلباسه ثوب النساء، وبعضهم كان يُهين نفسه بالغناء بفرح عن أمله ووجعه، ولإنهاء الحفل على نحو يُعجب الرومان، تم ذبح أسرى الغالين^(٤).

وقد عبّر المؤرخ الغالي "أمديه تيري" عن هذا الواقع الأليم بشكل مؤثر، حيث قال "منذ وصول موكب النصر، كان يبدأ بالدوران في ميدان روما بالقرب من معبد الكابيتول. ثم يُعطي مارسيليوس الإشارة، ونخبة من الأسرى الغالين كان يتم اقتيادها

(١) د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١١٩ وما بعدها.

(٢) د. علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص ٧١٧.

(٣) GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 52 et s.

(٤) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 27.

في حبس في مكان تعد فيه الفؤوس والمراجل الموثوقة، عقب ذلك يذهب الموكب تبعاً للأعراف المتبعة إلى الكابيتول للانتظار هناك في معبد جوبتر، ثم يُعلن القارئ خبراً فحواه أن الغالين قد هزموا. وبقيّة اليوم يتم قضاؤه في فرح وسعادة واحتفالات، واليوم التالي يبدأ فيه الخطباء سواء من مجلس الشيوخ أو من مجلس الشعب بتلاوة بعض العبارات والكلمات بشأن التصرف الذي يجب اتباعه ضد هذا الجيش الذي كان يجب إبادته، نظراً لأنهم داوموا أو دأبوا على قتل أسراهم، بل وكانوا يُقدّمونهم كقرايين بشرية إلى آلهتهم^(١).

ثمة شعوب أخرى غير الرومانيين قد آل حالها إلى معاملة أسرى الحرب لديها معاملة قاسية على غرار ما كان يحدث مع أسراها لدى شعوب الأعداء، وخير مثال على ذلك شعوب الـ Lusitaniens أولئك الذين كانوا يتسمون بالميل الشديد نحو القتل وسفك الدماء، فتلك الشعوب قد وصلت بها القسوة إلى قطع اليد اليمنى لأسرى الحرب لديها من أجل تقديمها كقربان إلى الآلهة.

يضاف إلى هذا، أنه بعد معركة أورانج التي اندلعت في عام ١٠٥، حيث كان الجيش الروماني يحارب، قام السمبريسيون بقتل كل من ساعدهم على النصر وتقديمهم كقرايين إلى الآلهة. فالأسرى من الأشخاص المدنيين كان يتم قتلهم، أما الأسرى المحاربون فقد كانوا يلقون حتفهم، وذلك بإلقائهم في نهر الـ Rhone علاوة على ذلك، قام الملك ميثراديتس ملك البونت الذي حاصر السيزيك - والذي حُصر هو نفسه في معسكره عن طريق الجيش الروماني في نهاية المطاف - بأكل أجساد الأسرى الذين وقعوا تحت يده^(٢).

على أن أكثر الحروب وحشية أو بربرية كانت هي الحرب التي نشبت بين روما وقرطاجنة، فبعد هزيمة الأخيرة، تحمّل جنودها بأنفسهم تلك الهزيمة، وقد أصدر الرومان مرسوماً يقضي بأن كل أسير قرطاجني سيهلك من خلال العذاب الذي سيحل به، وأن كل حليف لهؤلاء ستقطع يده. فمثلاً الجنرال هاميلكار قد قام وبشكل انتقامي بإلقاء الجنود الأسرى الذين تم حجزهم في مضيق "Hache" إلى الحيوانات المفترسة كطعام لهم. وقد قتل هذا الجنرال أربعين ألف أسير من الأسرى الذين تمكن من محاصرتهم^(٣). وقد كتب الفقيه بوليب عن هذه الحرب الوحشية - التي حملت اسم

(١) Cité par VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 28.

(٢) Ibid., p. 28 et s.

(٣) MOMMSEN (TH.), Histoire Romaine, T.4, Traduite de l'allemand par DE GUERL (E.), Bruxelles, 1865, PP. 113:121.

حرب لا تغتفر- قائلاً " إنه لا يمكنه سوى القول بأن هذه الحرب كانت تحمل بشكل مؤكد وصفين هما " البربرية والزندقة " (١).

أخيراً، قام الجنرال الروماني أرمينيوس في حربه ضد الجرمان، بإصدار أوامره إلى معاونيه بأن يضربوا جيوش الأعداء في تلك الحرب دون هوادة بحجة أنه ليس ثمة حاجة لوجود أسرى، وألا تنتهي تلك الحرب إلا بتدمير الشعب الجرمانى (٢).

وتأسيساً على ذلك، نتناول هذا المبحث في مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن معاملة أسرى الحرب من جنود الأعداء في روما، بينما نستكشف في الثاني كيفية معاملة أسرى الحرب من الجنرالات وملوك الأعداء في روما، وفيما يلي إيضاح ذلك بالشرح والتفصيل:

المطلب الأول معاملة أسرى الحرب من مقاتلي الأعداء

تمهيد وتقسيم:

جرت سياسة الرومان في حالة عدم قتل أسرى الحروب لديهم إلى إيقاعهم كقاعدة عامة في براثن الاستعباد (٣)، ويظل الأسرى على هذا النحو حتى يتم عتقهم من ذاك الرق، أو استردادهم لحريتهم قبل ذلك بموجب توافر حالة من حالات انتهاء الأسر لدى الرومان على نحو ما سنذكر لاحقاً.

وتأسيساً على ذلك، نتناول موضوع هذا المطلب عبر فروع أربعة، نتكلم في الفرع الأول عن معاملة الأسرى حالة وقوعهم في براثن الرق، ونبين في المطلب الثاني مدى معاملتهم حالة عتقهم من الرق، ونعرب في الفرع الثالث عن معاملة

(١) DURUY(V.), Histoire des romains, Op. Cit., p. 497.

(٢) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 29.

(٣) د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٥٦م، ص ١٧٥؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥م، ص ٢١٢ وما بعدها؛ د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، في الأشخاص والأموال والالتزامات، الطبعة الثانية، ١٩٣٦م، ص ٢٨؛ د. محمد بدر، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول، دون مكان نشر، ١٩٧٤م، ص ٦٣٨، هامش ٢، ص ٦٤٠، هامش ٦؛ د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م، ص ٤٤٨ وما بعدها.

الأسرى المستسلمين. أما الفرع الرابع، فنخصه للحديث عن أسرى المستوطنات، وفيما يلي بيان ذلك شرحاً وتفصيلاً:

الفرع الأول

معاملة أسرى الحرب حال استرقاقهم

ذهب المؤرخون في هذا الصدد إلى أن معاملة الرومانيين لأسراهم الذين وقعوا في براثن الرق كانت تتسم بالقسوة الشديدة، إذ كانوا يُعاقبونهم على الخطأ المرتكب من جانبهم بعقوبة الموت أو الإعدام، مستدلين على ذلك ببعض الوقائع من التاريخ الروماني، منها ما حكاها البعض من أن صديق أغسطس المُلقَّب باسم فيديوس بوليون- كان مُعتقاً قديماً، وقد وصل به الحال إلى امتلاكه ثروة كبيرة في روما- قد تمثل طعامه في بعض الخضروات مع اللحم الإنساني، ذلك أن أغسطس كان يقوم في أحيان كثيرة بإلقاء عبيده حالة صدور أي تصرف خاطئ من جانبهم إلي صديقه هذا كطعام له أو أن يلقي بهم كطعام للحيوانات.

فالعقاب الذي كان يتعرض له العبد كان يحمل من القسوة والوحشية ما لا يمكن وصفه، فحينما قام أحد العبيد بكسر كوب زجاجي في يوم كان يتناول فيه أغسطس طعام العشاء عند صديقه بوليون، فما كان من أغسطس إلا أن حكم علي هذا العبد بالموت، وذلك بإلقائه كطعام للحيوانات المفترسة. وعلى إثر ذلك ألقى العبد بنفسه تحت أقدام الحاكم من أجل الحصول على عفو منه بمعاقبته فقط بنوع آخر من الموت^(١).

ومؤدى هذا، أن الاهتمام بالحياة الإنسانية حينذاك لم يكن أمراً معتبراً، إذ لم يكن المثال سالف الذكر فريداً من نوعه، بل كان تجسيداً للسياسة التي جرت عليها معاملة الأسياد تجاه عبيدهم بطريقة أكثر وحشية وبربرية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، كان يتم استخدام جانب منهم في الأعمال الشاقة، لاسيما الأعمال الزراعية. وآخرون منهم كان يُستعان بهم في اقتياد دوابٍ أسيادهم، ولهذا كان ذاك الصنف من الأرقاء مرتبطاً دائماً بشخص سيدهم في كل أسفاره، وثمة جانب ثالث من هؤلاء العبيد أو الخدم كانوا يمارسون أعمالاً خدمية متنوعة داخل منازل أسيادهم.

يضاف إلى هذا، أن الإغريق الذين قادتهم الحروب إلى وقوعهم أسرى في أيدي الرومان، قد اعتكف جانب منهم على الأعمال الفكرية، حيث كانوا يشتغلون بتدريس الفلسفة والبلاغة وغيرها، فعقلية هؤلاء كانت عقلية مثقفة، ولذلك أنيط بهم تنقيف

VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 35 et s.

(١)

وتعليم الشباب الروماني. فكل الأسر الرومانية التي لديها أسرى إغريق كانوا يستخدمونهم في تربية وتعليم أطفالها شتى أنواع العلوم، وتعريفهم بالأدب والحضارة الإغريقية. بينما اشتغل جانب آخر من أسرى الإغريق بالوظائف الأقل شقاء داخل المنزل، حيث كانوا يخدمون بالحمام وجلب العطور^(١).

أما الأسرى المنتمون إلى شعوب أقل تحضراً والواقعين على حدود الإمبراطورية، فهؤلاء كانوا يقيمون في العراء، كما كانوا يخضعون لنظام صارم، ونظراً لأن هؤلاء كانوا من ذوي الأحجام الكبيرة والقامة العالية، فضلاً عن اتصافهم بالشجاعة في كل محنة، فكان يُسند إليهم بداية القيام بالأعمال الأكثر قسوة، فضلاً عن إجبارهم على المشاركة في ألعاب السيرك التي كانت تستهوي عقول الرومانيين، وكذا المشاركة في المصارعات الدموية التي كانت تحظى بمكانة شرفية لدى الرومان. وهذا ما حدث في مختلف الحروب التي انتصر فيها الرومان مثل حرب الراين والدانوب والإفرات، حيث اقتيد عدد كبير من أسرى تلك الحروب للمشاركة في تلك المصارعات من أجل إسعاد الشعب والملك وإظهار رفعة وعظمته^(٢).

والحقيقة أن العبد - سواء بالميلاد، أو بالأسر - كان يُعتبر في كنف القانون الروماني القديم شيئاً، وبصفته تلك كان يعتبر محلاً للحق وليس صاحباً له، ولهذا كان لسيده قبله جميع حقوق المالك، فله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرف، كما له عليه أيضاً حق الحياة والموت^(٣). وتأكيداً لذلك، جاء في مدونة جوستينيان: "الأرقاء واقعون تحت سلطة مالكيهم، وتلك سُنّة قانون الأمم، فإن المُشاهد عند جميع الأمم أن للأسياد على عبيدهم حق الإحياء والإماتة وأن كل مايكسبه العبد ملك لسيده"^(٤).

Ibid., p. 37.

DURUY (V.), Histoire des romains depuis les temps les plus reculés jusqu'à l'invasion des barbares, Op. Cit., p. 378; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 38 et s.

VILLEY (M.), Le droit Romain, Op. Cit., P. 45. Il a dit que "les esclaves qui sont, pratiquement, les étrangers pris à la guerre et tous leurs descendants. Selon les rudes mœurs primitives, les prisonniers de guerre ont perdu toute espèce de droit; Ils sont la chose du soldat qui les a capturés ou du romain qui les a achetés à la cité victorieuse; leurs maîtres peuvent les frapper, les tuer en disposer selon leur bon plaisir" ..GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., p. 51 et s.; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p.34; PERRIER (J.), Le statut juridique du prisonnier, Thèse Nîmes, 1938, P.7.

(٤) مدونة جوستينيان، (١-٨-١).

وبناء على ذلك، فالرقيق لم يكن يتمتع بالشخصية القانونية، فهو من ناحية لا يُعد عضواً في المدينة، ولا يمكنه تولي مناصب الحكم، فضلاً عن عدم تمتعه بحق الانضمام إلى فيالق الجيش الروماني^(١). ومن ناحية أخرى لم يكن العبد أهلاً لتكوين أسرة كما للشخص الحر، فالمعاشرة بين الأرقاء أو بينهم وبين الأحرار لا تعتبر زواجاً، لأن الزواج لا يكون إلا بين الأحرار فقط، بل تعتبر معاشرته الجنسية اختلاطاً مادياً *contuberium*، وولده نتاج كنتاج الدواب^(٢).

يضاف إلى هذا، عدم تمتع الرقيق بذمة مالية مستقلة، إذ لا يمكنه اكتساب حق أو الالتزام بدين، كما ليس له حق مقاضاة غيره أمام القضاء الروماني كمدع أو أن يقاضيه غيره كمدع عليه، فالحاصل آنذاك هو أنه إذا ما اعتدى أحد على الرقيق، فإن سيده كان هو المنوط به مطالبة المعتدي بتعويضه عن الضرر، ويحصل السيد على التعويض لنفسه باعتبار أن الضرر قد وقع على شيء مملوك له. أما إذا أحدث الرقيق ضرراً بالغير، فإن دعوى التعويض والحالة هذه كان يتم رفعها من جانب المضرور ضد سيد هذا العبد أو مالكة، الذي كان له إما دفع التعويض المحكوم به جزاء الضرر المرتكب من جانب عبده أو تخليه عنه ليقترض منه المجني عليه مباشرة، وذلك بموجب دعوى التخلي *action noxale*^(٣).

والواقع أن مسئولية السيد لا تعني كما يقول الفقهاء الاعتراف للرقيق ببعض مظاهر الشخصية القانونية، بدليل أن مسئولية السيد عن طريق دعوى التخلي عن الضرر الذي يحدث من العبد أو الحيوان أو الجماد المملوك له مرجعها القاعدة التي تقضي بمسئوليته عن الأشياء المملوكة له^(٤).

(١) ROBAYE (R.), *Le droit Romain*, Bruylant -Academia, 2è. édition, Bruxelles, 2001, p.65; IMBERT (J.), *De l'empire romain à la féodalité*, 2è. édition, Economica, Paris, 1986, P.125; PERRIER (J.), *Le statut juridique du prisonnier*, Op. Cit., P.7 et s.; VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 32 et s.; DUCOS (M.), *Rome et le droit*, librairie générale française, 1996, P.33 et s.

(٢) د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٠؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥م، ص ٢١٦ وما بعدها. د. محمود السقا، دراسة في علم المنطق القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧-١٩٩٨م، ص ٧٨.

(٣) د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢١٧؛ د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٣؛ د. محمود سلام زنتاتي، المرجع السابق، ص ٨٣.

(٤) د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

فإذا اعتدى العبد على شخص ما، وجب على سيده دفع الدية أو تسليمه إلى المعتدى عليه ليقترض منه كما يُسَلَّم حيواناً له أصاب أحداً بأذى. غير أن هذا لا يمنع في نظر البعض من الحقيقة الثابتة، وهي أن الرقيق كائن إنساني يتمتع بالعقل والتمييز على نحو يميزه عن الحيوان والجماد، فتلك الصفة الإنسانية كانت سبباً في تخفيف شدة الأحكام سالفة الذكر بأنواع شتى من الاستثناءات اعترف فيها القانون الروماني للعبد بشخصية قانونية مقيدة^(١) بدت مظاهرها في الاعتراف للعبد بحقوق دينية شبيهة إلى حد كبير بما يتمتع به الأحرار، حيث أصبحت مقابر العبيد لها حرمة، كما اعترف لأسلاف الرقيق بروح جديرة بالعبادة كأرواح الأسلاف الأحرار. فضلاً عن ذلك، فقد أجاز للعبد نيابة عن سيده القيام ببعض الإجراءات وإبرام العقود التي من شأنها جعل سيده مالكاً أو دائناً فقط دون أن تجعله مديناً^(٢).

وعلة ذلك أن الرومان كانوا لا يُسَلَّمون بمبدأ النيابة في التعاقد بالنظر إلى الشكلية المطلوبة في القانون الروماني، فمن باشر تصرفاً قانونياً انصرفت آثاره إليه بغض النظر عن كونه نائباً عن شخص آخر. ولما كان العبد عديم الشخصية، فإن آثار ما يجريه من تصرفات لا تنصرف إليه، بل كانت تنصرف إلى سيده، تأسيساً على أن الرقيق في مثل هذه الحالة يستعير شخصية سيده، ومن ثم يستطيع أن يمثل في التصرفات القانونية المقررة في القانون القديم، تلك التي تعود بالفائدة على سيده، بمعنى أن نيابة العبد لسيده كانت في إطار التصرفات القانونية التي تجعله دائناً^(٣).

بيد أن تلك القاعدة التي تعترف للعبد بإجراء التصرفات القانونية نيابة عن سيده لم تنقرر لصالح العبد، بل على العكس كانت مقررة لصالح السيد. ودلالة ذلك أن نيابة العبد عن سيده كانت مقصورة على التصرفات التي تجعل سيده دائناً، ولم تكن تمتد إلى تلك التصرفات التي تجعله مديناً. يضاف إلى هذا، أن العبد الذي لامالك له لم يكن له الحق في إبرام تلك التصرفات^(٤).

ومنذ أواخر العصر الجمهوري ووضعا في الاعتبار أن أغلب التصرفات تبادلية وتدور بين النفع والضرر كالبيع، وعلى إثر انتشار التجارة ومحاولة الاستفادة من

(١) د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٢) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢١٧؛ وراجع أيضاً: MONIER (R.), Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1945, p. 279.

(٣) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢١٩؛ د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها.

(٤) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢١٩.

خبرة العبد ودرايته، استطاع الحاكم القضائي - البريتور - أن يجعل العبد صالحاً لتمثيل سيده في كل التصرفات، سواء تلك التي تجعله دائماً أو مديناً، شريطة أن يوافق السيد على هذه التصرفات التي يبرمها العبد صراحة أو ضمناً^(١)

وفي سبيل تحقيق ذلك، استعمل البريتور - كما يقول أستاذنا الدكتور مصطفى صقر - دعوى "الصفة المضافة"، تلك التي تُمكن الغير من الرجوع على رب الأسرة، تأسيساً على العقد الذي باشره الابن أو العبد التابع له. وهنا يتجلى دور الحيلة لدى الرومان، إذ كانت الدعوى المذكورة تؤسس على افتراض تمتع العبد بالحرية أو أن الابن يتمتع بالأهلية القانونية^(٢).

كما كان للسيد أيضاً حق منح عبده حوزة، وهي عبارة عن مبلغ من النقود أو قطيع من الماشية أو قطعة من الأرض، يكون للرقيق حق إنمائها لنفسه مع بقائها في ملك سيده الذي له حق استردادها إذا أساء الرقيق إدارتها أو ارتكب خطأ جسيماً، كما أن مسؤولية السيد عن أعمال العبد كانت تتحدد بقيمة هذه الأموال^(٣).

وقد تأكدت معالم الشخصية القانونية للعبد خلال العصر العلمي إثر الاعتراف له بأهلية التعاقد، فأصبح العبد نتيجة لهذا ملتزماً بتلك العقود التي يبرمها، سواء مع سيده أو مع الغير. على أن التزام العبد لم يكن التزاماً قانونياً متوافراً فيه عنصران المديونية والمسؤولية، بل على العكس كان التزامه التزاماً طبيعياً مفتقداً لعنصر المسؤولية، لا يمكن المطالبة به قضائياً على عكس الالتزام القانوني^(٤). ولكن إذا قام المدين العبد بتنفيذ الالتزام الطبيعي، سواء أكان اختياراً أم بطريق الخطأ، كما إذا اعتقد أن التزامه التزام قانوني، فحينئذ لم يكن بإمكانه المطالبة باسترداد ما دفعه، نظراً لأن وفاءه يكون والحالة هذه قضاءً لدين صحيح وليس بتبرع^(٥).

(١) د. محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م، ص ٨٣؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٠؛ د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٤ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

(٣) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

(٤) د. محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٨٣؛ د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٥؛ وانظر أيضاً:

- ROBAYE (R.), Le droit romain, Op.Cit., P.65; GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., p. 50 et s.

(٥) د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني، ص ١٨١ ومابعد؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢١؛ =

علاوة على ذلك، فقد اعترف القانون المدني الروماني للرقيق ببعض حقوق الأسرة، فاعترف بالقرابة بين الأرقاء^(١)، كما اعترف للعبد أيضاً بحقه في التقاضي، فالعبد الذي أُعتق بطريق الوصية له أن يلجأ إلى القضاء لمطالبة ورثة الموصي بتنفيذها^(٢).

وقد تأكدت حماية العبد بشكل أكثر فعالية في ظل التشريعات الإمبراطورية التي أعطت للرقيق الحق في اللجوء إلى الحكام لحمايته من قسوة سيده^(٣).

ونتيجة لما أقدم عليه سادة الرومان من ترك أرقائهم المصابين بالأمراض الخطيرة في جزيرة تيبيرا المقدسة دون الاهتمام أو العناية بحالتهم، وفي الوقت ذاته إقدامهم الحثيث نحو إعادة هؤلاء الأرقاء إلى حوزتهم مرة أخرى حالة شفائهم^(٤)، فقد أصدر الإمبراطور كلود في منتصف القرن الأول الميلادي دستوراً يقضي بمعاقبة السيد بفقده حق ملكيته على عبده حالة تركه إياه بسبب مرضه أو شيخوخته^(٥).

وفي السياق نفسه، نص دستور الإمبراطور أنطونيوس الصالح إعمالاً للمصلحة العامة للدولة الرومانية على إرغام السيد بالتنازل عن عبده حالة معاملته إياهم معاملة قاسية أو على نحو يتنافى وحسن الأخلاق، كما قرر أيضاً عقاب السيد الذي يقتل عبده دون سبب بذات عقوبة من يقتل عبد غيره.

وتأكيداً لذلك، جاء في مدونة جوستينيان: "لكن اليوم لم يعد جائزاً لأحد من رعايانا أن يقسو في معاملة عبده قسوة زائدة بلا سبب شرعي، فإن مرسوم المغفور له الإمبراطور أنطونين قاض بأن من يقتل عبده بلا سبب يعاقب عقاب من يقتل عبد غيره. وفوق هذا، فهناك مرسوم آخر من هذا الأمير يعاقب الأسياد على مجرد قسوتهم البالغة"^(٦).

ومع تقدم المدنية الرومانية، لاسيما مع انتشار المسيحية في العهد الإمبراطوري،

= د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٥.

(١) د. محمود سلام زناتي، نظم القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٣) د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٥؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٢؛ د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٣١.

(٤) VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 39.

(٥) د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٦.

(٦) مدونة جوستينيان، (١-٨-٢).

تحسنت حالة الأرقاء وتوسع القانون الروماني في الاعتراف بشخصيتهم^(١). وبمرور الوقت ألغيت كل أوجه التفرقة بين الأرقاء العموميين وغيرهم، وذلك في عهد الإمبراطور جوستينيان؛ حيث نص الأخير في مدونته: "حال الأرقاء واحدة لا تفاوت فيها بين رقيق وآخر"^(٢).

الفرع الثاني

معاملة أسرى الحرب حالة عتقهم من الرق

يُقصد بالعتق زوال حالة الرق عن الشخص ومن ثم تمتعه بصفة الحرية، حيث جاء في مدونة جوستينيان: "العتقى هم من حصل تحريرهم من رق صحيح، فالإعتاق هو التمتع بنعمة الحرية"^(٣). وعلى هدي ذلك، إذا قام السيد بعتق عبده، فإن هؤلاء العتقاء كانوا يصيرون - تبعاً لذلك - متمتعين بصفة الحرية وكذا المواطنة الرومانية^(٤). والجدير بالذكر، أن العتق لم يكن ممكناً في ظل العصور الأولى لروما لأمرين: أولهما عدم اهتمام الأسياد بالعتق؛ نظراً لأن حاجاتهم إلى العبيد كانت ضرورية يقتضيها الاستغلال الزراعي. ثانيهما أن العتق كان من شأنه أن يجعل العتيق مواطناً رومانياً إذا كان سيده كذلك^(٥). ونتيجة لهذا، فلم يكن أمام السيد الذي يريد تحرير عبده سوى أن يهبه بحالته إلى شخص معنوي لا نهاية لحياته كمعبد من المعابد أو لأحد آلهة الرومان كآلهة الحرب والجمال^(٦).

ثم تطور الأمر بعد ذلك نحو إيجاد طرق محددة لإجراء العتق - كان الفقيه شيشيرون أول من تحدث عنها من فقهاء العصر العلمي -، وهي العتق عن طريق قيد

(١) د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢١ وما بعدها؛ د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٦:٤٥٤.

(٢) مدونة جوستينيان، (١- ٣ - ٥).

(٣) مدونة جوستينيان، (١- ٥ - فاتحة).

(٤) DE BÉNAZE (L.), Droit romain, Du postliminium, Op. Cit., p. 19; MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postimimum, Op. Cit., P. 7 et s.; IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit romain, Op. Cit., P. 9; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 1 et s.

(٥) د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ١٨٤ وما بعدها.

(٦) د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٣٢.

الرقيق في قوائم التعداد، والعرق أمام الحاكم (العرق عبر استعمال الدعوى الصورية)، وكذا العرق بطريق الوصية^(١).

وقد كان لهؤلاء العتقاء حق تتبع جنائز أسيادهم، شريطة أن تكون رؤوسهم مغطاة، كما كان لهم دور يشاركون من خلاله في الحياة المدنية في روما، وقد كان لهذا أثره الكبير في ازدهار الأخيرة ورخائها. وبغية تجنب أعداد زائدة من العتقاء، صدرت قوانين جديدة مثل قانون Fausia الذي خفّض عدد العتقاء بطريقة الوصية، وقانون جونيا نوربانا Junia norbona الذي أنشأ طائفة اللاتينيين الجوينيين، وكذلك قانون إيليا سنتيا Aelia sentia الذي ماثل مركزهم القانوني بمركز العتقاء المستسلمين^(٢).

وبوجه عام، فقد كان المُعتق ممنوعاً من تقلد مناصب الحكم والعضوية في مجلس الشيوخ والمجالس البلدية، وكذلك من الانضمام إلى فيالق الجيش الروماني، كما لم يكن متمتعاً بحق الزواج من الرومان الأصلاء^(٣). فإذا لم يراع هذه المحظورات، كان يتعرّض حينئذ للعقاب^(٤).

أما عن علاقته مع سيده، فقد كان ملزماً بواجب الاحترام تجاه سيده، بل كان الأخير يتمتع بسلطات كبيرة عليه، فمن ناحية كان يُدعى سواء في وصاية أو في تركة عتقائه. على أن العتقاء كانوا يتمتعون بزمة مالية متمثلة في الأشياء التي كانوا يديرونها بحرية تامة وعلى نحو مستقل^(٥).

(١) د. محمود السقا، شيشيرون خطيباً وفيلسوفاً وقيماً، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة السابعة عشر، يولييه سنة ١٩٧٥م، ص ٥٢ وما بعدها؛ د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٣ وما بعدها؛ د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، المرجع السابق، ص ١٨٥ وما بعدها. وراجع أيضاً:

HUVELIN (P.), Cours élémentaire de droit romain, T.I, Paris, 1927, p. 324; ORTOLAN (J.), Explication historique des institutes de l'empereur Justinien, 12^è édition, Paris, 1883, PP. 49:53; MONIER (R.), Op.Cit., P.217.

(٢) ROGERY (M.), De la condition des étrangers en droit romain, Thèse Montpellier, 1886, Op. Cit., P.62 et s.; STOÛCESCO (C.), De la condition des personnes, Thèse Paris, 1876, p.54; DUHAMEL (A.), Les pèlerins devant la justice romaine, Thèse Paris, 1879, p.13.

(٣) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٦؛ د. محمود السقا، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، المرجع السابق، ص ٤٥٨ وما بعدها؛ د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(٤) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 42.

(٥) د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

والواقع أن مركز المعتق سالف الذكر لم يكن موروثاً، إذ كان أولاده يعتبرون أحراراً أصلاء، هذا من ناحية^(١). ومن ناحية أخرى، كان من حق العتقاء طبقاً لقانون جونيا نوربانا الصادر في عام ٨٣ ق.م وقانون إيليا سنتيا الصادر في عام ٤ ق.م أن يصبحوا لاتينيين جونوينيين، وذلك في حالات ثلاثة، وهي على النحو الآتي^(٢):

الحالة الأولى: العبيد الذين يتم عتقهم بدون اتباع الطرق الرسمية الثلاث التي أجازها القانون المدني، وهي:

١ - العتق عن طريق قيد الرقيق في قائمة الأحرار بمعرفة حاكم الإحصاء الملقب بالرقيب.

٢ - العتق عن طريق الدعوى الصورية، حيث يتدخل شخص يُدعى المدافع عن الحرية بالاتفاق مع السيد أمام القضاء، مؤكداً حرية الرقيق أمام الحاكم، فيقرر هذا الأخير حرية العبد.

٣ - العتق بطريق الوصية، شريطة عرضها على مجلس الوحدات وموافقة عليها.

الحالة الثانية: العبد الذي يتم عتقه بواسطة سيده صاحب الملكية البريتورية عليه، كان لا يدخل في طائفة المواطنين الرومان، وإنما يدخل في طائفة اللاتينيين الجونوينيين وفقاً لقانون جونيا نوربانا.

الحالة الثالثة: أضاف قانون إيليا سنتيا أن كل من أعتق قبل سن الثلاثين عاماً يكون من العتقاء اللاتينيين الجونوينيين. وقد كان مركز هؤلاء متدنياً مقارنة بالعتقاء المواطنين، وعلى أية حال فإن قانون جونيا نوربانا قد مائلهم من حيث المركز القانوني بطائفة لاتيني المستعمرات.

ونتيجة لهذا، فليس لهم حق التمتع بالحقوق السياسية. أما في إطار الحقوق المدنية، فليس لهم حق الزواج بالرومان، وقد ذهب الفقيه جوييه إلى أن اللاتينيين الجونوينيين كانوا قد حصلوا على حق الزواج بالمواطنات الرومانيات وفقاً لما ذكره الفقيه أولبيان، ولكن يلاحظ في هذه الحالة أن اللاتيني الذي يتزوج بمواطنة رومانية لم يكن يتمتع بنفس الحقوق التي كان يتمتع بها المواطنون، بمعنى أنه غير متمتع

(١) د. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(٢) DUHAMEL (A.), Les pérégrins devant la justice romaine, Op. Cit., p. 13; STOÛCESCO (C.), De la condition des personnes, Op. Cit., p. 54; ROGERY (M.), De la condition des étrangers en droit romain, Op. Cit., p. 63.

بالسلطة الأبوية على أطفاله المولودين من هذا الزواج، نظراً لأنه يشترط لممارسة هذه السلطة أن يكون مواطناً رومانياً^(١).

يضاف إلى ما سبق ذكره، أن اللاتينيين الجونوينيين كانوا يتمتعون بحق التعامل، بيد أنهم لم يتمتعوا بأهلية كاملة فيما يتعلق بكسب الحقوق أو التصرف فيها بالوصية إلا بموجب وصية الاستئمان، أخيراً كان من حق اللاتينيين الجونوينيين أن يحصلوا على المواطنة الرومانية بنفس الطريقة التي يُمنح بها لاتينيو المستعمرات تلك المواطنة^(٢).

أما بالنسبة لمدى أحقيتهم في التمتع بحق الجنسية الرومانية، فنجد ثمانى وسائل نص عليها القانون الرومانى القديم، يستطيع أن يحصل من خلالها اللاتينيون الجونوينيون أو اللاتينيون عموماً على حق المواطنة الرومانية، إذا توافرت الشروط المطلوبة في أي من هذه الوسائل، والتي نعرضها على النحو الآتي:

الوسيلة الأولى: منحة أو امتياز الحاكم: وفقاً لهذه الوسيلة يصبح اللاتيني الجونويني وكذلك بقية اللاتينيين مواطنين رومانيين إذا منحهم الإمبراطور أو الحاكم هذا اللقب^(٣).

الوسيلة الثانية: الزواج بامرأة رومانية أو لاتينية حرة: ومؤداها أنه عندما يتزوج لاتينى بمواطنة رومانية أو لاتينية، ويولد له طفل عمره سنة، كان يمكنه أن يشهد بهذا أمام البريتور، ويطلب منحه المواطنة الرومانية ولطفله وكذا لزوجته إذا كانت لاتينية^(٤).

الوسيلة الثالثة: استيفاء الشكليات الرسمية للعتق في القانون الرومانى: إذا أُعتق الرقيق بغير الطرق المحددة فى القانون المدني الرومانى، والمتمثلة في القيد بقوائم التعداد ودعوى الحرية الصورية والوصية، فلا يصبح مواطناً رومانياً بل يصير لاتينياً وفقاً لقانون جونيا نوربانا، ومن الممكن أن يحصل هذا الأخير على المواطنة الرومانية إذا تم عتقه باستيفاء كل الشكليات الرسمية التي يتطلبها القانون الرومانى بواسطة

(١) GUILLET (A.), De la condition des étrangers à Rome et en France, Thèse Yvetot, 1863, p. 26.

(٢) DUHAMEL (A.), Les pègrins devant la justice romaine, Op. Cit., p.14.

(٣) VALABRÈGUE (J.), Condition des pègrins en droit romain, Thèse Paris, 1868, p. 34 et s.

(٤) SIMON (L.), De la condition des étrangers à Rome et en France, Thèse Rouen, 1880, p. 38 et s.; BINOCHE (ED.), Acquisition du droit de cité romaine, Thèse paris, 1893, P. 100.

سيده، فإذا أعتقه سيده بدون استيفاء تلك الشكليات الرسمية، فلا يُصبح إلا لاتينياً جونوينياً، ولكن إذا استوفى سيده الشكليات الرسمية مرة ثانية عند عتقه، فهنا يصبح هذا اللاتيني مواطناً رومانياً بموجب هذه الطريقة^(١).

الوسيلة الرابعة: الخدمة في الحراسة الليلية: وفقاً لقانون Visellia الصادر في عام ٢٢م في عهد الإمبراطور تيريوس، فقد كان من حق اللاتيني الذي يمضي عليه ست سنوات في الحراسة الليلية، والتي خُفّضت فيما بعد إلى ثلاث سنوات، أن يحصل على المواطنة الرومانية^(٢).

الوسيلة الخامسة: تشييد باخرة لنقل القمح إلى روما: بموجب تلك الوسيلة يستطيع اللاتيني أن يحصل على المواطنة الرومانية إذا شيد باخرة أو سفينة تزن حمولتها عشرة آلاف كيلو جرام، وأن يكون قد خدم في نقل القمح إلى روما خلال ست سنوات وفقاً لمرسوم الإمبراطور كلود الذي أنشأ تلك الطريقة لاكتساب المواطنة الرومانية^(٣).

الفرع الثالث

معاملة أسرى الحرب المستسلمين

يقصد بالأسرى المستسلمين، محاربو الأعداء الذين آثروا الاستسلام طوعية لجيوش الرومان أثناء حربهم ضد روما. والواقع أن هؤلاء الأسرى كانوا في وضع قانوني متدن، حيث لم يكن بإمكانهم الإقامة في روما، أو في منطقة تبعد حوالي مائة ميل حول روما.

وفي حالة المخالفة، كان يتم إيقاعهم في براثن الرق، ويصبحون إثر ذلك أرقاء للشعب الروماني، كما كان بالإمكان بيعهم مع النهي عن صيرورتهم عتقاء فيما بعد وفق ما أوضحه الفقيه جايوس. ولم تكن لهم أي وسيلة من شأنها أن تمنحهم حق

(١) SIMON (L.), De la condition des étrangers à Rome, Op. Cit., p. 38.; ROGERY (M.), Condition des étrangers, Op. Cit., p. 62 et s.; VALABRÈGUE (J.), Condition des pèlerins, Op. Cit., p. 33; MAYNZ (C. G.), Cours de droit romain précédé d'une introduction contenant, T. 3, 3è édition, Bruxelles, 1874, p. 240; GUILLET (A.), De la condition civile de étrangers à Rome et en France, Op. Cit., p. 26; BINOCHE (ED.), Acquisition du droit de cité romaine, Op.Cit., p. 102 et s.

(٢) STOÛCESCO (C.J.), De la condition des personnes, Op. Cit., p. 128.

(٣) BINOCHE (ED.), Acquisition du droit de cité romaine, Op. Cit, p. 101 et s.; STOÛCESCO (C.J.), De la condition des personnes, Op. Cit., p. 129; ACCARIAS (C.), Précis de droit romain, T.I, 2è. édition, paris, 1874, p. 114.

المواطنة، وإن كان البعض قد ذهب في هذا الصدد إلى اعتبارهم آنذاك شبه أحرار. أيضاً، لم يكن بإمكانهم، وفق ما أوضحه الفقيه أولبيان، حق تلقي أموال عن طريق الهبة الإيصائية، كما كان يستحيل عليهم عمل وصية، نظراً لأنهم مواطنون غير منتمين إلى أي مدينة^(١).

وما نود الإشارة إليه هو أن وضع المستسلمين سالف الذكر لم يكن وراثياً، فأطفالهم كانوا يولدون كأجانب عاديين، ويمكنهم أن يصبحوا مواطنين رومان.

يضاف إلى هذا، أن قانون إيليا سنتيا كان يُمثل الأسرى المستسلمين بالعتقاء، أولئك الذين كانوا يخضعون بوجه عام أثناء وقوعهم في براثن الرق لوضع قانوني متدنٍ^(٢)، والذي تحسّن فيما بعد في عهد الإمبراطور جوستينيان إثر منحه جميع العتقاء حق المواطنة الرومانية دون أدنى تمييز بين من تم إعتاقه بالطرق الرسمية للعتق أو غيرها. فقد جاء في مدونته: "والآن فجميع العتقى قد أصبح لهم من جانبنا حق الجنسية الرومانية من غير حاجة إلى تعرف أعمارهم ولا إلى البحث في كيفية امتلاك معتقيهم إيّاهم ولا في الشكل الذي تم به إعتاقهم"^(٣).

الفرع الرابع

معاملة الأسرى من سكان المستعمرات

لجأت روما منذ القرن الثالث الميلادي، وهي إذ ذاك لم تعد في حالة حرب إلا مع البرابرة، إلى اتباع سياسة جديدة بغية تأمين حدودها وحمايتها من أي اعتداء خارجي، وذلك عن طريق استخدامها لبعض البرابرة الذين وقعوا أسرى في أيدي الرومان^(٤). بيد أن هذا لم يحدث في واقع الأمر إلا مع إقدام روما على معاملتهم معاملة إنسانية ظهر صداها في قبول هؤلاء في الجيوش الرومانية، ومن ثم الاستفادة منهم في تحقيق مكاسب عسكرية، فضلاً عن حمايتهم للحدود الرومانية من الاعتداءات الأجنبية^(٥).

(١) IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre, Op. Cit., p. 62; VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 42 et s.

(٢) IMBERT (J.), Op. Cit., p. 62 et s.

(٣) مدونة جوستينيان، (١ - ٣-٥).

(٤) DUHAMEL (A.), Les pérégrins devant La justice romaine, Thèse Paris, 1879, p. 85.

(٥) LEFRANC (A.), L'édit d'Antonin Caracalla sur le droit de cité romaine, Thèse Bordeaux, 1907, p. 95.

فالغزوات الجرمانية المتضاعفة والمتكاثرة في بلاد الغال، قد نجم عنها وعن غيرها من الحروب تدمير القرى بشكل كبير، وقد عمل الأباطرة الرومانيون كل جهدهم من أجل معالجة هذه الحالة المؤسفة. فحينما قاتل جنرالاتهم بعض القبائل البربرية، اجتهدوا في دفعهم نحو التخلي عن هويتهم، كما قاموا بنقلهم إلى مقاطعات بعيدة بهدف زراعة أراضيها^(١).

فبعد أن حقق الإمبراطور كلود انتصاراً كبيراً على الجوثيين في عام ٢٦٩، قام باستخدام بعضهم في زراعة المستعمرات الرومانية. وآخرون منهم تم تقييدهم في كتائب الجيش الروماني، بينما أرسل جانباً ثالثاً من هؤلاء إلى روما من أجل المشاركة في ألعاب السيرك، وسرعان ما تعايش الجوثيون في كل أنحاء الإمبراطورية الرومانية^(٢).

وفي عام ٣٠١م، حارب الإمبراطور قسطنطين القبائل الجرمانية، وقد تم تسليم أسراهم هم وأولادهم ونسائهم وآبائهم وكل أسلحتهم وممتلكاتهم بصفة مستوطنين إلى أيدي المالكين الرومان في مختلف المقاطعات الرومانية، أو إلى أيدي ملاك آخرين ممن كانوا ينتمون إلى بلدان ترتبط بعلاقات تحالفية مع روما^(٣).

وقد طرأ تغيير تدريجي على صفتهم هذه، بدت معالمه في استخدامهم في زراعة الأراضي التي كانوا قد دمروها في الحروب، مستعينين بقادتهم وجنرالاتهم، مسرعين فرحاً باستعادة أسلحتهم، حاملين إياها على ظهورهم تحت قيادة قائد الوحدات المثوية، يُحاربون ويموتون حفاظاً على ثروات الغابات الخاصة بأثرياء الرومان أو تلك الخاصة بحلفائهم من السلب أو التعدي عليها^(٤). ثم آل ذاك التطور إلى أن صار هؤلاء الأسرى وغيرهم ممن كان يتم نقله إلى أماكن معينة يُشكلون العنصر الرئيس في تأسيس المستعمرات الرومانية^(٥).

(١) GAUDEMET (J.), Institutions de L'antiquité, 2è. édition, Paris, 1982.

(٢) LèOTARD (E.), Essai sur la condition des Barbares établis dans L'empire romain au IV siècle, Thèse de letters, Paris, 1873, p. 62.

(٣) LèOTARD (E.), Essai sur la condition des Barbares établis dans l'empire romain au IV siècle, Op. Cit, p. 62 et s.; GAUDEMET (G.), L'étranger au Bas - Empire, Recueil de la société Jean Bodin, IX, Bruxelles, 1958., p. 220.

(٤) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 45.

(٥) COLLIENT (P.), Le colonat dans l'empire romain, Recueil de la société Jean Bodin, 1937, p. 85; GANSHOF (F.L.), Le statut personnel du colon du Bas-Empire, L'Antiquité classique, XIV, 1945, p. 261; LEFRANC (A.), L'édit d'Antonin caracalla, Op. Cit., p. 98.

والحقيقة أن هؤلاء كانوا يتمتعون بمركز متوسط بين الأشخاص الأحرار والعبيد، حيث بدأ المستوطن في الواقع في جني ثمار الأرض التي قام بزراعتها، شريطة قيامه بدفع جزء من المال. بيد أنه لم يكن بإمكانه ترك أرضه دون أن يقع في براثن الرق، بمعنى أن عدم بقاءه في الأرض التي قام بزراعتها من شأنه أن يؤدي به نحو الوقوع في براثن الرق. ومفاد ذلك هو أن المستوطن كان شخصاً حراً في المستوطنة التي نقل إليها، مادام قد ظل باقياً في الأرض التي أمر بزراعتها^(١).

وفي هذا الصدد، ذهب جانب من الفقه إلى أن المستعمرات الرومانية كانت قد تكونت على سواعد البرابرة المهزومين والمكلفين بزراعة الأرض؛ حيث كان كل هؤلاء مرتبطين بالأرض بصفة مستوطنين^(٢).

وقد عبّر عن هذه الفكرة دستور الأباطرة تيودوز وهورنوريوس الصادر في عام ٤٠٩ م؛ حيث نص على أن البرابرة كان يتم نقلهم بصفة مستوطنين، وأن تخصيص الأسرى كان أحد الأسباب الرئيسية في إنشاء المستعمرات التي وجدت في كل أقاليم وقرى الإمبراطورية الرومانية.

علاوة على ذلك، جرت سياسة أباطرة الرومان على استخدام البرابرة المهزومين أيضاً من أجل القتال ضد برابرة آخرين، وقد كانت تلك طريقة جديدة في معاملة أسرى الحرب، على أن المركز القانوني لهؤلاء البرابرة المتحالفين مع روما لحمايتهم والدفاع عن حدودها قد شهد تحسناً كبيراً خلافاً لحال غيرهم من البرابرة^(٣).

المطلب الثاني

معاملة أسرى الحرب من قادة وملوك الأعداء

ذهب المؤرخون في هذا الصدد إلى أن قادة الأعداء وجنرالاتهم كانوا يتعرضون إلى مصير أكثر شقاء نظراً لمقاومتهم، فالبعض كان يتم احتجازه لفترة طويلة في عربات مُعدّة مسبقاً لحمل الأسرى ضمن تشكيلة الموابك التي كانت تُعد للاحتفال بما حققه الرومان من نصر على أعدائهم، وآخرون منهم كان يتم جرّهم وسحبهم في الموكب.

DURUY(V.), Histoire des romains, Op. Cit., p. 378. (١)

COLLIENT (P.), Le colonat dans l'empire romain, Op. Cit., p. 85 et s.; (٢)

GANSBLOF (F.L.), Le statut personnel du colon du Bas-Empire, Op. Cit., P. 262 et s.; LEFRANC (A.), L'édit d'Antonin caracalla, Op. Cit., p. 98.

GAUDEMET (J.), L'étranger au Bas-Empire, Op. Cit., p. 220. (٣)

وقد رأينا ما جرت عليه سياسة الرومان في كثير من الأحيان من تعمد إهانة المهزومين بشتى الطرق. وتطبيقاً لذلك، فإن موكب النصر المعد للقنصل مارسيلوس قد تكلم عنه المؤرخون، لاسيما من حيث الإهانات والاعتداءات التي لحقت بالأسرى الغالين^(١). يضاف إلى هذا، ما حدث مع قائد السامنيين هورنيوس بونتيوس الذي أُسر عن طريق الجنرال الروماني فابيس جورجيس إثر حرب دارت بين روما والسامنيين، حيث تم توثيقه في موكب الاحتفال الخاص بالمنتصر، وفيما بعد تم إلقاؤه في سجن أنسوس، والذي لقي حتفه فيه في نهاية المطاف^(٢)، هذا علاوة على ما فعله الجنرال سيزار بأحد قادة ونبلاء الأرفينيين، حيث قام بجزه في السجن داخل موكب نصره لسته أعوام، ثم أعطى الأمر بذبحه في التوليانوم^(٣)

أما بالنسبة للملوك، فلم يعاملوا هم الآخرون بشكل أفضل متى أُجبروا على الوقوع تحت أيدي جيوش الرومان. ولا أدل على ذلك مما حدث مع ملك مقدونيا المدعو برسيه، حيث تم استخدام هذا الملك وولديه في تزيين وزخرفة موكب النصر المعد للجنرال الروماني بول إميلوس، هذا على الرغم من أن الملك المقدوني برسيه كان قد طلب ألا يظهر في الموكب، بيد أن طلبه هذا قد قُوبل بالرفض.

والحقيقة أن الجنرال الروماني بول إميلوس لم يأمر بموت الملك المقدوني، ولكن أمر بإلقائه في السجن، وقد توفى فيه بعد سنة من سجنه. وقد لقي أكبر أبنائه نفس المصير في النهاية. أما بالنسبة لابنه الثاني، فقد تُرك في روما وبالكاد تمكّن من الإبقاء على حياته بعد أن كان على أعتاب الجلوس على عرش بلاده. كذلك، فإن ملك نوميديا المدعو جوجورثا كان قد قُتل في التوليانوم، كما أمر الجنرال الروماني سيزار بقطع رأس الملك كوتوروالد ملك الكارنوتس، وذلك عقب أسره في معركة verges.

بيد أنه بتطور الأفكار الأخلاقية تغيرت سياسة روما شيئاً فشيئاً نحو التخفيف من المعاملة القاسية التي كان يتعرض لها أسرى الحرب، لاسيما بالنسبة للملوك. وفي هذا الصدد، يذكر المؤرخ تاكيوتوس أن ملك آسيا المدعو ميثراديتس الذي أُسر خلال الحرب التي نشبت بين بلاده والرومان في عام ٤٩ قبل الميلاد، لم يتعرض لأي

(١) VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 46;

DURUY (V.), Histoire des romains, Op. Cit., p. 378 et s.

(٢) GEOFFROY (H.), Op. Cit., p. 41.

(٣) VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 30.

معاملة قاسية من جانب الرومان، حيث قرر مجلس الشيوخ بأن مصيره سيترك لإرادة الشعب الروماني^(١).

والحقيقة أن الجنرال الروماني إيرليان - عقب انتصاره العسكري على مملكة البالمير في عام ٢٧٤م - قد ارتقى إلى مستويات أكثر إنسانية في معاملته للأسرى، حيث ذكر المؤرخون في هذا الصدد أن الملكة زينوبي Zenobie ملكة البالمير كانت قد نُقلت بعد أسرها على يد الجنرال الروماني إيرليان إلى روما، وهي مُحَمَّلة بالجواهر والأحجار الكريمة، وقد أبقى لها هذا الجنرال على حياتها، ولم يفعل بها ما كان يفعل غيرها من قبل^(٢). وفيما بعد، تسَلَّمت الملكة زينوبي من الجنرال إيرليان منزلاً فخماً قرب مدينة تريبيير لتقيم فيه، وقد حصلت على لقب السيدة العظيمة، كما أن أطفالها قد دخلوا ضمن أكثر مائتي أسرة من النبلاء^(٣).

وبعد مرور مائتي عام، جرت عادة الشخصيات الشهيرة في روما على تعظيم الملكة زينوبي، لدرجة أنهم كانوا يعدونها ضمن أجدادهم أو أسلافهم^(٤). فمعاملة هذه الملكة على النحو المشار إليه، يبرهن لنا بجلاء مدى الاحترام الذي بدأ يهيمن على السياسة الرومانية بشأن معاملة ملوك الأعداء حالة كونهم أسرى الحرب^(٥).

المبحث الرابع

حالات انتهاء أسر الأجانب في القانون الروماني

تمهيد وتقسيم:

تعتبر حالة الأسر في ظل القانون الدولي الإنساني ظرفاً مؤقتاً ينتهي بانتهاء العمليات الحربية، وربما قبل ذلك في حالات عدة، متمثلة في حالة وفاة الأسير، وحالة تمكنه من الهرب أو الفرار من أيدي قوات الدولة التي أسرتة، فضلاً عن حالة إعادته إلى وطنه لأسباب صحية أو حالة قيام الدولة الأسيرة بالإفراج عن الأسير شريطة تعهده بعدم العودة للقتال ضدها مرة أخرى بعد إطلاق سراحه وإعادته إلى وطنه بعد

Ibid., p. 31.

(١)

FOUCAULT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 16;

(٢)

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 31 et s.;

DE BÉNAZE (L.), Op. Cit., p. 44.

VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 32.

(٣)

DURUY(V.), Histoire des romains, Op. Cit., p. 439.

(٤)

VASSAUX (E.), Op. Cit., p. 32.

(٥)

انتهاء العمليات الحربية مباشرة، أو حالة إتمام ذلك في إطار ما يسمى تبادل الأسرى، لاسيما وأن القانون الدولي الإنساني قد اعتبر في عداد جرائم الحرب كل تأخير لا مبرر له في إعادة الأسرى وكذا المدنيين إلى أوطانهم. ففي كل تلك الحالات المذكورة، يسترجع أسرى الحرب حريتهم التي فقدوها بسبب وقوعهم في الأسر^(١).

أما في رحاب القانون الروماني، فإن ثمة حالات ثلاث كانت تنهي حالة توافر أي منها صفة أسرى الحرب، تتمثل الحالة الأولى في الهروب أو التخلص من الأسر، بينما تتعلق الحالة الثانية بالفدية. أما الحالة الثالثة، فهي إعادة الأسرى في نهاية الحرب، وفيما يلي شرح تلك الحالات بالتفصيل، وذلك عبر ثلاثة مطالب متتالية:

المطلب الأول الهروب أو الفرار من الأسر

يُعد الهروب أو الفرار من الأسر أحد طرق تحرير الأسير أو الإفراج عنه، فإذا تمكّن الأسير من ذلك، اعتماداً على الحيلة أو على ما يتمتع به من مهارة وفطنة، وعاد إلى مسقط رأسه، فقد كان يسترد تبعاً لذلك حالة كونه رومانياً جميع حقوقه التي كان قد فقدتها بالأسر، وذلك تطبيقاً لنظرية تخطي الحدود^(٢).

أما الأسير الأجنبي لدى روما، فقد كان يفقد بهروبه هذا صفته كعبد أو رقيق، تلك التي كان قد اكتسبها بسبب أسره. بيد أن القاعدة السائدة في روما كانت تقضي آنذاك بأن الأسير إذا أُعيد أخذه ثانية في حرب جديدة، وجب إعادته مرة ثانية إلى سلطة سيده القديم^(٣).

(١) لمزيد من التفصيلات حول أسباب انتهاء حالة الأسر في إطار القانون الدولي الإنساني، راجع: د. عبد الواحد محمد يوسف الفار، أسرى الحرب، المرجع السابق، ص ٣٥٢؛ ص ٣٩٩؛ د. عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، دراسات في القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) DURETTE (D.), Le droit de la guerre chez les romains, Op. Cit., p. 47.

(٣) DE BENAZE (L.), Droit romain, Du postliminum, Op. Cit., p. 19; MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postiminium, Op. Cit.; P.8; MAYNZ (C.G.), Cours de droit romain, T. I, Op. Cit., p. 711; LHOMME (H.), Droit romain, La postliminium et la fiction de la loi Cornelia, Op. Cit., p. 11 et s.; IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit.; P. 9.

المطلب الثاني الفداء أو الاسترداد بالشراء

جرت سياسة شعوب العالم القديم على استخدام طريقة الفدية لاسترداد أسراهم المعتقلين أو المتحفظ عليهم خارج بلدهم. وقد كان ذلك يتم إما أثناء الحرب، أو بعد أن تضع الحرب أوزارها إثر إبرام الأمتين المتحاربتين اتفاقية لإحلال السلام فيما بينهما. فبدلاً من إبقاء الأسير في الرق، كان المنتصر يكتفي أحياناً بطريقة الفدية هذه، والتي بفضلها كان يسترد الأسير حريته التي كان قد فقدتها عقب أسره^(١).

بيد أن السيد لم يكن مُجبِراً في واقع الأمر على التنازل عن ملكيته لهذا العبد أو الأسير، إذ كان بإمكانه رفض طريقة الفداء متى صار الأسير عبداً له. وقد كانت الفدية أو المبلغ المالي مستحق الدفع منذ صيرورة الأسير مستقلاً أو متمتعاً بالحرية^(٢). وهنا يثور التساؤل حول مدى استحقاق الفدية حالة وفاة الأسير في فترة ما بين الاتفاق على الثمن ومآله إلى استرداد حريته من عدمه.

ذهب شراح القانون الروماني إلى عدم استحقاق الثمن أو الفدية في هذه الحالة، ومرجع ذلك هو أن المبلغ المالي المتعهد بدفعه كان مقترناً بشرط واقف، هو أن يكون الأسير قد استرد حريته، وهذا ما لم يتحقق بعد في الحالة الماثلة. فنحن في الواقع بصدد عقد بيع ملزم لطرفيه، لم ينجز فيه أحدهما التزامه المنبثق عنه، وهو إعادة الحرية للأسير عنده، الأمر الذي يترتب عليه عدم التزام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بدفع الفدية أو المبلغ المالي المتفق عليه بموجب هذا العقد مقابل استرداد الأسير حريته.

وعلى العكس، إذا توفى الأسير فجأة بعد أن رُدَّت إليه حريته، فإن الفدية أو مبلغ الاسترداد في الحالة المذكورة يكون مستحق الدفع من جانب المسترد. فما دام المنتصر قد نفذ التزامه الوارد في العقد، وهو رد الحرية للأسير لديه، فهو يستحق تبعاً لذلك المبلغ المالي المتفق عليه من جانب الطرف الآخر.

وثمة أمثلة عدة من واقع التاريخ الروماني للمبالغ المالية التي كان يتم دفعها للمنتصر افتداءً للأسير، نقتبس منها مثالين يؤكدان بما لا يدع مجالاً للشك أن ثمن الفداء كان مرتفعاً لحد ما. ففي عام ٢٩٥ ق.م قاتل الجنرال فابيوس سكان الـ pérouse

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 58. (١)

DESCHODT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 90; (٢)

FOUCAULT (P.), Du postliminum en droit romain, Op. Cit., p. 51.

وقد دخل من هؤلاء كأسرى حرب حوالي ١٧٤٠ أسيراً، كل منهم كان يدفع فدية مقدرة بـ ٣١٠ أس، وهي وحدة نقدية كانت مستخدمة حينذاك. وفي عام ٢٥٤م، هاجم الرومان مدينة بانورم واحتلوها، وقد صدر في تلك الآونة مرسوماً يقضي ببيع كل مقيم في هذه المدينة كعبد حالة عدم دفعه فدية مُقدَّرة بوحدين من الفضة.

وبوجه عام، كان بيع الأسرى أو دفع وسداد الفدية يخضع للتقادم المكسب لصالح الخزنة العامة، وقد كان ذلك مصدر ثراء كبير لها. أيضاً في عام ٢٩٣م حصل بابيريوس على شرف الاحتفال الرسمي نتيجة قيامه بسحق السامنيين، ومن بين غنائم انتصاره هذا التزام الجانب الساميني بدفع مبلغ مالي يُقدَّر بمليونين وثلاثة وثلاثين ألف جنيه من النحاس ثمن افتداء أسراه لدى الرومان^(١).

وفي بعض الأحيان، ومن أجل مكافأة الجنود، كان الجنرال يُوزَّع عليهم جزءاً من الغنيمة، كما كان يحصل الجنرال نفسه على جزء محدود من المال المحصل كغنيمة. وفيما بعد كان من حقه الاستيلاء على أحد الأسرى، وله أنئذ حق بيعه أو الحصول على مبالغ مالية لافتدائه^(٢). وهذا ما حدث بعد معركة Cannes، حيث رخص الجنرال القرطاجني أنيبال لجنوده حق بيع أسراه من جنود أعدائه الرومانيين. وقد سار الجنرال الروماني سيزار في ذات المركب، إذ منح بعد معركة Lesiège Alésia كل جندي من جنوده أسيراً من الأسرى الغالبيين^(٣).

وفي أحيان أخرى، جرت عادة جنرالات روما وغيرهم لاسيما في الحروب العنيفة على إعادة إرسال أسرى بعض المدن دون فداء أو فدية، أمليين من وراء هذا الصنيع الحسن إزالة العلاقة العدائية بين تلك المدن وروما من ناحية، واستقطابها لتكون أكثر دعماً وتأييداً لروما في حروبها من ناحية أخرى. ولعل خير تطبيق لذلك ما فعله الجنرال أنيبال في الحرب البونية الثانية، وكذا بعد انتصاراته في معركة Cannes، حيث عامل الأسرى الإيطاليين معاملة حسنة، كما أعاد إرسالهم دون فدية إلى منازلهم. وهذا أيضاً ما كان مقرراً بعد معركة زاما التي وضعت نهاية للحرب البونية الثانية، حيث تم إرسال الأسرى القرطاجنيين إلى مسقط رأسهم دون فدية، وذلك بغية الاستفادة من الخدمات العظيمة من جانب العدو تجاه الرومان^(٤).

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 49. (١)

MAYNZ (C.G.), Cours de droit romain, Op. Cit., P. 591. (٢)

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., P. 50 et s. (٣)

GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., P. 58. (٤)

وقد اتبعت تلك السياسة في ظل العصور الحديثة، ففي بداية القرن التاسع عشر وبالتحديد في عام ١٨٠١م، أعاد نابليون بونابرت الأسرى الروس دون فدية بغية الحصول من وراء ذلك على مودة القيصر. وخلافاً لذلك، جرت سياسة روما في أحيان أخرى - لاسيما في حالة انتهاء الحرب بانتصار جنودها - على إلزام الطرف المهزوم برد جنودها الأسرى إلى مسقط رأسهم دون فدية، في حين لم تكن تقبل بعودة أسرى الأعداء إلى بلدانهم إلا مقابل دفعهم لمبالغ مالية طائلة، وهذا ما يعرف بالاسترداد بطريق الشراء.

وهذا عين ما حدث عقب انتهاء الحرب البونية الأولى، إذ التزم القرطاجنيون بإعادة الأسرى الرومان دون عوض أو فدية، كما فرضت روما اشتراطات أخرى، وإن تم التغاضي عن بعضها خلال المفاوضات التي انتهت بعقد اتفاقية للسلام بين الجانبين^(١).

المطلب الثالث

تبادل الأسرى عقب انتهاء الحرب

كانت مقايضة أو تبادل الأسرى أثناء الحرب من الأمور المألوف استعمالها، وإن كانت الأمثلة على ذلك نادرة. ونسوق هنا نموذجين يعَدَّان تطبيقاً لذلك^(٢):

النموذج الأول: حينما احتل بيرهوس Pyrrhus ملك مملكة ابيروس الجبلية - الواقعة في أقصى غرب بلاد اليونان - إيطاليا في عام ٢٧٨ ق. م، فقد تمكن بفضل الفيلة التي كانت مصاحبة لجيشه - والتي أفزعت خيول الفرسان الإيطاليين، مما أدى إلى طردها أرضاً - من أسر أفواج عديدة من بين الجنود الإيطاليين، فضلاً عن أسر بعض الرومانيين، حينئذ أرسلت روما مَفُوضين من جانبها إلى الجنرال البيروسي من أجل التفاوض بشأن استرداد الأسرى بالشراء أو مقايضة الأسرى.

بيد أن هذا العرض المقدم من جانب الوفد الروماني قد قوبل بالرفض من جانب ذاك الجنرال. وفيما بعد عَلِمَ الأخير بخبر من جانب أسراه، مفاده أن طبيبه الخاص قد

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 50. (١)

VASSAUX (E.), Des prisonniers de guerre et des otages, Op. Cit., p. 51; (٢)
DURETTE (D.), Le droit de la guerre chez les romains, Op. Cit., p. 48 et s.;
GEOFFROY (H.), Droit romain, Du droit de la guerre à Rome, Op. Cit., p. 58; JOBIN(X.), Op. Cit., p. 20; IMBERT (J.), Postliminium, étude sur la condition du prisonnier de guerre en droit Romain, Op. Cit., p. 73; MARIN (C.), Droit Romain, Théorie du Postliminium, Op. Cit., P. 18.

شرع في وضع سُمّ له في طعامه، وبعد تحققه من صحة هذا الخبر، فما كان منه إلا أن قام بإعادة أسرى الرومان الذين أوقعهم خلال هذا الاجتياح سالف الذكر.

النموذج الثاني: أثناء الحرب البونية الأولى، أرسل القرطاجنيون أحد أسراهم من الرومانيين ويدعى أتيليوس رجيليوس إلى روما رغبة الاتفاق معها على استرداد الأسرى بالشراء أو مقايضة الأسرى من الجانبين، وذلك على نحو ما يحدث في حروب عالمنا المعاصر.

التجسس في القانون الدولي

أ. خالد وليد شوشان
ماجستير في القانون الدولي
جامعة دمشق

ملخص:

يعتبر التجسس أحد أهم مظاهر العلاقات الدولية في وقتنا الحاضر، ويمكن القول بأنه لا توجد دولة في العالم لا تقوم بالتجسس على الدول الأخرى، وذلك بغض النظر عن درجة العلاقة بين هذه الدول سواء أكانت صديقة أم عدوة، وسواء أكان ذلك في زمن السلام والاستقرار أم في زمن الحروب والأزمات.

وقد قمنا بمعالجة موضوع التجسس من خلال ثلاثة مباحث تطرق أولها لمفهوم التجسس من خلال تعريفه وتمييزه عن بعض الأفعال التي قد تتداخل معه وإعطاء نبذة تاريخية عنه، وركز ثانيها على الطبيعة القانونية للتجسس في القانون الدولي ومدى مشروعيته في زمن السلم وفي زمن الحرب، وبحث ثالثها في المسؤولية الدولية عن أعمال التجسس، واختتمنا البحث بخلاصة عن هذه الدراسة.

مقدمة:

قليلة هي الأبحاث والدراسات التي تناولت موضوع التجسس من وجهة نظر القانون الدولي، فمعظم الكتابات المتعلقة بهذا الموضوع تناولته من وجهة نظر القانون الداخلي على اعتباره جريمة من الجرائم الماسة بأمن الدولة، ولعل السبب فيما سبق يرجع إلى تلك الهالة من السرية والغموض التي تحيط بموضوع التجسس على المستوى الدولي؛ مما يجعله بعيداً عن المعاهدات والمواثيق الدولية أو عن القضايا المنظورة أمام المحاكم الأممية، فهو كان وما زال يتخفى تحت عباءة السياسة والدبلوماسية السرية ويدور في فلك المسائل التي تتعلق بالأمن القومي للدول.

إن المتتبع لواقع العلاقات الدولية القائمة حالياً يلاحظ سعي الدول المحموم للحصول على المعلومات السرية الخاصة بالدول الأخرى وتجنيداً في سبيل ذلك الكم الهائل من الإمكانيات والموارد، ففي الأعوام الثلاثة السابقة على سبيل المثال، وصل إلى أسماعنا عبر وسائل الإعلام المختلفة ما يفيد حدوث عدد كبير من حالات اكتشاف شبكات التجسس، حيث أعلنت تركيا في عام ٢٠١٠ الكشف عن شبكة تجسس عسكرية تقف وراءها الاستخبارات الإسرائيلية، كما أعلنت لجنة الإعلام والاتصالات في البرلمان اللبناني أن إسرائيل تقيم ٢١ مركزاً للتنصت والتجسس على

الحدود مع لبنان وقامت لبنان على إثر ذلك بتقديم شكوى إلى مجلس الأمن^(١)، وفي عام ٢٠١١ تم اكتشاف شبكة تجسس إيرانية في الكويت، وفي عام ٢٠١٢ أعلنت اليمن عن اكتشاف خلية تجسس إيرانية تعمل في اليمن منذ عدة سنوات وتقوم بمهام تجسس ليس في اليمن فحسب بل في دول أخرى واقعة في القرن الإفريقي، كما اعتقلت السلطات الأمريكية عشرة أشخاص بزعم تنفيذ مهام سرية طويلة الأمد لصالح روسيا مما أعاد إلى الأذهان ذكريات الحرب الباردة بين الدولتين العظميين^(٢).

لذلك جاء هذا البحث ليسلط الضوء على التجسس في القانون الدولي - سواء أكان زمن السلم أم في زمن الحرب - وما يرافق هذا الموضوع من تعقيد يتمثل في الطبيعة المزدوجة لعمل التجسس بحد ذاته، حيث تحظى أعمال التجسس التي يقوم بها الوطني لحساب أمته بأسمى آيات البطولة فيخلد اسمه بين أبناء وطنه ويُرفع إلى مرتبة الأبطال القوميين، وعلى النقيض من ذلك فإن الدولة التي يتجسس عليها تكيل له الاتهامات وتعرضه لأشد أنواع العقاب. وهذا المعنى المزدوج يطرح قضية هامة، وهي مدى اعتبار واقعة التجسس التي تحدث لصالح أو بتحريض من دولة معينة ضد أخرى عملاً مخالفاً لقواعد القانون الدولي مما يرتب المسؤولية الدولية تبعاً لذلك.

(١) احتجت لبنان بمخالفة إسرائيل للقرار ١٧٠١ لعام ٢٠٠٦، وذكرت أن عدد العملاء الذين جندتهم إسرائيل للعمل لصالح أجهزة مخابراتها بحدود الـ ١٤٠ عميل هدفهم اختراق المجتمع اللبناني بمؤسساته المدنية والعسكرية والقيام بأعمال اغتيالات وتخريبات واختراق شبكة الاتصال في لبنان والحصول على معلومات تخص الزعماء السياسيين ورصد التحركات الواقعة على الحدود بين لبنان وسوريا. انظر الوثيقة: A/64/908 والوثيقة: S/2010/581

(٢) <http://www.aljazeera.net/NR/exeres/7C1279F2-E8FE-4285-9398-21C0FB08EEC4.htm> تاريخ الزيارة: ٢٠١١/٣/٦.

<http://arabic.cnn.com/2012/yemen.2011/7/27/yemen.iran> تاريخ الزيارة: ٢٠١٢/٧/٢٧

<http://www.alarabiya.net/articles/2011/04/01/143793.html> تاريخ الزيارة: ٢٠١٢/٧/٢٧

http://arabic.cnn.com/2011/middle_east/3/31/kuwait.iran/index.html تاريخ الزيارة: ٢٠١٢/٤/٢٦

المبحث الأول مفهوم التجسس

المطلب الأول: تعريف التجسس.

المطلب الثاني: تمييز التجسس عن بعض المصطلحات المشابهة.

المطلب الثالث: لمحة تاريخية عن التجسس.

المطلب الأول تعريف التجسس

للتجسس تعاريف عدّة لغوية وفقهية، كما أن هناك عدد من الاتفاقيات الدولية التي تُعنى بالقانون الدولي الإنساني أشارت إلى موضوع التجسس بشكل غير مباشر عند معالجتها للأحكام المتعلقة بالجواسيس وتعريفهم.

أولاً - التجسس لغةً:

جسَّ الأرض جَسًّا: وطَّئها، والخبر: بحث عنه وفحصه، والشئ بيده: مسَّه، والشخص بعينه: أحدَّ النظر إليه ليستبينه ويستثبته، واجتسَّه بيده: جسَّه، وتجسس الخبر: جسَّه، وفي التنزيل العزيز (ولا تجسسوا)، ومنه الجاسّة: الحاسّة (من الحواس الخمسة)، و(التجسس) بالحاء: تطلب الخبر وتبحثه، وفي التنزيل: "يا بني اذهبوا فتحسسوا من يوسف وأخيه"، و(الجاسوس): من يتجسس الأخبار ليأتي بها، وجمعه: جواسيس^(٣).

ويقابل كلمة (تجسس) باللغة الفرنسية كلمة (Espionnage) أما في اللغة الإنكليزية فكلمة spying أو espionage، وهذه الأخيرة أي (Espionage) هي الأكثر استخداماً في الاتفاقيات الدولية والمقالات العلمية وقد عرّفها قاموس Black's Law Dictionary بأنها تعني: (جمع أو نقل أو إفشاء المعلومات المتعلقة بالدفاع الوطني)^(٤).

ثانياً - تعريف التجسس في الفقه:

واجه فقهاء القانون مهمة شاقة أثناء تعرضهم لتعريف التجسس، ويرجع ذلك لقدم موضوع التجسس وتشعبه وتطور أساليبه من زمانٍ إلى آخر، ومع ذلك فقد تصدى بعض الفقهاء لمهمة وضع تعريف لمصطلح التجسس.

(٣) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤م، ص ١٢٢.

(٤) www.lycos.com/info/espionage--espionage-act.htm تاريخ الزيارة: ٢٠١١/٣/٩

فعرفه البعض بأنه: (البحث عن أي نوع من المعلومات خفية عن دولة معينة بهدف إيصالها لدولة أجنبية وذلك بنية الإضرار بالدولة المتجسس عليها)^(٥).

ومن أهم الانتقادات التي وجهت إلى هذا التعريف هو أنه قصر الركن المادي لجريمة التجسس على أفعال البحث عن المعلومات، مما يعني أن أي سلوك آخر لا ينطوي على فعل البحث عن المعلومات لا يشكل جريمة تجسس، فالشخص الذي يقوم بتسليم معلومات سرية إلى دولة أجنبية أو لأحد عملائها دون أن يقوم هو بفعل البحث ذاته لا يمكن عد فعله تجسساً حسب ما ورد في التعريف^(٦).

وعرفه البعض الآخر بأنه: (الحصول أو تجميع معلومات سرية حول السياسة أو المواد العسكرية أو التنظيم الدفاعي أو الهجومي لدولة أجنبية وتسليم هذه المعلومات إلى حكومة أخرى أو لمن يعمل لحسابها بمقابل أو مجاناً)^(٧).

إن التعريف السابق يشترط لقيام التجسس أن يكون هناك إعلان متتاليان، الفعل الأول: هو البحث عن المعلومات، والفعل الثاني: يتمثل بإعطاء أو تسليم هذه المعلومات إلى دولة أجنبية، مما يعني أنه إذا تخلف أحد هذين الفعلين فلا نكون بصدد جريمة تجسس دولي، فالذي يقوم بفعل البحث عن الأسرار المتعلقة بالسياسة أو المواد العسكرية فقط لا يعد جاسوساً إذا لم يقدّم بفعل إعطاء هذه الأسرار إلى دولة أجنبية، وكذلك الأمر بالنسبة لمن يقوم فقط بفعل إعطاء المعلومات السرية إلى دولة أجنبية استقلاً فإنه لا يعد جاسوساً لأنه يشترط لقيام التجسس أن يكون ثمة تتابع بين الفعلين (فعل البحث عن السر ثم فعل إعطائه بعد ذلك)^(٨).

فضلاً عن أن هذا التعريف قد ضيق كثيراً من نطاق التجسس وحصره في الميدان العسكري أو السياسي، ولم يشتمل على صور التجسس الاقتصادي أو الصناعي أو العلمي^(٩).

(٥) مجدي محب حافظ، الحماية الجنائية لأسرار الدولة، دراسة تحليلية تأصيلية لجرائم الخيانة والتجسس في القانون المصري والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط ١، ١٩٩٩، ص ٣٢٩.

(٦) سعد إبراهيم الأعظمي، جرائم التجسس في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، ١٩٨٠، ص ١٥.

(٧) محمود سليمان موسى، التجسس الدولي والحماية الجنائية للدفاع الوطني وأمن الدولة، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانونين الفرنسي والإيطالي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٧.

(٨) محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٩) المرجع السابق، ص ١٩٩.

ويعرفه آخرون بأنه: (سعي أي شخص أجنبي صوب الحصول على أسرار الدولة أو تسليمها لأية جهة خارجية متى كان ذلك يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الدولة)^(١٠).

وقد انتقد البعض هذا التعريف بأنه وسّع من نطاق التجسس، بحيث يؤدي إلى اعتبار أفعال الحصول على أسرار الدولة المتعلقة بأية مسألة ولو لم تتعلق بالدفاع الوطني أو الأمن الخارجي للدولة داخلية في مفهوم التجسس^(١١).

ويعرفه البعض بأنه: (الدخول أو محاولة الدخول إلى الأماكن المحظورة للحصول على أشياء أو وثائق أو معلومات يجب أن تبقى مكتومة حرصاً على سلامة الدولة أو سرقة هذه الأشياء أو الوثائق أو المعلومات أو الاستحصال عليها أو إفشاؤها أو إبلاغها دون سبب مشروع)^(١٢).

ويلاحظ تأثر هذا التعريف بقانون العقوبات السوري الذي تنص المادة ٢٧١ منه على ما يلي: (من دخل أو حاول الدخول إلى مكان محظور قصد الحصول على أشياء أو وثائق أو معلومات يجب أن تبقى مكتومة حرصاً على سلامة الدولة عوقب بالحبس سنة على الأقل، وإذا سعى بقصد التجسس فبالأشغال الشاقة الموقته)، والمادة ٢٧٢ منه التي تنص على أنه: (١- من سرق أشياء أو وثائق أو معلومات كالتي ذكرت في المادة السابقة أو استحصل عليها عوقب بالأشغال الشاقة الموقته)، والمادة ٢٧٣ التي تنص على أنه: (١- من كان في حيازته بعض الوثائق أو المعلومات كالتي ذكرت في المادة ٢٧١ فأبلغه أو أفشاه دون سبب مشروع عوقب بالحبس من شهرين إلى سنتين).

ثالثاً - تعريف التجسس في الاتفاقيات الدولية:

تم التطرق إلى موضوع التجسس في العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني كإعلان بروكسيل لعام ١٨٧٤م ومعاهدة لاهاي لعام ١٨٩٩ وعام ١٩٠٧ ومعاهدة جنيف المتعلقة بحماية المدنيين زمن الحرب والملحق الأول لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧م، ولكن أياً من هذه الاتفاقيات لم تعطِ تعريفاً صريحاً لمصطلح (التجسس) بحد ذاته وإنما عالجه أثناء نصها على الأحكام المتعلقة بالجواسيس وتعريفهم.

(١٠) مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(١١) محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(١٢) د. محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، الجزء الأول، ط٣، دمشق، وزارة الثقافة، ١٩٨٧، ص ٣١٢.

فقد عرفت المادة ٢٩ من الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية لعام ١٩٠٧م (اتفاقية لاهاي) في الفصل الثاني منها والمعنون بـ(الجواسيس)، الجاسوس بأنه:

(الشخص الذي يقوم بجمع المعلومات أو يحاول ذلك في منطقة العمليات التابعة لطرف في النزاع عن طريق عمل من أعمال الزيف أو تعتمد التخفي بنية تبليغها للعدو)^(١٣).

ويرى معظم الفقهاء أن تعتمد التخفي واتباع أعمال الزيف يشكل العنصر الأساسي في هذا التعريف، وهو جوهر نشاط الجواسيس والأمر الذي يميزهم عن غيرهم من الجنود العاديين أو جنود الاستطلاع - كما سيرد معنا بعد قليل - ويؤكد ذلك ما نص عليه البروتوكول الإضافي الأول لمعاهدات جنيف الذي نص على أنه: (لا يعتبر جاسوساً كل فرد من أفراد القوات المسلحة لطرف في النزاع يقيم في إقليم يحتله الخصم والذي يقيم لصالح دولته بجمع أو محاولة جمع معلومات ذات قيمة عسكرية داخل ذلك الإقليم، ما لم يرتكب ذلك عن طريق عمل من أعمال الزيف أو تعتمد التخفي)^(١٤).

ومثال أعمال الزيف والتخفي أن ينتحل الفاعل اسماً كاذباً أو يبرز هوية زائفة أو يتخذ لنفسه رتبة أو صفة غير صحيحة، أو يتزيا بزى جنود الخصم أو زي قوات الأمم المتحدة، أو يلبس لباس عمال البريد أو يضع شارة يعرفها الحراس فلا يعترضوا سبيله^(١٥) (شارة الصليب أو الهلال الأحمر مثلاً)، ومن ذلك أيضاً استعمال سيارات أو طائرات الإسعاف الطبية في أعمال التجسس.

أما عن طبيعة المعلومات فلم تحدها المادة السابقة ولكن يمكن الاستنتاج - من السياق العام للاتفاقية - بأنها المعلومات التي تتعلق بالوضع الحربي للأطراف المتنازعة، وبالتالي فإن جمع المعلومات المتعلقة بالسياسة أو الاقتصاد لا يشكل عملاً من أعمال التجسس زمن الحرب^(١٦).

(١٣) موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر على شبكة الإنترنت: http://www.icrc.org/web/ara/siteara0.nsf/htmlall/62TC8A?OpenDocument&style=custo_print تاريخ الزيارة ٢٠١١/٣/١.

(١٤) انظر: م ٤٦ من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف ١٩٧٧م.

(١٥) محمد الفاضل، المرجع السابق، ص ٤٤١.

(١٦) بالنسبة للتجسس زمن السلم فإن الأسرار لم تعد تقتصر على النواحي العسكرية وإنما أوضحت تتناول كثيراً من النواحي السياسية والاقتصادية والعلمية والصناعية التي ينبغي أن تظل مكتومة لما قد ينجم عن معرفة الدول الأجنبية بها إطلاعهم عليها من إضعاف لقوة الدولة وعرقلة لمجهودها العسكري وإضرار بالاستعدادات الخاصة بالدفاع في زمن السلم، وبالدفاع ذاته في زمن الحرب.

وبالنسبة لعبارة (منطقة العمليات) الواردة في التعريف الآنف فقد فسرتها ممارسات الدول في هذا الشأن بأنها تعني إقليم الدولة المحاربة بكامله، بما فيها الأقاليم المحتلة من قبل العدو^(١٧).

المطلب الثاني

تمييز التجسس عن غيره من المصطلحات المشابهة

هناك عدد من الجرائم والأفعال قد تشترك مع التجسس في عدة عناصر أو خصائص، وهذا يقتضي بطبيعة الحال التمييز بين هذه الجرائم أو الأفعال، لعل إخراج بعض الأفعال من دائرة التجسس يقرب لنا فهم موضوع بحثنا بشكل أكثر دقة. أولاً- تمييز التجسس عن الخيانة:

عرّف البعض الخيانة بأنها: (اعتداء على أمن الدولة يؤدي إلى الإضرار بها وذلك لمصلحة دولة أخرى)، وعرفها البعض الآخر بأنها: (واقعة يرتكبها شخص وطني إضراراً بأمنه سواء أكان ذلك بإدارته أم لا)، وهناك من عرفها بأنها: (جريمة تقع من مواطن بهدف مساعدة دولة أجنبية على حساب دولته)^(١٨). يتضح مما سبق وجود تقارب كبير بين مفهومي التجسس والخيانة لذلك استند الفقهاء للتمييز بينهما إلى عدد من المعايير هي:

١ - المعيار الموضوعي: اتجه أنصار هذا المعيار صوب التفريق بين الخيانة والتجسس إلى طبيعة الفعل المقترف، أي طبيعة الركن المادي للجريمة المرتكبة، فالخائن هو من يسلم ما في يديه من الأسرار إلى دولة أجنبية، وأما الجاسوس فهو من يسعى للحصول على ما ليس في حيازته من الأسرار، فعمل الأول التسليم، وعمل الثاني البحث والتنقيب^(١٩).

إلا أن أنصار هذا المعيار اصطدموا بعوائق قانونية تتمثل في أن السعي أو البحث عن السر يعتبر تجسساً، فإذا أصبح السر بين يدي الجاني ثم قام بتسليمه أصبح خيانة، ومعنى هذا أن التجسس عبارة عن شروع في جنائية خيانة، وهذه النتيجة تتناقض مع ما تقرره بعض التشريعات الوطنية من تماثل بين عقاب الشروع

(١٧) <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/category/appendices>

تاريخ الزيارة ١٧/٦/٢٠١١.

(١٨) مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٢٣٣-٢٣٥.

(١٩) المرجع السابق، ص ٢٢٥.

والجريمة التامة، ثم إن هذا المعيار يصطدم بعقبة قانونية وفعلية أخرى تتمثل في حالة قيام الجاني بارتكاب فعل السعي نحو البحث عن الأسرار ثم القيام بعد الحصول عليها بتسليمها إلى دولة أجنبية، فهل نصمه وقد قام بفعل السعي والتسليم بالتجسس أم بالخيانة أم بهما معاً^(٢٠).

٢ - **المعيار الذاتي:** ذهب فريق من الفقه إلى أن معيار التفريق بين الخيانة والتجسس يكمن في الدافع^(٢١) فإذا كان الجاني يضرر الغدر بوطنه وإنزال الضرر بمصالحه فهو خائن، أما لو كان الدافع حب المال أو الطيش والخفة فإن الجاني يكون جاسوساً في هذه الحالة^(٢٢).

وقد انتقد هذا المعيار نظراً للصعوبة الكبيرة في التعرف على بواعث أو دوافع الجاني بدقة، إذ أن ذلك يتطلب تحليل ظروف كل فاعل أو شريك للوصول إلى نواياه وملابسات جريمته، وهذا المعيار يفتح أمام المجرم باب التمويه والتضليل على مصراعيه، فباعت الكراهية للدولة أو الحق عليها مثلاً يمكن التمويه عليه بالحصول على بعض المنافع المادية من الأعداء^(٢٣).

٣ - **معيار الجنسية:** يستند أنصار هذا المعيار إلى جنسية الفاعل للتمييز بين الخيانة والتجسس، ومؤدي هذا المعيار أن الجريمة تعتبر خيانة إذا كان الجاني يتمتع بجنسية الدولة المجني عليها، بينما تعتبر الجريمة تجسساً إذا كان الجاني أجنبياً. وتكمن علة التفريق في أن المواطن الذي يقدم على فسخ رابطة الولاء نحو بلده هو أشد إجراماً من الأجنبي الذي لا تربطه رابطة ولاء بالدولة المجني عليها، هذا بالإضافة إلى أن المواطن يقدم خدمة لبلاده - وإن كانت غير أخلاقية - بالتجسس على الدول الأخرى.

ويؤخذ على هذا المعيار بأنه كيف تعليل اعتبار الفعل الواحد تجسساً لو قام به أجنبي وخيانة لو قام به وطني، ولكن برغم هذا النقد فإن هذا المعيار سهل وواضح ومنضبط، ولذلك فإن غالبية الفقه قد أيدته^(٢٤).

(٢٠) محمد الفاضل، المرجع السابق، ص ٣١٥. انظر أيضاً: مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

(٢١) يعرف القانون السوري الدافع بأنه: العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها. انظر: المادة ١٩١ ف ١ من قانون العقوبات السوري.

(٢٢) محمد الفاضل، المرجع السابق، ص ٣١٦. وانظر أيضاً: مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(٢٣) مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٢٤) مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

ثانياً - تمييز التجسس عن أعمال الاستطلاع العسكرية:

يعرف بعض الفقهاء أعمال الاستطلاع بأنها: (الأعمال التي تقوم بها طلائع جيش العدو الذين يتحسسون مقدمة حقل المعركة بغية نقل أنبائهم إلى جيشهم). أما الخبراء العسكريون فيعرفونها بأنها: (مجموعة من التدابير المتخذة لجمع المعلومات الدقيقة عن تحركات العدو واكتشاف مواقعه المتقدمة والخلفية بغية مساعدة القائد على اتخاذ قرار سليم بناءً على معلومات دقيقة)^(٢٥).

وهناك فارق بين التجسس وأعمال الاستطلاع "reconnaissance"، حيث إن أعمال الاستطلاع تتم عن طريق أشخاص يرتدون الزي الرسمي لقواتهم المسلحة (يطلق عليهم اسم الكشافين العسكريين)، فإذا قام شخص من القوات المسلحة لدولة ما بأعمال الاستطلاع وجمع المعلومات وهو يرتدي الزي الرسمي لقواته المسلحة فإنه لا يعتبر جاسوساً وإنما يعتبر أنه قد قام بعمل عسكري يتمتع بالحماية الإنسانية، وبالتالي يكون له وضع أكثر احتراماً كجندي استطلاع، فإذا ما تم القبض عليه من قبل العدو فإنه يعتبر أسير حرب ويجب أن يتمتع بجميع الامتيازات الممنوحة لأسرى الحرب ولا يجب إعدامه، أما لو أدى هؤلاء الكشافون الأعمال الموكلة إليهم بغير الزي الخاص بهم فعندها فقط يمكن اعتبارهم جواسيس.

ولا يعتبر من الجواسيس الأفراد العسكريون والمدنيون الذين يقومون - وبصورة علنية - بنقل الأنباء والمراسلات التي يعهد إليهم بنقلها، وكذلك لا يعتبر مراسلو الصحف الذين ينقلون إلى صحفهم أخبار العدو في ميدان القتال من الجواسيس، ما لم يكونوا قد قاموا بنقل أسرار أو استخدمهم العدو لهذا الغرض.

وكنتيجة لما سبق فإن أعمال الإنزال للمظليين أو (الكوماندوس) الذين يعملون وراء صفوف العدو لا تعتبر من أعمال التجسس لكونها أعمال صادرة عن مقاتلين شرعيين تتوافر فيهم شروط الزي واحترام قوانين الحرب وأعرافها والعمل في إطار منظم^(٢٦).

ثالثاً - التمييز بين التجسس والاستخبارات:

الاستخبارات هي مجموع الأجهزة والتشكيلات والوسائل المستخدمة لجمع المعلومات السياسية والنفسية والاقتصادية والعسكرية الخاصة بالعدو وتحليلها،

(٢٥) د. بارعة القدسي، د. منال المنجد، قانون العقوبات الخاص: الجرائم الواقعة على أمن الدولة والجرائم الواقعة على الأشخاص، منشورات جامعة دمشق مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٧، ص ٩٥.

(٢٦) عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، ط ٢، ١٩٩٧، ص ٥٢.

والعامل في الوقت نفسه على مكافحة عمليات التجسس أو التخريب المعادية وإبطال كل عمل يقوم به العدو لجمع المعلومات السياسية والنفسية والاقتصادية والعسكرية عن معسكر الصديق.

والعلاقة التي تجمع بين الاستخبارات والتجسس تكمن في أن الأولى تلعب نفس الدور الذي يلعبه الثاني، ولكن الاستخبارات تتميز بكونها عملاً مزدوجاً يتمثل بالدفاع والهجوم على عكس التجسس الذي يكون هجوماً دائماً^(٢٧). ويذهب بعض الفقه إلى أن نظام المخابرات له جانبان، الأول يتمثل في جمع واستقصاء المعلومات من التصريحات الرسمية والكتب والمؤلفات والنشرات الإذاعية والتلفزيونية بطرق قانونية، أما الجانب الثاني فيتمثل في جمع المعلومات بطرق غير قانونية وهذا هو التجسس. إذاً فمفهوم الاستخبارات أعم وأشمل من مفهوم التجسس، ويمكن اعتبار الأخير جزءاً من الأول.

المطلب الثالث لمحة تاريخية عن التجسس

إن التجسس أو الجاسوسية نمط من أنماط السلوك الإنساني رافق نشوء المجتمعات القديمة وتطور بتطورها، ثم غدا له في عصرنا الحاضر شأن كبير وأهمية بالغة^(٢٨).

وإذا حاولنا الرجوع إلى البدايات التاريخية للتجسس، نجد أنه فن فرعوني قديم مارسه المصريون القدماء منذ آلاف السنين، وكانوا يعتبرونه لوناً من ألوان العلم الحربي يوظف ضد الأعداء، حيث تؤكد النقوش المكتشفة أنه أثناء غزو رمسيس الثاني للحيثيين عام ١٢٧٤ ق.م في معركة قادش، تم القبض على جاسوسين للعدو في معسكر جيشه حيث تم ضربهما ضرباً مبرحاً ليعترفا بالحقيقة^(٢٩)، أما عن التجسس ضد الدولة الفرعونية فقد كان الجاسوس الذي يفشي أسرار الدولة للأعداء يعاقب بقطع اللسان في حال أفشى تلك المعلومات شفاهةً بينما يعاقب بقطع الأصابع في حال إفشائه للأسرار كتابةً^(٣٠).

(٢٧) عثمان بن علي بن صالح، جريمة التجسس وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٥، ص ٤١.

(٢٨) د. محمد الفاضل، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

(٢٩) Terry crowdy, The Enemy within, A History of Espionage, 2006. osprey Publishing, UK, p 16.

(٣٠) مجدي حافظ، المرجع السابق، ص ٢٣.

- كما عرف الصينيون القدماء التجسس حيث يقول الحكيم الصيني (سان سو) في كتابه (أصول الحرب) عام ٥١٠ ق. م: (إن ما يمكن الملك الحكيم والقائد الصالح من الانتصار وبلوغ ما يتجاوز حدود الرجل العادي هو المعلومات السابقة). وكان ذلك في كتابه (أصول الحرب)^(٣١).

- وعرفت اليونان القديمة التجسس وحفلت ملحمة الإلياذة لشاعر اليونان الكبير هوميروس بالكثير من أعمال الجواسيس، وعرف الرومان الجرائم الماسة بأمن الدولة، إذ ورد النص عليها في قانون الألواح الإثني عشر، وقد كانت هذه الجرائم تسمى الجرائم الماسة بالجلالة^(٣٢).

- وقد وردت أول قصص التجسس في التاريخ في العهد القديم حيث كان سيدنا موسى عليه السلام قد قاد اليهود حتى خرجوا من مصر ثم توقف بهم في منطقة مجدبة، وكان الله هو الذي نصح موسى أن يبعث بجواسيس إلى أرض كنعان (فلسطين) فاختر موسى بنفسه جواسيسه والذين كانوا اثنا عشر رجلاً من قادة القبائل البارزين وزودهم بتعليمات كثيرة دقيقة وطلب منهم النظر إلى الأرض هل هي جيدة أم رديئة والشعب الساكن فيها قوي أم ضعيف قليل أم كثير، وقد عاد جواسيس موسى عليه السلام ليقولوا أن أرض كنعان أرضٌ يتدفق منها اللبن والشهد وأن سكانها من العمالقة الجبابرة الضخام^(٣٣).

- أما الدور الذي لعبه الجاسوس في الديانة المسيحية فيكاد يكون منعماً فلم تكن معركة المسيح - عليه السلام - معركة أرضية أو مادية، فالحرب في المسيحية كانت ضد السلوكيات الخاطئة في الإنسان وغرس قيم المحبة والتسامح الديني بين بني البشر جميعاً؛ فلم يأت المسيح ليخوض حرباً أو ليصبح ملكاً أو يكتسب أرضاً فلا يوجد في نصوص الإنجيل ما يحض على الحرب وما يتبعها من وسائل كالتجسس مثلاً وجد في النص التوراتي^(٣٤).

- أما الدين الإسلامي الحنيف فقد حرم التجسس على المسلمين لصالح العدو

(٣١) محمد راكان الدغمي، التجسس وأحكامه في الشريعة الإسلامية، دار السلام للنشر، ط٢، ١٩٨٥، ص ٤٧.

(٣٢) مجدي حافظ، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٣٣) محمد راكان الدغمي، المرجع السابق، ص ٤٨.

(٣٤) د. زهير الحسني، مشاكل الأنسنة في القانون الدولي الإنساني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، السنة الثانية، العدد الرابع، ٢٠١٠، ص ٧.

سواء أكان المتجسس أجنبياً أم من المسلمين، كما أن الإسلام لم يجز التجسس على الدول الصديقة للمسلمين التي تلتزم بمبادئ التعاون وتحترم العهود والمواثيق^(٣٥). يقول الله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٣٦).

ولكن متى ظهرت بوادر الخيانة من الآخرين كالتجسس على المسلمين، فيجب معاملتهم بالمثل، يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾^(٣٧).

وبالمقابل شرع التجسس عندما يكون من قبل الدولة الإسلامية على أعدائها بقصد التعرف على عددهم وعتادهم وكشف مخططاتهم وتحركاتهم والإطلاع على أسرارهم الحربية وأنواع أسلحتهم وإمكاناتهم، يقول الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ...﴾^(٣٨).

ومن الإعداد معرفة ما يمتلكه العدو ومدى قوته ونقاط ضعفه لإجراء ما يلزم من الخطط ولن يتم ذلك إلا عن طريق الإحاطة بأخباره^(٣٩).

وقد كان رسول الله - ﷺ - حريصاً على إرسال الجواسيس (العيون) في الغزوات، فقد روي عن النبي - ﷺ - (أنه خرج عام الحديبية في بضع عشرة مائة من أصحابه، فلما أتى ذا الحليفة قلد الهدى وأشعره وأحرم منها بعمرة، وبعث عيناً له من خزاعة وسار النبي صلى الله عليه وسلم حتى كان بغدير الأشطاط أتاه عينه قال: إن قريباً جمعوا لك الأحابيش، وهم مقاتلون وصادوك عن البيت ومانعوك. فقال: أشيروا أيها الناس علي أترون أن أميل على عيالهم وذراي هؤلاء الذين يريدون أن يصدونا عن البيت، فإن يأتونا كان الله قد قطع عيناً من المشركين وإلا تركناهم محروبين....).

وعن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله - ﷺ - يوم الأحزاب: "من

(٣٥) د. حسن محمد عبه جي، التجسس في الإسلام، صوره وأحكامه، مجلة الأمن والحياة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد ٢٤١، ٢٠٠٢ - ص ٣٦-٣٧.

(٣٦) سورة الممتحنة، الآية (٨).

(٣٧) سورة النحل، الآية (٢٦).

(٣٨) سورة الأنفال، الآية (٦٠).

(٣٩) عثمان بن علي بن صالح، المرجع السابق - ص ٩٧.

يأتني بخبر القوم؟ فقال الزبير: أنا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لكل نبي حوارياً وإن حوارِي الزبير".

- وفي المرحلة التي تلت انهيار الإمبراطورية الرومانية انحصر التجسس في الغالب بزمان الحرب فقد استخدمته الدول المتحاربة للوقوف على آخر المعلومات المتعلقة بعدد الجنود والفرسان والطرق التي يسلكها العدو في تقدمه ونوعية أسلحته، وذلك عن طريق جواسيس متنكرين على هيئات مختلفة حيث كان منهم التجار والشعراء والمجانين وحتى المهرجين!.

- وفي فترة الحروب الصليبية على المسلمين وظفت الكنيسة عدداً كبيراً من الجواسيس لمعرفة الدفاعات والحصون المحيطة بالقسطنطينية والقدس. هذا فضلاً عن أعمال الجاسوسية التي كان يقوم بها الفاتيكان داخل أوروبا نفسها عبر الاستعانة بجهاز تجسس سري أطلق عليه (الحلف المقدس) بهدف مواجهة المنشقين سياسياً عن الكنيسة والمرتدين عن الدين المسيحي.

- ولما اشتعل التنافس الاستعماري على القارة الجديدة وما استتبعه من قيام حروب بين عدد من الدول الأوروبية ازدادت عمليات التجسس بين الدول، وقد اشتهر السير فرانسيس والسنكهام وزير خارجية ملكة إنكلترا إليزابيث الأولى حيث نظم شبكة جواسيس في عدد من البلدان وخاصةً إسبانيا. ويقال بأن جورج واشنطن - أثناء الحرب الإنكليزية الأمريكية - كان يخصص ١١٪ من الميزانية العسكرية بهدف الإنفاق على شبكات الاستخبارات.

- وفي العصور الحديثة بدأت وسائل التجسس تأخذ ذلك الطابع العلمي والتقني بالتوازي مع القفزات والطفرات التكنولوجية المتتالية، خاصةً بعد اختراع الهاتف والكاميرات الدقيقة والأقمار الاصطناعية ووسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت.

ولا أحد ينسى ما كان يحدث أثناء الحرب الباردة من نشاطات تجسس محمومة بين الولايات المتحدة وحلفائها من جهة والاتحاد السوفييتي وجمهورية الصين الشعبية وحلفائها من جهة أخرى، وخصوصاً فيما يتعلق بأسرار التسليح النووي والتي ارتبط معها اسمي (CIA) والـ (KGB).

المبحث الثاني

مشروعية التجسس في ظل القانون الدولي

من المعروف لدى الجميع أن أفعال التجسس غير مشروعة على الإطلاق في القوانين الداخلية للدول وتطبق على فاعلها أشد العقوبات الجزائية، ولكننا نتساءل عن موقف القانون الدولي من التجسس هل يحرمه أم يعده فعلاً مشروعاً؟ قد يظن القارئ للوهلة الأولى أن التجسس عمل غير مشروع على الإطلاق... فكيف يعاقب الجاسوس بأشد العقوبات إذا ما تم القبض عليه ويكون التجسس عملاً مشروعاً؟ الحقيقة هي أن الإجابة على هذا السؤال ليست بالأمر السهل أبداً، وتتطلب منّا التمييز بين التجسس في زمن السلم وفي زمن الحرب، فالأول يعالج وفق القواعد العامة الموجودة في القانون الدولي زمن السلم أما الثاني فيتم معالجته في إطار قواعد القانون الدولي زمن الحرب أو ما يعرف بالقانون الدولي الإنساني.

المطلب الأول

التجسس زمن السلم

يتنازع الفقه بين اتجاهين في مدى مشروعية التجسس وقت السلم، الاتجاه الأول يرى أن أنه أمر مشروع ولا يشكل تبعاً لذلك خرقاً للقانون الدولي، والاتجاه الثاني يقول بأنه عمل غير مشروع ويثير بالتالي المسؤولية الدولية للدولة التي تقوم بالتجسس.

أولاً - الاتجاه الأول - التجسس زمن السلم هو أمر مشروع:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأنه على الرغم من أن التجسس وقت السلم هو عمل غير ودي فإنه لا يشكل خرقاً للقانون الدولي ويستندون في ذلك إلى الاعتبارات التالية:

١ - أن التجسس لا يمكن اعتباره جريمة دولية بحد ذاته، ولم يحدث حتى الآن أن حاکمت محكمة دولية أحداً بجريمة التجسس، والقانون الداخلي عندما يعاقب على جرائم التجسس لا يعاقب عليها باعتبارها خرقاً للقانون أو العرف الدولي ولكنه يعاقب عليها باعتبارها تشكل خرقاً لمصالح الدولة، فالتجسس أولاً وأخيراً هو خرق للقانون الوطني ولا يشكل خرقاً للقانون الدولي.

٢ - تقوم الدول بالتجسس لتمكن أو تقلص على الأقل احتمال أي عدوان مفاجئ عليها^(٤٠)،

(٤٠) Glenn Sulmasy, John Yoo - counterintuitive intelligence operations and international law- Michigan Journal of International Law, vol 28, spring 2007, p 627.

- حيث يرى البعض - ممن يؤمنون بحق الدولة في الدفاع الشرعي التوقعي - anticipatory self-defense أن الدولة عندما تتجسس على الدول الأخرى فإنها تقوم بمعرفة ما إذا كانت هذه الدولة تبني لها هجوماً مسلحاً على المدى القريب أم لا^(٤١).
- ٣ - يستند البعض في تبرير التجسس وقت السلم على (نظرية الضرورة) ومؤدى هذه النظرية هو أن التجسس قد أصبح حالياً ضرورة من ضرورات الأمن القومي للدول، ويعتبر واحداً من عدد من الأدوات التي تتيح للدول التأكد من التزام الدول الأخرى بالمعاهدات التي عقدها، وخصوصاً المعاهدات الهامة كتلك المتعلقة بالحد من انتشار الأسلحة مما يسمح للدول التي تقوم بالتجسس بالرقابة على التسلح باعتباره وسيلة للحفاظ على التوازن بين القوى الكبرى^(٤٢)، كما أن التجسس يساعد في التعاون ما بين الدول في حل عدد من المشكلات العابرة للحدود مثل الإرهاب والاتجار بالمخدرات والتلوث وانتشار الأمراض مثل الإيدز والسارس والهجرة غير الشرعية... إلخ^(٤٣).
- وباختصار فإن التجسس حسب هذا الرأي هو وسيلة للسلام والاستقرار في المجتمع الدولي، وإن أي محاولة لتنظيم موضوع التجسس زمن السلم سوف يؤدي إلى تقويض سلطة الدولة في تحديد النيات الحقيقية للدول الأخرى^(٤٤).
- ٤ - تستمد مشروعية التجسس من حق الدولة بالبقاء والاستقلال، لأن التجسس يحمي الدولة ضد الأخطار الخارجية، لا سيما وأن الأمن القومي لكل دولة في هذا العصر يستند على جملة من المعطيات والأسس التي تتأثر بدورها بمواقف وأحوال أو سياسات الدول الأجنبية أو حتى بنواياها، ومن هنا كان من الضروري الإحاطة بهذه الجوانب والإلمام بها على نحو صحيح؛ وذلك لأن تخطيط السياسة العليا للأمن القومي في الدولة يقوم أساساً في ضوء ما تحصل عليه من أسرار أو

(٤١) A. John Radsan- the unresolved equation of espionage and international law - michigan journal of international law, 2007 vol 28, p 604.

(٤٢) د. ماجد الحموي، د. أحمد عبد العزيز، العلاقات الدولية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٧، ص ١٢٤.

(٤٣) A. John Radsan- Op.cit, p 605- 606.

(٤٤) انظر على سبيل المثال: رد حكومة أوكرانيا الوارد في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة عن تدابير كفالة الشفافية وبناء الثقة في أنشطة الفضاء الخارجي، ٢٠١٠، ص ٧، الوثيقة A/65/123.

معلومات متكتم عليها يمكن أن يقصد أو تخدم تلك السياسة بصورة أو بأخرى وأن التراخي في ذلك يمثل تقصيراً يصل إلى درجة الخطيئة الوطنية^(٤٥).

- ٥ - يعتبر بعض الفقهاء بأن ممارسات الدول عبر التاريخ تدعم شرعية التجسس وأن هناك رضاً ضمنيّاً من قبل الدول بالتجسس وقت السلم، وإلا فلماذا لا يوجد معاهدات أو أعراف في القانون الدولي تحرّم هذا الفعل وقت السلم (فمثلاً لم يقدم أي اقتراح جدي من أي دولة حول مشروع اتفاقية تمنع التجسس بين الدول وتجعله خرقاً للقانون الدولي)، وبمعنى آخر فإن صمت القانون الدولي حول موضوع التجسس وقت السلم يمكن اعتباره إقراراً بحق الدول في ممارسته^(٤٦).
- ٦ - يستند البعض إلى التطبيق الضمني لنظرية "tu quoque" والتي تعني باللاتينية (وأنت أيضاً) ومؤدى هذه النظرية أن أي دولة لا تستطيع أن تقوم بالاحتجاج على فعل تقوم هي نفسها بممارسته، (فطالما أنك قمت بنفس العمل غير المشروع، فلماذا تحاسبني؟)^(٤٧).

ثانياً - الاتجاه الثاني - التجسس زمن السلم هو أمر غير مشروع:

في الاتجاه المعاكس للاتجاه السابق يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن التجسس وقت السلم هو فعل غير مشروع وخرق للقانون الدولي ويستندون في ذلك إلى عدد من المعطيات أهمها:

- ١ - إن التجسس زمن السلم فعل لا يستقيم أبداً مع مبدأ هام من مبادئ القانون الدولي وهو مبدأ (عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول) والذي نص عليه ميثاق الأمم المتحدة في المادة ٢ منه، وهو بالتالي يشكل خرقاً واضحاً لواجب أساسي من

(٤٥) محسن الحضييري، الجاسوسية الاقتصادية كيف تدمر دولة من الداخل، القاهرة، الدار الفنية للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص ٧.

(٤٦) Valerie Kay Frances VanHo, Examining the effect of external shifts on norm compliance, Duke University, 2010, p 10.

(٤٧) تم الاستناد إلى هذه النظرية في محاكمات نورمبرغ إبان الحرب العالمية الثانية كدفع من قبل المتهمين الألمان بارتكاب جرائم حرب. انظر:

Sienho Yee - The Tu Quoque Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment - Chinese Journal of International Law, 2004, vol 3(1), p87.

واجبات الدول في القانون الدولي وهو واجب احترام سلامة واستقلال أراضي الدول الأخرى^(٤٨).

- ٢ - دلت التجارب السابقة في العلاقات الدولية أن التجسس يكون بأعمال شائنة وذنميمة، ويكون الدافع الأساسي للجواسيس تحقيق الربح والمكاسب الشخصية على حساب إلحاق الضرر بأمن وسلامة الدولة المتجسس عليها، ويمكن الإشارة هنا إلى مقولة نائب الرئيس السابق للولايات المتحدة آل غور: إن التجسس يشكل بالطبع خرقاً للقانون الدولي، فإذا كان غير ذلك فلماذا يتم دوماً بالخفاء.
- ٣ - إن التجسس سلوك منبوذ لا يستقيم مع الأخلاق أو الأعراف أو التقاليد الإنسانية الدولية منها والوطنية في كل زمان ومكان، سواء نظرنا إليه من منظور ديني أو سياسي أو أخلاقي، وحتى لو تصورنا وجود هدف مشروع للتجسس فإن حقيقة عدم شرعية أو أخلاقية الوسيلة المستعملة فيه تظل قائمة، وهي كافية في حد ذاتها لإسقاط أي مظهر من مظاهر الشرعية عن ذلك النشاط^(٤٩).
- ٤ - صحيح أن هناك صمتاً حول موضوع التجسس وقت السلم في القانون الدولي، ولكن الدولة المتهمه بموضوع التجسس سوف تلاقي انتقاداً دولياً، وسوف تسعى هذه الدولة لتلافي هذا الانتقاد أو الاستنكار الدولي بإنكار نية التجسس من أصلها أو التنصل من عمل الجاسوس الذي يعمل لصالحها، وهذا ما حدث في حادثة الغواصة السوفييتية التي تم إلقاء القبض عليها في المياه الإقليمية السويدية عام ١٩٨١، وفي حادثة الطائرة الأمريكية U2 التي أسقطت فوق أجواء الاتحاد السوفييتي، ففي كلا الحادثتين ادعت الدول المتجسسته بأنها لم ترتكب أي عمل من أعمال التجسس وإنما كان هناك خطأ غير مقصود سببه أخطاء ملاحية وسوء الأحوال الجوية^(٥٠).

(٤٨) تقول المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية اللوتس الشهيرة عام ١٩٢٧ ما يلي:
“the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State”.

(٤٩) يوسف الشقرة، التجسس في قانون سورية، دمشق، ١٩٥٥، ص ٥.

Valerie Kay Frances VanHo Op.cit, p 10.

(٥٠)

المطلب الثاني

التجسس زمن الحرب

يقول القائد الفرنسي نابليون بونابرت: (إن القائد الذي يدبر عملية حربية دون أن تكون لديه معلومات عنها رجل لا يعرف صناعته)^(٥١).

ومن البديهي أن نجد كل طرف في الحرب يسعى قدر الإمكان إلى التكتّم عن إمكاناته الحقيقية وقدراته القتالية وفي المقابل يبذل قصارى جهده لمعرفة الطرف الآخر والاطلاع على حقيقة إمكاناته القتالية وكذا خطته إلى غير ذلك...

وعلى غرار التجسس زمن السلم فقد تنازع الفقه في مدى مشروعية التجسس زمن الحرب اتجاهاً اثنان أحدهما يقر بمشروعية التجسس ويعتبره عملاً لا يتعارض مع اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، والآخر على العكس لا يعترف أبداً بمشروعيته ويصمه بعدم المشروعية.

أولاً - الاتجاه الأول: مشروعية التجسس زمن الحرب:

يرى أنصار هذا المذهب أن التجسس زمن الحرب مشروع استناداً إلى القانون الدولي المكتوب والقانون الدولي العرفي، ويؤيدون ذلك بعدد من المواثيق والمعاهدات الدولية أهمها بيان بروكسيل لعام ١٨٧٤م بشأن تدوين القانون العسكري، ودليل الحرب البرية المعروف بمرجع أكسفورد لعام ١٨٨٠، ومعاهدة لاهاي لعام ١٨٩٩م، والبروتوكول الملحق بمعاهدة لاهاي لعام ١٩٠٧م، بالإضافة إلى بروتوكول جنيف لعام ١٩٧٧م. حيث أن هذه المواثيق والمعاهدات لم تجرم التجسس ولم تمنع استخدامه.

- فالمادة ٢٣ من معاهدة لاهاي لعام ١٩٠٧ نصت على المحرمات والنواهي التي يحظر على المتحاربين القيام بها، ولم يكن من بين هذه المحرمات أعمال التجسس، وهذا ما يسمح بالقول بأن معاهدة لاهاي لم تكن تغفل ذكر أعمال التجسس إلا للإقناع بمشروعيتها، بالإضافة إلى أن المادة ٢٤ من هذه المادة تنص على أن: (خدع الحرب وتوظيف وسائل للحصول على المعلومات عن العدو والدولة

(٥١) ويقول نابليون أيضاً: (إن جاسوس واحد في مكانه الصحيح يعادل عشرين ألف جندي في أرض المعركة) ويقول ميكافيلي في كتابه الأمير: (على الحاكم أن يجند الجواسيس بشكل روتيني ليضمن استقرار سلطته ومصالحه). انظر:

David A. Anderson- spying in violation of article 106 ucmj: the offense and the constitutionality of its mandatory death penalty - MILITARY LAW REVIEW, vol.127- p19900.

يعتبر مسموحاً به) فهذه المادة ليس فيها أي استثناء على خدع الحرب والوسائل التي يمكن الحصول منها على المعلومات^(٥٢)، وبالتالي فهي لا تفرض أي قيد على التجسس وقت الحرب.

- والمادة ٣١ من المعاهدة السابقة تنص على أن: (الجاسوس الذي يعود وينضم إلى الجيش الذي ينتمي إليه، ثم يقع في أسر العدو بعد ذلك يعامل كأسير حرب ولا مسؤولية عليه من أعمال التجسس السابقة). وواضح من هذا النص أنه يسقط العقوبة عن الجاسوس الذي ينجح في العودة إلى جيشه إذا ما وقع في قبضة الطرف المعادي، مما يستدل معه إلى أن التجسس ليس جريمة في قانون الحرب، وإلا كيف يمكن اعتبار نجاح الجاسوس في العودة إلى الفريق الذي ينتمي إليه سبباً من أسباب عدم المسؤولية.

إلا أن بعض الفقهاء قد اعترضوا على هذا الاتجاه وقالوا بأنه: إذا كان التجسس يمثل نشاطاً مشروعاً فكيف يفسر إجماع الدول على تجريم التجسس والعقاب عليه من خلال تشريعاتها الوطنية إذا ما تعرضت هي لنشاط التجسس، ولكن أنصار المذهب السابق ردوا على هذا الاعتراض بقولهم أن القانون الجنائي الوضعي يتسم بأنه ذو صفة نفعية ومن ثم فإن عقاب الجاسوس يمكن أن يفسر على أساس المنفعة التي تتمثل بضرورة العقاب، فالمشرع لا يمكن أن يأخذ بفكرة العدالة المطلقة كأساس للتشريع الجنائي، ولهذا فهو يعاقب على التجسس بوصفه نشاطاً مضرراً بالمصالح الوطنية وليس بسبب الإرادة النفسية التي دفعت الجاسوس إلى ما قام به^(٥٣).

ثانياً - الاتجاه الثاني: عدم مشروعية التجسس وقت الحرب:

- يستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدم وجود نص أو عرف في القانون الدولي الإنساني يبيح ممارسة أعمال التجسس صراحةً أو ضمناً، وأما القول بأن: (معاهدة لاهاي لعام ١٩٠٧ قد حددت النواهي والمحظورات في الحرب ولم تكن أعمال التجسس من بينها) فمردود عليه بأن معاهدة لاهاي لم تذكر المحرمات والمحظورات المنهي عنها في الحرب على سبيل الحصر وإنما جاءت على سبيل المثال، أما فيما

(٥٢) مثال ذلك: إحداث مراكز التنصت (listening post)، التصوير الجوي عن طريق الطائرات أو الأقمار الاصطناعية، استكشاف الأراضي، استخدام كلمات السر التي يستخدمها العدو... الخ. انظر: موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument>.

(٥٣) فكتور كولونيو، التجسس من وجهة نظر القانون الدولي وقانون العقوبات، ١٩٨٨م، ص ٣٥.

يتعلق بنص المادة ٢٤ من المعاهدة والتي تعد الحصول على المعلومات في منطقة العمليات الحربية عملاً مشروعاً بشروط معينة فمربود عليه بأن هذا الحكم يتعلق بمشروعية الاستطلاع أثناء الحرب، وهو مبدأ معروف منذ القدم، ولكنه لا يفيد بأي حال من الأحوال إباحة التجسس^(٥٤).

ونحن نرى بأن التجسس أمر مشروع زمن الحرب وغير مشروع زمن السلم، ففي حالة الحرب يستمد التجسس مشروعيته من مشروعية الحرب نفسها لأنه يصبح وسيلة من وسائلها، وإن حق المتحاربين في تجنيد الجواسيس لصالحهم يمكن عده خدعة مشروعة من خدع الحرب، وبالتالي ومن باب أولى فإن الاستفادة من خيانة أحد جنود الأعداء أو أحد التابعين لهذا الجيش سواء عن طريق رشوتهم أو أنهم عرضوا خدماتهم بأنفسهم تطوعاً وبالمجان يعتبر عملاً مشروعاً. أضف إلى ذلك أنه لا يوجد أي قاعدة في القانون الدولي الإنساني تلزم الدول المتحاربة باحترام سيادة وأراضي بعضها البعض أثناء الحرب.

إن الجاسوس زمن الحرب - برأينا - لا يعاقب على أساس أنه خرق قواعد القانون الدولي الإنساني ولكنه يعاقب باعتباره قد ارتكب عملاً مضرراً بالدولة المتجسس عليها.

أما في حالة السلم فإن الأمر مختلف تماماً عن حالة الحرب، إن التجسس غير شرعي في هذه الحالة لأنه يشكل انتهاكاً لسيادة الدولة وسلامة أراضيها واستقلالها السياسي ويشكل خرقاً لمبدأ التعاون السلمي بين الدول. صحيح أن المعاهدات الدولية لم تمنع التجسس وقت السلم ولكن هناك عدد من المعاهدات يمكن الاستنتاج منها بعدم شرعية التجسس ومن ذلك ما جاءت به المادة ١٩ ف ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ١٩٨٢ عندما عالجت حق المرور البريء بقولها: (يعتبر مرور سفينة أجنبية ضاراً بسلم الدولة الساحلية أو بحسن نظامها أو بأمنها إذا قامت السفينة أثناء وجودها في البحر الإقليمي بأي من الأنشطة التالية:..... ج - أي عمل يهدف إلى جمع معلومات تضر بدفاع الدولة الساحلية أو أمنها). فالسفينة التي تقوم بعمليات تنصت أو تجسس أثناء مرورها في المياه الإقليمية لدولة أخرى تكون قد خرقت حقوق المرور البريء ويحق للدولة طردها فوراً من مياهها الإقليمية.

وبالنسبة للأجواء فإن معاهدة شيكاغو للطيران المدني الدولي أكدت على أن كل

(٥٤) محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص ١٨٨.

دولة تمتلك سلطة كاملة وحصرية على طبقات الهواء التي تعلق إقليمها^(٥٥)، وبالتالي يستفاد من الاتفاقية بأنها تتضمن عدم السماح لأي دولة بإرسال طائراتها للتخليق أو الهبوط في هواء دولة أخرى من دون تصريح بذلك.

ومن جهة أخرى نجد اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية قد أكدت على واجب احترام الدبلوماسيين لقوانين ولوائح الدول المعتمدين لديها وعدم التدخل في شؤونها الداخلية، كما نصت نفس الاتفاقية على عدد من الإجراءات القانونية بالنسبة للحالات التي يقوم بها أعضاء الهيئات الدبلوماسية بتجاوز مهماتهم تحت غطاء الامتيازات والحصانات الدبلوماسية ومن هذه الإجراءات اعتبار الدبلوماسي شخصاً غير مرغوب فيه.

وأخيراً نقول أن التجسس لم يكن أبداً ليحقق مصلحة الدول زمن السلم فقد أدى أحياناً تفريط الدول بالتجسس على الدول الأخرى واستخدامها الخاطئ إلى اشتعال حروب واحتلال دول، حيث يذكر أن نشوب أزمة الصواريخ التي حدثت في عام ١٩٦٢ في كوبا والتي كادت أن تضع العالم على شفير حرب نووية، كان بسبب قيام طائرة تجسس أمريكية بالتقاط صور جوية لمواقع عسكرية كورية وتقديمها إلى الرئيس الأمريكي (كندي) في إطار ما يسمى (Operation mongosse)^(٥٦) كما أن دور إسرائيل في التجسس على العراق كان واضحاً في عمل لجان التفتيش التي كانت ترسلها الأمم المتحدة للبحث عن أسلحة الدمار الشامل العراقية المزعومة في التسعينيات من القرن الماضي. وكانت شريكا كاملا في المعلومات الاستخبارية التي ضخمت أسلحة الدمار الشامل العراقية وهي تتحمل نفس مسؤولية أجهزة الاستخبارات البريطانية والأمريكية^(٥٧).

إذاً فإن شرعية التجسس في القانون الدولي تتعلق بالزمن الذي يكون فيه الفعل فإذا وقع في زمن الحرب فهو أمر مشروع ولا يثير أية مسؤولية دولية، وإذا وقع زمن السلم كان عملاً غير مشروع وتتحمل الدولة مسؤولية الجواسيس الذين تجندهم. وهذا ما يدفعنا إلى دراسة المسؤولية الدولية للدول عن أعمال التجسس زمن السلم في المبحث التالي...

(٥٥) انظر المادة ١ من اتفاقية الطيران المدني الدولي (اتفاقية شيكاغو) لعام ١٩٤٤.

(٥٦) Sheldon M. Stern - The week world stood still - Stanford University Press- California 2005, p14.

(٥٧) مصلح ماهر، الدور الإسرائيلي في الحرب الأمريكية على العراق، مجلة دراسات شرق أوسطية، العدد ٣٣، عمان.

المبحث الثالث

المسؤولية الدولية عن أعمال التجسس

بعد أن تبيننا الرأي القائل بأن التجسس زمن السلم هو أمر غير مشروع في القانون الدولي، فإننا سندرس فيما يلي المسؤولية التي تترتب على الدولة التي تقوم بالتجسس، ومن ثم نقف على الوضع القانوني للشخص الذي يقوم بأعمال التجسس.

المطلب الأول

مسؤولية الدولة عن أعمال التجسس

تتحمل الدولة تبعة المسؤولية الدولية في حال ارتكبت فعلاً غير مشروع دولياً، ويوصف الفعل بأنه كذلك بالنظر إلى ما تقتضي به قواعد القانون الدولي^(٥٨)، على أن معظم الفقهاء يشترطون في الفعل غير المشروع دولياً توافر عنصرين: عنصر موضوعي (مادي) مؤداه أن يكون هذا السلوك مخالفاً لالتزام دولي يقع على عاتق الدولة بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه^(٥٩)، وعنصر شخصي يتمثل في وجود سلوك إيجابي أو سلبي يمكن نسبته إلى الدولة طبقاً للقانون الدولي^(٦٠).

فأما بالنسبة للعنصر الأول (الموضوعي) فقد بينا في المطلب السابق أن التجسس زمن السلم هو أمر مخالف لقواعد القانون الدولي، وذلك لعدد من الأسباب أوضحناها فيما سبق.

وبالنسبة للعنصر الثاني (الشخصي): فمن البديهي أن الدولة ككائن قانوني لا تستطيع أن تتصرف من الناحية المادية بذاتها، ولذلك فإن هذا السلوك لا يمكن إلا أن يكون صادراً من فرد أو جهاز جماعي يمثلها، وبالتالي فإن الدولة تتحمل تصرف أي شخص إذا ثبت أنه كان يعمل في الواقع لحساب هذه الدولة. وهذه النقطة السابقة (إسناد فعل معين ارتكبه شخص ما أو مجموعة أشخاص طبيعيين إلى دولة ما أو شخص دولي آخر) هي مرتبط الفرس كما يقولون.

إن إسناد فعل التجسس الذي قام به جاسوس ما إلى الدولة التي قامت بتجنيد لهو أمر غاية في الصعوبة، فبالإضافة إلى الطبيعة السرية لعمل التجسس فإن ما

(٥٨) أحمد أبو الوفاء، شروط المسؤولية الدولية، الدبلوماسي، العدد ١٣، المملكة العربية السعودية، وزارة الخارجية، ص ٤٥.

(٥٩) انظر م ١٢ من مسودة لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول.

(٦٠) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ٤٥.

يحدث عادةً هو أن الدولة المرسله للجاسوس تنكر أي معرفة بالجاسوس الذي قبض عليه؛ ولذلك فإن الجاسوس المقبوض عليه يواجه قضاء الدولة التي كان يتجسس فيها لوحده ودون أي حماية أو دعم من دولته.

وعلى أي حال فإن هناك اتجاهًا حاليًا في الفقه يؤكد على أن مسؤولية الدولة عن عملائها الواقعيين *de facto agents* تكون قائمة عندما يكون هناك أدلة مقنعة تدل على تلقيهم للتعليمات والتوجيهات من قبل الدولة والتي تؤدي إلى إنجاز عملهم أو على الأقل تسهيل مثل ذلك العمل، وما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة ٨ من المسودة التي وضعتها لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول: (يعتبر فعلاً صادراً عن الدولة بمقتضى القانون الدولي تصرف شخص أو مجموعة أشخاص إذا كان الشخص أو مجموعة الأشخاص يتصرفون في الواقع بناءً على تعليمات تلك الدولة أو بتوجيهات منها أو تحت رقابتها لدى القيام بذلك التصرف)^(٦١). وبالمقابل فإن التصرف يمكن أن ينسب للدولة بمقتضى القانون الدولي إذا اعترفت هذه الدولة بذلك واعتبرته صادراً عنها وبقدر هذا الاعتراف والاعتبار^(٦٢).

ومن الناحية العملية فإن الدول نادراً ما تبدي أهمية كبيرة لواقعة التجسس فهي لا تقوم بالاحتجاج على أعمال التجسس بحد ذاتها، ولكنها تلجأ إلى الاحتجاج على انتهاك قواعد القانون الدولي الأخرى التي استخدمت كوسيلة في التجسس وذلك كانتهاك السيادة الإقليمية لها (براً أو بحراً أو جواً) أو محاولة زعزعة الاستقرار في الدولة المتجسس عليها... الخ. فقد استند الاحتجاج السوفييتي المقدم إلى هيئة التحكيم الدولية بشأن قضية التجسس الأمريكية الشهيرة الخاصة بالطائرة (U2) التي أجبرت على الهبوط في الاتحاد السوفييتي في ١٧ آب ١٩٦٠ إلى انتهاك الطيران الأمريكي للمجال الجوي السوفييتي، دون أن يتطرق الاحتجاج إلى واقعة التجسس، وحتى إذا احتجت الدولة التي انتهكت سيادتها الإقليمية بعملية تجسس - سواء في المجال الجوي، أو بالمخالفة لحق المرور البريء في المياه الإقليمية - فإن صورة الاحتجاج لا تعدو أن تكون استنكاراً لواقعة التجسس^(٦٣).

(٦١) <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm> تقرير عن عمل لجنة القانون

الدولي في جلستها الخامسة والثلاثين، ص ٢٦.

(٦٢) المادة ١١ من المسودة التي وضعتها لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول.

(٦٣) محمد الفاضل، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

المطلب الثاني الوضع القانوني للجاسوس

نفرق أيضاً في هذا المطلب بين وضع الجاسوس زمن السلم (جاسوس السلم) ووضع الجاسوس زمن الحرب (جاسوس الحرب)، فمسؤولية الأول ووضعه القانوني نظمته القواعد العامة في القانون الدولي وترتبط في جزء كبير منها بقواعد الدبلوماسية الدولية، أما مسؤولية الثاني فقد قامت بتنظيمها الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني.

أولاً - جاسوس السلم:

ترتبط قضايا التجسس زمن السلم في الغالب بأشخاص دبلوماسيين، والسبب في ذلك يعود لأمرين اثنين، الأول: هو العلاقة الوثيقة بين الوظائف الدبلوماسية والتجسس، والثاني: هو الوضع القانوني الخاص الذي يتمتع به الممثلون الدبلوماسيون.

فأما من الناحية الأولى (علاقة الوظيفة الدبلوماسية بالتجسس) فإنها تبدو جلية بالنظر إلى المهام الرئيسية المناطة بالمبعوثين الدبلوماسيين والتي يعتبر من أهمها جمع المعلومات عن الدولة المعتمد لديها ذلك المبعوث^(٦٤)، وأما من الناحية الثانية (الوضع القانوني الخاص الذي يتمتع به الدبلوماسي) فإنها تتجلى بالحصانة القضائية المطلقة^(٦٥) التي يتمتع بها والتي تمنع ملاحقته قضائياً ومحاكمته وذلك وفقاً للمادة ٣١ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية.

(٦٤) تنص المادة ٣ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ على أنه: (تشمل أعمال البعثة الدبلوماسية ما يأتي:.... د- التعرف بكل الوسائل المشروعة على ظروف وتطور الأحداث في الدولة المعتمد لديها وعمل التقارير عن ذلك لحكومة الدولة المعتمدة).

(٦٥) يرى البعض ضرورة ضبط نطاق الحصانة القضائية الجزائية ردعاً لأي مبالغة فيها أو سوء استعمال لها حتى لا تكون غطاءً لتنفيذ الأعمال الإجرامية التي تهدد سلامة الأفراد وكيان الدولة ونظامها. فمثلاً يقول الأستاذ سمحي فوق العادة: (ينبغي ألا تجعل الحصانة القضائية الممثل الدبلوماسي شخصاً مقدساً أو تحول دون حصول المتضررين أو نويهم على حقوقهم)، ويقول الأستاذ سهيل الفتلاوي: (إذا كانت الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي ضرورية ليتمكن من تأدية مهامه بعيداً عن أي مضايقات، فإنه ينبغي لهذه الحصانة أن تحدد بالأهداف التي من أجلها منحت، وألا تكون غطاءً لتنفيذ الأعمال الإجرامية التي تهدد كيان الدولة ونظامها السياسي؛ لأن الدبلوماسي جاء ليقوم بمهمة التمثيل لدولته وليس القيام بأعمال التجسس ونقل المعلومات العسكرية، وقد ذهب الأستاذ الفتلاوي تبعاً لذلك إلى اقتراح مجموعة من الاستثناءات على اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١، ومن ذلك الجرائم الخطيرة (كالتجسس والقتل والاتجار بالمخدرات).

فإذا ما ارتكب الدبلوماسي عملاً من أعمال التجسس يعاقب عليها القانون الوطني للدولة المعتمد لديها - مخالفاً بذلك واجباته باحترام قوانين ولوائح الدولة المعتمد لديها وعدم التدخل في شؤونها الداخلية^(٦٦) - فإن الدولة المعتمد لديها تكون أمام عدد من الخيارات، فإما أن تعلنه شخصاً غير مرغوب فيه وإما أن تطرده وإما أن تقوم بمحاكمته...

١ - الحالة الأولى: إعلان الدبلوماسي شخصاً غير مرغوب فيه

(Persona non Grata):

يفترض أن يكون الدبلوماسي شخصاً مرغوباً فيه ومقبولاً في الدولة المندوب إليها بحيث لا يخالف واجباته ولا يتدخل في شؤونها الداخلية ويحترم قوانينها وعاداتها وتقاليدها... الخ. ولكن إذا ما خالف المبعوث هذه الواجبات وأقدم على ارتكاب أعمال غير مشروعة ومخالفة للقانون الدولي - لا سيما أعمال التجسس^(٦٧) أو أعمال مشابهة في حق الدولة المعتمد لديها - عندئذ يمكن لها أن تعتبره شخصاً غير مرغوب فيه أو غير مقبول^(٦٨).

وتجدر الإشارة إلى أن الدولة المضيفة غير ملزمة بذكر الأسباب التي دفعها لإعلان أن المبعوث الدبلوماسي غير مرغوب فيه^(٦٩)، فقد يتعذر على الدولة المضيفة في بعض الحالات إثبات التعسف في استعمال الحصانة الدبلوماسية في كل حالة، لذلك فقد نصت المادة ٩ الفقرة (١) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ على أنه: (يجوز للدولة المعتمد لديها وفي جميع الأوقات ودون بيان أسباب قرارها، أن تعلن للدولة

= انظر: شادية رحاب، الحصانة القضائية الجزائية للمبعوث الدبلوماسي (دراسة نظرية وتطبيقية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة - ٢٠٠٦ - ص ١١٩ - ١٢٠.

(٦٦) انظر المادة ٤١ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١.

(٦٧) على سبيل المثال فإن الولايات المتحدة الأمريكية قد أعلنت في أيار من عام ٢٠٠٢ بأن الدبلوماسي العراقي عبد الرحمن سعد شخص غير مرغوب فيه وذلك لأنه (انخرط في أعمال تجسس وحاول تجنيد مواطنين أمريكيين كجواسيس). انظر:

Sean D. Murphy- United States Practice in International Law- Volume 2: 2002 - 2004 George Washington University Law School Washington, D.C, p21-22.

(٦٨) انظر المادة ٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ والمادة ٢٣ من اتفاقية العلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣.

(٦٩) الصيغة التي تستخدم عادةً من قبل الدولة المعتمد لديها هي أن الدبلوماسي قد انخرط في (نشاطات متعارضة مع مركزه الدبلوماسي).

المعتمدة أن رئيس البعثة أو أي موظف دبلوماسي فيها شخص غير مرغوب فيه أو أن أي موظف آخر فيها غير مقبول). وفي هذه الحالة تقوم الدولة المعتمدة - حسب الحال - إما باستدعاء الشخص المعني أو بإنهاء خدمته في بعثته. على أن الدولة المرسله تكون هنا ملزمة باستدعاء الشخص المعني، وفي حال لم تقم باستدعائه فللدولة المعتمد لديها أن ترفض الاعتراف للشخص المعني بوصفه عضواً في البعثة، وبمعنى آخر يصبح الدبلوماسي كأي شخص أجنبي عادي من دون أي حصانات أو امتيازات^(٧٠).

على أن البعض يرى أن هذا العمل ليس فعالاً ولا يشكل رادعاً للحد من حالات التجسس التي يقوم بها الدبلوماسيون، فعلى الرغم من العدد الهائل للمثليين الدبلوماسيين الذين تم اعتبارهم أشخاصاً غير مرغوب فيهم، إلا أن ذلك لم يوقف ظاهرة التجسس الدبلوماسي، فكثيراً ما نجد أن الشخص الغير مرغوب فيه في دولة ما يعين من قبل دولته كدبلوماسي لدى دولة أخرى^(٧١).

٢ - الحالة الثانية: طرد الدبلوماسي:

وهو إجراء أكثر خطورة من اعتبار الدبلوماسي شخصاً غير مرغوب فيه، ويمكن أن يؤدي إلى توتر شديد في العلاقات بين الدولتين^(٧٢)، ومن الأمثلة على ذلك: قيام الحكومة بالبريطانية بطرد ١٠٥ مبعوثين سوفيتيين عام ١٩٧١، و٢٥ عام ١٩٨٥. وقيام الحكومة البوليفية بطرد ٤٩ مبعوثاً سوفيتياً عام ١٩٧٢، وكذلك طرد حكومة الولايات المتحدة الأميركية ١٠٠ مبعوث سوفيتي عام ١٩٨٦، و٥٠ عام ٢٠٠١.

يقول الفقيه كاييه في موضوع طرد الدبلوماسيين: (تستطيع الدولة المعتمد لديها أن تعتقل شخص المبعوث وتطرده وهناك ظرف استثنائية يمكن أن تبرر تشويه مبدأ الحرمة الشخصية مثل التجسس والخطر على أمن الدولة الداخلي وهي ظروف يمكن

(٧٠) Jean d'Aspremont - PERSONA NON GRATA - Published in R. Wolfrum (ed.) Max Planck Encyclopedia of International Law OUP - 2009, p 6.

(٧١) شادية رحاب، المرجع السابق - ص ٢٢٣.

(٧٢) يذخر تاريخ العلاقات بين الدول بالمشاكل والنزاعات الناجمة عن التجسس الدبلوماسي، ومن الأمثلة على ذلك، النزاع الذي وقع بين كندا وكوبا في العام ١٩٧٨ نتيجة قيام كندا بطرد مبعوث دبلوماسي وقنصلين كوبيين لقيامهم بالتجسس ضد المعارضة الأنغولية في كندا، وقيام الحكومة السوفيتية سنة ١٩٦٤ باعتقال دبلوماسيين غربيين تورطوا في عملية تجسس داخل الاتحاد السوفيتي السابق بجمع معلومات سرية خاصة بالدفاع وقواعد الرادار والمطارات والأنفاق والجسور بواسطة آلات تصوير متطورة ومجهزة بتقنية عالية.

لها أن تبرر الطرد دون اعتقال لشخص الدبلوماسي وإعطائه فترة قصيرة أو بضع ساعات أو يوماً من أجل أن يترك البلد، وفي بعض الحالات مثل التجسس بالجرم المشهود يحق للدولة المعتمد لديها أن تعتقل الدبلوماسي وترافقه للحدود، وهكذا فإن الطرد هو إجراء غير ودي يعبر عن استياء الدولة المعتمد لديها من سلوك وتصرف المبعوث الدبلوماسي^(٧٣).

٣ - الحالة الثالثة: محاكمة الدبلوماسي:

يرى البعض أن الاكتفاء بطرد الدبلوماسي المعتمد لدى الدولة تمهيداً لمحاكمته في دولته، إجراءً لا يضمن فرض العقاب المناسب له طالما أن دولته هي التي أوكلت إليه تنفيذ مثل هذه المهام، وبناءً على ذلك جرى التعامل الدولي في بعض الحالات على أن الدولة المستقبلة تخضع المبعوث الدبلوماسي لاختصاص محاكمها، عندما تجد خطورة في الأفعال التي يرتكبها، ومن ذلك مثلاً: ما حدث عام ١٩٥٠، عندما حكمت إحدى المحاكم الأمريكية على مبعوث دبلوماسي سوفيتي بالحبس لمدة ١٥ سنة بتهمة التجسس، وفي عام ١٩٧٠ تم القبض على أحد السفراء الفرنسيين في تشيكوسلوفاكيا بتهمة التجسس، وحكم عليه بالسجن لمدة ١٠ سنوات، ثم أفرج عنه وطُرد من البلاد سنة ١٩٧٢، بعد أن قضى في السجن ١٨ شهر^(٧٤). غير أن هذه الحالات تظل حالات نادرة بالمقارنة مع الحالات التي يتم فيها إعلان الدبلوماسي شخصاً غير مرغوب فيه أو طرده.

ثانياً - جاسوس الحرب:

سبق وأن تبيننا الرأي القائل بجواز استخدام الأطراف المتحاربة للجواسيس بغرض الحصول على المعلومات التي تهمها في إدارة أعمالها الحربية، إلا أن الجاسوس مع ذلك يكون عرضة للعقاب بأشد العقوبات^(٧٥) من قبل الدولة المتجسس عليها، وذلك

(٧٣) Michael Kapp - Spying for Peace Explaining the Absence of the Formal Regulation of Peacetime Espionage - THE UNIVERSITY OF CHICAGO - 2007, p 5.

(٧٤) شادية رحاب، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٧٥) يرى البعض بأن التشدد في عقوبة الجاسوس يرجع إلى الطبيعة الشائنة للفعل في حد ذاته، بينما يرى البعض الآخر أن التشدد هو أمر منطقي تمليه الضرورة التي تستوجب جعل التجسس عملاً محفوفاً بالمخاطر وصعباً وغير فعال قدر المستطاع. انظر: د. محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام، مطبوعات جامعة دمشق، سوريا - ص ١٤٥. وقد تأثرت اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام ١٩٤٩، فجاءت المادة ٦٨ منها لتتنص على عدم جواز أن تقضي القوانين الجزائية التي تصدرها =

لما تنطوي عليه الأعمال التي يقوم بها من تهديد وخطر لأمن الدولة وسلامتها، بشرط أن يقبض عليه متلبساً بأعمال التجسس وأن تجري محاكمته بشكل عادل.

١ - الشرط الأول - أن يقبض على الجاسوس أثناء ارتكابه للتجسس:

يستند هذا الشرط إلى المادة ٣١ من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧ والتي تنص على أنه: (يتمتع الجاسوس الذي يلتحق بالقوات المسلحة التي ينتمي إليها بوضع أسير حرب إذا قبض عليه العدو في وقت لاحق، ولا يتحمل مسؤولية أي عمل من أعمال التجسس السابقة)^(٧٦). والحكمة من ذلك أن توقيع العقوبة على الجاسوس يعتبر عملاً من أعمال الدفاع الشرعي عن كيان الدولة ولا محل لهذا الدفاع إذا كان الفعل قد سبق وقوعه. وظاهر من النص أنه لا يستفيد به إلا الجندي الذي يقوم بأعمال التجسس ثم يفلح في الهروب واللاحاق بجيشه قبل القبض عليه ومحاكمته عن هذه الجريمة، أما إذا كان العمل منسوباً إلى فرد عادي لا ينتمي إلى جيش الدولة المحاربة فإنه يجوز محاكمته عن تلك الأعمال حتى ولو كان القبض عليه جاء لاحقاً على إتمام الجريمة وفرار المتهم^(٧٧).

٢ - الشرط الثاني - أن تجري محاكمة الجاسوس محاكمة عادلة:

من المعروف أن الجاسوس - حسب الاتفاقيات الدولية - لا يعامل معاملة أسرى الحرب عند القبض عليه^(٧٨)، وإنما توقع عليه العقوبة التي تقررها قوانين الدولة المتجسس عليها، والتي يمكن أن تصل إلى الإعدام.

= قوات الاحتلال بعقوبة الإعدام باستثناء الجاسوسية وأعمال التخريب الخطيرة للمنشآت العسكرية التابعة لدولة الاحتلال أو بمخالفات متعمدة سببت وفاة شخص أو أكثر وبشرط أن يكون الإعدام هو عقوبة هذه الحالات بمقتضى التشريع الذي كان سارياً في الأراضي المحتلة قبل بدء الاحتلال.

(٧٦) انظر في نفس هذا المعنى المادة ٤٦ الفقرة ٤ من البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧م.

(٧٧) محمد عبد الجواد الشريف، قانون الحرب: القانون الدولي الإنساني، المكتب المصري الحديث، ٢٠٠٣، ص ٤٥٨.

(٧٨) هذه القاعدة قديمة وقد بدأ تقنينها في ليبير كود ١٨٦٣ المتعلق بالحرب الأهلية الأمريكية، ونص عليها كل من إعلان بروكسيل، ومعاهدة لاهاي لعام ١٩٠٧، والمادة ٤٦ من البروتوكول الأول لاتفاقيات جنيف ١٩٧٧، وكتيبات الحرب للعديد من الدول تنص عليها مثل: كتيب الحرب الأرجنتيني والأسترالي والكندي والإسباني والأمريكي والبريطاني والنيجيري...الخ.

انظر:

jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck - Customary International Humanitarian Law - Volume I: Rules, Cambridge University Press, third printing, 2007, p390.

ونظراً لجسامة هذه العقوبة فقد نصت المادة ٣٠ من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧ على أن الجاسوس الذي يقبض عليه وهو في حالة تلبس، لا تجوز معاقبته دون محاكمة مسبقة، وهذا النص وضع تماشياً مع العرف الذي جرى بين الدول على استنكار ما كان يحدث من إعدام الجواسيس بمجرد القبض عليهم بغير تحقيق ولا محاكمة، كما أن النص السابق يتماشى مع قواعد حقوق الإنسان وخصوصاً ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من أن (لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه)، ومع ما جاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة ٦ ف٢ من أنه: (لا يجوز تطبيق عقوبة الإعدام إلا بمقتضى حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة).

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الدلائل غير كافية على قيام أحد أفراد القوات العسكرية بعملية تجسس فإنه يعامل معاملة أسير الحرب إلى حين تقرر المحكمة المناسبة مصيره.

ذلك أن أي مقاتل لم يبت بعد في مركزه القانوني يصبح باحتجازه من قبل الخصم من العناصر الهشة vulnerable التي تحتاج إلى الحماية^(٧٩).

ولهذا الغرض وضعت المادة (٥) من الاتفاقية الثالثة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ قرينة لمعالجة حالة الشك هذه بقولها: (وفي حالة وجود أي شك بشأن انتماء أشخاص قاموا بعمل حربي وسقطوا في يد العدو...فان هؤلاء الأشخاص يتمتعون بالحماية التي تكفلها هذه الاتفاقية لحين البت في وضعهم بواسطة محكمة مختصة).

خاتمة:

من خلال إمعان النظر في ثنايا هذا البحث يتضح لنا مجموعة من النتائج من أهمها:

١ - إن التجسس ظاهرة قديمة تضرب بجذورها في أعماق التاريخ، وقد ثار خلاف بشأن وضع تعريف لهذا المصطلح سواء في زمن السلم أم في زمن الحرب، على أن جميع تعاريف الفقهاء للتجسس زمن السلم تكاد تتفق على أن التجسس (هو نشاط غير شرعي يمارس من قبل أشخاص تجندهم دولة أو عدة دول أجنبية بهدف الحصول على معلومات سرية تتعلق بالدفاع الوطني أو الأمن القومي أو أي

(٧٩) د. زهير الحسني، المرجع السابق، ص ١٦.

شأن آخر يجب أن يبقى مكتوماً حرصاً على سلامة الدولة المتجسس عليها)، وأما عن تعريف التجسس زمن الحرب فقد نصت عليه الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني بشكل غير مباشر وذلك في معرض تعريفها للجاسوس، حيث نصت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧ على أن الجاسوس هو: (الشخص الذي يقوم بجمع المعلومات أو يحاول ذلك في منطقة العمليات التابعة لطرف في النزاع عن طريق عمل من أعمال الزيف أو تعمد التخفي بنية تبليغها للعدو).

٢ - إن شرعية التجسس في القانون الدولي تتعلق بالزمن الذي يكون فيه الفعل، فإذا وقع في زمن الحرب فهو أمر مشروع ولا يعد بناءً على ذلك خرقاً للقانون الدولي الإنساني، على أن اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبروتوكولاتها لا تمنح أي حماية للجاسوس، حيث يحاكم فيما لو تم القبض عليه في محاكم الدولة القابضة وغالباً ما تكون عقوبته هي الإعدام، وفيما إذا هرب بعد القبض عليه والتحق بقواته فإن ذلك يعطيه حصانة عن أعمال التجسس السابقة التي قام بها.

وإذا وقع التجسس زمن السلم كان عملاً غير مشروع وذلك على اعتبار أنه يشكل انتهاكاً لسيادة الدولة وسلامة أراضيها واستقلالها السياسي ويشكل خرقاً لمبدأ التعاون السلمي بين الدول، ومع ذلك فإننا نلاحظ بأن الدول لم تسع - حتى الآن - إلى وضع تنظيم دولي يمنع أو يحرم التجسس زمن السلم، والسبب في ذلك هو أن وضع أي معاهدة دولية تحرم التجسس سيكون صعب التنفيذ وسوف يؤثر على الدول الكبرى بشكل مختلف عن الدول الصغرى، فالدول العظمى تمتلك قدراً كبيراً من الأموال والموارد مما يجعل قدرتها على القيام بعمليات تجسس أكبر وأكثر فاعلية من قدرة الدول الضعيفة التي قد لا يكون لديها الموارد الكافية للتجسس؛ وبالتالي فإن غياب أي تنظيم لموضوع التجسس زمن السلم في الوقت الحالي يصب في صالح الدول القوية التي تعتبر التجسس أمراً حيوياً وهاماً بالنسبة لها ولأمنها القومي.

٣ - إن التجسس زمن السلم يثير المسؤولية الدولية للدولة التي تقوم بالتجسس نظراً لتوافر أركان المسؤولية الدولية في فعلها، ولكن الواقع العملي يؤكد أن المجتمع الدولي لا يفرض أي عقوبات على الدولة التي ارتكبت أفعال تجسس اللهم بشكل أدبي عن طريق الشجب السياسي والذي لا يبدو أن له أي تأثير رادع على الدول التي خبرت التجسس ومارسته على مر السنين.

٤ - إن التجسس زمن السلم يكون في غالب الحالات من قبل أشخاص دبلوماسيين، وذلك بسبب طبيعة المهمة التي يقوم بها الدبلوماسي والتي يعتبر من أهمها تقصي

المعلومات عن الدولة المعتمد لديها والأحداث التي تجري فيها، فإذا ما قام الدبلوماسي بالحصول على هذه المعلومات بطريقة غير مشروعة وخلاًفاً لقوانين ولوائح الدولة المعتمد لديها فإن لهذه الأخيرة أن تقوم بعدد من الإجراءات فيما أن تعلنه شخصاً غير مرغوبٍ فيه وإما أن تطرده من أراضيها وإما أن تقوم بمحاكمته.

المراجع

أولاً - بالعربية:

- د. أحمد أبو الوفاء، شروط المسؤولية الدولية، الدبلوماسية، العدد ١٣، المملكة العربية السعودية، وزارة الخارجية.
- د. بارعة القدسي، د. منال المنجد، قانون العقوبات الخاص: الجرائم الواقعة على أمن الدولة والجرائم الواقعة على الأشخاص، منشورات جامعة دمشق مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٧.
- د. حسن محمد عبه جي، التجسس في الإسلام، صوره وأحكامه، مجلة الأمن والحياة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد ٢٤١، ٢٠٠٢.
- د. زهير الحسني، مشاكل الأنسنة في القانون الدولي الإنساني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، السنة الثانية، العدد الرابع، ٢٠١٠.
- سعد إبراهيم الأعظمي، جرائم التجسس في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، ١٩٨٠.
- شادية رحاب، الحصانة القضائية الجزائية للمبعوث الدبلوماسي (دراسة نظرية وتطبيقية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠٠٦.
- عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، ط٢، ١٩٩٧.
- عثمان بن علي بن صالح، جريمة التجسس وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٥.
- فكتور كولو نيو، التجسس من وجهة نظر القانون الدولي وقانون العقوبات، ١٩٨٨.
- د. ماجد الحموي، د. أحمد عبد العزيز، العلاقات الدولية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٧.

- مجدي محب حافظ - الحماية الجنائية لأسرار الدولة، دراسة تحليلية تأصيلية لجرائم الخيانة والتجسس في القانون المصري والشرعية الإسلامية والقانون المقارن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط ١، ١٩٩٩.
- محسن الحضيبي، الجاسوسية الاقتصادية كيف تدمر دولة من الداخل - القاهرة - الدار الفنية للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.
- د. محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، الجزء الأول، ط ٣، دمشق، وزارة الثقافة، ١٩٨٧.
- د. محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام - مطبوعات جامعة دمشق، سوريا.
- محمد راكان الدغمي، التجسس وأحكامه في الشريعة الإسلامية، دار السلام للنشر، ط ٢، ١٩٨٥.
- محمد عبد الجواد الشريف، قانون الحرب: القانون الدولي الإنساني، المكتب المصري الحديث، ٢٠٠٣.
- محمود سليمان موسى، التجسس الدولي والحماية الجنائية للدفاع الوطني وأمن الدولة، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانونين الفرنسي والإيطالي، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- مصلح ماهر، الدور الإسرائيلي في الحرب الأمريكية على العراق، مجلة دراسات شرق أوسطية، العدد ٣٣، عمان.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط ٤، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤.
- يوسف الشقرة، التجسس في قانون سورية، دمشق، ١٩٥٥.

ثانياً - بالإنجليزية:

- a. john radsan- the unresolved equation of espionage and international law - michigan journal of international law - 2007 - vol 28.
- david a. anderson- spying in violation of article 106 ucmj: the offense and the constitutionality of its mandatory death penalty - military law review - vol.127.

- glenn sulmasy, john yoo - counterintuitive intelligence operations and international law- michigan journal of international law - vol 28 - spring 2007.
- Jean dAspremont - PERSONA NON GRATA - Published in R. Wolfrum (ed.) Max Planck Encyclopedia of International Law OUP - 2009.
- jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck - Customary International Humanitarian Law - Volume I: Rules - Cambridge University Press - third printing, 2007.
- Michael Kapp - Spying for Peace Explaining the Absence of the Formal Regulation of Peacetime Espionage - THE UNIVERSITY OF CHICAGO - 2007.
- Sean D. Murphy- United States Practice in International Law- Volume 2 George Washington University Law School Washington, D.C- 2004.
- Sienho Yee - The Tu Quoque Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment - Chinese Journal of International Law - vol 3(1), 2004.
- Terry crowdy - The Enemy within, A History of Espionage - osprey Publishing - UK - 2006.
- Valerie Kay Frances VanHo - Examining the effect of external shifts on norm compliance - Duke University, 2010.

مواقع الإنترنت:

- <http://www.aljazeera.net/NR/exeres/7C1279F2-E8FE-4285-9398-21C0FB08EEC4.htm>.
- www.lycos.com/info/espionage--espionage-act.htm.
- http://www.icrc.org/web/ara/siteara0.nsf/htmlall/62TC8A?OpenDocument&style=custo_print.
- <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/470?OpenDocument>.
- <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/category/appendices>.
- <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

السلوكيات المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان

الأستاذ/ سامي سليمان علي الصلاحيين
هيئة الأوراق المالية - عمان
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

تناول قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ موضوع السلوكيات المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان إلا أن هذا النص لا يعد كافياً لمواجهة تلك السلوكيات نظراً لعدم وجود معايير وأسس واضحة تبين ما يعتبر سلوكاً مؤثراً على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان مقارنة مع ما هو معمول به سابقاً في سوق عمان المالي (الملغي) وكذلك عما هو مطبق في دول عربية مثل المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة، وجمهورية مصر العربية، هذا من جانب ومن جانب آخر لم يتواءم القانون مع تطور بورصة عمان، وظهور أساليب جديدة من قبل جمهور المتعاملين تؤثر سلباً على أسعار الأوراق المالية، والتي تزامنت مع تحديث أنظمة التداول بصورة لا تتماشى مع التشريعات المعمول بها في بورصة عمان.

خطة البحث:

مقدمة عامة: وفيها نبذة تاريخية عن قانون الأوراق المالية وبيان أهمية الموضوع..
مشكلة البحث.

المبحث الأول: السلوكيات المؤثرة على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان ومظاهرها.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المقصود بالتأثير على أسعار الأوراق المالية.

المطلب الثاني: السلوكيات المشروعة التي تؤثر على أسعار الأوراق المالية.

المطلب الثالث: السلوكيات غير المشروعة التي تؤثر على أسعار الأوراق المالية.

المبحث الثاني: السلوكيات الضارة بقوانين العرض والطلب بين القوانين الاقتصادية والقوانين الجزائية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: السلوكيات الضارة بقوانين العرض والطلب في القوانين الاقتصادية (قانون الأوراق المالية المطبق حالياً وقانون الشركات الأردني) دراسة مقارنة مع بعض قوانين الدولة العربية والأجنبية.

المطلب الثاني: النصوص الجزائية التي جرمت التأثير على أسعار الأوراق المالية في قانون العقوبات الأردني وقانون الجرائم الاقتصادية الأردني، دراسة مقارنة مع بعض قوانين الدولة العربية والأجنبية.

خاتمه وفيها أهم النتائج والتوصيات.

مقدمة عامة:

بدأ إنشاء الشركات المساهمة العامة في الأردن والتداول بأسهم هذه الشركات منذ فترة طويلة سبقت إنشاء سوق الأوراق المالية الأردنية^(١)، فقد بدأ الجمهور الأردني الاكتتاب بالأسهم والتعامل بها منذ أوائل الثلاثينات، حيث تم تأسيس البنك العربي عام ١٩٣٠ كأول شركة مساهمة عامة في الأردن، وشركة التبغ والسجائر الأردنية عام ١٩٣١، وشركة الكهرباء الأردنية عام ١٩٣٨، وشركة مصانع الأسمنت الأردنية عام ١٩٥١.

كما تم إصدار إسناد القرض لأول مرة في الأردن في أوائل الستينات، ونتيجة لذلك فقد ظهرت في الأردن سوق غير منظمة لتداول الأوراق المالية، وذلك من خلال مكاتب غير متخصصة مما دعا الحكومة إلى التفكير جدياً بإنشاء سوق لتنظيم إصدار الأوراق المالية والتعامل بها، بما يكفل سلامة هذا التعامل وسهولته وسرعته وكذلك حماية صغار المدخرين، وذلك من خلال إيجاد آلية لتحديد السعر العادل للورقة المالية بناءً على قوى العرض والطلب.

وقد دعت خطط التنمية الاقتصادية المتعاقبة لإنشاء مثل هذا السوق، حيث بدأت الجهات المختلفة وبدعم من الحكومة بالتحضير لإنشاء سوق منظم للأوراق المالية، حيث قام البنك المركزي خلال عامي ١٩٧٥ و ١٩٧٦ وبالتعاون مع مؤسسة التمويل الدولية (IFC) International Finance Corporation المنبثقة عن البنك الدولي، بإجراء دراسات مكثفة تبين منها بأن حجم الاقتصاد الوطني ومساهمة القطاع الخاص فيه من خلال الشركات المساهمة العامة وتوزيع مساهمته فيها على عدد كبير من المستثمرين يبرر إنشاء هذه المؤسسة، إذ من المتوقع منها أن تضيف إلى السوق المالي الأردني أعمالاً تقتضى التطور الاقتصادي تغطيتها وتلبيتها دعماً له، وبعثاً لمزيد من النشاط الاقتصادي.

وكثمرة لهذه الجهود فقد صدر القانون المؤقت رقم (٣١) لسنة ١٩٧٦، والذي تم بموجبه تأسيس ما كان يعرف بسوق عمان المالي (Amman Financial Market (AFM

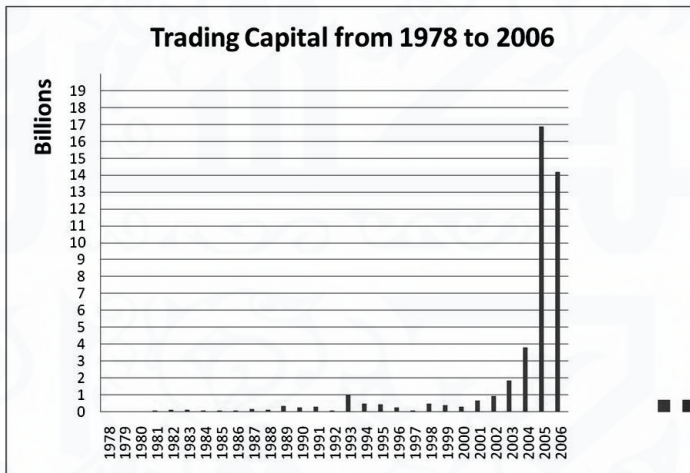
وتم تشكيل لجنة لإدارة سوق عمان المالي بقرار من مجلس الوزراء بتاريخ ١٦/٣/١٩٧٧، وباشرت اللجنة مهمتها منذ ذلك التاريخ، كما باشر السوق أعماله بتاريخ ١/١/١٩٧٨.

وكان قانون سوق عمان المالي قد حدد أهداف السوق آنذاك بتنمية المدخرات عن طريق تشجيع الاستثمار في الأوراق المالية، وتوجيه المدخرات لخدمة الاقتصاد الوطني، وتنظيم إصدار الأوراق المالية والتعامل بها بما يكفل سلامة هذا التعامل وسهولته وسرعته، وبما يضمن مصلحة البلاد المالية وحماية صغار المدخرين، بالإضافة إلى توفير البيانات والإحصائيات اللازمة لتحقيق أهداف السوق.

وفي عام ١٩٩٧ صدر قانون الأوراق المالية المؤقت رقم (٢٣)، والذي تضمن إنشاء بورصة عمان، حيث تأسست بورصة عمان في ١١ آذار ١٩٩٩ كمؤسسة مستقلة لا تهدف إلى الربح، وتدار من قبل القطاع الخاص، ومصرح لها بمزاولة العمل كسوق منظم لتداول الأوراق المالية في المملكة.

وبتاريخ ١٣/١٢/٢٠٠٢ صدر قانون الأوراق المالية رقم ٧٦/٢٠٠٢، وهو القانون الساري بعد إلغاء قانون الأوراق المالية رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته.

ولإظهار التطور الذي شهده سوق عمان المالي منذ تأسيسه، فإن الرسم البياني أدناه يوضح ارتفاع قيمة حجم التداول لجميع القطاعات من عام ١٩٧٨ ولغاية ٢٠٠٦، حيث كان حجم تداول الأوراق المالية في نهاية عام ١٩٧٨ هو (٥) مليون دينار ليصل خلال عام ٢٠٠٥ إلى (١٧) مليار دينار، حيث تركز نشاط السوق خلال الأعوام من ٢٠٠٢ فصاعداً، أي بالتزامن مع إقرار قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢، ليواكب النشاط الاقتصادي المحلي والإقليمي.



بيان أهمية الموضوع:

تعد أسواق المال لدى جميع دول العالم المرآة التي تعكس أداء الاقتصاد لتلك الدول، وهي عنوان الحركة الاقتصادية المتنامي لأي دولة في العالم، وعليه جاء الاهتمام بالأسواق المالية على كافة الأصعدة كونها باتت العامل الرئيسي في استقطاب الاستثمارات سواء على الصعيد المحلي أو الخارجي، مما يؤدي إلى خلق المزيد من فرص العمل وزيادة النمو الاقتصادي وارتفاع الناتج المحلي لتلك الدولة، الأمر الذي ينعكس على مجتمع تلك الدولة ككل.

كما وتتمثل أهمية الأسواق المالية بالنسبة للمجتمع المحلي بأنها إحدى الأدوات التي يتم من خلالها تنمية المدخرات وخصوصاً صغار المستثمرين.

وحيث إن الأسواق المالية العربية بوجه خاص وبالعالم بوجه عام تشهد تطوراً ملحوظاً نتيجة انفتاح تلك الأسواق على بعضها البعض، ودخولها في اتفاقيات شراكة اقتصادية تتعدى حدود البلد الواحد، فإن التشريعات النازمة لتلك الأسواق قد شهدت تطوراً يواكب الحركة النشطة، وما ينجم عنها من ممارسات وتعاملات بحاجة إلى غطاء تشريعي لتنظيمها، الأمر الذي يوفر بيئة استثمارية آمنة من المخاطر.

وبما أن المملكة الأردنية الهاشمية جزء من هذا العالم، فقد تنبه المشرع الأردني إلى هذا التطور من خلال إيجاد قانون ينظم سوق رأس المال الأردني ويتماشى مع التطور الحاصل في سوق رأس المال الوطني، وازدياد عدد المتعاملين في هذا السوق من أفراد وشركات، وهو ما يعرف بقانون الأوراق المالية.

إلا أنه ونتيجة للتطور السريع الذي شهده سوق رأس المال الأردني، فقد ترافق مع هذا التطور ظهور بعض السلوكيات والممارسات والأفعال المخالفة للقانون من قبل المتعاملين في سوق رأس المال، تؤدي إلى الإخلال بقاعدة العرض والطلب في السوق، والتأثير على المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية سلباً، وبشكل مخالف لقانون الأوراق المالية، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بجمهور المتعاملين، وبالتالي خلق بيئة استثمارية غير آمنة، لا بل منفرة وطاردة للاستثمار.

كما ويعزى تعثر الكثير من الشركات المساهمة العامة إلى وجود مثل هذه السلوكيات، إضافة إلى تبخر مدخرات صغار المستثمرين الذين يشكلون السواد الأعظم من المتعاملين في بورصة عمان.

ونود الإشارة هنا أن مثل هذه السلوكيات لا تقتصر حصراً على الأشخاص الطبيعيين، وإنما على الأشخاص الاعتباريين.

وهنا تكمن الخطورة، حيث إن الأشخاص الاعتباريين (الشركات بكافة أنواعها)، وفي كثير من الأحيان تحيد عن غاياتها المقررة في شهادات تسجيلها لدى دائرة مراقب عام الشركات، وتقوم بالمتاجرة بالأسهم في بورصة عمان في ظل تداخلها إما كشركة تابعة أو لها تمثيل في مجلس إدارة إحدى الشركات المساهمة العامة، أو هي بذاتها كشركة مساهمة عامة متداول سهمها في بورصة عمان، مما يكون له بالغ الأثر في التأثير على حقوق المساهمين فيها، وزيادة الخطورة على رأسمالها.

وقد شهدنا خلال السنوات الأخيرة العديد من الشركات المساهمة العامة التي تجاوزت خسائرها ما نسبته (٧٥٪) من رأسمالها، الأمر الذي عرضها إلى التصفية.

ولدى البحث في الأسباب الكامنة وراء تلك الخسائر نجد أن بعضاً منها ترتب نتيجة استثمار تلك الشركات بالأوراق المالية، وقيام المطلعين فيها بالتداول إما لحساباتهم الشخصية أو لحساب الشركة، دون مراعاة مصلحة الشركة، علاوة على قيام المتعاملين بانتهاج سلوكيات سلبية عديدة مؤثرة على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان.

مشكلة البحث:

بما أن الهدف الرئيسي من وراء المتاجرة بالأوراق المالية من قبل المتعاملين هو تحقيق الربح جراء التعامل بها بصرف النظر عن الطريقة التي تحققت بها، إلا أن هناك بعض المتعاملين في الأوراق المالية سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين ينتهجون العديد من السلوكيات السلبية المؤثرة على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، الهدف منها الكسب غير المشروع، وتحقيق أرباح على حساب جمهور المتعاملين، وإيقاع الضرر الفادح بهم جراء اعتدائهم على قواعد العرض والطلب من خلال التلاعب بالأسعار، وفقاً لأساليب الغش والخداع والإيهام وغيرها من الطرق غير الشرعية.

حيث تعد مثل هذه السلوكيات مخالفة صريحة بحسب قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، وقد يمتد أثرها إلى قوانين أخرى ذات علاقة، ونحن هنا لا نعني المضاربة الشريفة (والتي يقصد بها الشراء والبيع على الأسعار السائدة في البورصة)، بل المضاربة غير المشروعة^(٢) speculation ككلمة سيئة السمعة، والتي يعتبرها الكثيرون مرادفاً للمقامرة.

(٢) التحليل الفني للأسواق المالية، د. عبدالمجيد المهيملي، الطبعة الثانية ٢٠٠٥، صفحة رقم ٢٨ و٢٩.

حيث يعرفها المعجم القانوني بأنها كلمة يختلف مفهومها باختلاف النص أو السياق، وهي مزيج من التوقع والتمني والحدس والانتهاز والاستغلال والمجازفة. والمضاربة غير الشريفة هي إحدى الممارسات الضارة على أسعار الأوراق المالية المتداولة، كما أنها مؤثر فعال على قاعدة العرض والطلب، وهناك الكثير من الأمثلة الواقعية على السلوكيات المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية سيتم توضيحها لاحقاً، إلا أننا نود الإشارة إليها سريعاً وهي كما يلي:

- ١ - التأثير بعدد قليل من الأسهم.
 - ٢ - التأثير من خلال الشراء المكثف للأسهم.
 - ٣ - التأثير من خلال الشراء والبيع بقيمة نقدية منخفضة.
 - ٤ - التأثير من خلال النفخ والتفريغ (PUMB and DUMB).
 - ٥ - استغلال المطلعين أو رؤيس وأعضاء مجلس إدارة الشركات المساهمة العامة بحكم ارتباطهم بشركات أخرى لمحفظه الشركة لشراء أسهم مملوكة من قبلهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وتحقيق الأرباح على حساب محفظة الشركة.
 - ٦ - خلق قوى عرض وطلب وهمي على السهم.
- وبالتالي فإن مشكلة البحث تتركز بشكل جوهري على السلوكيات المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية المدرجة في بورصة عمان، وأثرها على جمهور المستثمرين في البورصة، وما هي الإجراءات التي اتخذت بهذا الصدد؟ وما هي الحلول الناجعة للحد منها؟

ونود التنويه إلى أن عمليات التداول المؤدية إلى رفع أو خفض سعر الورقة المالية، والمبنية على متابعة الإفصاحات الصادرة عن الشركات المساهمة العامة، لا تعد من السلوكيات السلبية المؤثرة على الأسعار كون الارتفاع أو الانخفاض جاء نتيجةً للتأثر الطبيعي لوجود معلومات جوهريّة مفصح عنها من قبل الشركة. وعليه ستناول في هذا البحث، التعريف بالسلوكيات المشروعة، وأشكالها، وتلك غير المشروعة المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، والإطار القانوني لها، ومقارنة ذلك بقوانين أخرى إقليمية وعالمية، ومن ثم سنقوم بطرح بعض الحلول لهذه المشكلة.

المبحث الأول السلوكيات المؤثرة على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان ومظاهرها

عالج قانون الأوراق المالية موضوع التأثير على سعر وحجم الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، وذلك من خلال إفراده نصاً يحظر على كل شخص القيام بمثل هذا الفعل، كما هو مبين في نص المادة (١٠٩/ب)^(٣) من القانون والتي نصت على ((ب - التأثير على المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية، سواء أكان منفرداً أم بالتواطؤ مع غيره، بقصد إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أو حجم تداولها أو عن سعر أو حجم تداول أي أوراق مالية أخرى ذات علاقة)). وقد عرف قانون الأوراق المالية في المادة (٢) منه^(٤) الشخص بأنه: الشخص الطبيعي أو الاعتباري.

ويتضح من النص أعلاه، أن المشرع قد ربط التأثير على الأسعار بأن يكون قصد الشخص إعطاء صورة غير صحيحة عن سعرها أو حجمها، دون بيان الطريقة التي أدت إلى التأثير، أو دون ذكر نوعه، كما لم يحدد القانون السلوكيات المؤثرة على أسعار الأوراق المالية ومظاهرها، ولم يتطرق لتعريف التأثير، سواء أكان مشروعاً أم غير مشروع.

لذلك نتناول في هذا المبحث المقصود بالتأثير على أسعار الأوراق المالية كمطلب أول، والسلوكيات المشروعة التي تؤثر على أسعار الأوراق المالية كمطلب ثانٍ، والسلوكيات غير المشروعة التي تؤثر على أسعار الأوراق المالية كمطلب ثالث.

المطلب الأول المقصود بالتأثير على أسعار الأوراق المالية

لا يوجد هناك تعريف محدد للتأثير على أسعار الأوراق المالية، كما لم يعرف قانون الأوراق المالية التأثير على أسعار الأوراق المالية، وذلك قد يعود إلى تزايد

(٣) انظر: المادة (١٠٩/ب) من قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢.

(٤) انظر: المادة (٢) من قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢.

حالات وصور التأثير عليها، وأن وجود تعريف محدد، قد يحصر التأثير ضمن نطاق لا يتواءم مع تزايد تلك الحالات.

إلا أننا قد نستنبط تعريفاً للتأثير، مستوحى من خلال نص المادة (١٠٩/ب) من القانون، بأن التأثير على سعر الورقة المالية هو عبارة عن قيام أي شخص، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، ومن خلال تعامله بالأوراق المالية المتداولة، بإعطاء صورة مضللة وغير حقيقية عن سعر أي ورقة مالية أو نشاطها بشكل يؤثر على تفاعل قوى العرض والطلب على تلك الورقة المالية.

ولكي يتسنى لنا فهم المقصود بالتأثير يجب أن نعرف معنى الحد الأعلى المسموح به لارتفاع سعر الورقة المالية، وكذلك الحد الأدنى المسموح به لانخفاض سعر الورقة المالية خلال جلسة التداول.

ويكون الحد الأدنى المسموح به لخفض سعر الورقة المالية (Limit Down) هو (-٥%) من القيمة السوقية للورقة المالية، بينما يكون الحد الأعلى المسموح به لرفع سعر الورقة المالية (Limit Up) هو $(+٥\%)$ من القيمة السوقية للورقة المالية، إذا كانت الورقة المالية مدرجة في السوق الثاني أو الثالث في بورصة عمان.

بينما يكون الحد الأعلى والحد الأدنى المسموح به لارتفاع وانخفاض الورقة المالية في السوق الأول هي $(٧,٥\%)$ من القيمة السوقية للورقة المالية المدرجة في بورصة عمان.

ولتوضيح الآلية التي يتم من خلالها التأثير على أسعار الأوراق المالية خلال جلسة التداول اليومية، يتوجب علينا معرفة المراحل الزمنية لجلسة التداول كما هي مقررة في بورصة عمان، وذلك حسب الجدول التالي:

مراحل وأوقات جلسة التداول للموسمين الأول والثاني وسوق حقوق الاكتتاب

وسوق السندات

١٠:٠٠ - ٨:٣٠	مرحلة الاستعلام
$\pm ١٠:٣٠ - ١٠:٠٠$	مرحلة ما قبل الافتتاح
$\pm ١٠:٣٠$	مرحلة الافتتاح
$\pm ١٢:٣٠ - ١٠:٣٠$	مرحلة التداول المستمر
١٢:٤٠ - ١٢:٣٠	مرحلة الصفقات

أما وقت جلسة تداول السوق الثالث فهي كما في الجدول التالي:

مراحل وأوقات جلسة التداول للسوق الثالث

مرحلة الاستعلام	٨:٣٠ - ٩:٤٥
مرحلة ما قبل الافتتاح	٩:٤٥ ± - ٩:٥٠
مرحلة الافتتاح	٩:٥٠ ±
مرحلة التداول المستمر	٩:٥٠ ± - ١٠:١٥
مرحلة الصفقات	١٢:٣٠ - ١٢:٤٠

بناءً على أوقات جلسة التداول أعلاه، فإن التأثير على أسعار الأوراق المالية يكون في جميع مراحل الجلسة، وليس كما هو شائع لدى غالبية المتعاملين بأن التأثير غير المشروع يكون فقط في اللحظات الأخيرة للجلسة.

فالمقصود بالتأثير هو رفع أو خفض سعر الورقة المالية بصورة متعمدة لإعطاء صورة غير صحيحة عنها، وهو ما يعرف بالتأثير غير المشروع، أما التأثير المشروع، فهو رفع أو خفض سعر الورقة المالية نتيجةً لتفاعل قوى العرض والطلب المبني على معلومات مفصح عنها من قبل مصدر الورقة المالية.

وعليه فإن التأثير غير المشروع، ما هو إلا سلوك ينتهجه بعض المستثمرين بصورة مقصودة، يكون الهدف منها تغيير سعر الورقة المالية من حالة الانخفاض إلى حالة الارتفاع أو العكس، من خلال التلاعب بقاعدة العرض والطلب على تلك الورقة المالية، الأمر الذي يؤدي إلى انتفاء العدالة في قواعد التداول.

وبصورة عامة فإننا نود التنويه إلى رأي مراقب التداول، والذي يعتبر الأقدر على تحديد فيما إذا كانت عملية التداول على ورقة مالية معينة، تشكل تأثيراً مشروعاً أم لا، كما أنه على اطلاع مستمر على النهج المتبع من قبل المتعاملين، وسلوك التداول على الورقة المالية بصورة عامة، لذلك فإننا لا نغفل دوره في تحديد تلك السلوكيات وتصنيفها.

المطلب الثاني

السلوكيات المشروعة التي تؤثر على أسعار الأوراق المالية

هناك سلوكيات مشروعة تؤدي إلى التأثير على أسعار الأوراق المالية، إما برفع سعر الورقة المالية أو خفضها، ويكون الحد الأدنى المسموح به لخفض سعر الورقة المالية هو (-٥٪) من القيمة السوقية للورقة المالية، بينما يكون الحد الأعلى المسموح

به لرفع سعر الورقة المالية هو $(+0.5\%)$ من القيمة السوقية للورقة المالية إذا كانت الورقة المالية مدرجة في السوق الثاني أو الثالث، بينما يكون الحد الأعلى والحد الأدنى المسموح به لارتفاع وانخفاض الورقة المالية في السوق الأول هي (7.5%) من القيمة السوقية للورقة المالية.

ويتم تحديد نسب الارتفاع والانخفاض أعلاه استناداً إلى الصلاحيات الممنوحة لمجلس إدارة بورصة عمان بموجب أحكام المادة (٣٣) من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان^(٥) والتي تنص على ((يحدد مجلس الإدارة نسبة الارتفاع والانخفاض المسموح بها لسعر الورقة المالية عن السعر المرجعي، كما يحدد نسبة تجاوز السعر لهذه النسبة خلال جلسة التداول في حالات التحفظ على الورقة المالية)).

وهنا نود لفت الانتباه إلى أن رفع أو خفض سعر الورقة المالية ضمن النسب المحددة أعلاه، هي في أصلها فعل مشروع لا يعاقب عليه القانون شريطة أن يكون من خلال الطرق المشروعة، والمراعى فيها التفاعل الحقيقي لقوى العرض والطلب على الورقة المالية، ومن الأمثلة على الارتفاع أو الانخفاض المشروع، وغير المجرم قانوناً والناتج عما يلي:

١ - إفصاح الشركات الإيجابي أو السلبي عن معلومة جوهرية تؤثر على المركز المالي لها:

ونعني بالإفصاح الإيجابي قيام الشركة بالإفصاح عن معلومات قد تؤثر في قرار الشخص لشراء الورقة المالية أو الاحتفاظ بها أو بيعها أو التصرف بها، كأن تقوم الشركة بالإفصاح عن إبرامها لعقد توريد منتجاتها لإحدى الشركات، الأمر الذي سيؤدي إلى زيادة منتجات الشركة بنسب عالية وانعكاس ذلك على أرباح الشركة مستقبلاً.

فمثل هذا الخبر الإيجابي عن الشركة سيؤدي إلى ارتفاع سعر سهمها في البورصة، كما أن ردة الفعل الطبيعية من قبل المستثمرين هي الإقبال على شراء سهم الشركة أو الاحتفاظ به، وعليه فإن الارتفاع الذي حصل على سعر سهم الشركة هو ارتفاع طبيعي ومشروع نتيجة لوجود معلومة إيجابية مفصح عنها من قبل الشركة، والعكس صحيح فيما يتعلق بالإفصاح عن معلومة سلبية تخص الشركة.

(٥) انظر: المادة (٣٣) من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان.

٢ - إفصاح الشركات الإيجابي أو السلبي عن نتائج البيانات المالية لها:

ونعني بذلك صدور نتائج أعمال الشركات (البيانات الأولية، نصف سنوية، سنوية) والتي تظهر المركز المالي للشركة والمتضمن تحقيقها أرباحاً/أو خسائر خلال السنة المالية لها، والتي على ضوءها يقرر المستثمر طويل ومتوسط الأمد الاستمرار أو الخروج من الاستثمار في سهم الشركة وفقاً لأدائها المالي، فإذا ما كانت النتائج المالية إيجابية تكون ردة الفعل الطبيعية هي ارتفاع سعر سهم الشركة والعكس صحيح.

٣ - توصية مجلس إدارة الشركات إلى الهيئة العامة بتوزيع أرباح على المساهمين :

ونعني بذلك أن يقوم مجلس إدارة الشركة المتداول سهمها في البورصة بالتوصية إلى الهيئة العامة بتوزيع أرباح على المساهمين بنسب معينة تحدد وفقاً لنتائج أرباح الشركة، وعند إقرار تلك التوصية من قبل الهيئة العامة للشركة، فإن ذلك سيؤدي بالضرورة إلى زيادة الطلب على سهم الشركة في البورصة وبالتالي ارتفاع سعر السهم.

وفي هذا الصدد نود الإشارة إلى بعض الدراسات العالمية، والتي قام بها باحثون حول الأزمة العالمية المالية العالمية، وأثرها على أسواق المال باستخدام منهج دراسة الحدث^(٦) وتقلبات الأسعار، وحدثت الأزمات في أسواق الأوراق المالية، والذي يمثل تحدياً واضحاً لأسواق الأوراق المالية وبصفة خاصة في الأسواق الناشئة مما يعمل على الحد من تطورها.

ويقصد بمنهج دراسة الحدث هو معرفة تأثير الإعلان عن الأحداث المالية وغير المالية على تحركات أسعار الأسهم، واتجاهاتها في أسواق الأوراق المالية، والذي يستخدم لقياس أو اختبار رد فعل السوق نتيجة الإعلان عن أحداث معينة.

فعلى سبيل المثال أظهرت دراسة "محمد عبده" ٢٠٠١م نتائج توصلت لها في سوق الأوراق المالية المصري باستخدام منهجية دراسة الحدث، أنه لا يوجد تأثير للإعلان عن القوائم المالية على أسعار الأسهم، وذلك كون السوق المصري غير كفؤ وغير قادر على امتصاص المعلومات الجيدة بسرعة وبالكامل، وأن المستثمرين

(٦) محمد عبد الحميد عطية، الأزمة المالية العالمية وأثرها على أسواق المال باستخدام منهج دراسة الحدث، ص ٨ وص ٦٧ وص ٧٨ وص ٧٩ وص ٩٦ وص ١٢٨ وص ١٢٩، دار التعليم الجامعي ٢٠١٠.

يتعاملون بعشوائية عند القيام بعمليات البيع والشراء، ولا يبنون قراراتهم وفقاً للمعلومات الجديدة التي تحتويها القوائم المالية التي يتم الإعلان عنها.

ومن بين أهم الدراسات في هذا المجال دراسة "Graciela and Sergio" ٢٠٠١م والتي خلصت نتائجها إلى ما يلي:

١ - العولمة التي تعد من الأسباب الرئيسية التي أدت إلى عدم استقرار الأسواق المالية الصاعدة، حيث إن أغلب المستثمرين يقومون باستثمار أموالهم قبل النظر إلى السياسات الاقتصادية والمالية المستخدمة في تلك الأسواق متبعين سياسة القطيع.

٢ - استخدام السياسات اللا أخلاقية في الحصول على المعلومات يعد من الأسباب الرئيسية في عدم استقرار الأسواق المالية الصاعدة.

٣ - تواجه الأسواق المالية الصاعدة مشاكل المعلومات غير المتوافرة لكل الأطراف - المعلومات اللا متناظرة- وغياب الشفافية.

٤ - الضعف الاقتصادي لبلدان الأسواق الصاعدة يعمل على زيادة رد فعل الأسواق المالية تجاه الأحداث الدولية.

٥ - تعاني الأسواق المالية الناشئة العديد من المشكلات المتعلقة بالأحداث التي تتعرض لها هذه الأسواق مثل تداخل الأحداث المختلفة مع بعضها البعض، وتسرب المعلومات المتعلقة بالأحداث قبل الإعلان عنها لبعض الأطراف ذوي العلاقة.

ومن بين المشكلات التي تواجه الأسواق المالية الصاعدة انخفاض الوعي الاستثماري، حيث يلعب الوعي الاستثماري لدى المستثمر وقدرته على استخدام المعلومات الناتجة عن الأحداث المعلن عنها دوراً هاماً في تطور السوق وزيادة فاعليته، حيث إن المستثمر العقلاني يهدف إلى الحصول على أعلى سيولة نقدية متوقعة في المستقبل على عكس المستثمر اللاعقلاني، والذي يعتمد على المراهنة والمقامرة من خلال مراقبته لقرارات المستثمرين الآخرين الناجحة، فالمستثمرون العاديون يقلدون المستثمرين الذين يمتلكون المعلومات التي تمكنهم من تحقيق أرباح غير عادية.

وتعرف هذه السياسة بسياسة القطيع، وعليه فإن عدم عقلانية المستثمرين في الأسواق المالية الصاعدة تؤدي إلى عدم القدرة على فهم السوق مما يؤدي إلى رد فعل عنيف داخل تلك الأسواق.

المطلب الثالث

السلوكيات غير المشروعة التي تؤثر على أسعار الأوراق المالية

ظهرت بعض السلوكيات أو الممارسات من قبل بعض المتعاملين، أدت وما زالت تؤدي إلى التأثير على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان، وبطرق وصور متعددة، حيث أدى حدوث مثل تلك العمليات إلى التأثير على تفاعل قوى العرض والطلب من جهة، وعلى إعطاء صورة غير حقيقية عن سعر الورقة المالية من جهة أخرى، كما أدى حدوث تلك العمليات إلى تحقيق خسائر، وتحديدًا تلك التي طالت صغار المستثمرين، كونها أدت إلى خلق أسعار غير حقيقية أو واقعية، مما أدى إلى تضليل وإيهام جمهور المتعاملين في البورصة.

وعلاوة على ما تم ذكره فإن التأثير على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان، يمتد أثره إلى زعزعة الثقة بسوق التداول في بورصة عمان، سواءً على المستوى المحلي أو الخارجي، سيما وأن العديد من المستثمرين غير الأردنيين، وعندما يجدون بيئة استثمارية غير آمنة، وتذبذب في أسعار الأسهم نتيجة للممارسات غير القانونية، الأمر الذي يجعلهم يترددون في استثمار رؤوس أموالهم في سوق المال الأردني.

كما أن عمليات التأثير على أسعار الأوراق المالية، ونتيجة لما تحدثه من أثر سلبي على مدخرات صغار المستثمرين كون التأثير بالدرجة الأولى يكون على حسابهم، سيؤدي إلى تبديد مدخراتهم وهروبهم من السوق، وهذا يتنافى مع أهداف هيئة الأوراق المالية الرئيسية وهو حماية المستثمرين في الأوراق المالية، وحماية سوق رأس المال من المخاطر التي قد يتعرض لها.

وعليه فإننا نسرد لكم تالياً أمثلة واقعية على السلوكيات السلبية الأكثر شيوعاً في بورصة عمان :

١ - التأثير بعدد قليل من الأسهم: ويقصد به قيام المتعامل بشراء أو بيع عدد قليل من الأسهم، بحيث يؤدي ذلك إلى رفع أو خفض سعر الورقة المالية.

ومن الأمثلة على ذلك إذا كان سعر سهم شركة ما يتداول على (١,٠٠) دينار، أخذين بعين الاعتبار أن الحد الأدنى لانخفاض سعر السهم هو (٠,٩٥) قرشاً وسعر الحد الأعلى لارتفاع سعر السهم هو (١,٠٥) دينار، فيقوم أحد المتعاملين بشراء خمسة أسهم بسعر (١,٠٥) دينار وهو سعر الحد الأعلى، حيث تتمثل مصلحته برفع سعر السهم بأن لديه ملكية في ذلك السهم تبلغ على سبيل المثال (٥,٠٠٠) سهم،

كانت تكلفة شرائها على سعر (٩٥) قرشاً، وأنه برفع السهم من (٠,٩٥) قرشاً إلى (١,٠٥) دينار قد رفع من قيمة محفظته مقدار (١٠) قروش ليحقق ربحاً مقداره (٥٠٠) دينار.

أما في حال قيامه ببيع عدد قليل من الأسهم وبالتالي خفض سعر الورقة المالية، فقد يكون الباعث من وراء ذلك التصرف، وبالرغم من وجود ملكية له في ذلك السهم هو الإضرار بالمتعاملين الآخرين في إطار المنافسة غير الشريفة والإخلال بقاعدة العرض والطلب من خلال إظهار صورة غير حقيقية عن سعر السهم.

كما وقد يكون الدافع من وراء ذلك التصرف هو من أجل الشراء على تكلفة أقل، ومثال ذلك قيام أحد المتعاملين ببيع خمسة أسهم على سعر الحد الأدنى وليكن (٩٥) قرشاً ليقوم مباشرةً بشراء (٥٠٠٠) آلاف سهم على ذلك السعر ليتسنى له بيعها فيما بعد على سعر الحد الأعلى وليكن (١,٠٠) دينار، وهكذا وهو ما يعرف بـ Bottom Out ويقصد به هبوط الأسعار إلى مستويات متدنية للغاية، مما يجعل الطلب يزداد على العرض وهو ما يؤثر في الأسعار ويجعلها ترتفع شيئاً فشيئاً^(٧).

٢ - التأثير من خلال الشراء المكثف للأسهم: ويقصد به هو أن يقوم أحد المتعاملين أو مجموعة من المتعاملين ذوي علاقة فيما بينهم بالشراء على سهم معين، دون أن يكون ذلك من خلال الشراء بعدد قليل من الأسهم، مما يؤدي إلى رفع سعر السهم.

وقد يكون الباعث من وراء ذلك سواء من قبل الشخص أو المجموعة، هو إيصال سعر السهم إلى حد معين ليقوم أو يقوموا ببيع كميات كبيرة عند ذلك الحد، ويستتبع هذا النهج عادةً دخول العديد من جمهور المتعاملين إلى ذلك السهم، نظراً لحركة الشراء النشطة عليه، معتقدين بأن هنالك أمراً إيجابياً حدث أو سيحدث على سهم تلك الشركة سيتم الإفصاح عنه لاحقاً، وأن من مصلحتهم الدخول والشراء على ذلك السهم ليحوزوا على فرصة شرائه بأسعار متاحة لهم وقبل صدور الإفصاح، وبالتالي ارتفاعه إلى أسعار عالية، وهو ما يعرف بالخداع والتضليل المتزامن مع التأثير على سعر الورقة المالية.

كما وقد يكون الباعث وراء مثل هذا التصرف المخالف لقانون الأوراق المالية، أن يكون المتسببين برفع سعر الورقة المالية من خلال الشراء الكثيف هم عبارة عن

(٧) كيف تتاجر في الأسهم، د. زياد فراس الذنبيات، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.

أشخاص مطلعين في الشركة، كرئيس مجلس إدارتها أو أحد أعضائها الطبيعيين أو المعنويين أو مديرها العام، وأن هدف شرائهم هو تعظيم القيمة السوقية للسهم، وعكسها على البيانات المالية للشركة، وبالتالي سهولة حصول الشركة على قروض من البنوك، أو الاستفادة من رفع السهم من خلال قيامهم ببيع جزء من أسهمهم غير المحجوزة على تلك الأسعار، وتحقيق السيولة النقدية لغايات الوفاء بالتزامات المترتبة عليهم.

وقد يكون أحد البواعث يخص الشركة المساهمة ذاتها، عندما تقوم بتقييم المحافظ الاستثمارية الخاصة بها (PORTFOLIO EVALUATION)، فهي بحسب النظام تقومها أربع مرات في السنة (SEMI QUARTER)، فعندما تقوم بالتعامل والتداول النشط للمحفظة الاستثمارية لمخزونات التي يصعب تسيلها (ILLIQUED STOCKS) عند نهاية الربع (أي في آخر الأيام) قبل موعد التقييم، هذا سيؤدي إلى زيادة وتطوير الأداء والمظهر العام للمحفظة الاستثمارية وإعادة ذلك مثلاً عدة مرات عند الحاجة كانهخفاض الأرباح التشغيلية للشركة ونجاحها صورياً في استثماراتها وأرباحها التشغيلية، مما يعد تلاعباً بالسوق لكونها تصرفاً يوهم المساهمين للشركة أو بقية المتداولين أن الوضع المالي أفضل، وذلك بسبب تضخم أرباح الشركة في قوائمها المالية وإنعكاس ذلك على سعر الورقة المالية^(٨).

منوهين إلى أن البواعث التي تم ذكرها سابقاً هي على سبيل المثال وليس الحصر، وقد يستخدم أسلوب الصدمات السعرية^(٩) وهو يشبه الأسلوب السابق إلى حد ما، ولكن من جانب عدد من الأفراد متفقين اتفاقاً غير معلن على القيام بمضاربات واسعة على سهم رخيص تحطم نظرية العرض والطلب، وتدفع المستثمرين للبيع أو الشراء بكميات كبيرة.

وقد عرفت الأسواق المالية عمليات تلاعب كثيرة، تم ابتكارها من قبل بعض المضاربين الذين يستغلون ثغرات القانون، وهذا التلاعب يمس بالدرجة الأولى العرض والطلب، ويجعل منهما مجرد آلية وهمية لا تعبر عن حقيقة أوضاع السوق.

فمثلاً تتم المضاربة على أحد الأسهم النشطة، بحيث يتم شراء أو بيع كميات

(٨) بحث الجرائم المالية في البورصات MARKET MANIPULATION الجريمة الأولى (جريمة التلاعب في السوق) إعداد: سلطان عبد السلام إبراهيم عبد السلام (بحث غير منشور).

(٩) انظر: بحث د. أحمد بن محمد الخليل، جرائم البورصة النظامية وأحكامها الفقهية، قسم الفقه - جامعة القصيم.

كبيرة من هذا السهم، وبالتالي يتم تصدير شعور غير حقيقي لبقية المتعاملين في السوق بأن هذا السهم مرشح للصعود في حالة شراء كميات كبيرة منه، أو أنه مرشح للهبوط في حالة بيع كميات كبيرة منه، وبالتالي يحدث نوع من الصدمة السعرية حول السهم تدفع بقية المستثمرين لشراؤه أو بيعه بكميات هائلة، وبذلك يحقق المضاربون أهدافهم.

٣ - التأثير من خلال الشراء بقيمة نقدية منخفضة: ويقصد بذلك قيام أحد المتعاملين بشراء سهم معين يتميز بتدني سعره، بحيث تكون تكلفة الشراء قليلة، سواءً باللجوء إلى شراء عدد قليل من الأسهم أو بشراء عدد كبير منها، حيث يقوم ذلك المتعامل بشراء السهم ورفع سعره.

والباعث من وراء ذلك التصرف هو أن القيمة النقدية للسهم متدنية، وبالتالي تكلفة شرائها متدنية ونتيجة للشراء المكثف من قبل ذلك المتعامل يرتفع سعر السهم، ومن ثم يقوم بالبيع على الأسعار المرتفعة بعد أن ارتفعت قيمتها النقدية.

ونود التنويه أن معظم المضاربين في بورصة عمان تستهويهم المضاربة على مثل هذه الأسهم ذات السعر المتدني لعدة أسباب، منها انخفاض هامش المخاطرة Risk الناتج عن التعامل بمثل هذه الأسهم، ففي حال حدوث خسارة فإنها تكون طفيفة، وفي حال حدوث ربح فإنه يكون ربحاً معقولاً، ومن الأسباب أيضاً سهولة الدخول والتداول على هذا السهم وسهولة الخروج منه.

ولتوضيح ذلك نطرح المثال التالي:

شركة (X) يتداول سعر سهمها على سعر (٠,٢٠) قرشاً، فيقوم أحد المضاربين بطلب (١,٠٠٠) آلاف سهم، بحيث كان طلب شرائه من ضمن المئات من الطلبات، الأمر الذي يؤدي إلى ارتفاع سعر السهم بحسب قاعدة العرض والطلب ليصبح سعر السهم (٠,٢١) قرشاً، وفي اليوم الذي يليه وأحياناً في نفس جلسة التداول يقوم بإدخال أمر بيع للكمية التي قام بشرائها بقيمة نقدية مقدارها (٢٠٠) دينار ويبيعهها بسعر (٠,٢١) قرشاً، ومن ثم يعيد الكرة مرات عدة مع تخفيض الكميات المطلوبة لارتفاع الكلفة، إلى أن يصل سعر السهم خلال أيام قليلة إلى سعر (٠,٣٠) قرشاً ليقوم عندها بالبيع على ذلك السعر.

٤ - التأثير من خلال النفخ والتفريغ (PUMP and DUMP):

ويقصد به هو "النفخ والتفريغ" (حيث يُرفع سعر السهم إلى مستويات هائلة ثم يتم التخلص منه بسرعة فيهبط بشدة)، وذلك من خلال قيام متعاملين ذوي علاقة

فيما بينهم (تجارية، مالية، عائلية، أي علاقة من أي نوع)، بالبيع والشراء على سهم معين بذات التوقيت، الأمر الذي يؤدي إلى رفع سعر السهم وانخفاضه بفارق زمني بسيط.

ومثال على ذلك يقوم أحد المتعاملين (X) وبعد التنسيق مع متعامل آخر ذي علاقة معه (Y) القيام بإدخال أوامر شراء بتوقيت معين من جلسة التداول ليكن عند الساعة (٣٣:٤٠:١٠)، ويتم تنفيذه عند الساعة (١٠:٤٠:٣٣) ليقوم المتعامل الآخر (Y) وفور انتهاء تنفيذ أوامر الشراء العائدة لـ (X) بإدخال أمر أو أوامر بيع عند الساعة (٣٥:٤٠:١٠)، بحيث يكون الفارق الزمني ما بين أمر الشراء والبيع قليل جداً، وينفذ أمر البيع العائد للعميل (Y) عند الساعة (١٠:٤٠:٤١)، الأمر الذي لا يعطي الفرصة لتفاعل قوى العرض والطلب على السهم بسبب عدم إعطاء الفرصة لباقي المتعاملين من العرض أو الطلب على السهم، مما يؤدي إلى رفع ثم خفض السهم بفارق زمني ضئيل، وهو ما يعرف اصطلاحاً بالنفخ والتفريغ (PUMP and DUMP).

وغالباً ما يحدث هذا النوع من التأثير أثناء تداول الأوراق المالية ذات السيولة المنخفضة، ونتيجةً لدخول تلك الحسابات العائدة لمجموعة من المتعاملين والذين تربطهم علاقة فيما بينهم، وقيامهم بإدخال أوامر شراء وبيع متزامنة من حيث التوقيت، مما يؤدي إلى رفع وخفض سعر الورقة المالية، حيث يكون الوضع الظاهري لباقي المتعاملين أو المستثمرين هو إيحائهم بأن هناك نشاطاً على الورقة المالية مما يدفعهم للدخول عليها.

وغالباً ما تكون الحسابات تلك تدار من قبل شخص واحد، فعلى سبيل المثال هناك خمس شركات ذات مسؤولية محدودة أو مساهمة عامة تكون مملوكة من قبل شخص واحد بحيث يقوم بفتح حسابات تعامل بالأوراق المالية لتلك الشركات، ثم يقوم بتحريك تلك الحسابات وفقاً للنهج الذي تم ذكره سابقاً.

٥ - استغلال المطلعين أو رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركات المساهمة العامة بحكم ارتباطهم بشركات أخرى لمحفظه الشركة لشراء أسهم مملوكة من قبلهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة وتحقيق الأرباح على حساب محفظة الشركة:

مثال على ذلك، مطلع أو رئيس مجلس إدارة أو عضو مجلس إدارة إحدى الشركات التي تعمل في قطاع الخدمات على سبيل المثال والمتداول سهمها في بورصة عمان، يمتلك عدة شركات ذات مسؤولية محدودة وليست تابعة للشركة المساهمة العامة أعلاه، حيث يقوم ذلك العضو وبدون أن يكون هناك معلومة داخلية تخص الشركة، بإعطاء أوامره للقائمين على إدارة حسابات الشركات المملوكة من قبله،

بشراء سهم شركة مساهمة عامة أخرى تعمل في قطاع الصناعة وعلى مستويات أسعار متدنية وبكميات كبيرة، وعند ارتفاع سعر السهم إلى مستويات تفوق سعر التكلفة وقد تصل إلى الضعف، يقوم بإعطاء أوامره للمفوض بإدارة حساب الشركة المساهمة العامة، والتي يعمل فيها كعضو مجلس إدارة بطلب شراء الأسهم التي قامت الشركات التابعة له بشرائها، مما يؤدي إلى تحقيق الشركات المملوكة له أرباحاً كبيرة نتيجة لهذه العملية، وتحميل الشركة المساهمة العامة الخسارة الناتجة عن الفروقات السعرية.

٦ - خلق قوى عرض وطلب وهمي على السهم : ويقصد به قيام أحد المتعاملين بوضع أوامر شراء أو بيع كبيرة قبل أو أثناء جلسة التداول، لإيهام المتعاملين بوجود طلب أو عرض على الورقة المالية، وعند اقتراب توقيت تنفيذ تلك الأوامر بحسب أولوية التداول، يقوم ذلك الشخص بإلغاء تلك الأوامر.

ومثال ذلك: أحد المتعاملين (شخص طبيعي) يمتلك في إحدى الشركات المتداول سهمها في بورصة عمان ما مجموعه (٥٠٠,٠٠٠) سهم كانت تكلفة شرائهم على سعر (١,٠٠) دينار، وقبل افتتاح الجلسة بدقيقة واحدة يقوم بإدخال أمر شراء مليون سهم على سعر الحد الأعلى للورقة المالية، وليكن (١,٠٥) دينار، ويأخذ أولوية على باقي المستثمرين لأفضلية السعر، ونتيجة لوجود هذا الأمر على شاشة التداول، يقوم المستثمرين (سياسة القطيع) بإدخال أوامر شراء لاعتقادهم بأن سعر الورقة المالية سيرتفع نتيجة هذا الأمر الكبير، وقبل افتتاح الجلسة بثوانٍ، يقوم بإلغاء أمر الشراء واستبداله بأمر بيع، ولكن بالكمية الحقيقية التي يمتلكها، ونتيجة لذلك فإن غالبية المستثمرين لا يملكون الوقت الكافي لإلغاء أوامرهم بعد اكتشافهم أن أمر الشراء الكبير قد تم إلغاؤه، مما يؤدي إلى تنفيذ أوامر الشراء المدخلة من قبلهم على سعر الحد الأعلى، وبالجهة المقابلة (جانب العرض)، يتم تنفيذ أمر البيع المدخل من قبل ذلك الشخص المضلل.

ونود الإشارة هنا إلى دور الجهات الرقابية في هيئة الأوراق المالية وبورصة عمان بمراقبة مدى تحقق سلامة التداول، وعدم وجود انتهاكات لقانون الأوراق المالية من قبل المتعاملين في الأوراق المالية أثناء جلسات التداول.

وقد تتجاوز نسبة ارتفاع سعر السهم النسب المشار إليها أعلاه؛ نظراً لكثافة عمليات التأثير على سعر السهم من قبل المتعاملين بصورة غير محقة، الأمر الذي يسترعي انتباه الجهات الرقابية في هيئة الأوراق المالية والاستفسار من الشركة عن سبب الارتفاع أو الانخفاض الذي حصل على السهم، وفيما إذا كانت هناك أية أمور

جوهريّة أو معلومات لم يتم الإفصاح عنها أدت إلى هذا الارتفاع أو الانخفاض، وذلك من مبدأ حماية المستثمرين، وبذات الوقت يتم متابعة تداولات أبرز المتعاملين على سهم تلك الشركة، ومعرفة المسبب الحقيقي لهذا الارتفاع أو الانخفاض، وهل تم بطريقة سليمة وغير مخالفة لقانون الأوراق المالية.

ونود التنويه إلى أن القانون لم يحدد ماهية السلوكيات أو الممارسات السلبية المؤثرة على أسعار الأوراق المالية المتداولة، وعليه فإنني أود أن أشير إلى ماهيتها من واقع عملي كمراقب تعاملات مالية في هيئة الأوراق المالية، بأننا نقوم بدراسة كل حالة على حدة لبيان الأسلوب الذي تم به التأثير على سعر الورقة المالية.

وكما أشرنا في بداية هذا البحث إلى بعض الأمثلة التي سقتها لكم على سبيل المثال لا الحصر، فإن مسألة الحكم على الممارسة أو السلوك بأنه مؤثر على السعر يتفاوت من حالة إلى أخرى، فعلى سبيل المثال، هنالك حالات لا يمكن الجزم بأنها مؤثرة على سعر الورقة المالية إلا بعد مضي فترة زمنية معينة تكشف قصد ونية المؤثر.

وذلك من خلال تتبع تداولاته على الورقة المالية لفترات طويلة، كأن يقوم بالشراء المكثف وعلى أسعار متفاوتة بحسب طبيعة تداول ذلك السهم، ومن ثم يقوم بالتفريغ على أسعار تفوق كلفة الشراء، بعد أن قام بحث جمهور المتعاملين على الدخول والتداول على ذلك السهم، وهنا يكون القصد هو جني الأرباح على حساب أولئك المغرر بهم، دون إعطاء الفرصة لقاعدة العرض والطلب بأن تتفاعل بشكلها الطبيعي والاعتيادي.

ومن الأمثلة الأخرى والتي يصعب اكتشافها في بعض الأحيان إلا من خلال مهارة المحقق مع مرتكب التأثير، قيام بعض المتعاملين باستئجار حسابات وهمية، بمعنى آخر يقوم أحد المتعاملين بالاتفاق مع أحد الأشخاص بأن يقوم بفتح حساب باسمه، على أن تكون كلفة الشراء أو البيع على المتعامل الأول، بحيث يتلقى أوامره من خلاله لتسهيل عمليات التأثير على سعر الورقة المالية، وخلق أحجام وحركات تداول مفتعلة، وعندما يرتفع سعر السهم بفعل ذلك، يقوم الشخص الأول بتصفية حسابه وتفرغ ما قام بشرائه على الأسعار الجديدة بالتعاون مع الشخص الصوري المتفق معه، وذلك مقابل مادي متفق عليه مسبقاً.

وعادة لا تكون هناك أي علاقة فيما بينهما (قاربة أو صداقة أو عمل خارج السوق)، ويتم اكتشاف مثل هذه الحالات عن طريق التحقيق المباشر معهم، ومن خلال أوقات إدخال أوامر كل منهم على نظام التداول الإلكتروني، والذي عادةً ما يشير إلى وجود تنسيق واتفاق مسبق على قصد التأثير على سعر الورقة المالية.

المبحث الثاني السلوكيات الضارة بقوانين العرض والطلب بين القوانين الاقتصادية والقوانين الجزائية

وفيه مطلبان:

ستناول في هذا المبحث القوانين الاقتصادية والجزائية التي تناولت موضوع السلوكيات الضارة بقواعد العرض والطلب، وما هي الجزاءات المترتبة جراء ممارسة مثل هذه السلوكيات؟ وما هي الإجراءات المتبعة في المؤسسات الرقابية لمعالجتها والحد منها؟ ومقارنة ذلك بما هو معمول به في قوانين كل من دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية والقانون البريطاني.

المطلب الأول السلوكيات الضارة بقوانين العرض والطلب في القوانين الاقتصادية (قانون الأوراق المالية المطبق حالياً وقانون الشركات الأردني). دراسة مقارنة مع بعض قوانين الدولة العربية والأجنبية

١ - قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته:

فيما يتعلق بقانون الشركات الأردني فلم يتم إغفال خطورة التأثير على أسعار الأوراق المالية، حيث عالج هذا القانون جانب التأثير على الأسهم من جهة القائمين على الشركة دون استثناء من خلال منع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمدير العام وموظفيها من التعامل بأسهم الشركة، فقد نصت المادة (١٦٦) من قانون الشركات^(١٠) على ((منع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة والمدير العام وموظفيها من التعامل بأسهم الشركة)).

كما ونصت ذات المادة على ((يحظر على رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة والمدير العام للشركة وأي موظف فيها أن يتعامل بأسهم الشركة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بناء على معلومات اطلع عليها بحكم منصبه أو عمله في الشركة، كما لا يجوز أن ينقل هذه المعلومات لأي شخص آخر بقصد إحداث تأثير في أسعار أسهم هذه الشركة أو أي شركة تابعة أو قابضة أو حليفة للشركة

(١٠) قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته لغاية القانون رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٦.

التي هو عضو أو موظف فيها، أو إذا كان من شأن النقل إحداث ذلك التأثير، ويقع باطلاً كل تعامل أو معاملة تنطبق عليها أحكام هذه المادة، ويعتبر الشخص الذي قام بذلك مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثته بالشركة أو بمساهميها أو بالغير إذا أثير بشأنها قضية)).

من خلال النص أعلاه نجد أن قانون الشركات الأردني، ومن منطلق حماية الشركة من القائمين عليها أولاً فقد منع رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة ومديرها العام من نقل المعلومات المتعلقة بالشركة لأي شخص آخر، بقصد إحداث تأثير على سعر سهم الشركة، ولم يكتفِ المشرع بمنع الإدارة العليا في الشركة من التداول بناء على معلومات اطلعوا عليها بل تعدى إلى موظفي تلك الشركة.

وقد يكون القصد التشريعي من وراء وجود هذا النص، قيام بعض الأشخاص القائمين على إدارة الشركة بنقل معلومات جوهرية، تمس المركز المالي للشركة إلى بعض الأشخاص الذين يتعاملون على سهم الشركة بحيث يؤدي تسريب مثل هذه المعلومات إلى حدوث نشاط مكثف على سهم الشركة من خلال عمليات الشراء المكثف بحيث يرتفع سعر السهم.

وعند بروز الإفصاح المتعلق بالمعلومة الجوهرية يصبح هنالك إقبال من قبل جمهور المتعاملين على سهم الشركة وبالتالي ارتفاع سعر السهم، عندها يقوم ذلك الشخص الذي نقلت إليه المعلومة من الشركة ببيع أسهمه على أسعار عالية.

وغالباً ما ينطوي على تلك العملية، وجود اتفاق من الباطن على استغلال المعلومة ورفع سعر السهم لتحقيق أرباح، وتقاسم تلك الأرباح فيما بينهم.

كما وقد يكون الباعث من وراء تسريب تلك المعلومات المؤدية إلى رفع سعر سهم الشركة، هو تعظيم القيمة السوقية لسهم الشركة، ليتم إظهارها في البيانات المالية للشركة كعوائد أرباح ناتجة عن المتاجرة بالأسهم، ويمكن التأسيس عليها في سرعة حصول الشركة على قروض بنكية، كون العديد من البنوك تأخذ بعين الاعتبار القيمة السوقية لسهم الشركة كأحد العوامل أو الضمانات التي يتم على أساسها منح القرض.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد يكون الباعث من وراء تسريب المعلومات للغير ورفع سعر السهم هو رفع كلفة شراء السهم على من يحاول شراء السهم بهدف التملك، وزيادة حصته في الشركة أو السيطرة على الشركة من خلال الاستحواذ على عدد كبير من الأسهم.

٢ - قانون سوق عمان المالي الأردني (الملغى):

بالرغم من أن قانون سوق عمان المالي رقم (١) لسنة ١٩٩٠، والذي تم إلغاؤه نتيجة لصدور قانون الأوراق المالية المؤقت رقم (٧٣) لسنة ١٩٩٧، لم يتطرق لأية أحكام تتعلق بالتأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، إلا أن المشرع في حينه قد أحالها إلى النظام الداخلي لسوق عمان المالي الصادر بموجبه، والذي أفرد فصلاً في بيان تصرفات وسلوكيات الأشخاص والوسطاء، والمؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية المتداولة، حيث نصت المادة (٢/٦٥) من النظام على ((تعتبر التصرفات التالية باطلة ولا ترتب أي أثر لأصحابها:

أ - كل تصرف سواء أكان مباشراً أو غير مباشر يراد به إحداث تأثير في أسعار الأوراق المالية عن طريق إيجاد سلسلة من العمليات في ورقة مالية معينة تحدث طلباً فعلياً أو ظاهرياً نشيطاً لتداول الأوراق المالية أو تحدث ارتفاعاً أو انخفاضاً في أسعار هذه الأوراق بهدف تشجيع الآخرين على شراء أو بيع هذه الأوراق حسب واقع الحال.

ب - كل تعامل جرى من قبل أي شخص سواء أكان بمفرده أم بالتواطؤ مع شخص أو أشخاص آخرين يراد به إحداث سلسلة من العمليات المالية كشراء أو بيع أي ورقة مالية أو كليهما معاً بهدف تثبيت أو استقرار أسعار أوراق مالية معينة بشكل يتعارض مع القوانين والأنظمة المعمول بها في السوق)).

ويتضح من النصوص الواردة أعلاه، أن أصل المواد القانونية الواردة في قانون الأوراق المالية والمتعلقة تحديداً بالتأثير على أسعار الأوراق المالية جاءت من خلال النظام الداخلي لسوق عمان المالي، إلا أن الفارق بين النص الحالي في قانون الأوراق المالية للمادة (١٠٩/ب) الخاصة بالتأثير على أسعار الأوراق المالية والذي سيتم استعراضه لاحقاً، والنصوص الموجودة في النظام الداخلي لسوق عمان المالي، هو أن الأخيرة قد اعتبرت القيام بعمليات التأثير على أسعار الأوراق المالية تصرفاً باطلاً، ولا يرتب أي أثر لأصحابها.

والمقصود بالبطلان هنا هو إلغاء أثر تلك العمليات المؤثرة على السعر وإعادة سعر الورقة المالية إلى ما قبل حدوث التأثير، وعدم عكس الحقوق الناشئة بين طرفي العقد أو العملية، وهذا النص الرادع والواضح يفتقر له النص المقابل في القانون الحالي، نظراً لأن النص الحالي لم يتضمن الحالات التي تعتبر تأثيراً على أسعار الأوراق المالية على سبيل المثال لا الحصر، وترتيب البطلان عليها في حال وقوعها.

وهنا نتمنى على المشرع الأردني إعادة النظر في صياغة هذه المادة، بتضمينها

حالات التأثير المخالفة للقانون تحت طائلة البطلان في حال حدوثها، لأن وجود مثل هذا النص يحد من عمليات التأثير، وبالتالي إيجاد سوق تداول يظهر أسعاراً حقيقية وعادلة للأسهم، دونما وجود تلاعب بها من قبل المتعاملين، كما ويردع كل متعامل سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً من محاولة التأثير على أسعار الأوراق المالية.

٣ - قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢:

نتيجةً لجسامة الفعل المتأتي من القيام بالتأثير على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان بطرق وأساليب غير مشروعة تؤدي إلى الإضرار بجمهور المتعاملين من خلال إظهار أسعار الأوراق المالية بصورتها غير الحقيقية، وذلك من خلال الإخلال بقاعدة العرض والطلب، فقد أفرد المشرع الأردني نصاً خاصاً في قانون الأوراق المالية جرم من خلاله التأثير على أسعار الأوراق المالية كما وغلظ العقوبة في حال إثباتها على مرتكبيها.

حيث تناول نص المادة (١٠٩/ب) من قانون الأوراق المالية موضوع التأثير على أسعار الأوراق المالية، حيث نصت على ((ب- التأثير على المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية، سواء أكان منفرداً أم بالتواطؤ مع غيره، بقصد إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أو حجم تداولها أو عن سعر أو حجم تداول أي أوراق مالية أخرى ذات علاقة)).

وقد اعتبر المشرع الأردني أن التأثير على المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية بالمعنى الوارد في نص المادة أعلاه، يعتبر خداعاً لجمهور المتعاملين، وقد عرف الخداع في المادة (٢) من قانون الأوراق المالية على أنه: ((أي عمل أو ممارسة أو خطة أو نهج أو وسيلة يقصد بأي منها التغير بالآخرين أو قد يؤدي إلى التغير بهم))، والتأثير على أسعار الأوراق المالية استناداً لتعريف الخداع هو عبارة عن ممارسة أو نهج ووسيلة مستخدمة أو يتم استخدامها من قبل بعض المتعاملين، تؤدي إلى إظهار صورة غير حقيقية عن أسعار الأوراق المالية، ونلاحظ من النص أعلاه أن القانون لم يحدد ما هي تلك الممارسات أو السلوكيات على وجه التحديد وكيفية حدوثها.

ومن جهة أخرى لم يغفل المشرع الأردني أهمية شركات الخدمات المالية ودورها في بسط الحماية على السوق، كما ورتب العديد من التدابير بحق تلك الشركات في حال مخالفتها للقانون والتعليمات الصادرة بموجبه، كونها تقوم بالتداول على الأوراق المالية بيعاً وشراءً، حيث تحوز هذه الشركات على عدة تراخيص من

ضمنها ترخيص وسيط لحسابه، ويقصد بتلك الرخصة أنه يجوز لها التعامل بالأوراق المالية لحسابها إضافة لتنفيذها أوامر عملائها بالبيع أو الشراء.

ويترتب على هذا الترخيص بعض القيود التي فرضها قانون الأوراق المالية وتعليمات الترخيص والاعتماد والمراقبة، فقد نصت المادة (٥٦/ب)^(١١) من القانون بأنه يعتبر مخالفة لأحكام هذا القانون قيام المرخص له أو المعتمد بممارسة الخداع والتضليل والأعمال المحظورة.

ويقصد بالخداع كما عرفه القانون أي عمل أو ممارسة أو خطة أو نهج أو وسيلة محظورة بموجب هذا القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو القرارات الصادرة بمقتضاه، كما نصت الفقرة (د) بأنه يعتبر مخالفة لأحكام هذا القانون قيام المرخص له أو المعتمد بالتأثير سلباً أو محاولة التأثير سلباً وبأي شكل من الأشكال على سوق رأس المال سواء أكان ذلك بشكل منفرد أم بالتواطؤ مع الغير.

وحيث إن التأثير على أسعار الأوراق المالية من قبل المرخصين والمعتمدين يقع في نطاق التضليل والخداع والأعمال المحظورة، كما ويعتبر شكلاً من أشكال التأثير سلباً على سوق رأس المال، فإن هناك العديد من حالات التأثير على أسعار الأوراق المالية تتم من خلال شركات الخدمات المالية سواء لحسابها أو لحساب عملائها.

ويعود ذلك لدراية تلك الشركات بأحوال السوق المالي في بورصة عمان، وتتبع حركات الأسهم اليومية، الأمر الذي يعطيهم المقدرة على التنبؤ بمستقبل السهم، كما أن شركات الخدمات المالية تعتبر مركزاً لتداول المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية نتيجة لتعاملهم مع آلاف المتعاملين يومياً، حيث إن الكثير منهم يتواجد في تلك الشركات، نظراً لأنها توفر أدوات التداول كشاشات التداول وغيرها، كما توفر الأجواء المناسبة للمتعاملين لمراقبة مجريات التداول في السوق.

ولذلك شدد القانون وكذلك تعليمات الترخيص العقوبة على شركات الوساطة فيما إذا تم إثبات قيامها بأعمال محظورة بتعليق أو إلغاء ترخيص تلك الشركات، وذلك كما جاء في نص المادة (٦٠) من القانون^(١٢)، علاوة على فرض الغرامات المالية على تلك الشركات في حال قيامها بالتأثير على أسعار الأوراق المالية لحسابها أو لحساب عملائها وذلك استناداً لأحكام المادة (١٥) من تعليمات تداول الأوراق المالية في

(١١) انظر: المادة (٥٦/ب) من قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢.

(١٢) انظر: المادة (٦٠) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.

بورصة عمان^(١٣) والتي ألزمت الوسطاء الماليين الذين يقومون بتنفيذ أوامر الشراء والبيع العائدة لعملائهم، بعد القيام بأي تصرف يهدف إلى إعطاء صورة مضللة وغير صحيحة عن سعر أي ورقة مالية أو حجمها أو نشاطها، بشكل يؤثر على تفاعل قوى العرض والطلب على تلك الورقة المالية، والالتزام بعدم تنفيذ أي عملية لصالح أي من عملائهم إذا كانت هذه العملية مخالفة لما تم ذكره في البند (أ) من ذات المادة.

ونود الإشارة إلى أن هيئة الأوراق المالية قد فرضت غرامات مالية بحق المخالفين لأحكام المادة (١٠٩/ب) من القانون، والتي تتعلق كما أسلفنا بعمليات التأثير المرتكبة من قبل الأشخاص المتعاملين (طبيعي أو اعتباري)، وتقييد تلك المخالفات في سجلاتهم لدى الهيئة، وكذلك فرض غرامات مالية على شركات الخدمات المالية التي قامت بتنفيذ تلك العمليات لصالح عملائها خلافاً لأحكام المادة (١٥) من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان، وتقييد تلك المخالفات في السجل المهني لتلك الشركات في الهيئة.

ويعتبر تقييد المخالفة في السجل المهني عقوبة إضافية على مرتكب المخالفة يتم أخذها بعين الاعتبار في حال تكرار المخالفة ذاتها، فإذا ما تم تكرار ذات المخالفة عندها سيتم مضاعفة الغرامة المالية أو تحويل المخالف إلى المحكمة المختصة بموجب أحكام المادة (١١٠)^(١٤) من قانون الأوراق المالية.

أما فيما يتعلق بمخالفة أحكام المادة (١٥) من تعليمات التداول، وفي حال تكرار مخالفة هذه المادة من قبل شركة الخدمات المالية، فإنه يتم تعليق أعمال تلك الشركة وتقييد نشاطها، بمعنى أنها تُمنع من تنفيذ عمليات البيع أو الشراء لعملائها، وهذا يرتب إلحاق ضرر بالغ بتلك الشركة أو إلغاء ترخيص تلك الشركة، وهذا يعني خروجها من بورصة عمان إضافة إلى فرض الغرامات.

وقد بلغ عدد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين تم فرض غرامات مالية عليهم نتيجة لمخالفتهم أحكام المادة (١٠٩/ب) من قانون الأوراق المالية، (٢٣) شخصاً/شركة، وذلك للعام ٢٠١١^(١٥) كما بلغ عدد شركات الخدمات المالية التي خالفت أحكام المادة (١٥) من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان (١٩) شركة.

(١٣) انظر: المادة (١٥) من تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان الصادرة استناداً لأحكام المادة (٦٧/ج) من قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢ المعدلة بموجب قرار مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية رقم (٢٠٠٩/١٥٩) تاريخ (٢٠٠٩/٣/١٦).

(١٤) انظر: المادة (١١٠) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٣) لسنة ٢٠٠٢.

(١٥) التقرير السنوي لهيئة الأوراق المالية لعام ٢٠١١.

ومن الجدير ذكره أن قانون الأوراق المالية لم يتناول موضوع البطلان كجزء مدني على عقود التداول المؤثرة سلباً على أسعار الأسهم، لا بل منح القانون تلك العقود الصفة النهائية والقطعية لتداولها، علاوة على عدم جواز إلغاء التسويات النهائية لتلك العقود، وذلك وفقاً للمادة (١١٤/أ، ج) والتي تنص على ((تمنح الأوراق المالية وفقاً لأحكام هذا القانون، الميزات التالية: أ- الصفة النهائية والقطعية لتداولها في الأسواق المالية. ج - عدم جواز إلغاء التسويات النهائية لعقود التداول في السوق))^(١٦). ووفقاً للنص أعلاه وبمجرد انعقاد عقد التداول إلكترونياً من خلال نظام التداول، فإن ذلك العقد يكتسب صفته النهائية والقطعية ولا يجوز لطرفي العقد المطالبة ببطلانه.

وفي هذا الصدد نود الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد عرف العقد الباطل في المادة (١/١٦٨) منه بأنه ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه واختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة^(١٧).

وكون عقد التداول مشروعاً بأصله ومكتمل الأركان فإنه لا يجوز المطالبة ببطلانه، علاوة على أن القانون المدني الأردني هو قانون عام، بينما قانون الأوراق المالية هو قانون خاص والخاص أولى بالتطبيق من العام، إلا أنه يجوز للمتضرر الذي بيعت أسهمه أن يلجأ للقضاء ويطلب بالتعويض، شريطة أن يثبت أن ذلك البيع تم بصورة مخالفة للقانون وأنه تعرض لخسارة مالية نتيجة البيع، وفقاً لما نصت عليه المادة (١١١) من قانون الأوراق المالية^(١٨).

ومن جهة أخرى فنود الإشارة إلى أن عقود التداول التي تتم خارج السوق، ولا تتم من خلال نظام التداول الإلكتروني، تعتبر عقوداً باطلة حكماً، قياساً على قاعدة بطلان تسجيل العقار خارج دائرة التسجيل الرسمية، وهذا الأمر يختلف تماماً عن العقود المستثناة من التداول والتي يتم تداولها داخل مركز إيداع الأوراق المالية، والتي عادةً ما تتعلق بأوراق مالية موقوفة عن التداول، فمثل هذه العقود صحيحة، وبالتالي فإننا نود لفت الانتباه إلى أن موضع البطلان عموماً يختلف اختلافاً جوهرياً عن موضوع إلغاء العقد، فالبطلان وفقاً للقانون المدني ما ليس مشروعاً بأصله أو اختلت

(١٦) انظر: المادة (١١٤/أ، ج) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.

(١٧) انظر: المادة (١/١١٦) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(١٨) انظر: المادة (١١١) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢.

أركانه، وهذا لا ينطبق بالضرورة على عقد التداول الذي يتسم بمشروعيته وتحقق أركانه (الأهلية، الرضا، المحل، السبب)، بينما إلغاء العقد بالرغم من صحته متعلق بمدى إضراره بالغير من جهة وإعطائه صورة غير صحيحة عن سعر الورقة المالية بشكل يخالف القانون.

وعليه فإن هناك إجراءات متبعة لدى بورصة عمان في مواجهة مثل هذه الممارسات المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية، ومن هذه الإجراءات ما نص عليه النظام الداخلي لبورصة عمان والصادر بموجب قانون الأوراق المالية، والذي خول المدير التنفيذي للبورصة إلغاء أو تعديل أي عملية تداول جرت خلافاً لقانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه.

حيث نصت المادة (٢٧) من النظام أعلاه^(١٩) على ((يتولى المدير التنفيذي جميع الشؤون الإدارية والمالية والفنية للبورصة، ويكون مسؤولاً أمام مجلس الإدارة عن ذلك، بما في ذلك ما يلي: الرقابة على عمليات التداول المنفذة في البورصة بما في ذلك إلغاء أو تعديل أي عملية جرت خلافاً للقانون أو الأنظمة أو التعليمات المعمول بها))، ووفقاً لهذا النص فإن أي عقد تداول مؤثر على سعر الورقة المالية بصورة مخالفة للقانون والأنظمة والتعليمات يتم إلغاؤه، وبالتالي زوال أثره على التغير في السعر.

ومن الناحية العملية فإن النص أعلاه نادر التطبيق لوجود إجراءات أخرى رادعة نوعاً ما بحق المتعاملين المؤثرين سلباً على أسعار الأوراق المالية، فقد أصدرت هيئة الأوراق المالية أسساً لفرض الغرامات المالية على المؤثرين سلباً وبصورة متعمدة على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، تتمثل بفرض غرامات مالية يتم مضاعفتها تراكمياً في حال تكرارها من ذات العميل أو الوسيط المنفذ لتلك العملية.

ومما لا شك فيه ونتيجةً لتطبيق هذه الأسس، فقد انخفضت نسبة المؤثرين على أسعار الأوراق المالية بشكل ملحوظ، إلا أننا نرى بأن يتم تفعيل النص المتعلق بإلغاء أو تعديل عقد التداول المؤثر على سعر الورقة المالية، لنجاعته في القضاء على هذا السلوك بصورة شبه نهائية، ولكون مثل هذا الإجراء سيؤدي إلى تقويض الهدف الرئيسي من التأثير، علاوة على أن مثل هذا الإجراء سيخلق ثقافة جديدة لدى المستثمرين تتسم بالأمان والثقة.

(١٩) انظر: النظام الداخلي لبورصة عمان.

وفي هذا الصدد نود الإشارة إلى أننا قمنا بالرجوع إلى القرارات الصادرة عن المحاكم المدنية الأردنية، للاطلاع على الأحكام القضائية الصادرة بخصوص دعاوى التعويض المقدمة من قبل المتضررين جراء التعامل بالأوراق المالية في بورصة عمان والمتعلقة بالتأثير على أسعار الأوراق المالية.

وقد تبين لنا عدم وجود أي قرارات صادرة عن المحاكم المدنية والجزائية تتعلق بالتلاعب بأسعار الأوراق المالية المدرجة في بورصة عمان، وأن القرارات الصادرة ذات العلاقة تتناول فقط البيع من قبل شركة الوساطة المالية دون الرجوع إلى العميل، أو دعاوى مرفوعة من قبل شركة الوساطة المالية على بعض عملائها تطالب من خلالها استيفاء الزمة المدينة منهم، ولم نجد أي دعاوى تتعلق بالمطالبة ببطلان عقود التداول.

وهنا نود التنويه على أن القضاء الأردني بكافة درجاته، ليس لديه الاطلاع والمعرفة الكافيتين عن الأسواق المالية، لذا قامت هيئة الأوراق المالية وبشكل دوري بعقد ندوات ودورات للسادة القضاة حول الأسواق المالية وطبيعة عملها، وكذلك إطلاعهم على مدلولات التشريعات المنظمة لعمل تلك الأسواق.

ومن جهة أخرى فإننا نعزي عدم وجود دعاوى منظورة أمام المحاكم تتعلق ببطلان عقود التداول أو التعويض نتيجة الإضرار بالمتعاملين في الأوراق المالية، إلى الثقافة السائدة لدى جمهور المتعاملين، وبعدم جدوى التقدم بدعاوى تتعلق بالأوراق المالية أمام المحاكم، كونها تستغرق وقتاً طويلاً لا يتناسب وسرعة المعاملات التي تجري في البورصة، إضافةً إلى أن رسوم الدعاوى التي يدفعها المدعي تعتبر باهظة إذا ما قورنت بحجم الضرر الناشئ عن التأثير، كون غالبية المتعاملين هم من صغار المستثمرين.

لذلك تم وضع نظام تحكيم لدى بورصة عمان، صادر بموجب قوانين التحكيم الأردنية، والذي تم إيجاده لتسهيل التقاضي بين الخصوم، وسرعة صدور القرارات المتعلقة بالأوراق المالية، إلا أن هذا النظام لم يشهد أي نشاط يذكر، كون أحجام التداول اليومية في بورصة عمان تعتبر متواضعة جداً، إضافةً إلى الرسوم العالية التي يتقاضاها المحكمون.

كما أن التحكيم عادةً ما يتم بين شركات ذات مراكز مالية كبيرة والتي تكون غير أردنية، أما على مستوى الأفراد الطبيعيين فإنهم لا يلجأون إلى التحكيم؛ كونه - كما أسلفنا - باهظ التكاليف والتي قد تزيد عن مقدار قيمة النزاع.

لذا فإن المتعاملين سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين يلجأون إلى هيئة الأوراق المالية لتقديم الشكاوي، لتقوم الهيئة بإيقاع الجزاءات الملزمة بحق مرتكبي المخالفات، وكما هو معلوم فإن الهيئة كجهة إدارية لا تقوم بتعويض المتضررين، وإنما أجازت للمتضرر اللجوء إلى القضاء.

لذلك فإننا نعيب على المشرع الأردني عدم إعطاء هيئة الأوراق المالية الصفة العدلية أو سلطة الإدعاء العام في البت بقضايا الأوراق المالية، كونها الجهة الأكثر دراية في هذا القطاع، والأقدر على ضبطه والحد من الممارسات المضرة بجمهور المتعاملين فيه، كما أن وجود الصفة العدلية أو سلطة الإدعاء العام، ييث روح الثقة بين المتعاملين وتحديداً غير الأردنيين الذين يبحثون عن أسواق آمنة لاستثماراتهم.

بناءً على ما سبق، فقد قمنا بالاطلاع على التشريعات المعمول بها في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة، والمملكة العربية السعودية، وبريطانيا، ومقارنتها مع التشريعات المعمول بها لدى المملكة الأردنية الهاشمية، وذلك على النحو التالي:

١ - الإمارات العربية المتحدة:

تتميز الأسواق المالية الإماراتية (تحديداً سوق دبي وأبو ظبي)، بأنها من الأسواق الرائدة في المنطقة العربية، كما وتتميز بضخامة السيولة في تلك الأسواق وبزخم كبير من المتعاملين فيها، إلا أنه وبالرجوع إلى التشريعات النازمة لتلك الأسواق وتحديداً إلى النصوص القانونية المتعلقة بحظر التأثير على أسعار الأوراق المالية، فقد تبين لنا أن قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع^(٢٠) لم يتضمن أي من نصوصه ما يحظر التأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة، وإنما أحال مثل هذا النص إلى النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية^(٢١)، وذلك من خلال نص المادة (١٦) منه والتي نصت على ((يحظر على أي شخص - سواءً بمفرده أو بالتواطؤ مع الغير- القيام بأي تصرف أو تعامل من شأنه التغيرير أو التضليل بالمستثمرين، بما في ذلك:

١ - تنفيذ عملية/عمليات تداول على ورقة مالية معينة، بهدف إيهام جمهور المستثمرين بوجود سوق نشط لهذه الورقة المالية، أو بهدف التأثير على

(٢٠) قانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع.

(٢١) قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ في شأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.

سعرها (ارتفاعاً، انخفاضاً، تثبيتاً للسعر) أو حجم تداولها في السوق، أو بهدف التأثير على قرار المستثمر بالاستثمار من عدمه.

٢ - إدخال و/أو تعديل و/أو إلغاء أمر/أوامر شراء أو بيع ورقة مالية معينة، بهدف إيهام جمهور المستثمرين بوجود سوق نشط لهذه الورقة المالية، أو بهدف التأثير على سعرها أو حجم تداولها في السوق، أو بهدف التأثير على قرار المستثمر بالاستثمار من عدمه).

كما ورتبت المادة (٣٩) من النظام أعلاه جزاءً في حال ارتكاب مخالفة لهذا القانون وأنظمتها بشكل عام، وقد نصت على ((للهيئة - في حال مخالفة أحكام القانون وأنظمة الهيئة - توقيع الجزاءات التالية بحق الشركات المدرجة والوسطاء والمستثمرين من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين:

أ - الإنذار.

ب - غرامة مالية لا تتجاوز مائة ألف درهماً.

ج - وقف المستثمر مدة لا تزيد عن سنة)).

ونود التعليق على النص أعلاه، وذلك بمقارنته مع النصوص الموجودة في قانون الأوراق المالية، حيث نجد أن القانون الإماراتي لم يضع نصوصاً رادعة تتعلق بالتأثير على أسعار الأوراق المالية سيما وأن العقوبات تدرج من الإنذار فالغرامة، والتي لا تتجاوز مائة ألف درهم إماراتي، فوقف المستثمر مدة لا تزيد عن سنة.

علاوة على أن التشريعات الإماراتية لم تتضمن المطالبة بالتعويض من خلال المحكمة المختصة من قبل الشخص أو الجهة المتضررة جراء الممارسات السلبية في التداول، كما ذهب إليه المشرع الأردني، الأمر الذي يؤدي إلى الإسهاب في انتهاك القوانين وتحقيق أرباح غير مشروعة على حساب المتعاملين مقابل دفع غرامة لا تتجاوز مائة ألف درهم إماراتي.

وهذا المبلغ - في نظرنا - متواضع مقارنة مع ما يتم تحصيله من أرباح تم جنيها بطرق غير مشروعة، والأصل أن يتم فرض غرامات مالية تتناسب وجسامة السلوك المضّر، من خلال احتساب قيمة الغرامة على أساس الربح المتحقق جراء ذلك السلوك المضّر، وهذا ما ذهب إليه ذلك المشرع الأردني في قانون الأوراق المالية وفقاً لما تم ذكره سابقاً.

إلا أن المشرع الإماراتي قد وفق في وصف طبيعة المخالفة بشكل ينافي الجهالة، وبأسلوب دقيق، وهذا ما افتقر إليه المشرع الأردني من خلال تضمينه نصاً عاماً لا يتسم بالوضوح كما فعل المشرع الإماراتي.

٢ - قوانين المملكة العربية السعودية:

أصدر مجلس هيئة السوق المالي السعودي وبناءً على نظام لائحة سلوكيات السوق^(٢٢)، والتي اشتملت على السلوكيات المحظورة استخدامها من قبل المتعاملين في السوق، وما يهمنها في هذه اللائحة ما ورد في الباب الثاني والمعنون بـ(منع التلاعب بالسوق) حيث نصت المادة الثانية/ب منه على: ((يحظر على أي شخص القيام بشكل مباشر أو غير مباشر بإدخال أمر أو تنفيذ صفقة على ورقة مالية بهدف تكوين أي مما يلي:

١ - انطباع كاذب أو مضلل بوجود نشاط تداول في الورقة المالية أو اهتمام بشرائها أو بيعها.

٢ - سعر مصطنع لطلب أو عرض أو تداول الورقة المالية أو أي ورقة مالية ذات علاقة)).

كما وجاءت المادة الثالثة، وتحديداً الفقرة الخامسة من تلك اللائحة، لتبين التصرفات أو الممارسات التي تشكل تلاعباً أو تضليلاً، والتي اعتبرت إدخال أمر أو سلسلة من الأوامر على ورقة مالية دون وجود نية لتنفيذها، فعلاً مضللاً ومخادعاً لجمهور المتعاملين.

إذ إن الهدف الكامن وراء مثل هذا السلوك هو إيهام المتعاملين بوجود طلب نشط على الورقة المالية، الأمر الذي يؤدي إلى جذبهم لشراء أو بيع الورقة المالية بحسب مقتضى الحال.

ونود التنويه إلى أن المشرع السعودي كان موفقاً في إدراج هذه اللائحة، والتي اتسمت بالتفصيل الدقيق للممارسات المضرة والمحظورة في التداول، والتي تبين للمستثمر العقلاني المحاذير الواجب تلافيها عند قيامه بالاستثمار في الأوراق المالية.

وهذا يعزز من صورة الاستثمار الآمن في البورصة، كون قواعد السوق معروفة لجميع المتعاملين، وهذا ما لا نراه في التشريعات المنظمة لبورصة عمان، والتي اتسمت بأنها فضفاضة ومختصرة إلى حدٍ ما، الأمر الذي أدى ويؤدي إلى وقوع الكثير من المتعاملين في المناطق المحظورة، دون قصد منهم أو معتقدين بأن ما قاموا به غير مخالف للقانون.

كما وأن ضبابية النصوص التي تحظر التأثير على أسعار الأوراق المالية، أدت

(٢٢) انظر: نظام لائحة سلوكيات السوق السعودي.

إلى تعمد البعض القيام بسلوكيات مؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية، بحجة عدم وجود النصوص القانونية التي تحظر التأثير على أسعار الأوراق المالية وتحديداً في مرحلة التداول المستمر.

كما تضمن نظام السوق المالية السعودي العديد من العقوبات التي يتم إيقاعها بحق المخالفين، تتمثل بالغرامات المالية والمطالبة بالتعويض، وبصورة أشمل من تلك التي تضمنتها التشريعات الأردنية المتعلقة ببورصة عمان، إضافةً إلى وجود لجنة تسمى لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية، والتي أعطاها المشرع السعودي صلاحيات واسعة، ومثل هذا الأمر غير متوفر لدى التشريعات الأردنية وكذلك الإماراتية، بينما هو موجود أيضاً في التشريعات المصرية.

٣ - القانون المصري:

تناول المشرع المصري موضوع الممارسات المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية في قانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢، ولخطورة هذه الممارسات، فقد ابتدأ المشرع المصري نصوص قانونه بالإشارة إليها من خلال المادة (٢١) والتي تنص على^(٢٣) ((يجوز بقرار من رئيس البورصة وقف عروض وطلبات التداول التي ترمي إلى التلاعب في الأسعار، ويكون له إلغاء العمليات التي تعقد بالمخالفة لأحكام القوانين واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لها أو التي تتم بسعر لا مبرر له، كما يجوز له وقف التعامل على ورقة مالية إذا كان من شأن استمرار التعامل بها الإضرار بالسوق أو المتعاملين فيه)).

بناءً على النص أعلاه، فقد أولى المشرع المصري أهمية لموضوع التلاعب بالأسعار، بحيث أعطى الصلاحية بوقف عروض وطلبات التداول (قبل أن يتم تنفيذها) لرئيس البورصة، ولم يقف عند هذا الحد، بل يجوز له إلغاء العمليات التي تتم خلافاً للقانون أو التي تمت بسعر غير مبرر.

ونلاحظ هنا دقة التعبير بأن يكون سعراً غير مبرر، أي أن ارتفاع أو انخفاض سعر الورقة المالية لم يبنَ على أسس منطقية، كوجود إفصاح يتعلق بالورقة المالية، أو أن اتجاه السهم (TREND PRICE) كان صاعداً أو هابطاً بسبب تفاعل قوى العرض والطلب.

(٢٣) انظر: المادة (٢١) من قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.

كما توسع المشرع المصري بإعطاء الصلاحية لرئيس البورصة بوقف التعامل على الورقة المالية إذا كان التعامل عليها يؤدي إلى الإضرار بالسوق والمتعاملين.

ومثل هذا النص لم يتوفر في قانون الأوراق المالية الأردني، إلا أن التعليمات الصادرة بموجبه قد تضمنت نصاً مماثلاً له، يتضمن إعطاء المدير التنفيذي أو من يخوله صلاحية تعديل وإلغاء الأوامر المؤثرة على أسعار الأوراق المالية المدرجة في بورصة عمان، في حين لم تتضمن اللوائح التنفيذية الإماراتية ذلك، إلا أن هذا النص قريباً - إلى حد ما - هو موجود في التشريعات السعودية.

وفي المادة (٤٣/٤) من قانون سوق رأس المال المصري^(٢٤)، تم تحديد صلاحيات الهيئة العامة لسوق المال المصري، بمراقبة سوق رأس المال للتأكد من أن التعامل يتم على أوراق مالية سليمة، وأنه غير مشوب بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضاربات الوهمية.

كما ورتب القانون في الباب السادس منه عقوبات على الذين يؤثرون على أسعار الأوراق المالية بصورة غير محقة، فقد نصت المادة (٦٣/٦) من الباب أعلاه على ما يلي^(٢٥): ((مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على عشرين مليون جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين: ٦- كل من عمل على قيد سعر غير حقيقي أو عملية صورية أو حاول بطريق التدليس التأثير على أسعار السوق)).

ونلاحظ أن المشرع المصري قد أوقع جزاءات رادعة على الممارسات المؤثرة سلباً على أسعار الأوراق المالية، كما أفرد القانون المصري باباً لتسوية المنازعات وأن تتم عن طريق التحكيم دون غيره، والتي يرأسها أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف، وتكون أحكام هيئة التحكيم نهائية ونافاذة مالم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها.

ونود التعليق على ما ورد أعلاه، بأن هيئة الأوراق المالية الأردنية قد أصدرت تعليمات خاصة لحل المنازعات عن طريق التحكيم من خلال بورصة عمان، بينما لم نرَ مثل هذا التعليمات لدى المشرع الإماراتي أو السعودي.

(٢٤) انظر: المادة (٤٣/٤) من قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.

(٢٥) انظر: المادة (٦٣/٦) من قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.

ونود الإشادة بالإجراءات المتبعة لدى بورصتي القاهرة والإسكندرية، حيث قامتا بإصدار دليل استرشادي لإجراءات التداول بالبورصة لعام ٢٠٠٧^(٢٦)، والذي تضمن في الباب العاشر أنماط التداول المحظورة وإجراءات التصدي لها، والمقسم لعدة فصول، ففي الفصل الأول البند ثامناً منه، تناول الدليل أعلاه مخالفة التأثير غير المبرر (رفع أو خفض) على سعر ورقة مالية، ثم ذكر العديد من الأمثلة والأكثر شيوعاً عليها، مثل تنفيذ عمليات تداول لدى نفس شركة الوساطة لرفع أو خفض سعر ورقة مالية عن قصد ودون وجود مبرر واضح لهذا التأثير على ورقة مالية غير نشطة.

وقد أحال البت فيما إذا كانت عملية التداول المؤثرة سلباً على سعر الورقة المالية إلى لجنة التداول، وهي لجنة متخصصة لدى الهيئة العامة للرقابة المالية المصرية، وهذا موجود بصورة مشابهة في التشريع السعودي من خلال وجود لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية لديه.

٤ - القانون البريطاني:

نصت المادة (٦) من (FSMA)^(٢٧) على أن الهدف من الحد من الجرائم المالية هو الحد من تأثيرها على قطاع الأعمال وخاصة الخاضعة للتنظيم من قبل شخص أو التي تؤدي إلى انتهاك الحظر العام من خلال استخدامها لغرض ذي صلة بالجريمة المالية، وتشمل الجريمة المالية أي جريمة تشتمل على الغش أو الخداع أو إساءة استخدام المعلومات المتعلقة بالسوق المالي أو المعالجة أو الاستفادة من نقل العوائد المتأتية من الجريمة المالية .

كما نصت المادة (١١٨/ب) Financial Services and Markets Act 2000 ولأغراض هذا القانون يعتبر إساءة استخدام السوق المالي سواء تم ذلك من قبل شخص واحد أو من قبل شخصين أو أكثر، كما يعتبر من قبيل إساءة استخدام السوق المالي أي سلوك من المرجح أن يعطي للمتعامل العادي انطباعاً غير حقيقي أو مضللاً عن العرض أو الطلب، بحيث يؤثر ذلك على سعر الورقة المالية أو حجمها.

كما نصت المادة (١٤٠٠) من Rules of the London stock exchange التي جاءت بعنوان السلوكيات المضللة والممارسات الممنوعة والتي حظرت على العضو في البورصة القيام بأي فعل يؤدي إلى إنشاء معلومات مغلوطة أو مضللة في السوق

www.egx.com.eg/arabic/Trading_Rules.aspx

(٢٦)

Rules of the London Stock Exchange: Effective 26 November 2012

(٢٧)

تتعلق بسعر أو حجم ورقة مالية أو خلق تداول وهمي وإحداث سعر مغلوط على الأوامر المدخلة إلى نظام التداول أو التأثير على التداول من خلال التأثير على سعر أي ورقة مالية بشكل غير منطقي.

ويتضح لنا من خلال النصوص القانونية أعلاه أن المشرع البريطاني قد اعتبر في تشريعاته المنظمة للأسواق المالية أن الغش أو الخداع أو إساءة استخدام السوق المالي هو بحد ذاته جريمة مالية، سيما إذا اتسمت بإعطائها انطباعاً غير حقيقي أو مضللاً يؤدي إلى التأثير على قوى العرض والطلب، وهذا إن دل فإنما يدل على جسامة فعل التأثير على أسعار الأوراق المالية وأثرها على سلامة التداول ومصادقية التعامل وامتداد أثرها إلى سمعة السوق المالي ككل.

ولدى مقارنة التشريعات العربية مع التشريعات البريطانية، فنجد أن طبيعة المخالفة واحدة في جميع التشريعات وهي إعطاء صورة غير صحيحة عن سعر الورقة المالية أو حجمها إلا أن المشرع البريطاني كما المشرع الأردني والإماراتي لم يعط تفصيلاً واضحاً عما قد يعتبر سلوكاً مضرًا ومؤثراً على أسعار الأوراق المالية على سبيل الذكر، كما فعل المشرع السعودي والمصري.

وقد يعود السبب في ذلك إلى كون القضاء البريطاني يتسم بالصرامة في أحكامه على وجه العموم، وفي حال تحويل المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية إليه على وجه الخصوص، علاوة على الثقافة الاستثمارية لدى المتعاملين في السوق البريطاني والتي تتسم بالأخلاقيات العالية التي تخلو إلى حد ما من التلاعب والتضليل.

المطلب الثاني

النصوص الجزائية التي جرمت التأثير على أسعار الأوراق المالية في

قانون العقوبات الأردني وقانون الجرائم الاقتصادية الأردني،

دراسة مقارنة مع بعض قوانين الدول العربية والأجنبية

١ - قانون العقوبات الأردني:

لكي نشرع بموضوع السلوكيات المؤثرة على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، ولكون مثل هذه السلوكيات المخالفة يرتقي إلى فعل إجرامي، يستلزم منا أن نعرف معنى الجريمة ونبين أركانها^(٢٨)، فقد اتفقت أغلب التشريعات على أن

(٢٨) محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، د. عبدالرحمن توفيق أحمد، ج ١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥، صفحة رقم ٥.

الجريمة هي سلوك إجرامي يؤدي إلى ارتكاب فعل جرمه القانون، أو الامتناع عن فعل أمر به القانون.

وعلى هذا الأساس فالجريمة سلوك إنساني، ولتجسيد هذا السلوك ينبغي أن يكون هناك إرادة وسلوك إنساني (فعل) سلبي أو إيجابي أي عمل أو امتناع عن فعل، وأن تتجه الإرادة للقيام بعمل جرمه القانون، أو الامتناع عن القيام بعمل أمر به القانون مع توفر الإرادة بهذا الامتناع، أي أن يتزامن هذا الفعل أو الامتناع عن الفعل بوجود نص قانوني يجرم هذا الفعل^(٢٩)، وأن تكون الأسباب كافية لإحداث النتيجة الجريمة لهذا الفعل أو الامتناع عن القيام به.

ومن هنا تكون الجريمة هي فعل إنساني بارتكاب عمل مخالف للقانون وأن تكون النتيجة كافية لأحداث أثر لهذا الفعل.

وبناءً على ما سبق فإن السلوك المؤثر على أسعار الأوراق المالية المتداولة أو التلاعب بقاعدة العرض والطلب، ما هو الإ جريمة مكتملة الأركان، وخير دليل على ذلك أن قانون الأوراق المالية وقوانين دول عربية أخرى قد ضمنت قوانينها نصوصاً جزائية تتمثل بالحبس والتغريم، وهذا ما سنأتي على ذكره لاحقاً.

تناول قانون العقوبات الأردني موضوع التأثير على أسعار الأسهم من خلال نص المادة (٤٣٥)^(٣٠) منه والتي نصت على ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من توصل بالغش لرفع أو تخفيض البضائع أو الأسهم التجارية العامة أو الخاصة المتداولة في البورصة ولا سيما:

- ١ - بإذاعة وقائع مختلفة أو ادعاءات كاذبة، أو
 - ٢ - بتقديم عروض للبيع أو الشراء قصد بليلة الأسعار، أو
 - ٣ - بالإقدام على أي عمل من شأنه إفساد قاعدة العرض والطلب في السوق)).
- ونلاحظ من النص أعلاه أن المشرع الأردني قد أولى اهتماماً لموضوع التأثير على أسعار الأسهم، من خلال إفراده نصاً خاصاً يجرم فعل التأثير، وذلك بإنزال عقوبة الحبس والغرامة معاً إذا قام أي شخص من خلال التوصل بالغش إلى رفع أو تخفيض الأسهم التجارية العامة أو الخاصة المتداولة في البورصة.

(٢٩) دروس في علم الإجرام، د. عبدالرحمن توفيق أحمد، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، دار وائل للنشر، صفحة رقم ٥، هامش رقم ٢ تعريف الجريمة.

(٣٠) انظر: المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

ولكي يتسنى لنا فهم النص أعلاه، يتوجب علينا أن نبين ما معنى الغش على وجه العموم، وما معناه على وجه الخصوص، إذا تعلق بحالات التأثير على أسعار الأوراق المالية؟ وكيفية حدوثها؟.

يعرف الغش^(٣١) لغةً بأنه إظهار الشيء على غير حقيقته وتزيينه خلافاً للواقع، وهو أيضاً يعني إظهار الشخص خلاف ما يضمّر.

أما اصطلاحاً فهو كتم كل ما لو علمه المبتاع كرهه، أما من الناحية القانونية فالغش هو كل فعل عمدي ينصب على سلعة معينة بشكل مخالف للقواعد المقررة لها في القانون أو في أصول الصناعة، ومن شأنه أن ينال من خواصها أو فائدتها.

ومن الناحية التجارية، يعتبر الغش بأنه الإدعاء عن معرفة بتوافر مواصفات غير متوافرة حقيقة في بضاعة معدة للبيع بقصد الربح.

أما معنى الغش إذا تعلق بحالات التأثير على أسعار الأوراق المالية، فهو إظهار سعر سهم معين على غير حقيقته من خلال عدة طرق، منها على سبيل المثال شراء عدد قليل من الأسهم ورفع سعرها الأمر الذي يوحى إلى جمهور المتعاملين بوجود تداول نشط أو معلومة إيجابية تتعلق بذلك السهم؛ مما يؤدي إلى قيامهم بشراء ذلك السهم، ومن ثم قيام ذلك الشخص الذي سبب رفع السعر إلى البيع على أسعار عالية وتحقيق الربح.

وبالعودة إلى نص المادة (٤٣٥) من قانون العقوبات الأردني، فقد أورد المشرع عبارة "كل من توصل بالغش" والتي تؤخذ على إطلاقها، بمعنى أن أية وسيلة غير قانونية يتم استخدامها من قبل أي شخص تؤدي إلى التأثير على أسعار الأسهم فإنها تعتبر غشاً، وقد حصر المشرع الأردني صور الغش المؤدي إلى التأثير فيما يلي:

١ - أن يتم من خلال إذاعة وقائع مختلفة أو ادعاءات كاذبة: ويقصد بهذه العبارة قيام بعض المتعاملين ببث الشائعات إما سلباً أو إيجاباً حول سهم شركة معينة، بقصد التأثير على سعرها بالارتفاع أو الانخفاض، ونعني بسلباً أو إيجاباً من خلال بث أخبار عن سهم الشركة مبنية على وقائع غير حقيقية وغير مفصح عنها للجمهور، ولا أساس لها من الصحة تؤدي إلى التأثير على القرار الاستثماري للمتعاملين في سوق التداول، مما يؤدي إلى خفض أو رفع سعر الورقة المالية.

ويكون الباعث من وراء إذاعة تلك الوقائع، هو ترغيب المتعاملين بشراء ذلك

(٣١) جريمة الغش ومكافحتها، مجلة الجيش العدد ٢٢٧ أيار ٢٠٠٤، إعداد نادر شافي.

السهم ليقوم - نتيجة لارتفاع السعر - بتفريغ أسهمه التي يملكها على تلك الأسعار، ومن الأمثلة الواقعية على ذلك أن يقوم أحد المتعاملين بإذاعة وقائع تتعلق بنية أحد المستثمرين الكبار بالدخول على سهم شركة معينة، أو يقوم ذلك الشخص بإدخال أوامر شراء على ذلك السهم بكميات كبيرة، موهماً المتعاملين بوجود طلب كثيف على السهم، مما يؤدي إلى قيامهم باللاحق به وإدخال أوامر شراء وبالتالي ارتفاع سعر السهم، عندها يقوم على الفور بإلغاء أوامر الشراء العائدة له، وإدخال أوامر بيع على ذلك السعر المرتفع والعكس صحيح.

أما الادعاءات الكاذبة، فتتم من خلال نشر معلومات كاذبة موجهة إلى جمهور المتعاملين، تتضمن على سبيل المثال بوجود معلومات غير مفصح عنها، تتعلق بنية الشركة توزيع أرباح على مساهمي الشركة أو نيتها عقد اتفاقيات استثمار مع شركات أخرى، وهكذا.

والقصد من وراء نشر مثل هذه الادعاءات الكاذبة، هو تحفيز المتعاملين على شراء سهم معين، والعكس صحيح فيما إذا كانت الادعاءات الكاذبة عبارة عن أخبار سلبية تتعلق بالشركة.

٢ - بتقديم عروض للبيع أو الشراء بقصد بليلة الأسعار: ويقصد بذلك قيام أحد المتعاملين بإدخال أوامر شراء تؤدي إلى رفع سعر السهم بصورة حادة، ومن ثم يقوم بإدخال أوامر بيع على تلك الأسعار بفارق زمني بسيط جداً دون إفساح المجال لباقي المتعاملين بإدخال أوامرهم مما يؤدي إلى هبوط حاد بسعر السهم، الأمر الذي يؤدي إلى حدوث بليلة أو عدم انتظام بسعر السهم.

٣ - الإقدام على أي عمل من شأنه إفساد قاعدة العرض والطلب في السوق: ويقصد بذلك أي تصرف غير قانوني يؤثر على تفاعل قوى العرض والطلب، ومن الأمثلة عليها عمليات التداول التبادلية التي تتم بين الحسابات ذات العلاقة فيما بينها، بحيث تقوم تلك الحسابات بالطلب على السهم ورفعها، ومن ثم العرض عليه بذات الوقت، الأمر الذي لا يتيح لجمهور المتعاملين إمكانية إدخال أوامرهم نتيجة السيطرة التامة من قبل تلك الحسابات على السهم، وفرضهم المعطيات المحددة للسعر، وبالتالي لم يتحدد السعر العادل للسهم بناء على قوى العرض والطلب الحقيقي على السهم، مما أدى إلى إفساد وتعطيل تلك القاعدة.

وعلى الرغم من وجود النص الجزائي أعلاه، إلا أن المحاكم الجزائية الأردنية لم تصدر أي أحكام تتعلق بإيقاع عقوبة الحبس أو الغرامة على كل من توصل بالغش لرفع أو تخفيض البضائع أو الأسهم التجارية العامة أو الخاصة المتداولة في

البورصة، مؤكدين اعتراضنا على قيمة الغرامة المنصوص عليه والبالغة مائة دينار، والتي لا تعتبر رادعة بكافة المقاييس، كون هذا النص لم يجزِ عليه أي تعديل منذ صدور القانون عام ١٩٦٠.

وقد تم تلافي هذا العيب التشريعي في قانون الأوراق المالية المعدل في عام ٢٠٠٢، من خلال إيقاع الجزاء المترتب على القيام بجرم التأثير على أسعار الأوراق المالية إلى المادة (١١٠) والتي نصت على:

((أ) - يعاقب كل من يخالف أيًا من أحكام هذا القانون أو الأنظمة أو التعليمات أو القرارات الصادرة بمقتضاه بغرامة لا تزيد على (١٠٠,٠٠٠) مائة ألف دينار بالإضافة إلى غرامة لا تقل عن ضعف الربح الذي حققه أو ضعف الخسارة التي تجنبها، على أن لا تزيد على خمسة أضعاف ذلك الربح أو الخسارة.

ب - مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر وبالإضافة إلى الغرامات المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة، يعاقب كل من يخالف أيًا من أحكام المواد المبينة أدناه بما يلي:

١ - الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات لمخالفة أحكام الفقرة (ج) من المادة (٦٣) والفقرتين (أ) و(ب) من المادة (١٠٨) والمادة (١٠٩) من هذا القانون.

٢ - الحبس مدة لا تزيد على سنة لمخالفة أحكام البند (١) من الفقرة (أ) من المادة (٣٤) والفقرة (د) من المادة (٤٢) والفقرتين (أ) و(ب) من المادة (٤٧) من هذا القانون.

ج - للمحكمة المختصة أن لا تحكم بعقوبة الحبس إذا كانت المخالفة للمرة الأولى، أو إذا أودع المخالف لصندوق المحكمة أو للهيئة مبلغاً كافياً لدفع قيمة الغرامات التي قد يحكم بها، شريطة دفعها قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

د - يعاقب الشريك والمتدخل والمحرض بالعقوبة ذاتها.

هـ - يعتبر أعضاء مجالس الإدارة وأعضاء هيئة المديرين والشركاء المتضامنون والموظفون المعينون لدى الشخص الاعتباري المخالف مسؤولين عن المخالفة ما لم يثبت عدم علمهم بارتكابها.

و - يكون المحكوم عليه بأي مخالفة سواء أكان ذلك عن قصد أم تقصير أم إهمال مسؤولاً عن تعويض أي شخص تضرر جراء المخالفة بمقدار الخسارة التي تكبدها أو الربح الذي فاتته.

ز - للمحكمة المختصة إلقاء الحجز على موجودات أي شخص يحاكم لديها؛ ضماناً

لسداد الغرامات والتعويضات التي قد يحكم بها، ولها أن تعين قِيَمًا على هذه (الموجودات)).

وهنا نود تسليط الضوء على الفقرة (أ، ب/١) من المادة أعلاه والتي اشتملت على عقوبات جزائية تبدأ من فرض الغرامة المالية لا تتجاوز (١٠٠,٠٠٠) دينار بالإضافة إلى غرامة لا تقل عن ضعف الربح الذي حققه أو ضعف الخسارة التي تجنبها على أن لا تزيد على خمسة أضعاف ذلك الربح أو الخسارة

ونلاحظ من ذلك أن المشرع قد غلظ العقوبة المالية إذا ثبت لدى الجهة المختصة وهي هيئة الأوراق المالية، أن الشخص المخالف لأحكام المادة (١٠٩) من القانون، ولزوم دفع غرامة مضافاً إليها ضعف الربح الذي حققه باعتبارها أموالاً تم تحصيلها بطريقة غير مشروعة، وعلى حساب جمهور المتعاملين بالأوراق المالية، من خلال تعظيم قيمة الأسعار أو ضعف الخسارة التي تجنبها.

من خلال قيامه على سبيل المثال بالتأثير على سعر ورقة مالية معينة برفعها إلى حدود تكلفة شرائها ومن ثم بيعها عند ذلك السعر، بحيث إنه لو لم يقد بالتأثير على السعر لقام ببيع أسهمه بخسارة، وهنا يكون المتعامل قد جنب نفسه خسارة متحققة جراء تأثيره على السعر، وهذا إن دل فإنما يدل على جسامة الفعل المرتكب من قبل الشخص المخالف لدرجة ترتقي إلى حد الجريمة.

حيث أعطي مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية صلاحية التحويل إلى المحكمة المختصة، إذا كان هناك تكرار أم عدم وجود تكرار لفعل التأثير، آخذين بعين الاعتبار جسامته.

وبالرغم من عدم وجود نص واضح في المادة أعلاه، يشير صراحةً إلى التحويل للمحكمة المختصة، إلا أن النص قد ألزم المحكمة وفي حال تم تحويل موضوع التأثير إليها أن تصدر حكمها بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، إذا كان الفعل المرتكب يتعلق بمخالفة أحكام المادة (١٠٩) من هذا القانون، كما هو ظاهر جلياً من خلال الفقرة (ب) من المادة (١١٠).

كما وضعت الفقرة (ج) من المادة (١١٠) بعضاً من الشروط الواجب توافرها لكي لا تحكم المحكمة بالحبس، كأن تكون المخالفة قد ارتكبت للمرة الأولى أو إذا أودع المخالف لصندوق المحكمة أو للهيئة مبلغاً كافياً لدفع قيمة الغرامات التي قد يحكم بها، شريطة دفعها قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

وبمعنى آخر إذا اختل أحد الشروط الواردة في الفقرة (ج) فللمحكمة الصلاحية

بإصدار حكم الحبس، كأن يقوم المخالف بدفع قيمة الغرامات التي قد يحكم بها ولكن بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، أما إذا قام بإيداع مبلغ لا يصل إلى حد قيمة الغرامات قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية، عندها لا يمكن للمحكمة إعمال نص الفقرة (ج) لاختلال أحد الشروط.

ويتضح من نص الفقرة أعلاه أن المشرع لا يقصد التهاون بفعل التأثير من خلال إعفاء مرتكب المخالفة من الحبس، وإنما حماية سوق تداول الأوراق المالية من الذين يمتنعون التأثير على أسعار الأوراق المالية، والإضرار عمداً بجمهور المتعاملين من أجل تحقيق الأرباح على حسابهم، فهؤلاء من قصدهم المشرع.

أما من يقوم بارتكاب المخالفة للمرة الأولى فهذا لا يعني إعفاءه من العقوبة، بل ألزمه القانون بدفع قيمة الغرامات المترتبة عليه، وقبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية، ويعتبر هذا النص من النصوص الرادعة والتي أسبغت حماية لجميع المتعاملين في سوق التداول، كما طلب المشرع من خلال نص الفقرة (ز) من المادة أعلاه إلقاء الحجز على موجودات أي شخص يحاكم لديها؛ ضماناً لسداد الغرامات والتعويضات التي قد يحكم بها، ولها أن تعين قِيماً على هذه الموجودات.

والغاية من وجود هذه الفقرة قد يكون لأسباب تتعلق بضمان حقوق المتضررين من المتعاملين جراء تلك المخالفة، إذا ما تقدموا برفع قضايا أمام المحكمة مطالبين بالتعويض، وكذلك ضماناً لسداد الغرامات المترتبة عليه خوفاً من قيامه بالتحايل بتبديد أو إخفاء الأموال التي قام بتحصيلها، جراء التلاعب بأسعار الأوراق المالية، مستغلاً فترة التقاضي أو إظهاره عدم القدرة على السداد، سيما وأن الجهات المختصة لدى هيئة الأوراق المالية تكون قد زودت المحكمة بما يثبت وقوع المخالفة، وكذلك الأرباح التي حققها أو الخسائر التي تجنبها.

أما فيما يتعلق بالتشريعات الجزائية العربية، تناول القانون الاتحادي لسوق دولة الإمارات العربية المتحدة للأوراق المالية والسلع، في نصوصه وتحديداً في الباب الثالث منه العقوبات المفروضة على المخالفين لأحكام هذا القانون بصورة عامة، تمثلت بالحبس أو الغرامة أو كليهما معاً، ولم تأت هذه العقوبات على وجه التحديد لأولئك الذين يؤثرون سلباً على أسعار الأوراق المالية، وإنما جاءت لحالات معينة تتعلق باستغلال معلومات غير مفصح عنها أدت إلى التأثير على سعر الورقة المالية.

بينما توسع المشرع الأردني في نطاق العقوبات مع افتقاره إلى تفصيل طبيعة المخالفة، وذلك بخلاف المشرع السعودي، الذي فصل طبيعة هذه المخالفة وأحوال العقوبات والجزاءات إلى لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية.

أما المشرع المصري، فقد اعتبر السلوك المؤثر سلباً على أسعار الأوراق المالية جريمة جنائية لا يجوز تحريك الدعوى المتعلقة بها إلا بناءً على طلب رئيس الهيئة، كما يجوز التصالح على هذه الجريمة مقابل أداء نصف الغرامة المستحقة، علماً بأن القانون المصري قد نص على عقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد عن عشرين مليون جنيه أو بإحدى العقوبتين على كل من عمل على قيد سعر غير حقيقي أو عملية صورية أو حاول بطريق التدليس التأثير على أسعار السوق.

ولدى استعراضنا للتشريعات العربية في الجزء الجزائي المتعلق بالتأثير السلبي على أسعار الأوراق المالية، نجد التشريعات المصرية الأكثر صرامة وردعاً، تليها التشريعات السعودية فالأردنية فالإماراتية.

أما المشرع البريطاني فإنه لم يعط تفصيلاً واضحاً عما قد يعتبر سلوكاً مضرًا ومؤثراً على أسعار الأوراق المالية ولو على سبيل الذكر، كما فعل المشرع السعودي، وقد يعود السبب في ذلك إلى كون القضاء البريطاني يتسم بالصرامة في أحكامه على وجه العموم، وفي حال تحويل المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية إليه على وجه الخصوص، فكما هو معلوم فإن المحاكم البريطانية تركز في أحكامها على مقدار التعويض المادي أكثر من عقوبة الحبس في مثل هذه القضايا.

٢ - قانون الجرائم الاقتصادية الأردني:

أما فيما يتعلق بقانون الجرائم الاقتصادية رقم (١١) لسنة ١٩٩٣ فقد اشتملت عبارة الأموال العامة^(٣٢) الواردة في المادة (٢/ب)، على كل مال يكون مملوكاً أو خاضعاً لإدارة أي جهة أو إشرافها، ومن ضمن هذه الجهات البنوك والشركات المساهمة العامة.

ثم جاءت المادة (٣/أ) من القانون لتبين أن الجريمة الاقتصادية تشمل أي جريمة تسري عليها أحكام هذا القانون، أو أي جريمة نص قانون خاص على اعتبارها جريمة اقتصادية، أو أي جريمة تلحق الضرر بالمركز الاقتصادي للمملكة، أو بالثقة العامة بالاقتصاد الوطني أو العملة الوطنية أو الأسهم أو السندات أو الأوراق المالية المتداولة أو إذا كان محلها المال العام.

وتأسيساً على ما ورد في المواد أعلاه، فإن قيام أي شخص (طبيعي أو

(٣٢) انظر: المادة (٢/ب) من قانون الجرائم الاقتصادية الأردني رقم (١١) لسنة ١٩٩٣.

اعتباري) بالتأثير المتعمد على أسعار الأوراق المالية، يعد جريمة اقتصادية بالمعنى الوارد في القانون، وذلك من خلال إلحاقه الضرر بالأسهم أو الأوراق المالية المتداولة. وتعني كلمة "تلحق الضرر" كل ما من شأنه الإضرار بالأسهم، ومنها التأثير المتعمد على أسعارها أو إحداث بلبلة فيها أو إفساد قاعدة العرض والطلب في سوق تداول الأوراق المالية، الأمر الذي يمتد أثره إلى النيل من استقرار سوق التداول وسلب ثقة المتعاملين منه.

هذا من ناحية الوصف الجرمي لفعل التأثير على أسعار الأسهم، أما الجزء المترتب على هذا الفعل فقد أورد قانون الجرائم الاقتصادية جملةً من العقوبات والإجراءات القضائية في حق مرتكبي الجرم الاقتصادي، نذكر منها على سبيل المثال، عدم إجازة استعمال الأسباب المخففة التقديرية من قبل المحكمة لتنزيل العقوبة عن الحد الأدنى المقرر لأي من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٣) من قانون الجرائم الاقتصادية، وكذلك عدم إجازة دمج العقوبات المقررة لها إذا تعددت الجرائم التي أدين بها أي شخص بمقتضى أحكام هذا القانون.

وبناءً على نصوص القانون أعلاه، ومما لا شك فيه، فإنها عبارة عن نصوص عامة قد نستنبط منها أحكاماً تتعلق بالتأثير على أسعار الأوراق المالية.

إلا أننا نأمل من المشرع الأردني توحيد النصوص المتعلقة بالتأثير على أسعار الأوراق المالية التي تلحق الضرر بالمتعاملين في قانون واحد وهو قانون الأوراق المالية فقط، وعدم ذكرها في نصوص قوانين أخرى، وذلك لكي يتمكن ذوو الاختصاص من سهولة الرجوع إليها، والاستناد لها فيما إذا تم رفع دعاوى أمام القضاء.

كما أن وجود مثل هذه النصوص في عدة قوانين، قد يؤدي إلى التداخل في الصلاحيات الممنوحة للمؤسسات المكلفة بتطبيق تلك القوانين، علاوة على أنه قد يتم إيقاع أكثر من عقوبة على ذات الفعل لذات الشخص، وهذا منافي لقواعد العدالة والإنصاف. وفيما يتعلق بالتشريعات العربية، فنجد المشرع المصري قد حصر نصوصه القانونية المتعلقة بحظر التأثير السلبي على أسعار الأوراق المالية في قانون واحد، ولم يتشعب بعدة قوانين، كما فعل المشرع الأردني.

خاتمه وفيها أهم النتائج والتوصيات:

الخاتمة:

وفي نهاية هذا البحث يمكن لنا تثبيت النتائج التالية:

١ - لم توضح المادة (١١٠) من قانون هيئة الأوراق المالية صراحةً صلاحية

مجلس المفوضين بتحويل المخالفات المرتكبة خلافاً لأحكام المادة (١٠٩) من قانون الأوراق المالية إلى المحكمة المختصة، على الرغم من اشتغال المادة أعلاه على الحد الأعلى لعقوبة الحبس الواجب الحكم بها من قبل المحكمة، وأنه من باب أولى ذكر هذه الصلاحية صراحةً على غرار نص المادة (٢٢) من ذات القانون التي نصت وبشكل واضح على ((أ) - للمجلس فرض غرامات مالية لا يتجاوز مقدارها خمسين ألف دينار على أي شخص في أي من الحالات التالية: ارتكاب مخالفة لأحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه.)) كما جاءت الفقرة (د) من ذات المادة لتعطي الصلاحية لمجلس المفوضين إحالة المخالفات المرتكبة والمنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة إلى المحكمة المختصة، وهذا ما ذهب إليه قانون سوق عمان المالي رقم (١) لسنة ١٩٩٠ الملغى والذي تضمن في المادة (٤٧) من صلاحية رئيس لجنة السوق بإحالة المخالفات إلى المحكمة المختصة.

٢ - لم يضع المشرع الأردني في قانون الأوراق المالية أو التعليمات الصادرة بموجبه أشكالاً عامة للممارسات الممنوعة في تداول الأوراق المالية على سبيل المثال وليس الحصر، سيما المتعلقة بالتأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان والتي تؤدي بطريقة غير مشروعة إلى التأثير على قاعدة العرض والطلب، على غرار ما تم ذكره في المادة (٢/٦٥) النظام الداخلي لسوق عمان المالي لبعض الممارسات الممنوعة والتي تؤثر على أسعار الأوراق المالية على سبيل المثال.

وعلى غرار ما نصت عليه التشريعات السعودية والمصرية والتي جاءت أكثر تفصيلاً عما هو معمول به في قانون الأوراق المالية الأردني.

٣ - لا توجد دائرة ادعاء عام منتدبة من السلطة القضائية تحال إليها الممارسات الممنوعة بموجب القانون لاتخاذ المقتضى القانوني اللازم بشأنها.

٤ - لم يضع المشرع الأردني في تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان أية نصوص تتعلق بشكل صريح عن تنظيم تداولات الأشخاص سواء أكانوا اعتباريين أم طبيعيين، وحظر التعاملات التي تؤدي إلى التأثير على أسعار الأوراق المالية، وإنما اقتصر تلك التعليمات على حظر تنفيذ عمليات تؤدي إلى التأثير على أسعار الأوراق المالية من قبل شركات الخدمات المالية.

٥ - عدم وجود مركز إعلامي متخصص يتبع هيئة الأوراق المالية أو بورصة عمان، يعمل على إدامة التواصل بين المستثمرين والجهات الرقابية في سوق رأس

المال الأردني من جهة وبين شركات الخدمات المالية وهيئة الأوراق المالية أو بورصة عمان من جهة أخرى يتم من خلاله تثقيف المستثمرين وشركات الخدمات المالية بمقاصد قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه.

٦ - وجود مفهوم خاطئ لدى المستثمرين وشركات الخدمات المالية مفاده أن التأثير غير المشروع يكون فقط في اللحظات الأخيرة من جلسة التداول، والصحيح هو أن التأثير غير المشروع على أسعار الأوراق المالية يكون في جميع مراحل جلسة التداول بما فيها مرحلة الاستعلام والتي لا يحدث خلالها تنفيذ لما هو مطلوب أو معروض من الأوراق المالية على شاشات التداول. وفي ضوء ذلك نوصي بما يلي:

١ - أن ينص المشرع الأردني في قانون الأوراق المالية صراحةً على صلاحية إحالة المخالفات المرتكبة خلافاً لأحكام المادة (١٠٩/ب) إلى المحكمة المختصة، إذا ما تم تكرار المخالفة لأكثر من مرة، شريطة أن تكون تلك المخالفة قد أثرت وبشكل جسيم على المتعاملين في الأوراق المالية، وذلك من خلال إفراده نصاً مستقلاً يتضمن عقوبة مخالفة المادة أعلاه، وذلك لخطورة الأثر المترتب على مخالفتها على المتعاملين في بورصة عمان وفقدانهم الثقة بسوق التداول إجمالاً.

٢ - وضع عقوبات مالية وجزائية مشددة على شركات الخدمات المالية لثنيها عن تنفيذ عمليات تداول لعملائهم من شأنها التأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، سيما وأن تعليمات التداول الحالية لم تتضمن عقوبات جزائية على شركات الخدمات المالية المخالفة لها.

٣ - لما كان مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية هو صاحب الصلاحية في تعديل التعليمات المنبثقة عن قانون الأوراق المالية، فإننا نأمل منه أن يقوم بتعديل تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان لتتضمن نصوصاً تتعلق بحظر القيام بممارسات من شأنها التأثير على أسعار الأوراق المالية المتداولة في بورصة عمان، بحيث يتم ذكر بعض تلك الممارسات على سبيل المثال لا الحصر، سواء من قبل الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، دون أن يقتصر ذلك فقط على شركات الخدمات المالية كما هو منصوص عليه حالياً في تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان.

٤ - ضرورة إيجاد دائرة ادعاء أو مدعي عام منتدب من قبل السلطة القضائية تحال إليها أو إليه الممارسات الممنوعة بموجب القانون لاتخاذ المقتضى القانوني

- اللازم بشأنها، والتي قد يمتد أثرها - كما أسلفنا في هذا البحث - إلى قوانين أخرى ذات علاقة كقانون الجرائم الاقتصادية أو قانون الشركات أو تحويل بعضها إلى هيئة مكافحة الفساد.
- ٥ - إيجاد مركز إعلامي متخصص بشؤون سوق رأس المال الأردني يضطلع بالعديد من المهام أهمها تثقيف المستثمرين وشركات الخدمات المالية بقانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه، وعقد المؤتمرات والندوات والمحاضرات المتعلقة بهذا الشأن.
- ٦ - إيجاد حلول فنية لنظام التداول المعمول به حالياً لتفادي حالات استغلاله بالتأثير على أسعار الأوراق المالية في بورصة عمان، بحيث ينسجم مع المتطلبات القانونية المنصوص عليها في قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه.
- ٧ - ضرورة تعاون هيئة الأوراق المالية مع الهيئات الأجنبية التي تمارس نشاطاً مماثلاً في الرقابة على سوق التداول ببورصة عمان، وذلك لأن مواجهة الممارسات الضارة بقوانين العرض والطلب لا تتطلب مجهوداً وطنياً فحسب بل تتطلب الاستفادة من تجارب الدول الأخرى في مكافحة مثل هذه الممارسات.

المراجع

- ١ - محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، د. عبدالرحمن توفيق أحمد، ج ١، ط ١، دار وائل للنشر ٢٠٠٥، ص ٥.
- ٢ - دروس في علم الإجرام / د. عبدالرحمن توفيق أحمد / الطبعة الأولى ٢٠٠٦ دار وائل للنشر / ص ٥ / هامش رقم ٢ تعريف الجريمة.
- ٣ - التحليل الفني للأسواق المالية د. عبدالمجيد المهيملي. الطبعة الثانية ٢٠٠٥.
- ٤ - كيف تتاجر في الأسهم؟ د. زياد فراس الذنبيات / الطبعة الأولى ٢٠٠٩
- ٥ - محمد عبدالحميد عطيه / الأزمة العالمية وأثرها على أسواق المال باستخدام منهج دراسة الحدث / ص ٨ وص ٦٧ وص ٧٨ وص ٧٩ وص ٩٦ وص ١٢٨ وص ١٢٩ / دار التعليم الجامعي ٢٠١٠.

قائمة الأبحاث:

- ١ - د. أحمد بن محمد الخليل/ جرائم البورصة النظامية وأحكامها الفقهية / قسم الفقه - جامعة القصيم. مجلة جامعة الإمام - الرياض - العدد التاسع - سبتمبر ٢٠٠٩.
- ٢ - الجرائم المالية في البورصات، الجريمة الأولى (جريمة التلاعب في السوق) / إعداد: سلطان عبدالسلام إبراهيم عبدالسلام. (بحث غير منشور).

قائمة المجالات والتقارير:

- ١ - جريمة الغش ومكافحتها/ مجلة الجيش العدد ٢٢٧ أيار ٢٠٠٤ / إعداد نادر شافي.
- ٢ - التقرير السنوي لهيئة الأوراق المالية لعام ٢٠١١.

الإنترنت:

- 1 - www.jordan.gov.jo
- 2 - www.egx.com.eg/arabic/Trading_Rules.aspx

قائمة القوانين والتعليمات:

- ١ - قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢.
- ٢ - قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته لغاية القانون رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٦.
- ٣ - قانون العقوبات الأردني لسنة ١٩٦٠.
- ٤ - قانون الجرائم الاقتصادية الأردني رقم (١١) لسنة ١٩٩٣.

- ٥ - قانون اتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع.
- ٦ - قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.
- ٧ - تعليمات تداول الأوراق المالية في بورصة عمان الصادرة استناداً لأحكام المادة (٦٧/ج) من قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢ المعدلة بموجب قرار مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية رقم (٢٠٠٩/١٥٩) تاريخ ١٦/٣/٢٠٠٩.
- ٨ - قرار مجلس إدارة هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ في شأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.
- ٩ - لائحة سلوكيات السوق / صادر عن مجلس هيئة السوق المالية السعودي.
- ١٠ - FSMA: Financial Services and Markets Act 2000.
- ١١ - Rules of the London Stock Exchange: Effective 26 November 2012 (20)

Maritime Salvage

A Study of Kuwaiti Law, English Law and 1989 International Salvage Convention

Dr. Abdulla Hassan Mohamed
Faculty of Law
UAE University

1. Abstract:

Salvage refers to an act of a vessel to rescue another vessel, cargo and life from immediate danger threatening their safety. International shipping is risky. A vessel may encounter various natural disasters or conditions that threaten the safety of the vessel or the cargo and life on board the vessel. Often a vessel in danger needs external assistance from another vessel to avoid or reduce damages to the vessel or its cargo and life.

For example, a stranded vessel may need external assistance to move; a damaged vessel may need to be towed or escorted to a safe port or a place for repair or preservation; property and life on a sinking vessel may need to be saved; a vessel that has caught fire may need assistance to extinguish the fire; a vessel that has sustained damage from a natural disaster may need provisions of supplies from another vessel to continue the voyage. Without such assistance, the vessel or the cargo and life on board the vessel may suffer a great or total loss. In order to encourage vessels to provide necessary and adequate assistance to vessels when needed, international shipping practice rewards the rescuing acts of salvors. For this purpose, the international shipping practice recognises the right of a salvor to offer assistance in exchange for compensation.

The purpose of this article is to study the law relating to maritime salvage in England, Kuwait and under the 1989 International Convention relating to Salvage.

II. INTRODUCTION

The sea can be a dangerous place. A ship in difficulties cannot rely, unless very close to the coast, on assistance coming from land. The responsibility of the States may be non-existent in areas beyond their jurisdiction or it may be only to assist by saving lives without any interest in preserving the ship or its cargo. In addition there is no general duty to save property at sea. Thus, historically, assistance was most likely to come from other passing ships, or from ships preoccupied with the safety of the port and willing to risk severe weather conditions in order to assist stricken vessels.

In order to facilitate and encourage this practice public policy has been developed encouraging assistance to endangered vessels by recognising that such assistance entitles the salvors of the property to a salvage reward. This principle has been accepted almost universally and has been confirmed by two international maritime conventions (i.e. the 1910⁽¹⁾ and 1989 Salvage Conventions)⁽²⁾ that have codified almost all traditional salvage principles established in the subject's lengthy history. In practice, most commercial salvage services are today performed under some sort of salvage contract. The best known of these is the Lloyd's Open Form of Salvage Agreement, which is widely recognized internationally; in addition to stating the "no-cure-no-pay" principle, this agreement provides for a system of arbitration for the settlement of salvage claims.

This article attempts to explore various issues within the salvage system itself in the context of *Kuwait Maritime Law 1980*⁽³⁾ (hereinafter referred to *KML*) and 1989 International Convention relating to Salvage (hereinafter referred to the *Convention*). It will cover the following main issues:

- 1 - Definition of Salvage
- 2 - Subjects of Salvage.
- 3 - Element of a Salvage Service.

(1) Convention for the Unification of Certain Rules with Respect to Assistance and Salvage at Sea, 1910 (Assistance and Salvage Convention 1910).

(2) Kuwait is not a signatory to any of these Conventions.

(3) The provisions concerning salvage are laid down in Articles 234 till 243 of the *Kuwait Maritime Law 1980*.

- 4 - Persons entitled to a Salvage Reward.
- 5 - Assessment of Salvage Reward.
- 6 - Apportionment of the Salvage Reward among Salvors

Because of the lack of decided cases in salvage matters in Kuwait, reference will be made in the present study to English law because owing to more activity in its courts, England has developed the law of salvage. Kuwait has enjoyed no opportunity to do the same.

It should be noted that in the maritime context the word "salvage" has two accepted meanings: first, the act of saving, or assisting in saving, or rescuing' maritime property, such as a vessel, cargo, freight, or other recognized subject of salvage, without any prior legal or contractual obligation, from a danger at sea; and, second, the actual reward, remuneration, or compensation payable to the successful salvor by the beneficiary of such service.

1. DEFINITION OF SALVAGE

Salvage can best be described as a service which saves or helps to save a recognized subject of salvage when in danger, if the rendering of such services is voluntary in the sense of being solely attributable neither to pre-existing contractual or official duty owed to the owner of the salvaged property, nor to the interest of self preservation.⁽⁴⁾

KML does not give a definition of salvage. Article 235(1) of the *KML* simply states that 'every act of assistance or salvage which has had a useful result gives a right to equitable remuneration.'

The *KML* refers the subject as assistance and salvage (مساعدة وإنقاذ). It does not however give a definition of these terms.

(4) Brice defines salvage as a right in law, which arises under English law when a person, acting as a volunteer (that is, without any pre-existing contractual or other legal duty so to act) preserves or contributes to preserving at sea any vessel, cargo, freight or other recognised subject of salvage from danger. This is known to be the 'civil salvage' as opposed to military, which is the rescuing of property from the enemy at a time of war for which a reward is made by the Court of Admiralty sitting as a Prize Court; see Brice, G, *Maritime Law of Salvage*, 4th ed. 2003. In Kennedy, salvage is defined as a service which confers a benefit by saving or helping to save a recognised subject of salvage when in danger from which it cannot be extricated unaided, if and so far as the rendering of such service is voluntary in the sense of being attributable neither to a pre-existing obligation, nor solely for the interests of the salvor; see *Kennedy's Law of Salvage*, 6th ed. 2002.

In England, Lord Stowell once declared:⁽⁵⁾

"It has been said that no exact definition of salvage is given in any of the books. I do not know that it has, and I should be sorry to limit it by any definition now".

However, this dictum most obviously emphasises the necessarily flexible approach of the Admiralty Court to the practical problems arising under the law of salvage rather than precluding the essaying of a workable definition.

A salvage service, in the view of the Court of Admiralty, may be described, sufficiently for practical purposes, as a service which confers a benefit by saving or helping to save a recognised subject of salvage when in danger from which it cannot be extricated unaided, if and so far as the rendering of such service is voluntary in the sense of being attributable neither to a pre-existing obligation nor solely for the interests of the salvor⁽⁶⁾.

2. SUBJECTS OF SALVAGE

KML, Article 234 states that:⁽⁷⁾

'(Free Translation) Assistance and salvage of sea-going vessels⁽⁸⁾ in danger, of any things on board, of freight...are subject to this chapter...'

(5) The Governor Raffles (1815) 2 Dods. 14, 17.

(6) See also *The Cythera* [1965] 2 Lloyd's Rep. 454, 459; *The Meandros* [1925] P.61, 68; and *The Lord Dufferin* (1848) 7 N.O.C. xxxiii (Bombay S.C.), where Sir T. Erskine Perry C.J. said, at pp. xxxiii-xxxiv:

"Without attempting to lay down a complete definition of what salvage is, -for all definitions in law are said to be dangerous, -it does not seem open to objection to hold that salvage occurs whenever assistance is rendered to a ship at sea which is in such a dangerous position that in all human probability she will not be able to extricate herself by her unassisted efforts."

(7) KML, Article 234 reads in Arabic:

"تسري أحكام هذا الفصل على مساعدة وانقاذ السفن البحرية التي تكون في حالة الخطر، والأشياء التي تنقلها وأجور النقل..."

(8) KML, Article 1 defines the vessel as follows:

(Free translation)

1- a ship shall mean any structure which is seaworthy by itself normally working or prepared to be working in maritime navigation even if it is not intended for profit.

2- To be considered as part of the vessel, the accessories needed for its utilization."

"١- السفينة... هي كل منشأة صالحة بذاتها للملاحة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تستهدف الربح.

٢- تعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها جزءا منها".

The above definition includes ships and other craft, as well as ships' equipment, stores, apparel, cargo, bunkers,⁽⁹⁾ and freight at risk. Freight at risk would not include "hire" payments but would cover pre-paid and advance freight and, possibly, chartered freight⁽¹⁰⁾.

As regards any other structure, it must be 'capable of navigation'; a structure may not necessarily be a ship in the strict sense, but it could be any other property having the essential characteristic of being capable of navigation, provided it is not permanently and intentionally attached to the shoreline⁽¹¹⁾.

Could a sunken ship, or wreck, come within the meaning of Article 234 of the *KML*?

A wreck could come within Article 234 of the *KML*, 'vessel in danger', provided it is still in danger itself, apart from the fact that it causes danger to navigation. Although a wreck may still be a ship, or structure, for the purpose of Article 234, it will no longer be capable of navigation, unless the *KML* does not require the ship to be capable of navigation, or unless its original use of being used in navigation prior to becoming a wreck is taken into account in order to fall within Article 234.

By Article 1 of the *Law Decree No. 28 of 1980 Promulgating the Law of Maritime Commerce* the provisions of the *KML* relating to salvage matters does not apply to warships or non-commercial vessels owned or operated by the Government⁽¹²⁾.

(9) Save when the ship is on time charter, when the bunkers will be the property of the charterers, the bunkers are usually a valuable element of the salvaged value. The House of Lords, in *The Span Terza*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 119, has made it clear that the position of the shipowner in relation to the bunkers, when the ship is time chartered, is that of a bailee and the charterers remained the owners of the bunkers until re-delivery.

(10) See Brice, above note 4, 219-25. See also *The Pantanassa* [1970] p. 187 at 192. 34

(11) 'Shore line' is defined in the Oxford English Dictionary as the line where shore and water meet. So, if a vessel or a buoy were attached to the seabed or moored at sea, it would not be included in the definition of 'property'; see Brice, op cit, fn 1, p 224.

(12) Article 1 of the Law Decree No. 28 of 1980 Promulgating reads as follows:
 'The provisions of the Commercial Maritime Code shall not applied to the following vessels:
 (Free translation)
 1- Military vessels.
 2- Vessels owned by the Government or a public body which are assigned by any non-commercial public utility.

Things carried on board in Article 234 of the *KML* naturally include goods or merchandise being carried on the vessel excluding personal effects of the crew or master and passengers' luggage.

The *Convention*, by Art 1(a), defines 'salvage operations' as including services rendered to vessels, or to any other property in danger.

Article 1(b) defines a vessel as meaning 'any ship or craft, or any structure capable of navigation'.

'Property' means any property not permanently and intentionally attached to the shoreline,⁽¹³⁾ and includes freight at risk⁽¹⁴⁾.

The *Convention* makes an important exclusion for offshore drilling units and platforms as follows:

"This convention shall not apply to fixed or floating platforms or to mobile offshore drilling units when such platforms or units are on location engaged in the exploration, exploitation or production of seabed mineral resources."⁽¹⁵⁾

According to this exclusion only applies if such structures are on location and engaged in sea-bed mineral resource exploration, exploitation, or production. This means that, if such a structure is otherwise engaged, such as being moved, awaiting instructions, undergoing repairs, or being delivered, it could become a proper subject of salvage.

The *Convention* also recognises as subject of salvage the protection of the marine environment. Although skill and effort by salvors exerted successfully to protect the environment is taken into account in calculating the award for property salvage, protecting the environment

= 3- Small vessels whose gross tonnage is not exceeding 150 (one hundred and fifty) tons.

4- Wooden vessels of primitive make.'

"وفقاً لنص المادة 1 من المرسوم بالقانون رقم 28 لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة البحرية فإنه: لا تسري أحكام قانون التجارة البحرية المرافق على:

١- السفن الحربية.

٢- السفن المملوكة للحكومة أو أحد الأشخاص العامة والتي تخصصها لمرفق عام غير تجاري.

٣- السفن الصغيرة التي لا تزيد حمولتها الأجمالية على مائة وخمسين طناً.

٤- السفن الخشبية بدائية الصنع."

(13) 'Shore line' is defined in the Oxford English Dictionary as the line where shore and water meet. So, if a vessel or a buoy were attached to the seabed or moored at sea, it would not be included in the definition of 'property'; see Brice, op cit, fn1, p 224.

(14) Article 1(c) of the *Convention*.

(15) Article 3 of the *Convention*.

is treated separately from property salvage by special compensation, as will be seen later.

Under *KML*, Article 239, the saving of human life will not, by itself, justify a claim for salvage if it not connected with the salvage of some 'maritime property'. *KML*, Article 239 reads as follows:⁽¹⁶⁾

'(Free translation)

- 1 - No reward should be made for saving human lives.
- 2 - Nevertheless, the persons rescuing the human lives shall be entitled to a fair share from the remuneration awarded to the salvors of the vessel and her cargo'.

The question of life salvage is dealt with under the *Convention* by Article 16, which provides that 'No remuneration is due from persons whose lives are saved.' However, a salvor of human life, who has taken part in the services rendered on the occasion of the accident giving rise to salvage, is entitled to a fair share of the payment awarded to the salvor for salvaging the vessel or other property or preventing or minimizing damage to the environment⁽¹⁷⁾.

Article 242⁽¹⁸⁾ of the *KML* and Article 10⁽¹⁹⁾ of the *Convention*

(16) *KML*, Article 239 reads in Arabic:

١- لا تستحق مكافأة عن إنقاذ الأرواح البشرية.
٢- ومع ذلك يستحق الأشخاص الذين أنقذوا الأرواح البشرية نصيباً عادلاً في المكافأة التي تعطي لمن قاموا بإنقاذ السفينة والبضائع بمناسبة الحادث."

(17) Article 16 of the *Convention* provides that:

'Salvage of persons

1. No remuneration is due from persons whose lives are saved, but nothing in this article shall affect the provisions of national law on this subject.
2. A salvor of human life, who has taken part in the services rendered on the occasion of the accident giving rise to salvage, is entitled to a fair share of the payment awarded to the salvor for salvaging the vessel or other property or preventing or minimizing damage to the environment.'

KML, Article 242 reads as follows:

(18) "(Free translation)

- 1- Every master is bound, so far as he can do without serious danger to his vessel, her crew and her passengers, to render assistance to every-body, even to an enemy, found at sea in danger of being lost.
- 2- Themaster who did not offer the help stipulated in the preceding paragraph shall be penalized with imprisonment for a period not exceeding six months and a fine not greater than six thousand Kuwaiti Dinars or by either penalty. Neither the shipowner nor the disponent owner shall be liable to the judgment made against the third party regarding the remuneration due to this crime.'

impose an obligation upon the shipmaster to save life at sea provided this can be done without serious danger to the ship or persons onboard. Breach of these duties can entail criminal sanctions (fines and imprisonment) but not civil liability. *KML*, however, does not expressly state whether or not a vessel owner or charterer may be penalised for breach of Article 242.

Under English law the right to salvage arises only if maritime property is saved. According to Lord Esher MR in *The Gas Float Whitton (No.2)*⁽²⁰⁾ such property is limited to the 'ship, her apparel and cargo... and the wreck of these and freight'. Section 313(1) of the Merchant Shipping Act 1995 defines 'ship' as including every description of vessel used in navigation. By section 311 of the Merchant Shipping Act 1995, the Secretary of State has power to decide that a thing designed or adapted for use at sea is or is not to be treated as a ship for the purposes of the provisions of the Act.

Services rendered to or by an aircraft in, on or over the sea are treated as salvage if salvage would have been awarded for a vessel. Thus when a Harrier jump jet landed on the Spanish ship *Alraigo* in June 1983 after having run out of fuel a salvage award was in order⁽²¹⁾.

With regard to the 'live salvage', the saving of human lives, will not, by itself, justify a claim for salvage. The reason for this was given by Brett MR in *The Renpor*, as follows:

"يجب على كل ربان في حدود استطاعته ودون تعريض سفينته أو بحارتها أو المسافرين عليها لخطر جدي أن يقدم المساعدة لكل شخص يوجد في البحر معرضاً لخطر الهلاك ولو كان من الأعداء. ويعاقب ربان السفينة الذي لا يقدم المساعدة المذكورة في الفقرة السابقة بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تجاوز ستة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، ولا يسأل المالك أو المجهز عما يحكم به للغير من تعويض بسبب هذه الجريمة".

(19) Article 10 of the *Convention* provides that:

'Duty to render assistance:

1. Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea.
2. The States Parties shall adopt the measures necessary to enforce the duty set out in paragraph 1.
3. The owner of the vessel shall incur no liability for a breach of the duty of the master under paragraph 1.'

(20) [1897] A.C. 337.

(21) 123 LMNL, 19/7/1984.

"...there is one element invariably required by Admiralty law in order to found an action for salvage, there must be something saved more than life, which will form a fund from which salvage may be paid, in other words, for the saving of life alone without the saving of ship, freight, or cargo, salvage is not recoverable in the Admiralty Court."⁽²²⁾

In modern times, however, the harshness of the doctrine has been softened. The entitlement of life salvors is now governed by Article 16 of the *Convention* which has the force of law in the United Kingdom⁽²³⁾. This allows life salvors to share in the eventual award given to the property salvors 'for salvaging the vessel or other property or preventing or minimising damage to the environment'⁽²⁴⁾.

It is worth noting here that the U.K. Merchant Shipping Act 1995⁽²⁵⁾ authorizes the Secretary of State, if he thinks fit, to pay to a salvor a sum or an additional sum in respect of life salvage. This applies: a) where services are rendered wholly or partly in United Kingdom waters in saving life from a vessel of any nationality, or elsewhere in saving life from any ship registered in the United Kingdom; and b) either the vessel and other property are destroyed, or the sum to which the salvor is entitled under Article 16(2) of the *Convention* is less than a reasonable amount for the life-saving services⁽²⁶⁾.

3. ELEMENTS OF A SALVAGE SERVICE

KML, the *Convention* as well as English law require as necessary, three fundamental elements in order to establish a valid salvage claim:

- (i) a marine danger;
- (ii) a service voluntarily rendered when not required as an existing duty or from a special contract; and
- (iii) success in whole or in part, or that the service rendered contributed to such success.

(22) (1883) 8PD 115, 117.

(23) See (section 224 of the Merchant Shipping Act 1995).

(24) Article 16 of the *Convention*.

(25) See Section 224(2) and Schedule 11, Part II, para. 5(2).

(26) *Ibid.*, para. 5(1)(a) and (b).

3.1. Danger

The assistance given to a ship or cargo may have the character of a salvage service and so entitled a person to an award, when it has been rendered in rescuing the property from an impending danger⁽²⁷⁾. Exposure to danger is critical, because the preservation of property from danger is the underlying policy reason justifying the rewards given to maritime salvors. If some property is exposed to danger, but other property is not, the latter will not be liable in respect of salvage. Thus, in *The Helmsman*⁽²⁸⁾ a tanker lay alongside a steamship which was in turn moored alongside a wharf on the Tyne. The former was transferring oil to the latter. The steamship's moorings broke and both ships drifted across the river at the mercy of the tide and a gale force wind. With the aid of tugs the ships were re-berthed. The steamship paid salvage but it was disputed that the tanker had ever been in danger. It was held that the tanker, although adrift, could have used her engines and could have saved herself at any time. No salvage was payable in respect of any services to her.

In determining the presence of danger the task is to decide if, when the assistance was provided, the vessel was in a perilous situation that exposed it to loss or destruction. As Lindley, L.J. said in *The City of Chester*⁽²⁹⁾ "Salvage is the compensation made to those by whose assistance a ship or its cargo has been saved from impending peril or recovered from actual loss." However, such danger does not have to be absolute or immediate. A reasonable apprehension of future danger will also suffice. This is illustrated by *The Aldora*⁽³⁰⁾ where a vessel ran aground outside a dredged channel leading into Blyth harbour. At that point, the vessel was held to be in a position of danger because it was unlikely that she would have refloated without assistance. Even if she had been able to do so, it was unlikely that she would have been able to keep clear of the west bank of the dredged channel.

(27) See Article 234 of the *KML* and Article 1(a) of the *Convention*.

(28) (1950) 84 Ll.L.Rep. 207

(29) (1884) 9 P.D. 182, 201.

(30) [1975] QB 748.

In assessing danger to maritime property, the salvor must prove that a reasonably prudent and skilful person in charge of the venture would not have refused the salvor's help.

'Danger' usually entails physical danger to the maritime property. Non-physical danger, such as the possibility of that property incurring liability to third parties, is probably insufficient on its own to constitute danger, but, when combined with physical danger, will be a factor tending to enhance a salvage award⁽³¹⁾.

Whether or not a vessel or other property is in a condition of danger is a question of fact to be determined from the circumstances present in each case. As a general rule, the property must be in danger, either presently or reasonable to be apprehended. It is not the degree of the danger which makes for a salvage service; the degree, whether slight or serious, can affect the amount of the award, but not the establishment of a salvage service.

The following examples illustrate these points:

In *The Charlott*,⁽³²⁾ a ship was proceeding on a voyage from Bombay to Liverpool. The master of the ship missed the harbour he was aiming for and the vessel was caught up in a violent gale, with fog and rain, which drove the ship towards the rocks. After a day of effort to board her, the salvors took the ship in tow with great exertion and labour having to force their way through a heavy sea before they could get the vessel towed in. Then, they claimed salvage remuneration. The owners' defence was that no salvage services had been rendered because during the whole time of the towing of the ship, the weather was fine and that there was an agreement for towage at the cost of 20 shillings each. It was held that, on the facts, it was undisputed that the vessel's masts and all her sails had been cut away, and that in her dismasted state she was towed into Long Island Channel, and that, prima facie, salvage services had been rendered.

In *The Helenus*⁽³³⁾ a ship fully laden, was to sail for Rotterdam, but the voyage was cancelled as a gale began with mighty and forceful winds

(31) *The Whippingham* (1934) 48 LIL Rep 49.

(32) (1848) 3 W Rob 68.

(33) [1982] 2 Lloyd's Rep. 261.

that afternoon. It gradually became stronger, causing the stern ropes of *The Helenus* to part. Her master made a call for assistance. The vessel, surging under the influence of the wind and tide, came into collision with *The Motagua* which was lying close to *The Helenus*. As a result, *The Motagua* rendered her own moorings. Both vessels drifted north and rubbed up against *The Imichil* pushing that vessel's bows to port pressing it up against a large dockyard crane. The crane was lifted off its feet on one side, so that it was leaning over dangerously. This was the dangerous position the vessels were in when the tugs arrived. The tugs made fast to *The Helenus* and pulled her away. They were unable to reach *The Motagua* but, once *The Helenus* was removed, *The Motagua* was in a less dangerous situation and was assisted to her berth. A salvage award was claimed. Sheen J examined the dangers in the circumstances:

"... having regard to the fact that it was night, there was a very high wind; they were in a very confined space; the tide was ebb; there were dangers of damage to the side of the vessel from ranging against *The Motagua* and the danger to both vessels from that source. There was the possibility, if they tried to move, of fouling other vessels or doing more damage or even possibly damaging their propellers if they got too close to the wharves."

It was held that salvage services had been rendered to *The Helenus*, but the services rendered to *The Motagua* was to be treated as a comparatively minor service.

In *The Albion*⁽³⁴⁾ owing to a gale a vessel was obliged to put out to sea in the Thames estuary. In doing so, she lost her anchors and cables. She was later towed to London by two tugs from a position off the North Foreland. The court held that although the vessel was in no immediate danger, it was doubtful whether she could anchor safely, and that, therefore, there was sufficient danger to render the service of the tugs a salvage service.

In *The Ella Constance*⁽³⁵⁾ salvage was awarded to the steamship "Isis", with passengers on board, which was in distress from want of fuel,

(34) (1861) Lush. 282.

(35) (1864) 33 L.J. Adm. 189, 193.

and had burnt her main topmast and one of her boats. The court said that there was no immediate risk and no immediate danger, but there was a possible contingency that serious consequences might have ensued.

In *The Ottercaps*⁽³⁶⁾ salvage was awarded to the mate of a barque for navigating another vessel of the same type whose master was ill and whose mate had been disrated for incompetence.

In *The Glaucus*⁽³⁷⁾ a steamship became disabled by boiler trouble whilst being towed by “*The Rhesus*”, another steamship, to a safe port where repairs could be effected. The “*Antenor*”, another steamship, towed the “*Glaucus*” to another port where repairs were carried out. The owners denied that the service of the “*Antenor*” were salvage services, in that the “*Glaucus*” was in no danger at the first port or thereafter. The court held that so long as her main boilers were still disabled, the *Glaucus* was potentially in a position of danger. Salvage was awarded in respect of both steamships.

In *The Troilus*⁽³⁸⁾ a steamship bound for Liverpool from Australia carrying a cargo of food lost her propeller in the Indian Ocean. She was towed by a motor vessel 1,050 miles to an anchorage at Aden. Salvage services were acknowledged. However, Aden had no facilities to repair the ship or to discharge or store the cargo on board. Accordingly, a second vessel towed her to the United Kingdom, with the exception of through the Suez Canal when canal company tugs took over. Salvage was claimed by the second vessel. The cargo owners’ defence to the claim was that the danger to the *Troilus* had finished at Aden and that therefore the service was merely in the nature of towage. It was held that although the vessel and her tug were physically safe once they had reached Aden, both would have deteriorated if they had not been removed and the likelihood of expense and delay should be considered. The second towing vessel’s services were therefore properly salvage services.

KML, Article 234 requires that the danger to be ‘real’ in order to give rise to a salvage service⁽³⁹⁾.

(36) (1876) Pritch. Adm. Dig., 3rd ed., Vol. 2, p.2094.

(37) (1948) 81 Ll.L.Rep. 262.

(38) (1951) 1 Lloyd’s Rep. 467, HL.

(39) Yousif Sarku, *The Explanation of Kuwaiti Maritime Law*, Vol. 2, 1989, p. 63.

It is submitted that the ignorance of those to whom the service is rendered may will form in itself an element of real danger to them and to the property in their charge. This was shown in the case of *The Eugenie*⁽⁴⁰⁾ where a vessel would have been safe if handled by a skilful master, but was in a situation of real danger because her master was not possessed of such skill and knowledge.

Further, the ship and the cargo need not be in common danger, and salvage services may be rendered to the cargo only even when the ship is in no danger. The distress does not have to be caused by something inherent or incidental to maritime adventure. Similarly, it does not matter whether a ship is on the high sea or inland water. No distinction is drawn between assistance or salvage, and services may be rendered in the form of assistance to a ship with the crew in charge, or in the form of salvage to a ship abandoned by the crew.

As was decided in the case of *The Wilhelmine*⁽⁴¹⁾ the onus of proof of real danger rests upon those who claim a salvage service. As some evidence of danger, the Admiralty Court of England, in cases in which the existence of danger to the ship is questioned, accepts the use of distress signals, signaling for assistance or the mere acceptance for services. The Court has also held in several cases⁽⁴²⁾ that volunteers induced by an ambiguous signal to go out and assist a vessel, are entitled to rely upon that signal of distress and to be treated as salvors.

Before leaving the issue of danger, consideration must be given to the question of whether property may be salvaged other than at the express request of its owners. The answer would seem to be a qualified 'yes', provided that the situation in which the ship finds herself is one in which a prudent person would accept the services on offer⁽⁴³⁾. In such a situation, the salvor will still be entitled to its reward, even if it performs the services in the face of the objections of the owner of the property in question⁽⁴⁴⁾. In *The Charlotte*⁽⁴⁵⁾ Dr. Lushington in the course of his

(40) (1844) 3 Not. of Cas. 430, 431.

(41) (1842) 1 Not. of Cas. 376, 378.

(42) *The Nary* (1842) 1 W. Rob., 448, 452, 453.

(43) *The Annapolis* (1861) Lush 295; *The Vandyck* (1882) 5 Asp MLC 17, CA.

(44) *The August Legembre* [1902] P 123. See, also, *The Jonge Bastian* (1804) 5 C.Rob. 322, 323.

(45) (1848) 3 W. Rob. 68, 71.

judgment pointed out that "... it will be sufficient that at the time the assistance is rendered the ship has encountered any danger or misfortune which might expose her to destruction if the service were not rendered."⁽⁴⁶⁾

Another consideration must be given to the question of whether a danger threatening a third party entitles the salvor to an award. Article 234 of the *KML* considered only the danger run by the salvaged vessel, her passengers, crew and cargo as a criterion for fixing salvage remuneration. By contrast, Article 13(1)(b) of the *Convention* lists the relevant factors for the assessment of the award, amongst which is 'the skill and efforts of the salvors in preserving or minimising damage to the environment'. Also, Article 14 allows special compensation to salvors who prevent or minimise damage to the environment.

3.2. Voluntariness

Voluntariness is the required condition to enable a person to be entitled to a salvage reward⁽⁴⁷⁾. It is an essential element of salvage, in the sense that if a service is rendered only under a pre-existing contractual or official duty owed to the owner of the property, or only in the interest of self-preservation, it is not a salvage service.

"What is a salvor?" asked Lord Stowell in the case of *The Neptune*⁽⁴⁸⁾ "one who, without any particular relation to a ship in distress, proffers useful service and gives it as a volunteer adventurer without any pre-existing covenant that connected him with the duty of employing himself for the preservation of that ship."

In accordance with the general principle of rewarding only

(46) Under *KML*, Article 236 'the salvors shall not entitled to any remuneration, if the ship to which the assistance is made refused the assistance thereof explicitly and for a reasonable cause.'

"لا يستحق الأشخاص الذين ساهموا في أعمال المساعدة أية مكافأة إذا كانت السفينة التي قدمت لها المساعدة قد منعتهم عن معونتها صراحة ولسبب معقول".

(47) The definition of salvage in Article 235 of the *KML* and in Article 1(a) of the *Convention* contains no requirement of voluntariness. However, this point is dealt with in Article 237 of the *KML*, and Article 17 of the *Convention* which provides that no reward is payable if the services do not exceed what can reasonably be considered as due performance of a contract entered into. See Yousif Sarku, *The Explanation of Kuwaiti Maritime Code*, Vol. 2, 1989, p. 66.

(48) (1824) 1 Hag Adm, 227, 236.

volunteers as salvors, all persons are ordinarily held entitled to obtain salvage reward in respect of the services rendered by them in the preservation of the ship or of the lives, or of the cargo which she carries,⁽⁴⁹⁾ except the crew, the pilot navigating ship, the owner, master or crew of tug under a contract of towage, and the ship's agent. In special circumstance, however, these persons may earn a salvage reward when they have done or rendered services which were outside the normal scope of their contractual duties⁽⁵⁰⁾.

Pilots may be entitled to a salvage award if they rendered exceptional services- that is, not within the normal services expected from the pilot. The rule of law was held to be as follows:

"... in order to entitle a pilot to salvage reward he must not only show that the ship is in some sense in distress, but that she was in such distress as to be in danger of being lost, and such as to call upon him to run such unusual danger or incur such unusual responsibility, or exercise such unusual skill, or perform such an unusual kind of service, as to make it unfair and unjust that he should be paid otherwise than upon the terms of salvage reward."⁽⁵¹⁾

The following cases show the exceptional circumstances in which such an award can be made:

In *The Akerblom v Price*⁽⁵²⁾ a vessel was driven by the violence of tile wind and sea to dangerous sands. The locality was strange both to her captain and crew, and therefore she was in danger of being lost. Seeing the peril, the pilots put to sea to assist her. The heavy seas prevented them from boarding the ship, but preceded her in the pilot's boat, gave signals and thus saved her. The question put to the Court of

(49) Clarke J in *The Sava Star* [1995] 2 Lloyd's Rep 134, p 141 said:

'There are no rigid categories of salvor. They include any volunteer who renders services of a salvage nature.'

(50) See *The Sandefjord* [1953] 2 Lloyd's Rep. 557 where the master of a vessel stranded on the Goodwin Sands, after a breakdown of the steering gear, in charge of a pilot accepted the pilot's advice that offers of assistance by tugs should be rejected and that a kedge anchor should be laid by a lifeboat. The court found that the pilot's services were salvage services and upheld his claim for salvage.

(51) *The Akerblom v Price* (1881) 7 QBD 129, p 135, per Brett LJ.

(52) (1881) 7 QBD 129.

Appeal was whether the amount paid to the pilots was only for pilotage services, or was it to be treated as payment for salvage services.

It was held that in the circumstances of the case the pilots had exceeded their duty as pilots and had in addition performed salvage services therefore the payment to the pilots ought to be considered as payment for salvage.

Another good example of a pilot rendering exemplary salvage services is *The Hudson Light*⁽⁵³⁾ While the ship was lying at anchor, there was a strong ebb tide and, shortly before evening hours, she began to drag her anchor under the influence of the tide. Despite attempts to combat tide drag, she continues to move down river and eventually went aground. Efforts to refloat her with her engines were unsuccessful. Tug assistance was called, and in response, five tugs came to her rescue, but were unable to move her as she was aground on the bottom of sand and gravel covered by a thick layer of mud. A pilot was requested and he took charge of the operations for refloating the ship, giving instructions to each of the tugs. He displayed a very considerable degree of skill both in planning and executing the refloating operation. The ship was eventually refloated and safely moored at a buoy, at about midnight. The pilot claimed a salvage reward for his services contending that a high degree of skill and care was needed bearing in mind especially the congested area of the operation. The defendants, rejecting the claim, argued that only ordinary skill and care were needed and that the method to be used for refloating the vessel was obvious.

It was held that, not only did the pilot display considerable skill, but the responsibility which he undertook in rendering the services and running the risks involved was commendable. He was entitled to salvage reward. It was also held that, in assessing the reward, it was necessary to consider the merits of the contribution made by him to what were in effect joint services rendered by the tugs and him.

Crewmen can also claim salvage if their contract of employment has been actually or constructively terminated before the salvage service

(53) [1970] 1 Lloyd's Rep 166.

commenced, since it is implied in the terms and conditions of their contract of service that they shall use their best endeavours and strive to the best of their ability to save and preserve their ship in time of peril.

Termination of their employment contract could be brought about by:

- (1) the authorized abandonment of ship under the master's authority.
- (2) the master's discharge of the crewmen concerned.
- (3) the capture of the vessel in hostile encounter.

The following examples will serve by way of illustration:

In *The San Demetrio*⁽⁵⁴⁾ a tanker was severely damaged in the North Atlantic by gunfire from a German warship. She was fully loaded with a cargo of petrol. The master, concerned for the lives of his crew, gave the order to abandon ship. The whole crew left in three lifeboats. Two days later, one of the lifeboats, manned by the second officer and fourteen others, again sighted the tanker. Seeing it still afloat but still on fire they reboarded her. They put out the fire, stopped the innumerable holes which shell splinters had made in the deck, restarted the engines and

sailed the ship with her cargo 700 miles to Ireland. The crew claimed salvage awards. It was held that the vessel had been properly abandoned under the orders of her master. Therefore under the circumstances the vessel's own crew were entitled to claim salvage.

(54) (1941) 69 Ll.L.Rep. 5. But see *The Albionie* (1941) 70 Ll.L.Rep. 257 a ship caught fire and was completely out of control. The master shouted for all hands to jump overboard in the lifeboats, which had been made ready to pick them up. Some of the crew and the master did so, but the chief officer, who had now taken control, forbade the rest of the crew from abandoning the ship. Those who remained on board rendered valuable assistance in getting the ship to port and keeping the fire under control. The wireless operator of the ship claimed salvage for the services rendered after half the crew had left the ship. He contended that the circumstances in which they left the ship amounted to abandonment. It was held that there was not complete abandonment but conflicting orders given to the crew by senior officers. It was, therefore, not an order which the men were bound to obey, or by which their contract of service was terminated. The conclusion was that those who remained on the ship did so in the ordinary discharge of their duty and were not entitled to any salvage. The claim was dismissed. Lord Greene MR held that the mere order of the master to abandon the ship was not enough to constitute abandonment. Whether or not there had been abandonment, depended on the facts of each individual case. He agreed with the trial judge that, on the facts shown below, the master did not give an order in the ordinary sense of the word, but he gave 'a piece of advice' in a state of panic.

In *The Warrior*⁽⁵⁵⁾ a steamship was disabled and drifted in calm weather onto a rocky shore in the Canary Islands. Subsequently she filled with water and some hours later the Master and crew left the vessel and went ashore. On the following day the Master formally discharged his entire crew in a written document. Subsequent to that discharge some crew members at the chief officer's request returned to the ship and after several days' effort were successful in saving stores and a substantial amount of the cargo. It was held that the seamen concerned were entitled to a salvage reward since their contract of employment was validly terminated by the discharge given by the master and, in the absence of any fraud in accepting such discharge, the crew who had returned to the vessel were truly salvors.

In *The Two Friends*⁽⁵⁶⁾ seamen claimed a salvage reward for their successful efforts in recapturing their ship from the possession of French captors. That hostile capture such as this automatically brings about the dissolution of a seaman's contract of employment was emphatically affirmed even in those early days. It was said to be no part of the general and expected duties of a seaman to rescue or take his ship back from an enemy captor, and to refuse to attempt to do so would not amount to desertion from any such duty.

Further, services performed under contracts of towage if they go beyond those called for by the particular contract of towage, salvage may become payable.

"The Court is... careful to scrutinize a claim for salvage by a tug engaged to tow. It is essential in the public interest, for obvious reasons, that the towage contract should not be easily set aside, and a salvage service substituted for it. A tug ought to make a clear case before she can convert herself into a salvor."⁽⁵⁷⁾

The tug must show that she was well equipped for the towage contract and that the additional services became necessary without any shortcomings on her part⁽⁵⁸⁾. This happened in *The Aldora*⁽⁵⁹⁾ where tugs were engaged to tow a ship into harbour. The ship then went aground

(55) (1862) Lush 476.

(56) (1799) 1 Ch Rob 271

(57) *The Marechal Suchet* [1911] P. 1, *per* Sir Samuel Evans P at p. 12.

(58) *Ibid.*

(59) [1975] QB 748.

and the tugs rendered services to refloat her that went beyond the services contemplated by the prior contract of towage. Accordingly, salvage became due in respect of services rendered while the vessel was in danger, with the towage contract relating the parties' relations once the vessel was out of danger. Contractual services were also turned into salvage in *The Star Maria*⁽⁶⁰⁾ where a steering tug assisted a tug rendering salvage services under LOF. When the towage connection between this tug and the casualty broke, the steering tug assisted the casualty, which was in danger of grounding, by pulling her stem out of shallow waters and holding her in position. These services went beyond those contemplated in the contract and were not foreseeable at the time that the tug was engaged as a steering tug. Accordingly, the steering tug was entitled to salvage remuneration at common law, in respect of services rendered to the casualty from the time at which she lost her connection with the salving tug until the time at which that connection was resumed.

In contrast, in *The Texaco Southampton*⁽⁶¹⁾ a contract was made specifically to tow a disabled vessel in danger. Salvage, therefore, could not be claimed by the head contractor as the services to be performed would not go beyond the ambit of those for which it had been engaged under its particular contract of towage. For the same reason, neither the subcontractor that actually towed the vessel, nor its crew, were entitled to claim salvage⁽⁶²⁾.

Article 17 of the *Convention* maintains the existing law by providing:

'No payment is due under the provisions of this Convention-unless the services exceed what can be reasonably considered as due performance of a contract entered into before the danger arose.'

Other likely persons/corporation who would be deemed to be under a pre-existing duty to render services in the nature of salvage are port or harbour authorities. In the *Gregerso*⁽⁶³⁾, a ship grounded in port obstructing navigation to and from the port. She called for assistance and a tug of the port authority was sent. The dock and harbour masters

(60) [2003] 1 Lloyd's Rep 183.

(61) [1983] 1 Lloyd's Rep. 397.

(62) See, too, *The Tramp* [2007] 2 Lloyd's Rep 363. A tug may make a salvage claim where the vessel to be towed is impeded in manoeuvring and is effectively immobilised, so that a reasonable person would not refuse salvage assistance in such circumstances.

(63) [1971] 1 Lloyd's Rep. 220

had to spend the whole night on board her because the tug could not free the ship by towage that night as the tide had fallen. In the morning, when the tide was higher, the vessel was freed without much difficulty. The tug rendered further assistance by getting her a short distance down the river to a position where she could proceed safely on her own. The port authority, the dock and harbour masters and the master and crew of the tug claimed salvage from the owners of the ship.

It was held that it was in the interest of the port to clear the channel from the obstruction created by the casualty. The authority and its employees were not entitled to salvage because their services were not voluntary but in discharge of duties.

Brandon J said:

"[T]he Boston port authority was under a statutory duty to exercise the powers of removal, which duty was owed by the corporation to all users of the port including the owners of the *Kungso* herself. This duty of the Boston Corporation could only be performed through the agency of its employees, the dock and harbour Master and the Master and crew of the tug. The work done by these employees was, as I find, within the ordinary work which they were respectively employed to do."

Where there is a custom in a particular trade to give such mutual assistance, or with regard to the vessels of a particular port, such custom may have the same effect as a special agreement. But the agreement and custom "must be proved in very definite terms, and by arguments of irresistible cogency, in order to afford a defence to a clear and general right," as was stated by Lord Stowell in the case of *The Waterloo*⁽⁶⁴⁾ where services were rendered to an East India Company vessel in distress in the Indian Ocean.

The mere presence of the interest of self-preservation, if it is not the only interest, does not necessarily take the services outside the scope of voluntariness.

In *The Lomonosoff*⁽⁶⁵⁾ British and Belgian soldiers, who had been assisting the 'White' Russians in the civil war, escaped from Murmansk, which was about to fall to the Bolsheviks, by boarding a steamship that they navigated to safety and handed over to its owners after their escape.

(64) (1820) 2 Dods. 433, 436.

(65) (1921) P. 97, 102.

The soldiers were entitled to a salvage award for saving the vessel, even though, in doing so, they had also saved their own lives. Hill J stated that 'where in a case like the present the salvor has two means of saving himself and elects one which also saves maritime property I have no doubt that qua that property he is a volunteer'. More recently, in *The Sava Star*⁽⁶⁶⁾ Clarke J. allowed a claim for salvage by the owners of cargo on board the distressed ship. He regarded the motives of the potential salvor as being irrelevant. Provided that the cargo owners did more than could be expected of someone in their position, such as merely relaying information to the shipowner regarding the cargo, there was nothing to debar them from claiming salvage.

The *KML* and the *Convention* contain no prohibitions on claims for salvage in respect of one's own property and 'sister ship' salvage is specifically permitted under Article 235(3)⁽⁶⁷⁾ of the *KML* and Article 12(3)⁽⁶⁸⁾ of the *Convention*. It is therefore likely that, in future, persons who render salvage services within the definition contained in Article 235 of the *KML* and Article 1(a) of the *Convention* will be debarred from claiming a salvage reward under the *KML* and the *Convention* only if they fall within Article 237⁽⁶⁹⁾ of the *KML* and Article 17⁽⁷⁰⁾ of the *Convention* in relation to contractual ones.

(66) [1995] 2 Lloyd's Rep. 134.

(67) *KML*, Article 235(3) provides that:

'The remuneration shall fall due even if the assistance or rescue thereof occurred between ships owned by the same person.'

(68) The *Convention*, Article 12(3) reads as follows:

This chapter shall apply, notwithstanding that the salvaged vessel and the vessel undertaking the salvage operations belong to the same owner.

(69) *KML*, Article 237 states that:

'(Free translation)

In case of towage and pilotage, no remuneration should be made to the ship carrying out such operation relating to the assistance and rescue of the ship being towed or piloted or the goods available thereon, unless the ship that carries out the towage or pilotage makes exceptional services not usually included in the towage and pilotage operations.'

"في حالة القطار او الارشاد لا تستحق أية مكافأة - للسفينة التي تقوم بهذه العملية - عن مساعدة او انقاذ السفينة التي تقطرها او ترشدتها او البضائع الموجودة عليها الا اذا قامت السفينة القاطرة او المرشدة بخدمات استثنائية لا تدخل عادة في عمليات القطار والارشاد."

(70) The *Convention*, Article 17 provides that:

'Services rendered under existing contracts

No payment is due under the provisions of this Convention unless the services rendered exceed what can be reasonably considered as due performance of a contract entered into before the danger arose.'

3.3. Success

The requirement of success as a pre-requisite to the making of a salvage award is preserved by *KML*, Article 235 and the *Convention*, Article 12 and no payment is due under the *KML* and the *Convention* if the salvage operations have had no useful effect.

Article 235(1) of the *KML* reads as follows:

'Every act of assistance and the salvage operations whenever it makes useful result, shall give the right of a fair remuneration thereto.'⁽⁷¹⁾

And Article 12 of the *Convention* provides that:

- '1 - Salvage operations which have had a useful result give right to a reward.
- 2 - Except as otherwise provided, no payment is due under this Convention if the salvage operations have had no useful result.'

The phrase "useful result" is obviously fundamental to these Articles, but is not further defined. However, there is no reason to suppose that it can mean anything other than that the preservation of some part of the property the subject of the salvage operation. This view is confirmed by Article 235 of the *KML* and Article 13(2) of the *Convention*, which provide for the reward to be paid by the owners of the salvaged property in proportion to the salvaged value of their property. Thus, the existence of salvaged property remains a pre-requisite for payment. Article 235/3⁽⁷²⁾ of the *KML* and Article 12(3) of the *Convention* clarify the fact that salvage may be claimed, notwithstanding the fact that casualty and salvaging vessel are both in the same ownership.

Under English law no right to a salvage reward, in the proper sense of the term, can arise in respect of services rendered either to property or to life unless by some means part at least of the property concerned, e.g., ship, cargo or freight, is ultimately preserved. The principle was laid down by Dr Lushington in *The India*⁽⁷³⁾

(71) *KML*, Article 235/1 reads in Arabic as follows:

"كل عمل من أعمال المساعدة أو الإنقاذ يعطي الحق في مكافأة عادلة إذا أدى إلى نتيجة نافعة".

(72) *KML*, Article 235/3 provides that:

'The remuneration shall fall due even if the assistance or rescue thereof occurred between ships owned by the same person.'

"وتستحق المكافأة ولو تمت المساعدة أو الإنقاذ بين سفن مملوكة لشخص واحد".

(73) (1842) 1 Wm Rob 406.

"... unless the salvors by their services conferred actual benefit on the salvaged property, they are not entitled to salvage remuneration."

Article 12 of Sched 11 to the consolidating Merchant Shipping Act 1995 provides that a salvor will be entitled to a reward if the salvage operations had a useful result. The exception to this is contained in Art 14, which gives salvors the right to recover special compensation for salvage services rendered to a vessel, or its cargo, when by Itself or its cargo threatened damage to the environment."

Lord Diplock in *The Tojo Maru*⁽⁷⁴⁾ examined certain characteristics of salvage contracts which differentiate them from ordinary contracts for work and labour:

"The first distinctive feature is that the person rendering the salvage services is not entitled to any remuneration unless he saves the property in whole or in part. This is what is meant by 'success' in cases about salvage."⁽⁷⁵⁾

The necessity of this condition (i.e. success) in order to maintain a claim for salvage, whether by proceeding "*in rem*" or "*in personam*", has had general recognition. In *The Cheerful*⁽⁷⁶⁾ a ship broke down in the Channel ten miles off Anvil Point. She was taken in tow by the City of Hamburg. After several hours towing, when both ships were off the Shambles lightship the hawser parted and the ship dropped anchor. She was then in a position of greater danger than before the towage commenced. In attempting to pass another hawser, both ships were damaged owing to unskilful though not negligent manoeuvring on the part of the City of Hamburg. The latter then had to give up the salvage which was completed by two tugs which arrived from Portland. It was held that the City of Hamburg was not entitled to a reward. Her services had resulted in placing the ship temporarily in a worse position than she was before. No actual benefit had been conferred on the salvaged property. In *The Marguerite Malinos*⁽⁷⁷⁾ the coxswain of a lifeboat, before going

(74) [1972] AC 242 (HL).

(75) Ibid, p 293.

(76) (1885) 11 P.O. 3.

(77) [1903] P. 160.

out to a vessel in distress, sent a telegram for tugs, but these were already on their way on other information. It was held that the lifeboat was not entitled to salvage. Its message had not been instrumental in salving the property.

There may, indeed, be circumstance in which the master of a ship in danger or distress is justified in binding the shipowner by a special agreement to pay for certain assistance, independently of the ultimate safety of the vessel. But such salvage agreement is an agreement which may fix the amount to be paid for salvage, but leaves out all the other conditions necessary to support a salvage award.

In *The Renpor*⁽⁷⁸⁾ in the judgment of the Court of Appeal, which was delivered by Brett MR it was pointed out that the claim failed both on principle as a salvage claim, and upon the true construction of the contract itself. It failed in principle, because it lacked the element which is “invariably required by Admiralty law in order to found an action for salvage” viz., that “there must be something saved more than life, which will form a fund from which the salvage must be paid, in other words, for the saving of life alone without the saving of ship, freight and cargo, salvage is not recoverable in the Admiralty Court. It failed also upon the construction of the contract, because the agreement therein contained was “a proper salvage agreement” which “fixes the amount of salvage to be paid both for services to life and property, but leaves untouched all the other conditions necessary to support a salvage award...”

An agreement, however, may provide for salvage remuneration in the event of the services proving successful or beneficial, and for payment of expenses incurred if the services are not successful or beneficial. Thus, in *Admiralty Commissioners v. Valverda (owners)*⁽⁷⁹⁾ the Admiralty Standard Form of Towage Agreement provided in clause 4 that the remuneration should, if the services were successful or beneficial, consist of a reasonable amount of salvage, and that if the services were not successful or beneficial the compensation for the endeavours to save or assist the vessel would not exceed £ 350 for any loss or damage incurred in such endeavours.

(78) (1883) 8 P.D. 115, C.A.

(79) (1938) A.C. 173.

It is submitted that when a salvage is finally effected, those who meritoriously contributed to that result are entitled to share in the reward; but there is a doubt as to whether they have in fact contributed to the safety of the vessel. On this point the Admiralty Court of England has been inclined to lean to the view that in fact they have so contributed.

As Lord Phillimore pointed out in *The Melanie (owners) v. San Onofre (owners)*⁽⁸⁰⁾ “services, however meritorious which do not contribute to the ultimate success, do not give a title to salvage reward,” and in the same course, following the cited learned judge, “services which rescue a vessel from one danger but end by leaving her in a position of as great or nearly as great, danger though of another kind, are held not to contribute to the ultimate success and do not entitle to salvage reward.

There is, however, one class of cases which entitle to award although the services have not contributed to ultimate success or preservation of the property. Supposing that the master of a ship in distress requires services of another ship, to stand by her in storm, for example; and that for any cause whatsoever the ship which assists cannot perform her services, e.g. due to a change of weather. It would seem unfair not to compensate such assistance bearing in mind that she could be exposed to the same dangers or that she wasted her time. That was the case of *The Helvetia*⁽⁸¹⁾ in the course of which Gorell Barnes J. in awarding salvage remuneration said: “It seems to me that if there is in fact a request to render assistance...a request to attempt to tow the ship, and the service requested is in fact performed as far as it is possible to do it, and the ship afterwards is saved by other means, then the persons who rendered the services are entitled to some salvage remuneration...”

This class of case is sometimes distinguished from that of services rendered or “engaged” or “employed” services. In the first case the English Court of Admiralty maintains on the basis that the doer of these services is entitled to payment for work and labour done. In the absence of an express agreement to the contrary, such services give a title to reward, only if the property in peril, or at least some part of it, is ultimately saved; and the reward for such services is assessed by the court

(80) (1925) A.C. 246, 262.

(81) (1894) 8 Asp. 264.

not as it would be assessed in an action at law upon a contract for the employment of labour, but upon the more liberal scale of salvage remuneration⁽⁸²⁾.

Another important point to consider is if those, whose services have contributed to the preservation of the property for any circumstance, in the course of their service, mistake, negligence or misconduct occasion some damage to that property, are they entitled to their right to reward? The answer is that they are, although the amount of remuneration would be diminished for compensation of the damage⁽⁸³⁾.

4. PERSONS ENTITLED TO A SALVAGE AWARD

A salvage claim may be made by the owners of the vessel rendering assistance. It may also be made by the crew of the salving vessel and by any other person who renders personal assistance or who allows their property to be used in rendering assistance. In appropriate circumstances, even the owners of cargo carried on board the salvaged vessel may perform services entitling them to claim a salvage reward. Where a vessel is salvaged by the exertions of more than one salvor, a single award will be made, which will be apportioned between them, with a further apportionment being made between the owners and crew of each vessel.

4.1. Owners and Charterers

Where the salving vessel is herself the chief instrument in effecting the salvage service, it is the owner who gets the principal share in the reward and his right to be rewarded has received liberal recognition in the court. As Lord Wright said in *The Valverde*⁽⁸⁴⁾ “the world has become accustomed to heavy claims and awards for salvage being made to shipowners in respect of their vessels, which are regarded as agents or instruments of the salvage.” Similar recognition applies where a charterer is the “*pro has vice*” owner,⁽⁸⁵⁾ in which case it is the charterer and not the owner who is entitled to claim salvage whether the charter party amounts

(82) Lord Wright in *The Beaverford v. Kafiristan* (1938) A.C. 136.

(83) *The Atlas* (1862) 1 Lush. 518.

(84) [1938] A.C. 173, H.L.

(85) *Fenton v City of Dublin Steam Packet Co.* (1838) 8A & E. 835.

to a demise of the ship (*locatio navis*), or whether by the express terms of the charter-party he becomes, in reference to salvage, *pro hac vis* owner⁽⁸⁶⁾.

On the contrary, where there exists a charter-party not amounting to a demise and it is silent as to salvage, it is the owner who is entitled and not the charterer⁽⁸⁷⁾. Where the charter-party provides for the sharing of salvage between both, the charterer may claim his share from the owner in accordance with the terms of the charter-party⁽⁸⁸⁾.

“The legal effect...of a charter-party by way of demise is that if salvage services are rendered by a vessel under such a charter-party and an award is made in respect of those services, the money goes not to the owners, but to the charterers of the vessel.”⁽⁸⁹⁾

It seems practically impossible to make a good claim to a reward where the owners and crew of a salving vessel have through their own fault brought about the need for salvage. In *The Marechal Suchet*⁽⁹⁰⁾ there was a towage contract between the salved vessel and a tug. Services rendered necessary by the faulty performance of the towage contract were performed by the tug and also by three other tugs belonging to the tug owners. The owners, master and crew of the tug were disqualified from a salvage reward, as well as the masters and crews of the other three tugs.

Where the salvage vessel and the salved vessel belong to the same owners, the question which arises is whether the owner and crew of the salving vessel are or are not precluded from being entitled to a reward.

Where a ship, which has been damaged by collision through the negligent navigation of another ship, is salved, not by the ‘wrongdoing’ ship but by a different ship, which has been, as a ship, unconnected with the collision, not only the crew of the salving ship but also her owners, although they are also interested in the ‘wrongdoing’ ship, are held to be entitled to a salvage reward;⁽⁹¹⁾ and this is so even where the “wrongdoing” ship was alone to blame for the collision⁽⁹²⁾.

(86) See per Dr. Lushington *The Maria Jane* (1850) 14 Jur. 857, 858; in that case the owner of salving vessel was the charterer of the salved vessel.

(87) *The Waterloo* (1820) 2 Dods. 433.

(88) *George Booker Poclington* [1899] 2 Q.B. 690

(89) *Bailhache J. in Admiralty Commissioners v. Page* [1918] 2 K.B. 447, 452

(90) [1911] 80 L.J.P. 51.

(91) *The Glengaber* (1872) 1 Asp. 401.

(92) *The Susan v. Luckenback* [1951] P. 197.

In *The Beaverford v. The Kafiristan*⁽⁹³⁾ a collision took place in the Gulf of St. Lawrence, between Canadian Pacific line “Empress of Britain,” owned by the appellants, and the steamship “Kafiristan,” owned by the Hindustan Steamship Co. Ltd. The “Kafiristan” was so badly damaged as to require salvage assistance. “The Empress of Britain” stood by for about six hours, when the “Beaverford,” a vessel owned by the appellants, came up. At the request of the master of the “Kafiristan” the master of the “Beaverford” took the “Kafiristan” in tow for Sydney, and towed her stern first for about 100 miles. Then a salvage vessel, the “Foundation Franklin” arrived and duly completed the towage to Sydney. Lord Wright in the course of his judgment stated: “... It is not disputed that the “Beaverford” performed services of such a nature as materially to contribute to the safety of the “Kafiristan,” and to entitle her to a salvage award.”

The first question to consider is whether the owner of the salving vessel and the salved ship is one and the same person. May he be considered as a claimant? It seems that he cannot, for the claim in such a case, would be one against his own property. However, this is not always so, for there are some cases where the crew are entitled to a reward when the services which they render to the salved ship or her cargo are outside the contracts entered into by them and are not paid for by their ordinary wages⁽⁹⁴⁾. It seems also to be just that claims can be made by the owner against the cargo on board the salved ship. In each case it will depend on the circumstances.

Furthermore, if the owner of the salving ship is only the charterer of the salved ship under an ordinary charter-party which is not a demise charter-party, is the owner entitled to claim for salvage reward against the salved ship? The answer seems to be that he can claim, according to the judgment decided in *The Collier*⁽⁹⁵⁾

Where there are several part-owners of the salving ship and only some of them are owners or “*pro hac vice* owners” of the salved ship, the other part-owners of the salving ship are entitled to claim a salvage

(93) [1938] A.C. 136.

(94) *The Miranda* (1872) L.R. 3 A. & E. 561.

(95) (1866) L.R. 1A. & E. 83.

reward against the salved ship; and the court may compute the amount to be paid to them, by deducting from the reward which it considers the service to deserve so much as would have gone to the share of the part-owners who are also interested in the salving vessel if they could have joined in the salvage proceedings⁽⁹⁶⁾.

The second question is what is the position of the owner of the salving vessel, being also the owner or owner “*pro hac vice*” of the salved vessel, in relation to the cargo which is on board, and has suffered damage or loss.

Whether he is so precluded or not depends in each case upon the answer to the question: would he, if the salvage service had not taken place, have been responsible in damages to the owners of the cargo for the loss of it? Or; in other words, did the salvage service become necessary owing to that which could have constituted a breach of duty or contract on the part of the bailee and carrier of the cargo? If the damage or loss incurred is a consequence of a wrongdoing of the owner of the salving vessel who is at the same time carrier of the goods in the salved vessel, or is a wrongdoing of his servants, the answer must be negative⁽⁹⁷⁾. On the other hand, if the circumstances are such that the loss or damage to the cargo has taken place without the fault of the owners of the salving vessel, as carrier of the cargo in the salved ship, then it seems that his claim to reward as a salvor against the cargo of the salved ship is a valid one.

4.2. Master, Officers and Crew of the Salving Vessel

No agreement between owners of the salving and salved vessels can deprive the crew of their rights to the award. Also inoperative are stipulation by which any seaman consents to give up his right that he has or may obtain in the nature of salvage. They may sue jointly as a crew; by the master on behalf of himself and the crew; by one member of the crew on behalf of himself and others in the same situation, or on behalf of the crew; by the owner on behalf of himself, the master or the crew, or by the individual salvor suing in an individual capacity.

(96) *The Caroline* (1861) Lush. 334.

(97) *The Cargo ex Capella* (1867) L.R. 1 A. & E. 356.

As a general rule, the master of the salving ship who bears the responsibility of the operation receives a large recompense in recognition of his important burden. He is often granted a lump sum, separate from the award given to officers and crew. In most cases he shares it with the crew. The position of the master is so peculiar and he has so many powers that sometimes it is difficult to ascertain whether he has performed his duty properly or has exceeded his powers. In conducting a salvage operation the master of the salving ship, usually remain on board his own vessel, directing the task. However, sometimes he leaves his ship and takes over the navigation of the salved vessel. As a representative of the owner, he acts with his authority to use his property in good will, to the extent that it has been said that if he loses his ship, it is the owner's loss and it is not the master who may be called upon to make good the loss.

In *The Albionie*⁽⁹⁸⁾ it was held that a claim on the part of the officers and crew in respect of the services rendered to their own vessel, lives or property, was not a valid one, on the ground that the crew must protect the ship through all perils, so that their entire services for this purpose is pledged to that extent.

Only in the case of dissolution of the seaman's contract may he be entitled to earn salvage, when such dissolution is effected by the act of the master discharging him, as was the case in *The Warrior*⁽⁹⁹⁾ or by the abandonment of the ship "*bona fide*" and with the master's authority,⁽¹⁰⁰⁾ or by a hostile capture⁽¹⁰¹⁾.

4.3. Other Persons who can Claim

A pilot on board the salved vessel, who has been engaged for reward as such, cannot claim salvage remuneration, but it has been well settled that the circumstances of danger at the commencement of his services or after his services have commenced, may be such as to alter their

(98) (1941) 70 Ll.L. Rep. 257, 263.

(99) (1862) Lush. 476.

(100) *The Florence* (1852) 16 Jur. 572.

(101) *The Beaver* (1800) 3 C. Rob. 92.

character, and his services may be treated by the Court in the line of salvage and not of mere pilotage⁽¹⁰²⁾.

Furthermore, a pilot in charge of a vessel engaged in salving another vessel may be entitled to award from the owners of the salved vessel on the basis that he has performed pilotage services which could not be considered within the scope of his contract as a pilot, as it was decided in *The Santiago*⁽¹⁰³⁾

Similarly, a tug under a towage agreement may be entitled to a salvage reward, but the tug is not entitled merely because some unexpected difficulties or delays occur in the performance of her undertaking, or because of interruption or because fair weather changes to ordinary weather⁽¹⁰⁴⁾.

Foy boatmen performing their work outside the ordinary course of their day to day duties paid at the ordinary tariff rate, may be entitled to a salvage award⁽¹⁰⁵⁾.

It appears to be impossible to draw from the decided cases any clear or satisfactory conclusion as to the circumstances under which a person who has accepted the position of ship's agent, and then renders services in saving the ship or cargo, can claim to rank as a salvor in respect of them. This only seems plain, that the Court, from motives of public policy, will lean rather to the admission than to the rejection of the salvage claim⁽¹⁰⁶⁾.

A passenger has no engagement of service, but he is to a certain extent bound up with the ship by the contract of carriage, and he is obliged by moral duty and by the necessity of self-preservation, if a common danger arises, to work for the safety of the ship. In certain circumstances, however, passengers may rank as salvors, as was the case in *Newman v. Walters*⁽¹⁰⁷⁾ in which a passenger chose to remain in peril on board his ship with the purpose of saving her; or if he performs some

(102) *The Bengloe* (1940) 67 Ll.L. Rep. 309, 309.

(103) (1900) 9 Asp. M.L.C. 147.

(104) *The Galatea* (1858) Swab. 349.

(105) *The MacGregor Laird* [1953] 2 Lloyd's Rep. 59.

(106) *The Purissima Conception* (1849) 3 W. Rob. 181.

(107) *The Queen Mab* (1835) 3 Hagg. 242.

extraordinary service. If he performs services as a volunteer in a ship other than that in which he is traveling, the title to claim is more justified.

5. ASSESSMENT OF SALVAGE REWARD

5.1. Under the *KML* and the *Convention*:

The *KML* and the *Convention* provide that if the salvage operations have had useful result the salvor will be rewarded and, except as otherwise provided, no payment is due under the *KML* and the *Convention* if there is no useful result. Article 241⁽¹⁰⁸⁾ of the *KML* and Article 13⁽¹⁰⁹⁾ of the *Convention* set the criteria for assessing the salvage award.

(108) *KML*, Article 241 reads as follows:

'1- The court shall consider upon determining the compensation the compliance with the following two basic conditions in sequence:

(a) The amount of the interest resulted from the rescue operation. the effort made by the salvors and their relevant competency, the danger faced by the ship to which the assistance operation were made. The passengers therein. the crew. the goods shipped together with the danger faced by the salvors. the ship that carried out the rescue and assistance, the time take for such operations, the expenses and injury resulted therefrom, the risks of liability and other risks faced by the salvors and the value of the equipment used with consideration to the specialization of the ship in rescue and the assistance operations whenever necessary.

(b) The value of the items rescued.

2- The court shall observe the two basic conditions stated in the preceding paragraph upon distribution of the remuneration between those who carried out the rescue operations if they are many.'

١- تراعي المحكمة في تحديد المكافأة - تبعاً للظروف - الأساسيين الآتيين حسب ترتيب ذكرهما:
أ- مقدار الفائدة التي نتجت عن الإنقاذ، وجهود المنقذين وكفاءتهم، والخطر الذي تعرضت له السفينة التي قدمت لها المساعدة والمسافرون عليها وبحارتها والبضائع المشحونة فيها، والخطر الذي تعرض له المنقذون والسفينة التي قامت بالمساعدة والإنقاذ، والوقت الذي استغرقته هذه العمليات، والمصاريف والأضرار التي نتجت عنها.
ب - قيمة الأشياء التي أنقذت.
٢- وتراعي المحكمة الأساسيين المذكورين في الفقرة السابقة عند توزيع المكافأة بين القائمين بالإنقاذ إذا تعددوا."

(109) Article 13 of the *Convention*:

'Criteria for fixing the reward:

- (a) the salvaged value of the vessel and other property;
- (b) the skill and efforts of the salvors in preventing or minimizing damage to the environment;
- (c) the measure of success obtained by the salvor;
- (d) the nature and degree of the danger;
- (e) the skill and efforts of the salvors in salvaging the vessel, other property and life;
- (f) the time used and expenses and losses incurred by the salvors;
- (g) the risk of liability and other risks run by the salvors or their equipment;
- (h) the promptness of the services rendered;
- (i) the availability and use of vessels or other equipment intended for salvage operations;
- (j) the state of readiness and efficiency of the salvor's equipment and the value thereof.'

1) The salvaged value of the salvaged vessel and other property must be considered. The value is the ceiling of a salvage payment in most circumstances. According to the common international shipping practice, the higher the value of the salvaged property, the higher the salvage payment should be. The salvage payment should not exceed the total value of the vessel and cargo on board the vessel as salvaged by the salvor⁽¹¹⁰⁾. The vessel owner and cargo owner do share no joint liability towards the salvor, and they share the salvage payment according to the proportion of the value of their property in the total value of the property salvaged by the salvor. The total value is the estimated value of the vessel and cargo saved. The estimated value must be determined by a registered assessor in pursuance of the market prices of the place where the salvaged vessel and cargo are delivered to the owners. If the salvaged vessel or other property is auctioned, their total value is the actual income from the sale, deducting from it the taxes, customs duties, survey costs, quarantine charges and other expenses, such as loading, storage, assessment and auction. The personal belongings of the crew members and hand luggage of passengers are not regarded as salvaged property and cannot be counted for the calculation of the total value of the salvaged property. The value of the freight saved refers to the freight which will be earned by the vessel owner from the cargo saved, deducting from it the total expenses to be paid by the vessel owner in order to earn the freight.

2) The salvor's efforts and skills applied for the purpose of preventing and minimising marine environment damage must be considered. This requirement is consistent with Article 14 of the *Convention*, which sets out the concept of 'special compensation'. The purpose of Article 14 is to protect the marine environment for the common interest of human society⁽¹¹¹⁾.

3) The result of a salvage operation must be considered. This reflects the traditional 'no cure-no pay' principle. The purpose of salvage is to save the vessel, other property and lives from the danger threatening their

(110) See *KML*, Article 235/2 which provides that:

'Under any circumstances, the remuneration value shall not exceed the value of the things being rescued.'

(111) *KML*, Article 241 does not mention as a criterion the skill and efforts of the salvors in preventing or minimising damage to the environment.

safety. Thus, compensation to the salvor is linked to performance. The salvage result also reflects the level of due diligence exercised by the salvor, which is one of the basic obligations of the salvor.

4) The nature and degree of the danger from which the vessel and other property concerned are salvaged are a relevant element for fixing the salvage payment. The higher the danger is, the more valuable and more risky the salvage operation is. *KML* does not set out specific criteria for assessing the degree of danger in a salvage operation.

5) The skill and efforts of the salvor in salvaging the vessel, other property and life are relevant for determining the salvage payment. A skilful salvor usually produces a better salvage result than an inexperienced salvor. Similarly, a good effort should normally produce a greater success. However, sometimes the measure of success obtained by a salvor may not fairly and reasonably reflect the skill and efforts exercised by the salvor. Therefore, there is a need to consider the level of the skill and efforts of the salvor when fixing the sum of salvage payment. Appropriate compensation should be made to the skill possessed and efforts made by the salvor in performing the salvage contract.

6) The time used and expenses and losses incurred by the salvor must be taken into account for the determination of the salvage payment. This element is relevant to the compensation made to the salvor for the loss of time and financial expenses incurred for the purpose of carrying out the salvage operation. This type of compensation is not relevant to the principle of 'no cure-no pay'. Such compensation does not represent profit received by the salvor from performing the salvage contract.

7) The risk of liability and other risks run by the salvor or his equipment are one of the elements to be considered for fixing the salvage payment. The salvor may sometimes put himself at risk by providing salvage assistance to another vessel or other property. A salvor running a high risk in providing salvage assistance should be encouraged and properly acknowledged, especially when such assistance is crucial. More compensation should be given to a vessel running a higher risk than a vessel running a smaller risk.

8) The promptness of the service rendered by the salvor is a relevant element. Encouraging the salvor to provide prompt and effective salvage

assistance is one of the major considerations for making salvage payment. Thus, how prompt the salvor responds to the request for assistance from the vessel in distress must be one of the elements for fixing the payment. Particularly when marine environment protection is one of the crucial concerns for maritime salvage, timely salvage assistance appears to be important.

9) The availability and use of vessel or other equipment intended for salvage operation is also a relevant element. The effectiveness of a salvage operation may be affected by the availability of the salvage vessel and equipment. To maintain the vessel and equipment and keep them available are costly. Therefore, due allowance should be made for the availability of the vessel and equipment in the total salvage payment payable to the salvor.

10) The state of readiness and efficiency of the salvor's equipment and the value of the equipment in the salvage operation need also be considered when determining salvage payment. This consideration is relevant for encouraging the salvor to maintain equipment adequately. The actual contribution of the equipment to the success of the salvage operation must be considered in considering how much compensation should be made to the salvor for efforts to keep the equipment ready for any possible salvage operation.

Special Compensation under the Convention

Article 14 of the *Convention* sets out the concept of 'special compensation'⁽¹¹²⁾. The purpose of providing special compensation is to

(112) Article 14 of the *Convention* provides that:

'1. If the salvor has carried out salvage operations in respect of a vessel which by itself or its cargo threatened damage to the environment and has failed to earn a reward under article 13 at least equivalent to the special compensation assessable in accordance with this article, he shall be entitled to special compensation from the owner of that vessel equivalent to his expenses as herein defined.

2. If, in the circumstances set out in paragraph 1, the salvor by his salvage operations has prevented or minimized damage to the environment, the special compensation payable by the owner to the salvor under paragraph 1 may be increased up to a maximum of 30% of the expenses incurred by the salvor. However, the tribunal, if it deems it fair and just to do so and bearing in mind the relevant criteria set out in article 13, paragraph 1, may increase such special compensation further, but in no event shall the total increase be more than 100% of the expenses incurred by the salvor.

compensate the salvor for contributions in preventing and minimising environmental damage.

In the light of Article 14, the concept of 'special compensation' can be understood from the following aspects:

1. 'Special compensation' means compensation given to a salvor for efforts to salvage a vessel or other property which has become environmentally risky because of the maritime danger threatening its safety.

2. 'Salvage expenses' refers to the total of reasonable cost incurred by the salvor for carrying out the salvage operation and the reasonable expense arising from the actual use of the salvor's equipment and personnel in the salvage operation. When fixing the sum of salvage expenses, the promptness of the service rendered, the availability and use of the vessel and other equipment intended for salvage operations and the state of readiness and efficiency of the salvor's equipment and the value therefore must be given due considerations.

3. 'Special compensation' represents the minimum compensation a salvor, who has completed a salvage operation to rescue a vessel or other property threatening to harm the marine environment, is entitled to receive. Therefore, if the salvage payment calculated in pursuance of Article 14 is less than the 'salvor's expenses' calculated under Article 13, the salvor is entitled to claim a sum of 'special compensation' equivalent to the 'salvor's expenses'. The principle of 'no cure-no pay' does not apply in such circumstances. The provision of special compensation enables a salvor to claim the difference between a salvage payment fixed under Article 13 and the salvage expenses fixed under Article 14. For the

= 3. Salvor's expenses for the purpose of paragraphs 1 and 2 means the out-of-pocket expenses reasonably incurred by the salvor in the salvage operation and a fair rate for equipment and personnel actually and reasonably used in the salvage operation, taking into consideration the criteria set out in article 13, paragraph 1(h), (i) and (j).

4. The total special compensation under this article shall be paid only if and to the extent that such compensation is greater than any reward recoverable by the salvor under article 13.

5. If the salvor has been negligent and has thereby failed to prevent or minimize damage to the environment, he may be deprived of the whole or part of any special compensation due under this article.

6. Nothing in this article shall affect any right of recourse on the part of the owner of the vessel.'

same reason, the special compensation is payable only when the sum of special compensation calculated under Article 14 exceeds the sum of salvage payment received by the salvor under Article 13, and the salvor can only claim the difference between the two sums of payments.

4. The sum of special compensation can be increased to exceed the salvage expenses if the salvor has succeeded in preventing and minimising the environment damage that might have been caused by the salvaged vessel and other property. In most cases, the part of special compensation awarded for the salvor's contributions to the environment protection is 30 per cent of the salvage expenses. The court or arbitral tribunal determining the sum of special compensation under Article 14 is entitled to award a sum of special compensation up to 100 per cent of the salvage expenses incurred in the same salvage operation.

5. The right to claim special compensation can only be exercised against the vessel owner, who has a right of recourse against the owner of other property. The right of recourse may be subrogated by the insurer who has compensated the loss of the vessel owner under the relevant vessel insurance contract.

6. The salvor loses the right to claim special compensation under Article 14 if the salvor has failed, due to his or her own negligence or fault, to prevent and minimise the environmental damage of the salvaged vessel and other property. The right to claim special compensation may be deducted in proportion with the degree of the salvor's fault and negligence in the salvage operation.

Article 14 applies only to the salvage assistance provided to the vessels falling under Article 1(b) of the *Convention*. Salvage operations carried out for rescuing a government or military vessel are not subject to Article 14. In most cases, reasonable compensation should be awarded to the vessel which has succeeded in preventing and minimising environmental damage in the rescue of a government or military vessel.

5.2. UNDER ENGLISH LAW:

English Courts regards the reward of salvage services not merely as compensation to be meted out "*pro opere at labore*" or according to the exact amount of benefit conferred in the particular case, but also as the

proper subject of important consideration of a public and general character.

“Some circumstances are always material for consideration, and these have been ascertained by experience and the Court has for its guidance a long cause of judicial decision to assist it in coming to a proper conclusion in each particular case.”⁽¹¹³⁾

The “material circumstances” may be classified as follows:

As regards the salvaged property:

- (1) the degree of danger, if any, to human life.
- (2) the degree of danger to the property.
- (3) the value of the property as salvaged.

As regards the salvors:

- (1) the degree of danger, if any, to human life.
- (2) the salvor’s skill and conduct.
- (3) the degree of danger, if any, to property employed in the salvage service and its value.
- (4) the time occupied and work done in the performance of the salvage service.
- (5) responsibilities incurred in the performance of the salvage service.
- (6) loss and expenses incurred in the performance of the salvage service.

Where all or many of these elements are found to exist, or some of them are found to exist in a high degree, a large reward is given. Where a few if they are found, or they are present in only a low degree, the salvage remuneration awarded is comparatively small.

5.2.1. As regards the salvaged property:

- i. Degree of danger, if any, to human life on salvaged vessel:

In *The Thomas Fielden*⁽¹¹⁴⁾ Dr. Lushington said “... I can come to the conviction that when human life has been at stake even for a short time, it is the duty of the Court amply to reward the persons concerned; first because from the necessity of the case, a very great reward should be given wherever there has been a sacrifice of human life, and secondly,

(113) Per Lindley LJ in *The City of Chester* (1884) 9 P.D. 182, 202.

(114) (1862) 32 L.J. Adm. 61,62.

that human life is above all other considerations, and ought never to be exposed to unnecessary hazard and risk. These are the principles.”

ii. Danger to property salvaged:

The circumstances of danger which may have to be considered are obviously infinite in their variety. Among these may be the character of the salvaged ship, her condition of seaworthiness, her motive power, the number, capacity, health and spirit of her crew, the knowledge and skill of her commander, the season of the year, the weather, the character of her cargo, and so on.

iii. Value of the salvaged property:

As Lord Esher, M.R., pointed out in *The Lindfield*⁽¹¹⁵⁾ “the value of the property saved is the most material and important consideration, “and “for in proportion to that value is the benefit to the owner, and that is one of the primary principles in settling the amount of remuneration,” but “the Court must not be induced by it to award a sum which is out of proportion to the services of the salvors.”⁽¹¹⁶⁾ Where the property salvaged is large, the amount of the reward usually bears a much smaller proportion to the value of the property than in cases where the property saved is small. The reason for this is that in the case of property of small value a small proportion would not hold out a sufficient consideration, whereas in cases of considerable value a small proportion would afford no adequate remuneration⁽¹¹⁷⁾.

Lindley L.J. said in giving judgment in *The City of Chester*⁽¹¹⁸⁾ that it is obvious that whilst a small percentage on a very large value might be an ample remuneration in one case, a very large percentage on a small value might be a very inadequate remuneration in another case.

In one important case called *The Amerique*⁽¹¹⁹⁾ the Privy Council enunciated the law in the following terms: “The rule seems to be that though the value of the property salvaged is to be considered in the estimate

(115) (1894) 10 T.L.R. 606.

(116) Per Gorell Barnes J. *The Glengyle* (1898) P. 97, 103.

(117) *The Blenden-Hall* (1814) 1 Dods. 414, 421.

(118) (1884) 9 P.D. 182, 202.

(119) (1874) L.R. 6 P.C. 468.

of the remuneration; it must not be allowed to raise the *quantum* to an amount altogether out of proportion to the services actually rendered.”

In *The Queen Elizabeth*⁽¹²⁰⁾ claims for salvage were made on behalf of the owners, masters and crew of various tugs in respect of services rendered to the “Queen Elizabeth” which ran ground just outside Southampton Water. Her sound value was £6, 000,0,00, her salved value £5,983,000, and that of her cargo £225,000, making a total value £6,208,000. Willmer, J. in delivering the judgment said: “I am not saying that you can measure salvage awards as sums in arithmetical proportion in relation to the salved property when you have value of the magnitude that you have in this case, but equally it could not be right to say that the addition of subtraction of a few millions would make no difference whatsoever. Thus, I think that the increase of value must involve some, although possibly not great, increase in the award over and above that might have been awarded had the value been much smaller.”⁽¹²¹⁾

Further, where the property salved is of great value, the Court of Admiralty, in assessing the award, looks not only at the merits of the service, but to the large considerations of public interest.

5.2.2 As regards the salvors:

i) Degree of danger, if any, to human life on salving vessels:

It has been stated already that the court attaches a very high value to any danger to human life which may exist whatsoever on board the salving or the salved vessels. Where it exists in the case of the salved vessel, this is an important factor in the reward⁽¹²²⁾.

ii) Salvor's skill and conduct:

In regard to all salvors, the skill and knowledge displayed by them bears a proportion in the assessment of the salvage reward.

In the same way, unskilfulness tends to reduce the award. Dr. Lushington in *The Cape Packet*⁽¹²³⁾ said that “a person undertaking the

(120) (1949) 82 Ll.L.Rep. 803.

(121) Total £43,500 in respect of the 12 tugs represented.

(122) *The Bartley* (1857) Swab. 198.

(123) (1848) 3 W. Rob. 122.

performance of a salvage service is bound to exercise ordinary skill and ordinary prudence, in the execution of a duty which they take upon themselves to perform, according to their station in life.”⁽¹²⁴⁾

In considering whether a salvor has shown reasonable skill and knowledge, the Court inclines to the lenient view and takes into favourable consideration any special circumstances which tend to exonerate the salvor from blame⁽¹²⁵⁾.

It is understood that the goods conduct of salvors, their promptitude, courage and diligence, according to the degree in which these qualities are displayed, enhances their claim to a liberal award.

On the other hand, it is reasonable to make a reduction of the award, as it was held in *The Magdalen*⁽¹²⁶⁾ when any misconduct, negligence or damage has occurred on their part during the services, or on the part of their agents.

iii) Degree of danger, if any, to property employed in the salvage service and its value:

The degree of danger to property used in the performance of the salvage service and its value are elements in the character of the salvage claim. They both deserve recognition not only in justice to the owner of the salving vessel, but also in the public interest, and in order to encourage the owner of vessels to render salvage services.

However, it is only considered where the value of the property is very great. It cannot be an argument against the amount to be awarded that it exceeds the value of the property put in peril in performing the services⁽¹²⁷⁾.

iv) Time occupied by the salvage service:

It is obvious that if the service is dangerous, the duration of labour in its performance will enhance the salvor's reward⁽¹²⁸⁾.

In the same way, where there has been a long but easy towage of a disabled ship by a powerful steamer in favourable weather, it seems that

(124) *The Lockwoods* (1845) 9 Jur. 1017, 1018.

(125) *The Dygden* (1841) Not. of Cas. 115.

(126) (1861) 31 L.J. Adm. 24, 26.

(127) *The Fusilier* (1865) Br. & L. 341, 350 P.C.

(128) *The Andalusia* (1865) 12 L.T. 584.

the time occupied appears to deserve consideration in the element of risk or skill.

Where a ship goes out in consequence of a signal to render assistance to a ship in distress, the time⁽¹²⁹⁾ and expense in doing so ought to be considered in the assessment of the award.

In general, any kind of work done in the performance of the salvage service must be considered for the award, although such kind of work is not enhanced by the exhibition of scientific or nautical skill. For example, in *The Watt*⁽¹³⁰⁾ the ship's agent who superintended the salvage operation which consisted in the mere discharge, landing and custody of the cargo, was held entitled to salvage, although the reward was very moderate.

Similarly, when the question of apportionment is considered, the sailor ordinarily receives less share than the officer of the salving ship.

v) Responsibilities incurred in the salvage operation:

The responsibilities that the salvor incurs in regard either to pecuniary interests affecting his own property, or to his obligations of contract or duty to other persons, is considered in the assessment of the reward.

For example, if the shipowner is not protected by reason of a deviation made only in order to save property, he is responsible unless his insurance policy and his contracts for the carriage of the cargo contain express provisions, giving his ship liberty to make any kind of deviation. The question was finally stated by the case of *Scaramanga v. Stamp*⁽¹³¹⁾ in which it was decided that the owner of the salving ship had the right to have the risk of loss considered in the assessment of the reward.

vi) Losses and expenses of the salvor:

Sometimes the salvor incurs losses and expenses in the performance of the service; the court has stated in various judgments, the salvor's right to be compensated for them⁽¹³²⁾. The most important point are:-

(129) *The Graces* (1844) 2 E. Rob. 294, 301.

(130) (1843) 2 W. Reb. 70,71 per Dr. Lushington.

(131) (1880) 5 G.P.D. 295,305.

(132) *The City of Chester* (1884) 9 P.D. 182.

- (i) The fact of damage, expense or loss of earnings ought not to be disregarded in the assessment of the amount of reward.
- (ii) All the circumstances must be considered.
- (iii) It does not mean that because the salvor proves such damages, expenses or losses, the court should fix a sum high enough to cover them.
- (iv) In a meritorious salvage service where the salvor has incurred serious pecuniary loss and where the value of the property saved is ample, he should be remunerated with a sum sufficient both to reward him for his risk, labour and skill, and also to cover damages during the rendering of the service. Evidence of such damages, expenses and losses ought to be received by the judge, so that they may be ascertained with precision.
- (v) The amounts of damage, expense or loss ought not to be taken as “moneys numbered,” that is to say, as an amount to be added to the amount of the award for actual salvage services. If the Court gives the amount of the damage, loss or expense specifically, it will take care not to give the amount twice over by again considering them when it comes to fix the amount due for salvage remuneration proper, that is, the remuneration for risk, etc., in the service⁽¹³³⁾.

In all cases where the salved and salving vessels are not in the same ownership, the owners, master and crew of the salving vessel can claim against the salved ship, her cargo and freight; and such a claim generally is the result of obtaining a gross sum, covering both the salvage remuneration pure and simple and also any allowance for losses and expenses of the salvors.

Sometimes it may be desirable and proper to make a separate assessment in cases where the owner of the salving vessel has incurred in losses and expenses, by reason of them he receives a high proportion of the reward. This is so only in cases where the Court is requested to make such apportionment⁽¹³⁴⁾. Apportionment between the owner and the master and the crew may then require to be made later.

(133) *The De Ray* (1883) 8 App. Cas. 557, 566.

(134) *The City of Chester* (1884) 9 P.D. 182.

Again, there may be, as there was in the case of *The Sunnside*⁽¹³⁵⁾ an antecedent agreement between the different salvors to share the salvage reward in certain proportions. In this case, such apportionment should be required to be made by the Court, for it would be unjust that, at the expense of one salvor whose ship has been injured, his co-salvors should derive a benefit from the award being enhanced by an allowance for the loss which he had sustained.

There is still another case which gives reason to fix the amount of compensation separately. In *The Caladonien Steamship Co. v. Hutton*⁽¹³⁶⁾ where the underwriters on the salving ship had paid the shipowner the cost of the repairs rendered necessary by the salvage service. It seems just that they ought to be enabled to recover over from him any amount which the Court might award him in respect of the cost of such repairs.

For what expenses the court may indemnify salvors:

The only expenses for which a court may indemnify them are:

- (1) expenses in the furtherance of the salvage service and before the vessel assisted has been placed in a position of safety; and
- (2) expenses directly occasioned by the performance of the salvage services; e.g., the cost of repairing the salving vessel.

6. APPORTIONMENT OF THE SALVAGE REWARD AMONG SALVORS

Article 238 of the *KML*⁽¹³⁷⁾

- 1 - The two parties shall determine the compensation amount otherwise it shall be specified by the court.
- 2 - It shall be determined in the same manner the ratio of distributing the relevant compensation between the ships participating in the assistance or rescue operations as well as the distribution ratio between the owner of each ship, its shipmaster and the crew.

(135) (1883) 8 P.D. 137.

(136) (1847) Not. of Cas. 156.

(137) Article 238 of the *KML* reads in Arabic as follows:

" ١- يحدد الطرفان مقدار المكافأة وإلا فتحدده المحكمة.
 ٢- وتحدد بالكيفية ذاتها نسبة توزيع المكافأة بين السفن التي اشتركت في عمليات المساعدة أو الإنقاذ، وكذلك نسبة التوزيع بين مالك كل سفينة وربانها وبحارتها.
 ٣- وإذا كانت السفينة التي قامت بالإنقاذ أجنبية فيتم التوزيع بين مالكيها وربانها والأشخاص الذين في خدمتها طبقاً لقانون الدولة التي تتمتع السفينة بجنسيتها".

- 3 - In case of a foreign ship carrying out the rescue operations. the distribution between the shipowner. its shipmaster and the persons serving therein. shall be made in accordance with the laws of the country which the ship entertain its nationality.'

Article 15 of the *Convention* provides that:

'Apportionment between salvors

- 1 - The apportionment of a reward under article 13 between salvors shall be made on the basis of the criteria contained in that article.
- 2 - The apportionment between the owner, master and other persons in the service of each salving vessel shall be determined by the law of the flag of that vessel. If the salvage has not been carried out from a vessel, the apportionment shall be determined by the law governing the contract between the salvor and his servants.'

6.1. Apportionment among Owner, Master and Crew of a Salving Vessel.

6.1.1. Owner's share:

The apportionment between the owners of a salving vessel, on the one hand, and the master, officers and seamen, on the other hand depends upon the nature and circumstances of the service.

In the days of sail, the shipowner's share was comparatively small, but with the advent of steam, the 'principal salvor' is really now the ship itself. The shipowner's share is relatively much greater. It is customary these days for an ordinary apportionment to be that the shipowner takes about three-quarters, but " depend upon the particular circumstances, there is no such rule," as Lord Esher MR remarked in *The Gipsy Queen*⁽¹³⁸⁾ In this particular case an award reduced by the Court of Appeal to £800 was apportioned: £620 to owners, £50 to the master and £130 to crew.

6.1.2. Master's share:

Because of his peculiar burden of responsibility in undertaking and in conducting the salvage operation, the master is entitled to receive out of the salvage reward a special separate recompense⁽¹³⁹⁾.

(138) [1895] P. 176, 177.

(139) Per Sir R. Phillimore, *The Charles* (1872) L.R. 3 A. & E. 536, 538.

The share allotted to him is usually about one-third⁽¹⁴⁰⁾ of what remains after deduction of the owner's share. There is, however, no rule,⁽¹⁴¹⁾ and the amount of recompense will vary according to the particular facts of each case. In *The Empire Gulf*⁽¹⁴²⁾ Willmer J. held that war bonus payment, which every member of the crew was receiving during and for some time after the war irrespective of rank or status, should not be taken into consideration in apportioning the crew's share of the salvage award; the correct method of apportioning the crew's share (including the master) was on the footing of their respective basic wagers. In *The Southern Venturer*⁽¹⁴³⁾ where Lord Sorn held that bonus payments calculated in proportion to the success of a whaling expedition were to be disregarded in apportioning among the crew (and master), it was held that the awards should be based on basic wages.

6.1.3. Crew's share; officers and seamen:

The apportionment, as to the officers and seamen, usually takes the form of a lump sum to be shared by them according to their rating. An exception may be made in respect of navigation officers, whose rating is lower than that of engineers,⁽¹⁴⁴⁾ by a direction that for the purpose of apportionment they should be treated as rated equally with the corresponding rank of engineers. In the case of radio-officers who are not paid by the ship, the usual practice is that they rank as second or third officers⁽¹⁴⁵⁾.

“Runners,” that is men engaged as crew for a single “run” shared in the award in *The Rasche*⁽¹⁴⁶⁾ in the proportions in which they would have shared had they been able seamen. In *The Persia*⁽¹⁴⁷⁾ their shares were directed to be calculated on the basis of the ratings of the members of the crew whose places they were filling at the time of the salvage services.

(140) Resco's ADM. Pr. (5th ed.), 163.

(141) [1948] P. 168.

(142) [1948] P. 168.

(143) [1953] 1 Ll.L.Rep. 428.

(144) *The Italia* (1906) 10 Asp. 284.

(145) *The Albionie* (1941) 70 Ll.L. Rep. 257.

(146) (1873) L.R. & A.

(147) [1902] W.N. 210.

There appears to be no rule with regard to apportionment among apprentices, midshipmen or cadets. In *The Beulah*⁽¹⁴⁸⁾ Dr. Lushington decreed that the share of an apprentice should be one half of those of the seamen. In *The Rasche*⁽¹⁴⁹⁾ however, Sir Robert Phillimore held that the shares of an apprentice should be calculated as if they were able seamen. In *The Elpenor*⁽¹⁵⁰⁾ midshipmen carried at nominal wages were allowed to rank as able seamen.

Pilots on board a pilot cutter when salvage services were rendered by the cutter have been held not to be members of the crew so as to share in the salvage reward. It appears that if they had claimed in the salvage actions passengers who rendered services they might have obtained part of the reward, but the only claims were by the owners, master and crew of the cutter. Not being members of the crew they were entitled to nothing in the apportionment proceedings, and the motion was dismissed with costs.

The position of radio officers on the articles but neither employed by the shipowner, save as regards the contractual relationship between him and the wireless company, nor paid by him, would have to be a matter of doubt. It is a general principle that the rule of participation in salvage awards does not extend beyond those who are really in the employ of the owner of the salving ship, even if, as in *The Coriolanus*⁽¹⁵¹⁾ they are on the ship's articles, unless they perform personal services.

In *The Elpenor*⁽¹⁵²⁾ Langton, J., was asked to make a special award to the sole wireless operator on board the salving vessel who had remained continuously on duty for twenty-four hours. In the course of his judgment the learned judge said: "One thing that appears from the narrative is the importance of the wireless officer... In a case of this class one has to reckon that a very great strain is put upon these men, and one is glad that apparently they always respond to it. I have been asked to deal separately with his position, and I am very glad to do so."

(148) [1842] 1 W. Reb. 477, 478.

(149) (1873) L.R. 4

(150) (1934) 47 Ll.L Rep. 183.

(151) (1890) 15 P.D. 103.

(152) (1933) 47 Ll.L. Rep. 183, 184.

The rule of participation certainly extends to other non-navigating members of the crew. In *The Spree*⁽¹⁵³⁾ the doctor, four stewards, the stewardess, two cooks, the baker and two cabin boys on board the salving steamship who took no part in the navigation of the ship were awarded half shares according to their rating.

But in the absence of a special direction by the Court the rule of participation does not appear to extend beyond these who are really in the employment of the shipowner.

In respect of boat's crews and engineers, the Court may order that they are to receive extra shares for additional work or hardship.

In some cases the Court of Admiralty has apportioned to a mate or to a common seaman an amount exceeding the reward of the master of the salving vessel, only when it is considered that they should be specially rewarded for their skill or hardship⁽¹⁵⁴⁾.

6.2. Apportionment among various salving Vessels or set of salvors:

There may be cases where apportionment has to be made among several salvors, between whom there is no association outside the salvage service such as exists between whom there is no association outside the salvage service such as exists between the member of the crew of a salving vessel. In such cases the Court may fix the share of each salvor in the salvage fund by ascertained what has been the value of his services including any responsibility incurred, as well as the skill or risk, as compared with those of his co-salvors⁽¹⁵⁵⁾.

Each case has to be considered according to its particular circumstances.

Where the services of the salving vessels or set of salvors have been practically contemporaneous the apportionment is generally determined by the same consideration as affect the assessment of the total salvage award.

Where the services of the different salving vessels or set of salvors have not began together, and the second or further vessels or sets of

(153) [1893] P. 147, 152, 153.

(154) *The Santiago* (1900) 9 Asp. M.L.C. 147.

(155) *The San Demstrio* (1941) 69 Ll.L. Rep. 5.

persons have taken up a salvage service which the first salvors, after rendering some assistance, have been obliged by the force of circumstances to discontinue, the relative share of each in the total award will be more or less affected by the consideration that the first salvors are no grounds of public policy, always to be treated with special liberality in the apportionment.

It may be the case that a salving vessel or set of salvors have been dispossessed, against their will, by others whilst they are engaged in salving the vessel in spite of their perseverance in the services already begun. In these cases the Court allows the claim only if it clearly proved that there was “reasonable cause” for the dispossession.

In the absence of such proof, the burden of which lies upon the second or later salvors, the Court considers the dispossession to be wrongful and treats the subsequent services as benefiting of those who have been dispossessed.

The meaning and affect of “reasonable cause” for dispossession has been considered by Lord Stowell in *The Blenden-Hall*⁽¹⁵⁶⁾ as if “not actual, at least an apparent necessity... I do not say any absolute necessity, but such as, under all circumstances, and the impression they were calculated to make, would justify the interference...”

If the Court finds that the dispossession of the original salvors was due to an honest, although erroneous opinion as to its necessity on the part of those who claim as second salvors, it will not decline to allot them some small salvage reward, whilst awarding to the original salvors the same amount as it would have awarded to them if they had completed the service themselves.

Again, if the services of the original salvors are not continuous but intermittent, although it is not proved that they could not by themselves have completed the salvage, the Court may allot to the second salvors, who come in and act against the wish of the original salvors, some share in the reward.

(156) (1814) 1 Dods. 414.

7. COCLUSION:

Salvage refers to an act of a vessel to rescue another vessel, cargo and life from immediate danger threatening their safety. The origins of salvage in maritime law are both ancient and obscure. Evidence of salvage reward is found in the Rhodian Law of approximately 800 B.C.

A study of the salvage under English law, *KML* and the *Convention*, reveals a close similarity between them.

a) The subject of salvage in the three systems is the ship, the freight, and the cargo on board the ship. A ship must be within the meaning of a ship as defined by them.

Under the three systems no salvage reward is granted to a person who rescues human lives, whether they are endangered on a ship or at risk at sea. Rescue of human lives are left to the human conscience and is not supposed to be motivated by financial gain. However, a person who was engaged solely in rescuing human lives in the course of a salvage operation is also entitled to a fair share of the fund. To that extent, a life salvor acquires a direct right against the person whose property is saved.

b) A ship to be salvaged must be actually in distress at sea. The danger to a ship does not have to be imminent, but must be so serious that she cannot overcome the danger by herself. The ship and the cargo need not be in common danger, and salvage services may be rendered to the cargo only even when the ship is in no danger.

c) Salvage services must be given voluntarily. A person who carries out service in pursuance of a contract has no claim for salvage reward. However,

a person, who has a duty to render certain services relating to a ship, but is discharged from such duty because of the grave danger involved, may then become a salvor by providing extraordinary service as strangers to the ship.

d) The three systems require that the salvor must succeed in saving maritime property in distress in order to claim a salvage award. If he fails to rescue the property, no matter how much effort and expense he laid out, he may not claim remuneration for the service. Success must be brought about by the services rendered by the salvor. For this reason, it is

commonly said that salvage services are performed on a no cure, no pay basis.

The amount of remuneration for salvage is limited to the value of property saved, unless the parties agree otherwise. For this purpose, property is regarded as being saved when it is no longer in danger of sea perils.

e) English and Kuwaiti courts are to decide how much a salvor is entitled to claim as remuneration for salvage services, unless the parties agree to an amount. The courts, in arriving at an equitable sum, takes into account all of the circumstances of the salvage services. In particular, courts will look to the degree of danger, efforts and expense put in to the salvage, the value of the property salvaged, and efforts made to prevent environmental damage.

f) When a salvage operation is carried out jointly by several salvors, each salvor is entitled to a fair share of the fund in proportion to his contributions. When the parties cannot agree to apportionment, a court decides the share of each salvor. In so deciding, courts are guided by the same considerations as those taken into account when assessing the amount of award.

When a ship is engaged in a salvage operation, a fair share is allocated to the shipowner, taking into account the damages and expenses he bore, and then the remaining sum is divided equally between the master and the crew.