المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

الميزان

سلسلة إصدارات المعهد العالي للقضاء
٢٠١٩م

حضرة صاحب الجلالة السلطان قابوس بن سعيد المعظم

HIS MAJESTY SULTAN QABOOS BIN SAID

الميزان

سلسلة إصدارات المعهد العالي للقضاء
الجزء (٢) ٢٠١٩م

الإشراف العام
الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

الإشراف الفني
الفاضل/عبدالرحيم بن سيف القصابي

الإعداد و التنسيق
الفاضل/أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة/سالمة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة/ هالة بنت حمود الهشامية

التدقيق اللغوي
الفاضل/ منير بن راشد الخاطري
الفاضلة/ نورة بنت سالم الخليلية

التصميم والإخراج
الفاضل/يوسف بن خليفة الحراصي

البريد الإلكتروني
almeezan@hji.edu.om

موقع المعهد الإلكتروني
www.hji.edu.om

محتويات العدد

٤	كلمة العدد الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي عميد المعهد العالي للقضاء
٦	رقابة القاضي الإداري على مبدأ التناسب في العقوبة التأديبية أحمد عبد اللطيف خليفة المستشار بمحكمة القضاء الإداري سلطنة عمان
١٨	مبدأ الأمن القانوني وتطبيقاته العملية الدكتور/ أسامة فتحي عبادة المستشار بمحكمة القضاء الإداري سلطنة عمان
٣٢	إطلالة موجزة على نصوص قانون المعاملات الإلكترونية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦٩ / ٢٠٠٨ الدكتور/ أيمن مصطفى البقلي عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء
٤٠	جهات تسليم الحدث في القانون العماني بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي قاضي محكمة استئناف - مجلس الشؤون الإدارية للقضاء
٥٢	القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى القضائية (دراسة تأصيلية وتحليلية) الدكتور/ حسن أحمد الدسوقي الأستاذ المساعد بالقانون الخاص كلية إدارة الأعمال جامعة شقراء المملكة العربية السعودية
٦٦	خطة المشرّع العماني في تطبيق قانون الجزاء من حيث الزمان (دراسة تحليلية مقارنة) الدكتور/ حمدي محمد محمود حسين أستاذ القانون الجنائي المشارك بالمعهد العالي للقضاء
٨٦	دقة المصطلح واللفظ (الاسم والمسمى) الدكتور/ حمودة فتحي حمودة أستاذ القانون التجاري المشارك بالمعهد العالي للقضاء
٩٠	مدى انسجام قانون العمل العماني مع معايير العمل الدولية سارة بنت سعيد بن حمد المحرزية أمينة سر بالمحكمة الابتدائية بدماء والطائيين
١٠٠	القرار الإداري السلبي (دراسة مقارنة) عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي رئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والقضائية بالمعهد العالي للقضاء
١١٤	المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني الدكتور/عبد الكريم عوض خليفة أستاذ القانون الدولي العام المشارك بكلية الشرق العربي للدراسات العليا سابقا
١٢٢	مسؤولية المباشر والمتسبب في الفعل الضار المحامي/ عمّار عبد الكافي المرعب مستشار قانوني في مدارس الشارقة

* المواد المنشورة تعبر عن آراء كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المعهد العالي للقضاء.

الإفتتاحية

الدكتور/ نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

يأتي الجزء الثاني من سلسلة إصدارات المعهد العالي للقضاء « الميزان » في إطار الدور الذي يقوم به المعهد في مجال النشر العلمي، وعليه فإنني آمل أن يمثل هذا الجزء رافداً معرفياً مهماً للمختصين والباحثين والمهتمين بمجالات الشريعة والقانون والقضاء، كما أرجو أن يسهم هذا الإصدار في تعزيز وتنمية المكتبة القانونية العُمانية.

ويسرني - في الختام - أن أتقدم بجزيل الشكر وبالغ التقدير إلى جميع الباحثين المشاركين في الجزء الثاني، وإلى جميع الأخوة والأخوات في المعهد الذين عملوا بتفانٍ وإخلاص من أجل خروج هذا الكتاب إلى النور.

المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

الميزان

رقابة القاضي الإداري على مبدأ التناسب في العقوبة التأديبية

المستشار/ أحمد عبد اللطيف خليفة
محكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان

تمهيد:

حظي موضوع الموظف العام - باعتباره فرعاً من فروع القانون الإداري - باهتمام متزايد، فالوظيفة خدمة عامة؛ لكونها تتضمن مجموعة اختصاصات ومسئوليات يمارسها الموظف العام؛ بهدف تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام، وقد نظم القانون الوظيفة العامة بدءً من بدايتها بالتعيين فيها، مروراً بالأوضاع الوظيفية، وحتي نهايتها بانتهاء خدمة الموظف. ويُعد موضوع تأديب الموظف العام من الموضوعات المهمة التي عني بها الفقه والقضاء على حد سواء، فالحرص على انتظام المرافق العامة، واستمرارها في أداء مهامها الموكلة إليها بانتظام واضطراد، يجعل من المنطقي تنظيم موضوع المساءلة التأديبية، وإحاطته بمجموعة من الضمانات التي تكفل تحقيق الفاعلية من جانب، وتحرص على ضمان حقوق الموظف العام وحقه في مساءلة عادلة من جانب آخر.

ويُعد نظام التأديب من وسائل الرقابة الذاتية للإدارة، إذ تمارس هذه الرقابة السلطة الرئاسية في أي من مجالات العمل على مرؤوسيها والعاملين بها؛ بهدف محاسبة الموظف على ما جنته يداه في عمله من أخطاء، أو إخلال بما يفرضه عليه نظام العمل من واجبات[1].

والواقع أن القاضي الإداري قد يستقي قواعده من أنظمة أخرى، إن لم يقم هو بابتداعها كالقواعد المتعلقة بالمسئولية الإدارية وأركان العقد الإداري، والتي جلبها القاضي الإداري من القانون المدني، وقام بصبغها بالطابع الإداري، ووضع ضوابطها ومجالات إعمالها. والتناسب كقاعدة عامة يعد من المتطلبات الضرورية التي تتجسد من خلالها العدالة، وقد استقاه القاضي الإداري من الواقع الجنائي، ولكن أحق الشرائع التي يرد إليها هذا المبدأ هي الشريعة الإسلامية، ومنها قوله تعالى: (وإن عاقبتم) وغيره، ومثالها في الفقه الإسلامي العقوبات التعزيرية، فقوامها التناسب، إذ تخاطب جرائم لم يضع لها الشرع الحنيف عقوبة محددة، والقاضي لدى إنزال الجزاء المستحق عنها، إنما يضع أمام عينيه ظروف المخالفة، وأثرها على المجتمع، وسائر العناصر الأخرى التي من شأنها التأثير على تحديد نوع الجزاء المستحق عن الفعل المرتكب، مع الأخذ في ذلك بأن القاضي لا يتمتع بسلطة مطلقة في ذلك فهو محكوم بمبدأ التناسب.

(١) المستشار/ طارق البشري: نظام التأديب بين العقاب الجنائي والمسئولية المدنية، مجلة مجلس الدولة، السنة ٢٩، ص١٥.

ومن هذا المنطلق كانت مسألة التناسب بين المخالفة التأديبية والعقوبة من أهم الضمانات المقررة في موضوع التأديب، وفي هذه الوريقات نعرض في عجالة هذا الموضوع بقدر من الإيجاز الذي يقتضيه المقام، ولمزيد من التفصيل يمكن الرجوع الي المراجع العامة المرفقة بحواشي هذه المقالة.

مسألة تمهيدية
مقدمات لازمة

التناسب في اللغة مشتق من كلمة نسب، وتعني القرابة، وتناسبا "أي تماثلا وتشاكلا"، واستنسب الشيء إذا وجده مناسباً، والنسبة هي القرابة، والارتباط بين شيئين، والتماثل بين علاقات الأشياء والكميات[٢]، فهو تعبير عن صلة توافقية بين حالة معينة وأخري مناظرة لها، نتيجتها توازن مقبول بينهما.

وفي مجال النظام التأديبي، فإن العلاقة بين المخالفة الإدارية والعقوبة التأديبية يحكمها مبدأ التناسب، أي لزوم أن تكون الوقائع المشكلة للمخالفة الإدارية كافية لتبرير العقوبة الموقعة. "وتقدير الجزاء التأديبي متروك لتقدير من يملك توقيع العقاب التأديبي سواء كان الرئيس الإداري أو مجلس التأديب أو المحكمة التأديبية، بيد أن هذه السلطة التقديرية تجد حدها عند وجود التناسب بين المُخالفة التأديبية وبين الجزاء المُوقع عنها، وهو ما يُعبر عنه بالغلو في الجزاء الذي يصم الجزاء التأديبي بعدم المشروعية ويجعله واجب الإلغاء"[٣].

ولما كان الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فإن الإدراك الصحيح لكلٍ من المفهومين هو الأساس في فهم مسألة التناسب بينهما، وعلى هذا نعرض في إطلالة سريعة مفهوم المخالفة الإدارية والعقوبة التأديبية.

أولاً- مفهوم المخالفة الإدارية:

المخالفة الإدارية هي كل إخلال من الموظف العام بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً، فهي كل فعل صادر عن الموظف ينتهك فيه الواجبات التي تفرضها عليه هذه الصفة؛ "فالموظف العام مطالب في نطاق أعمال وظيفته وخارجها بأن ينأى بنفسه عن التصرفات التي من شأن ما يعكسه إتيانه لها من آثار على الوظيفة العامة، أن تجعله مرتكباً لمخالفة واجبات هذه الوظيفة، ومن بين هذه الواجبات ألا يسلك الموظف خارج الوظيفة مسلكاً يمس كرامة الوظيفة، فأي مسلك ينطوي على تهاون أو عدم اكتراث أو عبث ترتد آثاره على كرامة الوظيفة، يشكل ذنباً إدارياً يستوجب المساءلة"[٤].

ويتضح من ذلك أن المخالفة الإدارية مرتبطة بصفة الموظف العام، فحتى تصح المساءلة التأديبية يتعين أن نكون بصدد موظف عام أخل بواجبات وظيفته، فصفة الموظف العام عنصر أساس في المساءلة الإدارية.

ومن ناحية أخرى فإن صور تلك المخالفة ليست واردة على سبيل الحصر، فمبدأ الشرعية الجنائية المعمول به في القانون الجنائي لا ينطبق بالكلية في مجال المساءلة التأديبية؛ لأن القانون الإداري لم يورد كافة الأفعال المشكلة للإخلال بالوظيفة العامة، مقرونة بالعقوبات الجائز توقيعها في كل حالة، فالأفعال المكونة للذنب الإداري في هذا القانون ليست محددة حصراً ونوعاً، كما لم يحدد المشرع نوع الجزاء الواجب تطبيقه، وإنما ترك تحديد ذلك للسلطة التأديبية بحسب تقديرها لدرجة جسامة الفعل، وما يستحقه من عقاب. ومرد ذلك أن "طبيعة العمل الإداري تتأبى على حصر كافة أوجه الإخلال بواجبات الوظيفة، كما أن قوام المسئولية الجنائية يختلف عن قوام المسئولية التأديبية؛ فالفعل وإن انتفت عنه الصفة الجنائية في بعض الأحوال، لفقدانه شرطاً من الشروط الواجب توفرها لاكتمال وصف الجريمة الموجبة للعقاب الجنائي، فإن ذلك لا ينفي عن ذات الفعل وصفه بأنه مخالفة تأديبية تتوفر له كل أركان المسئولية التأديبية"[٥]. وإذا كانت الجريمة التأديبية لا تخضع لمبدأ لا جريمة إلا بنص، فإن العقوبة التأديبية تحكم بمبدأ لا عقوبة بلا نص، ويعني هذا المبدأ أن السلطة التأديبية المختصة إذا كانت تترخص في تقدير ما يندرج في نطاق المخالفات التأديبية، فإنها ملزمة بأن توقع عقوبة من العقوبات التي حددها المشرع[٦].

---

(٢) قاموس لسان العرب لابن منظور دار المعارف، ص ٤٤٠٥، المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، ١٩٨١، ص٩٥.

(٣) إ.ع في الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٦٠ ق.ع بجلسة ٢٠١٥/٦/٦.

(٤) إ.ع في الطعن رقم ١٤٢٠ لسنة ٣١ق بجلسة ١٩٨٦/٣/١، مكتب فني ٣١ الجزء الثاني، ص ١٢٢٧.

(٥) إ.ع في الطعن رقم ٢٨٣٣٤ لسنة ٥٢ ق بجلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٧م، مكتب فني ٥٤ ص ١٩٣.

(٦) إ.ع في الطعن رقم ٢٣١٨٧ لسنة ٦٠ ق.ع بجلسة ٢٠١٥/٤/١١م.

وأخيراً فإن المخالفة الإدارية مردها فعل الموظف، سواء كان ذلك بالإيجاب كتعمد الإخلال بواجبات الوظيفة أو المساس بكرامتها، أم بالسلب كالإهمال والتقصير في تلك الواجبات، أو الامتناع عن القيام بها.

ثانياً- مفهوم العقوبة التأديبية:

العقوبة التأديبية هي جزاء أدبي أو مادي ينطوي على عنصر الإيلام الذي يلحق بالموظف العام في حياته الوظيفية[٧]. فهي جزاء يمس الموظف العام في مركزه الوظيفي. والمخالفة الإدارية هي سبب العقوبة التأديبية، فكل موظف يخالف الواجبات الوظيفية إنما يرتكب ذنباً إدارياً، هو سبب يسوغ تأديبه وظيفياً، فتتجه إرادة الإدارة إلى إحداث أثر قانوني في حقه، هو توقيع جزاء عليه بحسب الشكل والأوضاع المقررة قانوناً، وفى حدود النصاب المقرر[٨].

وبعبارة أخرى، فإن القرار التأديبي -كأي قرار آخر- يجب أن يقوم على سبب يبرره، فلا تتدخل الإدارة لتوقيع جزاء، إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، ورقابة القضاء لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب، تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً، فإن كانت منتزعة من غير أصول موجودة، أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها، أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها مادياً لا ينتج النتيجة التي يتطلبها القانون، كان القرار فاقداً لركن من أركانه (وهو ركن السبب)، ووقع مخالفاً للقانون[٩].

وتتعدد صور العقوبات التأديبية بداية من العقوبات الأدبية مثل: التنبيه والإنذار مروراً بالعقوبات المالية، كالخصم من الراتب أو خفضه أو تأجيل العلاوة الدورية أو الحرمان منها، أو الحرمان من الترقية، أو خفض الدرجة الوظيفية ذاتها، وهناك من العقوبات التأديبية من هي أشد جسامة مما سبق، كالوقف عن العمل لفترة مؤقتة، وأخيراً إنهاء الخدمة بالإحالة إلى المعاش أو الفصل.

المسألة الأولى
ماهية مبدأ التناسب

أولاً- مفهوم التناسب:

القرار الإداري له أركان خارجية وداخلية، وفكرة التناسب لا ترتبط بأركانه الخارجية المتعلقة بالاختصاص والإجراءات، وإنما تتعلق بأركان المشروعية الداخلية للقرار، ورغم الاتفاق على أن التناسب علاقة بين ركنين من أركان المشروعية الداخلية للقرار، إلا أن الرأي اختلف في تحديد هذين الركنين.

(١) التناسب علاقة بين ركني السبب والمحل

يرى هذا الرأي أن التناسب علاقة بين السبب والمحل: لأن رقابة التناسب هي رقابة على السبب في صورتها القصوى، والتي تتضمن التحقق من خطورة الحالة الواقعية، ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ[١٠]، ومن ثم فإن التناسب في مجال التأديب هو الملاءمة الظاهرة بين المخالفة الإدارية المرتكبة والعقوبة التأديبية الموقعة، أي التوافق بين الوقائع التي أدت لإصدار القرار وهي ركن السبب فيه، والإجراء المتخذ حيال تلك الوقائع، وهو ركن المحل فيه[١١]، فهو عيب من طبيعة موضوعية قوامه الخطأ في تقدير أهمية الوقائع المكونة للذنب الإداري، ونتيجة هذا الرأي أن التناسب أمر يتصل بعيب مخالفة القانون.

(٢) التناسب علاقة بين ركني السبب والغاية:

يرى هذا الرأي أن التناسب علاقة منطقية بين السبب والغاية، لأن القضاء بعدم تناسب العقوبة التأديبية مع المخالفة الإدارية مرتبط بعيب الغاية، ومن ثم فهو من عيوب إساءة استعمال السلطة، ولا يمكن عده من عيوب مخالفة القانون؛ لأن القرار صادر في إطار السلطة التقديرية لا المقيدة[١٢]؛ ولذلك يرى هذا الاتجاه أن مبدأ التناسب يعني التوافق بين سبب القرار الذي استدعى إلى اتخاذه، والغاية التي يسعى إلى تحقيقها، وبهذا فإن القاضي الإداري عند رقابته له يتحقق في العلاقة ما بين

(٧) د. محمد ماجد ياقوت: الدعوي التأديبية في النظام الوظيفي لضباط وأفراد الشرطة وثلاثة أنظمة خاصة للوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٧م، ص ٣١٩.

(٨) إ.ع في الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٣ ق.ع بجلسة ١٩٥٨/٣/٨م مكتب فني ٣ الجزء الثاني، ص ٨٦٨.

(٩) إ.ع في الطعن رقم ٨٤٠٥ لسنة ٤٧ ق.ع بجلسة ٢٠١٣/٤/٦م.

(١٠) مايا محمد نزار: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١م، ص ١٢.

(١١) د. محمد فريد الزهيري: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة، جامعة المنصورة، ١٩٨٩م، ص ٨.

(١٢) السيد محمد السيد إبراهيم: الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات التأديبية، مجلة العلوم الإدارية، السنة٥، العدد٢، ص ٢٦٥.

سبب القرار وغايته؛ لأن السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست هدفاً في ذاتها، وإنما هي لتحقيق المصلحة العامة، فإذا انحرفت الإدارة، وأصدرت قرارات لتحقق أهدافاً لا تتماشى والمصلحة العامة، فإن تلك القرارات تكون مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة.

والواقع أن ربط فكرة التناسب بركن الغاية من القرار الإداري، ومن ثم الانحراف باستعمال سلطة التأديب، لا تستقيم مع كون عيب الانحراف عيباً قصدياً، يقوم على استعمال السلطة لتحقيق الهدف غير المحدد قانوناً، فقد يقع عدم التناسب من غير أن تقصد السلطة التأديبية الخروج عن غاية التأديب، وهي ضمان سير المرفق العام بانتظام[١٣].

ومما سبق يتضح أن كلاً من الرأيين متفق على ارتباط التناسب بركن السبب في القرار الإداري، والاختلاف بينهما في ارتباطه بالركن الآخر، هل هو المحل أو الغاية؟ فأصحاب الرأي الأول ربطوا بين سبب القرار ومحله على أساس أن التناسب من المبادئ العامة للقانون، في حين اتجه الرأي الثاني للربط بين سبب القرار وغايته لتأسيس فكرة عدم التناسب، وبالنظر إلى أن عيب الغاية من العيوب القصدية، والذي قد لا يصدق في جميع حالات عدم التناسب، فإن الراجح هو تعلق مبدأ التناسب أكثر بمحل القرار وليس غايته.

ثانياً- شروط التناسب:

للتناسب في مجال النظام التأديبي شرطان أساسيان هما المعقولية واللزوم:

(١) شرط المعقولية:

تقوم فلسفة النظام التأديبي على تقويم الموظف وإصلاحه، وليس بتره واستئصاله من الوظيفة العامة، ومن ثم كانت أهمية النظر والترجيح عند اختيار العقوبة التأديبية اللازمة كجزاء مكافئ للمخالفة الإدارية المرتكبة، ولكي يكون الجزاء مناسباً يجب أن يكون معقولاً، فتحديد العقوبة لا يكون جزافاً، بل من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة بمن ارتكبها، فالأصل في العقوبة أنها ليست إيلاماً غير مبرر، وإنما يجب أن تكون ذات فائدة اجتماعية، وذلك حتى لا يكون الجزاء قاسياً على نحو يمثل عدواناً بغير مقتض على حرية أو حق أساسي، ولا يُعد واهياً فيكون مدعاة لمن هم في السلطة على هدر مصالح جديرة بالرعاية، وعلى قدر وصوله إلى نقطة التوازن بين تلك المسائل، بقدر نجاحه في الوصول إلى التناسب الذي يتقبله العقل[١٤].

(٢) شرط اللزوم:

مؤدى هذا الشرط أن العقوبة لا يمكن أن تجاوز في جميع الأحوال قدر الضرورة، فالإجراء الذي تتخذه الإدارة في حالة المخالفة الإدارية يتعين أن يكون لازماً وضرورياً لمجابهة تلك المخالفة، وأصل هذا الشرط يكمن في القاعدة المستمدة من الفقه الإسلامي التي تنص على أن "الضرورة تقدر بقدرها"، والتي تتمثل في حالة التأديب بلزوم توقيع العقوبة حفاظاً على دوام سير انتظام المرافق العامة بانتظام واضطراد.

ثالثاً- تمييز فكرة التناسب عن غيرها:

إذا كان التناسب يعني وفقاً للرأي الراجح التوافق بين سبب القرار ومحله، فإنه يتعين التمييز بينه وبين غيره مما قد يختلط به من مفاهيم ومصطلحات، مثل السلطة التقديرية أو الملاءمة.

(١) التناسب والسلطة التقديرية:

يُقصد بالسلطة التقديرية تمتع الإدارة بقدر من حرية التصرف في ممارسة مختلف اختصاصاتها القانونية، فإذا كان للجهة الإدارية حرية تقدير الظروف، والوقائع التي تبرر تدخلها من عدمه، وحرية اختيار التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف، وحرية تحديد الوقت المناسب الذي تتدخل فيه، كانت سلطتها تقديرية. والتناسب بين أهمية السبب والمحل يمثل أحد أهم مجالات السلطة التقديرية وجوانبها، بيد أنه ليس كل السلطة التقديرية، وإنما هو جزء من كل، فالسلطة التقديرية لها من الشمول والاتساع كمجال اختصاص

(١٣) د. محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ١٩٧١م، ص١٨٥.

(١٤) في هذا المعنى راجع د. محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٠م، ص١١٥.

يُترك فيه للجهة الإدارية التصرف بحرية، أما التناسب فينصب أساساً على عناصر القرار الإداري المُتخذ[١٥].

(٢) التناسب والملاءمة:

الملاءمة من أكثر المفاهيم تداخلاً مع فكرة التناسب، فالملاءمة تعني الجمع بين شيئين فأكثر، كما تعني الاتفاق والانسجام، فهي صفة في القرار الإداري تتحقق إذا كان مناسباً أو موافقاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة، إلى جانب مراعاة التوافق والتناسب بين السبب والإجراء المتخذ، ومن ثم فإن التناسب هو توافق في أحد أهم عناصر الملاءمة فقط من جهة السبب مع المحل، وبذلك فإن الملاءمة أوسع نطاقاً باعتبار التناسب عنصر واحد من عناصرها.

المسألة الثانية
الرقابة القضائية على مبدأ التناسب

في هذه المسألة نتناول بقدر من الإيجاز أسس تلك الرقابة، وموقف كل من الفقه والقضاء من مسألة الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في مجال التأديب على النحو الآتي:

أولاً- أسس الرقابة القضائية على مبدأ التناسب:

اختلف الرأي المجيز للرقابة القضائية على التناسب في تحديد الأساس القانوني لتلك الرقابة؛ فالبعض يرجعه إلى قاعدة التدرج في ذكر الجزاءات التأديبية، والبعض الآخر يرجعه إلى اعتبار مبدأ التناسب من المبادئ العامة للقانون، بينما يرجع رأي آخر أساس الرقابة إلى الاعتبارات العملية، واعتبارات العدالة، ويرى فريق آخر أنها تجسيد للدور المُنشئ للقاضي الإداري.

(١) قاعدة التدرج:

أساس تلك القاعدة هو تعداد المشرع للعقوبات التأديبية بصورة متدرجة في شدتها، بما يؤكد أن المخالفات التأديبية ليست على درجة واحدة من الجسامة والخطورة؛ لذا كانت درجة خطورة الفعل هي حجر الزاوية لدى تقدير الجهة الإدارية للعقوبة المناسبة، فالمخالفة بمثابة فعل والعقوبة هي رد الفعل.

ولهذه القاعدة مجموعة من الضوابط قوامها درجة خطورة الفعل (وهو معيار موضوعي)، وتحقيق الصالح العام أي حكمة تقرير الجزاء، ومراعاة ظروف وملابسات المخالفة والتفرقة بين العمد والإهمال، والوضع الوظيفي للموظف (أي سنه ومدة خدمته)، وهل المخالفة للمرة الأولى أو متكررة.

(٢) المبادئ العامة للقانون:

اعتبار مبدأ التناسب من المبادئ العامة للقانون ليس متفقاً عليه بالإجماع؛ وأساس هذا الخلاف هو اختلاف الأنظمة القانونية المطبقة، ففي مصر وفرنسا ابتدع مجلس الدولة فيهما هذا الأمر، وعده من مبادئ المشروعية، وساعد على ذلك في فرنسا ما شهدته إبان الحرب العالمية الثانية من تراجع في مجال الحقوق والحريات العامة، وزوال ما كان سائدًا من مبادئ دستورية، فتدخل مجلس الدولة الفرنسي واعتبر أن النصوص المكتوبة ليست وحدها مصدر القانون، إذ هناك من القواعد ما هو ليس مكتوباً ويعد انتهاكه وصماً لتصرفات الإدارة بغير المشروعية. أما في مصر فالأمر تخطى التنظيم القانوني إلى التطبيق الدستوري لهذه المبادئ، فقد عدت المحكمة الدستورية العليا أن التناسب أمر لا تلتزم به الجهات الإدارية وحدها، بل السلطات كافة بما فيها السلطة التشريعية إبان ممارستها لاختصاصاتها التشريعية، وفي بريطانيا وأمريكا رفض اعتبار التناسب كمبدأ من مبادئ القانون، والسبب في ذلك يرجع إلى رفض الأنظمة القانونية بتلك الدول لهذا النوع من الرقابة، إذ استعاضوا عنها بأفكار موازية، مثل الخطأ في التقدير، وقواعد الإنصاف.

ونحن من جانبنا، نرجح النظر إلى رقابة القضاء الإداري على التناسب بوصفه مبدأً من المبادئ العامة للقانون، فالهدف من وجود أي نظام قضائي هو تحقيق العدالة، والتناسب هو سياج حماية الحقوق والحريات من توغل السلطات عليها، ومن ثم فهو أحد المبادئ العامة للقانون.

ثانياً- موقف الفقه من الرقابة على التناسب:

اختلف الفقهاء حول قبول مبدأ الرقابة على التناسب في مجال التأديب من جهة الأصل، وأساس هذا الاختلاف هو عدم وجود تقنين حصري للمخالفات، وما

(١٥) د. محمد فريد الزهيري: المرجع السابق، ص ٢١.

يقابلها من عقوبات، مما أجاز بطبيعة الحال للجهات الإدارية حرية تقدير الجزاء المناسب للفعل المقترف، ومن هنا انقسم الفقه إلى مؤيد ومعارض بحسب نظرته إلى اعتبار الرقابة مصادرة لهذا الاختصاص من عدمه.

(١) الاتجاه الرافض لرقابة التناسب:

ذهب فريق إلى رفض الرقابة على التناسب، وقد تزعم هذا الاتجاه في فرنسا wallen فذهب إلى أنه لا رقابة على الإدارة، وكل ما عليها أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال؛ وذلك لأن تلك الرقابة تتعارض مع السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة في مجال التأديب؛ فجوهر تلك السلطة هو الإطلاق، وعلى ذلك إما أن تكون مطلقة من غير رقابة فتمارس، أو غير مطلقة وخاضعة لرقابة، وهنا لا يجوز تسميتها بسلطة تقديرية، فالإدارة إما أن تتبع القانون حرفياً، وإما أن تتحين ما يلائم المرفق من تدابير أو تصرفات، فالمُشرع لا يملك أن يضع لكل حالة حكمها الخاص بها، وإلا قضى على روح الابتكار والتجديد لدى الإدارة.

كما أنها تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات؛ لأن القاضي التأديبي في حالة الرقابة على التناسب يحل تقديره هو محل تقدير جهة الإدارة، فالإدارة تختار من الجزاءات ما يتفق أكثر من غيره مع احتياجات الصالح العام، وإذا سمح للقاضي بالتعقيب عليها، كان رئيساً أعلى لها(وهو ما لا يجوز)، فالحال لا يختلف تماماً كحالة عدم جواز تطرق القاضي بما ينظر فيه من دعاوى لتقدير ملاءمة التشريع، إذ يعد ذلك سلباً لاختصاص تشريعي من جانب، وإقحام للقاضي في مجالات سياسية من جانب آخر، إذ لا يجدي القاضي بحثه لمدى ضرورة التشريع المطبق أو تفنيد أسبابه، والقاضي حين يلغي جزاءاً ما، إنما يلغيه ليس على أساس عدم التناسب، وإنما لكونه ليس فيه خير لحسن سير المرفق، فدور القاضي يقف عند التحقق من ارتكاب الواقعة، وكونها تمثل خطأً من غير بحث لجسامة الخطأ أو العقوبة المناسبة له، وغير ذلك إخراج للقاضي من مهمته لشأن من شؤون الحكم، بما يحمل في طياته خطر انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات.

كما أن التناسب لا يكون سوى صورة من صور إساءة استعمال السلطة، وهي من العيوب القصدية التي يتعين على المدعي إقامة الدليل عليها، ولا يقدرها أو يثبتها القاضي التأديبي بنفسه، فرقابة التناسب تستلزم البحث في أهمية ودرجة الذنب والجزاء، وهو ما لا يمكن للقاضي الوصول إليه؛ لوجود اعتبارات تتعدى ما تحت يده من معلومات وبيانات لا يملكها غير الإدارة، والتي تهيمن على تقديرها بما لها من خبرة في هذا المجال، فالقاضي الإداري يقضي ولا يدير، كما أن رقابة القاضي على فعل الإدارة تشبه رقابة النقض على محكمة الجنايات التي تصدر أخطر الأحكام أثراً على حياة الفرد وحريته، والتي لا تقارن بمجال التأديب الوظيفي، ومع ذلك لا تملك محكمة النقض أن تخول لنفسها حق التعقيب على تقدير محكمة الجنايات للعقوبة، وكذلك هو ما يجب أن يكون عليه الحال بشأن فعل الإدارة.

ومن هنا كان السماح للقاضي الإداري بإعمال رقابته على التناسب في القرارات التأديبية هدراً لفاعلية الإدارة التي يجب أن تكون مهيمنة على شؤون موظفيها لسببين؛ أولهما: أنها الأقدر على تقدير خطورة ما صدر عن موظفيها من أفعال، وتقدير ما نتج عنها من أضرار بمصلحة العمل. وثانيهما: أن العقوبة ليست خطاباً موجهاً للمذنب وحده، بل هي تعميماً صادراً بالإنذار لباقي الموظفين، وهي أمور يتعذر على القاضي تقدير مناسبة الجزاء الأفضل الذي يملك تحقيقها دون غيره، ومن ثم فإن إقرار هذه الرقابة يضعف من سلطة الإدارة على موظفيها، ويهدر فاعليتها في مجال التأديب.

(٢) الاتجاه المُؤيد لرقابة التناسب:

ذهب الرأي الراجح إلى ضرورة تأييد الرقابة القضائية على التناسب بين المخالفة والعقوبة بالنظر إلى أهمية تلك الرقابة، إذ لا يعقل أن تستقل الإدارة بجزاء مثل جزاء الفصل من الخدمة، يجريه موظف على آخر دون ضمانة موضوعية تتمثل في رقابة القضاء له، ويحتج الفريق المؤيد لصحة وجهة نظره بعدة أسانيد أهمها:

- أن رقابة التناسب تتعلق بالمشروعية الداخلية للقرار التأديبي، فالعدالة تأبى قبول عدم التناسب الصارخ بين الجزاء الموقع والمخالفة المرتكبة، لاسيما في ظل ما كشفت وتكشف عنه أحكام القضاء كل يوم من مآخذ غير مقبولة على مسلك الإدارة، فضلاً عن كون السلطة التقديرية ليست امتيازاً للإدارة، بل واجب الهدف منه تحقيق الصالح العام، وحماية حقوق الأفراد، وبذلك فهي من عناصر المشروعية،

والقاضي الإداري بحكم طبيعة وظيفته القضائية، ودوره الإنشائي يتناول الحدود الفاصلة بين نطاق المشروعية والملاءمة بالتطوير والتحديد المستمر، فالقاضي الإداري لا يملك أن يحكم بإلغاء القرار الإداري لعدم الملاءمة، ولكنه يملك الحكم ذاته تأسيساً على عدم المشروعية.

- ❖ أن رقابة التناسب تمثل الغاية من التدرج في العقوبات، إذ يذهب المشرع في بعض التشريعات الخاصة إلى تنظيم المجال التأديبي بالوظيفة العامة على مرحلتين الأولى: لتحديد الأخطاء التأديبية على سبيل الحصر من خلال تقسيمها ثلاثياً بحسب جسامتها من بسيطة إلى متوسطة إلى شديدة الجسامة، والثانية: لتخصيص نوع معين من الجزاءات لكل تقسيم منها، مع تقسيم العقوبات إلى درجات تصاعدية أو تنازلية بالنظر إلى درجة جسامة ونوع الفعل من خلال التخلص من العقوبات التي لا تطبق عملياً، أو إدماج المتشابه منها، مع وضع حد أدنى وأقصى لكل عقوبة منها، وقطعاً فإن الغاية من التدرج دليل على قصد المشرع في قياس الجزاء بما ثبت له من خطأ، ضماناً للعدالة الوظيفية؛ ولذلك فإن فحص القاضي لدرجة الخطأ المرتكب ومناسبة العقوبة له لا يعني اعتداءً على السلطة التقديرية، وإنما تضييقها وحصرها، إذ إن إقرار مبادئ عامة للقانون من شأنه توسيع دائرة مبدأ المشروعية، وتوسيع دائرة المشروعية يؤدي إلى تضييق وحصر نطاق السلطة التقديرية.

ويرد هذا الاتجاه على حجج الاتجاه الرافض للرقابة على التناسب بالحجج الآتية:

- ❖ أن رقابة التناسب لا تتعارض مع السلطة التقديرية للإدارة؛ لأن القاضي الإداري بوصفه قاضي مشروعية لا يتناول السلطة التقديرية للإدارة إلا من خلال المبادئ العامة للقانون، من خلال فحص محل القرار الإداري (الجزاء الموقع) ومدى توافقه مع القانون.
- ❖ أن الرقابة على الملاءمة في التأديب مردها عيب السبب في القرار الإداري، وليس الانحراف بالسلطة حتى ينظر إلى رقابته؛ بكونها رقابة على السلطة التقديرية.
- ❖ أن القاضي الإداري إنشائي؛ إذ يستطيع إقرار قواعد قانونية يحرر بموجبها الحدود الفاصلة بين المشروعية والملاءمة، بأن يجعل من بعض عناصر ملاءمة القرار شرطًا لمشروعيته، حتى لا يشوب التقدير غلوٌ.
- ❖ أن رقابة التناسب لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات؛ لأن الفصل بين السلطات غير حقيقي في شأن القاضي الإداري، إذ الأخير نشأ في أحضان الإدارة، والدافع لنشأته هو توفير مناخ استقلالي للإدارة بشؤونها، وقيام قضاء يدرك طبيعة العمل الإداري حتى يصلح للفصل في نزاعاته، وعلى الرغم من الاستقلال بين القضاء والإدارة، إلا أن أواصر الصلة لا تنقطع أبداً بينهما، ويصعب التحدي بمبدأ الفصل بين السلطات في شأنهما، رغم الاستقلال العضوي بينها، إذ يساهم القضاء الإداري بالقسم الاستشاري لديه في تشكيل معالم البناء الإداري بما يصدره للإدارة من أراء، وهو ما انعكس بدوره على خبرة القضاة، وإلمامهم بدقائق العمل الإداري، وأولويات تحقيق مصلحة المرفق العام.

ونحن من جانبنا نذهب إلى أن الرقابة على التناسب لا تتعارض لا مع السلطة التقديرية، إذ يتجه القضاء الإداري الحديث إلى زيادة مجال الاختصاص المقيد على حساب السلطة التقديرية عن طريق حيلتين هما: استدعاء المبادئ العامة للقانون، واستلهام روح التشريع.

كما أنها لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات؛ لأنه يؤخذ على إطلاقه، فالأصل أن تتعاون السلطات فيما بينها تحقيقاً للصالح العام؛ لذا لا غضاضة في قيام رقابة التناسب وصولاً إلى تحقيق مبدأ التوازن بين السلطات، وتبادلاً لأدوار الرقابة فيما بينها، والفصل بين السلطات قول متصور قبوله فيما بين علاقة القضاء العادي وأعمال السلطة التنفيذية، إذ الصلات محددة ومنظمة تشريعياً، أما علاقة الإدارة والقضاء الإداري فهي علاقة البحث عن نقطة التوازن بين مصلحة الأفراد والمصلحة العامة، فقد نشأ القضاء الإداري بغرض حماية الإدارة نفسها مما كان يمارس عليها من تعدٍّ، وتحول فيما بعد من حامي الإدارة إلى حامي الأفراد في مواجهتها.

وأخيراً فإنها تتعلق بالمشروعية الداخلية للقرار التأديبي، وما تقتضيه العدالة من تناسب بين المخالفة والجزاء، فالعقوبة التأديبية ليست حقاً شخصياً للرئيس الإداري يستأثر بها لخصاصة نفسه، والتناسب يمثل الغاية من تدرج وتفريد العقوبة التأديبية، بما تمثله تلك المسألة من ضرورة حتمية لتفريد المعاملة بين المخالفين.

ثالثاً- موقف القضاء من الرقابة على التناسب:

يجب التنويه إلى أن الرقابة على التناسب في الأصل من صنع واجتهاد القضاء الإداري الذي أقر تلك الرقابة من خلال الاجتهاد القضائي من اختلاف في تحديد آلية ومضمون تلك الرقابة.

(١) القضاء الإداري المصري وابتداع نظرية الغلو:

للقضاء الإداري المصري فضل السبق في إقرار الرقابة القضائية على التناسب في المجال التأديبي، وقد تطور قضاء مجلس الدولة المصري في هذا الصدد (على مرحلتين):

المرحلة الأولى- رفض رقابة التناسب:

استقر القضاء الإداري منذ بواكير أحكامه على عدم الرقابة على تقدير العقوبة التأديبية، ومدى تناسبها مع المخالفة المرتكبة، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن: "رقابة المحكمة على القرارات الصادرة بالجزاءات التأديبية لا تكون إلا في نطاق بحثها من الناحية القانونية، ولا تمتد إلى التقدير الموضوعي في ذاته، وطالما أن القرار المطعون فيه غير مخالف للقانون، ومبنيٌ على أسباب صحيحة، استخلصت من أصول ثابتة في الأوراق تبرر صدوره، فإنه لا يجوز الطعن عليه أو تجريحه بأية حال"[١٦]. كما قضت بأنه: "ليس لهذه المحكمة أن تعقب على مقدار الجزاء التأديبي الموقع، ما دام يدخل في الحدود القانونية المقررة، إذ أن تناسب الجزاء مع الفصل موضوع التأديب أو عدم تناسبه، مما تترخص المجالس التأديبية في تقديره"[١٧]. كما أنه: "ليس للمحكمة أن تتعرض لملاءمة مقدار الجزاء، إذ أن ذلك متروك لتقدير الإدارة ما دام يدخل في حدود النصاب القانوني"[١٨].

والملاحظ هنا أن محكمة القضاء الإداري رفضت باستمرار الرقابة على التناسب بين الجزاء والمخالفة، أو مراجعة مدى ملاءمة الجزاء، ولم تشترط لصحته سوى ثبوت أسبابه، ودخوله ضمن النصاب الجائز توقيعه.

وقد شايعت المحكمة الإدارية العليا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري حيث قضت بأنه: "إذا استند القرار إلى وقائع مادية صحيحة لها وجود ثابت فعلاً بالأوراق، وهي وقائع لها دلالتها في تقدير سلوك الموظف الذي وقع عليه الجزاء، وقد استخلصت منها السلطة الإدارية المختصة عقيدتها، واقتناعها بعدم صلاحيته للاستمرار في الخدمة - كرجل بوليس - استخلاصاً سائغاً سليماً يبرر النتيجة التي انتهت إليها في شأنه وهي الفصل، فإن قرارها - و الحالة هذه - يكون قائماً على سببه، ومطابقاً للقانون، دون أن تكون للقضاء الإداري رقابة على تقدير مدى عدم الصلاحية هذه، أو تناسبها مع التصرفات المأخوذة عليه، إذ إن هذا من الملائمات التي تنفرد الإدارة بتقديرها، بما لا معقب عليها في ذلك، والتي تخرج عن رقابة القضاء الإداري"[١٩].

المرحلة الثانية- نظرية الغلو:

في مرحلة لاحقة، وبسبب الاعتبارات العملية التي أملتها ضرورة إرساء معالم العدالة الإدارية، وإزاء ما لمسته المحكمة من وقائع صارخة، تتأبى معها العدالة من إقرار الجهات الإدارية على إفراطها أو تفريطها في استعمال سلطة التأديب، فقد وضعت المحكمة الإدارية العليا أساس الرقابة على مبدأ التناسب من خلال صياغتها لنظرية الغلو إذ قضت بأنه: "ولئن كانت للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، فإن مناط مشروعية هذه السلطة، شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة

(١٦) ق.إ في الدعوي رقم ٢٤٨ لسنة ٤ ق بجلسة ١٩٥٣/٦/٨م مكتب فني٧، الجزء الثالث، ص ١٤٩٨.

(١٧) ق.إ في الدعوي رقم ٣٥٨ لسنة ٢ق بجلسة ١٩٤٨/١٢/١٤م مكتب فني٣، الجزء الأول، ص ١٧٠.

(١٨) ق.إ في الدعوي رقم ١٢٢ لسنة ٣ق بجلسة ١٩٥٠/١٢/٦م، مكتب فني٥، الجزء الأول، ص٢٣٢.

(١٩) إ.ع في الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٣ ق.ع بجلسة ١٩٥٨/٣/١م، مكتب فني ٣ الجزء الثاني، ص ٧٦٩.

الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب، وهو بصفة عامة تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مقارفة صارخة؛ فالشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسئولية، خشية التعرض لهذه القسوة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي الي استهانتهم بأداء واجباتهم، طمعاً في هذه الشفقة المفرطة من اللين، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، ولذلك يتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب. وعلى هذا الأساس يعد استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة. ومعيار عدم المشروعية هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره"[٢٠].

وتستطرد المحكمة في شرحها لنظريتها لتؤكد على أن أساس رقابة التناسب هو التدرج في الجزاءات التأديبية إذ قضت بأن: "الأفعال المكونة للذنب الإداري إذن ليست محددة حصراً ونوعاً، وإنما مردها بوجه عام إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها، وكل فعل بالذات لم يحدد له ما يناسبه من جزاء، وإنما ترك تحديد ذلك للسلطة التأديبية بحسب تقديرها لدرجة جسامة الفعل، وما يستأهله من جزاء في حدود النصاب القانوني المقرر. والمحكمة التأديبية بوصفها سلطة تأديبية ينبغي عليها أن تلتزم هذا النظام القانوني، وتسند قضاءها إليه في تكييفها للفعل المكون للذنب الإداري وفي تقديرها للجزاء الذي يناسبه، ذلك أنه هو النظام القانوني الواجب التطبيق في هذا الخصوص؛ فينبغي -إذا هي انتهت من وزن الأدلة إلى ثبوت الفعل المكون للذنب الإداري -أن تقيم الإدانة على أساس رد هذا الفعل إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها، وأن تقيم تقديرها للجزاء الذي توقعه على أساس التدرج بحسب درجة جسامة الذنب. فإن هي سارت على السنن المتبعة في قانون العقوبات، فلم ترد الفعل المكون للذنب الإداري إلى الإخلال بواجبات الوظيفة أو الخروج على مقتضياتها، وإنما استعارت له وصفاً جنائياً وارداً في قانون العقوبات، وعنيت بتحديد أركان الفعل على نحو ما حدده القانون المذكور للوصف الذي استعارته، ثم اختارت لهذا الفعل أشد الجزاءات التي يجيز قانون التوظف توقيعها بمقولة أن هذا الجزاء هو الذى حدده القانون لهذا الفعل، وإنها إن فعلت ذلك كان الجزاء المقضى به معيباً؛ لأنه بُني على خطأ في الإسناد القانوني، فهذا الجزاء وإن كان من بين الجزاءات التي أجاز قانون التوظف توقيعها، إلا أنه أسند إلى نظام قانوني آخر غير النظام القانوني الواجب التطبيق"[٢١].

ويُعد الحكم السابق نقطة تحول في مسار القضاء المصري، فقد استقر منذ هذا التاريخ على بسط رقابته على مبدأ التناسب الذي أضحي عنصراً مهماً في عملية التأديب[٢٢].

وقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن: "من صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب، ويعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة التي يخضع لرقابتها أيضاً تعيين الحد الفاصل بين النطاقين، ومن هذا جاء تدرج القانون بالعقوبات التأديبية المقررة للذنوب الإدارية بدءاً بالإنذار، وانتهاء بالفصل من الخدمة، وعلى نحو يحقق بالتعدد في الجزاءات هدف العقاب ومشروعيته بزجر مرتكب الفعل وغيره، وتأمين سير المرافق العامة"[٢٣].

وفي حكم آخر ألغت المحكمة العقوبة، وأحلت محلها عقوبة أخرى أخف بالنظر إلى مآلات تطبيق العقوبة الأشد، إذ قضت بأنه: "ولئن كانت عقوبة العزل من الوظيفة مع الاحتفاظ بالمعاش أو المكافأة إحدى العقوبات التأديبية التي نص عليها قانون تنظيم الجامعات في مادته ٤/١١٠ إلا أن النظر إلى هذه العقوبة يجب ألا يقتصر

(٢٠) إ.ع في الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٧ق.ع بجلسة ١٩٦١/١١/١١م، مكتب فني٧، الجزء الأول، ص٢٧.

(٢١) ذات الحكم السابق.

(٢٢) من أمثلة القضاء المصري في هذه المرحلة إلغاء عقوبة الفصل من الخدمة لشطب دفتر تذاكر، وإلغاء عقوبة الفصل من الخدمة بسبب المساعدة في الغش أثناء مراقبة الامتحانات لجار للطاعنة مجاملة لا للتربح المادي، وإلغاء حكم فصل من الخدمة والنزول به للإحالة للمعاش مراعاة لسن المحال وأن ما صدر منه كان للمجاملة وليس الرشوة بما يكفي معه مذلة التحقيق.

(٢٣) إ.ع في الطعن رقم ٢٦٢٦١ لسنة ٥٦ ق.ع بجلسة ٢٠١٥/١/١٠م.

على أثرها الشخصي فحسب؛ لكونها عقوبة ذات أثر اجتماعي تمتد آثارها إلى سائر أفراد أسرة من توقع عليه هذه العقوبة، بل إلى الأجيال المتعاقبة من أسرتها، ومن ناحية إنه ولئن ثبت في حق الطاعنة مخالفة عدم مراعاة الأمانة العلمية فيما أعدته من أبحاث للترقية لدرجة أستاذ، فإن المحكمة تضع في اعتبار ما عسى أن يترتب علي عقوبة عزلها من الوظيفة من آثار مخزية تمتد لغيرها، ممن لا يد لهم في ارتكابها، بل قد لا يتصل علمهم بها، الأمر الذى يشوب هذه العقوبة بالغلو، ورداً للأمور إلى نصابها الصحيح فإن المحكمة تكتفي بتوقيع عقوبة اللوم مع تأخير التعيين في الوظيفة الأعلى، أو من في حكمها لمدة سنتين"[٢٤].

وفي حكم آخر قضت بأنه: "وفي هذا المقام ترى المحكمة أن الوضع الوظيفي للطاعنة وما ثبت في حقها من عدم أمانة علمية يشكلان خطورة بالغة كانت تستوجب أخذ المخالفة بنوع من الحزم، بيد أنه لما كان تقدير الجزاء يجب أن يكون منظوراً فيه إلى اعتبارات أخرى كإصلاح حال المخالفين، وردعهم عن العودة إلى مثل تلك المخالفات، أو كانت هناك من الظروف والملابسات المصاحبة لوقوع المخالفة ما يستوجب التخفيف أو التشديد والتغليظ إلى الدرجة التي تحتم إنهاء العلاقة الوظيفية للمخالف، صوناً للمرفق من خطر استمرار المخالف في العمل، ومتى كان ذلك، وكانت الأوراق قد خلت من ثمة ما يفيد بأنه سبق للطاعنة أن اقترفت مثل هذه المخالفة إبان حياتها الوظيفية باستثناء الواقعة المعروضة، الأمر الذي تقدر معه المحكمة أن الجزاء الموقع على الطاعنة مشوب بالغلو، ويتعين والحالة هذه القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه والقضاء مجدداً بمجازاة الطاعنة بعقوبة اللوم مع تأخير العلاوة المستحقة، وعسى أن يكون ما حدث سقطة لن تعود، وفرصة أخيرة للطاعنة للحفاظ على وضعها الوظيفي، ومراعاة سيرتها ومستقبلها العلمي مما انزلقت إليه من عدم بذل الجهد والنقل من الآخرين"[٢٥].

وفي حكم حديث آخر قضت بأن: "الحكم الصادر من محكمة الجنايات المشار إليه أدان الطاعن في مخالفتي تزوير في محررات رسمية في الأحكام الصادرة في القضايا المشار إليها تفصيلاً بحكم محكمة الجنايات المشار إليه باصطناع أحكام الإدانة والبراءة ومهرها بتوقيعات عزاها زوراً لرئيس المحكمة، والتزوير بدفتر يومية الجلسات واستعمال المحررات المزورة فيما زور من أجله بتقديمها للمختصين بجهة عمله محتجاً بصحة ما ورد بها وإعمال آثارها مع علمه بتزويرها، وتقليده لإمضاء السيد رئيس المحكمة على المحررات المزورة. فإن هذا الحكم يحوز حجيته أمام مجلس تأديب العاملين بمحكمة الإسكندرية الابتدائية، وحيث إن الحكم الجنائي المشار إليه قد قطع في أسبابه المرتبطة بمنطوقه إلى اقتراف المتهم- الطاعن- للجُرم المُسند إليه، والذي يبعث على عدم الثقة فيه كأمين سر بمحكمة المنتزه - جنح- يدور عمله حول حفظ السر والأمانة والائتمان بحسبانه مؤتمناً على القضايا وعلى أسرار المحكمة التي ينتسب بالعمل فيها، وما ينبغي أن يكون عليه الموظف الذي يقوم بدور معاوني القضاء من أمانة وثقة مما يعد مسلكه معيباً يتعارض مع كرامة الوظيفة والسلوك القويم المفترض في الموظف العام. وحيث إن المخالفة التي ارتكبها الطاعن واقترفتها يداه تمثل إخلالاً بواجبات الوظيفة وخروجاً سافراً على مقتضياتها مما يستوجب مجازاته بما يتناسب وفداحة الجُرم المُرتكب. وإذ قضى الحكم المطعون فيه بمُجازاة الطاعن بالإحالة إلى المعاش فإنه يكون قد صدر سليماً متفقاً وأحكام القانون، ويضحى الطعن الماثل غير قائم على سند جديراً بالرفض"[٢٦].

وقد استقرت المحكمة على أن: "التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الذي يوقع عنها إنما يكون في ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة في ضوء الظروف والملابسات المشكلة لأبعادها، ومن ثم فإن جسامة العمل المادي المشكل للمخالفة التأديبية إنما يرتبط بالاعتبار المعنوي المصاحب لارتكابها، بحيث لا تتساوى المخالفة القائمة على غفلة أو استهتار، بتلك القائمة على عمد والهادفة إلى غاية غير مشروعة؛ إذ لا شك إن الأولى أقل جسامة من الثانية، وهو ما يجب أن يدخل في تقرير من يقوم بتوقيع الجزاء التأديبي على ضوء ما يستخلصه استخلاصاً سائغاً من جماع أوراق الموضوع"[٢٧].

ورتبت المحكمة على هذا القضاء أن: "الاستخلاص الأقوم الذي انتهى إليه مجلس التأديب في أسباب قراره

(٢٤) إ.ع في الطعن رقم ١٦٤٢٤ لسنة ٦٠ ق.ع بجلسة ٢٠١٥/٢/٧م.
(٢٥) إ.ع في الطعن رقم ١٩٦٤٢ لسنة ٦٠ ق.ع بجلسة ٢٠١٦/٢/٢٠م.

(٢٦) إ.ع في الطعن رقم ٣٥٠٦٥ لسنة ٦٠ق.ع بجلسة ٢٠١٥/٥/١٦م.
(٢٧) إ.ع في الطعن رقم ٢٨٨٨٥ لسنة ٥٤ ق.ع بجلسة ٢٠١٥/٣/٢١م

المطعون فيه أن الطاعن لم يتمسك بالتقاليد والأعراف الجامعية، ولم يحافظ على سمعة طالباته بالكلية التي يعمل بها، وحاول النيل من أجسادهم وسمعتهم، فمن ثم أضحى غير صالح للبقاء في وظيفته كأستاذ بالجامعة، حيث لا يؤتمن على التعامل مع الطالبات، الأمر الذي يتحقق معه صحة سلامة استخلاص مجلس التأديب في قراره المطعون لإدانة الطاعن عن المخالفتين الأولى والثانية المنسوبتين إليه، وأن هذه المحكمة ترى أن جزاء العزل من الوظيفة مع الاحتفاظ بالمعاش والموقع على الطاعن يتناسب صدقاً وعدلاً مع هاتين المخالفتين التي تتصفان بالجسامة لتلقي بالطاعن خارج محراب الجامعة، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطعن"[٢٨].

(٢) القضاء الإداري الفرنسي ونظرية الخطأ الظاهر في التقدير:

تمكن القضاء الإداري الفرنسي من بسط رقابته على مبدأ التناسب في مرحلة متأخرة عن نظيره المصري، وكما مر القضاء المصري بمرحلتين في بسط رقابته على التناسب، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد مر بالمرحلتين ذاتهما، على النحو الآتي:

❖ مرحلة القضاء التقليدي ورفض رقابة التناسب:

رفض مجلس الدولة الفرنسي حتى عام ١٩٧٨م رقابة التناسب على القرارات التأديبية، وكان دائماً يبرر هذا الموقف بأن التناسب بين المخالفة والجزاء من إطلاقات السلطة التقديرية لسلطة التأديب، التي لا يمكن الرقابة عليها، وأن رقابته تقف عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها.

والسبب في هذا الموقف أن جهة الإدارة تكون أقدر على تقدير مصلحة المرفق العام، والأسباب التي دفعت الموظف إلى ارتكاب المخالفة، وهي عوامل بعيدة عن نظر القاضي، فضلاً عن أن التقدير القضائي لمدى جسامة العقوبة التأديبية يقود إلى أن يحل نفسه محل الجهة الإدارية، أو على أقل تقدير يسلبها حريتها في تسيير العمل على النحو الذي يكفل انتظام وحسن سير المرفق العام[٢٩].

❖ مرحلة القضاء الحديث ونظرية الغلط الظاهر في التقدير:

تغير موقف مجلس الدولة الفرنسي بسبب الانتقادات التي وجهت لقضائه التقليدي برفض رقابة التناسب، والتي أدت في واقع الحال إلى غلو الجهات الإدارية في توقيع العقوبات التأديبية، على نحو أخرجها عن طور المعقولية.

وقد جاء قضاء المجلس الحديث في قضية ليبون عام ١٩٧٨م، وتخلص وقائعها في أن السيد ليبون كان يعمل مدرساً بأكاديمية في مقاطعة تولوز، واتهم بارتكاب أفعال وإشارات مخلة بالحياء إلى تلاميذه بالفصل، وعلى أساسها عوقب بالإحالة إلى المعاش، وقد طعن على هذا القرار حيث رفضت محكمة تولوز طلبه، استناداً إلى عدم كفاية السبب، وقد تقدم بطعن أمام مجلس الدولة الذي قرر في ١٩٧٨/٦/٩م أن الفعل المنسوب إليه ثابت في حقه، وأنه يشكل خطأً يبرر عقوبة إحالة المعاش، من غير أن يشوب ذلك غلط بيِّن، أو خطأ ظاهر في التقدير.

ويُعرف الخطأ الظاهر في التقدير بكونه: "عيباً يشوب تقدير السلطة التأديبية للوقائع، من حيث حقيقة خطورتها وأهميتها، وما يستتبعها من عقوبة غير مناسبة، والمعيار المعتمد للتسليم بعدم مشروعية قرار تأديبي لخطأ ظاهر في تقديره، هو كل من المعيار اللغوي الذي يعتمد على السطوع وتجاوز التقدير إلى درجة المعقولية بمعنى أن يكون غير متناسب بشكل واضح حتى لغير المتخصصين في القانون، بالإضافة إلى المعيار الموضوعي الذي يبرز دور القاضي الإداري عن طريق دراسته لملف الدعوى والظروف التي أحاطت بتقدير السلطة التأديبية للوقائع التي تمثل الخطأ"[٣٠].

(٢٨) ذات الحكم السابق.

(٢٩) د. هيثم حليم غازي: مجالس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٤٤٧.

(٣٠) د. علي خطار شطناوي: الضوابط القضائية التي أوردتها محكمة العدل العليا على ممارسة الإدارة لصلاحياتها التقديرية، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد٢٦، العدد الأول، ١٩٩٩م، ص١٥.

(٣) موقف محكمة القضاء الإداري بعُمان من فكرة التناسب.

لم تخرج محكمة القضاء الإداري بسلطنة عمان عن موقف نظرائها بمصر أو فرنسا، إذ استقرت على بسط رقابتها على مدي تناسب الجزاء الموقع على الموظف العام مع مخالفته الإدارية المرتكبة، حيث قضت الدائرة الابتدائية بالمحكمة بأنه: "وحيث لئن كان لمجلس التأديب الإداري سلطة تقدير خطورة وجسامة المخالفة الإدارية وما يناسبها من جزاء لا ينازعه فيه أحد، إلا أن مناط هذه المشروعية ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة بين جسامة المخالفة الإدارية وبين الجزاء الموقع عليها، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم فإنه يخضع لرقابة هذه المحكمة ، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة جسامة المخالفة الإدارية لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء، ولما كان الجزاء الذي أنزلته جهة الإدارة المتمثلة في مجلس التأديب الإداري على الموظف، وهو الفصل من العمل وهو أقصى العقوبات المقررة في باب الجزاءات التأديبية مما يجعل الجزاء مشوباً بالغلو، ومن ثم مخالفاً لحكم المادة (٢٠٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية سالفة الذكر، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم صحته مع يترتب على ذلك من آثار"[٣١].

وقد أيَّدت الدائرة الاستئنافية الحكم السابق، واستقر قضاؤها على أنه: "يجب على السلطة المختصة بتوقيع العقوبة أن تختار العقوبة التي تتناسب مع جسامة المخالفة، ويكون التناسب بين المخالفة وبين العقوبة التي توقع عليها، على ضوء الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة المنسوبة إلى الموظف"[٣٢].

(٣١) حكم المحكمة في الدعوي رقم ١١٤ لسنة ٤ ق بجلسة ٢٠٠٥/١/٤م.
(٣٢) الاستئناف رقم ٢٦٣ لسنة ١٢ ق.س بجلسة ٢٠١٢/٥/٧م.

مبدأ الأمن القانوني وتطبيقاته العملية

المستشار/د. أسامة فتحي عبادة
محكمة القضاء الإداري
بسلطنة عُمان

المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

تمهيد:

يعد مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون، والذي يعني أن تكون المراكز القانونية واضحة وثابته غير معرضة للاهتزاز والمفاجآت، فيستند في قيامه وتحقيقه على عدد من المبادئ القانونية التي لابد من الالتزام بها في أي مجتمع قائم على حكم القاعدة القانونية، وقد لعب القضاء دوراً مهماً في تكريس فكرة الأمن القانوني.[1] وفي هذا البحث سوف نستعرض الملامح الرئيسة لمبدأ الأمن القانوني وتطبيقاته العملية المختلفة سواء في مجال القضاء أم الإفتاء.

أولاً- مفهوم الأمن القانوني:

فكرة الأمن القانوني تعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، ليتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بإعمالها، وترتيب أوضاعها على ضوء منها، دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة، يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار، وبعبارة أخرى، فإنه عملية تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية، من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور، ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي، غايتها إشاعة الثقة والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانوا أشخاص القانون العام أم الخاص، ويقصد بالاستقرار القانوني أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج ليستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها، من خلال العمل على تحقيق التوازن بين المراكز القانونية والاجتماعية داخل المجتمع[2].

وقد اعترفت العديد من الدول بمبدأ الأمن القانوني كقيمة قانونية مستقلة؛ ففي ألمانيا أعطته

---

(١) د. محمد بوكماش وخلود كلاش: مبدأ الأمن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الإداري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي الجزائر، العدد (٢٤) السنة الرابعة عشر، صيف ٢٠١٧م، ص ١٣٩.

(٢) د. أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص١٨٠.

المحكمة الدستورية قيمة دستورية عام ١٩٦١م، واعترفت به محكمة العدل الأوروبية عام ١٩٦٢م، وهو ما انتهجته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام ١٩٨١م، وقد اعترف به مجلس الدولة الفرنسي صراحة عام ٢٠٠٦م.

ثانياً- الصور المختلفة لمبدأ الأمن القانوني:

لما كانت فكرة الأمن القانوني في حد ذاتها متعددة الأشكال، فقد حاول الفقه إبراز أهم صورها في مجموعة من المبادئ المتعين اتباعها لضمان تحقق الأمن القانوني في أكمل صوره.

(١) اليقين القانوني:

اليقين القانوني يُعد إحدى الصور المهمة لفكرة الأمن القانوني، وهو يعني في إحدى جوانبه أن تتسم التشريعات بنوع من الثبات والاستقرار، والابتعاد عن التعديل الدائم للنصوص القانونية مما يؤثر على استقرار الأوضاع، والحقوق المكتسبة؛ فالنشاط الاقتصادي مثلاً بطبيعته ممتد في الزمن الذي يشكل عنصراً رئيساً فيه، وكثرة التعديلات التشريعية على القوانين الاقتصادية، تضعف الثقة في الاقتصاد، وتهز يقين المستثمرين في مدى كفاءة النظام القانوني الذي ينظم البيئة العامة للاستثمار؛ لذلك وجب أن تكون القاعدة القانونية ثابتة نسبياً، وليس معنى هذا أن يكون القانون ذي قوالب جامدة غير متحركة، وإنما المقصود ألا يكون تطور القانون وتعديله ميداناً للمفاجآت والهزات، والأمن القانوني لا يعني فقط حماية المراكز القانونية القائمة، واحترام حقوق الأفراد وضماناتها في الحاضر والمستقبل، بل يعني أيضاً احترام التوقعات والآمال المشروعة.

ومن صور اليقين القانوني أيضاً تسهيل العلم بالقاعدة القانونية وإتاحة إمكانية الوصول إليها بسهولة؛ فاستعمال لغة واضحة في القانون تسمح للمواطن بإدراك حقوقه وواجباته، مما يعني أن تكون صياغة القانون بطريقة واضحة، وأسلوب لا يحتمل التأويل، لأن في الإكثار من التأويل يجعل القاضي مشرعاً حال كونه غير مختص بذلك، وهذه المسألة خصيصاً تُعد مجالاً خصباً لأسس القانون الجنائي، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني سابق الوضع ما لم يكن في صالح المتهم، والتأويل الضيق للنص الجنائي أحد أسس القانون بوجه عام.

وقد فصلت المحكمة الدستورية العليا القول في هذه المسألة، إذ أضحى من ثوابتها القضائية أن: «النطاق الحقيقي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إنما يتحدد على ضوء ضمانتين تكفلان الأغراض التي توخاها، أولاهما: أن تصاغ النصوص العقابية بطريقة واضحة محددة لا خفاء فيها أو غموض، فلا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، وهى بعد ضمانة جوهرية، غايتها أن يكون المخاطبون بالنصوص العقابية على بينة من حقيقتها، فلا يكون سلوكهم مجافياً لها، بل اتساقاً معها ونزولاً عليها، وثانيتهما: ومفترضها أن المرحلة الزمنية التي تقع بين دخول القانون الجنائي حيز التنفيذ وإلغاء هذا القانون، إنما تمثل الفترة التي كان يحيا خلالها، فلا يطبق على أفعال أتاها جناتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها، فلا يكون رجعياً، على أن يكون مفهوماً أن القوانين الجنائية وإن كان سريانها على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، غير جائز أصلاً، إلا إن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها؛ ذلك أن الحرية الشخصية وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن هذا القانون يرعاها ويحميها، إذا كان أكثر رفقاً بالمتهم، سواءً من خلال إنهاء تجريم أفعال أثمها قانون جنائي سابق، أم عن طريق تعديل تكييفها أو بنيان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يمحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل بأساً، وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه.

وما تقدم مؤداه، أن إنكار الأثر الرجعى للقوانين الجزائية، يفترض أن يكون تطبيقها في شأن المتهم مسيئاً إليه، فإن كانت أكثر فائدة لمركزه القانوني في مواجهة سلطة الاتهام، فإن رجعيتها تكون أمراً محتوماً، ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معاً وتتكاملان، أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلاً في الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعياً، كلما كان أشد وقعاً على المتهم، وثانيتهما: سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر يسراً، وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه، أن ثانيتهما لا تعد استثناء من أولاهما، ولا هي قيد عليها، بل فرع منها ونتيجة حتمية لها، وكلتاهما معاً تعدان امتداداً لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها.

وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في تنظيم علائق الأفراد بمجتمعهم وفيما بين بعضهم البعض، إلا أن هذا القانون يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم الأفعال التي يأتونها أو يدعونها بما يناقض أوامره أو نواهيه، وهو بذلك يتغيا أن يحدد ومن منظور اجتماعي ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً بما مؤداه أن الجزاء على أفعالهم لا يكون مبرراً، إلا إذا كان مفيداً من وجهة اجتماعية، فإذا كان مجاوزاً تلك الحدود التي لا يكون معها ضرورياً، غدا مخالفاً للدستور»[٣].

(٢) دولة القانون:

من المستقر عليه في القضاء الدستوري أن: القاعدة القانونية تجد سندها الأساسي في قيام السلطة العامة بفرض احترامها جبراً على الأفراد، ولا تنجح الدولة في ذلك ما لم تكن هي في الأصل نموذجاً لاحترام القانون، فلا سلطة ناجحة تستطيع فرض احترام القانون، ما لم تتقيد هي باحترامه، وذلك لا يتحقق إلا في دولة القانون؛ لهذا قيل إنه عندما تزور بلداً لا تنظر ما إذا كانت القوانين جيدة أم لا، بل تأمل ما إذا كانت مطبقة بالفعل، فالقوانين الجيدة في كل مكان، لذا أضحى مبدأ خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة هو الأساس الذي تقوم عليه الدولة القانونية؛ باعتبارهما مبدئين متكاملين لا تقوم بدونهما المشروعية في أكثر جوانبها أهمية، ولأن الدولة القانونية هي التي تتوفر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية، وهي ضمانة يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته، لتصبح القاعدة القانونية محوراً لكل تنظيم، و حداً لكل سلطة، ورادعاً ضد العدوان[٤].

والدولة القانونية «هي التي تتقيد في ممارستها لسلطاتها - أياً كانت وظائفها أو غايتها - بقواعد قانونية تعلو عليها، وتردها على أعقابها إن هي جاوزتها، ... ومن ثم تكون هذه القواعد قيداً على كل أعمالها وتصرفاتها، فلا تأتيها إلا في الحدود التي رسمها الدستور، وبما يرعى مصالح مجتمعها»[٥]. ويرتبط بمفهوم دولة القانون مبدأ منطقية القاعدة القانونية؛ ذلك أن: «الأصل في النصوص التشريعية - في الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف؛ ومن ثم يتعين دائماً استظهار ما إذا كان النص التشريعي يلتزم إطاراً منطقياً للدائرة التي يعمل فيها، كافلاً من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها، أم متهادماً مع مقاصده أو مجاوزاً لها، ومناهضاً بهذا لمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه في الدستور"[٦].

(٣) التوقع المشروع:

وتعني فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة أن القواعد العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية في صورة قوانين، أو تصدر عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح إدارية، يجب ألا تصدر بطريقة فجائية مباغتة، تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد، والمبنية على أسس موضوعية، مستمدة من الأنظمة القائمة، على هدي من السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة، والوعود والتأكيدات الصادرة عنها، فإذا كان الاعتداء على الحقوق القائمة اعتداءً على الاستقرار القانوني، فإن تهديد الآمال المشروعة وإحباطها، لا يقل إخلالاً بفكرة الأمن القانوني، لذلك فإن فكرة التوقع المشروع تقتضي ألا تصدر قوانين فجائية مباغتة متصادمة مع التوقعات المشروعة للمواطن.

وتُعد فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة من المبادئ الأساسية والقواعد القانونية الملزمة على مستوى الاتحاد الأوربي، فقد قررت مؤسسات الاتحاد التزام حكومات الدول الأعضاء بتطبيق هذه القاعدة في التشريعات واللوائح التي تصدرها، أما على المستوى الوطني، فقد ثار نقاش في الفقه والقضاء حول القيمة القانونية لفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة للأفراد، إذ ينادي البعض بإسباغ قيمة دستورية عليها، ويستند هؤلاء إلى مبدأ الأمن المنصوص عليه في المادة

(٣) د.ع في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ ق بجلسة ١٩٩٧/٣/١٥م مكتب فني ٨ الجزء الأول، ص ٤٦١.

(٤) د.ع في القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ ق، بجلسة ١٩٩٢/١/٤م، مكتب فني ٥ الجزء الأول، ص٨٩.

(٥) د.ع في القضية رقم ٣٦ لسنة ٨ ق بجلسة ١٩٩٨/١/٣م، مكتب فني ٨ الجزء الأول، ص ١٠٥٤.

(٦) د.ع في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق بجلسة ٢٠٠١/٦/٢م، الجزء التاسع، ص٩٨٦.

الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م.

وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى وجوب التزام السلطة التشريعية دستورياً بمراعاة فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد، إذ استندت المحكمة إليها كأساس لتقييد الأثر الرجعي لبعض النصوص التشريعية في غير المجال الجنائي، إذ قدرت المحكمة أن تطبيق بعض النصوص بأثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز الحدود التي تسمح بها المبادئ الدستورية. وعلى الرغم من أن الدستور يخول للمشرع تقرير أثر رجعي للنصوص غير الجنائية، فإن المحكمة الدستورية قيدت الأثر الرجعي لهذه النصوص، مستندة في ذلك على تفسير واسع لبعض نصوص الدستور.

ومن ذلك القضاء الدستوري ما استقرت عليه المحكمة أن: «السلطة التنفيذية تتقيد دوماً في مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده، وكان تقرير أثر رجعي للقواعد القانونية جميعها، سواء في ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها، أم ما يصدر عن السلطة التنفيذية، لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط العلائق القانونية، وما يلابسها - في الأعم من الأحوال - من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل، وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يُفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيتها من غير سند من نصوص التفويض ذاتها، فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعي لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها بالنصوص التي تضمنها هذا الاختصاص.

وقضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه كلما كان التنظيم القانوني للضريبة منسحباً بأثره الرجعي إلى صور من التعامل، اكتمل تكوينها قبل العمل به، وكان المكلفون بأدائها قد تعذر عليهم توقعها قبل نفاذ تصرفاتهم هذه فيما بين أطرافها، وإنما باغتهم بها السلطة التي فرضتها، فإن اقتضاءها منهم يكون منافياً لعدالتها الاجتماعية، وهي أساس نظامها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور. ذلك أن بنيان كل ضريبة سواء في ذلك تلك التي يكون زمامها بيد السلطة التشريعية، أم التي تعهد بفرضها إلى السلطة التنفيذية، إنما يتناول عناصرها التي لا تقوم بدونها، ويندرج تحتها على الأخص أسس تقدير وعائها ومبلغها والمكلفون أصلاً بأدائها، والمسئولون عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها، وغير ذلك مما يتصل بمقوماتها، وكان إعمال النصوص القانونية التي تنظمها اعتباراً من تاريخ صدورها، مؤداه سريانها في شأن المخاطبين بها قبل اتصالها بعلمهم، ومداهمتهم بها قبل إحاطتهم بأسس فرضها ونطاقها، وذلك بالرغم من خطورة الآثار التي تقارنها، وعلى الأخص في مجال تداول الأموال وتنظيم حركتها، فقد غدا لازماً أن يكون العمل بالضريبة مرتبطاً بذيوع أحكامها من خلال نشرها، فلا يكون أمرها مجهولاً خافياً على أحد، بل متضمناً إخطاراً كافياً بحقيقتها وأبعادها، ليتم التعامل بكل صوره على مقتضاها»[٧].

وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا في مجال النصوص الضريبية على أنه: «وحيث إن المشرع في النص الطعين لم يحقق التوازن المطلوب بين أمرين هما: حق الدولة في استئداء الضريبة المستحقة قانوناً، لما تمثله من أهمية بالغة نحو وفاء الدولة بالتزاماتها العامة تجاه الأفراد، وبين الضمانات الدستورية والقانونية المقررة في مجال فرض الضرائب على أفراد المجتمع، لا سيما من حيث تحديد وعاء الضريبة تحديداً حقيقياً كشرط لعدالتها. ذلك أن المشرع قد منح مصلحة الضرائب سلطة عدم الاعتداد بالإقرار المقدم من الممول غير الملتزم بإمساك دفاتر تجارية، واعتماد إقراره من أحد المحاسبين المعتمدين، واللجوء إلى تحديد أرباحه الخاضعة للضريبة بطريق التقدير الجزافي دون سند لديها من الأوراق أو القرائن، وهو ما قد يؤدى إلى انتفاء تحقق التقدير الحقيقي لوعاء الضريبة المفروضة، وإمكانية حصول الشطط في هذا التقدير ليجاوز أرباح الممول الفعلية، ويتعداها إلى أصل رأس المال فتدمره، سيما والمفروض أن هذا الممول من صغار الممولين أصحاب النشاط التجاري والصناعي، فضلاً عن أن ذلك التقدير الجزافي الذي تفرضه المصلحة دون أدنى دليل وبغير ضمانات تكون كافلة لتقدير المقدرة الكيفية للممولين تقديراً حقيقياً، يصادم توقع الممولين المشروع، ويباغت حياتهم عاصفاً بمقدراتهم، حاكماً لكذب إقراراتهم فلا يكون مقدار

(٧) د.ع في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق، بجلسة ١٩٩٨/٢/٧م، مكتب فني ٨ الجزء الأول، ص ١١٨٩.

الضريبة الملزمين بأدائها معروفاً لهم قبل استحقاقها، ولا عبؤها ماثلاً في أذهانهم عند سابق تعاملاتهم الأمر الذي يؤدى إلى إهدار أسس وقواعد العدالة الاجتماعية على نحو يخالف حكم المادة ٣٨ من الدستور»[٨].

ثالثاً- التطبيقات الافتائية لمبدأ الأمن القانوني:

للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري تكريس واضح لمبدأ الأمن القانوني، ويتضح ذلك من خلال استقراء ما استقرت عليه في مجال علاقة الموظف بالجهة الإدارية، وما أبدعته من قاعدة التجاوز عما صرف من غير وجه حق، أو من خلال إفتاؤها المستقر باستمرار تنفيذ العقود المبرمة بالمخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، أو من خلال التكريس المستمر للتفرقة بين القرارات المعيبة التي تتحصن بمضي المدة المقررة قانوناً، وتلك المعدومة التي لا تتقيد بالمواعيد.

(١) قاعدة التجاوز عما صرف من غير وجه حق للموظف العام حسن النية:

أ-الأصول القانونية لقاعدة التجاوز:

الأصل أن من تسلم ما ليس مستحقاً له، وجب عليه أن يرد ما تسلمه، وقد نظمت قواعد رد غير المستحق تفصيلاً في القانون المدني، حيث تنص المادة (١٨١) منه على أنه: «١-كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده. ٢-.....»، وتنص المادة (١٨٢) منه على أنه: «يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق». وتنص المادة (١٨٧) من القانون ذاته على أن: «تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق».

وقد ثار التساؤل حول مدى ملائمة تطبيق التنظيم الوارد بالقانون المدني على علاقة الجهة الإدارية بموظفيها، بمعنى آخر هل هناك خصوصية لروابط القانون العام تمنع بموجبها من تطبيق التنظيم الوارد بالقانون المدني الذي ينظم روابط القانون الخاص؟

والواقع إن للجمعية العمومية إفتاء مستقر على أن قواعد رد غير المستحق الواردة في القانون المدني لا يمكن تطبيقها على علاقات القانون العام التي تكيف باعتبارها علاقات تنظيمية ذلك أنه: «ولئن كانت أحكام القانون المدني تقضى بالتزام من أخذ مبالغ بغير حق بردها، إلا أنه في مجال علاقة الدولة بالعاملين بمرافقها العامة المتعددة، فقد بات الرأي مستقراً على أنها علاقة تنظيمية من روابط القانون العام تدور في فلكه وتخضع لأحكامه؛ ... وأن دواعي الاستقرار التي ثقلت موازينها في القانون الإداري، وقواعد العدالة التي تمثل شأواً عظيماً في فروع القانون عامة والقانون الإداري خاصة والمبادئ العامة التي تمليها ضرورات سير المرافق العامة، وما تقتضيه من رعاية عمال المرافق العامة، وتأمينهم ضد المفاجآت التي تضطرب بها حياتهم حتى ينخرطوا في خدمة المرفق آمنين مطمئنين يعطون أفضل ما عندهم، فكل أولئك يقتضي القول بألا يسترد من العامل ما سبق صرفه إليه بغير وجه حق إثر تسوية تبين خطؤها كلها أو في جزء منها على نحو ما سلف بيانه حتى لا تضطرب حياة هذا العامل، ويختل أمر معيشته وأسرته اختلالاً شديداً دون أن يكون له شأن بالخطأ الذي وقعت فيه جهة الإدارة. بيد أن ما تقدم من إفتاء مقصور على العلاقة الوظيفية الخاضعة لروابط القانون العام دون غيرها من علاقات عمل يحكمها القانون الخاص»[٩].

وبسبب الإدراك العام باختلاف روابط القانون الخاص عن روابط القانون العام، فقد درج المشرع المصري علي سن قوانين مؤقتة للتجاوز عما صرف للموظفين بغير وجه حق، مثل القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م، والقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٦م، وتعد تلك القوانين هي المصدر التاريخي لقاعدة التجاوز التي أقرتها الجمعية العمومية بعد ذلك، وقد أراد المشرع بهذه القوانين: «أن يخفف عن كاهل الموظف فلا يرهقه برد مبالغ صرفتها جهة الإدارة له فأنفقها، ويصعب عليه بعد ذلك ردها بعد أن أدركت جهة الصرف خطأها، فتجاوز بمقتضى القانون ودون ما حاجة لأي إجراء آخر عن استرداد ما صرف بغير وجه إذا كان المنح قد تم تنفيذاً لحكم

(٨) د.ع في القضية رقم ١٢٥ لسنة ١٨ ق بجلسة ٢٠٠٥/١٢/١١م، مكتب فني ١١ الجزء الثاني، ص٢٠٥٢.

(٩) ج.ع جلسة ٢٠٠٦/٣/١م، ملف رقم ١٥٦٠/٤/٨٦.

قضائي أو فتوى من مجلس الدولة أو رأي للجهاز المركزي للتنظيم والإدارة أو رأي لإحدى إدارات الشئون القانونية معتمد من السلطة المختصة، أما التجاوز عن الاسترداد في غير هذه الحالات فيخضع لتقدير السلطة المختصة، ويحتاج إلى قرار منها. ولا ريب أن علة التجاوز هذه ثابتة شاخصة لا تفرق بين المبالغ التي ورد عليها النص صراحة من مرتب أو أجر أو بدل أو راتب إضافي، وتلك التي لم تذكر في النص بألفاظها كالمكافآت التشجيعية وحوافز الإنتاج فتأخذ حكمها وتعامل مثلها عند التجاوز عن استردادها»[١٠].

وكان آخر هذه القوانين هو القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠م بشأن التجاوز عن استرداد ما صرف بغير وجه حق من مرتبات أو أجور أو بدلات أو رواتب إضافية أو علاوات خاصة.[١١] والملاحظ على هذا القانون عدة أمور: الأمر الأول: أن الجهات المخاطبة بأحكامه قد حددت حصراً في كل من الحكومة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وشركات القطاع العام، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه: «لما كانت الطاعنة هي إحدى شركات قطاع الأعمال العام ومن ثم لا يسري بشأنها القانون المذكور، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وقضى بإجابة المطعون ضده لطلباته على قول منه إن شركات قطاع الأعمال العام هي الوريث الشرعي لشركات القطاع العام، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون»[١٢].

الأمر الثاني: تحديد مفهوم الدين الذي يصح التجاوز عنه، وهو كل حق مالي للجهة الإدارية وليد العلاقة الوظيفية، وفي ذلك أفتت الجمعية العمومية بأن: «القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠م قد سن قاعدة تنظيمية موجبة للتجاوز عن الاسترداد بما مقتضاه أن الالتزام بالرد يسقط بحكم القانون عن كاهل العامل المدين دون أي تقدير من جانب السلطة الإدارية في التجاوز من عدمه كلياً أو جزئياً، ومناط إعمال هذه القاعدة أن يتعلق الصرف بمرتب أو أجر أو ما في حكمهما من بدل أو راتب إضافي أو علاوة خاصة، وهو ما يشمل كل حق مالي وليد العلاقة الوظيفية، أياً كان المبرر الذي دعا إلى تقريره، والسند القانوني المقرر له، ولو لم يكن دورياً متجدداً، ومن ثم فإذا لم يتعلق الصرف بمرتب أو أجر أو ما في حكمهما، من بدل أو راتب إضافي أو علاوة خاصة أو أي حق مالي وليد العلاقة الوظيفية، انتفى مناط تطبيق هذا القانون بالتجاوز عن استرداد ما صرف بغير وجه حق»[١٣].

الأمر الثالث: تحديد سبب الصرف ونطاقه الزمني بأن يكون الصرف قد تم تنفيذاً لحكم قضائي، أو فتوى من مجلس الدولة، أو رأي للجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، ثم ألغى الحكم أو عدل عن الفتوى أو الرأي، وأن يكون الصرف قد تم قبل العمل بهذا القانون في ٢٠٠٠/٣/١٠م أياً كان مدى ارتداد تاريخ الصرف.

الأمر الرابع: لزوم تحقيق الصالح العام للقول بصحة التجاوز الجوازي؛ فهذا التجاوز الذي قرره المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة الأولى بنصه على أنه: «ويجوز بقرار من السلطة المختصة في غير الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة، التجاوز عن استرداد المبالغ المشار إليها (مشروط باستهداف الصالح العام) الأمر الذي يتعين معه دوماً، وحتى يمكن لجهة الإدارة التجاوز عن استرداد ما دفعته من مبالغ دون حق، أن يتهيأ ثمة صالح عام يمكن تلمسه من وراء هذا التجاوز، أما إذا ما انتفى ذلك المقصد العام، وتعذر تلمس أي وجه من أوجهه، ارتفع عن جهة الإدارة مكنة إعمال هذا

(١٠) ج.ع فتوي رقم ٩١٧ بجلسة ١٩٩٢/١٠/٤م ملف رقم ١١٩٤/٤/٨٦.

(١١) نص القانون في مادته الأولي على أنه:» يتجاوز عن استرداد ما صرف بغير وجه حق حتى تاريخ العمل بهذا القانون من الحكومة أو وحدات الإدارة المحلية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام للعاملين بصفة مرتب أو أجر أو بدل أو راتب إضافي أو علاوة خاصة، إذا كان الصرف قد تم تنفيذا لحكم قضائي أو فتوى من مجلس الدولة أو رأي للجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، ثم ألغي الحكم أو عدل عن الفتوى أو الرأي. ويجوز بقرار من السلطة المختصة في غير الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة، التجاوز عن استرداد المبالغ المشار إليها». كما نص في مادته الثانية على أنه: «لا يترتب على العمل بأحكام هذا القانون رد ما سبق تحصيله من المبالغ المشار إليها في المادة السابقة».

(١٢) ن.م في الطعن رقم ٥٧ لسنة ٧٥ ق بجلسة ٢٠٠٥/٤/١٧م، مكتب فني ٥٦ ص٣٨٦.

(١٣) ج.ع فتوى رقم ٧١١ بجلسة ٢٠٠٤/٦/٢م، ملف رقم ٣٢٠/٢/٨٦.

التجاوز، كونه يصير حينئذ تجاوزاً عن استرداد مال الخزانة العامة، ابتغاء الصالح الخاص»[١٤].

ب- مضمون القاعدة:

اتجهت الجمعية العمومية في بداية الأمر إلى انتهاج مبدأ التجاوز عما صرف لبعض الموظفين في حالات مخصوصة، فقد أفتت بأنه: «بالنسبة إلى الفروق المالية المترتبة على الترقيات أو التسكين الملغاة أنه تجب التفرقة - بصفة عامة - بين ما إذا كانت الترقية الملغاة قامت على غش وقع من الموظف المرقى أو نتيجة سعي غير مشروع أو خطأ مادي، وبين ما إذا كانت تلك الترقية قوامها محض خطأ في التقدير من جانب الإدارة: فإن كانت الأولى فلا جدال في جواز مطالبة الموظف المرقى بالفروق المالية التي قبضها بغير حق منذ ترقيته، وإلى حين إبطالها دفعاً لغشه، وسوء قصده، وتفويتاً لباطل مسعاه أو تصويباً لواقع الخطأ المادي، وإن كانت الثانية فإن مقتضيات العدالة ترتب للموظف الذي ألغيت ترقيته الحق فيما قبضه من فروق مالية نتيجة الترقية الملغاة، إذ لا شأن له فيما صاحب تلك الترقية من خطأ في الفهم أو اختلاف في التقدير، أسوة بحائز الشيء حسن النية الذي يستجمع قانوناً الحق في جني ثمراته ولو ظهر فيما بعد أن الشيء مستحق لسواه، فضلاً عن أن مثل هذا الموظف إنما يكون في الغالب قد رتب حياته واستقام معاشه وأسرته على أساس ما ناله من ترقية، ومن غير المستساغ إلزامه برد ما قبضه بحسن نية مقترناً بإرجاع حالته إلى ما كانت عليه قبل الترقية، ولا غبن في ذلك على الخزانة العامة ما دام أن مثل هذا الموظف قد قام بعمل الوظيفة المرقى إليها، ونهض بمقتضياتها وتحمل التزاماتها ومظهرها طوال الفترة التي انقضت بين صدور قرار الترقية وبين إلغائها، وغنمت الحكومة من جراء ذلك ما أداه إليها من خدمات في الوظيفة المرقى إليها الأصل تعادلها مع سائر مزاياها المقررة تأسيساً على قاعدة الغرم بالغنم»[١٥].

واستمر نهج الجمعية على هذا النسق إذ استقرت على أنه: «من المتعذر وضع معيار ثابت يحكم جميع الحالات التي يجوز فيها للإدارة استرداد ما صرف للموظف خطأ وتحديدها تحديداً جامعاً مانعاً وأن الأمر يكون في ضوء كل حالة واقعية وفقاً لظروفها وملابساتها»[١٦].

وفي عام ١٩٩٩م أرست الجمعية العمومية في نهج جديد المبدأ العام للتجاوز عما صرف للموظفين بغير وجه حق، حيث أفتت بأنه: «في مجال علاقة الدولة بالعاملين بمرافقها العامة المتعددة فقد بات الرأي مستقراً على أنها علاقة تنظيمية من روابط القانون العام تدور في فلكه وتخضع لأحكامه، وأن العامل وهو ينخرط في خدمة أحد مرافق الدولة نظير أجر معين، فإنه يعتمد بحسب الغالب الأعم على هذا الأجر في أمر معيشته ونفقات أسرته التي يعولها، فيرتب حياته وتستقيم معيشته على أساس هذا الأجر، فإذا ما قامت جهة الإدارة بتسوية حالته على نحو زاد في أجره أو صرف له ما ليس من حقه، ولم تقترن هذه التسوية أو الزيادة بسعي غير مشروع من العامل أو بما يدخل به الغش على الجهة الإدارية، فإن دواعي الاستقرار التي ثقلت موازينها في القانون الإداري، والمبادئ العامة التي تمليها ضرورات سير المرافق العامة، وما تقتضيه من رعاية عمال المرافق العامة وتأمينهم ضد المفاجآت التي تضطرب بها حياتهم، يقتضي القول بألا يسترد من العامل ما سبق صرفه إليه بغير وجه حق إثر تسوية أو زيادة تبين خطؤها كلها أو في جزء منها، حتى لا تضطرب حياة هذا العامل ويختل أمر معيشته، دون أن يكون له شأن بالخطأ الذى وقعت فيه جهة الإدارة، ولا جرم أن ذلك كله منوط بتوافر حسن النية لدى العامل والقائمين على أمره بالجهة الإدارية سداً لكل ذريعة نحو التحايل

(١٤) ج.ع فتوى رقم ٩٥ بجلسة ٢٠٠١/١١/٢١م، ملف رقم ٥٧/٦/٨٦، وتخلص وقائع هذه الفتوي في بيان وجه الرأي في مدي جواز التجاوز عن مكافأة التفرغ التي صرفت لأحد الأساتذة المتفرغين بكلية الحقوق أثناء تعيينه قاضياً بالمحكمة الجنائية الدولية حيث انتهت الجمعية إلى أن مناط الاستبقاء بوظيفة الأستاذ المتفرغ يتعين في الانقطاع الكامل لهذه الوظيفة والانشغال الكلي بها، وذاك وحده كنه الفعلي، من جهة مشروعيته، ومن جهة استحقاقه هو مقابل عما أداه من عمل وهي المكافآت المقررة لهذه الأعمال، وحسب. ولا محاجة باعتباره معاراً لممارسة عمله بالمحكمة الجنائية الدولية، كون التفرغ الكامل الذي مناط الاستبقاء بوظيفة الأستاذ المتفرغ، يتأبى بدوره عن كافة النظم القانونية التي تتعارض وموجبات التفرغ كالإعارة أو الندب، الأمر الذي يغدو معه، المعروضة حالته، ومن تاريخ تعيينه قاضياً منحسراً عنه المركز القانوني للأستاذ المتفرغ، منقطعة علاقته بالجامعة مما ترتفع معه وعنه كافة ما كان يتمتع به من حقوق يكفلها وصفه كأستاذ متفرغ، ومنها استئداؤه المكافأة المقررة للأستاذ المتفرغ وجمعه بينها وبين معاشه، ومن ثم يكون صرف هذه المكافأة له منذ هذا التاريخ دفعاً غير مستحق، نتج عن غلط وقعت فيه الجامعة مستوجب الرد.

(١٥) ج.ع فتوى رقم ٤٢١ بجلسة ١٩٩٢/٤/١٢م ملف رقم ٨٤٤/٢/٨٦.

(١٦) ج.ع فتوي رقم ٣٧٤ بجلسة ١٩٩٧/٣/٥م ملف رقم ٩٣٣/٣/٨٦.

أو المجاملة، فإذا أفصحت الأوراق عن غش أو تواطؤ أو مجاملة فينهض حق جهة الإدارة في الاسترداد من العامل لرد قصده عليه، فضلاً عن المساءلة التأديبية للعامل ولمن شاركوه هذا الإثم، ومرد الأمر في ذلك إنما يكون في ضوء كل حالة واقعية وفقاً لظروفها وملابساتها»[١٧].

ج- شروط إعمال قاعدة التجاوز:

يشترط للتجاوز عما صرف للموظف من غير وجه حق وفقاً للإفتاء المتقدم ثبوت عدة شروط نوردها على النحو الآتي:

- **ثبوت صفة الموظف العام:** ذلك أن تلك القاعدة الاجتهادية قائمة على شرط مفترض، وهو كون العلاقة بين الجهة الإدارية والمدين بالدين هي علاقة تنظيمية، (أي علاقة وظيفية بين الإدارة وموظفيها)، تبرر التجاوز عن ديونها لديهم للاعتبارات سالفة البيان، فلا تملك الإدارة إعمال تلك القاعدة في غير هذا الفلك.
- **توفّر شرط حسن النية:** بألا يكون الموظف قد أسهم بعمله في إدخال الغش أو التدليس على جهة الإدارة فيما صرف له، تطبيقاً للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن الغش يفسد كل شيء، وتقدير مدى توفر شرط حسن النية من عدمه من المسائل الموضوعية، والتي تتقرر ببحث كل حالة على حدة.
- **التجاوز عن دين الجهة ذاتها وليس دين مقرر لصالح جهة أخرى:** إذ لا تملك الجهة الإدارية سوى إنفاذ القول على نفسها، دون تعديته إلى غيرها من الجهات الإدارية، فمن المسلم به أن: «قاعدة التجاوز عن استرداد ما صرف للعامل بدون وجه حق رهينةُ بنزول الجهة الإدارية عن دينها المتعلق بذمة العامل لديها لاعتبارات خاصة قوامها مبدأ الأمن القانوني المتمثل في عدم مفاجأة العامل بأعباء مادية تخالف توقعاته المشروعة كما سبق بيانه، ولا شك أن الاعتبارات السابقة لا تنهض إلا حيث تملك الجهة الإدارية النزول عما صرف للعامل دون وجه حق من أموالها الداخلة ضمن موازنتها، لا فيما يتعلق بذمة العامل لديها، ويستحق وفاءً لدين جهة أخرى، ويقتضي إسقاط هذا الدين أو التجاوز عنه اتباع طرق وإجراءات محددة نصاً في القانون»[١٨].
- **أن يكون الصرف بغير وجه حق:** فإذا ثبت أن الصرف كان مشروعاً في الأصل، ثم أضحى غير مشروع بسبب فعل الموظف، فإن ذلك مانع من سريان قاعدة التجاوز، كما في حالة إيفاد أحد الموظفين للدراسة بالخارج وصرف مبالغ مالية له نظير حصوله على المؤهل الدراسي وخدمة جهة الإدارة بعد ذلك، فإذا نكل الموظف عن تنفيذ التزاماته، فلا محل في هذه الحالة لإعمال قاعدة التجاوز، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بسلطنة عمان بأنه: «لا وجه لما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية من الاستناد لمبدأ التجاوز عما صرف للمستأنف ضدها، تأسيساً علي خلو الأوراق من أي سعي غير مشروع منها، أو بما يدخل به الغش أو التدليس على الجهتين الإداريتين المدعى عليهما، باعتبار أن دواعي الاستقرار والمبادئ التي تمليها ضرورات سير المرافق العامة، وما تقتضيه من رعاية موظفي المرافق العامة، يقتضي القول بعدم تحميل المستأنف ضدها تبعات تسوية تبيّن خطأها؛ ذلك إنه من المقرر أن قاعدة التجاوز المستشهد بها لا تنطبق إلا في حالات التجاوز عما صرف بغير وجه حق، والحال غير ذلك في النزاع الماثل، الذى يتعلق بالإلزام برد من صرف للمستأنف ضدها بحق في حينه بسبب إخلالها بالوفاء بالتزاماتها القانونيةً، ومدى جواز الإعفاء منه، وهو إعفاء نظمه القانون وحدد ضوابطه، مما لا وجه معه للاستدلال بمبدأ التجاوز في هذه الحالة»[١٩].

د- وضع المسألة في القانون العماني:

نظمت مسألة التجاوز عما صرف بغير وجه حق بدايةً في المادة (٥٠) من لائحة الرقابة على الإيرادات والنفقات الحكومية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٥٢/ ٩٩ والتي نصت على أنه: «طلبات التجاوز عن استرداد الرواتب التي صرفت بغير حق: ١-يجوز التجاوز عن استرداد ما صرف إلى موظفي الوزارات أو الوحدات الحكومية بصفة راتب أو أجر أو بدل أو مكافأة أو تعويض نقدي أو علاوة أو ما في حكمها، إذا تبين أن الصرف كان

(١٧) ج.ع رقم ٤١٨ بجلسة ١٩٩٩/٥/٥م ملف رقم ٩٦٥/٣/٨٦.

(١٨) ج.ع بجلسة ٢٠١٦/٥/١٨م، ملف رقم ١٨١٨/٤/٨٦.

(١٩) ق.إ.ع في الاستئناف رقم ١٣٠٢ لسنة ١٧ ق.س بجلسة ٢٠١٨/١/١٥م.

قد تم على نحو مخالف للقوانين والمراسيم السلطانية واللوائح الصادرة تنفيذاً لها، وذلك من واقع فتوى صدرت من وزارة الشؤون القانونية، أو رأى أبدته وزارة الخدمة المدنية، أو الأمانة العامة، وكان تطبيق الفتوى أو الرأي يمتد ليشمل حالات متعددة لموظفين لدى وزارات ووحدات حكومية مختلفة».

وقد استقر إفتاء وزارة الشؤون القانونية في ظل هذا النص على أن: «المشرع أجاز التجاوز عن استرداد ما صرف إلى موظفي الوزارات أو الوحدات الحكومية بالمخالفة للقوانين والمراسيم السلطانية واللوائح الصادرة تنفيذاً لها وذلك تأسيساً على فتوى صدرت من وزارة الشؤون القانونية أو رأى أبدته وزارة الخدمة المدنية أو الأمانة العامة (جهاز الرقابة المالية للدولة)، وكان تطبيق الفتوى أو الرأي يمتد ليشمل حالات متعددة لموظفين لدى وزارات ووحدات حكومية مختلفة، والبين من هذا الحكم أنه يلزم للتجاوز عن استرداد ما صرف للموظف بغير وجه حق من راتب أو أجر أو بدل أو مكافأة أو علاوة وما في حكمها أن يتوافر أمران، الأول: أن يكون الصرف قد تم بالمخالفة للقوانين والمراسيم واللوائح الصادرة تنفيذاً لها من واقع فتوى صدرت من وزارة الشؤون القانونية أو رأى أبدته وزارة الخدمة المدنية أو جهاز الرقابة المالية للدولة، والثاني: أن يمتد تطبيق هذه الفتوى أو هذا الرأي ليشمل حالات متعددة لموظفين لدى وزارات أو وحدات حكومية مختلفة.

وبالتطبيق لما تقدم، فإن الثابت من كتاب معاليكم أنه تم صرف بدل طبيعة عمل للموظفين المعروضة حالاتهم بالمخالفة لأحكام الملحق رقم (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية وأنه تم وقف هذا الصرف تنفيذاً لما أبداه جهاز الرقابة المالية للدولة في شأن هذه الحالات، وحيث إن البين من كتاب جهاز الرقابة المالية للدولة المشار إليه، الذى كشف عن الصرف المخالف، أن الرأي الذي أبداه الجهاز إنما ينصب في الحالات المعروضة بوزارتكم الموقرة فقط، ولا يمتد تطبيقه إلى حالات لموظفين آخرين في وحدات حكومية أخرى، ومن ثم لا يصدق عليه وصف العموم في التطبيق على الوجه الذى عناه نص البند (١) من المادة (٥٠) المشار إليها، وبالتالي فإن طلب التجاوز عما صرف للموظفين المعروضة حالاتهم يكون مفتقداً لأحد الأمرين، وهو الثاني اللازم توافرهما معاً لهذا التجاوز طبقاً للنص المذكور، الأمر الذى لا يجوز معه التجاوز في الحالة الماثلة، وذلك ما لم يثبت لدى وزارة المالية الموقرة، باعتبارها الجهة المختصة بتطبيق أحكام التجاوز عما صرف بغير حق المنوه بها، أن ثمة حالات مماثلة بوحدات حكومية مختلفة ينطبق عليها ذات الرأي الذى أبداه جهاز الرقابة المالية للدولة، بما يجعل الأمر الثاني الذى تطلبه النص المشار إليه متوافراً، وبالتالي فإنه يجوز في حالة ثبوت ذلك التجاوز عن استرداد ما صرف بغير وجه حق، وفقاً للضوابط والإجراءات المنصوص عليها بلائحة الرقابة على الإيرادات والنفقات الحكومية المشار إليها»[٢٠].

وبصدور القانون المالي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨/٤٧ أعيد تنظيم مسألة التجاوز عما صرف للموظفين من غير وجه حق مرة أخرى، إذ تنص المادة (٦) منه على أنه: «مسؤوليات وصلاحيات الوزير بصفة عامة: يكون الوزير مسؤولاً أمام جلالة السلطان عن جميع الشؤون المالية للدولة، وسلامة تطبيق الوزارات والوحدات الحكومية المختلفة للقوانين والنظم المالية والميزانيات المعتمدة، واتخاذ ما يراه كفيلاً بتحقيق ذلك كله، وعلى الأخص ما يأتي: ١- ..... ٨- التجاوز عن استرداد ما صرف بغير حق من رواتب أو أجور أو بدلات أو مكافآت أو ما في حكمها، وذلك في الحالات وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. ٩- .....».

وقد نظمت اللائحة التنفيذية للقانون المالي الصادر بالقرار الوزاري رقم ٢٠٠٨/١١٨ في المواد من (٣٥٢ حتى ٣٥٤) ضوابط وشروط التجاوز عن استرداد الرواتب وما في حكمها، والتي تتلخص في جواز التجاوز عن استرداد ما صرف إلى موظفي الوزارات أو الوحدات الحكومية بصفة راتب أو أجر أو بدل أو مكافأة أو تعويض نقدي أو علاوة أو ما في حكمها، إذا تبين أن الصرف كان قد تم على نحو مخالف للقوانين والمراسيم السلطانية واللوائح الصادرة تنفيذاً لها، وذلك من واقع فتوى صدرت من وزارة الشؤون القانونية، أو رأي أبدته وزارة الخدمة المدنية، أو جهاز الرقابة المالية والإدارية، وكان تطبيق الفتوى أو الرأي يمتد ليشمل حالات متعددة لموظفين لدى وزارات ووحدات حكومية مختلفة، وحددت

(٢٠) فتوى رقم: و ش ق /م و /١/٨/ ٢٠٠٧/٣٠٤م بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٧م.

اللائحة الميعاد الذي يجب خلاله على الموظف التقدم بطلبه إلى دائرة شؤون الموظفين بوحدته الحكومية وذلك خلال شهر على الأكثر من تاريخ علمه بالفتوى أو الرأي، وتتولى الدوائر المختصة دراسة الطلب والتوصية بقبوله أو رفضه ثم يعرض الأمر على الوزير المختص للموافقة على قبول تلك الطلبات أو رفضها، ثم تتولى الوحدة الحكومية إحالة الطلبات المقبولة إلى وزارة المالية التي يحال فيها الطلب إلى الدوائر المختصة لدراسته، وعرض مذكرة بالرأي فيه على الوزير، وتخطر الوحدات الحكومية بنتيجة الطلب في حالة الموافقة على التجاوز.

ويلاحظ مما سبق، أن القانون العماني قد خول وزير الشؤون المالية وحده سلطة الموافقة على التجاوز إدارياً عما صرف بغير وجه حق للموظفين، وأحال إلى اللائحة التنفيذية لتنظيم ضوابط وشروط مكنة التجاوز، بيد أن هذا التنظيم قد وضع ميعاداً يجب على الموظف أن يتقدم خلاله بطلب التجاوز عما صرف، وإلا عد الطلب غير مقبول، والواقع أن شرط الميعاد يكتنفه الكثير من الصعوبات العملية، في ظل تعذر علم بعض الموظفين بالفتاوى والآراء القانونية، فضلاً عن اشتراط عمومية تطبيق الفتوى أو الرأي على وحدات مختلفة، وهو ما يضيق كثيراً من نطاق مبدأ التجاوز، ويجعله بلا فاعلية في أغلب الحالات.

و- القيمة القانونية لمبدأ التجاوز عما صرف بغير وجه حق للموظف العام حسن النية:

كما أسلفنا فإن مبدأ التجاوز تأسس على عدم ملائمة قواعد رد غير المستحق في القانون المدني لحكم روابط القانون العام التنظيمية، وعلى مبدأ تأمين عمال المرافق العامة المستنبط من وجوب استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولما كان المبدأ الأخير يُعد أحد أهم المبادئ العامة للقانون الإداري، ومن ثم فإن مبدأ التجاوز بدوره يغدو أصلاً مستقراً، وتكون له ذات القيمة القانونية باعتباره من المبادئ العامة للقانون؛ لذا فإن التنظيم القانوني الوارد بالقانون العماني لمكنة التجاوز عما سبق صرفه، لم يمنع وزارة الشؤون القانونية من تقرير مبدأ التجاوز بناء على ذات الاعتبارات التي قررتها الجمعية العمومية[٢١]، كما لم تمنع محكمة القضاء الإداري بالسلطنة من اعتماد ذات المبدأ وإقراره قضائياً[٢٢]، باعتباره إحدى مبادئ القانون العام الإداري التي تطبق بغير حاجة للنص عليها.

ويقصد بالمبادئ العامة للقانون، تلك المبادئ التي لا تستند إلى نص مكتوب، وإنما يكون مصدرها القضاء، فهي عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة، ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاتباع من الإدارة، وتمثل مخالفتها انتهاكاً للمشروعية؛ وتستمد أغلب هذه المبادئ من الطبيعة المتميزة للحياة الإدارية، حيث يعمل القاضي الإداري على استنباطها، ويلزم جهة الإدارة على احترامها. وقد لجأ القضاء الإداري إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في العديد من المنازعات الإدارية لعدم تقنين قواعد القانون الإداري؛ فالقضاء بهذا المعنى لا يخلق المبادئ العامة للقانون، إنما يقتصر دوره على كشفها، والتحقق من وجودها في الضمير القانوني للأمة، ولذا وجب على كل من جهة الإدارة والقضاء احترامها، والتقيد بها، باعتبارها قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المكتوبة[٢٣].

(٢) تحصن القرارات الباطلة:

واستقرت الجمعية العمومية على أن: «القرارات الإدارية التي تولد حقاً أو تنشئ مركزاً قانونياً ذاتياً، لا يجوز سحبها متى صدرت صحيحة، أما القرارات المعيبة فقد استقر الرأي فقهاً وقضاءً وإفتاءً على حق الجهة الإدارية المختصة في سحبها خلال المدة المقررة قانوناً للطعن عليها أمام القضاء، فإذا انقضت هذه المدة ولم تقم الجهة المشار إليها بسحب قرارها المعيب خلالها، امتنع عليها سحبه أو المساس به استقراراً للأوضاع التي ترتبت عليه، وحماية لما أنشأه من مراكز قانونية، ما لم يكن القرار قد صدر بناءً على غش أو تدليس، أو انطوى على عيب جسيم أرداه إلى درك الانعدام، ففي أي من هذه الحالات لا تلحقه حصانة ولا تقر له حماية، ويجوز سحبه في أي وقت دون التقيد بميعاد»[٢٤].

(٢١) فتوى وش ق المؤرخة ٢٠١٧/٥/١٦م رقم: ١٧٢٧٠٠٠٢١٧٠٦

(٢٢) حكم هيئة توحيد المبادئ بالحكم في الاستئناف رقم س أ ٩٥٧ لسنة ١٦ ق بجلسة ٢٠١٦/١٢/٢٨م.

(٢٣) في تفصيلات هذا الموضوع راجع د.محمد رفعت عبد الوهاب: المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٢م. سليمان سليم بطارسة: المبادئ العامة في القانون وتطبيقاتها في فرنسا والأردن، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٣٣، العدد١، ٢٠٠٦م.

(٢٤) ج.ع الفتوى رقم ١٦٠ بجلسة ٢٠١٥/٣/١٤م، ملف رقم ١١٣٤/٣/٨٦.

وفي مجال التمييز بين القرار الإداري المعيب الذي يتحصن بعدم سحبه ولا الطعن عليه خلال المدة القانونية المعينة، وبين القرار الإداري المعدوم الذي لا يتحصن مهما طال عليه الزمن بينت الجمعية العمومية لبحث حد الجسامة الذي يفرق بين القرار المعيب القابل للتحصن وبين القرار المنعدم غير القابل للتحصين، إذ استقرت على أن: «القرارات الإدارية التي تولد حقاً أو تنشئ مركزاً ذاتياً لا يجوز سحبها متى صدرت صحيحة، وذلك استجابة لدواعي المشروعية بحسبان صحة القرار، واستقراراً للأوضاع بحسبان ما أنشأ القرار من مراكز قانونية، وما ولّد من حقوق. أما القرار المعيب فيجوز الطعن عليه من ذي مصلحة في هذا الطعن خلال الموعد الذي رسمه القانون، ويجوز سحبه من الجهة التي أصدرته طوال مدة بقاء القرار المعيب قلقاً مهدداً بالإلغاء، سواء لانفتاح موعد الطعن فيه أو لإقامة الطعن فعلاً حتى يفصل فيه، فإن انتهى ذلك بغير قضاء بالإلغاء صار القرار حصيناً من الإلغاء والسحب معاً، ويترتب عليه ما يترتب على القرار الصحيح غير المشوب بأي عيب، وذلك إقراراً بما ولّد من حقوق فردية وإقراراً لما أنشأ من مراكز ذاتية. والقانون في كل فروعه يُمازج بين الشرعية والاستقرار، ويجدل منهما معاً هياكل الحقوق والمراكز القانونية بما تترابط به وشائج العِلل والمعلولات بين الشرعية والاستقرار.

والقرار المعيب تشوبه مخالفة القانون أو مخالفة الشكل القانوني أو مخالفة الاختصاص أو الانحراف في استعمال السلطة، وإذا اعترته هذه العيوب جميعاً أمكن أن يتحصن بانقضاء مواعيد الطعن القضائي عليه بغير طعن فيه ولا سحب له، وذلك إلا أن يكون القرار منعدماً فلا يلحقه تحصن. وعيوب القرار الإداري يمكن أن تُرد جُلهّا إلى عيب مخالفة القانون من حيث أن القانون هو من يرسم الاختصاصات والإجراءات وشروط منح الحق أو شغل المركز القانوني، ولكن يظل من العيوب ما يتعلق بأركان القرار بوصفه تصرفاً قانونياً، ومن هنا يرد ركن السبب وركن المحل وركن الغاية من حيث كونها المَصلحة العامة الواجب تغييها.

والقرار الإداري بموجب كونه إفصاحاً عن إرادة مُلزمة هو مما يدخل في عموم التصرفات القانونية التي يضبط فقه القانون ملامحها أوضاعاً وآثاراً. وهو بهذه المثابة من أعمال الولايات العامة من حيث كونه تصرفاً قانونياً، يرد من مصدره لا في شأن نفسه ولا في ملك نفسه، إنما هو تصرف يصدر من صاحبه بموجب ما نيط به من ولاية إمضاء القول في مجال معين على الغير في شأن محدد، فهي ولاية بموجب كونها تُمكن صاحب القرار من إلزام غيره، ومن التصرف في شأن الغير، وهي ولاية عامة بموجب أنها بأصل شرعتها تتعلق بإمضاء قول على غير ليس محصوراً ولا معيناً بذاته تعييناً مسبقاً عند إناطة الولاية به، وهي ليست كشأن الولاية الخاصة، والتي تقوم بأصل شرعتها متعلقة بإمضاء قول على محصور سلفاً عند إناطة الولاية به كما في الوكيل والوصي.

ومن هذا التصور الفقهي والنظر القانوني العام تتسلسل أركان القرار الإداري وأوضاعه القانونية وأركانه؛ هي الإفصاح عن الإرادة المُلزمة للغير بموجب الولاية العامة عن محل موجود ومشروع ولسبب مشروع. والولاية تصح بشروطها المحددة في سندها فيجرى إعمالها في المجال المرسوم لها بما يُعبر عنه بالاختصاص، وتجرى بشروطها التي تشرطها القوانين لصحة أعمالها، وبالإجراءات التي توجبها القوانين؛ فالاختصاص يعتبر نوع ولاية منوط بمن يشغل وظيفة معينة، والشروط القانونية تفيد قيد أعمال الولاية إلا بشرطها، والإجراءات تُفيد ما أوجبه مُصدر الولاية العامة من شكل محدد ينبغي أن يجرى الإفصاح عن إرادة ذي الولاية العامة من خلاله. وكل ذلك يندرج فيما يمكن القول بأنه شروط إعمال الولاية العامة وضوابطها ومحدداتها. ثم هي من حيث كونها ولاية عامة منوط إعمالها بما يرتبط بأصل شرعه الولاية العامة وهي ابتغاء تحقيق المصلحة العامة للجماعة في تصورها القانوني والشرعي.

وإذا كان فقه القانون يمزج بين الشرعية والاستقرار في تبين الحقوق والمراكز القانونية، فإن الإفساح من الانعدام من شأنه تغليب عنصر الشرعية، والتضييق فيه يغلب عنصر الاستقرار. والحال أن قانون مجلس الدولة منذ نشأته في ١٩٤٦م أكد على ما يشوب القرار من عيوب تمس ولاية مصدره من حيث نطاق الولاية وضوابطها وأشكال إعمالها، ومن حيث مدى المساس بركن الغاية المتمثل في مراعاة المصلحة العامة، مما يظهر في حالة الانحراف في استعمال السلطة العامة، وأكد القانون أن هذه العيوب إن شابت القرار منفردة أو مجتمعة كان القرار محلاً للطعن فيه خلال المدة

المحددة لرفع الدعوى، وهي ستين يوماً، وذلك يُفيد أن أحد عناصر استخدام الولاية العامة في هذه الجوانب المحددة بالقانون لا تُفيد بذاتها انعدام القرار ولا عدم نفاذه مطلقاً.

وإذا كان مقتضى القياس المنطقي أن الخروج عن أُطر الولاية العامة مجالاً أو ضوابط وشروط هو مما يجنح بالتصرف إلى مشارف العدم لمساسه بصالح الجماعة وتعدية إلى الغير، وعدم لزومه صاحبه مُصدر القرار، إلا أن القانون غلّب عنصر الاستقرار لأن التصرف المعيب في مجال الولايات العامة لا يتعلق أثره بوضع فردي يسهل رده إلى ما كان عليه ويسهل حصر آثاره المتعاقبة كبيع أو إجارة أو نحوه. إنما هذا التصرف المعيب في مجال الولايات العامة يتعلق دائماً بأعمال متتابعة وآثار متعاقبة، ويتداخل بعضها في بعض بموجب النظام المؤسسي الذي تقوم عليه الأجهزة التي تمارس تلك الولايات العامة، وما تتفرع إليه من تفريعات بعضها يترتب على بعض، بأصول متداخلة وبفروع متشابكة، والتصرف الإداري إن بطُل أو أُلغى إنما تترتب عليه من التفريعات والآثار ما قد يصعُب حصره ومتابعته.

ومن ثم رجّح القانون عنصر الاستقرار بتحديد الأجل الذي يمكن فيه الطعن على القرار من ذي مصلحة، وجعل السحب فرعاً من الطعن ميعاداً وأسباباً. وإن أفسح ما اتسع له النظر الإفتائي والقضائي في شأن انعدام القرار الإداري أنما يرد في حالات غصّب السلطة الذي يبلغ عدم الاختصاص فيها حداً يُفقِد مُصدِر القرار أية ولاية له في إصداره مما ينزل به إلى درجة العمل المادي المعدوم الأثر قانوناً، مثل اعتداء سلطة تأديبية على سلطة تأديبية أخرى، وكذلك اعتداء سلطة إدارية على سلطة إدارية أخرى لا تمت إليها بصلة، واعتداء سلطة إدارية على اختصاص السلطة القضائية أو السلطة التشريعية، أو عندما يتضمن القرار الإداري اعتداء على حق الملكية، باعتبار أن الملكية ليست موضوعاً لقرار إداري، وكذلك صدور القرار من فرد عادي أو من شخص عادي، أو من شخص عُين تعييناً باطلاً مع ظهور البطلان بطريقة واضحة في القرار، وكذلك حالات الغش الذي يُفسد كل التصرفات في أي من مجالات النظر القانوني، وفقدان ركن النية في إصدار القرار الإداري»[٢٥].

(٢٥) و ج.ع فتوي رقم ٣٧٢ بجلسة ١٩٩٩/٤/٢١م ملف رقم ٩٦٢/٣/٨٦.

(٣) استمرار تنفيذ العقود المبرمة بالمخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات:

ثار التساؤل حول مدى قانونية الاستمرار في تنفيذ العقود الإدارية المبرمة بالمخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، فذهب رأي إلى بطلان تلك العقود وعدم جواز تنفيذها، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأنه على الرغم من بطلان تلك العقود قانوناً إلا أنه إذا بدأ تنفيذها تعين الاستمرار في هذا التنفيذ مراعاة للصالح العام.

أ- اتجاه المحكمة الإدارية العليا:

استقرت المحكمة الإدارية العليا على أنه: «ما تبرمه الجهات الإدارية من عقود إنما تبرمها بوصفها قوامة على الشأن العام، فمن مؤدى قوامة الدولة على الشأن العام تتفرع إلى هيئات ومصالح وغيرها من الوحدات العامة، التي تنقسم إلى نوع نشاط ومكان إقليم ومجال تخصص، فالشأن العام هو شأن الجماعة مصالحاً وأوضاعاً ومقاصد منشودة. والجماعة تشخصها الدولة، وهي لا تتشكل من هيئة واحدة، ولكنها تتكون من الناحية التنظيمية من هيئات كبرى تتوزع عليها مراحل تشكل العمل العام، وذلك بما عرف من سلطات التنفيذ والتشريع والقضاء، فالدولة كتنظيم مشخص للجماعة تستمد من هذا التنظيم مبرر قيامها، وتستمد منه كذلك شرعية نفاذ القول على الغير بشأن أوضاع الجماعة حفاظاً وضبطاً وتسييراً وتنمية في كل المجالات، فهذه الدولة تقوم على مفهوم النيابة عن الجماعة والتمثيل لها. ومن هنا فإن وظائف التنفيذ لا تستمد أي من الجهات الشرعية ممارستها إلا بوصف هذه الجهة ممثلة أو نائبة عن غيرها، فلا يوجد من يتصرف في شأن عام إلا وهو مفوض في ذلك، لا أصيلاً عن نفسه ولا صاحب شأن بذاته، هيئة كانت أو مجلساً أو فرداً، إنما هو قوام على شأن عام بموجب وصف تمثيلي وصفة تفويضية أتته من مستند عام، دستوراً كان أو قانوناً أو قراراً فردياً، وهو ما يُعبر عنه بالاختصاص في مجال القانون العام.

ومن جهة أخرى، فإن أي تصرف يصح وينفذ على نفس المتصرف وماله بموجب توفر شروط أهلية المتصرف التي تمكنه من إلزام نفسه بقول يصدر عنه، بينما يصح أي تصرف وينفذ في حق غير المتصرف بموجب ما يتوفر

للمتصرف من ولاية إمضاء القول على الغير، والولاية إما خاصة أو عامة، وتكون الولاية عامة متى توفر لها مكنة إمضاء القول على غير ليس محدداً ولا محصوراً ولا معيناً، وهي ما يتعلق بالدولة في الشئون العامة وما يتفرع عن أجهزتها وتنظيماتها وهيئاتها ووحداتها وأفرادها، وهي لا تقوم إلا بمستند شرعي من دستور أو قانون أو لائحة أو قرار فردي، فليس من سلطة عامة إلا وهي مقيدة ومحدودة بمستند شرعيتها، وبقدر ما تكون السلطة وبقدر ما تتفسح المكنة بقدر ما ترد القيود والضوابط، وهذا شأن العقد الإداري باعتباره صادراً عن ولاية تستند إلى اختصاص مفوض بإجراء التصرف في شأن يتعدى ذات مصدر القرار إلى مال ومصالح وشئون هو أمين عليها بموجب حكم قانوني، وفي نطاق ما جرى تخويله به، وتفويضه فيه. وذلك بحسبان أن مال الدولة بأجهزتها المختلفة - عاماً كان أو خاصاً - مملوك لا لمن يديره ولا لمن هو مخول بمكنة التصرف فيه، إنما هو للدولة كشخص اعتباري عام. وبناء عليه، لا تصح إرادة أي من الجهات الإدارية القوامة على هذا المال إلا بشروط التفويض الصادر إليها والمنظم لإرادتها من أحكام موضوعية وإجراءات وردت بالتشريعات، فالأمر أمر ولاية عامة وهو أمر نيابة لا تمارس إلا بشرطها المضروب وفي نظامها المعين، وبالقيود الضابطة لها.

وبناء على ما تقدم، جرى قضاء المحكمة على أنه من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إدارية كانت أو مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للمصلحة العامة. ومن مؤدى ما تقدم، أنه متى حدد المشرع - بموجب ما يسنه من قوانين ولوائح - طريقة معينة وإجراءات محددة لإبرام عقود الإدارة، تقديراً من المشرع بأن هذه الطريقة هي التي تتحقق بها المساواة وتكافؤ الفرص - حسبما يوجبه الدستور- فضلاً عن حرية المنافسة، وما تثمره من تنافس تتحقق به المصلحة العامة، حيث يتبارى المتقدمون في تقديم أفضل العروض، ففي هذه الحالة تختلط طريقة التعبير عن الإرادة - بإتباع هذه الطريقة أو عدم إتباعها - بمشروعية الإرادة ذاتها، ومن ثم لا تكون الإرادة - التي هي قوام ركن الرضا في العقد - صحيحة ومعتبرة إلا بإتباع هذه الطريقة، خاصة إذا كان المقبل على التعاقد مع جهة الإدارة يعلم - حقيقة أو حكماً - من خلال علمه المفترض بالقوانين واللوائح التي توجب هذه الطريقة سبيلاً لإبرام العقد بوجوب اتباع هذه الطريقة لتحقيق هذا الغرض.

ومن حيث إن عقد التداعي هو عقد بيع، ورغم ما اشتمل عليه من بيع مساحات شاسعة تكفي لإنشاء مدينة بأكملها، فقد جرى إبرامه بالأمر المباشر، في خروج سافر وإهدار بواح لأحكام قانون المناقصات والمزايدات المشار إليه وما تقتضيه أصول الإدارة الرشيدة من أن يجرى إبرامه من خلال مزايدة علنية - أو مظاريف مغلقة - يتبارى فيها المتنافسون، وهو ما يعيب الإرادة التي انعقد بموجبها العقد، بل ويلقى بظلاله ويعكس آثاره على التوازن المالي - مقابلاً وشروطاً - للعقد، وهو ما من شأنه أن يصيب العقد - بوصفه من روابط القانون العام - بالبطلان.

ولا يحاج في ذلك بأن القاعدة أنه «لا بطلان إلا بنص»، ذلك أن هذا القول أضحى قولاً مهجوراً في الفقه والقضاء، فكما أن البطلان يلحق بالتصرف بنص فإنه قد يلحق به بغير نص، كما لو كانت المخالفة التي شابت التصرف تشكل خروجاً على نص آمر، ولا مراء في أن النص الذي يوجب المزايدة سبيلاً لبيع أملاك الدولة إنما هو نص آمر، لتعلقه بحماية الملكية العامة كما أوجب الدستور، ولتجسيده لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، فضلاً عن أنه يضمن لكل ذي حق حقه في المال العام. كما لا ينال مما تقدم القول بتأبي الحكم ببطلان العقد بعد أن دخل حيز التنفيذ، ذلك أنه من المقرر قانوناً أن البدء في تنفيذ العقد لا يحول دون الحكم ببطلانه، لما يكون قد شابه من عيب جسيم يستتبع ذلك.

وفيما يتعلق بالنعي على الحكم المطعون فيه بأنه زلزل المراكز المستقرة فمردود عليه بالآتي:

(أولاً) إن الأثر المترتب على الحكم ببطلان العقد فيما بين طرفيه لا يستوي سنداً لأن يقيل العقد الذي شابه البطلان من عثرته، وخاصة إذا كان البطلان إثر خروج بواح على القانون بشأن بيع أرض بناء مملوكة للدولة. (ثانياً) بالنسبة للمتعاقدين على وحدات سكنية أو محلات أو وحدات أخرى بقصد التجارة والاستثمار أو إقامة مشروعات الخدمات بمشروع (م)، سواء كانوا

قد تسلموها أو لم يتسلموها، فإن مركزهم القانوني لن يضار عند معالجة آثار الحكم ببطلان عقد بيع أرض المشروع المشار إليه، فلقد تعاملوا مع بائع ظاهر بحسن نية، ومن ثم لن يضاروا من آثار الحكم ببطلان العقد المشار إليه. وعلى الجهات المختصة مراعاة ذلك عند إعمال آثار الحكم ببطلان العقد نفاذاً للحكم، والتي من مؤداها إنهاء العقد وإعادة الأرض محل العقد إلى هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، مع تقييد التصرف فيها باتباع الإجراءات القانونية السليمة، وبالمقابل العادل في الوقت الحالي، والذي تسفر عنه هذه الإجراءات التي فرضها القانون للتصرف بالبيع في أراضي الدولة؛ ذلك أنه من المقرر قانوناً - على وفق ما تقضي به المادتان (٤٦٦) و(٤٦٧) من القانون المدني - أن البيع الصادر من غير مالك وإن كان باطلاً، فإن بطلانه ليس مطلقاً، وإنما بطلانه مقرر لمصلحة المشتري، وللمالك الحقيقي (هيئة المجتمعات العمرانية) أن يقر هذا البيع في أي وقت، فيسري عندئذ في حقه وينقلب صحيحاً في حق المشتري، كما ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد إبرام العقد. (ثالثاً) لا صحة للقول بأن الحكم ببطلان العقد المشار إليه يُلقي بظلاله على كل من سبق أن خصصت له قطعة أرض من الأشخاص الطبيعيين أو النقابات والنوادي وغيرها من الجهات التي تقوم على تأدية الخدمات لأعضائها ولا تستهدف الربح، ذلك أن التخصيص الذي تم لهؤلاء قد جرى على وفق القواعد المقررة بالهيئة ولائحتها العقارية بشأن الإسكان الاجتماعي؛ لخروجه عن مفهوم البيع الذي يخضع لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه، والذي يلزم اتباع المزايدة في شأنه بإجراءاتها المقررة في هذا القانون»[٢٦].

ب- اتجاه الجمعية العمومية:

في اتجاه مخالف لما سبق وقضت به المحكمة الإدارية العليا، استقرت الجمعية العمومية على: «استمرار العقود التي تبرمها الجهات الإدارية بالمخالفة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات سالف الإشارة لحين انتهاء آثارها، أياً ما كان وجه البطلان الذي لحق إجراءات التعاقد، فإذا ما انعقد العقد مستوفياً أركانه فإنه يكون ملزماً لطرفيه، ولا مناص من الاستمرار في تنفيذه حتى انتهاء مدته، تحقيقاً لمبدأ استقرار المعاملات، وبصفة خاصة إذا ترتب على إنهاؤه ضرراً بالغاً بالصالح العام، مع ملاحظة أنه لا يجوز تجديد تلك العقود بحال من الأحوال إلا بعد اتباع الإجراءات المقررة قانوناً، وعلى الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم قانوناً تجاه من قام بالتعاقد دون اتباع الإجراءات القانونية المقررة، للوقوف على مسئوليته الجنائية والمدنية والتأديبية عن هذا الإجراء.

واستقرت الجمعية - من واقع إفتاؤها- أنه يقوم على أساسين:- الأول هو ضمان مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، باعتباره أصلاً من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء بما يكفل استقرار المراكز القانونية التي تكونت بحسن نية عن تلك العقود. وأما الأساس الثاني فهو حماية الثقة العامة في تصرفات الجهة الإدارية؛ تلك الثقة التي تعتبر ركناً أساسياً في سلوك ودوافع المتعامل معها، ويشكل المساس بها مخالفة جوهرية لتوقعاته المشروعة، فلا يتصور إلزام هؤلاء المتعاملين مع الجهة الإدارية بتحري صحة تصرفاتها القانونية، ومدى موافقتها لصحيح حكم القانون من عدمه - في مسائل بعضها يشق بذاته على الفقهاء المتخصصين وتحتاج إلى دراية خاصة بأحكام القانون - وهو أمر ينأى بطبيعته عن سلوك الشخص المعتاد حسن النية، فلا تكليف بغير استطاعة. ومتى كانت دواعي الاستقرار وحسن النية في تنفيذ العقود، وضمان الثقة العامة في تصرفات الإدارة، هما عماد إفتاء الجمعية العمومية سالف البيان، وعلى الرغم من اختلاف العقود الإدارية عن تصرفات الجهة الإدارية التي تجريها بإرادتها المنفردة، سواء في طبيعتها القانونية أم آثارها المترتبة عليها، إلا أن الأساسين السابقين يصدقان من باب أولى في تصرفات الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة كقرارات التخصيص، والتراخيص الصادرة للمتعاملين حسنى النية مع تلك الجهات لثبوت ذات العلة، وتوافر نفس الأسباب»[٢٧].

(٢٦) إ.ع في الطعن رقم ٣٠٩٥٢ لسنة ٥٦ ق.ع بجلسة ٩/١٤ / ٢٠١٠م، مكتب فني ٥٥ ص٦١٤

(٢٧) ج.ع بجلسة ٢٠١٦/٩/٥م ملف رقم ١٥٧/١/٧.

إطلالة موجزة على نصوص قانون المعاملات الإلكترونية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦٩ / ٢٠٠٨

الدكتور/ أيمن مصطفى البقلي
عضو هيئة التدريس
بالمعهد العالي للقضاء

مسايرة للتطور الذي لحق مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وانعكاسه على المجال القانوني، فقد سن المشرع العُماني قانون المعاملات الإلكترونية الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٦٩ / ٢٠٠٨[١]، ومن خلال السطور القادمة سنعرض لأهم القواعد والأحكام التي أتي بها هذا القانون.

أول ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء هذا القانون أنه بالرغم من أن الهدف الرئيسي لإصداره هو تسهيل المعاملات الإلكترونية بواسطة الرسائل أو السجلات الإلكترونية، إلا أن المشرع استثنى بعض المعاملات من نطاق تطبيقه، حيث جاء نص المادة الثالثة من هذا القانون على النحو الآتي: «تسري أحكام هذا القانون على المعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية كما تسري على أية رسالة معلومات إلكترونية.

ولا يسري هذا القانون على ما يلي:

أ- المعاملات والأمور المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا والهبات.

ب- إجراءات المحاكم والإعلانات القضائية والإعلانات بالحضور وأوامر التفتيش وأوامر القبض والأحكام القضائية.

ج- أي مستند يتطلب القانون توثيقه بواسطة الكاتب بالعدل».

(١) صدر قانون المعاملات الإلكترونية العُماني بموجب المرسوم السلطاني رقم ٦٩ / ٢٠٠٨، وينقسم هذا القانون إلى تسعة فصول، خصص المشرع العُماني الفصل الأول منها للتعريفات والأحكام العامة التي وردت في هذا القانون، في حين جاء الفصل الثاني بعنوان: الآثار القانونية المترتبة على الرسائل الإلكترونية ومتطلبات المعاملات الإلكترونية، أما الفصل الثالث فقد خصصه المشرع العُماني للمعاملات الإلكترونية وإبرام العقود، بينما خصص الفصل الرابع لبيان طرق حماية المعاملات الإلكترونية، أما الفصل الخامس فقد كرسه المشرع العُماني لبيان كل ما يتعلق بالسلطة المختصة بإصدار التراخيص لممارسة خدمات التصديق الإلكتروني، وفي الفصل السادس جاء المشرع العُماني بالأحكام المتعلقة بشهادات وخدمات التصديق الإلكتروني، أما الفصل السابع فقد تعرض المشرع العُماني فيه لحماية البيانات الخاصة، بينما خصص الفصل الثامن لبيان الأحكام الخاصة بالاستخدام الحكومي للسجلات والتوقيعات الإلكترونية، وأخيراً وضع المشرع العُماني في الفصل التاسع مجموعة الأفعال التي اعتبرها من قبيل الجرائم المرتبطة بمخالفة ما جاء في هذا القانون من أحكام، وأفرد لكل جريمة منها العقوبة التي تتناسب معها.

وفيما يتعلق بإبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، نجد أن نص المادة ١٢ من قانون المعاملات الإلكترونية العماني جاء على النحو الآتي:

١- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطة رسائل إلكترونية، ويعتبر ذلك التعبير ملزماً لجميع الأطراف متى تم وفقاً لأحكام هذا القانون.

٢- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه أبرم بواسطة رسالة إلكترونية واحدة أو أكثر».

في حين جاء نص المادة ١٣ من القانون ذاته على النحو الآتي:

١- يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية آلية متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهام، ويكون التعاقد صحيحاً ونافذاً بالرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد.

٢- يجوز إبرام عقد بين نظام معلوماتي آلي مملوك لشخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي أو معنوي إذا كان الأخير يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد.

ويكون للعقود الإلكترونية ذات الآثار القانونية المتعلقة بالعقود التي تبرم بالأساليب العادية من حيث الإثبات والصحة والقابلية للتنفيذ وغير ذلك من الأحكام.

ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع العُماني نص بصورة صريحة على إجازة التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، كما أضفى على العقود التي تبرم من خلال هذه الوسائل ذات الآثار القانونية المتعلقة بالعقود التي تبرم بصورة تقليدية.

كذلك أجاز المشرع العُماني إبرام التصرفات القانونية عن طريق نظام معلوماتي آلي، أو ما اصطلح على تسميته «بالوكيل الإلكتروني»، وتترتب على مثل هذه التصرفات كافة الآثار القانونية المترتبة على التصرفات التي تبرم بين الأفراد بالطرق التقليدية، ومن ثم تنصرف آثار العقد إلى الموكل، بحيث يكون الأخير هو الدائن بما ينشأ له عن هذا التصرف من حقوق، ومدين بما يرتبه هذا التصرف من التزامات في ذمته، فعلى سبيل المثال: إذا أراد شخص حجز مقعد للسفر بالطائرة عن طريق الإنترنت، فإنه يمكنه زيارة الموقع الإلكتروني لشركة الطيران التي يفضلها، ويحدد وجهته للسفر، والميعاد المناسب له، وكذلك رقم المقعد، ثم يقوم بدفع مقابل التذكرة عن طريق بطاقة الائتمان الخاصة به[٢]، ويمكنه عندئذ طباعة نسخة ورقية من التذكرة، وهو في ذلك يتعامل مع نظام معلوماتي آلي «وكيل إلكتروني» خاص بالشركة، دون الحاجة لوجود شخص طبيعي يمثل الشركة في مثل هذا التعاقد.

كذلك نظم المشرع العُماني في قانون المعاملات الإلكترونية مسؤولية وسطاء شبكة الإنترنت، حيث جاء نص المادة ١٤ من هذا القانون على النحو الآتي:

١- لا يسأل وسيط الشبكة مدنياً أو جزائياً عن أية معلومات واردة في شكل سجلات إلكترونية - تخص الغير - إذا لم يكن وسيط الشبكة هو مصدر هذه المعلومات، واقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول عليها، وذلك إذا كانت المسؤولية قائمة على:

أ- إنشاء أو نشر أو بث أو توزيع هذه المعلومات أو أية بيانات تتضمنها.

ب- التعدي على أي حق من الحقوق الخاصة بتلك المعلومات.

٢- يشترط لانتفاء مسؤولية وسيط الشبكة استناداً على أحكام هذه المادة ما يلي:

أ- عدم علمه بأية وقائع أو ملابسات من شأنها أن تدل بحسب المجرى العادي للأمور على قيام مسؤولية مدنية أو جزائية.

ب- قيامه على الفور - في حالة علمه بما تقدم - بإزالة المعلومات من أي نظام للمعلومات تحت سيطرته، ووقف توفير إمكانية الدخول على تلك المعلومات أو عرضها.

٣- لا تفرض أحكام هذه المادة على وسيط الشبكة أي التزام قانوني بشأن مراقبة أية معلومات واردة في شكل سجلات إلكترونية تخص الغير إذا اقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول على هذه السجلات.....».

(٢) د. غني ريسان جادر الساعدي: النظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العراق، العدد الخامس، ٢٠٠٧م، ص ٨٤ وما بعدها.

وعلى ذلك لا يُسأل وسيط الشبكة - طبقاً لهذا النص - سواء من الناحية المدنية أو الجزائية عن أية معلومات ترد في شكل سجل إلكتروني يخص الغير، طالما أن وسيط الشبكة لم يكن مصدر هذه المعلومات، وأن دوره اقتصر على مجرد توفير إمكانية الدخول عليها، واشترط المشرع لانتفاء مسؤولية وسيط الشبكة - استناداً إلى أحكام هذه المادة - عدم علم هذا الوسيط بأية وقائع أو ملابسات من شأنها أن تدل بحسب المجرى العادي للأمور على قيام مسؤولية مدنية أو جزائية، وقيامه على الفور حال علمه بأي من هذه الوقائع أو الملابسات بإزالة المعلومات من أي نظام للمعلومات تحت سيطرته، ووقف توفير إمكانية الدخول إليها أو عرضها.

ويُلاحظ أن المشرع العُماني لم يفرض على وسيط الشبكة أي التزام قانوني بشأن مراقبة أية معلومات واردة في شكل سجلات إلكترونية تخص الغير، متى اقتصر دور هذا الوسيط على مجرد توفير إمكانية الدخول على هذه السجلات، وهو اتجاه محمود - من وجهة نظرنا - ذلك أن الوفاء بمثل هذا الالتزام يُعد في حكم المستحيل، خاصة في ظل الأعداد الهائلة من السجلات الإلكترونية الموجودة على الشبكة، إضافة إلى ذلك فإن حفظ هذه السجلات على وسائط الشبكة يتم دون اتصال مباشر بين أصحاب هذه السجلات ووسيط الشبكة، ومن ثم لا تتاح للأخير - في أغلب الأحيان - إمكانية مراقبة محتوى هذه السجلات[٣].

وأما عن وسائل حماية المعاملات الإلكترونية، فقد نص المشرع العُماني في المادة ١٨ من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه: «يستخدم التشفير كوسيلة لحماية المعاملات الإلكترونية بهدف المحافظة على سرية المعلومات أو البيانات التي تحويها الرسالة الإلكترونية، والتحقق من شخصية المنشئ، ومنع الغير من التقاط المعلومات أو الرسائل الإلكترونية بغرض منع وصولها إلى المرسل إليه أو تشويهها».

وقد عرف المشرع العُماني التشفير بأنه: «عملية تحويل نص بسيط أو وثيقة نصية أو رسالة إلكترونية إلى رموز غير معروفة أو مبعثرة يستحيل قراءتها أو معرفتها بدون إعادتها إلى هيئتها الأصلية»[٤].

فالتشفير هو الطريقة التي تحمي المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت من العبث بها من الأشخاص غير المرغوب فيهم، عن طريق الحيلولة دون الوصول إلى المعلومات أو البيانات التي تحويها الرسالة الإلكترونية، كما يضمن التشفير - أيضاً - التحقق من شخصية منشئ هذه الرسالة؛ لذا يحظى التشفير بمكانة مهمة في مجال المعلوماتية، بما يوفره من سرية لها، جعلت منه حجر الزاوية لأمن المعلومات.

وفي مجال حماية نظم المعلومات، فقد نص المشرع العماني على ثماني وسائل لهذه الحماية، تضمنتها المادة ١٩ من قانون المعاملات الإلكترونية، والتي جاء نصها على النحو الآتي: «تستخدم إحدى الطرق الآتية لحماية نظم المعلومات:

١- التشفير بطريق المفتاح العام.
٢- الجدران النارية.
٣- مرشحات المعلومات.
٤- مجموعة الوسائل المتعلقة بمنع الإنكار.
٥- تقنيات تشفير المعطيات والملفات.
٦- إجراءات حماية نسخ الحفظ الاحتياطية.
٧- البرامج المضادة للديدان والفيروسات.
٨- أية طريقة أخرى تجيزها السلطة المختصة».

ولما كان الهدف الرئيسي من إصدار قانون المعاملات الإلكترونية هو تسهيل المعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، ووضع الإطار الحاكم لها، فكان لزاماً على المشرع العُماني أن يتعرض لتوقيع الأطراف، فالتوقيع هو الذي يضفي على هذه المعاملات حجية في مواجهة الموقع، ولكن نظراً للطابع الإلكتروني لهذه المعاملات، واستخدام السجلات الإلكترونية في إبرامها؛ لذا كان لابد من أن يكون التوقيع من طبيعة إلكترونية - أيضاً - حتى يتناسب مع هذه الصور الحديثة من المعاملات.

وقد عرف المشرع العُماني التوقيع الإلكتروني بأنه: «التوقيع على رسالة أو معاملة إلكترونية في

(٣) انظر مؤلفنا: عقد إيواء مواقع الإنترنت، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، العدد ٣٢ -٢٠١٢م، ص ١٠٣ وما بعدها.
(٤) المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره»[٥].

وطبقاً لهذا التعريف فإن التوقيع الإلكتروني يتمتع ببعض الخصائص، هي[٦]:

١- يتكون من عناصر متفردة خاصة بالموقع وحده، تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها.

٢- يحدد شخصية الموقع ويميزه عن غيره.

٣- يعبر عن رضا الموقع بما جاء في مضمون المحرر.

٤- يتصل برسالة بيانات إلكترونية.

٥- يستطيع تحقيق الوظائف ذاتها التي يؤديها التوقيع التقليدي.

وجاء نص المادة ٢٢ من قانون المعاملات الإلكترونية متضمناً الأحكام الخاصة بالتوقيع الإلكتروني المحمي، وهذا التوقيع يكون جديراً بأن يُعتمد عليه إذا تحقق فيه الآتي:

١- كانت أداة إنشاء التوقيع في سياق استخدامها مقصورة على الموقع دون غيره.

٢- كانت أداة إنشاء التوقيع في وقت التوقيع تحت سيطرة الموقع دون غيره.

٣- كان ممكناً كشف أي تغيير للتوقيع الإلكتروني يحدث بعد وقت التوقيع.

٤- كان ممكناً كشف أي تغيير في المعلومات المرتبطة بالتوقيع يحدث بعد وقت التوقيع.

ومع ذلك فقد أجاز المشرع العماني لكل ذي شأن أن يثبت بأية طريقة أن التوقيع الإلكتروني جدير بأن يعتمد عليه أو أنه ليس كذلك[٧].

ولما كانت العقود المبرمة من خلال الوسائل الإلكترونية يغيب فيها التواجد المادي للأطراف وجهاً لوجه لحظة انعقاد العقد؛ لذا أضحت الحاجة ملحة إلى وجود وسيلة لضمان التحقق من أهلية المتعاقدين، فظهر ما يُعرف بمقدمي خدمات التصديق، وقد عرف المشرع العُماني هذه الجهات بأنها: «أي شخص أو جهة معتمدة أو مرخص له / لها بالقيام بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أخرى متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية»[٨].

وعلى ذلك تعمل هذه الجهات كطرف ثالث ومحايد في العلاقة التعاقدية المبرمة إلكترونياً، ويُناط بها مهمة تنظيم هذه العلاقة، من خلال استعمال وسائل فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع والمحرر، ونسبته إلى شخص معين، كما تقوم هذه الجهات بإصدار شهادة تفيد تأكيد الارتباط بين الموقع وبيانات التوقيع الإلكتروني[٩]، ويجب أن تبين هذه الشهادة ما يأتي:

١- هوية مقدم خدمات التصديق.

٢- أن الموقع يسيطر في الوقت المعني على أداة إنشاء التوقيع المشار إليها في الشهادة.

٣- أن أداة إنشاء التوقيع كانت صحيحة وصالحة في تاريخ إصدار الشهادة.

٤- أية قيود على النطاق أو القيمة التي يجوز استخدام الشهادة فيها.

٥- أية قيود على نطاق أو مدى المسؤولية التي يقبلها مقدم خدمات التصديق تجاه أي شخص.

٦- أية بيانات أخرى تحددها السلطة المختصة[١٠].

وحتى يمكن لجهات التصديق أن تمارس عملها؛ اشترط المشرع العُماني ضرورة حصولها على ترخيص بمزاولة هذا النشاط، كما أناط المشرع بهيئة تقنية المعلومات مهمة إصدار هذه التراخيص، وممارسة الرقابة والإشراف والتفتيش على أنشطة هذه الجهات، وتحديد المؤهلات والخبرات التي يتعين توافرها في الموظفين

(٥) المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

(٦) في هذا المعنى انظر: د. أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد ٢٨، العدد ٥٦، ص ١٤٧.

(٧) المادة ٢/٢٢ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

(٨) المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

(٩) في هذا المعنى انظر: د. أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السابق، ص ١٦١.

(١٠) المادة ٣٣ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

العاملين بها، وكذلك تحديد الشروط التي يخضع لها عمل هذه الجهات[١١].

كذلك أناط المشرع العُماني بهيئة تقنية المعلومات اتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة للمراقبة والإشراف على مدى التزام مقدمي خدمات التصديق بأحكام قانون المعاملات الإلكترونية، وتسهيلاً لهذه الهيئة في أداء مهمتها منحها سلطة الوصول إلى أي نظام حاسب آلي أو أي جهاز أو بيانات أو أية مواد أخرى متصلة بذلك النظام، بغرض إجراء التفتيش والمراقبة، كما منحها الحق في أن تصدر أمراً لأي شخص مختص بأن يوفر لها المساعدة الفنية المعقولة، وغيرها من المساعدات حسبما تراه ضرورياً[١٢].

وفي مجال المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات التصديق؛ فقد ألقى المشرع العُماني على عاتق هذه الجهات عبء تحمل المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن عدم صحة ما تصدره من شهادات، أو بسبب وجود عيب فيها يرجع لخطأ أو إهمال مقدم خدمات التصديق، سواء كان المضرور هو الشخص الذي تعاقد معه لتقديم الشهادة، أو أي شخص آخر يكون قد اعتمد على هذه الشهادة بدرجة معقولة[١٣].

واستكمالاً لمجال المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات التصديق، فقد نص المشرع العُماني في قانون المعاملات الإلكترونية على إمكانية دفع هذه المسؤولية، وذلك في المادة ٢/٣٥، والتي جاء نصها على النحو الآتي: «لا يكون مقدم خدمات التصديق مسؤولاً عن أي ضرر إذا أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ أو إهمال أو أن الضرر كان ناشئاً عن سبب خارج عن إرادته».

وعلى ذلك، فقد اعتبر المشرع العماني أن التزامات مقدمي خدمات التصديق المتعلقة بصحة الشهادة وسلامتها من العيوب هي مجرد بذل عناية، وليس تحقيق نتيجة، وهو ما يبين من خلال نص المادة ٢/٣٥ سالف الذكر، حيث أعطى المشرع العماني لمقدمي خدمات التصديق إمكانية دفع مسؤوليتهم المدنية الناتجة عن عدم صحة الشهادة أو بسبب وجود عيب فيها عن طريق نفي الخطأ أو الإهمال.

أيضاً وضع المشرع العُماني في الفصل السابع من قانون المعاملات الإلكترونية نظاماً لحماية البيانات الخاصة، وذلك في المواد ٤٣ : ٤٩ من هذا القانون، ورغم أن المشرع العماني لم يتعرض لتعريف البيانات الخاصة، إلا أنه يمكن تعريفها بأنها: «أي معلومات تتعلق بشخص طبيعي محددة هويته أو يمكن تحديدها، ويُعد الشخص محدد الهوية أو يمكن تحديد هويته سواء بطريقة مباشرة أم غير مباشرة، ولا سيما بالرجوع إلى رقمه الشخصي، أو إلى واحد أو أكثر من العناصر الخاصة بتحديد هويته المادية والفسيولوجية والنفسية والاقتصادية والثقافية، أو الاجتماعية»[١٤].

وتُعد البيانات الخاصة من الموضوعات ذات الأهمية القصوى لا سيما في وقتنا الحاضر، وما تميز به من تطور وسائل الاتصال، وتصاعد مجال تكنولوجيا المعلومات، مما سهل مسألة تجميع هذه البيانات ومعالجتها، الأمر الذي يمكن أن يشكل تهديداً للحقوق اللصيقة بالشخصية، وعلى رأسها الحق في الخصوصية؛ لذا حظي موضوع البيانات الخاصة بحماية تشريعية – تحديداً في السنوات الأخيرة – سواء على المستوى الدولي أو الوطني، وذلك في ظل الاعتماد عليها في كثير من الأنشطة الحياتية[١٥].

وقد وضع المشرع العُماني في الفصل السابع من قانون المعاملات الإلكترونية القواعد الكفيلة بحماية هذه البيانات، فلم يجز لأية جهة حكومية أو مقدم خدمات تصديق أن يجمع بيانات شخصية مباشرة من الشخص

(١١) المادة ٢٥ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(١٢) المادة ٢٦ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(١٣) المادة ١/٣٥ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

(14) Art. 2/a: « Toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d›identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale; «

Directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l›égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., n° L 281 du 23/11/1995, p. 0031 – 0050.

(١٥) حول ماهية البيانات الخاصة انظر مؤلفنا: الحماية القانونية للبيانات الشخصية في إطار أنشطة البحث العلمي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، العدد ٣٧ - لسنة ٢٠١٥م، ص ٢٠ وما بعدها.

الذي تجمع عنه البيانات أو من غيره إلا بعد الموافقة الصريحة لهذا الشخص، وذلك فقط لأغراض إصدار شهادة أو المحافظة عليها أو تسهيل ذلك. كذلك لم يجز جمع هذه البيانات أو معالجتها أو استخدامها لأي غرض آخر دون الموافقة الصريحة للشخص المجموعة عنه البيانات[١٦].

ومع ذلك، فقد استثنى المشرع العُماني من حكم القاعدة السابقة بعض الحالات، يكون فيها الحصول على البيانات الشخصية أو الإفصاح عنها أو توفيرها أو معالجتها مشروعاً، وينحصر هذا الاستثناء في الحالات الآتية:

١- إذا كانت البيانات ضرورية لغرض منع أو كشف جريمة بناء على طلب رسمي من جهات التحقيق.

٢- إذا كانت البيانات مطلوبة أو مصرحاً بها بموجب أي قانون أو كان ذلك بقرار من المحكمة.

٣- إذا كانت البيانات ضرورية لتقدير أو تحصيل أية ضريبة أو رسوم.

٤- إذا كانت معالجة البيانات ضرورية لحماية مصلحة حيوية للشخص المجموعة عنه هذه البيانات[١٧].

كذلك في إطار حماية البيانات الخاصة، فقد فرض المشرع العُماني على مقدم خدمات التصديق اتخاذ الإجراءات المناسبة؛ لضمان سرية البيانات الشخصية التي في عهدته في سياق القيام بواجباته، ولم يجز له إفشاء هذه البيانات أو تحويلها أو الإعلان عنها أو نشرها لأي غرض كان إلا بموافقة مسبقة من الشخص الذي جمعت عنه هذه البيانات[١٨].

كما أوجب المشرع العُماني على مقدم خدمات التصديق، بناء على طلب من الشخص الذي جمعت عنه البيانات، تمكينه فور تقديم هذا الطلب من النفاذ إلى بياناته الشخصية وتحديثها، ويشمل هذا الحق الدخول إلى جميع مواقع البيانات الشخصية المتعلقة بهذا الشخص، وضماناً لقيام مقدم خدمة التصديق بهذا الالتزام على أكمل وجه أوجب عليه المشرع العُماني أن يضع الوسائل التقنية المناسبة، التي تمكن هذا الشخص من ممارسة حقه هذا بطريقة إلكترونية[١٩].

إضافة إلى ما تقدم، فقد أوجب المشرع العُماني على أي شخص يسيطر على بيانات شخصية بحكم عمله في معاملات إلكترونية، إعلام الشخص المعني بهذه البيانات قبل القيام بأي إجراء من إجراءات معالجة تلك البيانات، ويتم هذا الإعلام بواسطة إشعار خاص يتضمن الإجراءات التي يتبعها لحماية البيانات الشخصية، ويجب أن تتضمن هذه الإجراءات تحديد هوية المسؤول عن المعالجة، وطبيعة البيانات، والغرض من معالجتها، وطرق ومواقع المعالجة، وكل المعلومات الضرورية لضمان معالجة مأمونة لهذه البيانات[٢٠].

ورغم أهمية معالجة البيانات الشخصية، ودخول هذه التقنية في العديد من مناحي الحياة؛ إلا أن المشرع العُماني لم يُجز معالجة أي بيانات شخصية من قبل من يسيطر على هذه البيانات إذا كانت تلك المعالجة تسبب ضرراً للأشخاص المعنيين بها أو تنال من حقوقهم أو حرياتهم[٢١].

كذلك في إطار آليات حماية البيانات الخاصة، فقد أوجب المشرع العُماني حال ضرورة نقل تلك البيانات إلى خارج السلطنة أن يؤخذ في الاعتبار المستوى الكافي من الحماية لهذه البيانات، وبصفة خاصة ما يلي:

١- طبيعة البيانات الشخصية.

٢- مصدر المعلومات المضمنة في البيانات.

٣- الأغراض المراد معالجة البيانات من أجلها ومدتها.

٤- الدولة التي يتم تحويل البيانات إليها والتزاماتها الدولية والقانون المطبق فيها.

٥- القواعد ذات الصلة المطبقة في هذه الدولة.

(١٦) المادة ١/٤٣ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(١٧) المادة ٢/٤٣ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(١٨) المادة ٤٤ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(١٩) المادة ٤٦ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(٢٠) المادة ٤٥ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(٢١) المادة ٤٨ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

٦- الإجراءات الأمنية المتخذة لحماية البيانات في هذه الدولة[٢٢].

أيضاً نظم المشرع العُماني في الفصل الثامن من قانون المعاملات الإلكترونية الاستخدام الحكومي للسجلات والتوقيعات الإلكترونية، حيث أجازت المادة ٥٠ من هذا القانون للحكومة استخدام السجلات والتوقيعات الإلكترونية حال قيامها بالمهام الآتية:

١- قبول إيداع أو تقديم أو إنشاء أو حفظ مستندات.

٢- إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة.

٣- قبول الرسوم أو أية مدفوعات.

٤- طرح المناقصات وتسلم العطاءات المتعلقة بالمشتريات الحكومية[٢٣].

كذلك أجاز المشرع العماني للحكومة إذا قررت تنفيذ أي من المهام المذكورة في المادة ٥٠ سالفة الذكر بصورة إلكترونية أن تحدد:

١- الطريقة والشكل الذي يتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك السجلات.

٢- الطريقة والشكل والكيفية والإجراءات التي يتم بها طرح المناقصات، وتسلم العطاءات، وإنجاز المشتريات الحكومية.

٣- نوع التوقيع الإلكتروني المطلوب بما في ذلك اشتراط أن يستخدم المرسل توقيعاً إلكترونياً محمياً آخر.

٤- الطريقة والشكل اللذين يتم بهما تثبيت ذلك التوقيع الإلكتروني على السجل، والمعيار الذي يجب أن يستوفيه مقدم خدمات التصديق الذي تقدم إليه السجلات للإيداع أو الحفظ.

٥- عمليات وإجراءات الرقابة المناسبة للتحقق من سلامة وأمن وسرية السجلات الإلكترونية أو المدفوعات أو الرسوم.

٦- أية مواصفات أو شروط أو أحكام أخرى لإرسال المستندات الورقية، إذا كان ذلك مطلوباً فيما يتعلق بالسجلات الإلكترونية الخاصة بالمدفوعات والرسوم[٢٤].

وفي ختام هذا القانون نص المشرع العُماني على مجموعة من الأفعال التي اعتبرها من الجرائم المرتبطة بمخالفة ما جاء في قانون المعاملات الإلكترونية من أحكام، وأفرد لكل جريمة منها العقوبة التي تتناسب معها، والتي من أهمها أن المشرع عاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز سنتين، وبغرامة لا تتجاوز ٥٠٠٠ ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

١- تسبب عمداً في تعديل غير مرخص به في محتويات أي حاسب آلي بقصد إضعاف فاعليته أو منع أو تعويق الدخول إلى أي برنامج أو بيانات محفوظة فيه أو إضعاف فاعلية ذلك البرنامج أو إضعاف الاعتماد على تلك البيانات.

٢- اخترق جهاز حاسب آلي أو منظومة حاسبات آلية أو موقع على الإنترنت أو شبكة إنترنت، وترتب على ذلك تعطيل أنظمة تشغيل هذا الجهاز أو تلك المنظومة، أو أدى هذا الاختراق إلى إتلاف برامج الحاسب الآلي أو الحاسبات الآلية وما تحتويه من معلومات أو إلى سرقة هذه المعلومات، أو تم استخدام المعلومات التي تتضمنها مخرجات الحاسبات الآلية في أغراض غير مشروعة، أو قام بإدخال معلومات غير صحيحة.

٣- دخل بطريق الغش إلى نظام معلومات أو قاعدة بيانات بغرض العبث بالتوقيعات الإلكترونية.

٤- قام بطريقة غير مشروعة بكشف مفاتيح لفض التشفير أو فض تشفير معلومات مودعة لديه.

٥- استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بتوقيع غيره.

٦- اخترق أو اعترض معلومات أو بيانات مشفرة أو قام بفض شفرتها عمداً دون مسوغ قانوني، وتضاعف العقوبة إذا كانت المعلومات أو البيانات تتعلق بسر من أسرار الدولة.

(٢٢) المادة ٤٩ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(٢٣) المادة ٥٠ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.
(٢٤) المادة ٥١ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

٧- قام عمداً بفض معلومات أو بيانات مشفرة بأية طريقة في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

٨- قدم بيانات غير صحيحة عن هويته أو تفويضه لمقدم خدمات التصديق بغرض طلب إصدار أو إلغاء أو تعليق شهادة.

٩- استعمل بصفة غير مشروعة أداة إنشاء توقيع متعلقة بتوقيع شخص آخر.

١٠- زور سجلاً إلكترونياً أو توقيعاً إلكترونياً أو استعمل أياً من ذلك مع علمه بتزويره[٢٥].

ومن خلال ما تقدم يمكن القول إن ما سبق هو عرض موجز لأهم ما جاء في قانون المعاملات الإلكترونية لسلطنة عُمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٦٩ / ٢٠٠٨، فقد حوى هذا القانون مجموعة من الموضوعات المهمة التي ترتبط بمجال المعاملات الإلكترونية، هذا المجال الذي تطور بسرعة هائلة خاصة في السنوات الأخيرة، مما دعا المشرع العُماني إلى مواكبة هذا التطور بإصدار هذا القانون، تحقيقاً لمقولة أن القانون مرآة المجتمع تعكس ما يمر به من ظروف ومستحدثات في جميع المجالات.

وفي الختام، فإنه من خلال هذه الإطلالة الموجزة على هذا القانون، ونظراً لحداثة ما تضمنه من موضوعات، وأهمية ما ورد به من أحكام، ادعو الباحثين إلى سبر أغواره، من خلال دراسة موضوعاته في الرسائل العلمية، والأبحاث المتخصصة، والتعرض لنصوصه بالشرح والتحليل، ومقارنتها بما تضمنته نصوص قوانين المعاملات الإلكترونية في النظم القانونية الأخرى، حتى تعم الفائدة.

(٢٥) المادة ٥١ من قانون المعاملات الإلكترونية العُماني.

جهات تسليم الحدث في القانون العماني

بدر بن خميس بن سعيد اليزيدي
قاضي محكمة استئناف
مجلس الشؤون الإدارية للقضاء

المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

المقدمة:

يُشكّل الأحداث ثروة حقيقة للأمم في سبيل رقيها إلى سُلَّم الحضارة الإنسانية، إذ تستمد منهم قوتها، وأملها المَنشود الذي تتطلع إليه في تحقيق ما تصبو إليه من تقدم، وتجسيداً لهذه الأهمية فقد عنيت التشريعات القانونية - ومن بينها المشرع العماني - بتوفير وسائل الحماية الضرورية كافة للأحداث الذين يتعرضون للجنوح، أو يرتكبون جرائم يعاقب عليها القانون، ومن أهم وسائل الحماية القانونية فرض تدابير رعائية مخففة تكون وسيلة لعودة الحدث إلى جادة الصواب، وعلى رأسها تدبير تسليم الحدث إلى جهات معينة حددها القانون لغرض رعايته.

وتأتي تدابير الرعاية في طليعة التدابير التي تستهدف توفير أقصى درجات الحماية الجنائية للحدث، فهي بدائل للعقوبات التقليدية لفئة الأحداث الذين لا يشكلون خطراً محدقاً على المجتمع، وإن كانت توجد خشية فعلية من تطور الجنوح لديهم بما ينبئ عن وجود مشروع لمجرم مستقبلاً؛ ولذا جاء تدخل المشرع عن طريق فرض تدابير الرعاية التي يواجه بها الخطورة الاجتماعية للحدث في صورة تدابير قليلة الأثر على الحدث.

وتهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم تدبير التسليم وفقاً لما قرره المشرع العماني والفقه القانوني، وتحديد فئات الأحداث المستهدفة بتدبير التسليم، وعرض الجهات التي يتم تسليم الحدث إليها تنفيذاً لهذا التدبير، وتكمن إشكالية الدراسة في بيان مدى شمولية النصوص القانونية في التشريع العماني لتغطية كافة جوانب جهات التسليم وخصوصاً عند تزاحمها مما يوجد خشية حقيقة من التأثير على فاعلية التدبير في تقويم سلوك الحدث، ويرتكز البحث على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن.

وقد اقتضى البحث تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

- المبحث الأول: مفهوم تدبير التسليم وغايته.
- المبحث الثاني: فئات الأحداث المستهدفة بتدبير التسليم وحالات فرضه.
- المبحث الثالث: جهات تسليم الحدث في القانون العماني.

المبحث الأول
مفهوم تدبير تسليم الحدث وغايته

يتناول هذا المبحث تحديد المفهوم القانوني لتدبير التسليم في التشريع العماني والفقه القانوني، كما يبحث غاية هذا التدبير التي شرعت من أجله.

المطلب الأول
مفهوم تدبير تسليم الحدث

عد المشرع العماني تدبير التسليم هو الأساس في تدابير الرعاية كما يشي بذلك وضعه على رأس قائمة تدابير الرعاية[1] ، ورغم ذلك فإنه لم يتطرق إلى تحديد مفهومه بشكل محدد مكتفياً بذكر أحكامه، وهذا بخلاف تدبير التوبيخ[2] - مثلاً - الذي أفرد له المشرع مادة مستقلة لتحديد مفهومه. ولا يجد الباحث تفسيراً لهذا التجاهل غير أن عادة التشريعات القانونية ألا تتوسع في تعريف بعض المصطلحات نظراً لوضوحها تاركة المجال للفقه القانوني في تحديد مفهومه من خلال الأحكام التي يتناولها القانون عن هذا المصطلح، ويبدو أن المشرع العماني سار في هذه المسألة على هذا النهج، وبالرجوع إلى الفقه القانوني نجده يعرف التسليم بأنه: «إخضاع الحدث لرقابة وإشراف شخص لديه ميل طبيعي أو مصلحة أو اتجاه إلى حماية الحدث بشكل يجعله بعيداً عن الطريق المخالف للقانون»[3] . ورغم أن التعريف السابق يضع صورة كافية عن تدبير التسليم إلا أنه ليس تعريفاً جامعاً مانعاً لجميع مفردات مفهوم التدبير، ويستخلص الباحث من نصوص القانون العماني مفهوم التسليم بأنه: إعادة الحدث إلى بيئته الطبيعية بوضعه تحت الرقابة المباشرة لأبويه معاً أو أحدهما أو الوصي أو أحد أفراد أسرته أو قرابته أو أسرة بديلة أو دار توجيه الأحداث أو أية جهة معتمدة لرعاية الأحداث ممن تتوفر فيهم الضمانات الأخلاقية، والقدرة على الرعاية.

(١) قانون مساءلة الأحداث، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠م) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٥م، المادة (١٥).

(٢) المرجع نفسه، المادة (١٦).

(٣) حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، (بيروت: دار النهضة العربية، ط٥، ١٩٨٢م)، ص٩٢٧.

المطلب الثاني
غاية تدبير التسليم

من خلال تحديد مفهوم تدبير التسليم فإنه يُلاحظ على هذا التدبير أنه يركز قدر الإمكان أن يكون للوالدين والأقربين الدور الأبرز في احتضان الحدث، وإعادة تأهيله مرة أخرى، حيث يبقى تحت إشرافهم المباشر خلال فترة التدبير، وقد أحسنت التشريعات صنعاً في ذلك، إذ إن الحدث في حاجة ماسة إلى عطف الوالدين ورعايتهما، فهو يشكل جزءاً من متطلبات نمو الشخصية نمواً طبيعياً ومتوازناً[4]، ومن جهة أخرى، فإن هذا التدبير يركز على إعادة تأهيل الحدث وإصلاحه في بيئته الطبيعية، طالما كانت هذه البيئة صالحة ومؤهلة لتقويم الحدث وتنشئته تنشئة صالحة، إذ إن التسليم إنما يكون لشخص يسعى إلى مصلحة الحدث بدافع فطري أو انجذاب طبيعي للعمل على مراقبة سلوكه، والاجتهاد في صرفه عن معاودة الجريمة، وفي حالة تبين أن هذه البيئة الطبيعية فاسدة، فإن الملاذ الآخر هو إيجاد بدائل لها، ويكون إما بالبحث عن أسرة بديلة، أو إيداعه دار توجيه الأحداث؛ تجنيباً له عن المساوئ التي تعتري البيئة الطبيعية، والتي تكون غالباً أحد أهم أسباب جنوح الأحداث عندما تكون موبوءة، وعليه فإن غاية تدبير التسليم هو إعادة تأهيل الحدث في بيئته الأسرية وبين أحضان من يعطفون عليه، ويحرصون على مصلحته، وذلك عن طريق مراقبة سلوكه وتصرفاته، وترسيخ القيم والأخلاق في تعاملاته؛ لأجل ضمان عودته الحميدة والسوية للمجتمع، وحتى يكون فرداً منتجاً وفاعلاً فيه بإيجابية.

ولأجل تحقيق هذه الغاية، فإنه يجب على قاضي الأحداث أن يكون متيقظاً لهذه النقطة المهمة، فلا يعهد في تسليم الحدث إلا بعد أن يتحقق بأن هذا التسليم سوف يصب في مصلحة الحدث، وعودته إلى جادة الصواب، وهذا يستدعي أن يستعين بالبحث الاجتماعي، وكل الوسائل المتاحة لديه؛ لمعرفة الجهة الأصلح لاحتضان الحدث.

ويُعد تدبير التسليم من تدابير الحماية التي يكون غايتها حماية الحدث من ارتكاب الجريمة في المستقبل لوجود رعاية وتربية ورقابة لحسن سلوكه بفضل مستلم

(٤) العوجي، مصطفى، الحدث المنحرف أو المهدد بخطر الانحراف في التشريعات العربية، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥م)، ص٧٥.

الحدث[٥]، فهو مع كونه تدبيراً رعائياً يعمل على إصلاح سلوك الحدث في محيطه الأسري وتحت إشرافهم، فإنه كذلك تدبير حمائي من أجل وقاية المجتمع، وحفظ شخص الحدث من العودة مجدداً للجريمة أو الجنوح بكافة صوره وأحواله.

المبحث الثاني
فئات الأحداث المستهدفة بتدبير التسليم وحالات فرضه

يتناول هذا المبحث الفئات المستهدفة بتدبير التسليم وفق الترتيب الذي أورده المشرع العماني، كما يوضح الحالات التي يفرض فيها هذه التدبير والجهة المخولة بفرضه.

المطلب الأول
فئات الأحداث المستهدفة بتدبير التسليم

يظهر جلياً للباحث أن نصوص قانون مساءلة الأحداث جاءت غير واضحة في بيان فئة الأحداث المستهدفة بتدبير التسليم، وتدابير الرعاية بشكل عام، إلا أنه من خلال تقصي مواد القانون يستخلص الباحث أن تدبير التسليم - شأنه في ذلك شأن بقية تدابير الرعاية -يستهدف فئتين من الأحداث، وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول
الأحداث المعرضون للجنوح

وهم فئة من الأحداث لم يرتكبوا أفعالاً مجرمة قانوناً، إلا أنهم وجدوا في أحد حالات التعرض للجنوح الواردة في المادة (٣) من قانون مساءلة الأحداث[٦]، وهذا يستنبطه الباحث من المادة (١٨) من قانون مساءلة الأحداث التي نصت على أنه: «يحكم بتدبير أو أكثر من تدابير الرعاية على ألا تجاوز مدة التدبير بلوغ الحدث المعرض للجنوح الثامنة عشرة»، إذ يُسْتَظْهَرُ من هذا النص أن تدابير الرعاية - ومنها تدبير التسليم - إنما يحكم بها في مواجهة الأحداث المعرضين للجنوح؛ لذكرهم الصريح في المادة.

وحالات التعرض للجنوح لا تمثل جرائم يعاقب عليها القانون أو يفرض جزاءً على من وقع فيها، وإنما هي عبارة عن أوضاع اجتماعية وأسرية ونفسية محددة تنم عن ميول نحو الإجرام أو بيئة تشجع على ارتكاب الجريمة، أو تكون سبباً دافعاً لها، وهذه الحالات لا تنحصر بسن معينة، فهي تشمل جميع مراحلة الحداثة من بدايتها وحتى بلوغ الحدث سن الرشد الجنائي؛ لكونها أوضاع معينة يمكن أن تحصل للحدث في أي مرحلة من مراحل عمره، فهي تشمل مرحلة عدم المسؤولية ومرحلة المسؤولية المخففة ومرحلة المسؤولية الناقصة[٧]، طالما انطبقت على الحدث أحد حالات التعرض للجنوح، ويكمن الفرق في أن الحدث الذي لم يبلغ سن التاسعة من العمر، فإنه لا يطبق عليه إلا أحد تدبيري التوبيخ أو التسليم، وأما من بلغ هذا السن، فيمكن أن تطبّق عليه جميع تدابير الرعاية بلا استثناء[٨].

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون مساءلة الأحداث على أنه: «ولا يطبق في شأن الحدث الذي لم يبلغ التاسعة إلا أحد التدبيرين المنصوص عليهما في البندين (أ) و(ب) من المادة (١٥)»، والأحداث دون التاسعة من العمر هم عديمو المسؤولية، ولا يصح ملاحقتهم جنائياً، ولا يطبق عليها إلا تدبيرين من بين تدابير الرعاية هما: التسليم والتوبيخ فقط؛ لكونهما يتناسبان مع سن الحدث، ورغم ذلك فهم يندرجون في العموم مع فئة الأحداث المعرّضين للجنوح.

الفرع الثاني
الأحداث الجانحون الذين بلغوا التاسعة ولم يبلغوا السادسة عشرة من العمر

وهم من ارتكبوا أفعالاً مجرمة قانوناً في هذه السن، ورغم أن سن الحدث الجانح - وفقاً للقانون العماني - يمتد من بلوغ الحدث سن التاسعة من العمر

(٥) عطية، حمدي رجب، المسؤولية الجنائية للطفل في تشريعات الدول العربية والشريعة الإسلامية، (القاهرة: مطابع جامعة المنوفية، ط٢، ٢٠١٠م)، ص١٧٥.

(٦) أورد القانون سبع حالات إذا وجد فيها الحدث يعتبر معرضاً للجنوح. قانون مساءلة الأحداث، المادة (٣).

(٧) يستنتج الباحث أن القانون العماني قَسَّم مراحل مسؤولية الحدث إلى ثلاثة مراحل بحسب فئاتهم العمرية، فمرحلية عدم المسؤولية تكون للحدث الذي لم يبلغ التاسعة من العمر، ومرحلة المسؤولية الناقصة للحدث الذي بلغ التاسعة ولم يبلغ السادسة عشر، ومرحلة المسؤولية المخففة للحدث الذي بلغ السادسة عشر وحتى إتمام الثامنة عشر، وثمرة هذا التقسيم تكمن في تحديد العقوبة أو التدبير المناسب الذي يصح توقيعه على الحدث، كما يتحدد على ضوئها المحكمة المختصة بنظر الدعوى عند اشتراك حدث جانح مع بالغين في مشروع جرمي واحد. قانون مساءلة الأحداث، المواد (١/د -٥، ٣، ١٨، ٢٧، ٢٨).

(٨) المرجع نفسه، المادة (١٨).

وحتى بلوغ سن الرشد الجنائي بإتمام سن الثامنة عشرة من العمر، إلا أن تدابير الرعاية - ومن ضمنها تدبير التسليم - لا تستهدف هذه الفئة بأكملها، وإنما تستهدف الأحداث الذين بلغوا التاسعة ولم يبلغوا السادسة عشرة من العمر، وهم الفئة الأقل سناً من بين الأحداث الجانحين، والذين يكونون في مرحلة المسؤولية الناقصة.

ويستخلص الباحث هذا الحكم من خلال استقراء المادة (٢٧) من قانون مساءلة الأحداث التي تحدثت عن حالة ما إذا ارتكب الحدث الجانح الذي لم يبلغ السادسة عشرة جريمة أو جرائم متعددة، أو ارتكب أكثر من جريمة لغرض واحد، وكانت مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، فيجوز الحكم عليه بتدبير أو أكثر من بين تدابير الرعاية إضافة إلى تدابير الإصلاح المنصوص عليها في القانون المذكور[٩].

ويؤخذ على المشرّع العماني أنه لم يحدد الفئة المستهدفة من تدابير الرعاية - ومنها تدبير التسليم - بشكل واضح وصريح، وإنما هو ذكر متناثر يقتضي البحث والتقصي والجمع بين المواد المختلفة للوصول إلى الصورة الصحيحة التي أرادها المشرع، وهو أمر قد يوقع اللبس لدى القضاة، وخصوصاً في مجال توقيع التدابير، ولأجل تجلية الصورة، فإن الباحث يقترح إضافة مادة جديدة في قانون مساءلة الأحداث برقم (١٥ مكرراً) يكون نصها الآتي: (تطبق في شأن الأحداث المعرضين للجنوح والأحداث الجانحين الذين لم يبلغوا السادسة عشرة تدابير الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون، كما يطبق تدبيري التسليم والتوبيخ فقط على الأحداث الذين لم يبلغوا التاسعة من العمر).

ومن خلال النظر في هذه الفئات يستنتج الباحث أن تدبير التسليم يستهدف الأحداث صغار السن الذين قد ارتكبوا أفعالاً لا تشكل جريمة بحد ذاتها أو أنها تشكل جرائم غير جسيمة أو أن ظروف الواقعة تدل على دفعهم إلى هذا الجنوح نتيجة الأحوال السيئة المحيطة، ولم يحدد القانون نوعاً معيناً من الجرائم يمكن أن يطبق عليه التدبير تاركاً المجال لقاضي الموضوع في تقدير ذلك، وفق سلطته التقديرية.

(٩) المرجع نفسه، المادة (٢٧).

المطلب الثاني
حالات فرض تدبير التسليم

الأصل أن يصدر بالتسليم حكم قضائي عن محكمة الأحداث المختصة التي تحدد التدبير المناسب من بين تدابير الرعاية بناء على ظروف الحدث والواقعة المرتكبة، إلا أن المشرع العماني خرج عن هذه القاعدة مفرقاً في ذلك بين الحدث المعرض للجنوح والحدث الجانح، وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول
تدبير التسليم للحدث المعرض للجنوح

بإمعان النظر في المادة (١٧) من قانون مساءلة الأحداث يظهر للباحث أن تدبير التسليم عند وقوع الحدث في أحد حالات التعرض للجنوح يكون له صورتان:

الصورة الأولى: اتخاذ تدبير التسليم من جهة شرطة الأحداث عندما تجد الحدث في أحد حالات التعرض للجنوح؛ وعندها تسلم الحدث إلى أحد والديه أو من له عليه حق الولاية أو الوصاية دون غيرهم من جهات التسليم، وفي هذه الحالة لا يحتاج التسليم إلى حكم أو أمر قضائي؛ وإنما تتولاه الشرطة من تلقاء نفسها، وشرطه ألا يمتنع من عهد إليه الحدث من استلامه.

الصورة الثانية: اتخاذ تدبير التسليم بأمر من المحكمة، وذلك عندما يتعذر تسليم الحدث إلى الوالدين أو أحدهما أو الولي أو الوصي بامتناع أي منهم عن تسلم الحدث، عندها تقوم شرطة الأحداث برفع الأمر إلى الادعاء العام المختص الذي يقوم بدوره بعرض الأمر على المحكمة؛ لتأمر بإلحاق الحدث بدار توجيه الأحداث أو أية جهة معتمدة لرعايتهم.

ويظهر أن التسليم في هذه الصورة - وفق رأي الباحث - يكون بأمر قضائي صادر من المحكمة المختصة، وهذا الأمر لا يكون نتيجة محاكمة قضائية معتادة، بل هو معالجة لحالة امتناع والدي الحدث وأولياؤه وأوصياؤه عن تسلم الحدث.

ويبدو للوهلة الأولى أن هذه الأحكام تتعارض مع حكم المادة (١٨) من قانون مساءلة الأحداث التي يستفاد منها أن تدابير الرعاية بشكل عام، إنما تكون بحكم صادر

من محكمة الأحداث، وليس مباشرة عن طريق الشرطة، ولكن يمكن القول إن بين المادتين عموم وخصوص، فالعام يقضي أن يكون اتخاذ تدابير الرعاية بحكم قضائي من محكمة الأحداث المختصة، والخصوص أن تتولى الشرطة تسليم الحدث المعرض للجنوح إلى والديه أو الولي أو الوصي إذا قبلوا ذلك، وبهذه النظرة يرتفع الخلاف ويزول الإشكال.

ولعل إرادة المشرع اتجهت في ذلك إلى تخفيف العبء عن المحكمة، وعدم إرهاقها بقضايا التعرض للجنوح في حالة قبول الوالدين أو أحدهما أو الولي أو الوصي تسلم الحدث نظراً إلى عدم جسامة هذه الأفعال، إلا أن الباحث يخالف هذه النظرة، ويرى أن تطبيق القاعدة العامة باتخاذ التدابير عن طريق المحكمة المختصة هو الأصلح للحدث والأدعى إلى بحث التدبير المناسب الذي يتفق وحالته؛ لوجود الرقابة القضائية التي يلزم حضورها في جميع الإجراءات التي تتخذ في مواجهة الحدث، ومن ضمنها هذه الحالة.

الفرع الثاني
تدبير التسليم للحدث الجانح

قسّم القانون العماني الحدث الجانح إلى مرحلتين:

الأولى- بلوغه التاسعة وحتى نهاية الخامسة عشرة من العمر: ففي هذه المرحلة تطبق عليه تدابير الرعاية، ومن بينها تدبير التسليم، إذا ارتكب جريمة من الجرائم أو عدة جرائم لغرض واحد، وكانت مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، كما يمكن أن يتخذ في حقه أحد تدابير الإصلاح[10]، ويكون فرض تدبير التسليم في هذه الحالة بموجب حكم صادر من محكمة الأحداث بعد محاكمة قضائية للحدث.

ويظهر أن الحكم على الحدث الجانح في هذه المرحلة بتدبير أو أكثر من تدابير الرعاية أو الإصلاح هو سلطة تقديرية لمحكمة الأحداث، تقضي بها على ضوء ما تسفر عنه التحقيقات والبحث الاجتماعي عن ظروف الجريمة ودوافعها ووضع الحدث الجانح الاجتماعي والأسري والنفسي، وهو من قبيل تفريد التدابير الذي يقوم على مبدأ اختيار التدبير الذي يتناسب وحالة الحدث.

الثانية- بلوغه السادسة عشرة وحتى الرشد الجنائي: وفي هذه المرحلة لا تطبق عليه تدابير الرعاية بشكل عام، وإنما يتخذ في مواجهته العقوبات المخففة التي يمكن قرنها بأحد تدابير الإصلاح مع عدم الإخلال بالعقوبات الفرعية[11].

ورغم أن القانون أخذ بمبدأ تفريد التدابير ليختار منها القاضي ما يتناسب والواقعة المعروضة أمامه؛ إلا أنه ينبغي ملاحظة أن تدبير التسليم من التدابير الرعائية الرحيمة على الحدث، لذا يجب أن توجَّه للجرائم البسيطة التي لا تشكل خطورة إجرامية، وأما الجرائم الجسيمة فينبغي للقاضي أن يبتعد عن هذا التدبير مراعاة للحدث نفسه؛ لأجل إصلاحه وتقويمه.

المبحث الثالث
جهات تسليم الحدث في القانون العماني

يتناول هذا المبحث الشروط القانونية لتدبير التسليم، كما يعرض جهات التسليم وفق الترتيب الذي أورده المشرع العماني، ويختتم بملاحظات ومقترحات متعلقة بترتيب جهات التسليم.

المطلب الأول
شروط تسليم الحدث

وضع القانون العماني شرطين أساسين فيمن يحكم له باستلام الحدث وهما:

الشرط الأول- توفر الضمانات الأخلاقية فيمن يتولى الاستلام: وهذا يقتضي بأن يكون مستلم الحدث حسن السلوك، كريم الأخلاق، طاهر السمعة، كما يستلزم عدم الحكم عليه بسلب الولاية، إن كان من الأولياء المنصوص عليهم في المادة (٣٣) من قانون مساءلة الأحداث.

الشرط الثاني- استطاعة المستلم القيام بأعباء رعاية الحدث: وهي مقدرة مستلم الحدث على تولي رعايته والاهتمام به ومتابعته، ولم يحدد القانون هذه

(١٠) تدابير الإصلاح التي أخذ بها المشرع العماني هي: الإيداع في دار إصلاح الأحداث، والوضع تحت الاختبار القضائي، والإلحاق بالتدريب المهني، والإلزام بواجبات معينة، والإيداع في مؤسسة صحية. قانون مساءلة الأحداث، المادة (٢٠).

(١١) المرجع نفسه، المادتان (٢٧ و٢٨).

الاستطاعة ومن ثم تكون عامة إذ تشمل الاستطاعة الجسدية بتوفر القدرات الجسمانية على المتابعة والاعتناء بالحدث، والاستطاعة المعنوية بالرغبة في الاعتناء بالحدث ورعايته ومتابعته، والاستطاعة المالية عندما يكون من أولياء الحدث الملزمين بالنفقة عليه.

ولا يخفى أن مقصود المشرع من فرض هذه الشروط هو توفير أقصى درجات الحماية للحدث بشرط تكون الجهة التي تتولى استلامه مؤهلة للقيام بأعباء هذه المسؤولية، وقادرة على تحقيق الغاية من التدبير.

المطلب الثاني
جهات التسليم وترتيبها

يستنتج الباحث من خلال الترتيب الذي أورده المشرع العماني أن الأولوية في التسليم تمضي على نحو تسلسلي من الأقرب فالأبعد حسب الترتيب الذي أورده المشرع، ومعيار الانتقال من فئة إلى أخرى هو الصلاحية في رعاية الحدث والعناية به.

وقد عدد القانون العماني في الجهات التي يكون تسليم الحدث إليها لرعايته وتربيته، وأوضح أن تسليم الحدث يكون وفقاً للترتيب الآتي[١٢]:

الفرع الأول
التسليم إلى أبوي الحدث أو أحدهما

إذ الوالدان هما أقرب الناس للحدث وأقدرهم على رعايته وفرض الرقابة عليه، وقد أحسن المشرع العماني حينما نص على «أبويه أو أحدهما» ليشمل حالة كون الزوجين معاً عند قيام الزوجية تحت سقف واحد، ويكون التسليم لهما اشتراكاً في المسؤولية، كما تشمل حالة تقرير التسليم إلى أحدهما وفق ما تقتضيه مصلحة الحدث عندما يكون الزوجان منفصلين عن بعضهما، أو يكون أحدهما غير موجود لغيبة أو فقد أو غيره، أو يكون غير أهل لرعاية الحدث إعمالاً لمبدأ الصلاحية في تدبير التسليم.

ولم يعلق القانون تسليم الحدث لوالديه أو أحدهما على قبولهم لهذا التسليم أو تعهدهم بحسن الرعاية؛ والعلة في ذلك أن هؤلاء هم أقرب الناس إلى الحدث ويقع عليهم التزام شرعي وأدبي برعاية الحدث وتربيته، الأمر الذي لا يحتاج معه إلى موافقتهم أو أخذ تعهدات عليهم.

الفرع الثاني
التسليم إلى من له ولاية أو وصاية على الحدث

بعد الوالدين ينتقل حق التسليم إلى الولي أو الوصي، ولم يتضمن قانون مساءلة الأحداث تعريفاً محدداً للولي[١٣] أو الوصي، ولذلك في هذه الحالة يرجع إلى القواعد العامة.

أولاً- مفهوم الولاية في القانون العماني:

جعلت القواعد العامة الولاية على نوعين: ولاية على النفس، وهي: العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر، وولاية على المال، وهي: العناية بكل ما له علاقة بمال القاصر[١٤]، ولأن العناية المقصودة في قانون مساءلة الأحداث تنصب على شخص الحدث وليس ماله، فإنه يقصد من الولي في هذا المقام هو الولي على النفس.

وقد حددت القواعد العامة الولاية على النفس بأنها تكون للأب ثم للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث[١٥]، ورتب القانون العصبة بالنفس في الميراث، وجعلها جهات مقدم بعضها على بعض وفق الترتيب الآتي:

١- البنوّة: وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل.

٢- الأبوّة: وتشمل الأب والجد لأب وإن علا.

٣- الأخوَّة: وتشمل الأخوة الأشقاء أو لأب وبنيهم وإن نزلوا.

---

(١٢) المرجع نفسه، المادة (١٥/أ).

(١٣) ورد تعريف خاص للولي في قانون مساءلة الأحداث في المادة (٣٣) التي تتحدث عن وقف الولاية على الحدث الجانح أو المعرض للجنوح، وقد جاء نص التعريف: «ويقصد بالولي في تطبيق هذه المادة الأب والجد وغيرهما ممن له حق الولاية على الحدث، وكذلك الأم أو الوصي أو المؤتمن عليه وكل شخص سلم إليه الحدث بحكم أو قرار»، ويظهر أن تعريف الولي هنا قاصر على حكم المادة المذكورة دون أن يكون تعريفاً عاماً لجميع مفردات الولي في قانون مساءلة الأحداث، لأن النص ذكر صريحاً أن التعريف مقصور على حكم المادة فحسب، ولأنه تعريف موسع يتعارض مع ما عرفته القواعد العامة.

(١٤) قانون الأحوال الشخصية العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٧/٣٢) بتاريخ ١٩٩٧/٦/٤م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٠١) بتاريخ ١٩٩٧/٦/١٥م، المادة (١٥٨).

(١٥) المرجع نفسه، المادة (١٥٩).

٤ العمومة: وتشمل أعمام المتوفى لأبوين أو لأب وأعمام أبيه وأعمام الجد لأب وإن علا أشقاء أو لأب، وأبناء الأعمام أشقاء أو لأب وإن نزلوا[١٦].

ولأن الدرجة الأولى (البنوة) غير قابلة للتطبيق عند مساءلة الحدث، فإن الترتيب يبدأ من الدرجة الثانية، والتي تبدأ بالأب، وتمضي حسب الترتيب الوارد في القانون، وإنما تثبت الولاية لأحد هؤلاء عند عدم توفرها للأبوين أو أحدهما لكونهما المقدمين في ذلك، مع ملاحظة أن الأب هو أحد العاصبين بالنفس على الترتيب السالف.

ويشترط في الولي أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً قادراً على القيام بمقتضيات الولاية[١٧]، وغير محكوم عليه بعقوبة نافذة في جناية وقت تنفيذها، ولمدة سنة واحدة تالية[١٨]، ولم يجعل القانون ولاية لغير المسلم على المسلم[١٩]، ويلاحظ الباحث أن القانون جعل الولاية لقرابة الحدث الذكور دون الإناث، فالأم ليس لها ولاية على الحدث وفقاً لذلك، وعلى العكس من ذلك، ذهبت بعض التشريعات إلى جعل حق الولاية للأم بعد الأب مثلما فعل المشرع العراقي[٢٠].

ولا مشاحة في أنه عند وجود الأب فإنه يتولى زمام الولاية بلا منازع باعتباره الولي الطبيعي على الحدث، إلا أنه عند عدم وجوده يثور التساؤل عن انتقال الولاية للذي يليه، هل يحتاج معه إلى صدور قرار قضائي بذلك، أو أنها تنتقل بشكل تلقائي بقوة القانون؟

لا جواب في ذلك لدى القانون، إلا أن مفهوم نصوصه تفيد - وفق ما يرى الباحث - أن الانتقال يكون تلقائياً من غير حاجة إلى صدور قرار قضائي، لأن القانون جعل الولاية وفق ترتيب محدد ينتقل عند خلو الدرجة الأعلى إلى الأدنى منها.

(١٦) المرجع نفسه، المادة (٢٥١).
(١٧) المرجع نفسه، المادة (١٦١).
(١٨) قانون الجزاء العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧) بتاريخ ٢٠١٨/١/١١م، نشر في ملحق الجريدة الرسمية العدد (١٢٢٦) بتاريخ ٢٠١٨/١/١٤م، المادة (٥٨).
(١٩) قانون الأحوال الشخصية العماني، المادة (١٦٢).
(٢٠) حدد المشرع العراقي الولي بقوله: «يعتبر ولياً، الأب والأم أو أي شخص ضم إليه صغير أو حدث أو عهد إليه بتربية أحدهما بقرار من المحكمة». قانون رعاية الأحداث العراقي، قانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣م الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٧/٢٠م، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٣/٨/١م، المادة (٣/خامساً)

ثانياً- مفهوم الوصاية في القانون العماني:

لم يورد القانون العماني تعريفاً محدداً للوصي، إلا أنه أوضح بأن الوصي قد يكون مختاراً (الوصي المختار) عندما يتم تعيينه من الأب على ولده القاصر، وقد يكون معيناً (الوصي المعين) عندما يعينه القاضي لإدارة شؤونه مراعياً في ذلك مصلحة القاصر، إذا لم يكن للقاصر وصي مختار[٢١]، ويجوز للقاضي أن يعين وصياً خاصاً للقيام بعمل محدد ثم تنتهي الوصاية بعد ذلك، أو أن يعين وصياً مؤقتاً لفترة من الزمن[٢٢].

ويستخلص الباحث مما سبق أن الوصي هو: كل من عُهِدَ إليه رعاية شؤون القاصر بناءً على اختيار من والده أو أمر صادر من المحكمة المختصة، ويعني هذا أن الوصي لا بدَّ أن يستمد سلطته على الحدث من جهة مخولة بذلك، وهي إما من الولي الطبيعي للحدث أو من المحكمة المختصة، ولا تكون الوصاية واقعة حال ولا تستمد من جهة غير مخولة قانوناً، وعلى هذا المفهوم أيضاً يمكن أن يكون الوصي أحد الأولياء عند وجود الأب أو أحد قرابة الحدث أو من أسرته أو حتى بعيد عنه، كما أن الوصاية غير محصورة في الذكور كما هو الحال في الولاية، إذ يمكن تخويل الوصاية للإناث أيضاً من قرابة الحدث أو غيرهم.

ويشترط في الوصي أن يكون مسلماً، إذا كان الموصى عليه مسلماً، كامل الأهلية، أميناً، قادراً على القيام بمقتضيات الوصاية، غير محكوم عليه في جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب واحتيال أو تزوير أو جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والشرف، وغير محكوم عليه بالإفلاس أو العزل من الوصاية، وغير خصم في نزاع قضائي مع القاصر، ولا توجد بينهما عداوة ولا خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر[٢٣]، وغير محكوم عليه بعقوبة نافذة في جناية وقت تنفيذها ولمدة سنة واحدة تالية[٢٤].

ورغم أن القانون جعل الولاية والوصاية في درجة واحدة إلا أن الباحث يرى أن تقديم الولي على الوصي

(٢١) قانون الأحوال الشخصية العماني، المادة (١٧٠).
(٢٢) المرجع نفسه، المادة (١٧١).
(٢٣) المرجع نفسه، المادة (١٧٢).
(٢٤) قانون الجزاء العماني، المادة (٥٨).

في الذكر يُنْبِئ عن تقدمه في حق التسليم عند الاجتماع، وهو ما تقتضيه أيضاً درجة القرب من الحدث.

الفرع الثالث
التسليم إلى أحد أفراد أسرة الحدث أو أقاربه

بعد أن أعطى القانون للوالدين ثم الولي أو الوصي الحق في أولوية التسليم، يأتي في المرتبة بعد ذلك قرابة الحدث من أفراد أسرته، ولا يجد الباحث فرقاً بين الأسرة والقرابة في المقصود، بل يرى أنها كلمات مترادفة تفيد المعنى ذاته، ورغم ذلك فإنه من المحتمل أن يكون مقصود المشرع بالأسرة هي أفرادها القريبين من الحدث في منزل واحد، وعلى صلة مباشرة، بينما تكون القرابة لمن بعدت صلته بالحدث، ولم يكن معه تحت سقف واحد.

ولم يحدد القانون من هم أفراد الأسرة أو القرابة، إلا أنه بالرجوع إلى كتب الفقه القانوني يجد الباحث أن القرابة على نوعين، إما قرابة مباشرة، وهي التي تكون بين الأصول والفروع، أو قرابة الحواشي، وتتمثل في الصلة بين من يجمعهم أصل مشترك من غير أن يكون أحدهم فرعاً للآخر كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة وأولاد هؤلاء جميعاً[٢٥].

وأما فقهاء الشريعة الإسلامية فلهم آراء مختلفة في تحديد القرابة بين موسع فيها ومضيق، وأشهر أقوالهم فيها إطلاق القرابة على ذوي الرحم المحرم غير الوالدين وولد الصلب، ويدخل فيها الأجداد والأحفاد، ومنهم من يطلق القرابة على كل ذي رحم وإن بَعُدَ سواء كان محرماً أو غير محرم غير الأصول والفروع، ومنهم من يطلق القرابة على كل ذي رحم، وإن بَعُدَ إلا الأب والأم والابن والبنت من أولاد الصلب، ومنهم من أدخل الأب والأم وولد الصلب من ضمن القرابة في القول السابق كما يدخل فيها الأجداد والأحفاد، ومنهم من يطلق القرابة على أي قرابة وإن بَعُدَت من جهة الأب أو من جهة الأم أو من الأولاد[٢٦].

ومن خلال ما تقدم، يرى الباحث أن القرابة هي: كل قريب للحدث عن طريق النسب أو المصاهرة غير الوالدين أو الولي أو الوصي، ويمكن أن يندرج تحت هذه البند الأعمام والعمات والأخوال والخالات وأبناؤهم والإخوة سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم وجهات الأرحام المختلفة.

ولم يشترط القانون الترتيب في القرابة، إذ يمكن تسليم الحدث للأبعد مع وجود الأقرب طالما توافرت فيه الشروط وكانت تقتضيه مصلحة الحدث، ولم يشترط القانون في هذه الحالة موافقة من سُلم إليه كما لم يضع تعهدات على التسليم.

الفرع الرابع
التسليم إلى أسرة بديلة تتعهد برعاية الحدث

بعد أن استوفى القانون قرابة الحدث بحق التسليم في بيئته الطبيعية التي تربى فيها، فإنه نقل هذا الحق إلى أسرة بديلة تكون أقرب ما يكون إلى المحضن الذي نشأ فيه، ورغم أن الأسرة البديلة لا تعوض كلياً عن الأسرة الأصلية إلا أنها تعتبر بديلاً نافعاً للحدث عندما تكون الأسرة الأصلية حاضناً سيئاً أو أنها سبباً من أسباب جنوح الحدث وانحرافه، وهي على كل حال أفضل من الخيار المؤسسي الذي جُعِلَ في المقام الأخير.

ويلزم في الأسرة البديلة أن يكون لديها الشروط العامة اللازم توفرها فيمن يتولى تدبير التسليم، والتي تقضي بأن تتوفر فيها الضمانات الأخلاقية بمعناها الواسع، واستطاعة الأسرة البديلة على القيام بأعباء الرعاية، علاوة على ذلك، فإن هناك شرطاً آخر يلاحظه الباحث من نص القانون هو: تعهد الأسرة البديلة برعاية الحدث، ولم يُفَصّل القانون نوع التعهد وطريقته، ولكنه خَصَّ به تدبير التسليم إلى الأسرة البديلة دون سائر جهات التسليم الأخرى.

---

(٢٥) إلياس، يوسف، قوانين الأحداث في دول مجلس التعاون، (المنامة: سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ط١، ٢٠١٤م)، ص١٢١ «الهامش»، والبغاء، إيمان مصطفى، نفقات الأقارب في الشريعة الإسلامية، (دمشق: دار المصطفى، ط٢، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م)، ص١٧١.

(٢٦) الموسوعة الفقهية، «إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م»، ج٣٦، ص٦٦-٦٧.

وبما أن النص جاء مطلقاً فإنه يبقى على إطلاقه، وعليه فإن للمحكمة اتخاذ أية وسيلة بما يحقق إثبات تعهد الأسرة البديلة برعاية الحدث سواء بحضورهم لجلسة المحاكمة وإثبات تعهدهم في محضر الجلسة أو تقديم تعهد كتابي بذلك أو أية طريقة أخرى تراها المحكمة، ويقتضي سير الإجراءات أن يكون أخذ التعهد قبل الفصل في الدعوى لأجل التحقق من رضاهم على هذا التعهد من جهة، ولأجل معالجة مسألة النفقة على الحدث من جهة أخرى، فلا يصح أن يصدر حكم قضائي بالتسليم إليهم من غير أخذ موافقتهم خشية أن يرفضوا التعهد، ومن ثم يكون الحكم عديم الأثر.

الفرع الخامس
التسليم إلى دار توجيه الأحداث أو أية جهة معتمدة لرعاية الأحداث

بعد أن استنفذ القانون الحلول الأسرية أو البديلة التي يمكن لها احتضان الحدث لاستيفاء تدبير التسليم، انتقل إلى الملاذ الأخير في سلم درجات التسليم وهو الإيداع المؤسسي في دار مخصصة لذلك، وقدَّم القانون في الذكر دار توجيه الأحداث، وهي الدار التي تنشأ بوزارة التنمية الاجتماعية وتخصص لإيواء ورعاية الأحداث المعرضين للجنوح الذين تأمر المحكمة بإلحاقهم بها[٢٧].

وحتى لا يحصر القانون قاضي الأحداث في الإيداع المؤسسي فقد وسَّعَ فيها لتشمل أي جهة مناسبة ومعتمدة لرعاية الأحداث، وهذا يحصل عندما يكون الحدث في حاجة إلى رعاية صحية أو نفسية تحتاج إلى مؤسسة مختصة بذلك.

ويُعد تدبير الإيداع في دار توجيه الأحداث من التدابير السالبة للحرية التي تتشابه بشكل كبير مع تدبير الإيداع في دار إصلاح الأحداث[٢٨]، ولذا يستدعي الأمر عند الحكم بالتسليم إلى دار توجيه الأحداث أن يكون ذلك الملاذ الأخير المناسب للحدث، كما يراعى أن يكون لأقصر فترة ممكنة.

ولأن القانون لم يحدد مدة أدنى أو أقصى لتدابير الرعاية بشكل عام سوى بلوغ الحدث سن الرشد الجنائي، فإن الباحث يرى عدم تقييد مدة الإلحاق بدار توجيه الأحداث قانوناً فيه إخلال بالحماية الجنائية المقررة للحدث لخشية التعسف في المدة؛ لأن هذا التسليم يختلف عن التسليم لبقية الجهات الأخرى لكونه ينطوي على سلب للحرية، ولذا يقترح الباحث تقييد مدة الإلحاق بدار توجيه الأحداث لتكون مدة سنتين كحد أقصى، وبما لا يجاوز بلوغ الحدث سن الرشد الجنائي.

وليكون ما سبق ذكره واقعاً عملياً يقترح الباحث إضافة فقرة إلى المادة (١٥/أ) من قانون مساءلة الأحداث يكون نصها الآتي: (على أن يكون التسليم في هذه الحالة هو الملاذ الأخير ولمدة أقصاها سنتين وبما لا يجاوز بلوغ الحدث سن الرشد الجنائي).

ملاحظات ومقترحات على جهات التسليم

بعد هذا العرض لجهات تسليم الحدث وفقاً لما أورده المشرع العماني، فإنه يتبادى للباحث جملة من الملاحظات التي يلزم تدوينها في هذا المقام، وهي كالآتي:

١) التدرج في ترتيب جهات التسليم:

الملاحظة العامة التي يستخلصها الباحث مما سبق عرضه، أن المشرع العماني تدرج في ترتيب جهات تسليم الحدث «وفقاً لتدرج اهتمامهم بمصلحة الحدث ومستقبله»[٢٩]، ابتداءً من أقرب الناس إليه وهما الوالدان ثم الأقرب فالأبعد من أولياء الحدث وأوصيائه وقرابته وأسرته حتى الوصول إلى الأسرة البديلة التي يضمن

(٢٧) قانون مساءلة الأحداث، المادة (١/ي)، ونص القانون على الإيداع في دار توجيه الأحداث إشارة إلى أن تدابير الرعاية تستهدف بشكل أساس الأحداث المعرضين للجنوح.

(٢٨) هي الدار التي تنشأ بوزارة التنمية الاجتماعية وتخصص لإيواء ورعاية وتقويم وتأهيل الأحداث الجانحين الذين تحكم أو تأمر المحكمة بإيداعهم فيها، ويصدر بتنظيمها قرار من الوزير، وتتولى وحدة شرطة الأحداث حفظ الأمن النظام فيها، ويعتبر تدبير الإيداع في دار إصلاح الأحداث من تدابير الإصلاح وفقاً لتقسيم القانون العماني. قانون مساءلة الأحداث، المادة (١/ك)، والجوخدار، حسن، قانون الأحداث الجانحين، (دمشق: منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٩م)، ص٨٤.

(٢٩) عبد الستار، فوزية، المعاملة الجنائية للأطفال: دراسة مقارنة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٩م)، ص١١١.

فيها الحدث نوعاً من عاطفة الأسرة وحنانها يقارب من الأسرة الأصلية، وإن كان لا يصل إلى مقدارها غير أنها تعد البديل الأفضل لشبهها الكبير بالبيئة الأسرية، وفي حالة عدم توفر هذه البدائل جميعها، فإن الملاذ الأخير هو المؤسسة الاجتماعية التي تحتضن الحدث بعيداً عن المؤثرات السلبية التي تعتري البيئة الطبيعية عندما تكون بيئة طاردة وموطناً للفساد.

وفي نظر الباحث فإن المشرع العماني أحسن صنعاً، حينما تدرج في جهات تسليم الحدث وعددَّ منها بشكل موسع حتى أوصلها إلى خمس جهات رئيسة فضلاً عن تفريعاتها، والتي يصل مجموع عددها إلى (٩) جهات، إذ من خلال هذا التعدد يمكن لقاضي الأحداث أن يسلم الحدث إلى الجهة المناسبة عند عدم ملائمة أحدها إعمالاً لمبدأ الصلاحية لرعاية الحدث وتربيته، وذلك على ضوء ما تقتضيه مصلحة الحدث، ودواعي العناية به.

٢) **التعهدات عند التسليم:**

يَلْفُتُ نظر الباحث أن المشرع العماني لم يشترط أية تعهدات أو التزامات على مستلم الحدث سواء كان من أوليائه وأوصيائه وأسرته وقرابته أم المؤسسة الاجتماعية فيما خلا الأسرة البديلة على نحو ما سبق بيانه، وهذا يعني افتراض مسؤوليتهم عن الحدث باعتبارهم مكلفين قانوناً بتأديب الحدث وتربيته[٣٠]، وتنهض في حقهم تبعاً لذلك مسؤوليتهم الجزائية عن إهمال الحدث.

٣) **تخيير مستلم الحدث:**

يُلاحظ الباحث أن القانون لم ينص على تخيير متولي تدبير التسليم على القيام بهذا العمل من عدمه؛ للتحقق من استعداده لذلك، وقد لا تكون هناك إشكالية تذكر في شأن الأولياء أو الأوصياء باعتبارهم ملزمين شرعاً وقانوناً برعاية الحدث وتربيته، وكذلك الحال بالنسبة إلى دار توجيه الأحداث باعتبارها مؤسسة رسمية حكومية معدة لهذا الغرض، فلو صدر حكم التسليم في مواجهتهم بدون إذنهم، فلا توجد إشكالية؛ لكونهم المكلفين بذلك أصلاً رغم أنه يضاف إلى إلزامهم القانوني إلزام قضائي يرتب المسؤولية عليهم.

إلا أن الإشكالية تبرز ما لو عهد بالتسليم إلى أحد أفراد أسرة الحدث أو قرابته أو أسرة بديلة أو حتى جهة اجتماعية خاصة لم يبدو استعدادهم لذلك، فإن فرض تدبير التسليم عليهم جبراً من غير إذنهم واختيارهم يخلق مشكلة في تقبل الحدث والقيام برعايته وتربيته على أكمل وجه، كما يواجه إشكالية القيام بأعباء النفقة على الحدث أثناء فترة التسليم، إذ إن فرض نفقة الحدث عليهم من غير التحقق من مقدرتهم عليها ومن غير أن تكون واجبة في حقهم ليس له ما يبرره قانوناً وواقعاً.

ولذا يرى الباحث من الضروري أخذ إذنهم قبل أن يعهد إليهم بالتسليم، ولتحقيق هذا الإجراء يلزم وجود نص تشريعي لذلك، وهو ما يقترحه الباحث بإضافة فقرة ثانية للمادة (١٥) من قانون مساءلة الأحداث يكون نصها الآتي: (وفي حالة كان التسليم إلى أحد أفراد أسرة الحدث أو قرابته أو أسرة بديلة أو جهة اجتماعية معتمدة لرعاية الأحداث، فإنه يلزم أخذ إذنهم في ذلك قبل صدور حكم التسليم للتأكد من استعدادهم لذلك).

الخاتمة

بعد هذا التطواف بين خمائل العلم وبساتين المعرفة، نرجع وأيدينا ملأى بثمار يانعة من المعارف المتعلقة بجهات تسليم الحدث في القانون العماني، ويمكن تلخيص ذلك في عنصرين: النتائج والتوصيات.

❖ **النتائج:**

- لم يتطرق القانون العماني إلى تحديد مفهوم تدبير التسليم، غير أن الباحث يستخلص مفهومه بأنه: إعادة الحدث إلى بيئته الطبيعية بوضعه تحت الرقابة المباشرة لأبويه معاً أو أحدهما أو الوصي أو أحد أفراد أسرته أو قرابته أو أسرة بديلة أو دار توجيه الأحداث أو أية جهة معتمدة لرعاية الأحداث ممن تتوافر فيهم الضمانات الأخلاقية، والقدرة على الرعاية.
- يهدف تدبير التسليم إلى إعادة تأهيل الحدث في بيئته الأسرية، وبين أحضان من يعطفون عليه، ويحرصون على مصلحته، وذلك عن طريق مراقبة سلوكه وتصرفاته وترسيخ القيم والأخلاق في تعاملاته؛ لأجل ضمان عودته الحميدة والسوية للمجتمع.

(٣٠) المرجع نفسه، ص١١٠.

- يستهدف تدبير التسليم فئة الأحداث المعرضين للجنوح، والأحداث الجانحين الذين بلغوا التاسعة ولم يبلغوا السادسة عشرة من العمر.
- تدبير تسليم الحدث المعرض للجنوح يُتخذ من جهة شرطة الأحداث عند قبول أحد والديه أو من له حق الولاية أو الوصاية في تسلمه، وعند رفضه يلزم صدور أمر من محكمة الأحداث بذلك، وأما فرض التدبير على الحدث الجانح فيجب أن يكون بحكم قضائي صادر عن محكمة الأحداث.
- يشترط في مستلم الحدث أن تتوفر فيه الضمانات الأخلاقية، واستطاعته للقيام بأعباء رعاية الحدث.
- تدَرَّج المشرع العماني في ترتيب جهات تسليم الحدث وفقاً لتدرج اهتمامهم بمصلحة الحدث ومستقبله ابتداءً من أقرب الناس إليه وهما الوالدان ثم الأقرب فالأبعد من أولياء الحدث وأوصيائه وقرابته وأسرته حتى الوصول إلى الأسرة البديلة، وختاماً بالمؤسسة الاجتماعية التي تحتضن الحدث بعيداً عن المؤثرات السلبية التي تعتري البيئة الطبيعية عندما تكون بيئة طاردة وموطناً للفساد.
- لم يشترط المشرع العماني أية تعهدات أو التزامات تؤخذ على مستلم الحدث سواء كان من أوليائه وأوصيائه وأسرته وقرابته أم المؤسسة الاجتماعية فيما خلا الأسرة البديلة.
- لم ينص القانون العماني على تخيير متولي تدبير التسليم على القيام بهذا العمل من عدمه؛ للتحقق من استعداده لذلك.

❖ **التوصيات:**

- على قاضي الأحداث أن يكون متنبهاً لغاية تدبير التسليم، فلا يعهد في تسليم الحدث إلا بعد أن يتحقق بأن هذا التسليم سوف يصب في مصلحة الحدث وعودته إلى جادة الصواب، وهذا يستدعي أن يستعين بالبحث الاجتماعي وكل الوسائل المتاحة لديه؛ لمعرفة الجهة الأصلح لاحتضان الحدث.
- لأجل تجلية الصورة في تحديد فئة الأحداث المستهدفة بتدبير التسليم وسائر تدابير الرعاية؛ فإن الباحث يقترح إضافة مادة جديدة في قانون مساءلة الأحداث برقم (١٥ مكرراً) يكون نصها الآتي: (تطبق في شأن الأحداث المعرضين للجنوح والأحداث الجانحين الذين لم يبلغوا السادسة عشرة تدابير الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون، كما يطبق تدبيري التسليم والتوبيخ فقط على الأحداث الذين لم يبلغوا التاسعة من العمر).
- يوصي الباحث بنزع سلطة فرض تدبير تسليم الحدث المعرض للجنوح من شرطة الأحداث، وجعلها بيد محكمة الأحداث، باعتبار أن هذا الإجراء هو الأصلح للحدث والأدعى إلى بحث التدبير المناسب الذي يتفق وحالته لوجود الرقابة القضائية التي يلزم حضورها في جميع الإجراءات التي تتخذ في مواجهة الحدث ومن ضمنها هذه الحالة.
- يرى الباحث أن التسليم إلى دار توجيه الأحداث أو أية جهة معتمدة لرعايته يكون ملاذاً أخيراً ولأقصر فترة ممكنة، وليكون ذلك واقعاً عملياً يوصي الباحث إضافة فقرة إلى المادة (١٥/أ) من قانون مساءلة الأحداث يكون نصها الآتي: (على أن يكون التسليم في هذه الحالة هو الملاذ الأخير ولمدة أقصاها سنتين وبما لا يجاوز بلوغ الحدث سن الرشد الجنائي).
- يرى الباحث ضرورة أخذ موافقة مستلم الحدث عندما يكون التسليم إلى أحد أفراد أسرة الحدث أو قرابته أو أسرة بديلة أو حتى جهة اجتماعية خاصة لمعرفة مدى استعدادهم للقيام بأعباء التسليم، ولتحقيق هذا الإجراء يلزم وجود نص تشريعي لذلك بإضافة فقرة ثانية إلى المادة (١٥) من قانون مساءلة الأحداث يكون نصها الآتي: (وفي حالة كان التسليم إلى أحد أفراد أسرة الحدث أو قرابته أو أسرة بديلة أو جهة اجتماعية معتمدة لرعاية الأحداث، فإنه يلزم أخذ إذنهم في ذلك قبل صدور حكم التسليم؛ للتأكد من استعدادهم لذلك).

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

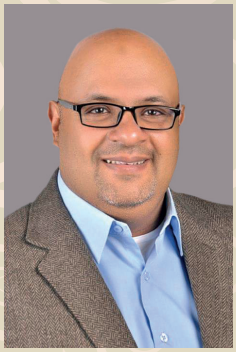
❖ **الكتب:**

- إلياس، يوسف، قوانين الأحداث في دول مجلس التعاون، (المنامة: سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ط١، ٢٠١٤م).
- البغاء، إيمان مصطفى، نفقات الأقارب في الشريعة الإسلامية، (دمشق: دار المصطفى، ط٢، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م).
- الجوخدار، حسن، قانون الأحداث الجانحين، (دمشق: منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٩م).
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات -القسم العام - النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، (بيروت: دار النهضة العربية، ط٥، ١٩٨٢م).
- عبدالستار، فوزية، المعاملة الجنائية للأطفال: دراسة مقارنة، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٩م).
- عطية، حمدي رجب، المسؤولية الجنائية للطفل في تشريعات الدول العربية والشريعة الإسلامية، (القاهرة: مطابع جامعة المنوفية، ط٢، ٢٠١٠م).
- العوجي، مصطفى، الحدث المنحرف أو المهدد بخطر الإنحراف في التشريعات العربية، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥).
- الموسوعة الفقهية، «إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م»، ج٣٦.

❖ **القوانين:**

- قانون رعاية الأحداث العراقي، قانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣م الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٧/٢٠م، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٨٣/٨/١م.
- قانون مساءلة الأحداث، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٣٠م) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٩م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٨٥٩) بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١٥م.
- قانون الأحوال الشخصية العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٧/٣٢) بتاريخ ١٩٩٧/٦/٤م، نشر في الجريدة الرسمية العدد (٦٠١) بتاريخ ١٩٩٧/٦/١٥م.
- قانون الجزاء العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧) بتاريخ ٢٠١٨/١/١١م، نشر في ملحق الجريدة الرسمية العدد (١٢٢٦) بتاريخ ٢٠١٨/١/١٤م.

القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى القضائية
دراسة تأصيلية وتحليلية



الدكتور/ حسن أحمد الدسوقي
الأستاذ المساعد بالقانون الخاص
كلية إدارة الأعمال - جامعة شقراء
المملكة العربية السعودية

مقدمة:

تبدأ الخصومة بالمطالبة القضائية التي يتبعها إعلان المطالبة للخصم حتى تنعقد الخصومة، وتُعَّرف المطالبة بأنها: طلب أو إعلان رغبة إلى محكمة معينة بالحكم لصالح المُدَّعي في ادعاء مُعَّين، ولكن هيمنة مبدأ المواجهة بين الخصوم على الشكل الإجرائي يجعل المطالبة توجهَ أيضاً إلى المدعى عليه، وتتضمن دعوته لسماع الحكم بهذا الادعاء في مواجهته[1].

فالمطالبة القضائية تؤدي إلى افتتاح الخصومة، فهي الوسيلة القانونية لممارسة حق الادعاء، ومن ثم تنشئ مراكزها بالنسبة إلى القاضي والخصوم[2]، فتفرض على الخصوم عبء تقديم المستندات والحضور والخضوع لسلطة المحكمة كما أن كل مطالبة قضائية أصلية كانت أو عارضة تؤدي إلى قيام الدعوى التي تتضمنها أمام القاضي، وتحرك واجبه بالنظر فيها، وترتب أعباء إجرائية على عاتق المُدَّعِي والمُدَّعَى عليه في الدفاع عن الدعوى ودفعها، تُتابَع هذه الأعمال زمنياً وفقاً لنظام معيَّن[3].

تحقق الإجراءات غاية قانونية واحدة

فالتنظيم التشريعي لوسيلة تكوين العمل القضائي يحقق النظام في سيرها، الأمر الذي يشيع الثقة والطمأنينة في القضاء، وهو يستهدف توفير ضمانات لصحة العمل وعدالته، تحول دون تحكم القاضي أو تسرعه، ودون هوى الخصوم أو تحايلهم، وتمثل حصانة للفرد وحقوقه قبل المجتمع، وينبغي عدم المبالغة في هذا الشكل بتعقيد الإجراءات وإطالتها من غير ضرورة تبرر ما تستغرقه من مصاريف ووقت[4]، ومما لا شك فيه أنه لن يتحقق الهدف المبتغى من التنظيم التشريعي إلا بتوفير بعض من المتطلبات الآتية لتيسير عملها:

(١) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ١٩٩٠م، ص٣٧٤.
(٢) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مكتبة جامعة القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٣٩٦.
(٣) د. وجدي راغب فهمي: مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٧٨م، ص٦٩.
(٤) د. طلعت ويدار: المحاكم الاقتصادية، خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م، ص١٤٧.

١- تحقيق الجودة:

تُقاس كفاءة الخدمات بمقدار جودتها، ولا تفلت الخدمة القضائية من هذا المقياس، والجودة تعنى الإتقان في أداء العمل، وفي مجال أداء الخدمة القضائية فإن الجودة تعنى أن تتم الخدمة خلال الوقت المحدد لها، وفق القواعد والأصول المقررة قانوناً، وأن ينعكس أداؤها على رضاء الخصوم، وأن تقدم بأيسر الطرق، وأقل التكاليف[٥].

فمن حيث أداء الخدمة في الوقت المحدد، فمعظم الخدمات القضائية محددة بمواعيد وآجال محددة ومعينة في القانون، ومخالفتها من طرف الموظفين المكلفين القيام بها، لا يؤدى إلى تأخر أداء الخدمة فحسب، بل إلى تفويت حق على الخصوم وإلحاق الضرر بهم، وحتى في الخدمات التي لا تتقيد بمواعيد أو آجال، فإن التأخر عن أدائها خلال وقت مقبول يؤثِّر على مؤشر مقياس كفاءة الأداء للمحكمة.

ويمثل رضاء الخصوم عن طريقة أداء الخدمة مقياساً ثانياً للجودة، والمتعاملون مع المحاكم من متقاضيين، فالمتقاضون هم الذي يتعاملون مع المحاكم من خلال نزاعاتهم المطروحة على القضاء، ولكل منهم أمله الخاص في أن يصدر الحكم لصالحه الذي يُمثل قمة رضائه، لكنه كذلك ينتظر أن ينظر في نزاعه من قاضٍ ذي كفاءة، وفي إطار من الشفافية، وخلال فترة زمنيةً معقولة، وفي ظل انتظار ومراجعة مريحة.

وأخيراً فإن من مقاييس الجودة، تقديم الخدمة القضائية بأيسر الطرق، وبأقل التكاليف، وتقديم الخدمة بأيسر الطرق تشمل إعداد الموظف الشامل أي ذلك الموظف الذي يستطيع أن يقوم بكافة الإجراءات الفنية والإدارية المتطلبة لإنجاز الخدمة، وتبسيط إجراءات تقديم الخدمة، وذلك بإلغاء وحذف العمليات المتكررة أو المتشابهة، أو تلك التي لا لزوم لها لإنجاز الخدمة، والتقليل من إرفاق المستندات الورقية الداعمة لطلب الخدمة، والاستعانة عنها بالبطاقات الذكية كبطاقة الهوية، وتحديد مدة زمنية معقولة لإنجاز الخدمة القضائية.

٢- استخدام الإدارة الإلكترونية:

«بالإنترنت تغير كل شيء»، يشير هذا التعبير تقريباً إلى التغييرات الأساسية الناجمة عن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وخاصة تكنولوجيا الإنترنت، وقد كان لتطوير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وانتشارها وتطبيقها على نطاق واسع تأثيراً على كل جانب من جوانب المجتمع، وهذا ما يسمى بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويسمى المجتمع المتغير نتيجة لثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، مجتمع المعلومات، وتشمل المحتويات الفعلية لثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات عملية التحول وشكل «مجتمع المعلومات» والتأثير على مجالات مختلفة بما في ذلك الأعمال التجارية والخدمات العامة، وقد أعيد تشكيل نمط تقديم الخدمات الحكومية إلى الشركات العامة والعالمية تماماً بواسطة الإنترنت[٦]، ويبرز الاهتمام الوطني بتطبيقات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في العديد من البلدان، والاعتقاد السائد لدى الحكومة والمواطنين أن التكنولوجيات الأساسية للحكومة الإلكترونية ستكون عاملاً قوياً لإدارة تتسم بالكفاءة، وتقديم الخدمة على نحو ملائم إلى الجمهور مما يولد ميزة تنافسية في مجتمع المعلومات.

وهكذا يبدوا الارتقاء بالخدمة القضائية من خلال إعداد هيئة مُدَربَة ومُؤهَلة من القضاة ورجال أعوان القضاء، فإن الارتقاء يتم كذلك عبر استخدام الأدوات والوسائل والتقنيات الحديثة مثل: أجهزة الحاسوب بأنواعها وأشكالها المختلفة، والهواتف الذكية، والبطاقات الإلكترونية، والماسحات الضوئية، وأجهزة تخزين المعلومات والبيانات، وكذلك الإنترنت وما يوفره من خدمات وبرامج ومعلومات وغيرها من الوسائل الحديثة، وتوفر هذه الأدوات والوسائل عند استعمالها، الدقة في الخدمة، والسرعة في الإنجاز، والبساطة في التشغيل والاستعمال.

ويرى الباحث أنه لا مناص من الدعوة إلى التوسع في استخدام الوسائل التكنولوجية؛ لتيسير عمل المحاكم في ظل أن هناك تأخيراً في سير الدعاوى أمام المحاكم، وتعقد إجراءاتها، حتي لا تفقد المحاكم أهدافها

(٥) د. طلعت دويدار: المحاكم الاقتصادية، المرجع السابق، ص١٦ وما بعدها.

(٦) الإدارة الإلكترونية http://ar.wikibooks.org/wiki

المرجوة[٧]، وتفيد القاضي والخصوم عند الالتجاء إلى القضاء حتى تصل إلى الغاية الطبيعية، وهي الحكم في موضوع الخصومة، وخاصة أن هناك أعمالاً إجرائية مُعيَّنة يجب اتباعها منذ لحظة التقدّم بالمطالبة إلى القضاء، ثم وصولاً إلى مرحلة الفصل في الخصومة الاقتصادية، وذلك مع مراعاة أصول التقاضي، وهي من المبادئ الأصولية التي يجب مراعاتها في أداء العدالة، ومنها مبدأ المواجهة، وحياد القاضي، وحق الدفاع.

أولاً- الإيداع وقيد الدعوى تقليدياً:

هو أول الخطوات التي تتصل بها الدعوى بالمحكمة، وهي أول سبيل لحصول المدعى على حقه، وهذا وفقاً لأحكام قانون المرافعات، وهو يختلف عن الإجراءات المتبعة وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجنائية، والتي تكون إما عن طريق الجنحة المباشرة أو الجنحة غير المباشرة، وتتولى النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية، وهو ليس محل هذا البحث.

فبدء الخصومة يتم عن طريق إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة، فالإيداع والقيد هو الإجراء الأول للمطالبة القضائية، وبتعبير أدق فان إيداع صحيفة الدعوى وقيدها بمثابة البداية الحقيقية للخصومة على اعتبار أن النشاط القضائي مطلوب، وليس تلقائياً بغية مطالبة قضائية[٨].

فقد نصت المادة (٦٣) على أن تُرفع الدعوى إلى المحكمة بناءً على طلب المدعي بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ويكون ذلك بطلب من المدعى يسطره فيما يسمى بصحيفة افتتاح الدعوى ويقوم بتسطير تلك الصحيفة المدعى بنفسه أو محام عنه، ويكون رفعها بإيداعها قلم كتاب المحكمة المختصة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فهذا الإجراء خاص - فقط - برفع الدعوى وبدء الخصومة، ويُعد الإعلان أو حضور المدعى عليه حتى وإن لم يعلن الإجراء الثاني، ومتمماً لنشوء الخصومة وانعقادها[٩].

ثانياً- قيد وإيداع الدعوى إلكترونياً:

يُقصد بالقيد والإيداع الإلكتروني(e-filing) «عملية نقل مستندات التقاضي الإلكتروني إلى المحكمة عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص، وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض، وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيده علماً بما تم بشأن المستندات»[١٠].

والواقع إن استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة مكن الأشخاص الطبيعة والمعنوية من التبادل السريع للمعلومات في وقت قصير، لم يسبق وأن عايشته البشرية من قبل.

إن نمو وتطور المجتمعات في ظل العولمة، والاتجاه نحو ما يسمى بمجتمع المعلومات الذي يتميز بسرعة في معالجة ونقل المعلومات، جعل الأفراد يفضلونها في إبرام العقود وتصرفاتهم القانونية، فلم يعد هناك داع إلى التنقل وقطع آلاف الكيلومترات؛ لإبرام صفقة أو الانتظار لمدة طويلة لإرسال واستلام رسائل، ومن انعكاسات التطور التقني على حياتنا اليومية وعلى المستوى الدولي والعربي، أقول إن من انعكاسات هذا التطور ممارسة الأنشطة الاقتصادية من خلال الإنترنت ظهور التجارة الإلكترونية على الإنترنت أو ما يسمى بالتعاقد عن بعد ، وهي تجارة تعتمد أساساً على الكمبيوتر، والاستعانة بهذه التقنية ظهر معها بعض المشكلات العملية والقانونية على مستوى المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي أدى إلى ظهور التقاضي عن طريق الحاسب الآلي فقط دون الاستعانة بأية مستندات ورقية[١١]، فإننا سنصبح أمام ما يمكن تسميته «بالقضاء الاقتصادي الإلكتروني»[١٢]، لا يحتاج إلى انتقال الخصوم إلى المحكمة، ولا عقد جلسات، ولا إصدار أحكام في جلسة علنية كما هو الحال بالنسبة إلى القضاء غير الإلكتروني، وعندما نصل إلى تلك المرحلة فإن الأمر سيكون في حاجة إلى وضع قواعد تشريعية إجرائية جديدة[١٣].

---

(7) Benjamin F. Tennille, Lee Applebaum, & Anne Tucker Nees. commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, Introduction, available at http: //www. adr. org/sp. asp?id=22440#A1

(٨) د. فتحى والي: المرجع السابق، ص٤٢٩.

(٩) د.طلعت دويدار: الوسيط، المرجع السابق، ص٤١٢، ص٤٨٧، الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوي ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ص١١.

(10) www. E-Filing. com

(١١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٣م، ص٢٣.

(12) In the European Union a specific program was launched, see CEPEJ (2006): European Judicial Systems, European Commission for the Efficiency of Justice.

(١٣) شرح الإيداع وغيره من الإجراءات في:
http: //www. courts. state. ny. us/comdiv/

أهمية القيد والإيداع الإلكتروني e-filing :

نظام القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى الاقتصادية له العديد من المميزات[١٤]، إذ يقدم نوعاً من التكنولوجيا يسمح للمحامين والمتقاضين بتقديم المستندات القانونية بطريقة إلكترونية، وفق منظومة متكاملة، كما يؤدي هذا النظام إلى التقليل من تكلفة رسوم التقاضي المبالغ فيها، والتخلص من الكميات الهائلة من الأوراق والمستندات المرتبطة بالقضية، والتي تمتلئ بها قاعات وغرف المحكمة، ويسمح للمحاكم بأداء وظيفتها بطرقة أكثر فاعلية، كما يوفر هذا النظام إمكانية استلام المستندات في أي وقت يومياً حتى في أيام الإجازات، والعطلات الرسمية طوال ٢٤ ساعة، ومن أي مكان عبر شبكة الإنترنت.

إشكالات البحث:

القيد والإيداع لملفات ومستندات الدعوى بطريقة إلكترونية يثير عدداً من الإشكالات أمام محاكم القضاء، وتتمثل في تساؤلات غاية في الأهمية منها:

١- رفع الدعوى بطريقة إلكترونية يثير التساؤل حول مدى صحة قبول المستندات والمحررات الإلكترونية في النظام القضائي المقارن؟

وما العقبات التي تواجه التقاضي عند استعمال علوم الإدارة الحديثة والتكنولوجيا؟ وما هي متطلباته؟ وما هي وسائل التقاضي الإلكتروني؟

٢- كيفية تجنب الهدر الإجرائي وعدم الاقتصاد في الإجراءات القضائية؟

نطاق ومنهج البحث:

«جهد يوم في التأصيل ينبغي أن يسبقه جهد عام في التحليل، وإن التأصيل بدوره مقدمه ضرورية لتحليل جديد»[١٥].

وحيث إن التحولات الاقتصادية التي أصابت القانون، جعلت من معظم فروع القانون ذو خلفية اقتصادية ترجع إلى آثارها أو أهدافها الاقتصادية المتعلقة بالإنتاج والتوزيع والاستهلاك، والحاجات الاقتصادية التي ترى الدولة ضرورة اشباعها تبرر إصدار تشريعات ذات طابع اقتصادي مباشر. واعتبار قانون المحاكم الاقتصادية ذو صبغة اقتصادية كنتاج لنظام علمي، يقوم على طريقة منهجية، ويعمل على تطوير القواعد الإجرائية التقليدية بما يلاءم مقتضيات المجتمع الرأسمالي، ويحقق الرشادة الاقتصادية، والاستقرار القانوني، إذ تضطر الدولة إلى وضع قواعد إجرائية جديدة لمواجهة الحاجات الاقتصادية المستجدة.

وفي ضوء ذلك يدعو الفقه الحديث إلى تخطي التحليلات القائمة على معطيات القانون الصرفة كالقواعد الإجرائية للتقاضي، والاعتماد على علمي الإدارة الحديثة، والاقتصاد، لذلك يعتمد النظام العلمي الجديد في البحث على طريقة منهجية متأثرة بمعطيات العلاقة بين الظواهر الاقتصادية وانعكاساتها القانونية بوجه عام، وعلى القانون الإجرائي بوجه خاص.

خطة البحث:

يقتضي حسن العرض أن تنقسم الدراسة التأصيلية والتحليلية لهذا البحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى القضائية بالولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الثاني: القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى القضائية في روسيا.

المطلب الاول
القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى القضائية
بالولايات المتحدة الأمريكية
ECF (Case Management/Electronic Case Files)

صاحب التطور الهائل لنظم المعلومات الرقمية ووسائل الاتصالات، لاسيما التلكس والكمبيوتر وانتشار استخدام شبكة الإنترنت واستخدامهم في معالجة ونقل وتخزين البيانات والمعلومات في المجالات القانونية سواء في مجال التصرفات القانونية أم في مجال الأعمال الإجرائية،

(14) McMillan, J., J. Douglas Walker and Lawrence P. Webster. A Guidebook for Electronic Court Filing, (1998) P 10.

(١٥) د/ احمد مسلم. التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. كليه الحقوق - جامعة عين شمس ١٩٦٩ ص ٩٦.

استحداث قواعد إجرائية جديدة تتفق وأدوات تلك التقنية المستخدمة في هذا المجال، وقد كان للقضاء الاقتصادي السبق منذ منتصف التسعينيات من القرن المنصرم في استخدام تلك الأدوات - خاصة الفاكس والكمبيوتر ونظم الربط خاصة بشبكة الإنترنت - تيسيراً للأعمال الإجرائية المتعلقة بالإيداع والإعلان والاطلاع والنسخ والوجود المباشر عن بعد، وأهم ما برز في هذا الشأن صدور مبادئ قضائية تجيز هذا الاستخدام مستندة في جانب الى مبررات برجماتية فيما لاقته هذه الأدوات من قبول اجتماعي عام عاد بمنفعة كبيرة على مستخدميها، ورعاية المبادئ الأساسية، والضمانات المقررة دستورياً، وتشريعياً التي تدور تلك الأعمال الاجرائية في فلكها وأهمها مبدأ كفالة حق التقاضي، والضمانات المتعلقة بمبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، وإضفاء الحجية عليها، وكفالة إثباتها[١٦]، كما اهتمت المحاكم - سواء الاتحادية أم محاكم الولايات - بوضع قواعد إجرائية تحكم التعامل الإجرائي بهذه الأدوات[١٧].

أما ولاية نيويورك فقد أطلقت مشروعاً تجريبياً في هذا الشأن سُمي «Filing by Electronic Means (FBEM) والذي دخل ضمن قانون القواعد الإجرائية للمحكمة العليا للولاية[١٨].

ولا يخل نظام الإيداع والقيد الإلكتروني لأوراق الدعوى القضائية بمبدأ المواجهة، إذ يمكن النظام إعلام أطراف الدعوى ابتداءً في كل مرحله يَرى فيها وجوب إعلام الخصوم بها، حتى يمكن تحقيق مواجهه الخصوم لدفاع كل منه على حقه في الدعوى أو حقه في الدفوع باختلاف أنواعها، بديلاً عن التعامل الورقي لمستندات وملفات الدعوى (طبقاً لقواعد القانون الاتحادية للإجراءات المدنية - الباب الثاني - القاعدة ٥ الفقرة ٣ خدمة والإيداع والمرافعات وغيرها من الأوراق)[١٩].

(16) 4. Anne Tucker Nees, Making a Case for Business Courts: A Survey of and Proposed Framework to Evaluate Business Courts, 24 Georgia State University Law Review 477 (2007).p. 477.

(١٧) مبادئ توجيهية لإسناد القضايا:

www.nycourts.gov/comdiv/guidellines_for_assignment_of_casesnyc.htm.

(18) WWW. E-FILING. COM

(19) FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE › TITLE II. COMMENCING AN ACTION; SERVICE OF PROCESS, PLEADINGS, MOTIONS, AND ORDERS › RULE 5. SERVING AND FILING PLEADINGS AND OTHER PAPERS RULE 5. SERVING AND FILING PLEADINGS AND OTHER PAPERS.

أولاً- تعريف الإيداع الإلكتروني لملفات القضية:

Case Management/Electronic (ECF Case Files) is the case management and electronic court filing system for most of the United States Federal Courts[٢٠].

هو إدارة الدعوى القضائية والمستندات الخاصة بها، وإيداع الملفات بالمحكمة العليا طبقاً للنظام المعمول به في معظم المحاكم الاتحادية من خلال نظام إلكتروني بديلاً عن النظام الورقي لإدارة ملفات الدعوى في الولايات المتحدة (PACER)، وهو اختصار لعبارة (وصول الجمهور إلى المحكمة الإلكترونية)[٢١].

ويُعّرف نظام إدارة ملفات القضية أو إيداع ملفات القضية (CM / ECF) بأنه: نظام القضاء الاتحادي الشامل لإدارة الدعوى بالنسبة إلى جميع المحاكم، ومحاكم الاستئناف، وتسمح المحاكم بقبول الإيداعات الإلكترونية حتى يتم توفير الوصول إلى المستندات المقدمة عبر الإنترنت، ويتيح الوصول إلى ملفات القضية من أطراف متعددة في الدعوى[٢٢]، ويضيف ميزة توسيع قدرات البحث وإعداد التقارير، كما يوفر النظام القدرة على تحديث الدعاوي وتحميل الوثائق وطباعتها مباشرة من خلال موقع المحكمة على الإنترنت.

ثانياً- تاريخ إنشاء مشروع إدارة الدعوى القضائية إلكترونياً:

بداية تم تنفيذ المشروع التجريبي (CM / ECF) للمرة الأولى في عام (١٩٩٦م) في منطقة شمال ولاية أوهايو، للتعامل مع عدد كبير من الدعاوى ذات الطبيعة الاقتصادية، وتم تنفيذ برامج تجريبية في المنطقة الغربية من ولاية ميسوري، والمنطقة الشرقية من نيويورك ومقاطعة أوريغون في أواخر عام (١٩٩٧م).

(20) HTTP: //WWW. USCOURTS. GOV/HOME. ASPX.

(21) http: //www. cafc. uscourts. gov/cm/ecf/case-management/electronic-case-files. html

(22) Mitchell L. Bach & Lee Applebaum, OP. CIT. 147,243

وفي عام ١٩٩٦م وضعت المكاتب الإدارية في الولايات المتحدة لمحاكم المقاطعات النظام (CM / ECF) للاستخدام في منطقة شمال ولاية «أوهايو» لمساعدة المحكمة في تنظيم التقاضي الاقتصادي، وتقليل الكثير من الأعمال الورقية المرتبطة به، ثم توالت نجاحات التجربة حتى أصبح نظام القيد والإيداع الإلكتروني إلزامياً في التعامل معه على مستوى غالبية المحاكم الاقتصادية داخل الولايات[٢٣].

ثالثاً- النظام الإجرائي للإيداع الإلكتروني بالمحكمة العليا لولاية «نيويورك» (New York State Courts Electronic Filing system (NYSCEF))

الإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى الاقتصادية والمستندات المؤيدة لها، وهو النظام المستخدم في نظام المحكمة العليا لولاية «نيويورك» في صورة طلب قضائي مقدم للمحكمة إلكترونياً[٢٤].

ويُعد الإيداع الإلكتروني إلزامياً في جميع محاكم الولاية (NYSCEF) وشُعبها القضائية، التي وضعها مكتب قسم إدارة المحكمة للتكنولوجيا (على التوالي «OCA» و«DOT»)، إذ إن نظام الإيداع الإلكتروني موحد على جميع المحاكم في جميع أنحاء الولاية بداية من الشعبة الاقتصادية[٢٥] حتى أصبح نظام إلزامي على جميع شعب المحكمة العليا لولاية نيويورك[٢٦].

١- القواعد المتعلقة باستخدام الفاكس في إجراءات الإيداع والإعلان:

تناولت المادة الخامسة من القسم رقم (٢٠٢) (A Pilot Program) البرنامج التجريبي لتنظيم الأحكام المتعلقة بالإيداع بطريق الفاكس، وحددت نطاق تطبيقه على المنازعات الاقتصادية، وبعض المنازعات الأخرى، ثم بينت معاني المصطلحات المتعلقة بالفاكس، وعملية النقل بالفاكس، ثم استعرضت إجراءات إيداع الأوراق القضائية بطريق الفاكس، والبيانات التي يتعيَّن أن يشتمل عليها غلاف صور الأوراق المرسلة بطريق الفاكس، والبيانات الخاصة ببطاقة الائتمان التي تمت بواسطتها إيداع الرسوم القضائية الخاصة بعملية الإيداع، وإذا كان إيداع الرسوم لازماً، فلا يعتد بالإيداع إلا بإرسال ما يدل على سداد الرسم، والوقت الذي يُعتد فيه بحصول الإيداع بطريق الفاكس - وقت الاستلام - والأعطال الفنية لدى نظام فاكس محكمة نيويورك Technical Failures إذا لم يتمكن من استقبال الإيداعات المرسلة بهذا الطريق وكيفية امتداد المواعيد الإجرائية الخاصة بالإيداع أو الإعلان[٢٧].

وفي مجال إعلان الأوراق القضائية بهذا الطريق فقد نصت القواعد على بيان الجهة التي تُعينها المحكمة لتوجيه الإعلان إليها، ثم تتولى هي توجيه الصور المُعلَنة إلى المُعلَن إليه، وتُعيد إلى المُعلِن ما يدل على إتمام هذا الإجراء، وسداد رسومه؛ ليقدمه إلى المحكمة ضماناً لحجية العمل الإجرائي وإثباته.

ويُراعى أن الجهة أو الهيئة التي تُعينها المحكمة وسيطاً في الاجراءات المتعلقة بالفاكس إنما تؤدي ذلك باعتبارها وكيلاً عن طالب الإجراء وليس باعتبارها وكيلاً عن المحكمة، ومع ذلك فقد ألقت عليها القواعد التزامات معينة، وهي أن تتولى ما يأتي:

١- تجهيز المحرر موضوع الإيداع أو الإعلان طبقاً للشكل المقرر له قانوناً لصلاحيته للإيداع أو الإعلان.

٢- نقل المُحرَّر ذاته إلى المحكمة.

٣- قيد المُحرَّر بجداول المحكمة، وسداد الرسوم المتعلقة بالقيد بعد استيفائها بالطرق المقررة من طالب الإجراء.

٤- أن تحتفظ بالمُحرَّرات المرسلة إليها بطريقة سرية مالم ينص على خلاف ذلك في هذه المواد.

(23) Westport: Quorum, Gist (1995): Differentiated case management. Washington D.C.: US Department of Justice, Steel man (2008): Improving Case flow Management: a brief guide, NCSC online. P246.

(٢٤) قوانين ولاية نيويورك nyscef نظام المحاكم الموحد https: //iapps. courts. state. ny. us/nyscef/rulesandlegislation

(٢٥) الشعبة الاقتصادية هي دائرة قضائية بالمحكمة التجارية طبقا للنظام القضائي للولايات المتحدة الأمريكية.

(26) http: //www. nycourts. gov/comdiv/electronic__filing__main%20page.

(27) Westport: Quorum, Gist. OP. CIT. 254.

٥- أن تشهد بإفادة صادرة منها بأنها التزمت أحكام القواعد الإجرائية المذكورة، وأن المُحرَّرَ المُقَّيد كامل، وأن المُحرَّرَ المُرسَل إليها بطريق الفاكس لم يطرأ عليه تغيير، وليس عليها أن تشهد بأكثر من ذلك.

٢- استخدام الكمبيوتر في إجراءات الإيداع:

الإيداع الإلكتروني Electronic filing لأوراق الدعوى يتمثل في القيام بعملية نقل المُحرَّرَات وغيرها من المعلومات القضائية أو تحويلها transmitting إلى المحكمة من خلال وسيط إلكتروني electronic medium بدلاً من الورق، وتتم عملية الإيداع بدخول المُحرَّر إلى الملف الإلكتروني للدعوى لدى المحكمة، وصدور إخطار إلكتروني من المحكمة (Notice of Electronic Filing (NEF) بتمام ذلك[٢٨]، ومتى استوفى المحرر المودع الشكل المطلوب فيه، فإنه يتضمن إشهاداً بأنه أودع إلكترونياً وأنه صالح للاطلاع والنسخ من ملفه الإلكتروني، وعلى ذلك تقتضي إجراءات الإيداع بالطريق الإلكتروني أن يُحرر المستند محل الإيداع على جهاز الكمبيوتر باستخدام برنامج معالج الكلمات Word أو ما شابهه، ثم يحول إلى الشكل الإطار PDF، ويتم نسخه على أسطوانة مدمجة CD ليُسلَّم إلى إدارة الكتاب أو المحكمة أو يرسل مباشرة من مكانه على أقرص الخاص بجهاز الكمبيوتر المرتبط بشبكة الإنترنت إلى الموقع الإلكتروني للمحكمة على تلك الشبكة بحسب الأحوال، وهو ما بينته المادة الخامسة فقرة (ب) من القسم (٢٠٢) من القواعد الإجرائية المدنية لمحكمة نيويورك والتي عُنونَت بالإيداع الإلكتروني لدى المحكمة العليا، وعلى ذلك - وطبقا للمادة (٥/ب) من القسم (٢٠٢) من القواعد الإجرائي لولاية نيويورك- فإن الوسائل الإلكترونية في مفهوم هذه القواعد تعني أي وسيلة تُستخدم لنقل المعلومات فيما بين الكمبيوترات أو أجهزة أخرى خلاف ماكينات الفاكس تكون مصممة لغرض إرسال واستقبال تلك المعلومات والتي تسمح للمتلقي باستخراج المعلومات المنقولة إليه من خلال وسيط يُعيدها إلى الحالة التعبيرية التي كانت عليها عند الإرسال، وأن الإيداع الإلكتروني يعني إيداع المُحرَّرات في الدعاوى الاقتصادية بالوسائل الإلكترونية من خلال الموقع الإلكتروني للمحكمة المخصص للإيداع[٢٩].

ووُقِّع تعديل تشريع بخصوص الإيداع الإلكترونية في سبتمبر(٢٠١١)، لتطبيق المزيد من البرامج الإلزامية ويشير إلى قبول الهيئة التشريعية في الولاية بانتشار الإيداع الإلكتروني وتطبيقه على المنازعات كافة، بما في ذلك المسائل الجنائية ومحكمة الأسرة، وتم توسيع الإيداع الإلكتروني إلزامياً لتشمل المسؤولية التقصيرية، والإخلال بالعقود ومختلف المنازعات التجارية المعقدة ذات الطبيعة الاقتصادية.

كما اشترطت القواعد الإجرائية للمحكمه العليا لولاية نيويورك وجود (اختصاص قيمي) ألَّا يقل عن ١٠٠,٠٠ دولار لإجراء الإيداع الإلكتروني للدعاوى الاقتصادية إلزامياً، ويخضع الإيداع داخل المحكمة العليا للقاعدة الموحدة (B-٢٠٢,٥) لبرنامج الإيداع الإلكتروني، والقاعدة الموحدة (BB-٢٠٢,٥) لبرنامج الإيداع الإلكتروني إلزامياً، حتى تخضع الدعوى الاقتصادية وغيرها لنظام الإيداع الإلكتروني، بينما أقل من ذلك القيمة تخضع الدعوى فيه لنظام القيد والإيداع الورقي وفقاً للقاعدة المذكورة[٣٠].

٣- تصحيح أخطاء الإيداع:

بمجرد تقديم صحيفة الدعوى والمستندات المؤيدة لها، تصبح جزءاً من ملف القضية والتصحيحات إلى هذه القائمة من الوثائق التي بها، وفي حالة وجود تعديلات أو أخطاء لا يجوز أن تتم إلا من جهة مكتب كاتب العدل بالمحكمة المختصة للنظر في الدعوى، حيث إن النظام ECF لن يسمح للطرف مقدم المستند إجراء أي تغييرات على الوثيقة متي قبلت المحكمة الإيداع لهذا المستند، ويجب على الطرف مقدم الإيداع عدم محاولة إعادة الوثيقة لرفعها بشكل غير صحيح مرة أخرى[٣١].

٤- تحديد الهوية الإلكترونية:

ويتطلب نظام الإيداع تحديد هوية شخص الذي يقدم الدعوى، والمستندات المؤيدة لها، وتحدد الهويات الإلكترونية بناءً على طلب من أي شخص له قضية أمام الشعبة الاقتصادية، والمحكمة العليا تصدر الهوية

(28) see "Paper Filing Fee," e-Filing Report 7 , no. 6 (July-August 2006).

(29) Report of the Chief Administrative Judge, E-filing in the New York State Courts 8 (June 2011).

(30) E. McBeth. ‹E-Filing The Future Is Now› (2001) 40 NO. 3 Judges› Journal. P 5.

(٣١) ولاية نيويورك نظام الإيداع القضائي

https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/CreateAccount

الإلكترونية لهذا الشخص، والتي يجب أن تستخدم في الاتصال مع المحكمة التي يجيز الإيداع الإلكتروني للمستندات والوثائق من ذلك الشخص في المحكمة، ويجب الامتثال للقواعد وإجراءات التقاضي الاقتصادي الخاص بالإيداع الإلكتروني وجميع القواعد الأخرى المطبقة على المحكمة[٣٢].

ويكون الشخص الذي أُصدرت الهوية الإلكترونية له مسؤولاً عن أمن واستخدام هذه الهوية الإلكترونية، في أي إيداع إلكتروني قد تم من خلال الهوية الإلكترونية الخاصة به، ما لم يتضح العكس من جانبه بما ترضيه هيئة الشعبة الاقتصادية بأدلة واضحة ومقنعة.

واذا قُدِّمت وثيقة أصلية إلى الشُعب الاقتصادية إلكترونياً - وفقاً لهذه القواعد - يجب أن تُوجد في نظام الكمبيوتر الخاص بالمحكمة، و تُعد أصيلة، ويجوز للمحكمة أن تطلب من مقدم الوثيقة تقديم الوثيقة الأصلية، على الرغم من أن نسخة منه بالفعل تم رفعها إلكترونياً من خلال الإيداع الإلكتروني إذا كانت غير واضحة[٣٣].

رابعاً- استخدام الكمبيوتر في إجراءات إعلان أوراق الدعوى القضائية:

الإعلان الإلكتروني للمُحرِّر القضائي يتمثل في النقل الإلكتروني للمُحرِّر إلى العنوان الإلكتروني للخصم بغرض إعلامه به، وقد سبق تنظيم القواعد الإجرائية المتعلقة بالإعلان بالوسائل الإلكترونية صدور أحكام قضائية أجازت الإعلان بهذا الطريق، وأضفت عليه الصلاحية، وعللت ذلك بكفالته توفير الضمانات المتعلقة بالمواجهة في الخصومة القضائية متى توافرت له شروطه وأضاعه.

وكان للنجاح الذي حققته هذه الوسائل في إجراءات الإعلان خاصة في بيئة المنازعات الاقتصادية أثر بالغ في عكوف المحاكم على تقنين هذه المبادئ، وتنظيم قواعده الإجرائية في شكل برامج تجريبية لاقى تطبيقها نجاحاً في الأوساط المهتمة، وأُضيفت هذه القواعد إلى قوانين المرافعات حتى قانون المرافعات الاتحادي.

وقد تناولت القواعد الخاصة بولاية نيويورك (المادة ٥/ب من القسم ٢٠٢)[٣٤] تنظيم المسائل والإجراءات الخاصة بالإعلان بالوسائل الإلكترونية، ووضعت تعريفات ومصطلحات خاصة بها، والأحوال التي يجوز فيها الإعلان بهذه الوسائل وهي حالة ما إذا كان الإعلان جائزاً بطريق البريد أو إذا اتفق الخصوم على الإعلان بهذه الوسائل، أو وافق المُعلَن إليه على ذلك صراحةً أو ضمناً، والالتزامات الواقعة على عاتق مستخدمي هذه الوسائل والبيانات المتعلقة بعناوينهم الإلكترونية وتزويد المحكمة بها وبكل ما يطرأ عليها من تغيير، والأوراق القضائية الخاصة بالدعوى الاقتصادية موضوع هذا الإعلان[٣٥]، والخطوات التي يتعيَّن اتِّباعها في هذا الإعلان، والجهة أو الهيئة الوسيطة التي يتم من خلالها اتخاذ هذه الإجراءات، واشهَّادها بذلك، وبالتأكيد الصادر من المُعلَن إليه باستلامه الإعلان an electronic confirmation البيانات التي يتعين أن تشتمل عليها الصيغة الإعلانية المثبتة للإعلان، وتحصيل الرسوم القضائية المُقرَّرة للإجراء، وتزويد طالب الإعلان بالدليل على إتمام هذه الإجراءات؛ ليقدمه إلى المحكمة، أما الوقت الذي يعتد به في إجراء الإعلان فهو الذى تجرى فيه عملية الإرسال إلى الخصم، ويتم إثبات ذلك في دليل إعلان (الإيصال) المُسلَّم إلى طالب الإعلان والأحكام المتعلقة بامتداد هذا الوقت - سيما في حالة الأعطال التي تصيب الأجهزة الخاصة بالمحكمة - أن الإجراءات البديلة في هذه الحالة والتي يعلن عنها قلم الكتاب في الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة، وكان من أثر نجاح هذا البرنامج أن اتجه المشرعون في بعض الولايات إلى تعديل القواعد التقليدية المنظمة للإعلان في قانون المرافعات لتجعل من طريقة الإعلان بالبريد الإلكتروني[٣٦] وما يتعلق به من بيان ضمن قواعدها العامة، ففي جنوب كارولينا أصدر المشرِّع قانوناً يسري من يوليو ٢٠٠٤م Uniform Electronic Transactions Act وهو القانون الذى أصبحت بموجبه أول ولاية

(٣٢) نظام الإيداع الإلكتروني تكون متوفرة من منتصف الليل حتى الساعة ٦:٠٠ من صباح يوم الأحد ومن الساعة ٦:٠٠ صباحاً وحتى الثانية عشرة ظهراً يوم الأحد الثالث من كل شهر بسبب صيانة الخادم الروتينية. وقد يتأخر إرسال الإشعارات من الأحد وحتى صباح اليوم التالي.

(33) Grace Wilson –Electronic filing project exceeds expectations, KBA Desktop Publishing Assistant, ©The Journal of the Kansas Bar Association. P. 61.

(34) Report on the Progress Toward Implementing Statewide Electronic Filing in New York Courts, New York State Bar Association, 30 March 2012. P32.

(35) McMillan, J. Douglas Walker and Lawrence P. Webster. A Guidebook for Electronic Court Filing, (1998). P. 10.

(36) E. McBeth, ‹E–Filing THE FUTURE IS NOW› (2001) 40 NO. 3 Judges› Journal. p. 5.

تأخذ بخدمة البريد المسجل الإلكتروني (United States Postal Service (USPS)) (Electronic Postmark (EPM)) بديلاً عن البريد المسجل العادي بعد أن تمكنت إحدى الشركات العاملة في مجال البرمجيات من التوصل إلى برنامج يتمكن من توثيق البينات الإلكترونية المدخلة والمستخرجة إذ لا يمكن إجراء أي تغيير فيها[٣٧].

خامساً: الهيئة الإدارية لقلم الكتاب:

ويعد أقدم مناصب المعاونين هو كاتب المحكمة، ويوجد كاتب للمحكمة بكل محكمة، سواء أكانت محكمة موضوع أم استئنافية، محكمة ولاية أم محكمة فيدرالية، ويتبع الكاتب الهيئة الإدارية للمحكمة العليا لولاية نيويورك، ويتكون قلم الكتاب من موظفين أو ثلاثة في محاكم المدن الصغيرة أو من عشرات من الموظفين في محاكم المدن الكبرى التي تزدحم بالدعاوى ، وبغض النظر عن حجم قلم الكتاب وطبيعة المحكمة، فإنه المكان الذي يتقدم فيه المتحاكمون والمتقاضون بمطالبهم[٣٨]، ويقيمون دعاواهم، ويقدمون المستندات المؤيدة لدعاواهم التي تنظر فيها المحكمة، ويحتفظ قلم الكتاب بملف عن كل قضية، وينظم ملفاً وسجلاً رسمياً بالأحكام التي تصدرها المحكمة في كل قضية، ويُعد المكتب الإداري لقلم الكتاب همزة الوصل بين المحكمة والمحامين، فضلاً عن الجمهور، ويعمل الموظفون بهذا القلم جنباً إلى جنب مع القضاة في تحضير الدعاوى للتحقيقات أو المحاكمة، وبصفة عامة في تنظيم سجل المحكمة حتى لا تتراكم الدعاوى، وتتضمن فئتين هما:-

١- كتبة المواقع الإلكترونية:

وهم كتبة تابعون لوزارة العدل يتوجب أن يخضعوا لدورات مكثفة في البرمجيات ونظم الإدارة المعلوماتية، وتصميم المواقع، وتقع عليهم مهام أبرزها تسجيل الدعاوى، وتجهيز جدول مواعيد الجلسات وجداول تقديم الدفوع، واستيفاء رسوم الدعوى إلكترونياً بعدة وسائل، ومنها الدفع الإلكتروني، كما يتولى هؤلاء الكتبة متابعه الدعاوى وعرض الجلسات والاتصال بالأطراف، وتحضيرهم في مواعيد الجلسات ضمن برنامج للجلسات في كل دعوى منتظم ودقيق.

ويشمل اختصاص هؤلاء الكتبة التأكد من صفة الحاضرين قبل إدخالهم الى موقع القاضي، وتنفيذ قرارات القضاة، ويتولى قسم من هؤلاء الموظفين تبليغ الأطراف ودعوة الشهود والتأكد من صفاتهم[٣٩].

٢- إدارة المواقع والمبرمجون:

تقوم هذه الفئة بمتابعه الإجراءات من داخل الأقسام الإدارية للمحكمة؛ لتعالج كل عطل أو خطأ حال حدوثه، وتقوم بحماية النظام من الفيروسات والمخربين، وكذلك بمساعدة الكتبة بعملهم التقني[٤٠].

المطلب الثاني
القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى القضائية في روسيا

الإيداع الإلكتروني مرادف للعدالة الإلكترونية التي تعنى وجود أنظمة معلومات لتوفير تسجيل وتخزين وتجهيز الوثائق والأنظمة الإلكترونية داخل المحكمة الاقتصادية، حيث تتكامل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات مع مزيج من أساليب إنتاج البرامج والأجهزة لغرض جمع ومعالجة وتخزين وتوزيع وعرض واستخدام المعلومات على نحو متزايد مع الإجراءات القانونية في القضاء الاقتصادي[٤١]؛ لتوفير المزايا الآتية:

١) تقديم الطعون وصحف الدعاوى الاقتصادية، وإرسال الوثائق المطلوبة إلى المحكمة في شكل الإلكتروني.

٢) تتبع حركة الدعوى في المحكمة في الشكل الإلكتروني من خلال الإنترنت والهواتف الذكية.

(37) Jacob A. Sommer, Business Litigation and Cyberspace: Will Cyber Courts Prove and Effective Tool for Luring High-Tech Business Into Forum States, 56 Vanderbilt Law Review 561 .(2003).

(38) Electronic Service of Process at Home and Abroad: Allowing Domestic Electronic Service of Process in the Federal Courts; Hedges, Ronald J; Rashbaum, Kenneth N.; Losey, Adam C. 4 Fed. Cts. L. Rev. 55 (2010-2011).

(39) McMillan, J., J. Douglas Walker and Lawrence P. Webster. OP. CIT. p. 10.

(40) Report on the Electronic Filing in New York Courts ,OP. CIT. 13.

(٤١) مرسوم حكومي ٢٠/١١/٢٠٠١ ٨٠٥№ « برنامج الهدف الاتحادي» تطوير النظام القضائي في روسيا «للفترة ٢٠٠٢-٢٠٠٦ // التشريعات التي يتم جمعها من الاتحاد الروسي، ٠٣/١٢/٢٠٠١، ٤٩№، مرسوم حكومي ٢١ ,٠٩ ,٢٠٠٦، ٥٨٣№، برنامج» تطوير النظام القضائي في روسيا «لفترة ٢٠٠٧-٢٠١٢.

٣) استلام الإخطار بقرارات من المحكمة بمساعدة الوسائل الإلكترونية عن طريق الرسائل القصيرة أو البريد الإلكتروني.

٤) التفاعل بين المحاكم وأطراف المحاكمة من خلال الإنترنت، أو عقد جلسات من خلال الفيديو عبر دوائر تلفزيونية (كونفرانس)، وعقد أول جلسة فيديو كونفرانس في تاريخ القضاء الاقتصادي الروسي بتاريخ (١ نوفمبر٢٠١٠)، وذلك طبقاً لتغيرات في قانون الإجراءات الاقتصادية، وكانت مبادرة استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال العدالة الإلكترونية في أواخر (٢٠٠١) اعتماداً على برنامج تطوير النظام القضائي الروسي (٢٠٠٧-٢٠١١)[٤٢]، وذلك لتحسين نوعيه إقامة العدل، وتحسين حماية الحقوق والمصالح المشروعة للمواطنين والمنظمات؛ بالإضافة إلى ذلك، تحسين كفاءة المحاكم، وتحسين التشريعات الروسية؛ لضمان استغلال القضاة إنشاء أرشيف إلكتروني للوثائق والمستندات المقدمة في الدعاوى الاقتصادية للمحاكم الاقتصادية باختلاف درجاتها.

ويُعد هدف برنامج روسيا الإلكترونية الاتحادي هو الانتقال إلى الحكومة الإلكترونية، والعدالة الاقتصادية الإلكترونية.

أولاً- متطلبات العدالة الاقتصادية الإلكترونية:

١- التوقيع الرقمي الإلكتروني(EDS) :

يُعد التوقيع الرقمي الإلكتروني واحداً من أهم مكونات العدالة الإلكترونية، وقد دخل القانون الاتحادي ٢٠١٢-6Fz-63No بشأن التوقيع الرقمي الإلكتروني حيز التنفيذ، ولا يعتد بعد هذا التاريخ بأي وثيقة بدون توقيع إلكتروني.

والتوقيع الرقمي يُعد الدعامة الأساسية لحماية الوثيقة الإلكترونية من التزوير والتزييف باستخدام مفتاح خاص رقمي؛ لتحديد شخص الموقع على الوثيقة الإلكترونية، وذلك خلال تدفق المستندات والوثائق في عملية التقاضي أمام المحكمة الاقتصادية أثناء اجتماعات الفيديو كونفرانس عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال الاستمارة الموجودة على موقع المحكمة الاقتصادية العليا التي يجب ملء كتابة البيانات الموجودة بالاستمارة أو النموذج[٤٣].

٢- الشكلية:

يجب أن تترجم الوثائق الورقية المستخدمة للوثائق الإلكترونية وفق نظام الإيداع الإلكتروني للمستندات بالمحكمة الاقتصادية باستخدام المسح الضوئي[٤٤].

٣- تخزين الوثائق الإلكترونية:

أ- يكون التصديق على التوقيع الإلكتروني لمدة سنة واحدة بموجب صلاحية شهادة المصادقة على التوقيع الصادرة لصاحب التوقيع الإلكتروني، ولكن حتى بعد انتهاء مدة صلاحية الشهادة المصادقة على التوقيع الإلكتروني، فإن الوثيقة الإلكترونية المتضمِّنة هذا التوقيع لا تفقد قوتها القانونية، إذ يجب أن تبقى السجلات محتفظة بها لمدة خمس سنوات.

ب- الطابع الزمنى يؤكد أن شهادة التوقيع الإلكتروني كانت صالحة في وقت توقيع الوثيقة لذلك يجب أن تختم الوثيقة بالوقت لحظة التوقيع عليها.

٤- عقد جلسات المحاكمة بواسطة دائرة تلفزيونية مغلقة :

وقد تم السماح بعقد جلسات فيديو وجلسات الاستماع بين الخصوم والمحكمة من خلال دوائر تلفزيونية مغلقة وذلك طبقاً لقانون APCRF الإجراءات الاقتصادية (م/ ١٥٣)، وأيضاً كود الوسائل البديلة لتسوية المنازعات AIC يسمح بعقد جلسات عبر فيديو كونفرانس (61Eb) وقانون الإجراءات الجنائية للاتحاد

(42) http: //www. rg. ru/2011/01/21/sudonline. html

(43) http: //www. rg. ru/2011/01/21/sudonline. html

(٤٤) وهذا يتطلب الآتي:
أ) الوثائق تكون باللون الأسود والأبيض.
ب) تكون في شكل PDF.
ت) جودة الصورة لا تقل عن ٢٠٠ نقطة في البوصة.
ث) حجم الملف لا يمكن أن يتجاوز ١٠ MB ويتم تحميل كل وثيقة على حدة باعتباره ملف منفصل.
ج) اسم الملف يجب ان تسمح الوثيقة بتحديد عدد الصفحات وتحديد الوثيقة تحديدا دقيقاً.
يجب التوقيع على الوثيقة المقدمة سواء كان توقيع يدوي EPO او توقيع رقمي EDS.

الروسى Fz-١٧٤ No-٢٠١/١٢/١٨ يسمح بعقد جلسات استماع خلال دائرة تلفزيونية مغلقة للمتهم من جهة المحكمة[٤٥].

ثانياً- المراحل الرئيسة في الإيداع الإلكتروني من خلال موقع المحكمة:

تفتح الخصومة الاقتصادية بطلب يتقدم به المدعي إلى المحكمة، وذلك من خلال نظام القيد والإيداع الإلكتروني للمحكمة الاقتصادية المختصة بالنظر في النزاع من خلال موقعها على الإنترنت وتمر مراحل القيد والإيداع بالاتي[٤٦]:-

١) تسجيل دخول المدعي.

٢) اختيار النوع المناسب من اللجوء إلى المحاكم الاقتصادية، وتحديد درجة المحكمة المراد الإيداع لملفات الدعوي الاقتصادية.

٣) بيانات كاملة عن المُدَّعِي والمُدعَى عليه.

٤) إرفاق الوثائق ذات الصلة بالدعوى الاقتصادية الخاصة بالخصومة.

٥) دفع الرسوم عن طريق بطاقة الائتمان.

٦) الحصول على إشعار استلام الوثائق إلى النظام الإلكتروني ويشار لتاريخ استلام الوثائق.

٧) قيام موظفي المحكمة بفض الالتماس أو العريضة أو الشكاوى وجرد الوثائق المرفقة.

٨) تسجيل الوثائق وعريضة الدعوى في النظام وذلك في يوم قبول الإيداع، ولا يتجاوز نصف يوم العمل التالي.

٩) مع تمام فحص الوثائق التي قد حصلت يجب الإشارة إلى الفقرة (٢) من قرار التوجيه بالمحكمة الاقتصادية العليا للاتحاد الروسي بتاريخ ١٧ فبراير ٢٠١١ ZNO١ التي أوجبت الالتزام بإرفاق المستندات عند إيداع العريضة أو شكوى في الدعاوى الاقتصادية مع إرفاق نسخة من اتفاق التسوية البديلة، وإلا امتنعت المحكمة عن المضي في الإجراءات، وتحكم بعدم القبول، وليس رفض الدعوى، ولا يمنع هذا الحكم من رفع الدعوى من جديد بإجراءات صحيحه.

١٠) في حالة رفض الإيداع يجب إرسال إخطار لشخص المودع للمستندات والوثائق مرفق به أسباب رفض قبول طلب الإيداع ومنها:-

أ) أنه غير قابل للقراءة.

ب) أن الوثائق المرسلة مسجلة بالنظام.

ج) يوجد توقيع لمقدم الطلب.

د) عدم وجود فصل للوثائق المختلفة، وأعطى له مهله لتصحيح العيب، فإن صحح المُدّعي عُدت الدعوى مرفوعة من لحظه تقديم صحيفتها إلى المحكمة، ورتبت آثارها من هذا الوقت، إذ تعد الدعوى الاقتصادية - طبقاً لقانون الإجراءات الاقتصادية - مرفوعة ومنتجه لكافة آثارها بمجرد تقديم صحيفتها إلى المحكمة، فلا يتوقف الأمر على إعلان المُدّعي عليه بها.

أما إذا لم يفعل المدعي التصحيح لأسباب رفض قبول الإيداع، فإن القاضي يُعد الدعوى الاقتصادية كأن لم تكن)[٤٧].

١١) إخطار أطراف الخصومة بميعاد الجلسة في موعد أقصاه خمسة عشر يوماً من تاريخ قبول الإيداع[٤٨].

خاتمة الدراسة

بعد تلك المعاجلة في عرض الإيداع والقيد الإلكتروني في القانون المقارن وبصفة خاصة في روسيا والولايات الأمريكية باعتباره خطوة تجاري الحقائق الاقتصادية، والمتغيرات في أنماط الحياة الاقتصادية، وفي إطار من الملاءمة الاقتصادية، وأن يتم تزويدها بإجراءات وآليات تستهدف توفير نظام قضائي أكثر كفاءة وخبرة في مجال المنازعات الاقتصادية، وبأقل وقت وتكلفة مادية.

(٤٥) Mironov SN الاستفادة من الإنترنت في حل المنازعات الاقتصادية - موسكو، ولترز كلوير، ٢٠١٠م، ص٨٠.

(٤٦) القانون الاتحادي (بصيغته المعدلة ٢٠١٢,٠٧,١٠) «التوقيع الإلكتروني» للاتحاد الروسي. ٢٠١١,٠٤,١١. №. ٦٣-

(٤٧) Mironov SN المرجع السابق، ص٨٠.

(٤٨) Trunov IL القضاء الموحد الروسي- ٢٠١٤. - № ٢، ص٢٠٥.

ولئن التشريعات الإجرائية، وقواعدها كانت محل عناية المستثمرين، فإنها هي التي يقيم بها أداء النظم الإجرائية في البلدان محل الدراسة باعتبارها الأداة الفاعل لكفالة الحقوق والامتيازات والضمانات التي تقدمها تلك الدول لتشجيع الاستثمار.

وقد سعى الباحث إلى توضيح القواعد القانونية التي تُبيِّن كيفية حل كافة المشاكل الإجرائية التي تثور في مرحلة الإيداع والقيد الإلكتروني لملف الدعوى مستهدياً، بقواعد وعلوم الإدارة الحديثة الفاعلة للتقاضي الاقتصادي في كل من روسيا وولاية نيويورك.

وما صاحب ذلك من استحداث نصوص إجرائية تواكب هذا التطور في استخدام التكنولوجيا والإنترنت، فإن العمل الإجرائي في كثير من المحاكم العربية والقانون الإجرائي كانا بمنأى عن الأخذ بهذا التطور رغم ما حققه من نجاحات.

النتائج والتوصيات

وفيما يأتي عرض بعض النتائج التي انتهى إليها الباحث على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

بعد تلك المعالجة السريعة في عرض نظام القيد والإيداع الإلكتروني لملف الدعوى في النظام القضائي المقارن وبصفة خاصة في وروسيا والولايات الأمريكية قد توصل الباحث إلى بعض النتائج:

١- أن القواعد الإجرائية في النظام القضائي الأنجلو أمريكي تمر بمراحل المشروع التجريبي الذي يتم تطبيقه، ثم تتولى لجان مُشكَّلة من الجهات المعنية بتلك الإجراءات لدراسة هذه المشاريع، وقياس مدى نجاح تطبيقها، وتقدم تقاريرها التي تعرض على مجلس القضاء لدراستها جميعاً؛ ليقدمها إلى المحكمة العليا لتسن قواعدها، ثم تُعرض على المجلس التشريعي لتأخذ الصفة التشريعية، وهو يعد استعمالاً أمثل للمنهج العلمي في بناء القاعدة القانونية الإجرائية، والذي يقوم على دراسة ما هو كان والتجربة والمشاهدة وكافة عناصر البحث العلمي لينتهي إلى مجموعة من القواعد تُشكل أنظمة متسقة تفي بالغايات المنشودة منها، أما في روسيا فقد جاءت القواعد الإجرائية متفقة مع طبيعة المنازعة الاقتصادية الذي نتج عن خلق قانون الإجراءات الاقتصادية في دولة روسيا.

٢- إن القضاء الاقتصادي في روسيا وولاية نيويورك وقد ركزنا عليهما كمحل لهذه الدراسة كان مثالاً دقيقاً لاستخدام المنهج العلمي - سالف الذكر- في وضع البرامج والقواعد الإجرائية المنظمة له، فقد ذهب في التزام المنهج العلمي إلى أبعد من ذلك حين عالج السلبيات الشائبة بنظام تحضير الدعوى أخذاً بالأفكار الحديثة في علم الإدارة - لا سيما الإدارة الإلكترونية والإدارة بطريق المشاركة فقد اعتمد على تطويع الوسائل الإلكترونية الحديثة في إدارة الدعوى الاقتصادية، ومن خلال الاهتمام بوسائل التقنية الحديثة في مجال تخزين ونقل المعلومات، واستخدام الإعلان الإلكتروني والاستفادة منها في مجال الأعمال الإجرائية مع تقنين قواعد تحكم هذا الاستخدام، ولا تعطل الضمانات والمبادئ الأساسية التي تدور هذه الأعمال في فلكها ويرعاها الدستور والقانون كالقيد والإيداع الإلكتروني لصحف الدعوى الاقتصادية والمستندات المؤيدة لها حتى كلمة الفصل الختام وهو الحكم القضائي الذي اعتمد على استخدام التقنية الحديثة فيه.

٣- إن القانون الإجرائي في كل من روسيا والولايات المتحدة دائم التطور في الأخذ بالأساليب الحديثة في المجال الإجرائي متى كان من شأنها أن تُسرع بعجلة الإجراءات، وتوفر في النفقات، مثل استخدام الإعلان الإلكتروني، والقيد والإيداع الإلكتروني لملف ومستندات الدعوى.

ثانياً- التوصيات:

ولذلك بعد جهد وعناء الدراسة راودتنا بعض التوصيات التي تكون طوق نجاة للمحاكم العربية عامة والمحاكم المصرية خاصة من قيود السلبية وتلاطم أمواج البطء والروتين فيها، ولذلك يوصي الباحث:

١) الاهتمام بالإدارة القضائية، وبحث سبل تطويرها باستخدام علوم الإدارة الحديثة في التقاضي الاقتصادي، والأخذ بوسائل التقنية الحديثة من خلال استخدام وتطويع تكنولوجيا المعلومات؛

لتحقيق عدالة فاعلة وتفعيل الحكومة الإلكترونية، والعمل على تكوين البيئة القانونية المواكبة لتعزيز تطوير إدارة العدالة الاقتصادية بالبدء في الأخذ بالطرق العلمية الحديثة في القيد والإيداع الإلكتروني لملف الدعوى، وإعلان الأوراق القضائية في الدعاوى بالنص على ذلك في قانونا(١٢٠) لسنة (٢٠٠٨م) على أن «يكون إعلان الأوراق القضائية في الدعاوى الاقتصادية عن طريق الوسائط الإلكترونية وذلك بالتوازي مع ما هو مقرر في قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن إعلان الأوراق القضائية كمرحلة انتقالية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات» مع مناشدة وزارة العدل مراعاة الخبرة التكنولوجية في تعيين موظفي المحاكم الاقتصادية الجدد وتأهيل الحاليين.

٢) النص على القيد والإيداع الإلكتروني للدعوى الاقتصادية لمدة زمنية انتقالية ولتكن خمس سنوات على أن تكون جميع إجراءات التقاضي بعد انتهاء هذه المرحلة إلكترونية.

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية:

١. د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ١٩٩٠م.

٢. د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مكتبة جامعة القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٨م.

٣. د. وجدي راغب فهمي: مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م.

٤. د. طلعت دويدار: المحاكم الاقتصادية، خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩م.

٥. د. طلعت دويدار: الإعلان القضائي بين قيمة الوقت في الدعوي ومبدأ سلطان الإرادة في الخصومة – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة.

٦. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٣م.

٧. د. أحمد مسلم: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كليه الحقوق – جامعة عين شمس، ١٩٦٩م، ص٩٦.

ثانياً- باللغة الأجنبية:

1. http://ar.wikibooks.org/wiki

الإدارة الإلكترونية

2. Benjamin F. Tennille, Lee Applebaum, & Anne Tucker Nees. commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, Introduction, available at http://www.adr.org/sp.asp?id=22440#A1

3. www.E-Filing.com

4. In the European Union a specific program was launched, see CEPEJ (2006): European Judicial Systems, European Commission for the Efficiency of Justice.

5. شرح الإيداع، وغيره من الإجراء ات في http://www.courts.state.ny.us/comdiv/

6. McMillan, J., J. Douglas Walker and Lawrence P. Webster. A Guidebook for Electronic Court Filing, (1998).P 10.

7. . Anne Tucker Nees, Making a Case for Business Courts: A Survey of and Proposed Framework to Evaluate Business Courts, 24 Georgia State University Law Review 477 (2007).

٨. مبادئ توجيهية لإسناد القضايا:

9. www.nycourts.gov/comdiv/guidellines_for_assignment_of_casesnyc.htm

10. WWW. E-FILING.COM

11. WWW.USCOURTS.GOV/HOME.ASPX.

12. http://www.cafc.uscourts.gov/cm/ecf/case-management/electronic-case-files.html

13. Westport: Quorum, Gist (1995): Differentiated case management. Washington D.C.: US Department of Justice, Steel man (2008): Improving Case flow Management: a brief guide, NCSC online.P246.

14. نظام المحاكم . nyscef قوانين ولاية نيويورك الموحد https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/rulesandlegislation

15. http://www.nycourts.gov/comdiv/electronic_filing_main%20page.

16. "Paper Filing Fee," e-Filing Report 7 , no. 6 (July-August 2006).

17. Report of the Chief Administrative Judge, E-filing in the New York State Courts 8 (June 2011).

18. E. McBeth. 'E-Filing The Future Is Now' (2001) 40 NO.3 Judges' Journal.

19. https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/Create-Account

20. Grace Wilson - Electronic filing project exceeds expectations ,KBA Desktop Publishing Assistant , ©The Journal of the Kansas Bar Association.

21. Report on the Progress Toward Implementing Statewide Electronic Filing in New York Courts , New York State Bar Association , 30 March 2012.

22. McMillan, J. Douglas Walker and Lawrence P.Webster. A Guidebook for Electronic Court Filing, (1998).

23. E. McBeth, 'E-Filing THE FUTURE IS NOW' (2001) 40 NO.3 Judges' Journal.

24. Jacob A. Sommer, Business Litigation and Cyberspace: Will Cyber Courts Prove and Effective Tool for Luring High-Tech Business Into Forum States, 56 Vanderbilt Law Review 561 (2003).

25. Electronic Service of Process at Home and Abroad: Allowing Domestic Electronic Service of Process in the Federal Courts; Hedges, Ronald J; Rashbaum, Kenneth N.; Losey, Adam C. 4 Fed. Cts. L. Rev. 55 (2010-2011).

ثالثاً- المراجع الروسية:

١. مرسوم حكومي ٢٠/١١/٢٠٠١ -٨٠٥ « برنامج الهدف الاتحادي» تطوير النظام القضائي في روسيا «للفترة ٢٠٠٢-٢٠٠٦ // التشريعات التي يتم جمعها من الاتحاد الروسي، ٠٣/١٢/٢٠٠١، -٤٩، مرسوم حكومي ٢١,٠٩,٢٠٠٦ -٥٨٣ ، برنامج» تطوير النظام القضائي في روسيا «لفترة ٢٠٠٧-٢٠١٢ .

٢. Mironov SN الاستفادة من الإنترنت في حل المنازعات الاقتصادية - موسكو: ولترز كلوير، ٢٠١٠.

٣. القانون الاتحادي (بصيغته المعدلة ١٠,٠٧,٢٠١٢) «التوقيع الإلكتروني» للاتحاد الروسي. ١١,٠٤,٢٠١١. -٦٣№.

٤. Trunov IL القضاء الموحد الروسي - ٢٠

خطة المشرِّع العماني في تطبيق قانون الجزاء من حيث الزمان دراسة تحليلية مقارنة

الدكتور/ حمدي محمد محمود حسين
أستاذ القانون الجنائي المشارك
بالمعهد العالي للقضاء

١-**تمهيد**: انتهج المُشرِّع العماني خطة جديدة في مجال تطبيق قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧ / ٢٠١٨) سواء فيما يتعلق بتطبيقه من حيث الزمان أم المكان أم الأشخاص، وقد عدَّل بعض القواعد التي كان منصوصاً عليها في القانون الملغي، وأضاف إليها ما يتفق والاتجاهات السائدة في مجال القانون الجنائي.

كما أضاف المُشرِّع العماني بعض المواد المتعلقة بتطبيق قانون الجزاء من حيث الزمان، وتبنى صراحة من خلالها مبدأ رجعية النصوص الجزائية الأصلح للمتهم، وذلك بمقتضى المادتين (١٣ ، ١٤) من القانون، وهو مسلك جديد لم يكن منصوصاً عليه في القانون الملغي، ولكن هذا لم يكن يمنع القضاء من تطبيق هذا المبدأ، استناداً لما نص عليه المُشرِّع العماني في المادة (٢٥٠) من قانون الإجراءات الجزائية بمناسبة حالات نقض الحكم من جهة المحكمة العليا لمصلحة المتهم[١]، وهذه الإضافة من المُشرِّع العماني تتفق مع ما ورد في الكثير من القوانين العقابية، سواء في الدول العربية أم الغربية، التي تتبنى هذا المبدأ ضمن نصوصها، ومنها على سبيل المثال قانون العقوبات المصري في المادة الخامسة منه[٢]، وقانون الجزاء الكويتي في المادة

(١) تنص المادة (٢٥٠) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: « لا يجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة العليا غير الأسباب التي أبديت خلال الميعاد، ومع ذلك فللمحكمة أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا تبين لها مما هو ثابت فيه أنه مبني على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه أو في تأويله أو أن المحكمة التي أصدرته لم تكن مشكلة وفقاً للقانون أو لا ولاية لها بالفصل في الدعوى، أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون أصلح للمتهم»

(٢) تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري، على أنه: «يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم، فهو الذي يتبع دون غيره، وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية. غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها».

(١٥ ، ١٦) منه[٣]، وقانون العقوبات القطري[٤] في المادة (٩ ، ١٠) منه، وقانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة في المادة (١٣ ، ١٤) منه[٥].

ولبيان سلامة الموقف التشريعي، يقتضي الأمر التعرض لماهية مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم، ومبرراته، ومدى دستوريته، وشروط تطبيقه وفق ما ورد بالمادتين (١٣، ١٤) من قانون الجزاء العماني، ومقارنة ذلك بالتشريعات الجنائية الأخرى، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول
بيان ماهية رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم

٢-المقصود برجعية النصوص الجنائية:

الأصل في تطبيق قانون الجزاء أن يُطبَّق على الأفعال التي وقعت أثناء نفاذه من غير النظر إلى وقت تحقق نتائجها، وهذا ما قضت به المادة (١٢) من قانون الجزاء، فالقانون المعمول به وقت ارتكاب الجريمة هو الذي تنطبق أحكامه عليها، ويُعد هذا الأصل من مقتضيات مبدأ الشرعية الجنائية، أو ما يقال له قاعدة عدم رجعية قانون الجزاء، أي عدم إرجاع أثره في التجريم والعقاب إلى ما قبل تاريخ نفاذه.

إلا أن المُشرِّع العماني، متفق في ذلك مع غيره من المُشرِّعين، قد خرج على هذا المبدأ الوارد بالمادة (١٢) من القانون، وأجاز تطبيق نصوص قانون الجزاء على أفعال تم ارتكابها في ظل قانون سابق عليه، متى كان في تطبيقها مصلحة للمتهم، وذلك بمقتضى المادتين (١٣، ١٤) من القانون.

فقد نصت المادة (١٣) من قانون الجزاء، على أنه: «يُطبَّق القانون الأصلح للمتهم إذا صدر بعد ارتكاب الجريمة، وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها باتاً، وإذا صدر ــ بعد صيرورة الحكم باتاً ــ قانون يجعل الفعل الذي حكم على المتهم بسببه غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم، وتنتهي آثاره الجزائية».

كما نصت المادة (١٤) من قانون الجزاء، على أنه: «استثناء من حكم المادة (١٣) من هذا القانون، إذا صدر قانون بتجريم فعل أو بتشديد العقوبة المقررة له، وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون إقامة الدعوى أو السير فيها على ما وقع من جرائم خلال تلك الفترة، أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها».

ويقصد برجعية النصوص الأصلح للمتهم أنه إذا وقعت جريمة في ظل قانون يعاقب عليها بعقوبة معينة،

---

(٣) تنص المادة (١٥) من قانون الجزاء الكويتي، على أنه: « إذا صدر بعد ارتكاب الفعل وقبل أن يحكم فيه نهائياً قانون يصلح للمتهم، وجب تطبيق هذا القانون دون غيره، ومع ذلك إذا صدر بعد الحكم النهائي قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه إطلاقاً، وجب تطبيق هذا القانون واعتبار الحكم كأن لم يكن».
وتنص المادة (١٦) على أنه: «استثناء من الأحكام السابقة، إذا كان القانون الذي يقرر العقوبة قانوناً مؤقتاً بمدة معينة أو قانوناً دعت إلى إصداره ظروف طارئة، وجب تطبيقه على كل فعل ارتكب أثناء مدة سريانه، ولو انتهت مدته أو ألغي لزوال الظروف الطارئة وكان ذلك قبل صدور الحكم النهائي في خصوص هذا الفعل».
وتنص المادة (١٧) على أنه: «تسري القواعد المتعلقة بالقوانين الشكلية على كل إجراء يُتخذ أثناء سريان هذه القوانين، ولو كان يتعلق بجريمة ارتكبت قبل سريانها، وأن كل إجراء تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غيره».

(٤) تنص المادة (٩) من قانون العقوبات القطري على أنه: «يسري على الجريمة القانون المعمول به وقت ارتكابها، ومع ذلك إذا صدر بعد ارتكاب الجريمة وقبل الفصل فيها بحكم بات، قانون أصلح للمتهم، طُبق هذا القانون دون غيره. وإذا أصبح الحكم باتاً وصدر قانون يجعل الفعل أو الامتناع عن الفعل غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية، فإذا كان القانون الجديد مخففاً للعقوبة فحسب، فللمحكمة التي أصدرت الحكم البات بناء على طلب النيابة العامة أو المحكوم عليه إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها وفقاً لأحكام القانون الجديد».
كما تنص المادة (١٠) من القانون على أنه: «استثناءً من أحكام المادة السابقة، إذا صدر قانون بتجريم فعل أو امتناع عن فعل أو بتشديد العقوبة المقررة له، وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة أو كانت قد دعت لصدوره ظروف استثنائية طارئة، فإن انتهاء الفترة المحددة أو زوال الظروف الاستثنائية الطارئة لا يمنع من إقامة الدعوى الجنائية على ما وقع من جرائم أثنائها أو تنفيذ العقوبة المحكوم بها على أساس ذلك القانون».

(٥) تنص المادة (١٣) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، على أنه: «إذا صدر بعد وقوع الجريمة وقبل الفصل فيها بحكم بات قانون أصلح للمتهم، فهو الذي يُطبَّق دون غيره، وإذا صدر بعد صيرورة الحكم باتاً قانون يجعل الفعل أو الترك الذي حكم على المتهم من أجله غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك، فإذا كان القانون الجديد مخففاً للعقوبة فحسب، فللمحكمة التي أصدرت الحكم البات ـ بناء على طلب النيابة العامة أو المحكوم عليه ـ إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها في ضوء أحكام القانون الجديد».
كما تنص المادة ١٤ من القانون المذكور، على أنه: «استثناء من أحكام المادة السابقة إذا صدر قانون بتجريم فعل أو ترك أو بتشديد العقوبة المقررة له وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة أو كانت قد دعت لصدوره ظروف استثنائية طارئة، فإن انتهاء الفترة المحددة لسريانه أو زوال الظروف الاستثنائية الطارئة لا يمنع من إقامة الدعوى الجنائية على ما وقع من جرائم خلالها، ولا يحول دون تنفيذ العقوبة التي يكون قد حكم بها على أساس ذلك القانون».

ثم حدث أثناء محاكمة المتهم أو بعد صدور حكم غير بات عليه، أن صدر قانون جديد يُعد أصلح بالنسبة إلى ظروف المتهم من القانون السابق، فإنه يتعين عدم تطبيق القانون القديم الذي وقعت في ظله الجريمة وتطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم على الواقعة، أي إرجاع أثره إلى تاريخ الواقعة التي ارتكبت قبل العمل به[٦].

وقد قضت المحكمة العليا العمانية بهذا المبدأ في العديد من أحكامها، إذ قالت: «إن المرسوم السلطاني رقم (٧٢ / ٢٠٠١) خاص بجرائم التزوير عبر الحاسب الآلي وبطاقات الوفاء والسحب وهو الواجب التطبيق؛ لكونه قانوناً خاصاً، كما أنه القانون الأصلح للمتهم»[٧].

كما قضت في حكم آخر لها: «إن صدور قانون أصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم نهائياً أثره اتباعه دون غيره .... تعديل قانون تنظيم الاتصالات بنص خلا من تأثيم الفعل أثره اعتبار التعديل قانوناً أصلح ووجب تطبيقه»[٨].

٣- مبررات المبدأ:

يجد هذا المبدأ مبرره في حسن السياسة التشريعية التي تقضي بوجوب الأخذ باستمرار بأكثر الأفكار ملائمة لمبدأ إنسانية العقوبة أو قانون الجزاء، فطالما أن المُشرِّع قد رأى أن العقوبة الجديدة أكثر مناسبة وملائمة لتحقيق المصلحة الاجتماعية من العقوبة السابقة، فذلك أولى بالتطبيق، إذ لا مصلحة للدولة في الإصرار على العقاب القديم، كما أنها لا تُعرِّض الحقوق والحريات الفردية للخطر من جانب ثان؛ لأنها تحقق مصلحة للفرد المتهم فالقانون الجديد أصلح له من ناحية العقوبة، ويضاف إلى ذلك أن مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم لا يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، إذ ليس في هذا الرجوع إلى الماضي تجريم لأفعال كانت مباحة من المُشرِّع وقت ارتكابها.

(٦) للمزيد في ذلك راجع: د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص١٥٣، د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص٣٣٧، د. أحمد عبد الظاهر: رجعية القانون الأصلح للمتهم في القانون الجنائي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.

(٧) طعن رقم ٥٣ / ٢٠٠٢ عليا جزائي، جلسة ٢٩ / ١٠ / ٢٠٠٢م، منشورات ٢٠٠٢م، ص٢٠٨.

(٨) راجع في ذلك الطعن رقم ٨٩ لسنة ٢٠٠٨م، جزائي عليا.

المطلب الثاني
مدى دستورية مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم

٤-دستورية المبدأ في التشريع العماني والمقارن:

في ظل عدم النص على هذا المبدأ في النظام الأساسي لسلطنة عمان، يثور التساؤل عن مدى صحة النص على مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم، المنصوص عليه بمقتضى المادتين (١٣، ١٤) من قانون الجزاء، من الناحية الدستورية، خاصة أن بعض نصوص النظام الأساسي تقرر خلاف ذلك، فقد ورد في المادة (٢١) منه، أن: «لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها».

كما تنص المادة (٧٥)، على أنه: «لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ إلا إذا نص فيها على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم المالية».

فهل النص على رجعية النصوص الجزائية يعد خرقاً لهذه المبادئ الدستورية، أو أنه يتماشى معها ويسير في فلكها، ومن ثم تصبح النصوص المتعلقة به دستورية.

ويمكن القول بأن هذا الأمر كان محل خلاف فقهي وقضائي قديم في فرنسا ومصر، ففي فرنسا لوحظ أن هذا المبدأ لا يستند إلى نص دستوري مما دعا البعض إلى القول بأنه غير ملزم للمُشرع، فله أن يصدر تشريعاً ينص فيه بنص خاص على عدم رجعية القانون الأصلح للمتهم على الماضي، بل إن البعض قد وجه النقد صراحة إلى هذا المبدأ تأسيساً على أن القانون القديم كان معبراً عن حاجة المجتمع في وقت صدوره والعمل به، وأن إلغائه أو تعديله لا يقطع أنه في غير صالح، بل إن الغالب أن يكون الإلغاء أو التعديل راجعاً إلى تغيّر الظروف التي صدر فيها، والمتهم على أية حال قد خالف القانون المعمول به وقت المخالفة مما يتطلب تطبيقه عليه[٩]، وقد جاءت أحكام محكمة النقض الفرنسية مسايرة لهذا الاتجاه رافضة لتطبيق المبدأ، تأسيساً على

(9) Bernard , R . S .C . 1974 page 7 No 17 et ss .

أن المُشرع الفرنسي قد نص على استبعاد الأثر الرجعي للقانون الأصلح للمتهم[١٠].

وقد ظل هذا الأمر على هذا النحو، مثار خلاف، إلى أن ورد النص على قاعدة القانون الأصلح للمتهم من خلال قانون العقوبات الفرنسي الجديد المعمول به اعتباراً من مارس ١٩٩٤م في المادة (١١٢) منه.

لكن البعض الآخر من علماء القانون الجنائي الفرنسي يرون أن لمبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم طابعاً دستورياً على الرغم من عدم النص عليه في الدستور الفرنسي، وحجتهم في ذلك أن قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الأسوأ مرتبطة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي ورد النص عليه في الدستور الفرنسي[١١]، ومؤدى ذلك أن النصوص الجنائية الأصلح لا تعد مخالفة للنصوص الدستورية.

ويرى البعض أن هذا المبدأ لا يعد استثناءً على مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية الأشد، بل هو محدد فقط لنطاق المبدأ الأخير، فبينما يبين المبدأ الأخير حكم القانون في الجرائم الأشد، يبين مبدأ رجعية النصوص الأصلح للمتهم حكم القانون في الجرائم الأخف، فهما مبدآن من المستوى الدستوري نفسه[١٢].

ولذلك قضى المجلس الدستوري الفرنسي بالطابع الدستوري لمبدأ رجعية النصوص الأصلح للمتهم استناداً إلى نص المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة (١٧٨٩) التي نصت على أن: «يقرر القانون العقوبات التي تقتضيها الضرورة القصوى»، وأكد المجلس الدستوري أن صدور قانون أصلح للمتهم يعني اعتراف المُشرِّع بشدة القانون السابق فلم يعد من الممكن تطبيقه؛ لأنه لم تعد هناك الضرورة القصوى التي تقتضي تطبيق العقوبة الواردة في النص، وأضاف المجلس الدستوري الفرنسي أن التشريع الذي يقيد مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم يتعارض مع أحكام الدستور[١٣].

وقد انتهجت محكمة النقض الفرنسية نهجاً جديداً في أحكامها يؤكد بأن مبدأ القانون الأصلح للمتهم يعلو في قيمته على التشريع العادي[١٤].

وفي الفقه والقضاء العربيين يكاد الإجماع منعقد على الأخذ بهذا المبدأ وعدم مخالفته للنصوص الدستورية، بل إن البعض يرى أن نصوص رجعية القانون الأصلح للمتهم وإن كانت لا تمثل استثناءً على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية إلا أنها تعد مكملة لها، من حيث إنها تضع الأخيرة في نطاقها الصحيح، وتكفل لها التطبيق السليم[١٥].

كما أن تطبيق رجعية القانون الأصلح للمتهم لا يمس بمبدأ الشرعية الجنائية؛ لأن قاعدة عدم الرجعية المترتبة على مبدأ الشرعية إنما تتعلق فقط بالنصوص الأسوأ للمتهم وليس الأصلح منها[١٦].

ويضاف إلى ذلك أن مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم وإن لم يرد النص عليه دستورياً إلا أنه الوجه الآخر لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في النظام الأساسي لسلطنة عمان (م ٢١)، ولازم من لوازمها، فالنص الجنائي الذي لا يمكن تطبيقه على الوقائع السابقة على نفاذه هو المتضمن عقوبة أشد مما يؤدي إلى تسويء مركز المتهم.

وفي هذا السياق أكدت المحكمة الدستورية المصرية على دستورية مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم في عدة أحكام لها، فقد قضت بأن: « إنكار الأثر الرجعي للقوانين الجزائية يفترض أن يكون تطبيقها في شأن المتهم مسيئاً إليه، فإن كانت أكثر فائدة لمركزه

---

(١٠) نقض فرنسي ١٩٦٩/١/٢٩، نشرة أحكام النقض، حكم رقم ٥٦، ونقض فرنسي ١٩٧٧/٥/٢٥، منشور في:
Sirey 1977 – 30 cahier , note E . Robert, jurisprudence, p. 433.

(11) Stefani : (Gaston) et , Levasseur (Georges) et Bouloc (B) Droit penal general et criminology Dalloz , 17 ed . paris 1977 page 134 .

(12) Pradel (jean) Droit penal general , 5 em ed cujas , paris 1986 page 201 no 163 .

(١٣) للمزيد في ذلك راجع: د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص٢٤١ وما بعدها، د. محمد عيد الغريب: المرجع السابق، ص٨٦ وما بعدها.

(14) Cass . Crim. 26 mars 1998 , Bul . crim . page 306 N 116 .

(١٥) للمزيد في ذلك راجع: د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص١٥، د. جميل عبد الباقي الصغير: رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٥٢ وما بعدها، د. حسن ربيع: رجعية القانون الأصلح للمتهم وموقف محكمتي النقض والدستورية العليا من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦م، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٧م.

(١٦) د. هدى حامد قشقوش: المرجع السابق، ص٤٩.

القانوني في مواجهة سلطة الاتهام، فإن رجعيتها تكون أمراً محتوماً ....»[١٧].

كما قضت في حكم آخر لها: «أن ثمة قاعدتين تجريان معاً وتتكاملان في أولاهما أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلاً في الفعال اللاحقة لنفاذه، وثانيتهما سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق غدا كان أصلح للمتهم وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه أن الثانية فرع من الأولى ونتيجة حتمية لها وليست استثناءً أو قيداً عليها، وكلتاهما معاً تعدان امتداداً لازماً لقاعدة الشرعية الجنائية ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها»[١٨].

وفي الاتجاه ذاته أيدت محكمة النقض المصرية دستورية مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم في أكثر من حكم لها ، فقد قضت بأنه : «لما كان الدستور قد وضع قاعدة دستورية مطلقة في المادتين(٦٦ ، ١٨٧)، مفادها عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب وهو ما قننته الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون العقوبات بقولها: «يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها»، إلا أن المستفاد ــ بطريق مفهوم المخالفة من هذا النص الدستوري ــ أن القوانين الجنائية الأصلح تسري على الماضي، بل إن قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية تكملها وتقوم إلى جانبها قاعدة أخرى هي قاعدة القانون الأصلح للمتهم، وأن القاعدة الأخيرة التي يرتكز عليها هذا المبدأ تفرضها المادة (٤١) من الدستور التي تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعي وأنها مصونة لا تمس، وعلى تقدير أن هذه الرجعية ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية ، وهو ما سجلته الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات ... ومفاد ما سلف إيراده أن قاعدة القانون الأصلح وإن لم ينص عليها الدستور صراحة إلا أنها ترتكز على دعامة دستورية لا يملك المُشرِّع العادي مخالفتها»[١٩].

بل إن محكمة النقض المصرية ذهبت حداً بعيداً في تطبيق هذه القاعدة، إذ اكتفت لسريان القاعدة مجرد صدور القانون الأصلح حتى ولو كان قد تأخر العمل به؛ لأن المُشرِّع في نص المادة الخامسة من قانون العقوبات، استعمل لفظ إذا صدر قانون أصلح للمتهم، فيجب تطبيق القانون الأصلح بمجرد صدوره وبصرف النظر عن التاريخ الذي حدد لسريانه والعمل به، وعللت لذلك بقولها: «.... إذ لا يسوغ القول باتصال التأثيم طوال الفترة من تاريخ صدور القانون وتاريخ العمل به ذلك أن عدالة التشريع تأبى أن يظل الفعل مؤثماً إلى حين العمل بالقانون الجديد بعد أن أعلن الشارع بإصداره أنه أصبح فعلاً مباحاً، وهي ذات الحكمة التي حدت بالشارع إلى إصدار المادة الخامسة من قانون العقوبات»[٢٠].

وفي تقديري أن ما سبق قوله بالنسبة إلى التشريع الفرنسي والمصري، ينطبق على التشريع العماني فيما يتعلق بنص المادتين (١٣، ١٤) من قانون الجزاء الجديد، فقد استخدم المُشرع العماني اللفظ ذاته بقوله: «يطبق القانون الصلح للمتهم، إذا صدر بعد ارتكاب الجريمة ....»(م ١٣).

كما أن المحكمة العليا العمانية قد عبرت عن تطبيقها لهذا المبدأ في أكثر من حكم لها، حيث قالت: «إن صدور قانون أصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم نهائياً أثره اتباعه دون غيره .... تعديل قانون تنظيم الاتصالات بنص خلا من تأثيم الفعل أثره اعتبار التعديل قانوناً أصلح ووجب تطبيقه»[٢١].

المطلب الثالث
شروط تطبيق مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم

باستقراء نص المادتين (١٣، ١٤) من قانون الجزاء العماني، يتضح لنا أن هناك عدة شروط يلزم توفرها؛ حتى يمكن تطبيق مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم.

٥-الشرط الأول: أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم.

ويعني ذلك أن يكون القانون الجديد في تطبيقه على الجريمة المرتكبة يجعل المتهم في مركز قانوني أفضل مما كان عليه في ظل القانون السابق والذي

(١٧) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢م، القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ ق، الجريدة الرسمية العدد ٤٩.

(١٨) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٣ أكتوبر ١٩٩٨م، القضية رقم ١ لسنة ١٩ ق، منازعة تنفيذ دستورية.

(١٩) نقض جنائي جلسة ٩ / ٦ / ١٩٩٩م، مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ ق.

(٢٠) نقض جنائي جلسة ١٧ /٤/ ١٩٦٢م مجموعة أحكام النقض.

(٢١) راجع في ذلك الطعن رقم ٨٩ لسنة ٢٠٠٨م جزائي عليا.

ارتكب الفعل الإجرامي وقت نفاذه. ولذا على القاضي أن يجري مقارنة بين القانون الجديد والقديم؛ ليقدر مدى صلاحية القانون للمتهم ومن ثم تطبيقه على الدعوى الجنائية المعروضة عليه.

كما يجب على القاضي النظر في مسألة القانون الأصلح للمتهم في كل حالة على حده، فما يعد أصلح لمتهم قد لا يكون أصلح لغيره في حالة أخرى، وحتى تكون المقارنة التي يجريها القاضي سليمة من الناحية القانونية يجب أن تتوفر لها عدة ضوابط:

أولاً: يتعيَّن أن يكون القانونان (القديم والجديد) من القوة نفسها وسليم من الناحية الدستورية، فلا تجوز المقارنة بين أحكام تشريع وأحكام لائحة، كما يتعيَّن أن تكون الإجراءات الشكلية اللازمة كافة لكي يصبح القانونان واجبي التطبيق قد رُوعِيت[٢٢]، مع الأخذ في الاعتبار أن صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص يعد في حكم القانون الأصلح للمتهم.

ولذا قضي بأن: «القضاء الدستوري يعتبر في حكم القانون الأصلح للمتهم ما دامت الدعوى الجنائية لم يفصل فيها بحكم بات عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات»[٢٣].

ثانياً: أن تتم المقارنة بين النصوص الجنائية والأحكام المتعلقة بها الواردة في كل منهما، فلا تدخل في المقارنة ما ورد في القانونين من أحكام مدنية أو إدارية.

ثالثاً: تتم المقارنة بالنسبة إلى كل متهم على حده وفي حالة معينة ، وليس بالنسبة إلى جميع المتهمين الذين قد تختلف ظروفهم، فقد يعد القانون الجديد أصلح لأحدهم بينما يعد القانون القديم هو الأصلح بالنسبة إلى متهم آخر، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الصادر سنة (١٩٥٢) م بقولها: « إذا كان القانون الذي ارتكب الفعل في ظله يجيز وقف تنفيذ العقوبة ثم صدر قانون جديد يخفف العقوبة ولا يجيز وقف التنفيذ، فالقانون القديم أصلح للمتهم الجديد بإيقاف التنفيذ بينما يكون القانون الجديد هو الأصلح لمتهم آخر لا ترى المحكمة جدارته بهذا الإيقاف».

والواقع أن عمل القاضي في هذا الصدد ليس بالعمل السهل دائماً، فإذا كان صحيحاً أن تقرير أي من القانونين أصلح يكون واضحاً في بعض الحالات، إلا أنه في حالات أخرى تكتنفه صعوبات كثيرة، ويمكن ذكر بعض الحالات التي يعد فيها القانون الجديد أصلح للمتهم، ومن ذلك:

١. إذا أباح الفعل الذي ارتكبه المتهم بعد أن كان مجرماً، سواء بإلغاء نص التجريم كلياً أم بتقرير سبب إباحة توفر في حق المتهم.

٢. إذا أضاف مانعاً من موانع المسئولية الجنائية أو العقاب يستفيد منه المتهم، أو قرر عذراً قانونياً مخففاً للعقوبة لم يكن معمولاً به في ظل النظام القديم.

٣. إذا أضاف إلى الجريمة ركناً جوهرياً أو عنصراً لا قيام لها دون توفره، إذ يؤدي تطبيق القانون الجديد إلى الحكم ببراءة المتهم؛ نظراً لعدم توفر الأركان القانونية للجريمة.

٤. إذا ترتب عليه تخفيف وصف الجريمة، كأن يجعل الفعل المسند إلى المتهم مجرد جنحة ويرفع عنه وصف الجناية الذي كان يسبغه عليه القانون القديم.

٥. إذا استبدل بالعقوبة التي كانت مقررة للجريمة في القانون القديم عقوبة أخرى أخف.

٦. إذا ألغى القانون الجديد بعض الظروف المشددة للعقوبة التي يستفيد منها المتهم، وكانت ستنطبق عليه في ظل القانون القديم.

٧. إذا قرر القانون الجديد شروطاً لوقف تنفيذ العقوبة يستفيد منها المتهم ولم يكن منصوصاً عليها في القانون القديم.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا العمانية بأن: «تعديل قانون تنظيم الاتصالات بنص خلا من

(٢٢) د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص٢٤٤ وما بعدها.
(٢٣) نقض مصري ٢٣ /٣ / ٢٠٠٠م، طعن رقم ١٤٥٣٦ لسنة ٦٤ ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر الجنائية بمحكمة النقض من أول أكتوبر ١٩٩٩م إلى ديسمبر سنة ٢٠٠٠م، ص١٤٠.

تأثيم الفعل، أثره اعتبار التعديل قانوناً أصلح ووجب تطبيقه»[٢٤].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه:

«جرى قضاء هذه المحكمة على أن المقصود بالقانون الأصلح في حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات هو القانون الذي ينشئ للمتهم مركزاً أو وضعاً أصلح له من القانون القديم، كأن يكون قد ألغى بعض الجرائم أو بعض العقوبات أو خفضها أو قرر وجهاً للإعفاء من المسئولية الجنائية دون أن يلغي الجريمة ذاتها»[٢٥].

٨. إذا صدر قانون جديد يجعل من الصلح بين الجاني والمجني عليه سبباً لانقضاء الدعوى الجنائية، فإنه يُعد قانوناً أصلح للمتهم.

قضت محكمة النقض المصرية بأنه : «لما كان الحكم المطعون فيه قد صدر في ١٦ من يناير ١٩٩٤ بإدانة الطاعن بجريمة التبديد تطبيقاً لحكم المادة (٣٤١) من قانون العقوبات، وكان القانون رقم(١٧٤ لسنة ١٩٩٨) بتعديل بعض أحكام قانوني الإجراءات الجنائية والعقوبات الصادر بتاريخ ٢٠ من ديسمبر ١٩٩٨ قد صدر بعد الحكم المطعون فيه، ونص في مادته الثانية على إضافة المادة(١٨) مكرراً (أ) إلى قانون الإجراءات الجنائية التي أجازت للمجني عليه ولوكيله الخاص في الجنحة المنصوص عليها في المادة (٣٤١) عقوبات أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم، ونصت على أنه يترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ..... ومن ثم فإن هذا القانون يسري من يوم صدوره على الدعوى طالما لم تنته بحكم بات باعتباره القانون الأصلح للمتهم وفقاً للمادة الخامسة من قانون العقوبات ويكون هو واجب التطبيق ولمحكمة النقض نقض الحكم من تلقاء نفسها ..... والقضاء بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح»[٢٦].

وإذا تساوى القانونان القديم والجديد من حيث صلاحيتهما للمتهم، أو تعذر على القاضي تحديد الأصلح منهما له، فإنه يطبق القانون المعمول به وقت ارتكاب الجريمة، إذ يكون شرط رجعية القانون الجديد على الماضي وهو الصلاحية قد تخلف[٢٧].

وتجدر الإشارة إلى أن المُشرِّع البحريني قد ذهب في تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم إلى جواز التجزئة بين النص القديم والنص الجديد ، فيطبِّق القاضي في حكمه على المتهم ما هو أصلح له حتى ولو دعاه ذلك إلى التجزئة بين القانونين، ومثال ذلك أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم في تحديد مقدار عقوبة السجن، وأن يكون القانون القديم أصلح له في مقدار الغرامة، فإنه وطبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون العقوبات البحريني يمكن التجزئة، ويستفيد المتهم من تطبيق القانون الجديد والقانون القديم في هذه الحالة، وهذا ما قننته الفقرة الثانية من المادة الأولى بقولها: «على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد وقوع الجريمة وقبل الفصل فيها بحكم نهائي يطبق أصلحها للمتهم وكذلك يطبق الأصلح له من نصوصها إذا كانت التجزئة ممكنة».

٦-القوانين الجديدة التفسيرية:

القاعدة التفسيرية تعد جزءاً لا يتجزأ من القاعدة الأصلية التي صدرت القاعدة الجديدة لتفسيرها في الحالات التي يغمض فيها حكم هذه القاعدة، أو تتخبط المحاكم في تطبيقها بين تفسيرات متعددة، وفي هذه الحالة تطبق القاعدة الجنائية الجديدة التفسيرية حتى ولو كان حكمها أشد بالنسبة إلى المتهم، وهو أمر متفق عليه فقهاً وقضاءً، فالقانون المفسر له أثر رجعي، ذلك لأنه عند صدوره يتحد مع القانون السابق ويصبح جزءاً منه، ومن ثم يصبح له نفس النطاق من حيث الزمان[٢٨].

وبمعنى أدق يمكن القول إن سريان هذه القواعد التفسيرية على الوقائع السابقة على صدورها لا يُعد مخالفاً لمبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية، لأن النص الذي يطبق هو في الواقع النص القديم الذي كان يحكم الواقعة حين ارتكبت، والذي كان دور النص الجديد

(٢٤) الطعن رقم ٨٩ لسنة ٢٠٠٨م، جزائي عليا.
(٢٥) نقض مصري ١٢ / ٣ / ١٩٨٠م، مجموعة أحكام النقض، س٣١، ص٣٦٤، رقم٦٧.
(٢٦) نقض ٢٨ / ٢ / ٢٠٠٠م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٤٨٥٤ لسنة ٦٤ ق.

(٢٧) د. محمد محيي الدين عوض: القانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص٧٨.
(٢٨) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص١٠١، د. محمود مصطفى: المرجع السابق، ص٩٨.

مجرد تفسيره، والعبرة في وصف القانون بأنه تفسيري هو بطبيعته وحقيقته بصرف النظر عن وصف المُشرِّع له، وعلى القاضي النظر في الطبيعة التفسيرية للقانون بغض النظر عن وصف المُشرِّع له.

ومن أمثلة القانون التفسيري في مصر القانون رقم (٣٦٠ لسنة ١٩٥٦م) بتعديل بعض أحكام قانون الصيدلة رقم (١٢٨ لسنة ١٩٥٥م)، وقد قالت محكمة النقض في هذا القانون إنه: «يتضح من عبارة المذكرة الإيضاحية تعليلاً لهذا التعديل أن المُشرِّع عمد إلى إصدار القانون الجديد ليفسر به حكماً مستحدثاً»[٢٩].

فالقانون التفسيري لا يستهدف تعديل القانون السابق بل يقتصر فحسب على إيضاح معناه؛ لإزالة الغموض الذي شاب النصوص، فهو لا يتضمن أحكاماً جديدة لا ينطوي عليها القانون السابق.

فإذا عمد المشرع تحت ستار التفسير إلى إصدار قانون يتضَّمن أحكاماً مستحدثة لا وجود لها في القانون القديم، ويتوصل بذلك إلى رجعية مستترة، فإنه في هذه الحالة يجب تطبيق قاعدة عدم الرجعية لخطورة مثل هذا الأسلوب على الحريات الفردية.

٧-القوانين المتعلقة بكيفية تنفيذ العقوبة:

إذا صدر قانون جديد يتضَّمن قواعد جديدة تتعلق بكيفية تنفيذ العقوبة تختلف عن القانون السابق، فهل تنطبق النصوص الجديدة على الأفعال السابقة عليها أو أن قاعدة عدم الرجعية تقف حائلاً دون ذلك.

ويقصد بالقواعد الخاصة بتنفيذ العقوبات، القواعد التي تطبق على المحكوم عليهم بعد صدور الحكم وتنفيذاً له، ومثال ذلك القواعد المتعلقة بكيفية تنفيذ عقوبة السجن بوضع المسجون في سجن انفرادي أو جماعي، ومدى ما يفرضه القيام به من أشغال أثناء قضائه عقوبة السجن، ونوعية هذه الأشغال مثل القانون رقم(٩٥ لسنة ٢٠٠٣م) الذي نص على إلغاء عقوبة الأشغال الشاقة ويستعاض عنها بعقوبة السجن المؤبد إذا كانت مؤبدة والسجن المشدد إذا كانت مؤقتة، وكيفية تنفيذ عقوبة الإعدام فيه هل رمياً بالرصاص أم بالشنق؛ وكذلك القواعد المتعلقة برد الاعتبار أو العفو عن المحكوم عليهم أو الإفراج الشرطي.

ونظراً لغياب النص التشريعي سواء في مصر أم سلطنة عمان بالنسبة إلى هذه المسألة، وهل يسري عليها مبدأ رجعية النصوص الجنائية إذا كانت أصلح للمحكوم عليه باعتبارها من القواعد الموضوعية أم أنها قواعد شكلية، ومن ثم تطبق بأثر فوري ومباشر. فقد اجتهد الفقه والقضاء في ذلك وتنوعت الاتجاهات، فهناك من يرى أن هذه القواعد شكلية ومن ثم فإنها تسري بأثر فوري ومباشر على جميع العقوبات التي يجري تنفيذها ولم تنته، ولا عبرة بأن القواعد الجديدة لم يعمل بها إلا بعد أن بدأ التنفيذ، سواء كانت أصلح للمتهم أم لم تكن؛ لأن تنفيذ العقوبة نظام إجرائي في ذاته بشرط ألا يتضمن القانون الجديد تغيير العقوبة ذاتها، وإذا أضاف القانون الجديد عقوبة تكميلية لم تكن موجودة فإنها لا تطبق على جريمة ارتكبت قبل العمل به، لاستقلال العقوبة التكميلية عن العقوبة الأصلية[٣٠].

ويضيفون إلى ذلك أن الأصل في النصوص الجديدة أنها أفضل من سابقتها على أساس أنها تطبق أساليب عقابية أحدث ومن ثم تكون من مصلحة الفرد والمجتمع معاً، كما أنها لا تمس المركز القانوني للمحكوم عليه، فقد تحدد بشكل قطعي بصدور الحكم الواجب التنفيذ[٣١].

وهناك من يرى أن القواعد المُتعلِّقة بتنفيذ العقوبة هي قواعد موضوعية؛ لأنها تمس سلطة الدولة في العقاب، ومن ثم ينطبق عليها قاعدة القانون الصلح للمتهم وتسري بأثر رجعي على ما يجري تنفيذه من عقوبات قبل صدورها[٣٢].

بينما ذهب آخرون ــ وبحق ــ في هذه الحالة

(٢٩) نقض ٢ فبراير ١٩٩٠م، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، رقم ٢٩، ص١٢٧.

(٣٠) د. السعيد مصطفى السعيد: المرجع السابق، ص١١٠، د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص٣٦ ، ٣٧.

(٣١) د. مزهر جعفر عبيد: المرجع السابق، ص٥٨، ويرى سيادته أن هذا الرأي أقرب إلى موقف المشرع العماني من خلال المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية. لكنا نعتقد خلاف ذلك فليست كل القواعد المتعلقة بتنفيذ العقوبة قواعد شكلية، وأنه يجب النظر في نوعية هذه القواعد لتحديد طبيعتها والآثار المترتبة على ذلك.

(٣٢) من أنصار هذا الرأي د. محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٨٨م، المرجع السابق، ص٣٢.

أنه يتعيَّن التمييز بين نوعين من النصوص الجديدة: فالنصوص التي تعدل من آثار الإدانة الصادرة جنائياً كالإجراءات المنظمة للسجون وغيرها من القواعد التي تنظم إجراءات تعليم المحكوم عليهم وتهذيبهم أو تحدد أجورهم أو علاجهم، فهذه القواعد تسري فوراً؛ لأنها تُعد قواعد شكلية يسري عليها مبدأ السريان الفوري المقرر بصدد تلك القوانين، أما النصوص التي تُغيِّر في ماهية العقوبة أو بالأدق في طبيعة العقوبة كالقانون الذي يغير طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام، فيستبدل بالشنق أسلوباً آخر كالرمي بالرصاص مثلاً أو القانون الذي ينص على تنفيذ عقوبة السجن في الليمانات بدلاً من السجون العمومية، فهو قانون موضوعي لا ينفذ على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذه إلا إذا كانت أكثر مراعاة للمتهم، وكذلك القواعد المُتعلقة بالإفراج الشرطي عن المحبوس أو العفو عنه أو رد الاعتبار[٣٣]، ونحن نرى أن هذا الرأي الأخير أقرب إلى الصواب، وأقرب مثال لذلك التعديل الحاصل لقانون العقوبات المصري وذلك فيما يتعلق بتعديل بعض أحكام القانون رقم(٣٩٦ لسنة ١٩٥٦م) بشأن تنظيم السجون، الخاص بالمادة(٥٢) منه التي تنص على أنه: «يجوز الإفراج تحت شرط عن كل محكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية إذا أدى في السجن نصف مدة العقوبة، وكان سلوكه أثناء وجوده في السجن يدعو إلى الثقة بتقويم نفسه، وذلك ما لم يكن في الإفراج عنه خطر على الأمن العام. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تقل المدة التي تقضى في السجن عن ستة أشهر. وإذا كانت العقوبة السجن المؤبد فلا يجوز الإفراج تحت شرط إلا إذا قضى المحكوم عليه عشرين سنة على الأقل»[٣٤].

وهذا ما تناولته المادة (١١٢ / ٢ بند ٣) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، فقد نصت على أن: «القوانين المتعلقة بنظام تنفيذ وتطبيق العقوبات تطبق بأثر فوري على عقاب الجرائم المرتكبة قبل تاريخ العمل بها، ومع ذلك إذا كان من نتيجة تطبيق هذه القوانين جعل العقوبة المحكوم بها أشد قسوة، فلا تطبق إلا على العقوبات الصادرة عن أفعال مرتكبة في تاريخ لاحق على تاريخ العمل بها».

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه : «لما كان قد صدر القانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣م بإلغاء قانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء محاكم أمن الدولة وبتعديل بعض أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية فقد استبدل عقوبتي السجن المؤبد والسجن المشدد بعقوبتي الأشغال الشاقة المؤبدة و الأشغال الشاقة المؤقتة وهو ما يحمل في ظاهره معنى القانون الأصلح للمتهم بما كان يؤذن لهذه المحكمة أن تصحح الحكم الصادر في هذه الدعوى موضوع الطعن الماثل في الحدود الواردة بالقانون الجديد ، إلا أنه إزاء ما ورد في الفقرة الثانية من القانون سالف الذكر من أنه: «اعتباراً من تاريخ صدور هذا القانون، يكون تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بعقوبة الأشغال الشاقة بنوعيها في السجون المخصصة لذلك على النحو المقرر بمقتضاه لعقوبة السجن المؤبد أو السجن المشدد بحسب الأحوال بما يعني أنه لم يعد هناك أي أثر لعقوبة الأشغال بنوعيها ومن بينها العقوبة المقضي بها، فإنه لا جدوى من تصحيح الحكم المطعون فيه»[٣٥].

٨-الشرط الثاني: ألا يكون قد صدر في الدعوى حكم بات.

وهذا الشرط مستفاد من الفقرة الأولى للمادة (١٣) من قانون الجزاء العماني، وقد تبنى المُشرع العماني مصطلح «الحكم البات»، واستعمله في نطاق أحكام قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧ /٢٠١٨)، وهو تعبير دقيق، خلافاً للقانون السابق الذي كان يستعمل مصطلح «الحكم النهائي»، وإن كان يقصد به الحكم البات إلا أنه لم يكن شائع الاستعمال في ذلك القانون[٣٦].

ويتعلق هذا الشرط بتحديد المدة التي يستفيد فيها المتهم بتطبيق القانون الجديد الأصلح عليه، فيشترط لذلك أن يصدر القانون الجديد الأصلح قبل أن يصير الحكم الصادر ضد المتهم باتاً.

(٣٣) للمزيد في ذلك راجع: د. جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص١٤٣، د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات - القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص٧٢ وما بعدها، د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص٣٠٤.

(٣٤) منشور بالجريدة الرسمية، العدد ٣ مكرر ج، بتاريخ ٢٤ يناير ٢٠١٨م، السنة الحادية والستون.

(٣٥) نقض ٣ / ٧ / ٢٠٠٣م، مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ٣٥٠٦ لسنة ٧٢ قضائية.

(٣٦) ويعبر المشرع المصري عن ذلك في المادة الخامسة من قانون العقوبات «بالحكم النهائي»، لكن الاتفاق منعقد في مصر على أنه يقصد الحكم البات. د. محمود مصطفى: المرجع السابق، ص١٠٤.

ويقصد بالحكم البات الحكم الذي استنفد جميع طرق الطعن بما في ذلك الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، فيما عدا طريق طلب إعادة النظر.

وعلة هذا الشرط ما تقتضيه المبادئ الأساسية للقانون من وجوب احترام حجية الأحكام وقوة الأمر المقضي به، فإذا حاز الحكم هذه القوة فهو عنوان الحقيقة، ومن المُتعيَّن أن يستقر على نحو بات الوضع الذي قرره، فلا يجوز أن يمس به نفاذ قانون جديد.

وهذا الشرط يتطلبه الفقه والقضاء في فرنسا على الرغم من عدم وجود نص خاص به استناداً إلى المبادئ الأساسية السابقة[٣٧].

ومعنى هذا أنه يشترط أن يصدر القانون الجديد قبل أن يكون قد صدر في الدعوى حكم من المحكمة العليا، سواء أكان ما قضت به فصلاً في الطعن المرفوع إليها على الحكم الصادر في الدعوى، أم لأن مواعيد الطعن في الحكم قد فاتت دون إجراء الطعن بالنقض عليه، فأصبح الحكم باتاً؛ لأنه في هذه الحالة لن تكون هناك وسيلة لتطبيق القانون الجديد بعد خروج الفعل من ولاية المحاكم نهائياً لصدور حكم بات فيه.

ويرى البعض ــ ونحن نؤيده ــ أنه إذا قبل الطعن في الحكم بطريق طلب إعادة النظر فإن المحكوم عليه يستفيد من القانون الأصلح له؛ لأنه بعد قبول الطعن صارت الدعوى مطروحة أمام القضاء المختص، فلا مناص من تطبيق القانون الجديد عليها[٣٨].

فإذا صدر القانون الجديد أثناء النظر في الدعوى أمام المحكمة المختصة، سواء أكانت لأول مرة أمام محكمة أول درجة أم كان النظر فيها بطريق الاستئناف، وجب على المحكمة تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم على الدعوى المطروحة أمامها تطبيقاً للمادة (١٣، ١٤) من قانون الجزاء الجديد.

وكذلك الحال إذا كانت الدعوى منظور فيها أمام المحكمة العليا فإنه يجب عليها أن تلغي الحكم الصادر طبقاً للقانون القديم من تلقاء نفسها لمصلحة المتهم، طالما أن القانون الجديد يسري على الواقعة[٣٩].

ويلاحظ أن العبرة هنا هي بمجرد صدور القانون الأصلح، أي بمجرد إصداره بالمرسوم السلطاني بصرف النظر عن تاريخ العمل به، على خلاف القاعدة العامة التي تقضي بأن القوانين لا تنفذ إلا من تاريخ العمل بها، والتي تبدو حكمتها واضحة وهي ضرورة عدم أخذ الناس بتجريم أفعالهم قبل إحاطتهم علماً بهذا التجريم، هذا العلم الذي لا يتحقق حقيقة او افتراضاً إلا بعد فوات المدة القانونية على نشر القانون.

أما في حالة القانون الأصلح للمتهم فيُكتفى فيه بتاريخ إصدار القانون؛ لأنه يطبق على أفعال سبق ارتكابها قبل صدوره فيكفي علم القاضي بها[٤٠]، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الجنائيين[٤١].

٩- استفادة المحكوم عليه بالقانون الأصلح له حتى بعد صدور الحكم البات:

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣) من قانون الجزاء العماني على أنه: «وإذا صدر ــ بعد صيرورة الحكم باتاً ــ قانون يجعل الفعل الذي حكم على المتهم بسببه غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية».

ومُؤدّى ذلك أن المحكوم عليه يستفيد من القانون الأصلح الصادر حتى بعد أن أصبح الحكم الصادر عليه باتاً، وهو ما يمثل استثناء من المُشرِّع على الشرط الثاني لتطبيق القاعدة التي تضمنتها الفقرة الأولى من المادة(١٣) من قانون الجزاء، ويتضح من صياغة الفقرة الثانية أن هذا الاستثناء يتحقق في حالة واحدة وهي أن يكون القانون الجديد الأصلح قد جعل الفعل الذي حكم

(37) Rene Garraud , traite theorique et pratique du droit penal francais , t . I (1) (1913) No . 158 . p. 382 . & Emile Garson : code penal annote (1952) art , 4 , No 124 .

(٣٨) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص١٦٥.

(٣٩) نقض مصري بتاريخ ١٩٦٣/٤/٢٠م، طعن رقم ٢٨١٢ لسنة ٣٢ ق، مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص٣٧٨ رقم ٧٥، وقضت المحكمة العليا العمانية بأن: «صدور قانون أصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم نهائياً أثره اتباعه دون غيره»، راجع الطعن رقم ٨٩ / ٢٠٠٨م جزائي عليا.

(٤٠) د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص٢٧٧.

(٤١) نقض مصري جنائي جلسة ١٧ / ٤ / ١٩٦٢م، مجموعة أحكام النقض، ونقض ١٩٩٩/٥/٩م، مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ ق. وقد سبق إيراد الحكمين ونحن بصدد الحديث عن مدى دستورية رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم.

على المتهم من أجله غير مُعاقَب عليه، فهنا يجب وقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية المترتبة عليه[٤٢].

ويتضح مما سبق أن المُشرِّع قد أهدر حجية الحكم البات الصادر بالإدانة سعياً وراء تحقيق العدالة، فمن غير المقبول أن يعاقب شخص على فعل لم يُعد مُجَّرماً من جهة المُشرِّع بينما غيره يقومون بالفعل ذاته من غير أن تلحقهم المسئولية الجنائية، ولهذا ينطبق النص الجديد حتى بعد صيرورة الحكم باتاً، بل إنه ينطبق، ولو كان المحكوم عليه خاضعاً لتنفيذ العقوبة، فيجب وقف التنفيذ وتنتهي جميع الآثار الجنائية المترتبة على هذا الحكم، فيصبح كأن لم يكن.

ويترتب على ذلك خروج المحكوم عليه فوراً من السجن، ولا يُعد الحكم سابقة في العود، ويسترد الأشياء التي صودرت تنفيذاً لعقوبة المصادرة ما لم تكن حيازتها جريمة في حد ذاتها، وإن كانت العقوبة المحكوم بها هي الغرامة، فلا تجوز مطالبته بها، غير أن البحث يدق، إذا كان قد دفع الغرامة، فهل يجوز استردادها أو لا.

ذهب رأي إلى أن تطبيق القانون الجديد يؤدي إلى اعتبار المتهم في حكم من أتى نشاطاً مباحاً، فلا يجوز تحمله بأي عقاب، كما أنه لم يرد في النص ما يفيد اقتصاره على العقوبات السالبة للحرية دون العقوبات المالية، ومن ثم يجوز له استرداد ما دفعه من غرامات تنفيذاً للحكم الصادر ضده[٤٣].

بينما ذهب رأي آخر إلى أنه ليس للمتهم استرداد الغرامة التي دفعها؛ لأن القانون الجديد نص على إيقاف تنفيذ الحكم وهو ما لا يكون إلا من تاريخ صدور القانون الأصلح من غير تاريخ سابق عليه، إذ كان تنفيذ الحكم سليماً، فضلاً عن أن القول باسترداد ما دُفع من الغرامة سيترتب عليه استرداد جميع الغرامات التي سبق دفعها تنفيذاً لأحكام سابقة بمجرد إلغاء النصوص التي صدرت هذه الأحكام تطبيقاً لها[٤٤].

وفي تقديري أن الرأي الأخير هو الأرجح والأقرب إلى الصواب، على اعتبار أن القانون الجديد لا يمس الحكم الصادر ضد المتهم ولا قوته التنفيذية قبل صدور القانون الجديد، وإنما يقتصر أثره على ما لديه من قوة تنفيذية بالنسبة إلى المستقبل، وما تم تنفيذه على المتهم سواء تعلق بالغرامات أو بالعقوبات السالبة للحرية يستند إلى الحكم الجنائي السابق، وقد عبر المُشرع صراحة

---

(٤٢) وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالة قد ورد النص عليها في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري التي ورد فيها: «وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية».
وهو ما نص عليه المُشرِّع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد الصادر سنة (١٩٩٤م)، في الفقرة (٤ من المادة ١١٢)، بقوله: «إذا صدر قانون جديد أثناء تنفيذ العقوبة يبيح الفعل الذي بني عليه حكم الإدانة يجب إيقاف تنفيذ العقوبة»، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (١٥) من قانون الجزاء الكويتي على أنه: «ومع ذلك إذا صدر بعد الحكم النهائي قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه إطلاقاً، وجب تطبيق هذا القانون واعتبار الحكم كأن لم يكن».
وكذلك الفقرة الثانية من المادة (١٣) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي، والتي تنص على أنه: «وإذا صدر بعد صيرورة الحكم باتاً قانون يجعل الفعل أو الترك الذي حكم على المتهم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك».
لكن الفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون العقوبات الإماراتي قد أتت بحكم جديد في حالة ما إذا كان القانون الصادر بعد الحكم البات مخففاً للعقوبة فحسب، فجعلت الأمر موكول إلى المحكمة التي أصدرت الحكم البات، بناء على طلب النيابة العامة أو المحكوم عليه، إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها في ضوء أحكام القانون الجديد. أي أن الأمر جوازي للمحكمة في هذه الحالة الأخيرة. فقد نصت على أنه: « فإذا كان القانون الجديد مخففاً للعقوبة فحسب فللمحكمة التي أصدرت الحكم البات ـ بناء على طلب النيابة العامة أو المحكوم عليه ـ إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها في ضوء أحكام القانون الجديد».
ويتفق قانون العقوبات القطري مع ما سبق ذكره، إذ نص في المادة التاسعة منه على أنه: «وإذا أصبح الحكم باتاً وصدر قانون يجعل الفعل أو الامتناع عن الفعل غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية. فإذا كان القانون الجديد مخففاً للعقوبة فحسب، فللمحكمة التي أصدرت الحكم البات بناء على طلب النيابة العامة أو المحكوم عليه إعادة النظر في العقوبة المحكوم بها وفقاً لأحكام القانون الجديد».
وهو ما ذهبت إليه كذلك الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون العقوبات البحريني، والتي نصت على أنه: «أما إذا جاء القانون الجديد مخففاً للعقوبة جاز للمحكمة التي أصدرت الحكم النهائي أن تطبق أحكام القانون الجديد بناء على طلب المحكوم عليه أو النيابة العامة».
وفي تقديري أن موقف المشرع العماني والمصري والفرنسي، هو الأصوب في عدم نصه على حالة صدور قانون يخفف العقوبة بعد صدور الحكم البات، وذلك لأن تخفيف العقوبة لا يقوى على مجابهة الحجية التي حازها الحكم البات في هذه الحالة، كما أن خضوع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي يؤدي إلى التفاوت في الأحكام مع اتحاد المركز القانوني للمحكوم عليهم وما يستلزمه ذلك من استفادتهم جميعاً وبنص قانوني ملزم، أو عدم استفادتهم وترك النص عليه.

(٤٣) من أنصار هذا الرأي: د. محمود نجيب حسني، المرجع الساق ص ١٦٨، د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص٢٧٨، د. هدى حامد قشقوش: المرجع السابق، ص٥٣.

(٤٤) من أصحاب هذا الرأي: د. محمود مصطفى، المرجع السابق، ص١٠٦، د. السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٣م، ص١١٩، د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م، ص٨٨ رقم ٤٤، د. عوض محمد: المرجع السابق، ص١٨.

على عدم مساسه بهذا الحكم، إذ نص على وقف تنفيذ الحكم وهو ما يعني عدم الاستمرار في تنفيذه بالنسبة إلى المستقبل لا إلغاء ما تم تنفيذه في الماضي.

١٠- الشرط الثالث: ألا يكون القانون القديم مؤقت المدة.

هذا الشرط مستفاد من نص المادة (١٤) من قانون الجزاء العماني التي تنص على أنه: «استثناء من حكم المادة (١٣) من هذا القانون، إذا صدر قانون بتجريم فعل أو بتشديد العقوبة المقررة له، وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون إقامة الدعوى أو السير فيها على ما وقع من جرائم خلال تلك الفترة، أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها».

ومعنى ذلك أن القوانين المؤقتة التي تصدر في فترات معينة أو نتيجة لظروف تمر بها البلاد لا تنطبق عليها مبدأ رجعية النصوص الجنائية الاصلح للمتهم، فهذه القوانين المحددة بفترة زمنية معينة كثلاثة شهور مثلاً سوف تظل هي المطبقة على ما وقع خلال تلك الفترة من أفعال إجرامية، حتى ولو كانت أشد على المتهم.

فالفرض الذي يعالجه هذا الاستثناء، أن التشريع العادي لا يعاقب على فعل معين، ولكن يحدث أن يصدر قانون يعاقب على هذا الفعل في فترة زمنية محددة، أو أن يكون التشريع العادي يُعاقِب على الفعل بعقوبة معينة ولكن حدثت ظروف استدعت من المُشرع مواجهتها بتشديد العقوبة على هذه الأفعال خلال تلك المدة المحددة وبانتهاء هذه الفترة يُعد هذا التشريع المؤقت قد أُلغي تلقائياً ويعود من جديد سريان التشريع العادي الذي كان يبيح الفعل أو يُعاقِب عليه بعقوبات مخففة.

ويشترط في هذه الحالة أن تتوفر في القانون المعمول به وقت ارتكاب الجريمة صفة أنه قانون مؤقت عندئذ يستمر تطبيقه على الواقعة رغم أنه قانون اسوأ للمتهم، ولا يعمل بالقانون الجديد رغم أنه أصلح له، وأظهر ما تكون هذه الحالة في القوانين الخاصة بالجرائم الاقتصادية مثل جرائم التسعيرة والرقابة على النقد وغيرها من الجرائم، أو القوانين التي تصدر للضرورة أو لمواجهة خطر معين كأن يحظر على سكان منطقة مغادرتها، لانتشار وباء فيها، طوال فترة زمنية معينة كثلاثة أو ستة أشهر للقضاء على الوباء خلالها، فمن يخالف هذه القوانين يضر دون شك بالمجتمع سواء من الناحية الاقتصادية أم الصحية والعلاجية، كما أن القول بعدم توقيع العقاب بعد انقضاء فترة العمل بالقانون يشجع الناس على مخالفة أحكامه، إذ يتوقعون إلغاءه قبل الحكم النهائي ضدهم، وخاصة إذا ارتكب الفعل في نهاية هذه الفترة، إذ يستحيل أن تتم المحاكمة ويصدر الحكم النهائي في خلال الوقت المتبقي منها، بل إن في وسع المدعى عليه أن يطيل محاكمته عن طريق الطعن في الأحكام التي تصدر ضده متوقعاً أن يلغي القانون قبل أن يصدر الحكم المبرم ضده[٤٥].

وقد جاءت عبارات المُشرع العماني حاسمة في هذا الصدد، إذ قرر أن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون إقامة الدعوى أو السير فيها على ما وقع من جرائم خلال تلك الفترة، أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها (م ١٤ من القانون)، ومن ثم يستطيع الادعاء العام إقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها عن الجرائم التي تمت خلال نفاذ القوانين المؤقتة بمدة معينة، طالما أنها لم تسقط بمرور الزمن، كما أن العقوبات التي صدرت على المتهم ويتم تنفيذها، تظل حتى انتهائها، ولا يمكن التعلل بصدور القانون الجديد الصلح لوقف التنفيذ.

١١-تقدير موقف المُشرِّع العُماني:

تنص المادة(١٤) من قانون الجزاء العُماني الجديد على أنه: «استثناء من حكم المادة (١٣) من هذا القانون، إذا صدر قانون بتجريم فعل أو بتشديد العقوبة المقررة له، وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون إقامة الدعوى أو السير فيها على ما وقع من جرائم خلال تلك الفترة، أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها».

وقد جاءت عبارات النص المذكور دالة على شمول الاستثناء الوارد بها للقوانين المحددة بفترة زمنية، دون القوانين المؤقتة بطبيعتها والتي لم يرد فيها تحديد زمني معين، فعبارات النص لا تتسع للمعنيين، وكان يلزم المُشرِّع العماني النص صراحة على القانونين حتى يمكن القول

(٤٥) للمزيد راجع: د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص١٧٠.

بذلك[٤٦].

وهي الصياغة ذاتها التي صاغ بها المُشرِّع المصري الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات، والتي جاء بها: «غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها».

لكن المشرع العماني بنصه قد شمل حالتين الأولى حالة تجريم القانون المؤقت لفعل مباح، والثانية حالة تشديد العقوبة على فعل كان مجرماً، بينما تناول المُشرِّع المصري حالة واحدة هي حالة التجريم.

وتتفق صياغة المُشرِّع البحريني للمادة الثانية من قانون العقوبات مع الصياغتين السابقتين، فقد نصت على أنه: «إذا صدر قانون لفترة محددة بتجريم فعل أو امتناع أو بتشديد العقوبة المقررة له، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون تطبيقه على ما وقع خلالها، متى كانت إجراءات الدعوى الجنائية قد بدأت».

بل إن المشرع البحريني قد اشترط لهذا الاستثناء أن تكون إجراءات الدعوى الجنائية قد بدأت ضد المتهم خلال هذه الفترة المحددة، وهو من وجهة نظري شرط يُفرغ القاعدة من مضمونها، فالحكمة من عدم تطبيق قاعدة الرجعية خلال هذه الفترة المحددة، كما ذكرنا، واضحة في ضمان عدم التحايل من جهة المتهم على هذه القوانين أو تشجيع الناس على مخالفتها، كما أن اشتراط تحريك الدعوى الجنائية خلال هذه الفترة لتطبيق القانون المحدد بفترة زمنية معينة يُؤدي إلى الإخلال بالمراكز القانونية للمتهمين مع أنهم ارتكبوا الأفعال المُجَّرمة ذاتها، إلا أن أحدهم قد تم تحريك الدعوى الجنائية ضده خلال فترة تطبيق القانون المؤقت، فلن يستفيد من قاعدة القانون الأصلح، بينما غيره لم تحرك ضده الدعوى الجنائية حتى انتهى العمل بالقانون، فيستفيد من القاعدة ويفلت من العقاب، وهذا النص يجب تداركه من جهة المُشرِّع البحريني بالتعديل أو الإلغاء للفقرة الأخيرة منه.

ويضاف إلى ما سبق أن الالتزام بمبدأ الشرعية الجنائية يقتضي الوضوح والدقة في العبارات حتى لا تحمل أكثر من معنى، ولو أراد المُشرِّع العماني هذين المعنيين، وشمول اللفظ للقوانين المحددة الفترة والقوانين المؤقتة بطبيعتها، لذكر عبارة تدل على هذا الاتساع كقوله « أو قوانين الطوارئ أو التي دعت إلى إصدارها ظروف استثنائية مثلاً» ، لكنه كان دقيقاً في تحديد المعنى المقصود باستعمال عبارة «وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة»

كما أن قواعد التفسير الضيق في نطاق القوانين العقابية تأبى قياس القوانين المؤقتة بطبيعتها على القوانين محددة الفترة، لأن القياس غير جائز في مجال التجريم والعقوبة، فضلاً عن أن النص على استثناء القوانين محددة الفترة من تطبيق قاعدة الرجعية المنصوص عليها في المادة (١٣) من القانون يجب أن يكون محصوراً في موضعه ولا يمكن التوسع فيه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا العمانية بقولها إنه: « من المقرر أن النصوص الجزائية يتعين أن تفسر في أضيق نطاق، وألا يتوسع في تفسيرها، ذلك لأنها تمس بشكل مباشر حريات الناس»[٤٧].

وهذا هو مذهب جمهور فقهاء القانون الجنائي[٤٨]، وهو الأرجح من وجهة نظري ، وعليه أحكام محكمة النقض المصرية ، حيث قررت بأن: «الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات بنصها على « أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة

(٤٦) القوانين المحددة الفترة هي تلك القوانين التي تتحدد فترة سريانها بنص صريح في التشريع، فينص عند إصدارها على أن مدة العمل بهذا القانون ثلاثة شهور مثلاً، فيترتب على ذلك تلقائياً أنه عند انتهاء هذه الفترة ينتهي العمل بالقانون، ويعد أنه ألغي ويعود العمل بالقانون العادي. أما القوانين المؤقتة بطبيعتها أو المؤقتة تأقيتاً ضمنياً فهي التي تصدر في ظروف معينة المفروض أنها مؤقتة كحالة الحرب مثلاً، أو قرارات رئيس الدولة التي تصدر عند إعلان حالة الطوارئ، فهذه القوانين وإن كان مفهومها ضمناً أنها لا تسري في غير الظروف التي صدرت فيها، إلا أن هذه الظروف نفسها تحتاج تحديد انتهائها لتدخل من المُشرع ليعلن هذا الانتهاء.

(٤٧) قرار رقم ١٣٢ في الطعن رقم ٥٩ / ٢٠٠٣م، جلسة الثلاثاء ٣١ / ١٠ / ٢٠٠٣م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، ص٣١٩.

(٤٨) للمزيد في ذلك راجع: د. محمود مصطفى، المرجع السابق فقرة ٥٧، ص١٠٨، د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات - القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص٧٠، ٧١، د. عوض محمد: المرجع السابق، ص١٩، د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق ص٢٨٣، المستشار/ معوض عبد التواب: قانون العقوبات معلقاً عليه بأحكام محكمة النقض، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥م، الطبعة الثانية، ص٣٥ وما بعدها، د. غنام محمد غنام: المرجع السابق، ص١١٣.

فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها قد أفادت أن حكمها خاص بالقوانين المؤقتة أي التي تنهى عن ارتكاب فعل في مدة زمنية محددة فهذه هي التي يبطل العمل بها بانقضاء هذه الفترة بغير حاجة إلى صدور قانون بإلغائها أما القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالات الطوارئ ولا يكون منصوصاً عليها على مدة معينة لسريانها فإنها لا تدخل في حكم هذا النص لأن إبطال العمل بها يقتضي صدور قانون بإلغائها، هذا هو المستفاد من عبارة النص وهو أيضاً المستفاد من عبارة المادة السادسة من مشروع قانون العقوبات الفرنسي التي نقل عنها هذا النص ومن المناسبات التي اقتضت وضع هذه المادة هناك، وهو بعينه الذي يستخلص من عبارة المادة الثانية من قانون العقوبات الإيطالي الصادر في سنة ١٩٣٠م، والمشار إليه في المذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات المصري، فقد ذكرت المادة صراحة أن حكمها يتناول حالتين حالة القوانين المؤقتة وحالة قوانين الطوارئ ولم يقتصر على النص على القوانين المؤقتة كما فعل القانون المصري وجاء في التعليقات عليها شرح معنى كل نوع من هذين النوعين من القوانين بما يتفق وما سبقت الإشارة إليه. وعلى ذلك فالأوامر العسكرية التي تصدر لمناسبة الأحكام العرفية غير محددة بمدة معينة ولا جائزاً إبطال العمل بها إلا بناءً على قانون يصدر بإلغائها لا يمكن اعتبارها من القوانين المؤقتة بالمعنى الذي تقصده الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات، وإذن فالمتهم يستفيد من إلغاء هذه الأوامر في أية حال كانت عليها الدعوى أمام جهات الحكم فيها. وبناء على هذا فالمتهم بإحراز سلاح لا تصح معاقبته بمقتضى تلك الأوامر الملغاة بل يجب معاقبته على مقتضى أحكام القانون العام»[٤٩].

وقد جاءت عبارات المُشرِّع الكويتي واضحة في هذا الشأن، إذ اتسعت صراحة لشمول القوانين المحددة بفترة زمنية والقوانين المؤقتة بطبيعتها والتي تصدر لظروف استثنائية، وذلك بمقتضى المادة (١٦) من قانون الجزاء، حيث ورد بها: «استثناء من الأحكام السابقة، إذا كان القانون الذي يقرر العقوبة قانوناً مؤقتاً بمدة معينة أو قانوناً دعت إلى إصداره ظروف طارئة، وجب تطبيقه على كل فعل ارتكب أثناء مدة سريانه، ولو انتهت مدته أو ألغي لزوال الظروف الطارئة وكان ذلك قبل صدور الحكم النهائي في خصوص هذا الفعل».

وهو ما أكدته المادة ١٠ من قانون العقوبات القطري بقولها: « استثناءً من أحكام المادة السابقة، إذا صدر قانون بتجريم فعل أو امتناع عن فعل أو بتشديد العقوبة المقررة له، وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة أو كانت قد دعت لصدوره ظروف استثنائية طارئة، فإن انتهاء الفترة المحددة أو زوال الظروف الاستثنائية الطارئة لا يمنع من إقامة الدعوى الجنائية على ما وقع من جرائم أثناءها أو تنفيذ العقوبة المحكوم بها على أساس ذلك القانون».

وفي المعنى ذاته جاءت عبارات المادة(١٤) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، حيث نصت على أنه: « استثناء من أحكام المادة السابقة إذا صدر قانون بتجريم فعل أو ترك أو بتشديد العقوبة المقررة له وكان ذلك مؤقتاً بفترة محددة أو كانت قد دعت لصدوره ظروف استثنائية طارئة فإن انتهاء الفترة المحددة لسريانه أو زوال الظروف الاستثنائية الطارئة لا يمنع من إقامة الدعوى الجنائية على ما وقع من جرائم خلالها ولا يحول دون تنفيذ العقوبة التي يكون قد حكم بها على أساس ذلك القانون».

ونظراً لأن قانون العقوبات الفرنسي جاء خلواً من النص على القوانين المؤقتة[٥٠]، فقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ القانون الصلح للمتهم وعدم تطبيق القانون المؤقت، إلا أنها عادت واستقرت على الأخذ بتطبيق القانون المؤقت على الوقائع التي اُرتكبت في ظله واستبعاد مبدأ القانون الصلح للمتهم في هذه الحالة[٥١].

(٤٩) نقض مصري ٢٨ يناير ١٩٤٦م، طعن رقم ١٥٣، س١٦ ق، مجموعة الربع قرن، ص٩٢٤، بند ٤٨، ونقض ٥ / ٦ / ١٩٦٧م، أحكام النقض، س١٨، رقم ١٤٩، ص٧٤٤، ونقض ١٧ / ٦ / ١٩٦٨م، أحكام النقض، س١٩، رقم ١٤٣، ص٧٠١، ونقض ٦ / ٥ / ١٩٨١م، أحكام النقض، س ٥٠، رقم ١٣٣٠.

(٥٠) نصت المادة ١١٢ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٤م، على قاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم على الجرائم المرتكبة قبل تاريخ العمل بالقانون الجديد الأصلح.

(51) Crim 24 sep 1863 , s , 1869 , I . 389 , D . 1869 . 1 , 312 . 17 Nov , 1922 , D. p . 1924 . I , 217 . note Degois ; 19 janv 1923 . B . 25 .

ويرى البعض أن عدم استفادة المتهم من القانون الأصلح يجب أن يسري بالنسبة إلى القوانين المحددة الفترة، وبالنسبة إلى القوانين المؤقتة بطبيعتها على السواء؛ لتوفر الحكمة نفسها فيهما معاً ولأن تعبير المُشرِّع في النص بقوله «في فترة محددة» يتسع للمعنيين معاً، كما أن علة الرجعية قد انتفت، ولا سبيل إلى القول بها سواء بالنسبة إلى القوانين محددة الفترة أم القوانين المؤقتة بطبيعتها[٥٢].

ويضاف إلى ذلك أن النص لم يورد التفرقة؛ لأن القانون المؤقت يُعد كذلك سواء كان منصوص فيه على أنه مؤقت أم يستفاد بأنه مؤقت من طبيعته، ولا محل للتفرقة التي أقامتها محكمة النقض[٥٣]، وأن المذكرة الإيضاحية للقانون المصري يبدو منها أن الشارع أراد من الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة أن تكون عامة شاملة لكل تشريع وقتي بنص فيه أو بطبيعته[٥٤].

هذا بالإضافة إلى أن تحديد الفترة يكون وفقاً لمعايير أخرى، غير النص الصريح، يقررها القاضي وفقاً لظروف إصدار القانون وإلغائه، ولا يجوز أن تكون مصلحة المتهم فحسب هي التي يجب مراعاتها في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للقانون الأصلح، وإنما يجب دائماً مراعاة المصلحة العامة، وبناءً على ذلك تنتفي علة هذه القاعدة (لا يمكن الأخذ بالقانون الأصلح للمتهم)[٥٥].

خلاصة القول أن العبارات التي صاغ بها المُشرِّع العماني نص المادة (١٤) من قانون الجزاء لا تتسع لشمول المعنيين ، القانون المحدد بفترة زمنية و القانون المؤقت بطبيعته ، وكان على المُشرِّع، إن هو أراد ذلك صياغة المادة (١٤) بعبارات واضحة الدلالة على ذلك، مثل صياغة المادة (١٦) من قانون الجزاء الكويتي، والمادة (١٠) من قانون العقوبات القطري، والمادة (١٤) من قانون العقوبات الإماراتي، إذ تكون الصياغة « استثناء من حكم المادة (١٣) من هذا القانون، إذا صدر قانون بتجريم فعل أو بتشديد العقوبة المقررة له، و كان ذلك مؤقتاً بفترة زمنية محددة، أو كانت قد دعت لصدوره ظروف استثنائية طارئة، فإن انتهاء هذه الفترة المحددة لسريانه أو زوال الظروف الاستثنائية لا يحول دون ...».

وبدون هذا التعديل، فإن النص الحالي للمادة (١٤) لا يتسع إلا للقوانين المحددة بفترة زمنية معينة، فهذه القوانين هي التي تمثل استثناء من قاعدة رجعية النصوص الجزائية الصلح للمتهم، فإذا ارتكب المتهم فعلاً مُجرَّماً خلال هذه الفترة المحددة فإن القانون النافذ وقتها هو الذي ينطبق عليه، ولن يستفيد من القاعدة، بخلاف ما لو ارتكب هذا الفعل المجرم أثناء نفاذ قانون مؤقت بطبيعته والذي يواجه ظروفاً استثنائية أو حالة ضرورة ثم انتهت هذه الظروف، ولم يكن قد تم معاقبته فإنه يستفيد من قاعدة رجعية النصوص الجزائية الأصلح، ويكون القانون العادي هو الواجب التطبيق.

١٢-التدابير الاحترازية:

تخضع التدابير الاحترازية لمبدأ الشرعية شأنها في ذلك شأن العقوبة المقررة؛ لأنه بالرغم من الطابع التهذيبي والعلاجي للتدابير الاحترازية، إلا أنه لا يمكن تجريدها من الإيلام، وإن كان غير مقصود، بل إن بعض التدابير تنطوي على سلب للحرية مدة غير محدودة مما يجعلها ثقيلة الوطأة على من تنزل به، ويستتبع ذلك وجوب أن يعهد إلى الشارع وحده بتحديدها.

ولكن مبدأ الشرعية يتخذ طابعاً من المرونة حين يُطبّق على التدابير الاحترازية، فإذا كان من المُسلَّم به وجوب أن يحدد الشارع قائمة التدابير التي يستطيع القاضي أن يختار من بينها التدبير الملائم وبهذا فلا يجوز له أن يقضي بتدبير لم ينص عليه القانون، فإن الشارع لا يحدد في صدد كل جريمة التدبير المقرر لها، وإنما يخول القاضي سلطة اختيار التدبير الملائم من بين التدابير التي قررها[٥٦].

---

(٥٢) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص١١٨ وما بعدها.

(٥٣) د. هدى حامد قشقوش: المرجع السابق، ص٥٥.

(٥٤) د. السعيد مصطفى السعيد: المرجع السابق، ص١٢٢.

(٥٥) د. محمد عيد الغريب: المرجع السابق، ص١٢٤، ١٢٥، ويرى سيادته أن المشرع الفرنسي قد ساوى بين القوانين المؤقتة بمدة محددة في النص والقوانين المؤقتة بطبيعتها من حيث عدم استفادة المتهم من إلغائها، وذلك بالنص في المادة ١٢٠٢ / ٢ من مشروع قانون العقوبات الفرنسي الصادر لسنة ١٩٧٦م، حيث جاء بها: «إن كل جريمة وقعت مخالفة لنص قانوني أو لائحي يحدد تطبيقه في فترة محددة أو بطبيعته، فإنها تظل محكومة بالقانون الذي كان ساري المفعول وقت وقوعها، ويستمر تنفيذ العقوبات المحكوم بها».
وأن المراد بعبارة «يحدد تطبيقه في فترة محددة أو بطبيعته» أن الطابع المؤقت للنصوص يستمد سواء من الإرادة الصريحة لواضع القانون أو اللائحة، أم من الطبيعة الخاصة لهذا القانون أو اللائحة.

(56) Stefani , Levasseur et Bouloc , No . 139 . p .143.

وإذا سلَّمنا بتطبيق مبدأ الشرعية على التدابير الاحترازية، فإن المنطق يقضي بأن تُطبَّق معه جميع نتائجه، ومن بينها «قاعدة عدم الرجعية»، ولكن طبيعة التدابير وأهدافها تجعل ذلك التطبيق المطلق محلاً للنظر[٥٧]، وهو ما سوف نتعرض له بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

١٣- رجعية النصوص الجنائية الأصلح والتدابير الاحترازية: يجب التفرقة بين القوانين التي تقرر تدابيراً احترازية، وتلك التي تلغي تدابير أو تستبدلها بأخرى، وذلك على النحو الآتي:

١٤- أولاً: القوانين التي تقرر تدابيراً احترازية.

هل تسري قاعدة القانون الأصلح للمتهم على تلك النصوص التي تقرر تدابير احترازية؟

في الواقع أن المُشرِّع العماني قد سكت عن تناول هذا الأمر، وجاءت صياغة المادتين (١٣، ١٤) من قانون الجزاء عامة بحيث تشمل صدور قانون يجعل الفعل الذي حكم على المتهم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجزائية، وهو ما يدعو إلى التساؤل هل إيقاف تنفيذ الحكم وانتهاء آثاره الجزائية يشمل التدابير الاحترازية التي صاحبت تنفيذ الحكم[٥٨].

يمكن القول بأن الفقه الجنائي الحديث، تحت تأثير الأفكار الوضعية، قد اتجه إلى استبعاد القوانين الجديدة التي تقرر تدابيراً احترازية، لم تكن معروفة في القانون القديم، من القواعد الأصلية التي تحكم سريان القوانين العقابية في الزمان، ومن ثم فلا ينطبق عليها قاعدة عدم الرجعية، فهذه التدابير ليست عقوبة عن فعل مضى وإنما علاج لحالة خطرة لا زالت قائمة، ومن ثم يستهدف بها مصلحة المتهم.

لذلك فإن هذه التدابير يتعيَّن أن تطبق بأثر مباشر ولو على تصرفات سبقت إصدار النصوص الجديدة، ويرى البعض أن هذه التدابير وإن كانت تهدف إلى إصلاح المُجرم إلا أن بعضها ينطوي على إيلام تتفق فيه والعقوبات لمساسها بجسد الفرد أو حريته؛ لذلك يتعين التقيد في شأنها بمبدأ عدم الرجعية الذي يُعد ضماناً أساسياً للأفراد[٥٩].

ويرى البعض[٦٠] أن طبيعة التدابير الاحترازية تختلف في جوهرها عن العقوبة، فليس التدبير الاحترازي جزاء للجريمة كي يرتبط بها وبالنص المعمول به وقت ارتكابها، وإنما هو أسلوب يواجه الخطورة الكامنة في شخص مرتكبها كي يحول بينه وبين الإقدام على جرائم تالية، وهذه الخطورة بطبيعتها حالة متطورة سواء من جهة نوعها أم مقدارها، ويقتضي ذلك الاعتداد بلحظة إصدار الحكم عند تحديد الخطورة وعند التّعرف إلى التدابير الملائمة لمواجهتها، والنتيجة الحتمية لذلك هي وجوب تطبيق النص المعمول به في هذه اللحظة دون النص الذي كان سارياً وقت ارتكاب الجريمة ، وبعبارة أخرى فإن مؤدى ذلك استبعاد تطبيق قاعدة عدم الرجعية بالنسبة إلى النصوص التي تقرر تدابيراً احترازية والقول بسريانها بمجرد نفاذها على ما ارتكب قبل ذلك من جرائم.

وقريب من هذا الرأي، ما نصت عليه المادة (١٣) من قانون العقوبات اللبناني في فقرتها الأولى، بقولها: «كل قانون جديد يضع تدبيراً احترازياً أو تدبيراً إصلاحياً يُطبَّق على الجرائم التي لم تفصل فيها آخر هيئة قضائية ذات صلاحية من حيث الواقع».

وفي تقديري أنه كان يجب على المُشرِّع العماني تناول هذا الأمر والنص على التدابير الاحترازية وهو بصدد إعمال مبدأ رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم، فيستثنيها أيضاً من قاعدة عدم الرجعية، ولكن الأمر الآن يحتاج إلى تدخل تشريعي لتداركه، ويقع على القضاء التصدي لهذا الأمر من خلال أحكامه.

---

(٥٧) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني، المرجع السابق، ص١٧٢.

(٥٨) وينطبق الأمر على ما ورد بالفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري، والتي تنص على أنه: «وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية».
وكذلك الأمر بالنسبة لصياغة المادة ١١٢ / ٤ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، والتي تنص على أنه: «إذا صدر قانون جديد أثناء تنفيذ العقوبة يبيح الفعل الذي بني عليه حكم الإدانة يجب إيقاف تنفيذ العقوبة».

(٥٩) يلاحظ أن مشروع قانون العقوبات المصري قد جعل الحكم واحد بالنسبة للعقوبات والتدابير الجنائية، أما تدابير الدفاع الاجتماعي فقد أجاز تطبيقها دون التفات إلى قاعدة عدم الرجعية. للمزيد راجع: د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص١١٨.

(٦٠) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام، المرجع السابق، ص١٧٣.

١٥- ثانياً: القوانين التي تلغي تدابيراً احترازية أو تستبد لها .

يختلف الأمر في هذه الحالة، عن سابقتها، التي تفترض صدور قانون يلغي تدبيراً كان يقرره قانون سابق أو يستبدله بتدبير آخر مختلف عنه.

ففي الحالة الأولى إذا صدر قانون يلغي تدبيراً كان مقرراً بمقتضى قانون سابق دون أن يحل محله تدبير آخر، فإنه يطبق فور العمل به على ما سبقه من جرائم، وهذه نتيجة منطقية؛ لأن التدبير الاحترازي لا يقصد به غير العلاج أو التهذيب، فإذا ألغاه قانون، فلا تفسير لذلك غير تطور الأساليب الفنية التي أثبتت عدم جدوى هذا التدبير، فلا يكون بعد ذلك محل للإصرار على توقيعه، ومن ثم يجب التوقف فوراً عن تنفيذ هذا التدبير.

أما إذا استبدل به تدبيراً آخر، فيرى البعض أنه يتعيَّن التمييز بين وضعين: الأول إذا لم يكن قد صدر حكم بات في الدعوى، فيتعيَّن على المحكمة المطروح عليها الدعوى أن تطبق القانون الجديد، أما إذا كان قد صدر حكم بات، فإنه يتعيَّن إعادة المحاكمة لتطبيق التدبير الاحترازي.

وفي تقديري أن الأمر لا يختلف في حالة صدور قانون يلغي تدبيراً احترازياً عن استبدال هذا التدبير بتدبير آخر مختلف عنه، فيجب في الحالتين تطبيق النص الجديد بأثر فوري على ما سبقه من جرائم، فإذا كان الأمر قبل صدور حكم بات في الدعوى، فإنه على المحكمة المطروحة عليها الدعوى أن تُطبق القانون الجديد المتعلق بالتدبير الاحترازي، سواء كان النص ملغياً للتدبير أم مستبدلاً له بآخر، وفي حالة صدور حكم بات، فإنه على السلطة القائمة بالتنفيذ أن تستبدل التدبير الاحترازي بالجديد الذي صدر بقانون جديد من غير الحاجة إلى إعادة المحاكمة في ظل عدم النص على ذلك في التشريع العماني أو المصري.

ولو أن المُشرِّع العماني قد تدخل بتعديل تشريعي ضمّنه النص على التدابير الاحترازية، وعالج من خلاله هذا الأمر، لكان أولى.

١٦- سريان قاعدة القانون الأصلح للمتهم على القوانين الإجرائية:

يراد بالقواعد الإجرائية أو الشكلية تلك القواعد القانونية التي تنظم إجراءات التحقيق والمحاكمة، واختصاص المحاكم وطرق الطعن فيها وتنفيذها وانقضائها، ولا عبرة بالموضع التي ترد فيه هذه القواعد، فقد ترد قاعدة شكلية بين قوانين موضوعية أو بالعكس أي ترد قاعدة موضوعية بين قوانين شكلية.

والقاعدة العامة أن القوانين الإجرائية أو الشكلية تخرج عن نطاق تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم، وذلك لأن هذه القوانين تطبق بأثر فوري ومباشر، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه الجنائي[٦١].

ويرجع السبب في ذلك إلى أن هدف الإجراءات الشكلية عموماً هو إدراك الحقيقة بأسرع وقت من غير المساس بالقواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب التي تقصدها الدساتير والقوانين في تقريرها عدم رجعية أحكامها على الماضي، كما أن هذا التعديل لن يكون له تأثير على موقف المتهم القضائي وسلوكه الذي يتوجه إلى الجريمة والعقوبة وليس إلى الإجراءات، فإذا كان من حق المتهم أن يطالب بمحاكمة عادلة تُوفر له وسائل الدفاع عن نفسه، إلا أن المختص بتنظيم هذه المحاكمة هو المجتمع ممثلاً في قانون الإجراءات الجنائية، والمجتمع في هذا يتغيا أحسن الطرق للوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة بصرف النظر عن مصلحة متهم معين، فإذا كانت الدعوى منظور فيها أمام محكمة معينة، ثم صدر قانون جديد يجعل هذه الدعوى من اختصاص محكمة أخرى يتعيَّن إحالة الدعوى فوراً إلى المحكمة الجديدة، ولا يجوز للمتهم التمسك باستمرار محاكمته أمام المحكمة الأولى بدعوى أن بها ضمانات أكبر له.

ويعني هذا أن القواعد الإجرائية من جهة لا تسري بأثر رجعي فلا يكون لها سلطان على الإجراءات التي تمت في ظل قانون قديم، فالإجراء محكوم دوماً بالقانون النافذ وقت مباشرته، فإذا تم الإجراء صحيحاً وفقاً للقانون الذي تم في ظله، يظل الإجراء كذلك

(٦١) د. محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص٧٣، د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص٢٨٦، د. محمد محيي الدين عوض: المرجع السابق، ص٨٤.

صحيحاً، ولو تغيرت القوانين بعد ذلك، كما أن القواعد الإجرائية من جهة أخرى تسري بأثر فوري مباشر من لحظة نفاذها على الإجراءات التي تقع بعد هذا التاريخ ولو كانت متعلقة بدعاوى تم تحريكها قبل صدور القانون الجديد بشرط عدم المساس بما يكون قد اكتسب من حقوق.

فالعبرة هي بوقت مباشرة الإجراء وليس بوقت وقوع الجريمة التي يُتخذ الإجراء بمناسبتها، أو كما تقول محكمة النقض: « أن القواعد الإجرائية تسري من يوم نفاذها بأثر فوري على القضايا التي لم يكن قد تم الفصل فيها مالم ينص القانون على خلاف ذلك. » [٦٢]

كما قضي بأن: « أحكام المادة الخامسة من قانون العقوبات لا تسري إلا بالنسبة للمسائل الموضوعية دون الإجراءات.» [٦٣]

وفي حكم آخر لها قضت بأنه: « من المقرر أن القواعد التي تمس تحقيق الدعوى الجنائية والحكم فيها تعد من الإجراءات الشكلية البحتة، وهي بهذه المثابة تنفذ بأثر فوري على الدعوى المطروحة التي لم يفصل فيها وإن كانت عن أفعال وقعت قبل صدورها دون أن ترتد إلى الأحكام التي صدرت صحيحة في ظل القانون الساري قبل التعديل»[٦٤].

١٧-موقف المُشرِّع العماني:

المبدأ الذي يحكم سريان القواعد الإجرائية من حيث الزمان في التشريع العماني، هو أنها تسري بأثر فوري ومباشر على الإجراءات التي تُتخذ عند العمل بها، سواء أكان العمل بها قد جرى في مرحلة جمع الاستدلالات، أم في مرحلة التحقيق الابتدائي أو في مرحلة المحاكمة، وبهذا يكون الإجراء محكوماً بالقانون الإجرائي الساري المفعول وقت اتخاذه، وليس بالقانون الإجرائي الذي كان سارياً عند ارتكاب الجريمة[٦٥].

وهو ما أكدته المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية في مقدمتها، بقولها: » تسري أحكام هذا القانون على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى وما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل به».

وبناءً على ذلك يمكن القول بأن القواعد الجزائية الإجرائية لا تسري بأثر رجعي لصفة التطبيق الفوري والمباشر لها، الذي يفرضه دورها في ضمان حسن تطبيق العدالة، وهو أمر يكاد الفقه أن يجمع عليه، كما أن الإجراءات التي تمت في ظل قانون صحيح معمول به يبقى لها الأثر ذاته حتى ولو صدر بعد ذلك قانون يخالفها، وهو ما نصت عليه المادة الأولى في فقرتها الأخيرة، بقولها: « .... وكل إجراء تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غيره»، وبمفهوم المخالفة فإن كل إجراء اتخذ وفقاً للقانون السابق وكان باطلاً، فإنه يظل كذلك، حتى ولو أن القانون الإجرائي الجديد يجعله صحيحاً[٦٦].

إلا أن المُشرع العماني، بعد أن قرر السريان الفوري والمباشر للقاعدة الإجرائية، عاد واستثنى أحكام بعض القواعد من السريان الفوري والمباشر لها وذلك في الفقرات (١، ٢، ٣) من المادة الأولى، بقوله: « .... ويستثنى من ذلك الآتي:

١. الأحكام المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة.

٢. الأحكام المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها.

٣. القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة إلى ما صدر من أحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من طرق الطعن .... «

ويبنى على ذلك أن ما ورد بالفقرات الثلاث المشار إليها، يعد استثناء من القاعدة الأصلية لانطباق القواعد الإجرائية بأثر فوري ومباشر، ومن ثم يجوز

(٦٢) نقض مصري ١ / ١٢ / ١٩٦٤م، مجموعة أحكام النقض، س ١٥، ق ١٥٣، ص٧٧٤.

(٦٣) نقض مصري ٤ / ٤ / ٢٠٠٥م، طعن رقم ٦٧٣١ لسنة ٦٦ق، المستحدث من أول أكتوبر ٢٠٠٤م، حتى آخر سبتمبر سنة ٢٠٠٥م، ص١٦٨.

(٦٤) نقض مصري ٢٧ / ١١ / ١٩٦٢م، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٣، ص٧٨٩ ، رقم ١٩٢ ، طعن ١٩٦٣ لسنة ٣٢ ق.

(٦٥) د. مزهر جعفر عبيد: الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني، ج ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ٢٠١٥م، ص٤٦.

(٦٦) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتي قد نص على سريان القواعد المتعلقة بالقوانين الشكلية على كل إجراء يتخذ أثناء سريان هذه القوانين ولو كان يتعلق بجريمة ارتكبت قبل سريانها، وأن كل إجراء تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غيره. (المادة ١٧ من قانون الجزاء).

تطبيق مبدأ رجعية النصوص بالنسبة إليها على الوقائع التي سبقتها بالكيفية والضوابط الواردة بالنص، ومحل البحث بشكل أعمق في هذه المسألة الدراسات المتعلقة بقانون الإجراءات الجزائية تجنباً للإطالة في موضوع قد يخرج عن نطاق دراستنا، لكني سوف أتعرض لبعض القواعد الإجرائية التي لم يحسم أمرها المُشرِّع العماني، وتستدعي منا النظر والبحث في مدى إمكانية استفادة المتهم من القانون الأصلح له بشأنها، وذلك على النحو الآتي:

١٨- أولاً القواعد المتعلقة بقيود تحريك الدعوى الجزائية.

الأصل أن الادعاء العام يملك سلطة تحريك الدعوى الجزائية، غير أن المشرع العماني قد يصدر بعض القواعد الجديدة التي إما أن تضع قيوداً على حرية الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية، كأن يعلق الأمر على شكوى من المجني عليه، أو على تقديم طلب، أو الحصول على إذن جهة معينة، وإما أن تلغي مثل تلك القيود في حالة وجودها.

ومثال ذلك ما استحدثه المُشرِّع العماني في قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧) محل دراستنا، من تقييد حق الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية بالنسبة إلى الجرائم الواردة في الفصل الثالث من الباب الحادي عشر، والمعنونة بجرائم الشيكات، فقد أوقف المُشرِّع الملاحقة القضائية في الجرائم المنصوص عليها في هذه الجرائم على شكوى المجني عليه، بمقتضى المادة(٣٥٩) من قانون الجزاء، وكذلك ما ورد بالفصل السابع من الباب الحادي عشر المتعلق بانتهاك حرمة المساكن والأملاك الخاصة (المواد من ٣٧١ - ٣٧٧) على شكوى المجني عليه، طبقاً للمادة (٣٧٨) من القانون التي تنص على أنه: «تكون الملاحقة في الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل بناء على شكوى المجني عليه وتنقضي الدعوى أو يوقف الحكم بالتنازل، وذلك فيما عدا المادتين(٢٧٤، ٣٧٧) من هذا القانون».

وهنا يثار التساؤل عن كيفية سريان تلك القواعد، وهل تسري بأثر فوري ومباشر على مالم يتم من إجراءات، أم أنها تسري على الماضي؟

وحقيقة الأمر أن السبب في هذا التساؤل، ثم الاختلاف، أمران: الأول غياب النص التشريعي المحدد لهذا الأثر بالنسبة إلى هذه القواعد الجديدة، وهل ينطبق بشكل فوري ومباشر، أو يمتد أثره إلى الماضي؟

الثاني الاختلاف في ظل غياب النص المحدد، حول طبيعة هذه القواعد، وهل هي قواعد موضوعية أو أنها ذات صبغة إجرائية ومن ثم تكون النتيجة المترتبة على ذلك؟

ويمكن القول بأن الفقه الجنائي قد اختلف في ذلك، فهناك اتجاه يرى أن تلك القواعد المتضمنة للقيود هي قواعد موضوعية، لتعلقها بحق الدولة في العقاب، وهذا يدخلها في أحكام قانون الجزاء لتكون العبرة من خلاله بتاريخ وقوع الجريمة، مما يترتب عليه جواز سريان الإجراءات بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم[٦٧].

وطبقاً لهذا الرأي فإنه لو أصدر المُشرِّع قانوناً يتضمن قيداً على سلطة الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية، فإنه ينسحب أثره على الوقائع السابقة باعتباره الأصلح للمتهم، وفي المقابل إذا كان هذا القانون يرفع قيوداً كانت موجودة في ظل قانون سابق وأتاح للادعاء العام تحريك الدعوى الجزائية دون هذا القيد، فإنه لن ينطبق على المتهم وسيظل محكوماً بالنصوص السابقة؛ لأنها هي الأصلح له.

ويفرق البعض بين القواعد المتعلقة بالشكوى من جهة، والإذن والطلب من جهة أخرى، فيرى أن القواعد المتعلقة بالشكوى تُعد من القواعد الموضوعية التي يطبق بشأنها القانون الاصلح للمتهم. أما القواعد المتعلقة بالطلب والإذن فهي من القواعد الإجرائية التي تطبق بأثر فوري دون أن تعود إلى الماضي، حتى وإن كانت أصلح للمتهم[٦٨].

---

(٦٧) من أنصار هذا الرأي: د. محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص٢٩، د. السعيد مصطفى السعيد: المرجع السابق، ص١٢٨. وراجع د. محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص٧٠، ويرى سيادته أن أصحاب هذا الاتجاه هم الأكثرية في الفقه المصري، ونحن نرى خلاف ذلك.

(٦٨) د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ١، القاهرة ١٩٧٦م، ص٤٤.

وعلى الجانب الآخر ذهب كثير من الفقهاء إلى اعتبار النصوص التي تضع قيوداً على تحريك الدعوى الجزائية أو تُلغيها من القواعد الشكلية، ومن ثم فإن لها أثر فوري ومباشر.

ويستندون في ذلك إلى أن هذه النصوص لا تُجرِّم فعلاً ولا تبيحه ولا تحدد عقاباً، ولا تخفف منه ولا تشدده، وإنما تضع شروطاً لاستعمال الدولة حقها في العقاب عند توفر أركان الجريمة، كما أن الجزاء المترتب على مخالفتها هو جزاء إجرائي يتمثل في البطلان، ولذلك فإن المناط في تطبيق هذه القواعد هو بالمعمول بها وقت رفع الدعوى وليس وقت وقوع الجريمة، ومن ثم لا مجال لتطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم[٦٩].

وهذا الرأي هو الأرجح من وجهة نظري والأقرب إلى الصواب، فالقواعد الإجرائية هي قواعد من حيث طبيعتها تنظم صحة الإجراءات وكيفية السير فيها، كما أن القواعد المتعلقة بتحريك الدعوى الجنائية لا تمتد إلى التجريم أو العقاب.

وقد تبنى القضاء المصري هذا الاتجاه، فقد حكم بأنه إذا صدر بعد رفع الدعوى قانون جديد أنشأ قيداً على رفع الدعوى الجنائية، فلا محل لما يتمسك به المُتَّهَم من وجوب إعمال مقتضى القيد الذي استحدثه القانون سالف الذكر الذي لم يعمل به إلا بعد رفع الدعوى عليه، ذلك أن الإجراء الذي يتم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً، وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة بقبول الدعوى التي رُفعت بدون طلب من وزير التجارة في ظل قانون تنظيم الاستيراد رقم (٩٥ لسنة ١٩٣٦م) الذي لم يكن يستلزم هذا الطلب رغم صدور القانون(١١٨ لسنة ١٩٧٥م) بعد ذلك أثناء النظر في الدعوى و الذي استلزم هذا الطلب»[٧٠].

كما قضت محكمة النقض بأنه: «يتبع في كل ما يستجد من الإجراءات أحكام القانون الجديد ولو كان الحادث وقع قبل ابتداء سريانه»[٧١].

كما قضت بأنه: «إذا حصل تفتيش منزل المتهم بدون حضوره في ظل قانون لا يشترط ذلك، فإن هذا التفتيش يبقى صحيحاً منتجاً جميع آثاره، ولا يؤثر في صحته العمل بالقانون الجديد الذي يشترط حضور المتهم لصحة التفتيش»[٧٢].

وهذا الرأي الأخير يتوافق مع نص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية العماني، والتي أشارت إلى سريان القاعدة الإجرائية على مالم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها.

إذ قالت: «تسري أحكام هذا القانون على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى ومالم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل به ...».

ومع ما نص عليه المُشرِّع الكويتي، فقد نص على سريان القواعد المتعلقة بالقوانين الشكلية على كل إجراء يُتخذ أثناء سريان هذه القوانين، ولو كان يتعلق بجريمة ارتكبت قبل سريانها، وأن كل إجراء تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غيره. (المادة ١٧ من قانون الجزاء).

وتبدو المشكلة في القانون المصري في عدم وجود نص في قانون الإجراءات الجنائية يوجب رجعة النصوص الإجرائية إذا كانت أصلح للمتهم على نحو ما فعلت المادة الخامسة من قانون العقوبات.

(يتبع في العدد القادم بإذن الله تعالى)

---

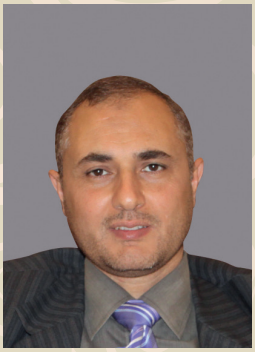
(٦٩) من أنصار هذا الرأي د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٨م، الطبعة الثالثة، ص٢٩، د. عبد الرؤوف مهدي: المرجع السابق، ص٢٩٣، د. عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص٣٥، د. مزهر جعفر عبيد: المرجع السابق، ص٥٧.

(٧٠) نقض مصري ٥ يونية ١٩٧٧م، مجموعة أحكام النقض، س٢٨، ص٦٧٤، رقم ١٤٣، طعن رقم ١٣١٥ لسنة ٤٦ قضائية، ونقض ٩ أبريل ١٩٥٧م، مجموعة أحكام النقض، س٨، ص٣٩٦، رقم ١٠٧، طعن رقم ٢١٠ لسنة ٧٢ قضائية.

(٧١) نقض مصري ١١/ ١١/ ١٩٥٢م، مجموعة أحكام النقض س٤، ص١٠٥، رقم ٤٤.

(٧٢) نقض مصري ٢٧ / ١١ / ١٩٦٣م، مجموعة أحكام النقض س١٣، ص٧٨٩، رقم ١٩٢ طعن رقم ١٩٦٣ لسنة ٣٢ ق.

دقة المصطلح واللفظ
(الاسم والمسمى)



الدكتور/ حمودة فتحي حمودة
أستاذ القانون التجاري المشارك
المعهد العالي للقضاء

الإلمام بالمصطلحات القانونية، هو الركيزة الأساسية لاستيعاب النص بدقة، وفهم مضامينه بشكل سلس وناجع دون لبس أو غموض.

ومع التطور العلمي، أضحت الحاجة ماسة إلى التعامل مع المصطلحات القانونية، كقاسم مشترك لا غنى عنها، لأنها تدخل في كل ميادين حياتنا القانونية والشرعية والتجارية وما إلى ذلك.

وعِلمُ المصطلح علم ذو جانب تنظيري، وآخر تطبيقي، يتمثل في جمع المصطلحات ودراستها ونشرها على حد تعبير توفيق الزيدي، وهي في تعريف عبد السلام المسدي[1] (علم يعنى بحصر كشوف المصطلحات بحسب كلّ فرع معرفيّ وهو لذلك علم تصنيفي تقريري يعتمد الوصف والإحصاء مع سعي إلى التحليل التاريخي).

ولعلّ أوفى تعريف نجده عند على القاسمي إذ يرى أنّ المصطلحية (علم المصطلح): « دراسة ميدانية لتسمية المفاهيم التي تنتمي إلى ميادين مختصة من النشاط البشري باعتبار وظيفتها الاجتماعية، ويشتمل علم المصطلح من جهة على وضع نظرية ومنهجية لدراسة مجموعات المصطلحات وتطورها، ويشتمل من جهة أخرى على جميع المعلومات المصطلحية ومعاملته»[2].

والمصطلح يُحيل إلى مفهوم، فهو اسم لمسمى، وإذا نطقنا اسم مصطلح ما، ونقصد به مسمى (أي موضوع وشروط وصفات) غير ما يعبر عنه هذا الاسم، كنا أمام اختلاط أو خطأ لمفهوم المصطلح، وقد ينبني على ذلك، خطأ في تحديد الأثر القانوني المطلوب، وتأتى من هنا أهمية دقة المصطلحات القانونية، فهي ليست من المصطلحات اللغوية التي من الممكن ان تلتصق بها عبارة

---

(١) قاموس اللسانيات (عربي فرنسي - فرنسي عربي) مع مقدمة في علم المصطلح، الدار العربية للكتاب، ١٩٨٤م، طبعة ٢٠٠٩م.
وعبد السلام المسدى، أكاديمي وكاتب ودبلوماسي ووزير التعليم العالي في تونس. من أهم الباحثين في مجال اللسانيات واللغة، ويُعدُّ واحدا من النقاد القلائل الذين ترسخت أسماؤهم في حركة النقد الأدبي ليس في تونس فقط بل في العالم العربي، فعلى مدار مسيرته الطويلة قدم عطاءً وافراً أسهم في ثراء الحركة النقدية العربية، وهو بالإضافة إلى هذا له إسهامات في العمل السياسي والدبلوماسي والأكاديمي؛ حيث يعمل أستاذ اللسانيات في الجامعة التونسية، كما تولى عدة مناصب سياسية من بينها وزير التعليم في تونس.

(٢) لم المصطلح: أسسه النظرية وتطبيقاته العملية، الطبعة الثانية (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ٢٠١٩م)، الطبعة الأولى (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ٢٠٠٨م)، ص٨٢١.

(لا مشاحة في الاصطلاح)، وحتى هذه المقولة، انتقدها كثير من علماء الشريعة لأنها قد تؤدي إلى مفسدة كبيرة، وأن هذه المقولة ليست على إطلاقها، فمعنى قاعدة (لا مُشَاحَّة في الاصطلاح) أن الخلاف إذا كان واقعًا في الأمور الاصطلاحية فإنه لا ينبني عليه حكمٌ، ولا اعتبارَ به، وإنما يظهر إعمال هذه القاعدة فيما لو حصل الاتفاق على المعنى واختلفوا في التسمية أو في اللفظ، فلا بُدَّ إذًا من تقدير تتمَّة لهذه القاعدة وهي (بعد الاتفاق على المعنى).

ثم إن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل هناك شروط لا بُدَّ من اعتبارها وتقييد القاعدة بها، وهي أربعة شروط:

١- وجود مناسبة مُعتَبَرة تجمع بين الاصطلاح ومعناه.

٢- ألاَّ يكون في هذا الاصطلاح مخالفةٌ للوضع اللغوي أو العرف العام.

٣- ألاَّ يكون في هذا الاصطلاح مخالفةٌ لشيء من أحكام الشريعة.

٤- ألاَّ يترتَّب على هذا الاصطلاح الوقوع في مفسدة الخلط بين المصطلحات.

والقدر الجامع لهذه الشروط الأربعة هو: ألا يُفضِي هذا الاصطلاح إلى مفسدة، وهذه المفسدة قد تكون مفسدة لغوية، أو مفسدة عرفية، أو مفسدة شرعية، أو مفسدة اصطلاحية.

إذاً، دقة المصطلحات بصفة عامة، والقانونية منها بصفة خاصة، لها أهميتها، ليس للقضاة والمحامين ورجال القانون وطلبة كليات الحقوق والترجمة فحسب، بل لكل الناس أيضا، وحسبنا أنها تثير الدرب لتحديد الحقوق والواجبات للأفراد والجماعات.

وما استرعى انتباهي هذه الأيام، هو استعمال ألفاظ ومصطلحات في غير موضعها، بل إن الخلط يتم حتى في التشريعات القانونية، ومن هذا، الخلط بين مصطلحي الاسم، والمسمى.

ويستعمل بعض الناس لفظ (مسمّى) كما في قولهم (مسمّى الوظيفة) وهم يريدون اسمها، وثمة من يرى الصواب في استعمال (اسم) لا (مسمّى) بحجّة أنّ المسمّى هو الشخص أو الذات الذي جُعل له اسمٌ يُعرف به، وأننا نعرف الأشياء متى سميناها بأسمائها؛ ولأنّ استعمال لفظ ليس من قبيل المشترك اللفظي خير من استعمال المشترك، ومنهم من يرى أن استعمال أي منهما يفي بالغرض، فالاسم هو المسمى، والمسمى هو الاسم.

وهذا خلاف قديم عرض له العلماء بين يدي شرحهم لأسماء الله الحسنى، قال الغزالي: «قد كثر الخائضون في الاسم والمسمى، وتشعبت بهم الطرق، وزاغ عن الحق أكثر الفرق: فمن قائل إن الاسم هو المسمى؛ ولكنه غير التسمية، ومن قائل إن الاسم غير المسمى؛ ولكنه هو التسمية ومن ثالث معروف بالحذق في صناعة الجدل والكلام، يزعم أن الاسم قد يكون هو المسمى، كقولنا لله تعالى إنه ذات وموجود، وقد يكون غير المسمى كقولنا إنه خالق ورازق؛ فإنهما يدلان على الخلق والرزق، وهما غيره، وقد يكون بحيث لا يقال إنه المسمى ولا هو غيره كقولنا إنه عالم وقادر؛ فإنهما يدلان على العلم والقدرة، وصفات الله لا يقال إنها هي الله تعالى ولا إنها غيره»[٣].

ويحرر الغزالي أمر الخلاف في قوله «والخلاف يرجع إلى أمرين:

(أحدهما أن الاسم هل هو التسمية أم لا؟

والثاني أن الاسم هل هو المسمى أم لا؟

والحق أن الاسم غير التسمية وغير المسمّى، وأن هذه ثلاثة أسماء متباينة غير مترادفة)[٤].

(والمُسمّي اسم مفعول من فعل يتعدى إلى مفعولين، قال تعالى: ﴿وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ﴾ (آل عمران-٣٦)، فالأنثى مسمّاة أي جُعلَ لها اسمٌ، ومريمُ مسمًّى؛ لأنه جُعل اسمًا، قال تعالى: ﴿إِنْ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمَّيْتُمُوهَا﴾(النجم-٢٣)، فالفعل (سمّى) له معنيان أحدهما وسم الشيء بعلامة، والآخر تحديد الوسم نفسه أي الاسم، ولكنّ التعدية إلى المفعولين ليست سواء، فالذات هي المفعول المباشر، والاسم مفعول غير مباشر؛ ولذلك يسوغ أن يتعدى إليه الفعل بحرف الجر)[٥].

---

(٣) الغزالي: المرجع السابق، ص٢٨.
(٤) الغزالي: المرجع السابق، ص٢٨.
(٥) المرجع السابق.

قال حسان بن ثابت[٦]:

أَتَعْجَبُ أَنْ أقصَدْتَ حَمزَةَ منهمُ نجيباً، وقدْ سمّيتهُ بنجيبِ.

والشيء (المسمّى) يكون قبل الاسم، ولذلك علّم الله آدم الاسماء، قال تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الاسماء كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلاَئِكَةِ فَقَالَ أَنبِئُونِي بِأَسْمَاء هَؤُلاء إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ﴾ (البقرة-٣١)، وفى هذا قال الزمخشري:

(الاسماءَ كُلَّها) أي أسماء المسميات، فحذف المضاف إليه لكونه معلومًا مدلولاً عليه بذكر الاسماء، لأن الاسم لا بدَّ له من مسمّى... فإن قلت: هلّا زعمت أنه حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه، وأن الأصل: وعلّم آدم مسميات الاسماء؟ قلت: لأن التعليم وجب تعليقه بالأسماء لا بالمسميات لقوله: ﴿أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاء هَؤُلاء﴾، ﴿أَنْبِئْهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ، فَلَمَّا أَنْبَأَهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ﴾ فكما علق الإنباء بالأسماء لا بالمسميات ولم يقل: أنبئوني بهؤلاء، وأنبئهم بهم، وجب تعليق التعليم بها، فإن قلت: فما معنى تعليمه أسماء المسميات؟ قلت: أراه الأجناس التي خلقها، وعلّمه أن هذا اسمه فرس، وهذا اسمه بعير، وهذا اسمه كذا، وهذا اسمه كذا، وعلمه أحوالها وما يتعلق بها من المنافع الدينية والدنيوية ثُمَّ عَرَضَهُمْ أي عرض المسميات. وإنما ذكّر لأن في المسميات العقلاء فغلّبهم»[٧].

ونرى، أن الله تعالى، قد خلق الأشياء، وجعل لها صفات وخصائص ومكونات، ثم سماها -سبحانه وتعالى-بأسماء تدل عليها، فعلّم آدم أسماء هذه الأشياء وليس مسمياتها، ولننظر إلى المخترعات والاكتشافات الحديثة والبحوث العلمية، هل نسميها أولاً؟ أم نجعل لها اسما بعد أن ننتهي من تكوينها وإيجادها؟

لقد ذُكرت كلمة (اسم) في القرآن الكريم (٢٤) مرة، وكلمة (أسماء) (٨) مرات، وكلمة (سميتها) مرة واحدة، وكلمة (سميتموها) (٣) مرات، وكلها مسبوقة بكلمة (أسماء) والتي ذُكرت (٨) مرات كما سبق القول.

أما كلمة (مسمى)، فذُكرت (٢١) مرة، كلها مقترنة ومسبوقة بكلمة (أجل)، أي أجل مسمى، ومن المعلوم أن الأجل، هو الموعد، والله سبحانه وتعالى يقول (أجل مسمى)، أي موعد يحدده هو ويعلمه هو سبحانه وتعالى، فالأجل، اسم، وموعده وخصائصه وتوقيته مسمى لا يعلمه إلا الله تعالى.

ويقولون أجل مسمى، ولا يقولون أجل اسم، ويقولون مسمى هذا الاسم كذا، ولا يقول أحد اسم هذا الاسم كذا، ويقولون هذا الرجل مسمى بزيد ولا يقولون هذا الرجل اسم زيد، ويقولون بسم الله ولا يقولون بمسمى الله، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، «لي خمسة أسماء» (رواه البخاري ومسلم) ولا يصح أن يقال لي خمس مسميات، «وتسموا باسمي (رواه مسلم) ولا يصح أن يقال تسموا بمسمياتي، ولله تسعة وتسعون اسما، (رواه البخاري ومسلم وأحمد) ولا يصح أن يقال تسعة وتسعون مسمى.

والاسم في أصل الوضع ليس هو المسمى، ولهذا نقول سميت هذا الشخص بهذا الاسم كما تقول حليته بهذه الحلية، والحلية غير المحلى، فكذلك الاسم غير المسمى، صرح بذلك سيبويه (كتاب سيبويه)[٨]، وأخطأ من نسب إليه غير هذا وادعى أن مذهبه اتحادهما.

---

(٦) ديوان حسان بن ثابت، تحقيق وليد عرفات (دار صادر/بيروت، ٢٠٠٦م)، ١ : ٤٤٦.

(٧) الزمخشري: الكشاف، (ط٣، دار الكتاب العربي/ بيروت، ١٤٠٧م)١: ١٢٦.

(٨) عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء، أبو بشر، الملقب سيبويه، إمام النحاة، وأول من بسط علم النحو، ولد في إحدى قرى شيراز سنة (١٤٨هـ)، وقدم البصرة، فلزم الخليل بن أحمد ففاقه. وصنف كتابه المسمى «كتاب سيبويه» في النحو، لم يصنع قبله ولا بعده مثله، ورحل إلى بغداد، فناظر الكسائي، وأجازه الرشيد بعشرة آلاف درهم. وعاد إلى الأهواز فتوفي بها، وقيل: وفاته وقبره بشيراز، وكانت في لسانه حبسة. وسيبويه بالفارسية رائحة التفاح، وكان أنيقاً جميلا، توفي شاباً سنة (١٨٠هـ) وقيل غير ذلك في سنة وفاته، وفى ذات المعنى انظر (رسالة البطليوسي-الاسم والمسمى).

فالاسم كلمة، فكيف تكون الكلمة هي المسمى والمسمى شخص؟ ثم قال (أي سيبويه) (بعد هذا تقول سميت زيداً بهذا الاسم كما تقول علمته بهذه العلامة)، وفي كتابه ما يقرب من ألف موضع يفيد بأن الاسم هو اللفظ الدال على المسمى، ومتى ذُكر الخفض أو النصب أو التنوين أو اللام أو جميع ما يلحق الاسم من زيادة ونقصان وتصغير وتكسير وإعراب وبناء، فذلك كله من عوارض الاسم، ولا يتعلّق لشيء من ذلك بالمسمى أصلا، وما قال نحوي قط ولا عربي أن الاسم هو المسمى.

خلاصة القول:

إنه إذا كان هناك من قائل بأن الاسم هو المسمى، فهذا لأغراض تتعلق بالعقيدة والمذهب، وهي قيلت في شأن الله تعالى وصفاته، والخلاف بين الفقهاء والمذاهب هنا، يتعلق باتحاد صفات الله سبحانه وتعالى وأسمائه، لا شأن لنا به في مجال التشريع وصياغته، وما وجدنا أحداً من النحاة، أو اللغويين المعتبرين أو الاصطلاحيين، قال بأن الاسم هو عين المسمى، وفي مجال فنٍ وصياغة التشريع، وفي علم الاصطلاح القانوني، وبعيداً عن هذا الخلاف المذهبي أو الفقهي، يجب استخدام المصطلحات بحقها، فنميّز بين الاسم والمسمى، ونأخذ الأمور بما هي عليه لغةً واصطلاحاً، فنميّز بين الاسم والمسمى، حتى يستقيم الفهم الصحيح، ويدل الشارع على مقصودة بوضوح، دون لبس أو غموض.

ملخص رسالة ماجستير بعنوان: مدى انسجام قانون العمل العماني مع معايير العمل الدولية

سارة بنت سعيد بن حمد المحرزية
أمينة سر بالمحكمة الابتدائية بدماء والطائيين

المقدمة:

إن معرفة وتحديد مستويات العمل الدولية ومجال تطبيقها ومدى تأثيرها على المستويات الوطنية تعد مساهمة فاعلة في إرساء المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان على المستويين (الدولي والوطني)، مثال ذلك المستويات المتعلقة بالتنظيم النقابي، وكذلك الاتفاقية المتعلقة بتكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة بين الجنسين، إذ تعد المستويات المدونة في اتفاقيات العمل الدولية من اتفاقيات حقوق الإنسان وفقاً للتصنيف الذي تأخذ به منظمة العمل الدولية؛ لكونها جزءاً مكملاً للمبادئ المعلنة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والحقوق المدنية والسياسية.

فمعايير العمل أو مستويات العمل: هي عبارة عن قواعد دولية يعتمدها جهاز يملك سلطة التشريع في هيكل منظمة دولية (عالمية أو إقليمية) وهي تتخذ إحدى صيغتين الاتفاقية والتوصية[1]، من هذا المنطلق سعت الدول إلى الانضمام لمنظمة العمل الدولية، وتحقيق أكبر قدر من الممكن الوصول به إلى مستويات عمل عالية، ومن بين هذه الدول سلطنة عمان فقد انضمت إلى منظمة العمل الدولية في عام ١٩٩٤م، ومنذ تلك الفترة والسلطنة تحث الخطى من أجل تحقيق مستويات عمل عليا، فقانون العمل العماني مر بمرحلتين، إذ كانت كل مرحلة تتناسب والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي كانت تمر بها سلطنة عمان، فأول قانون للعمل صدر في السلطنة كان في عام ١٩٧٤م، وبعدها صدر القانون رقم (٢٠٠٣/٣٥م)، وكان يشكل مرحلة انتقالية للتشريع في مجال العمل، فقد نظم مسائل لم ينظمها القانون السابق، كما جاء بصيغة قانونية أفضل، والجدير بالذكر أن سلطنة عمان صادقت على أربع اتفاقيات دولية في مجال العمل، ومن بين هذه الاتفاقيات الاتفاقية رقم (٢٩) المتعلقة بالعمل الجبري أو الإلزامي[2]، والاتفاقية رقم (١٣٨) بشأن الحد الأدنى للاستخدام[3]، والاتفاقية

(١) الدكتور/ يوسف إلياس: أطروحات في القانون الدولي والوطني للعمل، دار وائل للنشر الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ١٦.

(٢) المرسوم السلطاني رقم ١٩٩٦/٧٥م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٥٨٤، ص ٢٥.

(٣) المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٥/٦٥م، المشور في الجريدة الرسمية العدد ٧٩٥، ص ٦.

رقم (١٨٢) بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الطفل[٤]، والاتفاقية رقم (١٠٥) بشأن إلغاء العمل الجبري [٥] إلى جانب ذلك انضمت السلطنة في اتفاقيتين إقليميتين هما الاتفاقية العربية رقم (١٩) بشأن تفتيش العمل والاتفاقية العربية رقم (١٨) بشأن عمل الأحداث[٦] مع إبداء بعض التحفظات على بعض النصوص.

السؤال الرئيس الذي انطلقت منه الباحثة في هذه الدراسة هو معرفة ما إذا كان المُشرّع العماني قد نظم معايير العمل الدولية التي تهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية وتحسين شروط وظروف العمل في قانون العمل من عدمه، وإلى أي درجة وصل في هذا التنظيم، وهل بلغ هذا التنظيم لمستويات العمل الدولية، خصوصاً وأن قانون العمل منذ نشأته مر بمرحلتين، بحيث تشكل المرحلة الثانية مرحلة انتقالية حدثت فيها الكثير من التغيّرات في حقوق العمّال.

إشكالية الدراسة وأهميتها:

تكمن إشكالية الدراسة في أن عدم وجود قانون متكامل يحمي العامل وفقاً لمعايير العمل الدولية من جميع الجوانب سيؤدي في الأخير إلى هدر حق العامل، الذي يعد طرفاً ضعيفاً في الرابطة العمّالية وبحاجة إلى حماية تستند في أساسها إلى قانون العمل الدولي وما يوفره من حماية قصوى، كما تكمن الإشكالية في الوقوف على الاتفاقيات الدولية في مجال العمل والتي وقعت عليها سلطنة عمان وما هي الإجراءات التي اتخذتها من أجل إدخال هذه الاتفاقيات وتطبيقها في قانونها الوطني، وما هي أبرز مظاهر انعكاساتها على التشريع العمّالي العماني فيما يتعلق بالحرية النقابية، والمفاوضات الجماعية، وتكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة، وتفتيش العمل، والعمل الجبري، وعمل النساء والأطفال والعمال المهاجرين وذوي الإعاقة، وما هي الوسائل التي وفرتها لحماية هذه الفئات؟؟ هل نظم القانون العماني هذه المعايير بشيء من التفصيل أو جاءت غير كافية؟ وهل حقق القانون العماني نوعاً من الانسجام والتقارب؟ وإذا ذهبنا إلى القول بأنها لم تنسجم، ما هي نواحي عدم الانسجام؟

منهجية الدراسة:

قامت هذه الدراسة على اتباع الأسلوب التحليلي والمقارن مع القانون الدولي، وحتى نجيب على تساؤل هذه الدراسة قسّمنا الرسالة على النحو الآتي:

الفصل الأول:

إلزامية قواعد العمل الدولية في القانون الوطني.

الفصل الثاني:

تأثير معايير العمل الدولية على السياسة التشريعية لقانون العمل العماني.

الفصل الأول

إلزامية قواعد العمل الدولية في القانون الوطني

للقواعد القانونية التي تقرها المنظمات الدولية تأثير كبير سواء كان في المجال الدولي أم المجال الداخلي للدول، ولعل ذلك يبرز أهمية هذه القواعد ومدى الأخذ بها، ففي مجال قانون العمل تقوم منظمة العمل الدولية بنشاط تشريعي مكثّف يعرف بـ « القانون الدولي للعمل » يسهم بلا شك في إثراء القانون الدولي الاجتماعي[٧]، فمن الطبيعي أن نتساءل هنا عن القيمة العملية لهذا النشاط، أو بالأحرى عن إلزامية هذه القواعد في المجال الداخلي للدول، وتأثيرها على المجال الدولي المتمثل في المنظمات الدولية الأخرى، وعليه يتناول هذا الفصل مدى تأثر قانون العمل العماني بقواعد العمل الدولية في المبحث الأول منه، ثم مدى تأثير قواعد العمل الدولية على المجال الدولي في مبحث ثان.

(٤) المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠١/٣٨م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٦٩٤، ص ١٠٦.

(٥) المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٥/٦٥م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٧٩٥، ص ٦.

(٦) المرسوم السلطاني رقم ٤٧/ ٢٠٠٦م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٨١٥، ص ٩.

(٧) دراقي هبة خديجه، دور منظمة العمل الدولية في تطوير القانون الدولي الاجتماعي، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق، (٢٠٠٠-٢٠٠١م) ص ٥٦.

المبحث الأول
مدى تأثر قانون العمل العماني بقواعد العمل الدولية

انضمت سلطنة عمان في عام ١٩٩٤م إلى منظمة العمل الدولية، وذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم (٩٤/١٠)، وقد فطنت السلطنة إلى أهمية قواعد العمل الدولية في أي مجتمع يرغب في تحقيق التقدم الاجتماعي، مما حدى بالسلطنة إلى المصادقة على أهم الاتفاقيات الدولية، وهي تلك المتعلقة بالحقوق الأساسية للعمال وعملت جاهدة من أجل تكريس الاتفاقيات التي صادقت عليها في تشريعاتها، وعليه يتناول هذا المبحث مكانة قواعد العمل الدولية في التشريع العمالي العماني في المطلب الأول، ومدى التزام المُشرّع في قانون العمل العماني بقواعد العمل الدولية في مطلب ثان.

المطلب الأول
مكانة قواعد العمل الدولية في التشريع العمالي العماني

منذ انضمام سلطنة عمان إلى منظمة العمل الدولية وهي تعمل جاهدة على إجراء جملة من الخطوات اعترافاً منها بدور هذه المنظمة، فقد صادقت السلطنة منذ انضمامها على أربع اتفاقيات أساسية من أصل ثمان اتفاقيات أساسية للمنظمة[٨]، بالإضافة إلى ذلك عملت على إدراج اتفاقيات العمل الدولية في تشريعاتها وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول اتجاه سلطنة عمان نحو المصادقة على اتفاقيات العمل الدولية، وإدراج معايير العمل الدولية في التشريع الوطني في الفرع الثاني.

الفرع الأول
اتجاه سلطنة عمان نحو المصادقة على اتفاقيات العمل الدولية

منذ انضمام السلطنة إلى منظمة العمل الدولية صادقت على أربع اتفاقيات من أصل ثمان اتفاقيات أساسية للمنظمة، وتتمثل في الآتي: الاتفاقية رقم (٢٩) لعام ١٩٣٠م بشأن العمل الجبري وذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم (١٩٩٦/٧٥م)، والاتفاقية رقم (١٠٥) لعام ١٩٥٧م بشأن إلغاء العمل الجبري، بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٥/٦٥م)، والاتفاقية رقم (١٣٨) لعام ١٩٧٣م الخاصة بالحد الأدنى لسن الاستخدام وذلك بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٥/٦٥م)، والاتفاقية رقم (١٨٢) لعام ١٩٩٩م بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها، بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠١/٣٨م).

إضافة لذلك صادقت السلطنة على اتفاقيتين إقليميتين في مجال العمل وهما: الاتفاقية العربية رقم (١٨) لعام ١٩٩٦ بشأن عمل الأحداث، وتحفظت على: ٣-٧-٨-٩-١٠-١٦-٢٠-٢١-٢٣، بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٦/٤٧م)، والاتفاقية العربية رقم (١٩) لعام ١٩٩٨ بشأن تفتيش العمل، وتحفظت على ١١-١٥-١٨-٢٢-٢٦-٢٩-٣٠-٣٢-٣٨-٤٠-٤١، بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٦/٤٧م).

الفرع الثاني
إدراج معايير العمل الدولية في التشريع الوطني

سعت سلطنة عمان إلى التصديق على عدد من المعاهدات والاتفاقات الدولية التي أثرت على تشريعها الوطني، وذلك بإدراجها كقانون في تشريعاتها أو الأخذ بها بعد تعديل نصوصها القانونية، باعتبار أن القواعد الدولية هي مصدر يستلهم منه رجال القانون القواعد الوطنية التي تلائم طبيعة الدولة، ويقوم سلطان البلاد بالتوقيع على المعاهدات والاتفاقات الدولية والتصديق عليها استناداً للمادة ٤٢ من النظام الأساسي للدولة «يقوم السلطان بالمهام الآتية: توقيع المعاهدات والاتفاقيات الدولية وفقا لأحكام القانون أو التفويض في توقيعها وإصدار المراسيم والتصديق عليها...»[٩].

إذ يقوم السلطان أو من يفوضه بالتوقيع على الاتفاقية بعدها يصدر مرسوماً سلطانياً يتضمن على نص الاتفاقية المصادق عليها، ويلي عملية المصادقة على الاتفاقية الدولية للعمل تحويلها إلى قانون وطني، فتصبح هنا الاتفاقية قانوناً وطنياً؛ وذلك لتفادي التناقض بين قاعدة دولية وقاعدة وطنية.

---

(٨) سعود بن علي بن عبدالله الجابري: ورقة عمل حول واقع الحقوق والحريات النقابية في سلطنة عمان، المنتدى الخليجي الثاني للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، سلطنة عمان، مسقط ١١-١٢ مارس، (٢٠١٢م).

(٩) انظر المادة ٤٢ من النظام الأساسي للدولة.

المطلب الثاني
مدى التزام المُشرّع في قانون العمل العماني بقواعد العمل الدولية

إن الحديث عن مدى التزم المُشرّع العماني بقواعد العمل الدولية يدفعنا إلى العودة إلى قانون العمل العماني، وذلك من أجل إيجاد نوع من المجانسة بينهما؛ للوقوف على مدى تطبيق قانون العمل العماني للاتفاقيات التي تمت المصادقة عليها، إذ إن تأثير قواعد العمل الدولية على التشريعات الوطنية متوقف على الرقابة التي أقرها دستور منظمة العمل الدولية.

عليه سنقوم بدراسة مكانة الاتفاقيات الدولية للعمل في التشريع العماني في الفرع الأول، ومقارنة تشريع العمل العماني مع الاتفاقيات الدولية للعمل المصادق عليها في الفرع الثاني.

الفرع الأول
مكانة الاتفاقيات الدولية للعمل في التشريع العماني

للوقوف على مكانة الاتفاقيات الدولية في التشريع العماني، نعود إلى النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١)، فقد نصت المادة ٤٢ من النظام الأساسي للدولة أن من المهام الأساسية التي يقوم بها السلطان: «... توقيع المعاهدات والاتفاقيات الدولية وفقا لأحكام القانون أو التفويض في توقيعها وإصدار مراسيم التصديق عليها ...»، كما أشارت المادة (٧٦) من النظام الأساسي إلى أنه: «لا تكون للمعاهدات والاتفاقيات قوة القانون إلا بعد التصديق عليها، ولا يجوز في أي حال أن تتضمن المعاهدة أو الاتفاقية شروطا سرية تناقض شروطها العلنية»[١٠].

من خلال نصوص المواد السابقة تخلص الباحثة أن من يقوم بالتوقيع على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية هو سلطان البلاد أو من يفوضه في ذلك، كما أن المُشرّع العماني أعطى المعاهدات الدولية القوة والقيمة القانونية للقانون الوطني ذاتها. قياساً على ما تم ذكره سابقاً، وبما أن سلطنة عمان أعطت المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات القيمة القانونية للقانون الوطني، فمن البديهي أن تكون للمعاهدات الدولية العمالية والتي صادقت عليها السلطنة القيمة القانونية للقانون الوطني ذاتها، بشرط أن تكون السلطنة قد صادقت على هذه الاتفاقية أو المعاهدة وبمرسوم سلطاني.

الفرع الثاني
مقارنة تشريع العمل العماني مع الاتفاقيات الدولية للعمل المصادق عليها

إن الحديث عن الاتفاقيات التي صادقت عليها سلطنة عمان ومدى النص عليها وتطبيقها في التشريع العماني، يتطلب منا الرجوع إلى هذه الاتفاقيات ومقارنتها بمدى انطباقها في تشريع العمل العماني:

١- الاتفاقية رقم (٢٩) لعام ١٩٣٠م بشأن العمل الجبري والاتفاقية رقم (١٠٥) بشأن إلغاء العمل الجبري:

لقد أدركت سلطنة عمان بأن العمل الجبري والإتجار بالبشر يمثل خرقاً لكل من مبادئ الشريعة الإسلامية وللنظام الأساسي للدولة، فقد نصت المادة (١٢) المتعلقة بالمبادئ الاجتماعية على أنه: «...لا يجوز فرض أي عمل إجباري على أحد إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة ومقابل أجر. ..»[١١]، وقانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧) لسنة ٢٠١٨م، فقد نظم بعض الموضوعات التي تندرج تحت بند مكافحة الاتجار بالبشر كمنع الإجبار على ممارسة البغاء والفجور بموجب المواد (٢٥٣-٢٥٦)[١٢]، وقانون العمل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٣/٣٥م في المادة (٣) مكرر على حظر فرض أي شكل من أشكال العمل الجبري أو القسري، وصدور تعميم وزاري يمنع أرباب العمل من حجز جوازات سفر عمالهم[١٣]، من هذا المنطلق سنسلط الضوء على الإجراءات التي اتخذتها سلطنة عمان لمكافحة العمل الجبري، وما هي الضمانات القانونية التي اتخذتها سواء في قانون العمل أم القوانين الأخرى، والضمانات الإدارية في هذا المجال.

(١٠) النظام الأساسي للدولة.

(١١) النظام الأساسي للدولة.

(١٢) قانون الجزاء العماني رقم ٢٠١٨/٧م.

(١٣) بلاسي مصطفي السيد علي: مقالات في وسطية حقوق الإنسان، اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان، سلطنة عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م، ص ١٢٥-١٢٦.

١- **ضمانات منع ومكافحة العمل الجبري في قانون العمل العماني والقوانين الأخرى[١٤].**

أشار قانون العمل صراحة إلى حظر العمل الجبري، فقد نصت المادة (٣) مكرر على أنه: «يحظر على صاحب العمل فرض أي شكل من أشكال العمل الجبري أو القسري» كما يوفر قانون العمل ضمانتين في هذا الشأن الأولى متمثلة في تقرير مبدأ المشروعية، والثانية في اعتبار التنازل عن الحقوق الممنوحة للعامل تنازلاً باطلاً[١٥]، فبالنسبة إلى ضمانة مبدأ المشروعية نجد أن أساسها في قانون العمل العماني في نص المادة (٣) إذ نصت على أنه: «... ويستمر العمل بأية شروط أفضل تكون مقررة للعامل بموجب القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في تاريخ العمل بهذا القانون»، فبموجب هذا النص يمكن القول بأن الحقوق الواردة في قانون العمل العماني تشكل الحد الأدنى للحقوق التي يمكن للعامل أن يحصل عليها والحد الأعلى من الالتزامات، فيمكن أن يتوفر للعامل حق أفضل سواءً بموجب قانون آخر أم لوائح أو حتى قرارات وزارية، ومن ثم يكون في هذه الحالة هو الواجب التطبيق، طالما يقرر حقا أفضل للعامل من المنصوص عليه في قانون العمل. أما بالنسبة إلى بطلان التنازل عن الحقوق العمالية من العمال فيدخل ضمن الضمانات التي رتبها قانون العمل العماني لمكافحة العمل الجبري، فقد ورد في نص المادة الثالثة: «... كما يقع باطلاً كل إبراء أو مصالحة أو تنازل عن الحقوق الناشئة عن هذا القانون إذا كان مخالفاً لأحكامه».

٢- **الضمانات الواردة في قانون «مكافحة الاتجار بالبشر» العماني:**

قدمَّ قانون مكافحة الإتجار بالبشر نوعين من الضمانات: ضمانات إدارية تتمثل في إنشاء اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر، والضمانات الأخرى تتمثل في العقوبات الجزائية.

(١٤) ملاحظة: تم اتباع طريقة الدراسة ذاتها للدكتور/ بشار عدنان ملكاوي في كتابه دراسات فقهية في قانون العمل، فيما يتعلق بالعمل الجبري.

(١٥) بلاسي مصطفي السيد علي: المرجع السابق، ص١٨٢.

٢- **الاتفاقية رقم (١٣٨) لعام ١٩٧٣م الخاصة بالحد الأدنى لسن الاستخدام: رجوعاً إلى نصوص قانون العمل العماني، نجد أنه قد أفرد باباً خاصاً بتشغيل الأحداث،**

ففي الباب الخامس الفصل الأول، نظم فيه تشغيل الأحداث، وحدد فيه الحد الأدنى لسن الاستخدام.

ج- الاتفاقية رقم (١٨٢) لعام ١٩٩٩م بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها: حددت المادة (٤٤ و٤٥) من قانون الطفل العماني بعض الأعمال التي يحظر على الطفل ممارستها، والتي تدخل في إطار الأعمال التي تشكل أسوأ أشكال عمل الأطفال.

المبحث الثاني
انعكاسات قواعد العمل الدولية على غيرها من القواعد القانونية الدولية

أشارت المادة (١/١٢) من دستور منظمة العمل الدولية إلى أنه: «تتعاون منظمة العمل الدولية في إطار هذا الدستور، مع أي منظمة دولية عامة مكلفة بتنسيق أنشطة المنظمات الدولية العامة ذات المسؤوليات المتخصصة ومع المنظمات الدولية العامة ذات المسؤوليات المتخصصة في الميادين التي تتصل بعملها»[١٦] كمنظمة الأمم المتحدة التي أصدرت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨م، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية الصادر سنة ١٩٦٦م، وجامعة الدول العربية، والتي تأسست منظمة العمل العربية في ظلها لتختص بكل ما يتعلق بالعمل والعمال، وذلك على مستوى الوطن العربي، بالإضافة إلى ذلك اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان واللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان.

ولا يقتصر أثر قواعد العمل الدولية على المنظمات المختصة بحقوق العمال وإنما امتد أثرها ليشمل منظمات أخرى، ومؤسسات مالية دولية دأبت على وضع هذه المعايير ضمن برامج مشتركة بينها وبين منظمة العمل الدولية كمنظمة التجارة العالمية، من هذا المنطلق سنقسم هذا المبحث إلى

(١٦) انظر المادة (١٢) الفقرة ١ و٢ و٣ من دستور منظمة العمل الدولية.

مطلبين: سنتحدث في المطلب الأول عن انعكاسات القواعد الدولية للعمل على اتفاقيات العمل العربية، أما المطلب الثاني عن أثر قواعد العمل الدولية على المعاهدات التجارية الدولي.

المطلب الأول
انعكاسات القواعد الدولية للعمل على اتفاقيات العمل العربية

لعبت منظمة العمل الدولية دورا فاعلاً في توحيد تشريعات العمل في الدول العربية، إذ أُبرم اتفاق بين جامعة الدول العربية ومنظمة العمل الدولية يقرر التعاون بين المنظمتين[١٧]، وأهم ما أسفر عن هذا الاتفاق هو قيام جامعة الدول العربية بترجمة ونشر الاتفاقات والتوصيات الدولية للعمل باللغة العربية[١٨]، كما يظهر هذا التأثير من خلال الاتفاقيات والتوصيات التي أبرمتها منظمة العمل العربية وعالجتها منظمة العمل الدولية مسبقاً على سبيل المثال لا الحصر: اتفاقية الحرية النقابية وحق التنظيم رقم ١٩٤٨/٨٧م، تقابلها الاتفاقية العربية رقم (٨) لعام ١٩٧٧م بشأن الحريات والحقوق النقابية، واتفاقية حق التنظيم والمفاوضة الجماعية رقم ١٩٤٩/٩٨م تقابلها الاتفاقية العربية رقم (١١) لعام ١٩٧٩م بشأن المفاوضة الجماعة.

المطلب الثاني
أثر قواعد العمل الدولية على المعاهدات التجارية الدولية

هنالك ارتباط كبير ما بين العمل والإنتاج، فنتيجة لتطور الفكر الاقتصادي سعت الكثير من الدول وخصوصاً الدول المتقدمة إلى إدخال معايير العمل الدولية في المعاهدات التجارية، فمنذ مؤتمر سنغافورة (١٩٩٦م) بدأت مفاوضات العمل تأخذ طابع القوة، حيث أكد المؤتمر على أهمية تطبيق معايير العمل، كما قامت منظمة التجارة العالمية (WTO) بالبدء فعلاً في إدراج معايير العمل الدولية، وذلك من خلال إنشاء مجموعة عمل (Working group)[١٩]، داخل المنظمة وذلك لدراسة الآثار الاجتماعية والاقتصادية لفرض مثل هذه المعايير وآثارها الاقتصادية[٢٠]. والجدير بالذكر أن المادة (١٢) من دستور منظمة العمل الدولية نصت على أنه: «تتعاون منظمة العمل الدولية، في إطار هذا الدستور مع أي منظمة دولية عامة مكلفة بتنسيق أنشطة المنظمات الدولية العامة ذات المسؤوليات المتخصصة، ومع المنظمات الدولية العامة ذات المسؤوليات المتخصصة، في الميادين التي تتصل بعملها)[٢١]، من جانب آخر تشارك أغلبية الدول الأعضاء في منظمة العمل الدولية في اتفاقات تجارية ثنائية وإقليمية تتضمن أحكاماً تتعلق بالعمل، وقد تتضمن الأحكام المتعلقة بالعمل في الاتفاقات التجارية شروطاً أو عناصر ترويج، ومن ثم فإن عدم الالتزام أو الامتثال للمبادئ والحقوق الأساسية في العمل، سيؤدي لتبعات اقتصادية.

أما بالنسبة إلى موقف سلطنة عُمان حول إدراج معايير العمل الدولية في الاتفاقيات التجارية واضحاً، ويمكن أن نبرزه من خلال استعراضنا لأهم الاتفاقيات التجارية التي أبرمتها سلطنة عُمان ألا وهي اتفاقية التجارة الحرة بين سلطنة عُمان والولايات المتحدة الأمريكية[٢٢].

تعد اتفاقية التجارة الحرة مع الولايات المتحدة الأمريكية من الاتفاقيات التي حظيت باهتمام رجال الأعمال والمهتمين بالنظر إلى ما تضمنته هذه الاتفاقية من أحكام والتزامات، فقد جاء في ديباجة هذه الاتفاقية: «إدراكًا لمتانة أواصر الصداقة بين حكومة سلطنة عُمان والولايات المتحدة الأمريكية ورغبة في تقوية علاقتهما الاقتصادية والابتكار والنمو... ورغبة في إيجاد فرص عمل جديدة ورفع مستوى المعيشة لمواطني بلديهما من خلال تحرير التجارة... ورغبة في حماية وتعزيز وإنفاذ حقوق العمال الأساسية وتعزيز تطوير وتطبيق قوانين وسياسات العمل... فقد اتفقتا على ما يلي...».

---

(١٧) تمت الموافقة على هذا الاتفاق من قبل المجلس الإداري لمنظمة العمل الدول في اجتماعه السنوي في أكتوبر ١٩٥٧م، كما وافق عليه مجلس جامعة الدول العربية في دورته التاسع والعشرين بتاريخ ٢٧ أبريل ١٩٥٨م.

(١٨) دراقي هبة خديجة: مرجع سابق ص١٠٢.

(١٩) لمزيد من التفاصيل حول القضايا المتعلقة بأهداف مجموعة العمل انظر تحت عنوان working group في موقع منظمة التجارة العالمية www. WTO. org ومنظمة العمل الدولية www. ILO. org.

(٢٠) المشعل خالد عبد الرحمن بن عبد العزيز: معايير العمل ومنظمة التجارة العالمية والآثار المتوقعة على المملكة العربية السعودية مجلة جامع الإمام محمد بن سعود الإسلامية -العلوم الإنسانية والاجتماعية- السعودية، العدد الثاني،٢٠٠٧م ص٢٠٥.

(٢١) دستور منظمة العمل الدولية.

(٢٢) بتاريخ ١٥ أكتوبر ٢٠٠٦م صدر مرسوم سلطاني رقم ٢٠٠٦/١٠٩م بالتصديق على اتفاقية التجارة الحرة بين سلطنة عُمان والولايات المتحدة الأمريكية، وتضمن المرسوم ثلاث مواد وجاء في المادة الثانية ما نصه: «تطبق أحكام هذه الاتفاقية دون غيرها على الموضوعات الواردة فيها، ولا يسري في شأنها ما يخالفها أو يتعارض معه»، دخلت اتفاقية التجارة الحرة الموقعة بين سلطنة عُمان والولايات المتحدة الأمريكية حيز التنفيذ يوم الخميس أول أيام عام ٢٠٠٩ وذلك بعد مرحلة طويلة من المفاوضات والمراجعات والإجراءات من قبل الجانبين.

ومن خلال هذه الاتفاقية يتضح أن سلطنة عمان وأمريكا سعتا إلى:

١- تكريس المبادئ والحقوق الأساسية للعمل في اتفاقية التجارة الحرة.

٢- وضع آلية التعاون في مجال العمل واحترام معايير العمل الأساسية في اتفاقية التجارة الحرة.

٣- تشجيع التجارة والاستثمار وربطها بكفالة حماية حقوق العمال.

الفصل الثاني
تأثير معايير العمل الدولية على السياسة التشريعية لقانون العمل العماني

سعت الدول التي انضمت إلى منظمة العمل الدولية، بالتوقيع على الاتفاقيات الدولية الصادرة عن المنظمة، وذلك بما يتناسب مع قانونها الوطني، أو قيامها بإجراء تعديلات على القانون الوطني بعد التوقيع على الاتفاقية، وذلك لإيجاد نوع من التناسق بين الاتفاقية الموقع عليها والقانون الوطنّي أو أنها تجري تعديلات على قانونها الوطني، ومن بعدها تصادق على الاتفاقية، من هذا المنطلق فإننا من خلال بحثنا وجدنا أنه لابد من إجراء دراسة لهذه المعايير، وإيجاد أبرز الانعكاسات، وقياس مدى مواءمتها مع المعايير الدولية، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول مظاهر انعكاسات المعايير الدولية للعمل في التشريع العمالي العماني أما المبحث الثاني سنسلط الضوء على تأثير المعايير الدولية للعمل على الحقوق الأساسية العمالية في التشريع العماني.

المبحث الأول
مظاهر انعكاسات المعايير الدولية للعمل في التشريع العمالي العماني

بما أن سلطنة عُمان وقعت على أربع اتفاقيات من أصل ثماني اتفاقيات أساسية، من هذا المنطلق وجدنا نافذة من خلالها نطل على المبادئ والحقوق الأساسية في منظمة العمل الدولية ونثير حولها عدة تساؤلات، هل نظم قانون العمل العماني هذه المعايير؟ وهل جاءت متوائمة مع المعايير الدولية لمنظمة العمل الدولية؟ هل حقق قانون العمل العماني نوعاً من الانسجام والتقارب مع معايير العمل الدولية؟ وما هي الجهود التي بذلتها السلطنة في سبيل إرساء هذه المبادئ؟

وعليه سنتحدث عن مدى توافق قانون العمل العماني مع معايير العمل الدولية، وسيتم البحث في الحرية النقابية والمفاوضة الجماعية هل نظمها قانون العمل العماني؟ وهل جاءت متوائمة مع المعايير الدولية؟ في المطلب الأول، ثم ننتقل إلى الحديث عن التفتيش العمالي والعمل الجبري في المطلب الثاني.

المطلب الأول
التنظيم النقابي والمفاوضات الجماعية

جاء في ديباجة دستور منظمة العمل الدولية أن الحرية النقابية: «وسيلة لتحسين ظروف العمل وإقرار السلم»، إضافة إلى إعلان فيلادلفيا الذي أكد على أن: «حرية الرأي وحرية الاجتماع أمران لا غنىً عنهما لاطراد التقدم»[٢٣]، كما أشارت المادة الثانية من الاتفاقية رقم (١٩٤٨/٨٧م) إلى أنه: «للعمال وأصحاب العمل -دون تمييز من أي نوع- الحق في إنشاء ما يختارونه هم أنفسهم من منظمات، ولهم - دون أن يرتهن ذلك بغير قواعد المنظمة المعنية- الحق في الانضمام إلى تلك المنظمات، وذلك دون ترخيص مسبق»، فالحرية النقابية مبدأ ومعيار أساسي في منظمة العمل الدولية، وعليه فإن التشريع العمالي العماني نص عليه في قانون العمل، وقد تم تنظيم كل ما يتعلق به في القرار الوزاري (٢٠١٢/٥٧٠م)، كما لا يوجد في الوقت الحالي قانون خاص ومنفرد ينظم العمل النقابي في سلطنة عُمان، وإنما جاء تنظيمه ضمن مواد الباب التاسع من قانون العمل العماني، كما أناطت تلك المواد لوزير القوى العاملة بإصدار قرار ينظم تشكيل وتسجيل النقابات العمالية والاتحاد العام لعمال السلطنة، وذلك وفقاً للقرار الوزاري رقم (٢٠١٢/٥٧٠م) الصادر في ٢٠١٢/١٠/١٥م، فقد عرفت المادة الأولى من القرار الوزاري النقابة بأنها: «تنظيم يشكل وفقاً لأحكام هذا النظام ويضم عدداً من العمال في منشأة معينة»[٢٤]، إضافة إلى ذلك فإن السلطنة مرت بثلاث مراحل انتقالية في التمثيل العمالي، مرحلة الهيئات التمثيلية،

(٢٣) اتفاقية الحرية النقابية وحماية حق التنظيم رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٨م.

(٢٤) القرار الوزاري رقم ٢٠١٨/٥٧٠م بشأن تشكيل وعمل وتسجيل النقابات العمالية والاتحادات العمالية في سلطنة عمان.

مرحلة اللجان التمثيلية، مرحلة النقابات العمالية[٢٥]. كما أرست الاتفاقية الدولية رقم ٨٧ الصادرة عن منظمة العمل الدولية، وكذلك الاتفاقية رقم ٨ عن منظمة العمل العربية، الأسس والمبادئ الأساسية لضمان الحرية النقابية، وتعد هذه المواثيق الأساس الذي أخذت به معظم تشريعات دول العالم على اختلاف أنظمتها، ويمكن في هذا الإطار أن نقسم الأسس والمبادئ التي أرستها اتفاقية حق التنظيم النقابي إلى مبادئ تتعلق بالعمال: كحق العمال في تكوين النقابات العمالية من غير تمييز، وحق العمال في الانضمام إلى النقابات التي يختارونها، وخلصت الباحثة إلى أن قانون العمل العماني كرس مبدأ حق العامل في الانضمام إلى النقابات العمالية من غير تمييز، وحقه في الاختيار إلى أي نقابة ينضم ومن غير أي إكراه وهو المبدأ نفسه الذي تم تأكيده في المادة (٢) من اتفاقية الحرية النقابية وحماية حق التنظيم رقم (٨٧) لسنة ١٩٤٨م، ولكن في المقابل أغفل ضم أهم فئة إلى النقابات العمالية والتي تحتاج لرعاية وحماية أكبر لحقوقها وهي فئة الأحداث. أما المبادئ التي تتعلق بالنقابات العمالية: فتتمثل في حق النقابات العمالية في ممارسة نشاطها من غير إذن مسبق، وحقها في وضع نظمها الأساسية ولوائحها الداخلية، وحق النقابة في اختيار ممثليها بكل حرية ومن غير تدخل خارجي، وحق النقابات في تسيير شؤونها الإدارية والمالية، وحق النقابات العمالية في الحماية من الإيقاف والحل وحق النقابات في تكوين الاتحادات فيما بينها والانضمام إلى منظمات نقابية دولية، وحق النقابات في إجراء المفاوضات الجماعية.

المطلب الثاني
تفتيش العمل وتكافؤ الفرص والمساواة في المعاملة في الاتفاقيات الدولية وقانون العمل العماني

نظم قانون العمل العماني رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٣م تفتيش العمل في المادة السابعة والثامنة، فبحسب نص المواد السابقة كان يفرض على الوزارة إنشاء مكاتب للعمل تحت إشرافها، وتقدم خدماتها من غير مقابل، مع تعيين مديرين للعمل ومفتشين وغيرهم من الموظفين؛ لأغراض تطبيق قانون العمل، وفي المرحلة الثانية تم تنظيمه في قانون العمل رقم (٢٠٠٣/٣٥م) في المواد الثامنة والتاسعة، وبالقرار الوزاري رقم (٢٠٠٨/١١م) والدليل المرفق له إذ نصت المادة الثانية من هذا القرار: «على الموظفين العاملين بهذه الوزارة الذين نصت عليهم أحكام المادة (٨) من قانون العمل العماني المشار إليه في أعلاه الالتزام بما جاء بدليل التفتيش والتقيد بالإجراءات الواردة فيه، ومكتفياً بما تم النص عليه في المادة (٨ و٩) المتعلقة بمفتشي العمل، والمادة (٩٠) المتعلقة بمفتشي الصحة والسلامة من قانون العمل العماني من غير تخصيص باب خاص بتفتيش العمل، وبرأي الباحثة أنه كان من الأجدر على المُشرّع أن يخصص باباً مستقلاً يضع تنظيماً قانونياً لموضوع التفتيش العمالي في قانون العمل كنظيره الأردني، نظراً لأهمية هذا الموضوع.

ولعل أبرز الصكوك الأساسية لمنظمة العمل الدولية في هذا الشأن: اتفاقية التمييز في الاستخدام والمهنة رقم (١١١) لسنة ١٩٥٨م، واتفاقية المساواة في الأجور رقم (١٠٠) لسنة ١٩٥١م، بناءً على ذلك ناقشنا موقف سلطنة عُمان من هاتين الاتفاقيتين، مع العلم أن السلطنة لم تصادق عليهما حتى الآن، وخلصت الباحثة إلى أن النظام الأساسي لسلطنة عُمان كرس مبدأ مهم وأساسي وهو المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات، ومن بين هذه الحقوق الحق في العمل وما ينطوي تحته من حقوق ناتجة عن الحق في العمل ويشمل الذكر والأنثى، كما نخلص إلى أن قانون العمل العماني يسري على كل العاملين سواء كانوا عمانيين أم وافدين، ذكوراً أم إناثاً إلا من استثناه القانون بنص خاص، وتوفر لهم كافة الحقوق الواردة فيه وتشمل الأجور والإجازات وفترات الراحة والترقيات والتأمين الصحي والصحة والسلامة، ولم يفرق بين العمّال في حصولهم على هذه الحقوق - كما لا تقتصر المساواة على الاستخدام، بل تمتد كذلك إلى المساواة في الحصول على فرص العمل فقد أشارت المادة (١٣) من قانون العمل العماني إلى أن الدائرة المختصة في وزارة القوى العاملة - فيما يتعلق بتشغيل المواطنين- تتولى الحصول على بيان بالوظائف والمهن الشاغرة، وشروط شغلها من أصحاب الأعمال، ومن ثم تقوم بترشيح العمّال للوظائف والمهن الشاغرة متى ما توفرت شروط شغلهم، كما تقدم لهم النصح والمعونة فيما يتعلق بمجالات تدريبهم والتوجيه المهني؛ لتسهيل تشغيلهم في الوظائف والمهن الشاغرة.

(٢٥) الاتحاد العام للعمال، قسم الشؤون النقابية، دليل النقابات العمالية،٢٠١٢م، ص٧.

المبحث الثاني
انعكاسات المعايير الدولية للعمل على الحقوق الأساسية العمّالية

قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول تأثير المعايير الدولية على الحقوق المالية العمّالية.

فقد سعت سلطنة عُمان إلى إرساء حماية حقوق العامل بشتى أنواعها ومن بينها حقه في الأجر والإجازات، بالإضافة إلى الحقوق التي يتحصل عليها في حال إصابات العمل، وخلصت الباحثة إلى أن السلطنة حققت هذه الحماية من خلال تدخل الدولة في وضع حد أدنى للأجور، لكن في المقابل عندما حدد مجلس الوزراء الحد الأدنى للأجور لم يراع المستوى التعليمي لكل عامل، فلم يضع حدا أدنى لكل مستوى وإنما جعل كل المستويات بالحد الأدنى ذاته وهذا بالطبع سيؤدي إلى كثير من المخالفات في ظل الحاجة إلى لعمل، وعليه توصي الباحثة بمراعاة المستوى التعليمي عند تحديد الحد الأدنى للأجور إذ يحدد لكل مستوى تعليمي حداً أدنى للأجر، إضافة إلى ذلك نظم قانون العمل العماني الوفاء به، وقرر حماية خاصة به، كما أقر قانون العمل العماني مجموعة من المبادئ المتعلقة بالإجازات - كما أقر نظام التأمينات الاجتماعية في حالات إصابات العمل بالنسبة إلى العمال العمانيين، والوافدين بقرار من الوزير بناء على اقتراح من مجلس الإدارة وبعد موافقة مجلس الوزراء.

وتطرقنا في المطلب الثاني: إلى معايير حماية فئات معينة من العمّال، وذلك بحسب طبيعة هذه الفئات والتي تحتاج إلى رعاية وحماية خاصة، وقسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التأثير على الحماية القانونية لعمالة النساء.

الفرع الثاني: التأثير على الحماية القانونية لعمالة الأحداث.

الفرع الثالث: التأثير على الحماية القانونية لعمالة المهاجرين.

وخلصت الباحثة إلى انعكاس معايير حماية النساء والأحداث والعمّال المهاجرين الدولية على قواعد الحماية في قانون العمل العُماني مع وجود بعض نواحي النقص.

الخاتمة

توصلت الباحثة من خلال هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات التي يمكن إجمالها في الآتي:

أولاً- النتائج:

١- التصديق على الاتفاقيات العمّالية الدولية التي تشكل مبادئ أساسية في منظمة العمل الدولية كاتفاقية العمل الجبري، وإلغاء العمل الجبري، واتفاقية الحد الأدنى للاستخدام، واتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الطفل.

٢- تكريس معايير العمل الدولية وإدخالها في الاتفاقيات التجارية التي تبرمها سلطنة عُمان مع غيرها من الدول.

٣- انعكاس قواعد العمل الدولية في مجال التنظيم النقابي، والمفاوضة الجماعية، على قواعد التنظيم النقابي والمفاوضة الجماعية في سلطنة عُمان، بالرغم من أن سلطنة عُمان لم تصادق على الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن مع إبداء بعض الملاحظات في هذا الجانب.

٤- انعكاس قواعد تفتيش العمل الدولية على قواعد تفتيش العمل في سلطنة عُمان، بالرغم من أن سلطنة عُمان لم توقع على اتفاقية تفتيش العمل الدولية، واقتصرت على التوقيع على اتفاقية العمل العربية في هذا الشأن مع التحفظ على بعض النصوص.

٥- انعكاس معايير حماية النساء والأحداث والعمّال المهاجرين الدولية على قواعد الحماية في قانون العمل العماني مع وجود بعض نواحي النقص.

ثانياً- التوصيات:

١- فيما يتعلق بالحرية النقابية: توصي الباحثة بتعديل نص المادة (٢/٤) من القرار الوزاري رقم (٢٠١٢/٥٧٠م) التي لا تعطي فئة الأحداث حق الانضمام إلى النقابات العمّالية، ولا تحصر حق الانضمام إلى النقابات العمّالية في فئة عمرية معينة، كما لم ينص القانون على الجهة المختصة بالاعتراض على قرار عدم قبول تسجيل نقابة

عمالية هل يتجه من يرغب في الاعتراض على قرار عدم قبول التسجيل إلى القضاء، أو يقدم الاعتراض لذات الجهة التي لم تقبل تسجيل النقابة؟ لذلك توصي الباحثة بتحديد الجهة المختصة في هذه الحالة، والسماح للأجانب بالترشح لمجالس إدارية في النقابات العمّالية، ولكن في المقابل ويقرن بشروط معينة فلا يترك على إطلاقه، كشرط قضاء فترة زمنية بالعمل في سلطنة عُمان أو شرط المعاملة بالمثل.

٢- تعديل نص المادة (٤/٢٠) من القرار الوزاري رقم (٢٠١٢/٥٧٥م) بحيث لا تحصر تكوين اتحاد عمالي على خمس نقابات، إذ إنه ماذا لو لم توجد إلا نقابتين أو ثلاث أو حتى أربع نقابات فقط في مهنة معينة، وأرادوا تكوين اتحاد عمالي، في هذه الحالة يرفض طلب تكوين اتحاد عمالي تبعاً لفكرة حصر تكوين الاتحاد على خمس نقابات، ومن ثم ترى الباحثة تعديل النص، فلا يحصر الحد الأدنى من النقابات لتشكيل اتحاد عمالي في خمس نقابات.

٣- فيما يتعلق بالمفاوضة الجماعية: إفراد باب خاص بمنازعات العمل الجماعية في قانون العمل العماني، يكون على درجة من الأهمية، ويراعى فيه السرعة في الحسم والاختزال في الوقت والنفقات ويحقق الثبات والاستقرار لجميع أطراف النزاع في حسمه، وتعديل نص المادة (٢١) من القرار الوزاري رقم(٢٠٠٧/١٧م) فتعطي العمال الحق في الإضراب مقابل استحقاقهم أجورهم.

٤- فيما يتعلق بتفتيش العمل: تخصيص باب مستقل يضع تنظيماً قانونياً لموضوع التفتيش العمّالي في قانون العمل كنظيره الأردني، نظراً لأهمية هذا الموضوع.

القرار الإداري السلبي
دراسة مقارنة

عبد الرحيم بن سيف بن علي القصابي
رئيس قسم البحوث والدراسات القانونية والقضائية بالمعهد العالي للقضاء

المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مقدمة :

إن الجهة الإدارية دائماً وأبداً تسعى نحو تحقيق سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وحسبها في ذلك وسائل ثمة، من أبرزها القرار الإداري، هذا الأخير هو الذي تسعى الإدارة من خلاله إلى أن تعبر به عن إرادتها التي قد تكون صريحة، وقد تكون ضمنية تستشف من ظروف الحال، وتهدف الإدارة من خلال تلك الوسيلة بإحداث أثر قانوني معين، هذا الأثر القانوني إما أن يكون بإنشاء مركز عام أو شخصي، أو قد يكون تعديلاً أو إلغاءً لهذا المركز، ويُثار التساؤل عن الحالة التي تسكت فيها الإدارة عن الطلبات المُقدمة إليها من جهة أصحاب الشأن، ولا ترد عليهم لا بالقبول ولا بالرفض، أليس في ذلك إنكار للعدالة؟ إذ إن الإدارة والحالة هذه ستلوذ بالصمت للإفلات من الخضوع لأوامر ولقيود المشروعية؛ لأنه من الأفضل بالنسبة إليها أن تمتنع عن الإجابة عما يطلبه منها ذوي الشأن، ويكون السكوت لها ملاذاً من غير رقابة عليها.

لذلك قضت العدالة للاعتبارات السابقة أن تسوى بين القرار الإداري الإيجابي، وبين تلك الحالة التي تسكت فيها الإدارة عن الطلبات الموجهة إليهم، في الوقت الذي ألزمها المشرع باتخاذ موقف حيالها، هذا الموقف يُطلق عليه (القرار الإداري السلبي ـــ جوهر البحث)

ويُحمد للمشرّع العماني، ونظيره المصري، اعتبارهما للقرار الإداري السلبي، فقد أجاز كل منها الطعن عليه، فلو أن الطعن كان مقصوراً على القرارات الإيجابية، والصريحة، لاتخذت الإدارة من السكوت مذهباً؛ لانتهاك مبدأ المشروعية، وملاذاً لعدم الخضوع لرقابة القضاء.

وعلى ذلك فإن القرار الإداري السلبي شأنه شأن القرار الإداري الإيجابي، حيث يخضع القرار الإداري السلبي بحسب الأصل لكافة القواعد التي تحكم إصدار القرار الإيجابي، ومن ثم فإن الإدارة تلتزم من جهة المبدأ سواء عند إصدارها لقرار صريح أم التزامها السكوت المنتج لقرار سلبي بالمحافظة على القواعد ذاتها.

وبناءً على ما تقدم فإننا سوف ننتهج في عرضنا لهذا البحث بيان وإيضاح القرار الإداري بصفة عامة، وعناصره، كذلك يجب أن نُبين مفهوم وجوهر القرار

الإداري السلبي، موضحين السياسة التشريعية من إقراره، وبيان خصائصه، وما يميز هذا النوع عن غيره من القرارات والتصرفات القانونية والأعمال الأخرى، لنختتم ببيان النهاية التي يكون عليها هذا القرار، وحسبنا في ذلك الدراسة المقارنة، بين سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية.

لذلك فإننا سوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، ويسبقهما مبحث تمهيدي، وهذا ما يمكن لنا أن نبينه من خلال خطة البحث الآتية:

مبحث تمهيدي: تعريف القرارات الإدارية وعناصرها.

المطلب الأول: تعريف القرار الإداري.

المطلب الثاني: عناصر القرار الإداري.

المبحث الأول: ماهية القرارات السلبية ونشأتها.

المطلب الأول: مفهوم القرار السلبي ونشأته.

المطلب الثاني: الخصائص القانونية للقرار الإداري السلبي.

المطلب الثالث: تميز القرار السلبي عن غيره من التصرفات القانونية.

المبحث الثاني: نهاية القرار الإداري السلبي.

المطلب الأول: سحب القرار السلبي من جهة الإدارة.

المطلب الثاني: إلغاء القرار السلبي عن طريق القضاء.

مبحث تمهيدي
تعريف القرارات الإدارية وعناصرها

تقسيم:

نتناول في هذا المبحث تعريف القرار الإداري، وعناصر هذا القرار، وحسن العرض يقتضي منا أن نُقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول، تعريف القرار الإداري، وفي مطلب ثانٍ عناصر ذلك القرار، وهذا ما نسرده من خلال العرض الآتي:

المطلب الأول
تعريف القرار الإداري

يُقصد بالقرار الإداري وفق ما ذهب إليه القضاء الإداري في سلطنة عمان أنه: «إفصاح جهةُ الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين إنشاءً أو تعديلاً أو إلغاءً متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة» [1]، وبمطالعة أحكام هذا القضاء نجد أن الأخير قد أتخذ من التعريف السابق مذهباً في كل الأحكام التي لحقت التعريف السابق، سواء تلك التي صدرت عن الدوائر الابتدائية أم الاستئنافية[2].

أما تعريف قضاء مجلس الدولة المصري للقرار الإداري فقد عرفه بأنه: «إفصاح الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين يكون ممكنًا وجائزًا قانونًا ابتغاء مصلحة عامة» .[3]

أما عن الفقه فقد تعددت تعريفاته في هذا المجال، فمن الفقه من يعرف القرار الإداري بأنه: «إفصاح عن إرادة منفردة، بقصد إحداث أثر قانوني» [4]. وجانب آخر يعرفه بأنه» تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين» [5]، وجانب ثالث يذهب إلى أن القرار الإداري هو» إفصاح عن إرادة منفردة

---

(١) الحكم الصادر في جلسة ٢٠٠٣/٦/٣٠م، الدعوى الابتدائية رقم (١٩) لسنة (٣) ق مجموعة المبادئ القانونية، وحكمها في الاستئناف رقم (٥٥) لسنة (٤) لسنة ق . س مجموعة المبادئ للعامين (٥،٦)، وحكمها في الاستئنافين رقمي (١،٢) لسنة (٥) ق . س، مجموعة المبادئ نفس المرجع، ص١،٢.

(٢) الجدير بالذكر أن هناك حكماً واحداً يعتبر استثناءً على التعريف الذي انتهجه القضاء الإداري، وقد ورد في الدائرة الابتدائية في حكمها رقم (٢٨) لسنة (٢) ق، وقالت فيه: «القرار الإداري هو تصرف قانوني يصدر عن الإدارة بما لها من سلطة عامة ملزمة لينسا مركزا قانونيا جديدا أو يؤثر في مركز قانوني قديم لفرد أو لعدد من الأفراد بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح». انظر الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١٤٦ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٥٤/٠/٢٨م، س٨، ص٧٧٧، وحكمه في الدعوى رقم ٦٦٢ لسنة ٦ ق، في جلسة١٩٥٤/٣/١م، س٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٤١٣ لسنة ٣٢ ق عليا جلسة ١٩٨٨/١١/٢٦م مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، السنة ٣٤ق، الجزء الأول من أكتوبر ١٩٨٨م إلى آخر فبراير ١٩٨٩م مبدأ رقم ٢٧، ص١٨٩، نشر نقابة المحامين.

(٤) سليمان الطماوي: القضاء الإداري، دراسة مقارنة، درا الفكر العربي، القاهرة، ط١٩٨٦م، ص٤٥٠.

(٥) سامي جمال الدين: الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري «دعاوى الإلغاء»، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩١م، ص٤٩.

يصدر من سلطة إدارية، ويرتب أثارًا قانوني» .[٦]

أما التعريف الذي نذهب إليه فهو تعريف الأستاذ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب فيرى أن القرار الإداري هو «عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة» .[٧]

فهذا الأخير يُعد تعريفاً جامعاً مانعاً، رغم تميزه بالإيجاز، فالعمل القانوني ينتج عنه ذاتياً إحداث آثار قانونية خلافاً لما عليه الأمر في الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة، التي لا تولد مثل هذه الآثار، لذلك فعبارة العمل القانوني تغنى عن عبارة «إحداث آثار قانونية» لأنها تتضمنها، ولا تعنى سوى غير المعنى المقصود منه. كما أن تناول التعريف لفظ بالإرادة المنفردة، هو الذي يُميز القرار الإداري عن العقد الإداري، حيث أن الإدارة هي التي تشترك في الأمرين، وأما عن صدور هذه الإرادة عن السلطة الإدارية هو تحديد لازم لصفة متخذ القرار، وذلك حتى يتميز القرارات الصادرة من السطلة الإدارية عن أعمال السلطة العامة الأخرى في الدولة من ناحية وعن أعمال الأشخاص الخاصة من ناحية أخرى [٨]ولاحقًا سوف نبين الأمر أكثر، وذلك عند تناول عناصر القرار الإداري وفقًا للتعريف المرجح بالنسبة إلينا وهو ما يأتي بيانه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني
عناصر القرار الإداري

بناءً على ما سبق ووفقاً لما قُمنا بعرضه سلفاً يمكن أن نستخلص أن للقرار الإداري له ثلاثة عناصر، ويتمثل الأول في أن القرار الإداري عمل قانوني والثاني على أن القرار الإداري يُعد عمًلا صادراً بالإرادة المنفردة، وأخيراً يجب أن يكون صدور القرار عن جهة إدارية، وعلى ذلك يمكن لنا تناول هذا المطلب في ثلاثة أفرع متتالية بيانها على ما يأتي:

الفرع الأول
القرار الإداري عمل قانوني

أهم ما يُميز القرار الإداري انه يُعد عمًلا قانونياً، ويتمثل العمل القانوني في أن تُعبر الإدارة عن إرادتها، وذلك بقصد ترتيب أثراً قانونياً معيناً، هذا الأثر قد يكون بإنشاء أو بإلغاء أو بتعديل مركزًا قانونياً. ومقطوع به أن المركز القانوني هو مجموعة الحقوق والواجبات لشخص مُعين أو لمجوعة من الأشخاص [٩].

وتفريعاً على ما تقدم فإن الوصف السابق، لا ينطبق على الأعمال المادية، فهذه الأخيرة لا ينطبق عليها وصف العمل القانوني، فالأعمال المادية لا تؤثر في المراكز القانونية القائمة، ومثالها الحادث الذي يُصيب فرداً ويكون المتسبب في هذا الحادث هي جهة إدارية، هذا الحادث لا يعد عملاً قانونياً بحسبان أنه لا يغير من المركز القانوني للشخص الذي أصابه الحادث، وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية في سلطنة عمان: «...متى كان المدعى يطالب بتعويضه على الأضرار المادية والمعنوية التي أصابته من جراء حبسه بدون وجه حق...فإن ما قامت به ـــ الإدارة ـــ لا يعدو أن يكون إجراءً أو عملاً مادياً ممالا يدخل ضمن اختصاصات محكمة القضاء الإداري...» .[١٠] وعلى ذلك فإن كان القرار الإداري هو المنوط بالطعن عليه بالإلغاء فإن الأعمال المادية بحسبان أنها ليست قرارات إدارية، فإنه لا يمكن الطعن عليها من خلال دعوى الإلغاء [١١].

كما أن الإجراءات التنفيذية البحتة للقانون لا تعد من قبيل القرارات الإدارية، وتطبيقاً لما تقدم قضى مجلس الدولة المصري بأن القرار الصادر من الإدارة بفصل موظف نتيجة الحكم عليه بعقوبة جنائية أو في أي جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة لا تعد قراراً إدارياً «ذلك أن القرار الصادر بإنهاء الخدمة في هذه الحالة لا يُنشئ بذاته مركزاً قانونياً مستحدثاً للموظف بل لا يعدو أن يكون إجراءً تنفيذياً لمقتضى الحكم الجنائي

(٦) راغب الحلو: القضاء الإداري، درا المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص٤٩.
(٧) محمد رفعت عبد الوهاب: القانون الإداري، الطبعة الأولى،١٩٨١م، ص٢٨.
(٨) محمد فؤاد عبد الباسط: القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص٣٩٦،٣٩٧.
(٩) محمد رفعت عبد الوهاب: النظرية العامة للقانون الإداري، درا الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط ٢٠١٨م، ص٥٢٦.
(١٠) حكم الدائرة الابتدائية في الدعوى رقم (٩) لسنة (٤ ق) مشار إليه لدى: سالم بن راشد العلوي، الوسيط في القضاء الإداري العماني، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى،٢٠١٦م، ص٥٠.
(١١) إبراهيم عبد العزيز شيحا: القضاء الإداري، دون ناشر ط٢٠٠٢، ص٣٢٦.

الذي رتب عليه القانون إنهاء الخدمة...»، (حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٨٣/٤/٤) .[١٢]

أما عن الأعمال المادية التي تسبق القرار الإداري، كالتحقيق الذي يسبق القرار بتوقيع جزاءً تأديبياً، فبحسبان أن مثل هذه الأعمال لا تؤثر في المراكز القانونية القائمة ومن ثم لا تُنشئ أو تُعدل حقاً أو ترتب التزاماً، فهي لا تكتسب وصف القرارات الإدارية كعمل قانوني، وهو ما ينطبق كذلك على الأعمال اللاحقة على صدور القرار الإداري، كتنفيذه أو تفسيره، إذ إن تلك الأعمال لا تُضيف جديداً للقرار الإداري .[١٣]

الفرع الثاني
القرار الإداري عمل صادر بالإدارة المنفردة

إن صدور القرار عن الإدارة بإرادتها المنفردة هو ما يُميز الأخير عن العقد الإداري، إذ إن كلاهما يشتركان في أنهما عملاً من الأعمال القانونية، لكن العقد الإداري لا يصدر عن إرادة الإدارة وحدها بل يصدر بناءً على إرادتين معاً وهما إرادة الإدارة من ناحية، وإرادة الفرد المتعاقد معها من جهة أخرى .[١٤]

ومن أبرز التطبيقات القضائية الدالة على الإرادة المشتركة للعقود الإدارية، ومن ثم لا تُعد من قبيل القرارات الإدارية تعريف محكمة القضاء الإداري العمانية للعقد الإداري إذ قالت فيه: «...ذلك الذي يبرمه وتظهر فيه الإرادة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في تسيير مرفق عام» .[١٥]

وعلى ما تم عرضه آنفاً فإن العقد الإداري بحسبان أنه عمل قانوني مركب لا يجوز الطعن عليه بالإلغاء؛ وذلك لأنه يفلت من الأعمال التي تصدر بإرادة الإدارة المنفردة.

الفرع الثالث
صدور القرار الإداري عن جهة إدارية

من أهم عناصر القرار الإداري أن يصدر عن جهة إدارية، وهذا ما يؤدى إلى ضرورة استبعاد كافة الأعمال والتصرفات التي تصدر عن غير السلطة الإدارية، ولو تم نعتها بالقرار [١٦] والجهات أو السلطات الإدارية التي تصدر القرارات الإداري هي تلك السلطات التي تتبع أحد أشخاص القانون العام، وهم: (الدولة، والأشخاص العامة المحلية، والأشخاص المرفقية). [١٧]

المبحث الأول
ماهية القرارات الإدارية السلبية

تقسيم:

بعدما فرغنا من الحديث عن بيان مفهوم وخصائص القرار الإداري، حان الآن أن نتناول ماهية القرارات الإدارية السلبية من خلال إبراز مفهومهما على الصعيدين (الفقهي والقضائي)، ونحن في مجال الحديث عن ذلك وجب علينا بيان خصائص هذا الصِنف من القرارات، ثم نُبين كذلك ما يميز القرار الإداري السلبي عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى كل ذلك سوف نعرضه في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول
مفهوم القرار السلبي ونشأته
الفرع الأول
تعريف القرار السلبي

ذهب البعض إلى أن القرار يُعد سلبياً عندما تلتزم جهة الإدارة الصمت أو السكوت إزاء موقف معين، ولم تعبر عن إرادتها بوسيلة خارجية أو بإشارة ما يفهم منها اتجاه قصدها ومضمونه في الوقت الذي ألزمها فيه المشرع باتخاذ هذا القرار [١٨] .

---

(١٢) مشار إليه لدى: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٥٢٩.

(١٣) انظر: إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص٣٢٦ وما بعدها.

(١٤) سالم بن راشد العلوي، الوسيط في القضاء الإداري العماني، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى،٢٠١٦م، ص٥٦.

(١٥) حكمها في الاستئنافين رقم (١١٢) لسنة (٦) ق . س، ورقم (١١٧) لسنة (٦) ق . س، بتاريخ ٥ فبراير ٢٠٠٧م، ص٧، مُشار إليه لدى: سالم بن راشد العلوي، المرجع السابق، ص٥٩.

(١٦) عبد الغنى بسيوني: القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص٤٤٨.

(١٧) محمد رفعت: المرجع السابق، ص٥٢٣،٥٣٣.

(١٨) رأفت فودة: عناصر وجود القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص٦٣.

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: «عبارة عن الموقف السلبي الذي تتخذه الإدارة من خلال العزوف عن إعلان إرادتها، بالنسبة إلى موضوع الأمر الواجب عليها اتخاذ موقفه بشأنه. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط ١٩٦٦م، ٣، القاهرة، ص٢٦٣.

ورغم وضوح الاتجاه السابق إلا أن الاتجاه المرجوح لدينا هو ما جاء به قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١)، والمعدل بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣)، فقد نصت المادة السادسة في الفقرة السابعة على أنه: «... ويعد في حكم القرارات الإدارية المنصوص عليها في البندين رقمي (١، ٢) من هذه المادة، رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح». [١٩]

وعلى صعيد التشريع المقارن نجد أن قانون مجلس الدولة المصري، وقد سبق نظيره العماني في ذلك، إذ أورد تعريفاً يماثل التعريف المذكور لدى تشريعنا العماني، قضت به الفقرة الأخيرة من نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م وذلك حين قالت: «ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح».

ويتضح من خلال هذا التعريف أن القرار الإداري السلبي هو في حقيقته تصرف قانوني تلجأ إليه جهة الإدارة عندما تمتنع عن إصدار قرار كان من الواجب عليها إصداره خلال مدة معينة وفقاً للقوانين واللوائح.

وتطبيقاً لذلك نجد أن أحكام المحاكم جاءت تكريساً محموداً لهذه النصوص السابقة، فقد ذهبت العديد من أحكام القضاء العماني أن القرار يكون سلبياً ومتحققاً «عندما ترفض السلطة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين اللوائح، ومعنى ذلك أن المعيار في وجود القرار السلبي هو أن تكون الجهة الإدارية ملزمة قانوناً باتخاذ قرار إداري بقصد إحداث مركز قانوني معين فإذا لم يكون واجباً عليها إصداره فإن امتناعها عن إصداره لا يشكل قراراً سلبياً مما يجوز الطعن عليه أمام هذه المحكمة، وبالتالي يتعين أن تقضي بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري الجائز الطعن عليه قانوناً [٢٠]»، وفي ذات المنحى ذهبت أحكام القضاء المصري إذ قرر هذا القضاء أن: «القرار الإداري السلبي يتحقق عندما ترفض الجهة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه بحكم القانون ـ مناطه أن تكون هناك قاعدة قانونية عامة تقرر حقاً أو مركزاً قانونياً لاكتساب هذا الحق، بحيث يكون تدخل الإدارة لتقرير أمراً واجباً عليها، متى تطلب منها ذلك ـ مؤدى ذلك إذا لم يكن ثمة إلزام على الجهة الإدارية بأن تتخذ موقفاً إيجابياً فإن رفضها أو سكوتها لا يشكل حينئذ الامتناع عن المقصود في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة ـ المسلك السلبي من قبل الإدارة حالة مستمرو ومتجددة، ويمتد الطعن عليه ما بقيت الإدارة على موقفها» [٢١].

وقد أعتد القضاء السابق بما يشكل قراراً سلبياً في عدة أحكام لا تقتصر على صعيد امتناعها. (الإدارة) عن اتخاذ قرار كان عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح فحسب بل امتد ليشمل كذلك الامتناع عن تنفيذ أحكامه القضائية فوفق القضاء السابق يعد قراراً سلبياً «إذا امتنعت جهة الإدارة عن تنفيذ حكم صادر من محكمة القضاء الإداري يشكل قراراً سلبياً بالامتناع عن تنفيذ ذلك الحكم ويشوبه عيب مخالفة القانون والدستور...» [٢٢].

الفرع الثاني
السياسة التشريعية للقرار السلبي ونشأته

إن الإدارة تتمتع في ممارسة نشاطها الإداري بامتيازات جمة، ويعد الكثير منها خروجًا على المبادئ العامة المسلم بها في علاقات الأفراد فيما بينهم، ومن بين تلك الامتيازات، امتياز المبادرة المُوكل لجهة الإدارة

(١٩) ويجري نص البند الأول والثاني من ذات المادة على أنه: «تختص محكمة القضاء الإداري ـ دون غيرها ـ بالفصل في الخصومات الإدارية ومنها الآتي:
١ الدعاوى التي يقدمها الموظفون العموميين بمراجعة القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بسائر شؤونهم الوظيفية.
٢ الدعاوى التي يقدمها ذوي الشأن بمراجعة القرارات الإدارية النهائية.

(٢٠) جلسة ٢٠١٤/١٠/١٤م. الاستئناف رقم (٧٣١) لسنة (١٤) ق . س.

(٢١) جلسة ٢من أبريل سنة ٢٠٠٨م الطعنان رقما ٩٨٤٧ و٩٨٩٦ لسنة ٤٨ القضائية عليا (الدائرة السادسة).

(٢٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٣٨٥٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣م، المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري. في الدعوى رقم ١٧٨٠ لسنة ١٤ ق، بجلسة ١٥ /٢٠١٤/٤م.
أما بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا المصرية، فقد ذهبت في أحد أحكامها إلى أن: «... امتناع الكلية عن اتخاذ إجراءات عرض ونظر وبحث قيد الخطة المقدمة من الطاعنة يكون قد قام على سند غير صحيح من القانون وهو الأمر الذي يشكل قراراً سلبياً بالامتناع عن النظر في خطة البحث المقدمة من الطاعنة مرجح الإلغاء عند نظر الطلب الموضوعي بإلغائه»، انظر حكمة المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩١/٤/١٣م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

هـذا الأخيـر يُخَـول لجهـة الإدارة إصـدار قـرارات إداريـة مُلزمـة ونافـذة في مواجهـة الأفـراد، وتبعـاً لذلـك تنشـئ لهـؤلاء الأخريـن حقـوق، وتترتـب علـى عاتقهـم التزامـات، وذلـك مـن غيـر حاجـة إلـى الموافقـة مـن جانـب هـؤلاء الأفـراد [٢٣].

وعلى ذلك فلجهة الإدارة مَكنُة الإفصاح عن إرادتها الملزمة بشكل صريح أو في صورة ضمنية، لكن ماذا لو أن الإدارة قد سكتت واتخذت من الصمت ملاذاً لتجاهل الطلبات التي تُقدم إليها من الأفراد، وكان عليها أن تتخذ موقفًا فيها أي (الطلبات) بمقتضى إلزاماً قانونياً، فلا يُشكل هذا الأخير ضرراً للأفراد، وشل قدرتهم في ممارسة بعض حقوقهم التي منحها لهم الدستور أو القانون؟

لا غرو بأنه إذا عمدت جهة الإدارة التزام السكوت والصمت تجاه الطلبات المقدمة إليها بعدم البت فيها واتخاذ قرارات بشأنها، وكان من الواجب عليها اتخاذها وفقاً للقوانين واللوائح أن يكون من شأن ذلك إلحاق مصالح الأفراد بضرر بالغ، وقد يكون ذلك تحت مظنة عدم محاسبتها، ؛لعدم وجود تعبير صريح منها في شكل قرار إداري، إذ إن مؤدى هذا السكوت هو عدم وجود إمكانية للطعن على موقف الإدارة حيال هذا الصمت فأين هو القرار الذى صدر عنها حتى يتمكن الأفراد في مباشرة بعض أو كل حقوقهم ومن أبرزها اللجوء إلي القضاء؛ وذلك بهدف الطعن عليه ـــ القرار السلبى ـــ .فالأفراد لا يستطيعون وفق ذلك اللجوء إلى القضاء لعدم وجود قرار إداري قد صدر عن جهة إدارية وكذلك القضاء لا يمكنه التصدي لموقف الإدارة السلبى؛ لعدم وجود قرار يعبر عن إرادتها، وهكذا نصل إلى إنكار تام لحقوق الأفراد، وعدم قدرتهم على مباشرة بعض حقوقهم التي عهدت إليهم من قبل المشرع، وكذلك إنكار للحقوق التي فرضها المشرع على الإدارة أمر تنظيمه .[٢٤]

فمن ناحية فإن الإدارة قد تعتقد أن المسئولية الناجمة عن القرار الناتج عن تجاهل الطلب المُقدم إليها أو تباطؤها في البت فيه يمكن أن يكون أخف وطأة من مسئوليتها التي تنتج عن اتخاذ قرار صريح يعبر عن إرادتها بوضوح، إذ إنه في الحالة الأولى يمكن أن تحتج بالبطء في الإجراءات أو الروتين الإداري المعقد كسبب لهذا التجاهل والإهمال، وبصفة خاصة إذ وجدت صعوبة إي اتخاذ قرار صريح، أو في عملية تسبيب ذلك القرار، إذا كان القانون يفرض عليها هذا التسبيب، هنا لا ملجأ لجهة الإدارة أن تتخذ الإدارة موقفاً سلبياً، ومن ناحية أخرى إن الأفراد، إذا ما خيروا بين موقف تلوذ الإدارة من خلاله بالصمت، ومن ثم عدم استطاعتهم في الالتجاء إلى القضاء، لعدم وجود قرار إداري يمكن الطعن عليه بالإلغاء، وبين عد الصمت بمنزلة قرار إداري برفض طلباتهم ومن ثم يكون لهم إمكانية الطعن عليه من خلال اللجوء إلى القضاء، فالنتيجة تكون من غير شك هو أن تفضيل الأفراد الموقف الأخير؛ لأنه يؤدى إلى حماية الأفراد من اعتساف الإدارة والاحتماء بالصمت [٢٥].

هنا لجأت بعض التشريعات إلى فكرة القرار الإداري السلبي، كنظام قانوني يقضى على تعسف الإدارة واستبدادها تجاه الأفراد وكرد فعل مناسب إزاء صمت وتجاهل الإدارة لتلك الطلبات.

فنجد المشرع المصري منذ إنشاء مجلس الدولة في عام (١٩٤٦م)، والنصوص قد تواترت على أن صمت الإدارة وامتناعها عن الرد أو الموافقة يُعد في حكم القرار الإداري، ومن ثم يمكن الطعن عليه بالإلغاء أمام القضاء.

فإذا أنعمنا النظر في القوانين المصرية، بالأخص قانون مجلس الدولة منذ إنشائه لوجدنا أن الفقرة الثانية من المادة [٢٥] من القانون رقم (١١٢ لسنة ١٩٤٦) والمتعلقة نشأته مجلس الدولة تقضى بأنه: «يعتبر في حكم قرار بالرفض فوات وقت يزيد عن أربعة أشهر دون أن تُجيب السلطة الإدارية المختصة على التظلم المرفوع إليها».

وكذلك ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة(١٢) من القانون رقم (٩ لسنة ١٩٤٩) بأنه: «يعتبر في حكم قرار إداري بالرفض فوات وقت يزيد على أربعة أشهر

(٢٣) وفى ذلك ذهب القضاء الإداري المصري بأن القرار الإداري هو: «عمل قانوني من جانب واحدة، تُفصح فيه الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون، عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث هو ابتغاء المصلحة العامة». راجع في ذلك الطعن رقم ٥٧٩لسنة٣٢ق جلسة ٢١ إبريل ١٩٩٠.

(٢٤) عادل الطبطبائي: نشأة القرار الإداري السلبي وخصائصه القانونية، مجلة العلوم الإدارية، السنة السادسة والثلاثون، العدد الأول، يونيو١٩٩٤م، ص٨،٩.

(٢٥) نفس المرجع السابق، ص١٢،١٢.

دون أن تجيب السلطات الإدارية المختصة على الطلب المقدم إليه ...».

وقد تلى هذا المعنى كل من المواد (١٩) من قانون مجلس الدولة رقم (١٦٥ لسنة ١٩٥٥م)، وكذلك المادة: (٢٢) من القانون (٥٥ لسنة ١٩٥٩م)، والمادة (٢٤) من القانون الحالي لمجلس الدولة المصري رقم ٤٧لسنة ١٩٧٢م، وإن انتقصت المدة المقررة فأصبحت ستين يوماً.

وإن كانت تلك المواد السابقات تُعد سكوت الإدارة والحالة هذه رفضاً ضمنياً، فإن المادة (١٠) من القانون ذاته السالف في فقرتها الأخيرة نصت صراحةً على فكرة القرار الإداري السلبي إذ قالت» ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح».

ويُحمد للمشرِّع العماني تنبيهه للاتجاه السالف، فقد عد الإقرار بفكرة الرفض الضمني للقرارات بمرور مدة معينة وتجاهل الإدارة للطلبات الموجهة من الأفراد وهذا يستشف بما جاء في الفقرة الرابعة من المادة التاسعة من المرسوم السلطاني رقم (٩١ / ٩٩) بإنشاء محكمة القضاء الإداري المرسوم السلطاني رقم (٣ / ٢٠٠٩) إذ قضت تلك المادة بأنه «...ويجب البت فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه، ويعتبر مضى الثلاثين يوماً المذكورة دون أن تُجيب عليه الجهة المتظلم إليها بمثابة رفضه».

وحسناً فعل المشرع في سلطنة عمان حين قرر فكرة القرار الإداري السلبي، فمنذ صدور المرسوم السلطاني رقم (٩١/ ٩٩) بإنشاء محكمة القضاء الإداري، جاءت المادة الثامنة بالنص على فكرة القرار السلبي، وهو ما جاء به المرسوم السلطاني نفسه رقم (٣ / ٢٠٠٩) المعدل لبعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩١/٩٩)، إذ نصت المادة السادسة في فقرتها السابعة على المبدأ ذاته.

وبعد أن عرضنا لمفهوم القرار الإداري السلبي من جهة تعريفه، ونشأته حان الآن الوقت الذي نتعرض فيه للخصائص القانونية للقرار الإداري السلبي، في المطلب الاتي:

المطلب الثاني
الخصائص القانونية للقرار الإداري السلبي

ومن الخصائص التي تميز القرار السلبي أنه يمثل حالة مستمرة، كما أنه لا يخضع للتسبيب، وغير قابل للتشهير أو النشر؛ نظراً لطبيعته المعنوية، ولا يجوز تعليقه على شرط أو أجل معين، وهذا إجمال يعوزه تفصيل على النحو الآتي:

الفرع الأول
القرار الإداري السلبي قرار مستمر

يمكن تقسيم القرارات الإدارية من حيث مدى استمرار تنفيذها إلى قرارات ذات أثر حال ومباشر، وقرارات مستمرة التنفيذ [٢٦]، ومعظم القرارات الإدارية من النوع الأول لأنها تستنفد مضمونها بمجرد تنفيذها فهي تنتج آثارها مباشرة فور صدورها، ولا يستغرق تنفيذها مدة طويلة، وذلك مثل قرارات التعيين أو الترقية أو الجزاءات.

أما القرارات المستمرة فهي التي تحدث آثارها بصفة متجددة، فلا تستنفد مضمونها بمجرد تطبيقها، بل تظل قائمة منتجة لآثارها في المستقبل إلى أن تنتهي بطريق آخر من طرق انقضاء القرارات الإدارية [٢٧].

والقرار السلبي من هذا النوع، طالما ظلت الإدارة ممتنعة عن إصدار القرار الواجب عليها إصداره، وهو ما أشارت المادة السادسة في فقرتها المشار إليها سلفًا من قانون محكمة القضاء الإداري، وكذلك الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري الحالي

فقد عدت تلك المواد السابقة أن امتناع الإدارة عن موقف تقرره القوانين واللوائح في حكم القرارات الإدارية، وعلى ذلك فالقرار السلبي يظل مستمراً ما بقيت حالة امتناع الإدارة عن تطبيق حكم القانون.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان حين قررت: «فإذا تحقق وجود القرار السلبي فلا

---

(٢٦) انظر في هذا التقسيم: حسنى درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن طريق القضاء، دار المعارف، نشر دار الفكر العربي، القاهر، دون سنة نشر، ص ٣٢:٣٥.

(٢٧) سامي جمال الدين: إجراءات المنازعات الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢٠٠٥م، ص٨٦.

يُشترط أن يتقيد ذوو الشأن عند الطعن فيه بالمواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المادة (٩) من قانون المحكمة، طالما استمرت جهة الإدارة في امتناعها أو رفضها اتخاذ القرار الواجب عليها اتخاذه قانوناً».[٢٨]

كما طبق ذلك العديد من الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا المصرية، فقد قضت بأنه» لا يتقيد ميعاد الطعن عدم عرض الطلب على اللجنة المنصوص عليها في المادة ١٥٧ من قانون التأمين الاجتماعي لتصدر قرارها بشأنه ـ يعتبر قراراً سلبياً بالامتناع اتخذته الجهة الإدارية بمنع العرض على لجنة المنازعات، وهو قرار سلبي مستمر لا يتقيد الطعن عليه بميعاد الستين يوماً.[٢٩]»

ويرى البعض[٣٠] أن أساس اعتبار القرار الإداري السلبي من القرارات المستمرة هو أن صاحب الشأن يستمد حقه في إصدار القرار من القانون مباشرة والذي يلزم الإدارة بإصدار هذا القرار، ولكن جهة الإدارة تنكر عليه ذلك وتمتنع عن إصدار القرار بحجة عدم توفر الشروط المنصوص عليها في القانون.

الفرع الثاني
القرار الإداري السلبي غير خاضع للتسبيب

إن جهة الإدارة غير ملزمة بتسبيب قرارتها إلا إذ ألزمها القانون بذلك، أو فرض القضاء عليها هذا الأمر، ففي الحالتين يعد التسبيب شرطاً شكلياً في القرار الإداري ومن ثم يعد عدم التسبيب عيباً يصمُ القرار الإداري بعدم المشروعية.

ونذكر بأن الاتجاه العام في القضاء الإداري أنه لا تسبيب بدون نص[٣١]، وإذا كان هذا الاتجاه يتعلق بالقرار الصريح فما هو الشأن بالنسبة إلى القرار السلبي؟

إن جهة الإدارة كما سلف البيان غير ملزمة بأن تذكر في قرارها السبب الداعي لإصداره، طالما أن له سبباً مشروعا، أما القرارات السلبية، فلا تخضع لهذه القاعدة؛ لكونها قرارات غير مكتوبة، وإنما تستنتج من صمت جهة الإدارة، ولا يعقل بداهة أن يكون هذا الصمت مسبباً، لكن ذلك لا يعنى عدم وجود ركن السبب في القرار الإداري السلبى، فهناك فرق بين وجوب تسبيب القرار كشرط شكلي قد يتطلبه القانون، وبين وجوب قيام القرار على سبب يبرره صدقاً وحقاً (أي في الواقع والقانون) وذلك كركن من أركان انعقاده باعتبار القرار تصرفاً قانونياً، ولا يقوم أي تصرف قانوني من غير سببه ، والقضاء يراقب مدى وجود الأسباب وشرعيته، هذه الطبيعة الخاصة للقرار السلبى قد تجعل مهمة القضاء أصعب في بحثه عن السبب في حالة القرار الصريح .[٣٢]

الفرع الثالث
القرار الإداري السلبي غير قابل للشهر والإعلان

القاعدة العامة في القرارات الإدارية هو عدم جواز الاحتجاج بها في مواجهة الأفراد إلا إذا تم إعلانهم بها، ويكون ذلك بإحدى الوسائل المقررة وفقاً للقانون، فرغم أن القرار الإداري يعد نافذاً منذ اللحظة التي يصدر فيها إلا أن حيلولة الإعلان بالنسبة إلى الأفراد المخاطبين بالقرار يحول دون هذا النفاذ في مواجهتهم، ويتم هذا الإعلام وفق الوسائل المعلومة في القانون، وهي إما بالنشر أو الإعلان، أو من خلال العلم اليقين[٣٣].

(٢٨) الاستئناف رقم (٦١) لسنة (١٠) ق . س جلسة ٢٠١٠/٣/٢٩م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في العام القضائي العاشر،١٤٣٠هـ ـ ١٤٣١هـ، ٢٠٠٩م –٢٠١٠م.

(٢٩) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٢٩ ق عليا جلسة ١٩٨٧/٢/٧م، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، السنة ٣٢ الجزء الأول، من أول أكتوبر١٩٨٦م حتى آخر فبراير ١٩٨٧م، المبدأ رقم ١١٩، ص٧٧٧، نشر نقابة المحامين بالقاهر.

(٣٠) محمد السيد عبد الحميد: نفاذ القرارات الإدارية وسريانها في حق الأفراد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص٤٤.

(٣١) د/ محمد جمال جبريل: السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٩٩.

(٣٢) د/شعبان عبد الحكيم سلامة، القرار الإداري السلبي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،٢٠١١، ص٦١

(٣٣) أنظر د/صلاح الدين فوزي: المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط٢٠٠١، ص٨٩٨.

فمن المُسلم به أن العلم بالقرار الإداري أمر بمقتضى أن يكون له وجود مادي؛ وذلك حتى يتمكن الأفراد من العلم بمضمون ذلك القرار، ولما كان القرار الإداري السلبي ليس له وجود مادي؛ وذلك لأنه يقوم على محض افتراض من المشرع بوجود إرادة ضمنية للإدارة بالرفض، فإن القرار الإداري السلبي والحالة هذه يكون غير قابل للشهر، سواء أكان بالإعلان لصاحب الشأن إذا كان قراراً فردياً، أم بنشره إذا كان قراراً تنظيمياً، وذلك لما أسلفنا فيه القول من أنه ليس له وجود مادي من الأساس.[٣٤]

للاعتبارات السابقة يمكن أن نصل إلى نتيجة قد توصلنا إليها من خلال عرض الخصيصة الأولى للقرار الإداري السلبي، وهو أن الأخير يتسم بكونه مستمراً، ومن ثم فلا يتقيد بمواعيد الطعن[٣٥].

(٣٤) د/محمد جمال جبريل، السكوت في القانون الإداري في التصرفات الإدارية الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦، ص١١٥،١١٦.

(٣٥) الاستئناف رقم (٦١) لسنة (١٠) ق. س جلسة ٢٠١٠/٣/٢٩م، سبقت الإشارة إليه.
انظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٣١ق، جلسة ١٩٨٨/١٢/١م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا الحديثة في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الدار العربية، طبعة ١٩٩٥/١٩٩٤م للموسعات بالقاهرة، جزء ٣٣، مبدأ رقم ٤٣٤، ص٨٥٤.

الفرع الرابع
عدم قابلية القرار الإداري السلبي للاقتران بأجل أو التعليق على شرط

لقد أستقر الفقه[٣٦] ومعه القضاء[٣٧] على أن الأصل العام في القرارات الإدارية هو جواز اقترانها بأجل أو تعليقها على شرط، والقاعدة هي أن القرارات الإدارية تنفذ من تاريخ صدورها، وهذه القاعدة لا تصدق على إطلاقها إلا بالنسبة إلى القرارات البسيطة، أما القرارات المعلقة على شرط، فإن نفاذها وتحقق آثارها مرهون بتحقق الشرط الذى علق عليه القرار .

(٣٦) راجع: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة،١٩٨٢م، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص٤٩٥ وما بعدها .

(٣٧) «ومن الأمثلة القضائية على القرار الإداري الموقوف على شرط، ذلك الأخير المعلق نفاذه على تصديق جهة أخرى، فهنا لا يتم نفاذ القر ار إلا من تاريخ التصديق عليه، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا، في أحد أحكامها أن: «القرارات التي تصدرها مجالس تأديب العاملين بهيئة النقل العام بالقاهرة هي مجرد أعمال تحضيرية تخضع لتصديق السلطة الرئاسية ومن ثم ليس لها منزلة الأحكام التأديبية التي يجوز فيها مباشرة أمام المحكمة الإدارية العليا، بالتالي فإن القرار الصادر بالتصديق على قرار مجلس التأديب هو القرار الإداري النهائي الذى يرد عليه الطعن...».
حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٧٢/١/٢٢م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، السنة ١٧، العدد الأول مبدأ رقم ٢٦، ص١٥٩، الشركة المصرية للطباعة والنشر، ١٩٧٢م.
أما أمثلة الشروط الفاسخة حالة الموظف المعين تحت الاختبار. وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها أن: «التعيين تحت الاختبار إنما شرع لمدة محددة يكون مصير الموظف فيها والنهوض معلقاً بحيث لا يستقر وضعه القانوني في الوظيفة إلا بعد ثبوت صلاحيته للبقاء فيها والنهوض بتبعاتها مدة الاختبار، والمرد في النهاية في تقييم صلاحية الموظف تحت الاختبار إلى السلطة التي تملك التعيين فلها وحدها حق تقرير صلاحيته أو عدم صلاحيته للوظيفة وذلك بالاستناد إلى أية عناصر تستمد منها قرارها وهى تستقل بهذا التقدير بلا معقب عليها مادام قرارها قد تغيا وجه المصلحة العامة وخلا من شائبه إساءة استعمال السطلة...».
حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١١٢ لسنة ١١ ق عليا جلسة ١٩٦٧/٤/٣٢م، الموسوعة الإدارية الحديثة في مبادئ المحكمة الإدارية العليا من ١٩٤٦م حتى ١٩٨٥م.
وإذا كانت معظم الشروط في القرارات الإدارية شروط موقفة إلا أنه لا يمنع من أن يكون القرار الإداري مقرون بأجل، ومثال ذلك أن يصدر ترخيص من جهة الإدارة مقرون بمدة معينة ينتهى بانتهائها، وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها أن: «...الترخيص بمزاولة نشاط إلحاق العمالة المصرية بالخارج هو نوع من التراخيص الإدارية يقصد بها تمكين الجهة الإدارية من الإشراف على تنظيم عملية ممارسة هذا النشاط لضمان الرقابة على المنشآت التي تزاوله حماية للعمالة المصرية ـ يصدر الترخيص لمدة محددة يجوز تجديدها بعدها ـ لا وجه للقول أنها تراخيص مؤقته يجوز سحبها أو تعديلها في أي وقت ...». انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، المكتب الفني، السنة ٣٦، العدد الثاني، مبدأ رقم ٧٩، ص٧٦٩، طبعة وزارة العدل القاهرة ١٩٩٨م، نشر مجلس الدولة.

وإذا كان هذا الشأن بالنسبة إلى لقرار الإداري الصريح في إمكان تعليق آثاره على شرط، أو تحقق أجل معين، فإن القرار السلبي بحكم طبيعته لا يقبل التعليق على شرط أو اقتران بأجل؛ لأنه ليس له وجود مادي، إذ إنه يتمثل في اتخاذ جهة الإدارة موقفاً سلبياً بعدم إصدار قرار ما في حالة كان يجب عليها فيها إصدار قرار سواء كان بالقبول أم بالرفض [٣٨].

المطلب الثالث
تميز القرار السلبي عن غيره من التصرفات القانونية

تمهيد:

القرار الإداري السلبي قرار إداري؛ لذا وجب تمييزه عن القرار الإيجابي من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه قد يختلط مع بعض التصرفات القانونية التي تقوم بها جهة الإدارة؛ لكون تلك التصرفات تتفق مع القرار السلبي في التزام الإدارة موقف الصمت، وتجاهلها أو عدم أداء مهامها بالإجراء المنوط بها وفقاً لما تقضى به القوانين واللوائح [٣٩] ، وهذا ما يستدعى منا بيان تلك التفرقة على ما هو آتٍ:

أولاً- تمييز القرار السلبي عن القرار الإيجابي:

إن جوهر القرار الإداري الإيجابي يكمن في تعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة [٤٠]، وحسبنا للتفريق بين القرار الإداري الإيجابي عن غيره (السلبي)، أن نتعرض للشكل الذي يجب أن يكون عليه القرار الإداري.

فالقرار الإداري ليست له صورة واحدةً، بل تتعدد صوره فالقرار الإداري كما يكون صريحاً فقد يكون ضمنيًا، والقرار الإداري الصريح يطلق عليه مصطلح الإيجابية، إلا أن ثمة مواقف أخرى للإدارة يُنعت معها القرار الإداري تارة بالقرار الضمني، وطوراً أخرى بالقرار الإداري السلبى، فالقرار الإداري الإيجابي مُسلم به أن الإدارة من خلاله تُفصح فيه عن إرادتها، ويكون الإفصاح بشكل إيجابي، وبصورة واضحة وملموسة، فيتسنى لصاحب الشأن التعرف إلى وجود مثل هذا القرار، وحسبه في ذلك دلائل وإمارات، واضحة، وظاهرة للعيان، لئلا يكون هنا أدنى مجالٍ للشك، بأن القرار قد صدر بالموافقة أو بالرفض إلى طلبات ذوى الشأن. [٤١]

أما القرار السلبي (محل دراستنا)، فإن الإدارة تخرج فيه عن الأصل المقرر، وما نقصده هنا هو الإفصاح عن تلك الإرادة، فتتخذ من الصمت جداراً إزاء ما يتقدم به الأفراد إليها، فلا يكون لدى هؤلاء الأفراد المتقدمين بطلباتهم إلى الإدارة، فهم إرادتها؛ وذلك لأن الأخيرة لم تفصح عنها بوسيلة خارجية أو بأي وسيلة أخرى يستشف من خلاله القصد الصادر عنها، ويكون ذلك في مواقف أناط بها المشرع، فثمة مهام كان عليها أن تتخذ موقفاً فيها، [٤٢]فنحن والحالة هذه نكون أمام قراراً إدارياً سلبي، إذا رفضت السلطة الإدارية، أو أمتنعت عن اتخاذ قرار أستلزم القانون أو بمقتضى لائحة توجب على الإدارة اتخاذ قرار ما، ولعل تلك الحالة الأخيرة هي التي عبرت عنها الفقرة السابعة من المادة السادسة من المرسوم السلطاني رقم) ٣ / ٢٠٠٩ (والخاص بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري الصادر

(٣٨) سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص٥٠٣.
(٣٩) شعبان عبد الحكيم سلامة: القرار الإداري السلبي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص٦٦.
(٤٠) راجع تفصيلاً: ص٤،٥ من البحث ذاته.

(٤١) خالد الزبيدي: القرار الإداري السلبي في الفقه والقضاء الإداري، دراسة مقارنة، ص٣٤٥. انظر كذلك: الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقانون الإداري، المرجع السابق، طبعة ١٩٧٦م، ص٢٩٢.
(٤٢) رأفت فوده: عناصر وجود القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط١٩٩٩م، ص٦٣.

بالمرسوم السلطاني رقم) ٩١ / ٩٩) هو ما أكده القضاء الإداري العماني والقضاء المصري في عدد لا بأس به من الأحكام [٤٣].

نستخلص مما تُقدم أن أهم ما يميز القرار الإيجابي عن السلبي فكرة الإدارة والتعبير عنها من جهة الإدارة، وهذا شأن القرار الإداري الإيجابي، أما عن القرار السلبي فإن الإدارة تلتزم موقف السكوت في موقف أنيط بها إصدار قرار معين وفق ما تقره القوانين واللوائح، وهذا أمر مشروط بإن يبادر صاحب الشأن بتقديم طلب إلى جهة الإدارة، فتلوذ الأخيرة بالصمت، وهذا خلاف لما هو عليه الأمر بالنسبة إلى القرار الإداري الإيجابي، فطلب صاحب الشأن ليس بذي بال في كل الأوقات، فللإدارة الحق في أن تُفصح عن إرادتها الملزمة، من غير الحاجة إلى الإرادة الفرد أو صاحب الشأن لئن تصدر الإدارة قرارها [٤٤].

كما أن القرار السلبي يجوز الطعن عليه في أي وقت ما دام الامتناع مستمراً، ولا يشترط بوجه عام التظلم منه، بخلاف القرار الإيجابي فلا يجوز الطعن عليه إلا خلال مدة ستين يوماً، وهي المدة المقررة لرفع دعوى الإلغاء.[٤٥]

ثانياً: تميز القرار السلبي عن الامتناع عن القيام بأعمال مادية:

يتفق القرار الإداري السلبى مع الأعمال المادية لجهة الإدارة [٤٦] في أن جوهرهما، امتناع أو رفض القيام بعمل إيجابي، لكن يختلفان في أن القرار الإداري السلبى يكتسب وصف المشروعية، ومن ثم يتولد لدى ذوي الشأن الحق في الطعن عليه بالإلغاء، وإن كان الوضع كذلك في القرار السلبى إلا أن الأمر مختلف عنه بالنسبة إلى الأعمال المادية، إذ إن تلك الأخيرة لا ترقى إلى مصاف القرارات الإدارية، ومن ثم لا يجوز الطعن عليها بالإلغاء.[٤٧] فالأعمال المادية لا تتجه فيها الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث أثر قانوني، وإن رتب القانون عليها آثاراً معينة؛ لأن مثل هذه الآثار تعد وليدة الإدارة المباشرة للمشرع، وليست وليدة إرادة الإدارة الذاتية [٤٨].

ثالثاً- التمييز بين القرار السلبي والقرار الضمني:

سبق لنا القول وفق ما أقرته الفقرة السابعة من المادة السادسة من المرسوم السلطاني رقم (٣ / ٢٠٠٩) الخاص بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩١ / ٩٩) وكذلك وفق ما قضت به المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧ لسنة ١٩٧٢) على أن يعد في حكم القرارات الإدارية رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح.

وعلى ذلك فإنه مشروط في القرار حين يُنعت بهذا الوصف أمرين:

---

(٤٣) ففي سلطنة عمان أكد القضاء الإداري العماني على ذلك ومن طائفة تلك الأحكام حين ذهب هذا القضاء بأن: «القرار الإداري السلبي يتحقق عندما ترفض الجهة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه بحكم القانون أو اللوائح وإذا كان القانون أو اللوائح لا توجب على الجهة الإدارية التدخل لاتخاذ قرار إداري في أمر معين، وإنما ترك لها الخيار بشأن هذا التدخل، إن شاءت فعلت، وإن شاءت سكتت في أمر معين، فإن امتناعها في هذه الحالة لا يشكل قراراً سلبياً...»
الحكم الاستئنافي رقم (٢) لسنة (٤) ق . س جلسة ٢٠٠٥/١/١٥، مجموعة المبادئ للعامين (٥،٦) منشورات المكتب الفني لمحكمة القضاء الإداري، ص٧٠. انظر كذلك الحكم الاستئنافي رقم (٢٧) لسنة(٤) ق . س، جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٥م، مجموعة المبادئ للعامين (٥،٦).
أما بالنسبة للمحكمة الإدارية العليا في مصر، أنظر: في الطعن رقم ٢٢٢لسنة ٢٨ق جلسة١٩٨/٥/٤م، ص١٠١٧، والطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٩١/٤/١٣م.

(٤٤) عليوه مصطفى فتح الباب: القرار الإداري الباطل والقرار المعدوم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، ص٥٣.

(٤٥) انظر: شعبان عبد الحكيم، المرجع السابق، ص٧٠.

(٤٦) فالأعمال المادية تختلف عن القرار الإداري فإن كان قد سبق لنا عرض المقصود بالقرار الإداري، فنعرض كذلك للعمل المادي فقد ذهب البعض إلى أن العمل المادي: «هي الأعمال التي تقع من الإدارة إما بصفة إدارية تنفيذاً لقواعد القانون أو لقرارات وعقود الإدارة دون قصد إنشاء حقوق أو التزامات جديدة، وإما بصفة غير إدارية عن طريق الخطأ أو الإهمال». راجع: ماجد راغب الحلو، القانون الإدارى، ١٩٨٢م، دار المطبوعات الجامعية، ص٤٥٦. ومن الأمثلة التي ساقها الفقه بشأن العمل المادي مثاله الحادث أصاب فرداً من الأفراد وتسببت فيه إحدى سيارات الإدارة. فهذا الحادث يمثل عملاً أو واقعة مادية ولا يمثل بالطبع قراراً إدارياً، لأن هذا الحادث بذاته لا يؤثر بطريقة مباشرة في المركز القانوني للفرد المصاب لأنه بوصفه مواطناً لم يتغير مركزه القانوني نتيجة إصابته فظل مركزه القانوني كما كان قبل الحادث. كل ما في الأمر أن حالته الواقعية أو المادية تغيرت نتاج الحادث الذي أصابه. انظر: محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، ط٢٠١٨م، ص٥٢٦.

(٤٧) عادى الطبطباني: نشأة القرار الإداري السلبي وخصائصه القانونية، ص١٥.

(٤٨) رأفت فودة: عناصر وجود القرار الإداري، ص٤٣٣.

الأول: أن يكون هناك إلزام قانوني فعلى جهة الإدارة أن تتخذ موقفًا معينًا.

أما الثاني: هو أن تمتنع الإدارة عن اتخاذ القرار.

وفى شأن القرار الضمني ذهب البعض في تعريف القرار الإداري الضمني بأنه: «العمل القانوني الذي يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة ويستخلص من صمتها في ظروف معينة، ويترتب عليه إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني». [٤٩]

فالتعبير عن القرار أو صدور القرار بصورة ضمنية يُستنتج من سكوت الإدارة الملابس أو المصحوب بظروف وقرائن دالة على اتجاه إرادتها، موافقةُ أو رفضًا، ويترتب على ذلك الأثر القانوني نفسه المُترتب على القرار الصريح، طالما أنه في حالة التعبير الضمني عن الإرادة يكون المظهر الذي أتخذ ليس موضوعًا في ذاته للكشف عن إرادة جهة الإدارة [٥٠]، مع مراعاة أن الشأن الجوهري في التفريق بين القرار الإداري الضمني والسلبي، هي فكرة الإلزام، فالأول يمكن أن يدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، إن شاءت منحت وإن شاءت منعت، بينما في الثانية، هناك إلزام قانوني على جهة الإدارة في أن تتخذ موقفًا في شأن الطلبات المُقدمة من قبل الأفراد.

المبحث الثاني
نهاية القرار الإداري السلبي

تقسيم:

نتناول في هذا المبحث بيان النهاية التي يكون عليها هذا القرار السلبي، فالأخير مثله مثل القرار الإيجابي، فكما يكون للإدارة أن تسحبه يجوز كذلك للأفراد أن تطعن عليه، وهو ما نقم بإيضاحه من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
سحب القرار السلبي من الجهة مُصدرة القرار

ذهب البعض في تعريف سحب القرار الإداري قائلاً إن السحب هو: «إلغاء القرار بأثر رجعى» [٥١]، وذهب بعض آخر إلى القول بأنه: «إزالة القرار بكافة آثاره الماضية واعتباره كأن لم يكن قط» [٥٢].

وعلى ذلك فإن السحب لا يتم إلا من خلال الإدارة التي أصدرت القرار أو من الجهة التي تعلوها، كما يترتب على إلغاء القرار الإداري إلغاء كافة آثاره بالنسبة إلى الماضي، فيترتب على السحب، إعادة الحالة التي كانت عليها قبل صدور القرار [٥٣]، ومن ثم فلا يعُد له وجود بالنسبة إلى المستقبل، يُثار التساؤل عن الغاية المرجوة من سحب القرار الإداري، ومنح تلك الوسيلة لجهة الإدارة؟

لا شك أن تخويل جهة الإدارة مثل هذه الإمكانية أو هذا الحق، تجعل الإدارة حريصة على تصويب ما صدر عنها احتراماً للقانون، فالسحب يمنحها الإمكانية من تصحيح الخطأ الذي صدر منها بالمخالفة للأحكام التي يقررها القانون، لكن ما يجب أن يُطرح في هذا المقام هو أنه بالنسبة إلى القرارات الإدارية التي صدرت وصحيح القانون لا يجوز سحبها، ولعل الحكمة من ذلك تُكمن في المبدأ المسلم به من أنه لا يجوز سحب القرارات الإدارية السليمة بأثر رجعى تأسيساً على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية؛ وذلك حفاظاً على المراكز المُكتسبة في ظل تلك القرارات الصحيحة، فالمساس بها يؤدى إلى إهدار تلك الحقوق.

ولما كانت القرارات الإدارية السلبية لا يتولد عنها حقوق من جهة الأصل، فإنه لا يوجد ما يمنع الجهة المنوط بها القرار الإداري السلبي أن تقوم بما يشكل سحباً له. لكن لو أن القرار السلبي نشئ عنه حقوق فإنه -والحالة هذه - يمتنع على الجهة الإدارية التي أصدرت

(٤٩) فؤاد محمد موسى، القرارات الإدارية الضمنية، دار النهضة، ط١٩٩٩/٢٠٠٠م، ص١٧.

(٥٠) انظر: زكى محمد النجار: القرار الإداري الضمني بالقبول، دار النهضة العربية، ط٢٠٠١م، ص٨.

(٥١) سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي. ط١٩٩٨، ص٥٦٠.

(٥٢) محمود حلمي مصطفى: سريان القرار الإداري من حيث الزمان، ص٣٤٩، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة،١٩٦٢م، مُشار إليها لدى، شعبان عبد الحكيم، المرجع السابق، ص٢٤١.

(٥٣) شعبان عبد الحكيم: المرجع السابق، ص٢١٥.

ذلك القرار (أن تسحبه) إلا في خلال المدة القانونية المقررة للطعن القضائي على هذا القرار بالإلغاء [٥٤]، ويترتب على سحب القرار الإداري السلبي أن يعد القرار المسحوب كأن لم يكن من الوقت الذي صدر فيه القرار، وعلى ذلك فهو يأخذ القوة والقيمة نفسها المترتبة عن آثر الإلغاء من خلال القضاء [٥٥]، حري بنا أذًا أن نتطرق إلى نهاية القرار الإداري السلبي عن طريق الطعن بالإلغاء أمام القضاء وهو ما نعرض له في المطلب الآتي.

المطلب الثاني
الطعن بالإلغاء في القرار الإداري السلبي

دعوى الإلغاء بصفة عامة كما قال الدكتور محمد رفعت بأنها: «تهدف إلى إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة» [٥٦]وبهذا فهي تؤدى - دعوى الإلغاء - إلى إزالة كل أو بعض آثار القرار الإداري بالنسبة إلى المستقبل، وذلك من تاريخ إصدار الحكم، وعلى ذلك فإن القرار الإداري السلبي، إذا أكتسب وصف عدم المشروعية، وجب إلغاءه [٥٧].

وعند الطعن على القرار الإداري السلبي بغرض إلغاءه، فإن الشروط المتطلبة في رفع دعوى الإلغاء والتي تطبق على القرارات الإدارية بصفة عامة هي ذاتها التي يجب أن تتوفر عند الطعن على القرار الإداري السلبي، فلابد أن تستوفى الدعوى الشروط الشكلية، وتلك الشروط الموضوعية، إلا أن ثمة استثناء في هذا الصدد ويتعلق بمدة الطعن في القرار الإداري [٥٨].

فإذا كان نص المادة التاسعة من المرسوم رقم (٢٠٠٩/٣) المعدل للمرسوم رقم (٩٩/٩١) حددت ميعاد رفع الدعوى بستين يوماً (وهو ما عليه الأمر كذلك لدى التشريع المصري)، فإنه بانقضاء تلك المدة لا يجوز رفع الدعوى ضد القرار المطلوب الطعن عليه، لعدم توافر إحدى الشروط الشكلية وهي فوات الميعاد المحدد للطعن ،ومن ثم يصبح القرار حصيناً، إلا أن ثمة استثناء يتعلق بالقرار الإداري السلبى في هذه الخصوصية، إذ إن الأحكام القضائية في سلطنة عمان وفي مصر قد درجت على أن الطعن في القرار السلبى لا يتقيد بمدة الستين يوم،[٥٩]، كما أن الفقه قد أستقر على ذلك، وربما الأساس القانوني الذى يستند إليه الفقه له من الرسوخ في تأييده؛ ذلك لأن القرار الإداري السلبي له من الخصوصية التي تجعل ميعاد الطعن فيه مفتوحاً من غير التقيد بمدة محددة، فالقرارات السلبية من جهة طبيعتها تظل مستمرة، ومن ثم فإن آثارها لا تنتهى منذ اللحظة التي يتولد عنها ذلك القرار السلبى [٦٠] كما أنه بخصوص قواعد إعلان هذا القرار فقد سبق لنا وأوضحنا أن القرارات السلبية لا يتم إعلانها ولا شهرها، ولا نشرها، ومن ثم لا تسري عليها المواعيد التي حددها القانون، إلا إذا تم العلم بهذا الأخير علماً يقينياً.

ولا تفوتنا الإشارة إلى أن الحكم بإلغاء القرار الإداري السلبى قضائيًا، يترتب عليه نتيجة مهمة وهي أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القضائي بإلغاء القرار السلبى، وإصدار القرار الإيجابي الملائم، فهذا مؤداه خلقاً لقرار سلبي جديد مخالف للقانون، يتبلور هنا في امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية، التي تحوز حجية الشيء المقضي به، مع الأخذ في الاعتبار أن هذا الامتناع قد يشكل خطأً مرفقياً جسمياً، يؤدي إلى إثارة مسئوليتها المدنية، أو قد يُثير مسئوليتها الجزائية، إذ إن بعض التشريعات قد ترتب عقوبات جزائية في الحالة التي يمتنع فيها الموظف عن تنفيذ حكم قضائي، وهو ما نصت عليه المادة (٢٣٠) قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧)[٦١].

---

(٥٤) تفصيل ذلك: انظر حسني درويش عبد الحميد، المرجع السابق، ص٥٤١.

(٥٥) محمد فؤاد عبد الباسط: القانون الإداري، دار الهدى، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص٤٩٣.

(٥٦) جواد مطلق محمد العطى: القرار الإداري السلبي وأحكام الطعن فيه، دار الفكر والقانون، ط٢٠١٥م، ص١١٦.

(٥٧) جواد مطلق محمد العطى: القرار الإداري السلبي وأحكام الطعن فيه، دار الفكر والقانون، ط٢٠١٥م، ص١١٦.

(٥٨) جواد مطلق محمد العطى: المرجع السابق، ص١٦٨.

(٥٩) انظر: محمد السيد عبد المجيد، نفاذ القرارات الإدارية، وسريانها في حق الأفراد، ص١٥٨.

(٦٠) انظر ص١٣ من البحث ذاته.

(٦١) حيث نصت المادة (٢٣٠) من قانون الجزاء العماني على أنه: (يعاقب بالغرامة من (١٠٠) مائة ريال إلى (١٠٠٠) ألف ريال عماني كل موظف مختص امتنع أو عطل عمداً تنفيذ حكم قضائي أو قرار أو أمر قضائي بعد مضي ثلاثين يوماً من إنذاره بالتنفيذ.
ويلزم الموظف بدفع غرامة أسبوعية مقدارها (٣٠٠) ثلاثمائة ريال عماني بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ إدانته وإلى حين تنفيذ الحكم الذي امتنع أو عطل تنفيذه، وذلك مع عدم الإخلال بحق المضرور في المطالبة بالتعويض، وتنقضي الدعوى الجزائية في أي مرحلة تكون عليها إذا بادر الموظف بتنفيذ الحكم).

خاتمة
وبها أهم نتائج البحث

أولاً: إن القرار الإداري قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً، ولا يشترط في القرار الإداري أن يكون له شكل معين، أو أن يصدر في صيغة محددة، أو يحمل رقماً محدداً، وإنما يكون بكل ما يحمل معنى اتجاه الإدارة في نطاق سلطتها الملزمة إلى إحداث أثر قانوني متى ما كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً.

ثانياً: أخذ المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) المعدل للمرسوم رقم (٩٩/٩١) في فقرته السابعة من المادة السادسة، ومن قبله قانون مجلس الدولة المصري في الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة بفكرة القرار الإداري السلبي، وهو إنشاء مفيد للطعن ضد إنكار الإدارة للعدالة.

ثالثاً: يجوز لجهة الإدارة سحب القرار السلبي في أي وقت؛ لأنه بحسب الأصل لا يولد حقوقاً، فإذا كان القرار السلبي قد تولد عنه حقوق للأفراد، فلا يجوز سحبه وإن كان غير مشروع إلا خلال المدة القانونية المقررة للطعن بالإلغاء.

رابعاً: إذا كان القرار السلبي ينتهي بالإلغاء قضائياً، إلا إنه لا يتصور الطعن على القرار السلبي بالإلغاء؛ لعدم إعلانه أو عدم تسبيبه، ويخضع القرار السلبي فيما عدا ذلك للطعن بالإلغاء بالنسبة إلى باقي العيوب كعيب عدم الاختصاص أو السبب أو المحل أو الغاية مثله في ذلك مثل القرار الصريح، ويجوز الطعن على القرار السلبي في أي وقت مادام امتناع الإدارة عن إصدار القرار السلبي مستمراً، ولا يتقيد بميعاد الستين يوماً المقررة بالنسبة إلى القرارات الصريحة على أساس أن القرار السلبي يتجدد من وقت إلى آخر على الدوام.

المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني

الدكتور/عبد الكريم عوض خليفة
أستاذ القانون الدولي العام المشارك
كلية الشرق العربي للدراسات العليا سابقا

مقدمة:

شهد العالم - وما زال يشهد - صنوفاً شتى من الانتهاكات البشعة ضد ضحايا النزاعات المسلحة، ولم تسلم البيئة من هذه الانتهاكات غير الإنسانية[1]، فالانتهاكات الجسيمة التي أصابت وما زالت تصيب القانون الدولي الإنساني International Humanitarian Law في اتساع متزايد. ويسعى القانون الدولي الإنساني إلى التخفيف من حدة الآلام الناجمة عن النزاعات المسلحة، عن طريق توفير الحماية وتقديم المساعدات اللازمة بأسرع ما يمكن[2].

وتنقسم النزاعات المسلحة إلى ثلاثة أنواع:

الأول: النزاع المسلح الدولي International Armed Conflict، وهو النزاع المسلح الذي يدور بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي، مثال ذلك النزاع المسلح بين دولتين أو أكثر، أو بين منظمة دولية ودولة، أو بين أكثر من منظمة دولية[3].

---

(١) أعلنت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها الصادر بتاريخ ٨ يوليو ١٩٩٦ «أن استخدام الأسلحة الذرية يحمل في طياته اعتداء على القواعد الخاصة بحماية البيئة التي نصت عليها المادة ٣/٣٥ ، والمادة ٥٥ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧». وأضافت المحكمة: «أن الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها ٣٧/٤٧ في ٢٥ نوفمبر ١٩٩٢ قالت «إن تدمير البيئة الذي لا تبرره ضرورة عسكرية وينفذ عمداً أمر يتعارض بشكل واضح مع القانون الدولي، وحثت الدول على اتخاذ جميع التدابير اللازمة لكفالة الامتثال لقواعد القانون الدولي السارية بخصوص حماية البيئة إبان النزاعات المسلحة».
I. C. J., Rep ,١٩٩٦. p ,٢٤٢ ,para . ٣١ - ٣٢.

(٢) أعلن القاضي ويرامانتري Weeramantry في رأيه المعارض الملحق بالرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية أو استخدامها «أن القانون الإنساني مُصمم من أجل التوفيق بين ضرورات الحرب والقوانين الإنسانية».
.Ibid, p. 444

(٣) انظر أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا: النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ١٤.
وقد عرفت اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ في المادة الثانية المشتركة النزاع المسلح الدولي أنه «علاوة على الأحكام التي تسري في وقت السلم، تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة أو اشتباك مسلح آخر ينشب بين اثنين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى ولو كانت الحرب لم يعترف بها أحدهم». وقد أضاف البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م إلى النزاعات المسلحة الدولية الحالات التي تناضل فيها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية (المادة ٤/١).

الثاني: النزاع المسلح غير الدولي Non-International Armed Conflict، وهو النزاع المسلح الذي ينشب داخل إقليم دولة واحدة بين السلطة القائمة من جانب، وجماعة من الثوار أو المتمردين من جانب آخر[٤].

الثالث: النزاع المسلح المختلط أو النزاع المسلح المدوَّل Internationalized Armed Conflict، وهو النزاع المسلح غير الدولي المقترن بالتدخل العسكري الأجنبي من جانب دولة، أو دول أخرى[٥].

وتُعد اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ تحولاً جذرياً، ونقله نوعية في مجال القانون الدولي الإنساني، لذا أعلنت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في ٢٧ يونيو ١٩٨٦ في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارجوا وضدها (نيكارجوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية) أن «القواعد التي تضمنتها اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م تُمثل حداً أو معياراً أدنى، كما أنها تعكس الاعتبارات الأولية للإنسانية»[٦].

وأثناء النزاعات المسلحة تُرتكب انتهاكات فجة لقواعد القانون الدولي الإنساني من قبل أطراف النزاع، وقد أدت تلك الانتهاكات التي ارتكبت في أواخر القرن العشرين إلى إنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة (المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا International Criminal Tribunal for Rwanda)، وإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

وموضوع بحثنا يدور حول المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني، وهي من المبادئ الراسخة في القانون الدولي الإنساني، ومن آثار المسؤولية الدولية الالتزام بالتعويض عن الأضرار.

ورأينا من المناسب تقسيم البحث إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: شروط المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني.

المبحث الثاني: التعويض عن الأضرار الناجمة عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني.

المبحث الأول
شروط المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني

المسؤولية الدولية «نظام يسعى إلى تعويض شخص أو أكثر من أشخاص القانون الدولي عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لنشاط أتاه شخص آخر أو أكثر، من أشخاص القانون الدولي»[٧]، لذا قرر باربوزا أن «القانون يعتبر أن بعض الأشخاص مسئولون عن واجبات محددة حتى قبل أن يقع الحدث الذي يترتب عليه نتائج ضارة، وفي هذا الصدد تتعلق المسؤولية بمجموع الواجبات التي يفرضها القانون على الأشخاص، بسبب الدور الذي يقومون به»[٨].

(٤) جدير بالإشارة أن تحديد المقصود بالنزاع المسلح غير الدولي كان من المسائل البالغة الدقة والصعوبة، إلى أن حسم هذا الأمر في المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع التي جاء فيها «في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية....».

(٥) تُعد الحالتان السورية واليمنية نموذجا للنزاعات المسلحة المدوَّلة، أو الحروب الجديدة.

(6) I. C. J., Rep., 1986, p. 114, para. 218.

(٧) انظر الأستاذ الدكتور محمد السعيد الدقاق: شرط المصلحة في دعوى المسئولية عن انتهاك الشرعية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص ١١.

(8) Barboza (J.): State responsibility, First Report, Yearbook International law Commission, 1986, p. 4.

وقرر روبرت أجو أن العمل غير المشروع يترتب عن عدم الوفاء بأحد الالتزامات الدولية المفروضة على أحد أشخاص القانون الدولي، وأن الفعل الدولي غير المشروع يتطلب وجوده:

١ تصرفاً، سواء كان فعلاً أو امتناعاً، منسوباً للدولة طبقاً لقواعد القانون الدولي العام؛

٢ أن يخالف هذا التصرف أحد الالتزامات الدولية.

Ago (R.): State responsibility, Second Report, Yearbook International law Commission, 1970, vol. II, p. 187.

Ago (R.): State responsibility, Third Report, Yearbook International law Commission, 1971, vol. II, p. 199.

ويلزم لقيام المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني توفر ثلاثة شروط مجتمعة[٩]:

الشرط الأول: ارتكاب فعل يرتب عليه القانون الدولي الإنساني المسؤولية.

يجب لقيام المسؤولية الدولية ارتكاب فعل يرتب عليه القانون الدولي الإنساني المسؤولية كالإخلال بنص اتفاقي في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني (مثل اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩)، أو قاعدة عرفية[١٠]، أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون[١١].

وفي قضية شركة برشلونة للقطر، والإنارة، والطاقة المحدودة (بلجيكا ضد أسبانيا طلب جديد: ١٩٦٢م) أعلنت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في ٥ فبراير ١٩٧٠م أنه: «ينبغي التمييز بين التزامات الدولة تجاه المجتمع الدولي ككل، والتزامات الدولة تجاه دولة أخرى... وبحكم طبيعة التزامات الدول تجاه المجتمع الدولي فإنها تعنى جميع الدول، وفي ضوء أهمية الحقوق المعنية، يمكن اعتبار جميع الدول ذات مصلحة قانونية في حمايتها؛ فهي التزامات تجاه الكافة، وتستمد هذه الالتزامات، على سبيل المثال، في القانون الدولي المعاصر، من حظر أعمال العدوان والإبادة الجماعية، وأيضاً من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للشخص الإنساني، بما في ذلك الحماية من الاستعباد والتمييز العنصري»[١٢].

الشرط الثاني: نسبة الفعل إلى أحد أشخاص القانون الدولي الإنساني

إلى جوار الشرط الأول يجب أن يكون الفعل منسوباً إلى شخص دولي يرتب عليه القانون الدولي الإنساني المسؤولية الدولية، إذ إن المسؤولية الدولية تقوم في حالة ارتكاب أحد أشخاص القانون الدولي (الدول، أو المنظمات الدولية، أو فرد تابع للقوات المسلحة) فعلاً أو امتناعاً غير مشروع دولياً يسبب ضرراً يلحق بشخص من أشخاصه.

وقد قرر معهد القانون الدولي أن: «الدولة تُعد مسئولة عن كل فعل أو امتناع، يتنافى مع التزاماتها الدولية، أياً كانت سلطة الدولة التي أتته، تشريعية، أو قضائية، أو تنفيذية»[١٣].

وفي إطار القانون الدولي الإنساني تُسأل الدولة عن الأعمال التي ترتكبها قواتها المسلحة، ويُعد هذا تطبيقاً مخلصاً للقاعدة العامة بشأن مسؤولية الدولة عن الأعمال غير المشروعة دولياً، والتي تعد الدولة وفقاً لها مسئولة عن تصرفات أجهزتها، وارتكاب أحد الأشخاص لفعل يُشكل انتهاكاً لاتفاقيات جنيف الأربع أو لبروتوكولاتها لا يعفى رئيسه من المسؤولية الجنائية،

---

(٩) انظر الدكتور عبد الكريم عوض خليفة: القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٣٥٢ -٣٥٤.

(١٠) من هذه القواعد مثلاً: حظر أعمال العنف أو التهديد به الرامية بصورة رئيسية بث الذعر بين السكان المدنيين، وجوب توجيه إنذار مسبق في حالة الهجمات التي قد تمس السكان المدنيين ما لم تحل الظروف دون ذلك، يجب في جميع الأحوال احترام وحماية أفراد الخدمات الطبية القائمين بالمهام الطبية دون غيرها، يجب في جميع الأحوال احترام وحماية أفراد الخدمات الدينية المخصصين للمهام الدينية دون غيرها، يجب في جميع الأحوال احترام وحماية الوحدات الطبية المخصصة لأغراض طبية دون غيرها، حظر الأمر بعدم إبقاء أحد على قيد الحياة، احترام وحماية أفراد الغوث الإنساني، احترام وحماية الأعيان المستخدمة لعمليات الغوث الإنساني، وحظر إساءة استخدام الشارات المميزة.

(١١) من هذه المبادئ مثلاً: مبدأ حظر الآلام التي لا مبرر لها، مبدأ المعاملة الإنسانية، مبدأ استمرار الحماية المقررة للفئات المحمية حتى يزول سبب منحها، مبدأ الشك يفسر لصالح الشخص المحمي، مبدأ خضوع الشخص المحمي لسلطان الدولة المعنية، مبدأ ضرورة التمييز بين الأهداف العسكرية وغير العسكرية، مبدأ عدم التمييز بين الفئات المحمية، مبدأ المحافظة على سلامة الفئات المحمية، مبدأ التناسب، مبدأ عدم قابلية جرائم الحرب للتقادم، ومبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال قواتها المسلحة التي تنتهك حقوق الفئات المحمية.

(12) I. C. J., Rep., 1970, p. 32.

(13) Yearbook International law Commission, 1936, vol. II, pp. 227 –228.

إذا علم أو كانت لديه أسباب معقولة أن هذا الشخص يستعد لارتكابه أو ارتكبه، دون أن يتخذ الرئيس التدابير الضرورية، والمعقولة لمنع هذا الفعل أو للمعاقبة عليه (الفقرة الثانية من المادة ٨٦ من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧)[١٤].

وفي قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكارجوا وضدها (نيكارجوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية) أعلنت المحكمة «أن هناك التزام يقع على عاتق حكومة الولايات المتحدة الأمريكية بموجب المادة الأولى من اتفاقيات جنيف باحترام الاتفاقيات وكفالة الاحترام للاتفاقيات في جميع الأحوال، وهذا الالتزام لا ينبع من الاتفاقيات نفسها فحسب، وإنما من المبادئ العامة للقانون الإنساني التي تمنحها الاتفاقيات تعبيراً خاصاً، ومن ثم فإن الولايات المتحدة يقع على عاتقها واجب عدم تشجيع الأشخاص أو الجماعات المشاركة في النزاع في نيكاراجوا على القيام بأعمال تنتهك أحكام المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩»[١٥].

وفي رأيها الاستشاري بشأن الآثار القانونية الناجمة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة الصادر في ٩ يوليو ٢٠٠٤، أكدت المحكمة على «أن المادة الأولى من اتفاقية جنيف الرابعة، وهي حكم مشترك بين اتفاقيات جنيف الأربع تنص على أن: «تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة باحترام وكفالة احترام هذه الاتفاقية في جميع الأحوال»، ويترتب على ذلك الحكم أن على كل دولة طرف في تلك الاتفاقية، سواء كانت طرفاً أم لا في نزاع معين، التزام بكفالة الامتثال لمتطلبات الصكوك المشار إليها»[١٦].

وبالنسبة إلى المنظمات الدولية يستوي أن يكون الفعل غير المشروع دولياً صادراً عن أحد أجهزة المنظمة الرئيسية، أو الثانوية، أو أحد موظفيها.

الشرط الثالث: ضرر يصيب أحد أشخاص القانون الدولي الإنساني.

علاوةً على الشرطين السابقين يجب حدوث ضرر يصيب أحد أشخاص القانون الدولي الإنساني الآخرين نتيجة لوقوع الفعل المرتب للمسؤولية الدولية، فلا يتصور قيام المسؤولية الدولية عند تخلف عنصر الضرر؛ إذ يُعد الضرر شرطاً جوهرياً لقيام المسؤولية الدولية.

---

(١٤) جدير بالتنويه أن البروتوكول الإضافي الأول يتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية، ويتكون من ديباجة ومائة واثنتين مادة وملحقين (الأول بشأن اللائحة المتعلقة بتحقيق الهوية، والثاني بشأن بطاقة الهوية الخاصة بالصحفيين المكلفين بمهمات مهنية خطيرة)، ويتعلق البروتوكول الإضافي الثاني بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، ويتكون من ديباجة وثماني وعشرين مادة.
وهناك بروتوكول إضافي ثالث لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م بشأن اعتماد شارة مميزة إضافية، وصدر هذا البروتوكول في ٨ ديسمبر عام ٢٠٠٥م عن المؤتمر الدبلوماسي للدول الأطراف في اتفاقيات جنيف، وبموجبه تم اعتماد شارة مميزة إضافية، هي مربعا أحمر قاتما على حده وأرضيته بيضاء (الكريستال الأحمر أو البلورة الحمراء)، علاوة على الشارات المميزة الواردة في اتفاقيات جنيف، وهي: الصليب الأحمر، والهلال الأحمر، والأسد والشمس الأحمرين. ويتكون البروتوكول من ديباجة وسبع عشرة مادة وملحق.

(15) I. C. J., Rep.,1986, p. 114, para. 220.
تتكون اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان من ديباجة وأربع وستين مادة وملحقين (وهذه الاتفاقية هي مراجعة لاتفاقية جنيف لتحسن حال الجرحى والمرضى بالجيوش في الميدان المؤرخة في ٢٧ يوليو ١٩٢٩)، وتتكون اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار من ديباجة وثلاث وستين مادة وملحق (وهذه الاتفاقية هي مراجعة لاتفاقية لاهاي العاشرة المؤرخة في ١٨ أكتوبر ١٩٠٧ بشأن تطبيق مبادئ اتفاقية جنيف لعام ١٩٠٧ على الحرب البحرية)، وتتكون اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب من ديباجة ومائة وثلاث وأربعين مادة وخمسة ملاحق (وهذه الاتفاقية هي مراجعة للاتفاقية المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب المبرمة في جنيف بتاريخ ٢٧ يوليو ١٩٢٩)، وتتكون اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب من ديباجة ومائة وتسع وخمسين مادة وثلاثة ملاحق.

(16) I. C. J., Rep., 2004, pp. 199 –200, para. 158.

ويستوي أن يكون الضرر مادياً أو أدبياً، فقد يكون الضرر الأدبي أفدح بكثير من الضرر المادي في مجال العلاقات الدولية، بيد أنه يشترط أن يكون الضرر ضرراً مباشراً؛ لذا قضت محكمة التحكيم البريطانية الأمريكية في قضية الأباما Alabama بإلزام الحكومة البريطانية بتعويض الضرر المباشر المترتب على سماحها لولايات الجنوب بأن تقوم باستخدام الموانئ الإنجليزية ببناء وتسليح السفن التي كانت تستخدمها في حربها ضد ولايات الشمال، ورفضت طلب الحكومة الأمريكية إلزام الحكومة البريطانية بتعويضها عن الأضرار غير المباشرة المتجسدة في استطالة مدة الحرب وارتفاع الأسعار وأقساط التأمين البحري[١٧].

المبحث الثاني
التعويض عن الأضرار الناجمة عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني

بات من المسلم به أن من آثار المسؤولية الدولية الناجمة عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني، الالتزام بالتعويض عن الأضرار[١٨]؛ لذلك تنص المادة الحادية والتسعون من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ على أن: «يسأل طرف النزاع الذي ينتهك أحكام الاتفاقيات أو هذا اللحق «البروتوكول» عن دفع تعويض، إذا اقتضت الحال ذلك، ويكون مسئولاً عن كافة الأعمال التي يقترفها الأشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواته المسلحة». ونصت المادة الثامنة والثلاثون من البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح[١٩]، على أنه لا يؤثر أي حكم في هذا البروتوكول يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي، بما في ذلك واجب تقديم تعويضات»[٢٠].

ويبدو جلياً من هاتين المادتين عدة أمور:

الأول: يُسأل طرف النزاع عن جميع الأعمال التي يرتكبها الأشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواته المسلحة.

الثاني: لا تؤثر مسؤولية طرف النزاع على المسؤولية الجنائية الفردية.

الثالث: لا تؤثر المسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي، بما في ذلك التزامها بتقديم تعويضات عن الأضرار.

---

(17) R. A. I., vol. II, pp. 828 – 841.
Moore (J. B.): A digest of international law, vol. VII, Washington, 1906, pp. 1059 – 1064.

(١٨) انظر الدكتور عبد الكريم عوض خليفة: أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١٥٩ وما بعدها.

(١٩) حرى بالذكر أن الممتلكات الثقافية يتم حمايتها في حالة نزاع مسلح بموجب اتفاقية لاهاي التي أبرمت بتاريخ ١٤ مايو ١٩٥٤م، وتتكون الاتفاقية من ديباجة وأربعين مادة. واللائحة التنفيذية لاتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح تتكون من إحدى وعشرين مادة، وهناك بروتوكول من أجل حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح أبرم في ١٤ مايو ١٩٥٤م، والبروتوكول الثاني للاتفاقية أبرم بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٩٩م، ويتكون هذا البروتوكول من ديباجة وسبع وأربعين مادة.

(٢٠) لذا نصت المادة ٧٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية International Criminal Court على أن «١-تضع المحكمة مبادئ فيما يتعلق بجبر الأضرار التي تلحق بالمجني عليهم أو فيما يخصهم، بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار وعلى هذا الأساس، يجوز للمحكمة أن تحدد في حكمها، عند الطلب أو بمبادرة منها في الظروف الاستثنائية، نطاق ومدى أي ضرر أو خسارة أو أذى يلحق بالمجني عليهم أو فيما يخصهم، وأن تبين المبادئ التي تصرفت على أساسها.

٢ للمحكمة أن تصدر أمراً مباشراً ضد شخص مدان تحدد فيه أشكالاً ملائمة من أشكال جبر أضرار المجني عليهم، أو فيما يخصهم، بما في ذلك رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار وللمحكمة أن تأمر، حيثما كان مناسباً، بتنفيذ قرار الجبر عن طريق الصندوق الاستئماني المنصوص عليه في المادة ٧٩.

٣ قبل إصدار أمر بموجب هذه المادة، يجوز للمحكمة أن تدعو إلى تقديم بيانات حالة من الشخص المدان أو من المجني عليهم أو من سواهم من الأشخاص المعنيين أو الدول المعنية أو ممن ينوب عنهم وتضع المحكمة هذه البيانات في اعتبارها.

٤ للمحكمة أن تقرر، لدى ممارسة سلطتها بموجب هذه المادة وبعد إدانة شخص في جريمة بمقتضى هذا النظام الأساسي ما إذا كان من اللازم لتنفيذ أمر تصدره بموجب هذه المادة طلب اتخاذ تدابير بموجب الفقرة ١ من المادة ٩٣.

٥ تنفذ الدولة الطرف القرار الصادر بموجب هذه المادة كما لو كانت أحكام المادة ١٠٩ تنطبق على هذه المادة.

٦ ليس في هذه المادة ما يفسر على أنه ينطوي على مساس بحقوق المجني عليهم بمقتضى القانون الوطني أو الدولي».

وهناك صورتان للتعويض عن الأضرار:

الأولى- الترضية:

الترضية Satisfaction صورة من صور التعويض عن الأضرار الأدبية، ومن أشكال الترضية: إقرار الانتهاك، أو تعبير عن الأسف، أو اعتذار رسمي، وضمانات بعدم تكرار الانتهاك وبكشف الحقيقة، والوعد بمعاقبة المسئولين عن الانتهاكات، وإعادة التأهيل، أو أي شكل آخر مناسب.

الثانية- التعويض:

التعويض Compensation له صورتان:

(أ) التعويض العيني:

يُعد التعويض العيني هو الصورة الأولى للتعويض عن الأضرار المادية، والصيغة الرئيسة لهذا التعويض تتمثل في الردRestitution أو إعادة الأمور إلى نصابها، أو إعادة الشيء إلى حاله، والتعويض لا يكون عادلاً إلا إذا كان عينيا، وقد أشارت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مصنع شورزو إلى التعويض العيني في: «أن التعويض يجب بقدر الإمكان أن يزيل جميع آثار العمل غير المشروع، ويعيد الحالة إلى ما كانت عليه لو لم يرتكب هذا العمل، وذلك بالتعويض العيني»[٢١].

وينص البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية على واجب الدول في منع تصدير الممتلكات الثقافية الموجودة على الأراضي التي تحتلها خلال نزاع مسلح، ويلزم دولة الاحتلال، وكذلك الدول الأخرى، عند انتهاء العمليات العدائية بأن تسلم الممتلكات الثقافية الموجودة على أراضيه إلى السلطات المختصة للأراضي التي كانت تحت الاحتلال، إذا كانت هذه الممتلكات قد جرت مصادرتها خلافا للفقرة الأولى من ١، ولا يجوز بحال من الأحوال حجز تلك الممتلكات بصفة تعويضات حرب (٣/١). وقد دعا مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة في قراره رقم ١٠٧١(١٩٩٦) بشأن ليبيريا قادة الفصائل تأمين إعادة الممتلكات المنهوبة.

(ب) التعويض المالي

يُعد التعويض المالي هو الصورة الثانية للتعويض عن الأضرار المادية، وذلك عندما يكون التعويض العيني مستحيلاً أو مستتبعاً لعبء لا يتناسب إطلاقا مع المنفعة المتأتية من الرد، وأشارت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مصنع شورزو إلى التعويض المالي في: «أن التعويض يجب بقدر الإمكان أن يزيل جميع آثار العمل غير المشروع... وتعويض مالي عن الخسائر التي لا يغطيها التعويض العيني، أو ما يقابله»[٢٢].

وقد منحت لجنة التعويضات التابعة للأمم المتحدة، -التي أنشئت بقرار من مجلس الأمن للنظر في طلبات التعويض عن الخسائر، والأضرار المباشرة الناتجة عن الغزو العراقي غير المشروع للكويت-، تعويضات لأسرى الحرب السابقين الذين كانوا في قبضة العراق، والذين كانوا عرضه لسوء المعاملة التي تُشكل انتهاكاً لاتفاقية جنيف الثالثة[٢٣].

(21) P. C. I. J., Series. A -No. 17, p. 47.

وهذا ما قررته المحكمة بالضبط:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act-a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals-is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it-such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act .contrary to international law

(22) Ibid.

(23) UNCC, Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners concerning Part One of the Second Instalment of Claims for Serious Personal Injury or Death, p. 276.

خاتمة

من المشاكل التي باتت تُؤرق المجتمع الدولي مشكلة الانتهاكات المنهجية لقواعد القانون الدولي الإنساني، وتُشكل الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني جرائم حرب (المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية)[٢٤]. ويعد مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية Principle Individual Criminal Responsibility، من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الإنساني (المادة ٢٥ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية).

ونعرض فيما يأتي لأهم النتائج والتوصيات:

أولاً- النتائج:

١ يسعى القانون الدولي الإنساني -بين أمور أخرى- إلى منع خرق قواعده تحت أي ظرف.

٢ تُشكل الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني جرائم حرب، يتعرض مرتكبوها للمساءلة المباشرة.

٣ ما زالت الهوة سحيقة بين النصوص المتعلقة بحماية ضحايا انتهاكات القانون الدولي الإنساني، وتطبيقها في الواقع العملي؛ ولعل ذلك يرجع -بين أمور أخرى- إلى عدم تفعيل آليات الحماية الدولية والوطنية لضحايا النزاعات المسلحة.

ثانياً- التوصيات:

١ نناشد الدول الكف عن خرق قواعد القانون الدولي الإنساني.

٢ نطالب بتوثيق انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني في شتى بقاع المعمورة، وتقديم المسئول، أو المسئولين عن هذه الانتهاكات لمحاكمة عادلة.

٣ ندعو مجلس الأمن إلى إحالة انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني إلى المحكمة الجنائية الدولية من غير إبطاء[٢٥].

المراجـــــــع

أولاً- المراجع العربية:

- الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا: النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- الدكتور عبد الكريم عوض خليفة: أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠١م.
- الدكتور عبد الكريم عوض خليفة: القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م.
- الدكتور عبد الكريم عوض خليفة: القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م.
- الأستاذ الدكتور محمد السعيد الدقاق: شرط المصلحة في دعوى المسئولية عن انتهاك الشرعية الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣م.

ثانياً- المراجع باللغة الإنجليزية:

(1) Books and Reports**:**

- Ago (R.): State responsibility, Second Report, Yearbook International law Commission, vol. II, 1970.
- Ago (R.): State responsibility, Third Report, Yearbook International law Commission, vol. II, 1971.

(٢٤) كالقتل العمد، أو التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية، أو تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو بالصحة، أو إلحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات والاستيلاء عليها دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبالمخالفة للقانون وبطريقة عابثة، أو إرغام أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية على الخدمة في صفوف قوات دولة معادية، أو تعمد حرمان أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية من حقه في أن يحاكم محاكمة عادلة ونظامية، أو الإبعاد أو النقل غير المشروعين أو الحبس غير المشروع، أو أخذ رهائن.

(٢٥) وفقا للمادة الثالثة عشرة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة الخامسة في الحالات الثلاث التالية:
الأولى: إذا أحالت دولة طرف إلى المدعى العام وفقا للمادة الرابعة عشرة حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.
الثانية: إذا أحال مجلس الأمن، متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعى العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت؛
الثالثة: إذا كان المدعى العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقا للمادة الخامسة عشرة..

- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004.
- Barboza (J.): State responsibility, First Report, Yearbook International law Commission, 1986.
- Moore (J.B.): A digest of international law, vol. VII, Washington, 1906.

(2) Judgments and Advisory opinions by chronological order**:**

- Case Concerning the Factory at Chorzow (Claim for Jndemnity) (Merits), Series. A-No. 17, September 13th, 1928.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (New Application: 1962) (Belgium v. Spain) Second Phase, Judgment of 5 February 1970.

مسؤولية المباشر والمتسبب في الفعل الضار

المحامي/ عمّار عبد الكافي المرعب
مستشار قانوني في مدارس الشارقة

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا محمد أفصح العرب لساناً، وأكملهم بياناً، وأرجحهم في القول ميزاناً، وبعد:

استمد المشرع العماني عند صياغته لنصوص قانون المعاملات المدنية، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩) لعام ٢٠١٣م، وكذلك المشرع الإماراتي، القانون رقم (٥) لعام ١٩٨٥م، أحكامهما من الفقه الإسلامي ومن الأحكام الواردة في مجلة الأحكام العدلية، وقد اتخذا أساساً لهما القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦م.

وقد استخدمت القوانين السابقة مصطلح الفعل الضار، الذي يندرج تحت المصادر غير الإرادية، وذلك على خلاف القوانين التي سبقتها فالقانون المدني السوري وأصله المصري يسميها العمل غير المشروع، والفقه القانوني اصطلح على تسميتها بالمسؤولية التقصيرية.

وذهب البعض إلى أن هذه التسمية أي الفعل الضار أفضل من غيرها بسبب أن هذا المصطلح يدل على مصدر الالتزام الذي تنشأ عنه المسؤولية، بينما مصطلح المسؤولية التقصيرية هو دال على الأثر المترتب على المصدر، وكون الحديث عن مصادر الحق أو الالتزام، فالتعبير بلفظ دال على المصدر أفضل من التعبير الدال على الأثر، على غرار المصادر الأخرى كالعقد والإرادة المنفردة والفعل النافع والقانون، كما أن مصطلح العمل غير المشروع لا يدل دلالة تامة على سبب المسؤولية فليس كل عمل غير مشروع تنشأ عنه مسؤولية، وليست كل مسؤولية ناشئة عن عمل غير مشروع[1].

وقد تبنى المشرع العماني والإماراتي ومن قبلهما الأردني، مصطلح الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية متأثرين بالفقه الإسلامي ومغايرة للأنظمة القانونية المعاصرة مثل القانون السوري والمصري والفرنسي، وتبني فكرة المسؤولية الموضوعية التي يرتكز جل اهتمامها في حماية المضرور وضمان تعويضه عما

(١) د. مصطفى الزرقا: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨م، ص١٦.

أصابه من ضرر، أما تقويم سلوك الفعل الضار فلا يدخل في حساباتها إلا عرضاً[٢].

ومن هذا التباين بين الفعل الضار في قوانين المعاملات المدنية، في كل من عمان والإمارات والأردن، فيما يختص بالضمان أو التعويض، وبين القوانين المدنية المعاصرة، التي تطلق عليه مصطلح المسؤولية التقصيرية، أو العمل غير المشروع، والأخذ بمسؤولية المباشر والمتسبب في الفعل الضار، في قوانين المعاملات المدنية، والتي عد هذا التقسيم من التقسيمات الجوهرية في نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.

وقد نظم قانون المعاملات المدنية العماني الأحكام العامة للفعل الضار بالمواد (١٧٦ــ١٨٥) من غير أن يبين المقصود بـ (المباشر)، فقد نصت المادة (١٧٦) على أن: «١ــ كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بالتعويض».

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية المباشرة في المادة (٨٨٧) بأنها: «الإتلاف مباشرة، هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر».

وعليه فإن قانون المعاملات المدنية العماني قد جعل أساس المسؤولية هو الفعل الضار ولم يأخذ بالخطأ (النظرية الشخصية)، وقد اقتبس ذلك من الفقه الإسلامي الذي لم يأخذ بفكرة الخطأ، سواء كان محدث الضرر متعدياً أم غير متعد، وسواء كان متعمداً أم غير متعمد أو مميزاً أو غير مميز فهو ضامن لفعله، وهذا يبعد مسؤولية المباشر والمتسبب في الفعل الضار، عن الخوض في مسائل حتمية حول وجود الإدراك أو عدمه ومعيار الرجل المعتاد، وما إلى ذلك من المعايير التي تُبعد الهدف عن وجود المسؤولية المدنية، وهو تعويض من تضرر من جراء فعل الغير[٣].

ثم نصت المادة (١٧٦) من قانون المعاملات المدنية العماني في الفقرة الثانية منها على: «٢- إذا كان الإضرار بالمباشرة لزم التعويض وإن لم يتعد، وإذا كان بالتسبب فيشترط التعدي».

والتعدي هو المساس بمصلحة مشروعة، ويتحقق ذلك (شرعاً وقانوناً) بمجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه شرعاً أو عرفاً أو عادة، ويتسع مصطلح التعدي بهذا المفهوم لجميع الصور التي تنشأ عن الضمان أو التعويض، فهو يشمل العمد والإهمال والتقصير وعدم التحرز، كما قد يكون بفعل إيجابي أو بفعل سلبي. والعمد هو اتجاه الإرادة نحو الفعل ونتائجه، فالمشرع أخذ بمصطلحات الفقه الإسلامي في معظم أحكام الفعل الضار[٤].

والمباشر مسؤول عن تعويض الضرر من غير أن يتطلب توفر شروط أخرى سوى تحقيق الضرر، على عكس المتسبب الذي لا يضمن إلا إذا كان متعدياً، والتسبب قد يكون عمداً، وقد يكون إهمالا، وقد يكون فعلاً أو امتناع عن فعل، والمتسبب هو الذي يفعل ما يؤدي إلى حادثة ولا يقوم بها مباشرة[٥].

فالمسؤولية تكون مطلقة إذا وقع الإضرار بالمباشرة، وتكون مقيدة إذا وقع الإضرار تسبباً شرط التعدي فضلاً عن الضرر والإفضاء؛ أي قيام علاقة السببية.

والقاعدة العامة في ضمان الضرر في قانون المعاملات المدنية العماني إلزام مرتكب الضرر بالضمان أو التعويض ولو كان غير مميز.

فقد ذهب الفقهاء إلى أن ضمان المباشر لا يتطلب فيه توفر الإدراك أو التمييز، فالمباشر يضمن سواء كان صغيراً أم كبيراً عاقلاً أم مجنوناً، وحجتهم في ذلك أن تضمين غير المميز من خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه الإدراك والتمييز، وليس من خطاب التكليف الذي يلزم من توفر لديه الإدراك، وأن يتحمل محدث الضرر مسؤولية الضمان والتعويض سواء كان مميزاً أم غير مميز، عاقلاً كان أم مجنوناً[٦].

(٢) د. عدنان سرحان: المصادر غير الإرادية للالتزام، مكتبة إثراء، الأردن، ٢٠١٠م، ص١٧.

(٣) د. عبد العزيز اللصاصمة: المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، الدار العلمية الدولية، عمّان، ٢٠٠٢م، ص٥٥.

(٤) د. محمد المرسي زهرة: الفعل الضار والفعل النافع، مطبوعات جامعة الإمارات، ٢٠٠٢م، ص٧٦.

(٥) د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، ط٢٠١٢/٩م، ص٧٣.

(٦) الشيخ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٨٧.

والمباشرة تكون من أي شخص يكون له أهلية وجوب، أي ممن تثبت له الشخصية القانونية، وإذا اجتمع أكثر من مباشر في إحداث الضرر، وكان دور وقوة كل منهم لا يختلف عن الأخر، يوزع الضمان أولاً التعويض بينهم بالتساوي، وإلا كان مقدار الضمان أو التعويض حسب دور وقوة كل منهم، ما لم تقدر المحكمة خلاف ذلك.

كذلك المتسبب إذا انفرد في إحداث الضرر كان ضامناً وملزم بالتعويض لجميع ما نتج عن فعله من ضرر شريطة أن يكون متعديا[٧].

وقد أخذ قانون المعاملات المدنية الإماراتي برأي جمهور الفقهاء، وقرره في المادة (٢٨٢)، وبررت المذكرة الإيضاحية هذا التوجه بقولها: «فإن كان فاعله (التعدي) عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في أنه فعل ترتب عليه ضرر بالغير أوجب الشارع رفعه لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)، وذلك يوجب دفع الضرر مطلقاً سواء حدث من مكلف أم من غير مكلف، ولا سبيل إلى رفعه في هذه الحالة إلا بإيجاب الضمان في ماله[٨].

وكذلك نصت المادة (٣٠٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: «إذا أتلف صبي مميز أو غير مميز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله».

وذهب جانب من الفقه إلى عدم اشتراط الإدراك والتمييز في الفعل الضار تسبباً، لأن معيار التعدي ومقياسه هو معيار موضوعي مجرد ينظر فيه إلى الفعل ذاته دون الفاعل، والتعدي بالمعنى السابق يختلف في مفهومه عن الخطأ كأساس للمسؤولية عن الفعل الشخصي ويتطلب الإدراك في الخطأ، في حين لا يتطلب في التعدي، لأن أساس مسؤولية المتسبب هو التعدي، وليس الخطأ بالمعنى القانوني.

والفعل الضار تسبباً في قانون المعاملات المدنية الإماراتي لا يشترط أن يكون فاعله متمتعاً بالإدراك والتمييز، لا سيما أن المادة (٢/٢٨٣) من القانون السابق لم تحصر مسؤولية المتسبب في حالة التعدي فقط، بل أوردت ثلاثة خيارات هي: التعدي أو التعمد أو الإفضاء، والتي نصت على:

١- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

٢- فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر.

وإذا كان لا يتصور وقوع التعمد من المتسبب عديم التمييز فليس هناك ما يمنع من صدور التعدي منه إذا قصّر أو أهمل.

وحكم المتسبب في قانون المعاملات المدنية الإماراتي كحكم الفقه الإسلامي، فإذا انفرد المتسبب بالفعل الضار تحمل الضمان، أما إذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن المشرع الإماراتي أخذ في المادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية أن يضاف الحكم إلى المباشر إذا اجتمع المباشر والمتسبب، والتي نصت على أنه: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر».

وقد نص القانون الآنف الذكر في المادة (٢٨٥) على تقديم المتسبب على المباشر في حالة الإضرار

بالتغرير، حيث يعد التغرير نوعاً من أنواع الفعل الضار، فنصت المادة (٢٨٥) على أنه: «إذا غرر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر». والغرر قد يكون في العقود وقد يكون في الأفعال، وهذا الأخير يوجب ضمان التسبب في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

مما تقدم فإن مسؤولية المباشر والمتسبب في الفعل الضار، تكون مطلقة إذا وقع الضرر من المباشر، ومقيدة إذا وقع الضرر من المتسبب شرط التعدي، ولا يتطلب من المباشر أو المتسبب في الفعل الضار، توفر الإدراك أو التمييز، فكلاهما ضامن سواء كان صغيرا أم كبيراً، عاقلاً أم مجنوناً.

---

(٧) د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، مرجع سابق، ص٦٨.

(٨) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وزارة العدل، أبو ظبي، ١٩٨٥م، ص٢٧٧.

تم بحمد الله

المعهد العا
DICIAL INSTITUTE

للقضاء
HIGHER JU

ISBN 978-99969-3-305-9

9 789996 933059 >

رقم الإيداع المحلي ٢٣١ / ٢٠١٩

مطبعة المدرسة ٢٤٥٤٢٢٨١