



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

فیه هذا العدد:

● الشفعة في قانون المعاملات المدنية العمانية

الدكتور/ إبراهيم بن عبدالله بن سالم الغافري

● دور لجنة المنازعات الإيجارية في إخلاء العين المؤجرة (دراسة في القانون البحريني)

الدكتور/ عبد العزيز حسن صالح

● مشكلة تجريم شيكات الضمان في القانون العماني

الدكتور/ خالد بن أحمد الشعبي

● صلاحية القاضي الإداري في إلزام جهة الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الإداري

الدكتور/ هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم

● المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19) في التشريعين المصري والعماني - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة (الجزء الأول)

الدكتور/ حمدي محمد محمود حسين



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (ربع سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان

المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف

هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

2706-882X

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نبهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/ عبد الرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الفاضل / يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

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

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث (الباحثين)، وجهة عمل الباحث (الباحثين).
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلاً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويُذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبةً أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، ويحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified Arabic)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة: **hji.journal@hji.edu.om**
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير.
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكماً له، يكون من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
5. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
6. يرسل رئيس التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكم مشفوعة بخطاب إشعار له بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقرير، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
7. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
8. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكم؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً لقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
9. يتولى رئيس التحرير إشعار الباحث بقبول البحث أو رفضه، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
10. إذا قُبل البحث للنشر، يحصل الباحث على شهادة معتمدة من المجلة، تفيد قبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
11. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
12. يُرود الباحث عن طريق البريد الإلكتروني بنسخة إلكترونية من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من البحث.
13. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور / نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	الشفعة في قانون المعاملات المدنية العُماني الدكتور / إبراهيم بن عبد الله بن سالم الغافري
52	دور لجنة المنازعات الإيجارية في إخلاء العين المؤجرة دراسة في القانون البحريني الدكتور / عبد العزيز حسن صالح
86	مشكلة تجريم شيكات الضمان في القانون العُماني الدكتور / خالد بن أحمد الشعبي
166	صلاحية القاضي الإداري في إلزام جهة الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الإداري الدكتور / هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم
218	المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19) في التشريعين المصري والعُماني دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة (الجزء الأول) الدكتور / حمدي محمد محمود حسين

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وخاتم النبيين ورحمة الله للعالمين
سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد..

القراء الأعزاء:

بدأ المعهد العالي للقضاء في إصدار مجلة الدراسات الفقهية والقانونية منذ عدد يناير 2019م،
وبصورة نصف سنوية، غير أنه بدءاً من هذا العدد ستصدر المجلة بصورة ربع سنوية؛ وذلك تلبية
للإقبال المتزايد على النشر بها، واعتزازاً منا بما أولاه الأستاذة والباحثون من ثقة بالمجلة.

وسيراً على النهج المتبع للنشر بالمجلة، نؤكد على حرص لجنة النشر العلمي بالمعهد على اختيار
البحوث الرصينة في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، وعلى التزام هيئة التحرير بقواعد
النشر العلمي الخاصة بالمجلة، وبالمنهجية العلمية المتبعة في شأن المجالات المحكمة، وبالسرية التامة
في التعامل مع البحوث بداية من استلامها، ومروراً بتحكيمها، وحتى تمام نشرها.

وأخيراً يطيب لنا أن نقدم لكم هذا العدد، والذي احتوى على خمسة بحوث علمية، شملت
تخصصات قانونية مختلفة، مصاغة جميعها باللغة العربية، تم إعدادها من قبل أساتذة وباحثين
أجلاء لهم منا وافر الشكر والتقدير على مساهمتهم في إثراء البحث العلمي، بما قدموه من بحوث
قيمة خرج بها هذا العدد.

والله الموفق والمستعان،،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

الشفعة في قانون المعاملات المدنية العماني

الدكتور/ إبراهيم بن عبدالله بن سالم الغافري *

المخلص:

أحاط المشرع العماني استخدام حق الشفعة بعدة قيود موضوعية وإجرائية، فمن ناحية قصر الأخذ بالشفعة في حالة الشراكة سواء على الشيوع أم في حالة وجود شراكة في حق ارتفاق بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، ووضع بعض الضوابط الموضوعية المتعلقة بالتصرف بالعقار المشفوع فيه والشفيع، وحدد بعض البيوع التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة، ومن ناحية أخرى وضع المشرع قيود إجرائية تتعلق بمدة رفع دعوى الشفعة، وكذلك لم يشترط إيداع الثمن قبل رفع الدعوى.

كما عالج آثار ثبوت الشفعة فأعد الشفعة بمنزلة عقد شراء جديد بين المشتري والشفيع ولم يبنى نظرية حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الأول، ومن ناحية أخرى حدد وقت من انتقال ملكية العقار المشفوع الى الشفيع وعلاقة الشفيع بالبايع المشتري وعلاقته بالغير.

ولكن تبقى بعض مسائل الشفعة تثير تساؤلات لعدم وضوح موقف المشرع منها، منها موقف المشرع من البيع لشريك إلى شريك آخر في حالة الشيوع، كذلك بعض أحكام الشفعة التي نص عليها المشرع تتعارض مع اعتبار ثبوت الحق بالشفعة بمنزلة عقد جديد.

الكلمات المفتاحية: الشفيع - العقار المشفوع به - العقار المشفوع فيه - البائع - الشفعة.

*باحث في القانون المدني.



Pre-emption in Omani Civil Transactions Law

Dr. Ibrahim Abdullah Salim Al-Ghafri *

Abstract:

The Omani legislator provides procedural limitations on the right of preemption use. On the one hand, preemption is limited in the case of partnership, whether joint or in partnership status in the easement between the property subjected to preemption and the property under which the preemption is made. The legislator has identified some of the sales in which the preemption was not allowed. On the other hand, the legislator had established procedural restrictions on the duration of the preemption claim. Depositing the price had not been required before the suit had been filed.

The legislator further addressed the effects of the preemption implication; considering preemption as a new purchasing contract between the buyer and the preemptor. The replacement of the preemptor by the buyer was not set in the first sales contract. On the other hand, he specified the time of transfer of ownership of the property to the preemptor and the relationship of the preemptor with the buyer and its relationship with the third party.

However, some of the issues of preemption raise questions about the lack of clarity of the legislator; including the legislator's position on the selling from one partner to another in the event of a joint estate. In addition, some of the provisions of the preemption provided by the legislator conflict with the fact that the preemption is considered as a new contract.

Keywords: Preemptor - Property Subjected to Preemption - Property under Which the Preemption is Made - Seller - Preemption.

* Researcher in Civil Law.

تمهيد:

تكمّن الحكمة من تشريع الشفعة في الشريعة الإسلامية في دفع مضار الجوار المحتملة بسبب الجوار أو الشراكة لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)، وتمثّل الشفعة قيماً خطيراً على حرية التصرف، وحرية التملك على خلاف القواعد العامة، فالمشتري يجد نفسه مجبراً على التخلي عن العقار الذي أشتراه لصالح الشفيع، لذا لا يجب التوسع فيها حتى لا تخرج عن الغاية المقررة من أجلها، ولا شك في أن سلطة الشفيع في نزع ملكية العقار جبراً من المشتري لا بد أن تواجه من المشرع بقيود موضوعية وإجرائية تنظم هذه السلطة بحيث لا تتسبب بإلحاق الضرر بالبائع أو المشتري، ولكي لا يمتد الضرر إلى قطاع العقارات في السلطنة الذي يعد أحد روافد الاقتصاد الوطني.

ومما لا ريب فيه أن تملك العقارات يهّم شريحة كبيرة من المجتمع، يهدف البعض منها إلى تحقيق حلمه بامتلاك مسكن، أو يوسع رزقه وتأمين مستقبل أسرته، أو بهدف الاستثمار وتحقيق العوائد، فمن هذا المنطلق يجب على من يرغب في تملك العقار الإمام بالجوانب القانونية التي تضمن حقوقه، وعدم منازعته فيه.

أسباب اختيار موضوع الشفعة:

هنالك أسباب عدة دعّتي إلى اختيار هذا الموضوع، منها:

- صدور قانون المعاملات العُماني في وقت متأخر، وعدم وجود دراسة سابقة معمقة في موضوع الشفعة وفقاً له حسب علمي، ولأهمية الشفعة لشريحة كبيرة من المجتمع، جاء اختياري لهذا الموضوع رغبة مني في نشر أحكام الشفعة للمجتمع.
- تقييم معالجة المشرع العُماني لموضوع الشفعة، وما قد تثيره من إشكالات من الناحية العملية، لاسيما أن الشفعة كما أسلفت؛ تمنح الشفيع سلطة استثنائية تخرج عن القواعد المقررة لحرية التملك والتصرف، لذلك يجب أن يتم وضع أحكامها بما يتناسب والحكمة من إقرارها، لأن وجود أي قصور في نصوص القانون قد يؤدي إلى الإضرار بأطراف الشفعة الآخرين.

مشكلة الدراسة:

في هذا البحث سوف أحاول الإجابة على التساؤلات الآتية:

- موقف المشرع العُماني من أسباب الأخذ بالشفعة، وتقييمه بما يتوافق مع الواقع العملي في السلطنة.
- تقييم القواعد الموضوعية المنظمة لموضوع الشفعة والمتعلقة بكافة أطرافها، ونطاق الحماية لكل من البائع والمشتري والشفيع والغير.
- تقييم القواعد الإجرائية لموضوع الشفعة من خلال مدة رفع الدعوى، وهل يشترط إيداع الثمن قبل رفع الدعوى، ومصير العقد المبرم بين البائع والمشتري، وحكم التصرفات الواقعة على العقار المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة.

نطاق ومنهج البحث:

سوف تتركز الدراسة على القواعد الموضوعية والإجرائية في موضوع الشفعة في قانون المعاملات المدني العُماني، وقد عمدت إلى مقارنة بعض أحكام الشفعة بما ورد في القانون المدني المصري، باعتباره أحد نماذج القوانين المستمدة من الفقه اللاتيني، والقانون المدني الأردني المستمد في معظم أحكامه من الفقه الإسلامي؛ لتوضيح محاسن أو مثالب تنظيم المشرع العُماني للشفعة، وليس الهدف دراسة مقارنة بالمعنى الصحيح لها.

وسيكون منهج الدراسة على النحو الآتي:

- المنهج التحليلي: وذلك من خلال استعراض النصوص التشريعية والآراء المتعلقة بموضوع البحث، وتحليلها والمقارنة بينها، وترجيح إحداها مع بيان أسباب الترجيح.
- المنهج التطبيقي: من خلال تدعيم ما يتم طرحه من مواضيع بأحكام المحكمة العليا في السلطنة.

والجدير بالذكر أن المشرع تناول أحكام الشفعة في قانون المعاملات العُماني

في المواد من (٩٠٣) إلى (٩٢٠) تحت فصل أسباب كسب الملكية.

ولإحاطة بكافة تفاصيل موضوع الشفعة، سوف تكون خطة البحث على النحو

الآتي:

- **المبحث الأول: ماهية الشفعة.**
- **المطلب الأول: تعريف الشفعة.**
- **المطلب الثاني: خصائص الشفعة.**
- **المبحث الثاني: أسباب الأخذ بالشفعة وتزاحم الشفعاء:**
- **المطلب الأول: أسباب الأخذ بالشفعة.**
- **الفرع الأول: الشريك في نفس المبيع.**
- **الفرع الثاني: الخليط في حق المبيع.**
- **المطلب الثاني: حكم تزاحم الشفعاء.**
- **الفرع الأول: تزاحم الشفعاء وهم من طبقة مختلفة.**
- **الفرع الثاني: تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة.**
- **الفرع الثالث: الشفعة في الطبقات والشقق.**
- **المبحث الثالث: شروط التصرف في العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة:**
- **المطلب الأول: التصرف يجب أن يكون بيعاً أو هبة بعوض.**
- **المطلب الثاني: البيوع التي لا يجوز فيها طلب الشفعة.**
- **المطلب الثالث: الحالات التي لا تسمع فيها دعوى الشفعة.**
- **المبحث الرابع: إجراءات دعوى الشفعة:**
- **المطلب الأول: مدة رفع دعوى الشفعة.**
- **المطلب الثاني: إيداع الثمن.**
- **المبحث الخامس: آثار الشفعة:**
- **المطلب الأول: وقت ثبوت الملكية للشفيع.**
- **المطلب الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.**
- **المطلب الثالث: علاقة الشفيع بالغير.**

المبحث الأول ماهية الشفعة

تمهيد وتقسيم:

من الأهمية بمكان التعرف على ماهية الشفعة قبل التعرض لأحكامها، من خلال تعريفها وخصائصها، لذا سوف أقوم بتقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الشفعة.

المطلب الثاني: خصائص الشفعة.

المطلب الأول تعريف الشفعة

الشفعة في اللغة: بضم الشين وسكون الفاء، مأخوذة من الشفع مصدر شفع، والشفع ما شفع به، والشفع ضد الوتر وهو الزوج، لما فيه من ضم الشيء إلى شيء^(١)، ومن هنا أخذت الشفعة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها فيضم إليه مالا آخر. وقد عرفها قانون المعاملات المدنية العُماني في المادة (٩٠٣) بأنها: "حق تملك المبيع أو بعضه الذي تجري فيه الشفعة جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات".

وعرفها نظام السجل العقاري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨/٢ في المادة (٣٤) بأنها: "حق تملك العقار ولو جبراً على المشتري بما أداه من الثمن والنفقات المعتادة.....".

فيما عرف قانون المعاملات الأردني الشفعة في المادة (١١٥٠) منه بأنها: "حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات".

(١) لسان العرب لأبن منظور، دار صادر بيروت، ١٩٩٤م، ط ٣، ج ٨، ص ١٨٣ و١٨٤.

أما المشرع المصري في القانون المدني فقد عرفها في المادة (٩٣٥) بأنها: "رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري بالشروط المنصوص عليها". فالشفعة إذن هي حق الشفيع في التملك الجبري للعقار المشفوع به، مقابل أن يدفع الثمن الأصلي للعقار، بالإضافة إلى النفقات سواء كانت الرسمية مثل رسوم السجل العقاري، أم غير رسمية مثل رسوم السمسرة.

والحديث عن الشفعة يتطلب وجود بائع لعقار يسمى العقار المشفوع فيه، ومشتري له، وشفيع يمتلك عقاراً يسمى العقار المشفوع به، فالشفيع يشفع بالعقار الذي يملكه ويأخذ العقار المبيع، إذا توفر سبب من أسباب الشفعة، والشفيع بمجرد توفر سبب الشفعة يحق له المطالبة بها من غير أن يكون ملزماً بإثبات أن ضرراً وقع عليه من بيع العقار المشفوع فيه.

ويلاحظ على تعريف المشرع العُماني:

- وصفها بأنها حق، فهل هي حق شخصي أم حق عيني؟ قام جدل مشهور في الفقه المصري حول تكييف الشفعة بين من يقول بأنها حق عيني ومن يقول أنها حق شخصي، وعلق الدكتور/ عبدالرزاق السنهوري حول هذا الجدل وقال: "والذين قالوا بأن الشفعة حق عيني، إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، ولم يكونوا في حاجة لهذا القول للوصول إلى هذه النتيجة، إذ كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقاري، فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى، والذين قالوا بأن الشفعة حق شخصي قصدوا إلى معنى صحيح في ذاته، ولكن بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصي المقابل للحق العيني، إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق متصل بشخص الشفيع..... والصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، بل هي ليست بحق أصلاً. إنما الشفعة سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية العقار أو حقاً عينياً كحق انتفاع أو حق رقبة أو حق حكر، والفرق واضح بين الحق نفسه وبين أسباب كسبه، فالملكية مثلاً حق عيني، وتكسب

بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة، ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عيني أو حق شخصي، فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو شخصي^(٢). وقد يكون تعريف المشرع المصري للشفعة بأنها رخصة أولى بالتأييد لأنها وسيلة للوصول إلى حق عيني، قد يأخذ بها الشفيع وقد لا يأخذ، فلا يمكن القول إن الشفيع صاحب حق عيني لم يثبت له بعد، ومن ناحية أخرى فإن الشفعة بعيدة كل البعد عن معنى الحق الشخصي المقابل للحق العيني، ويؤيد ذلك أن المشرع العماني تناول الشفعة تحت فصل أسباب كسب الملكية فهي سبب يؤدي إلى كسب الملكية، وليست حقاً بذاتها.

- لم يشر المشرع في تعريفه للشفعة إلى نوعية المبيع، بخلاف المشرع الأردني والمصري حيث أشارا في تعريفهما إلى أن الشفعة تكون في بيع العقار، على الرغم من أنه يفهم من المواد اللاحقة أن الشفعة لا تكون إلا في بيع العقارات، وكان من الأفضل أن تتم الإشارة إلى ذلك في تعريف الشفعة أسوة بتعريف نظام السجل العقاري.
- قد يفهم من تعريف المشرع العماني للشفعة أنها تتم جبراً على المشتري في كل الأحوال، والواقع خلاف ذلك في بعض الحالات وفقاً لما نص عليه المشرع نفسه في المادة (٩١٦)، إذ يثبت الملك للشفيع بحكم نهائي من المحكمة أو بتسلمه من المشتري بالتراضي، وهذا يعني أن الشفعة قد تكون بالتراضي فقد يسلم المشتري العقار المبيع للشفيع بالتراضي دون أن يكون هنالك جبراً، فلو أضاف المشرع كلمة (لو) قبل جبراً كما جاء في تعريف المشرع الأردني ونظام السجل العقاري لتحقق التناغم بين نصوصه.

(٢) أ.د./ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، ج ٩ المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٤٤٧ و ٤٤٨.

المطلب الثاني خصائص الشفعة

من خلال نصوص القانون التي تنظم الشفعة يمكن إجمال خصائصها في

الآتي:

١- حق استثنائي:

وصف البعض^(٣) الشفعة كونها وسيلة من وسائل اكتساب الحقوق بأنها تبدو شاذة؛ لأنها تمثل قيداً على حرية التعامل وبما تؤدي من تكتل للملكية، فالشفعة تؤدي إلى تملك العقار المشفوع جبراً على المشتري على خلاف القواعد العامة التي تمنح الإنسان الحرية في التصرف في ملكه.

٢- حق غير قابل للتجزئة:

نصت المادة (٩١٢) من قانون المعاملات المدنية العُماني على: "الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري، إلا إذا تعدد المشترون، واتحد البائع للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي". وعلى ذلك إذا كان المشتري واحداً، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ جزء من العقار المبيع ويترك جزء منه للمشتري؛ لأن في ذلك إضراراً بالمشتري، ويستثنى من ذلك حالة تعدد المشتريين، فالشفيع أن يأخذ كل المبيع، أو أن يقتصر على حصة أحد من المشتريين أو أكثر؛ ذلك لأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة إلى مشتريها، فلا تتجزأ الشفعة بالنسبة إليه^(٤).

(٣) د. محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القسم الأول)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاسعة، ١٩٨٥م، ص ١٧١.

(٤) رياض مفتاح، حق الملكية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٨م، ص ٣٨٢.

٣- الشفعة لا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع:

لو مات الشفيع وقد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن حقه ينتقل إلى ورثته، ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة قبل مماته، فإن ورثته يحلون محله، ويأخذون العقار المبيع بالشفعة، ومن البديهي لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه، فإن ملكية العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته، بل أن الورثة لا يستطيعون في هذه الحالة النزول عن حق الشفعة بعد صدر الحكم بثبوتها لمورثهم، وكذلك من البديهي لو مات قبل بيع العقار المشفوع فيه، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل إلى ورثته، فإذا بيع العقار المشفوع فيه فيثبت حق الشفعة لهم بطريق الأصالة عن أنفسهم، وليس بطريق الاستخلاف عن المورث^(٥)، ويقع الخلاف في حالة موت الشفيع قبل إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فهل يحق للورثة إعلان رغبتهم في ذلك، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم ينقض؟

اختلف الفقه الإسلامي حول توريث حق الشفعة بين مذاهب تقول بتوريث حق الشفعة، وبين من يقول بخلاف ذلك^(٦)، إلا أن المشرع العُماني حسم هذه المسألة في المادة (٩٠٩)، حيث نص على أنه: "إذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع".

فلو مات الشفيع بعد ثبوت حقه في الشفعة ولم يعلن رغبته في الأخذ بها، فلورثته المطالبة بها خلال المدة المحددة لرفع دعوى الشفعة.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، القسم الأول، المجلد التاسع، دار أحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ١٤٣١ هـ، ٢٠١٠م، ص ٥٨ و ٥٩.

(٦) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، دار أحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ص ٧٠-٧٢.



المبحث الثاني أسباب الأخذ بالشفعة

تمهيد:

يمكن القول بأن أسباب الأخذ بالشفعة تنحصر بشكل عام في الشركة على الشيوخ والجار الملاصق والخليط في حق الارتفاق للعقار وفقاً للفقهاء الإسلامي والتقنيات العربية، وبعض التقنيات العربية مثل القانون المدني السوري لم ينظم الشفعة من الأساس ربما لعدم جدواها في ظل وجود تشريعات مختلفة تنظم الأراضي والمباني من كل النواحي والتي لا يتصور معها وجود أضرار محتملة على الشفيع، وفي هذا المبحث سوف نقف على أسباب الشفعة في قانون المعاملات المدنية والحكم في حالة تعدد الشفعاء؛ لذا سوف أقوم بتقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: أسباب الأخذ بالشفعة.
المطلب الثاني: حكم تزامن الشفعاء.

المطلب الأول أسباب الأخذ بالشفعة

تمهيد:

نصت المادة (٩٠٤) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أن: "يثبت الحق في الشفعة:

- ١- للشريك في المبيع نفسه.
- ٢- للخليط في حق المبيع".

والمحكمة العليا تقول في هذا الشأن: (لا شفعة إلا لشريك في أصل العقار أو خليط في حق الارتفاق للعقار، لا شفعة بمجرد الجوار إلا بالخلطة؛ لأن الحكمة من مشروعية الشفعة رفع الضرر ولا ضرر على الجار غير المخالط)^(٢).

وعلى ذلك سوف أقوم بتقسيم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الشريك في المبيع نفسه.
الفرع الثاني: الخليط في حق المبيع.

(٢) الطعن رقم ٢٨٠/٢٠٠٥ (هيئة توحيد المبادئ).

الفرع الأول

الشريك في المبيع نفسه

يقصد بالشريك في المبيع نفسه الشركة في أصل العقار سواء بين اثنين أو أكثر، وبأي نسبة كانت قلت أو كثرت ما دامت مشاعة بينهم^(٨).

إذن فالعقار الشائع هو الذي يتعدد مالكوه، ولا يكون نصيب كل منهم فيه مفرزاً، فالإفراز عكس الشيوخ، ففي الإفراز تملك كل من الشركاء حصته في العقار الشائع، وحالة الشيوخ التي يكون الاتفاق أو القانون مصدرها تنتهي بالقسمة النهائية، وبها يتم إفراز نصيب كل من الشركاء المشتاعين، فالبيع الذي يجيز الشفعة لباقي الشركاء على الشيوخ هو الذي يرد على حصة شائعة، أي البيع الذي يتم قبل القسمة، أما البيع الذي يتم بعد القسمة فلا شفعة لباقي الشركاء؛ لانتهاء الشراكة^(٩)، إلا إذا وجد سبب آخر للشفعة غير حالة الشيوخ.

وعلى ذلك لو فرضنا أن مجموعة من الأشخاص يملكون أرضاً على الشيوخ، فباع أحدهم حصته في الأرض جازت الشفعة لباقي الشركاء، أما إذا تم تقسيم الأرض، وأخذ كل شريك حصته، وقرر بعد ذلك أحدهم بيع نصيبه لا تثبت الشفعة لباقي الشركاء؛ ولذلك لانتهاء الشراكة على الشيوخ، ولكن قد تثبت الشفعة لسبب آخر غير الشيوخ.

ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون مملوكاً للشفيع وقت شراء المبيع^(١٠)، وعلى ذلك فإنه يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشريك على الشيوخ مالكاً للحصة التي يشفع بمقتضاها وقت التصرف في الحصة الأخرى المراد أخذها بالشفعة، فيجب أن تكون ملكية الشفيع سابقة على واقعة البيع، وإلا لا يحق له الأخذ بالشفعة.

(٨) المرجع السابق.

(٩) محمد عزمي البكري، الشفعة في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، طبعة ٢٠١٦-٢٠١٧م،

ص ٦١.

(١٠) المادة (٩٠٩) من قانون المعاملات العُمانية.

ولا يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور بيع العقار المشفوع فيه، بل يجب أيضاً أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه بالشفعة، سواء بصدور حكم من المحكمة أو عن طريق التراضي^(١١).

وهنا يثور تساؤل مهم هل حق الشفعة يثبت للشركاء على الشيوخ في حالة بيع الحصة لأجنبي من خارج دائرة الشركاء، أو أنه يثبت أيضاً في حالة البيع لأحد الشركاء؟ فلو باع الشريك المشتاع إلى شريك مشتاع مثله، هل يجوز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة بالشفعة؟

لا يوجد في نصوص قانون المعاملات المدنية ما يشير إلى اشتراط أن يكون البيع إلى أجنبي في حالة بيع حصة شائعة، بخلاف القانون المدني المصري الذي اشترط أن يكون البيع لأجنبي^(١٢)، فإذا كان المشتري أحد الشركاء، لا تثبت الشفعة لباقي الشركاء، وقد يقول قائل بأن الشفعة تثبت إنما لدفع الضرر من المشتري الجديد، فإذا كان المشتري أحد الشركاء، فلا ضرر في شرائه، ومن ثم لا يحق لهم أخذ المبيع بالشفعة، وهذا رأي في الفقه الإسلامي^(١٣)، ويرى الباحث بأن هذا الرأي مدعاة للتأييد؛ لأن الحكمة من الشفعة دفع مضار الجوار المحتملة، وليس تحقيق العدالة بين الشركاء، فالمشتري في هذه الحالة من دائرة الشركاء، فوجوده فيها ثابت قبل شرائه الحصة الجديدة، ومن ثم فإن كان سيئ الخلق ردئ الطباع فإن شرائه حصة جديدة لن يغير من الأمر شيئاً؛ لأنه شريك قبل شراء الحصة الجديدة.

(١١) السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص ٥٨٣.

(١٢) المادة ٩٣٦ الفقرة ب: "لشريك في الشيوخ إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي".

(١٣) انظر على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م، (روي عن الحسن والشعبي والبتي أن لا حق لشريك في أخذ شيء منه بالشفعة لأنها إنما تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل والمشتري أحدهم فلا ضرر في شرائه)، ص ٧٣.

ومن الأهمية الإشارة إلى أنه يشترط أن يكون الشفيع في هذه الحالة يمتلك حصة في المحل الأصلي للبيع، فإذا كان يملك حصة شائعة في توابع أو ملحقات المبيع وليس أصله، لا يحق له طلب الشفعة في هذه الحالة استناداً إلى الشيوخ^(١٤).

الفرع الثاني

الخليط في حق المبيع

يقصد بالخليط في حق المبيع حالة الشركة في حق الارتفاق للعقار من طريق خاص أو ماء ونحوهما^(١٥)، فمن يشترك مع العقار المبيع في حق ارتفاق خاص كحق الشرب الخاص أو الطريق الخاص أو المسيل الخاص يحق له الأخذ بالشفعة، أما الاشتراك في حق ارتفاق عام كالنهر العام أو الطريق العام، لا يحق له الأخذ بالشفعة^(١٦).

وتكتسب حقوق الارتفاق بالتصرف القانوني أو بالإرث أو بالتقادم فيما يتعلق بحقوق الارتفاق الظاهرة، بما فيها حق المجرى والمسيل، وفقاً للمادة (٩٧٥) من قانون المعاملات المدنية العُماني، وقد قضي في هذا الشأن بأن مجرد الحصول على منفعة السقي من البئر على سبيل المعروف من قبل البائع، لا يصح أن يكون سبباً للشفعة؛ وعلّة ذلك أنه غير شريك^(١٧).

(١٤) د. عبد الصمد محمد يوسف، الشفعة بين مقتضيات الشرع ومشكلات الواقع، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٨م، ص ٨٢.

(١٥) الطعن رقم ٢٨٠/٢٠٠٥ (هيئة توحيد المبادئ) س ق ٨.

(١٦) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، محمد قدرى باشا، دار السلام، ٢٠١١م، ص ٣١٢.

(١٧) الطعن رقم ٨٩٩/٢٠١١م الدائرة المدنية (أ)، س ق ١٢.

وتقول المحكمة العليا^(١٨) في تحديدها لمدلول حقوق الارتفاق: (فكلمة الارتفاق لها مدلولها الواسع ولا يمكن حصرها في مفهوم ضيق فوضع الميازيب على أرض الجار أو منزله من معاني الارتفاق وكذلك الفتحات والنوافذ من معانيه).

أما قانون المعاملات المدنية العُمانية فقد عرّف الارتفاق في المادة (٩٧٣) بأنه: "حق مقرر لمنفعة عقار على عقار مملوك لآخر"، وقد ذكر المشرع بعد ذلك في مواد لاحقة بعض الأمثلة على حقوق الارتفاق على سبيل المثال لا الحصر، ومنها حق الطريق وحق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل، ولا فرق بين أن يكون حق الارتفاق مقررًا لمصلحة العقار المبيع أو لمصلحة العقار الشفيع، ففي كلتا الحالتين يجوز الأخذ بالشفعة^(١٩).

ولا يشترط التجاور أو التلاصق بين العقارين اللذين يرتبطان بحق ارتفاق، فمثلاً لو بيعت إحدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص، يكون أصحاب الرياض الأخرى كلهم شفعاء سواء كانت رياضهم ملاصقة أم غير ملاصقة، مجاورة أم غير مجاورة للعين المباعة^(٢٠).

والحكمة من الشفعة في هذه الحالة تخليص العقار من حقوق ارتفاق كانت قيداً على حق الملكية، فيترتب على الأخذ بالشفعة سواء كان حق الارتفاق للعقار المشفوع به أو كان للعقار المشفوع فيه أن يزول حق الارتفاق في الحالتين، إذ يصبح الشفيع مالكاً للعقارين في آن واحد، وبذلك تزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود ارتفاق لعقار على آخر^(٢١).

(١٨) الطعن رقم ٢٠٠٩/٨٠٤ مدني عليا، س ق ١٠.

(١٩) الطعن رقم ٢٠٠٥/٢٨٠، مرجع سابق.

(٢٠) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني، دار الثقافة العربية، طبعة ٢٠١٠م، ص ٧٢٦.

(٢١) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٧١.

ويثور هنا تساؤل مهم، إذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للعقار المشفوع فيه على العقار المشفوع به، فلو فرضنا أن المشتري تنازل عن حق الارتفاق لمصلحة الشفيع، فهل يسقط حقه في الأخذ بالشفعة؟

إذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للعقار المشفوع فيه على العقار المشفوع به، وكان المبرر للأخذ بالشفعة في هذا الفرض هو قضاء حق الارتفاق، فإن المبرر يزول إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق لمصلحة الشفيع، فإذا كان العقار المشفوع به محملاً بحق مرور مثلاً لمصلحة العقار المشفوع فيه، فإن المشتري لهذا العقار الأخير، وقد انتقل إليه حق المرور مع العقار المبيع، يستطيع أن ينزل عن هذا الحق فيزول، ولا يعود مبرر للأخذ بالشفعة^(٢٢).

وخلاصة القول بأن المشرع العُماني أخذ بحق الشفعة في حالة الشراكة دون الجوار، سواء في حالة الشراكة على الشيوع أم في حالة وجود حق ارتفاق بالرغم من أن بعض التشريعات العربية الأخرى أخذت بها في حالة الجوار مثل المشرع المصري والمشرع الأردني^(٢٣)، فمجرد الجوار ولو كان ملاصقاً كما هو الحال في المخططات الإسكانية الحديثة في السلطنة لا يمكن الأخذ بالشفعة، إذا لم تكن هنالك شراكة سواء شراكة شيوع أم شراكة بالخط، ونؤيد نهج المشرع بعدم الأخذ بالشفعة في حالة الجوار؛ لأنه في ظل وجود تشريعات مختلفة تنظم أعمال البناء والتشييد وشروطه وتلك التي تنظم الأراضي والإسكان، لا يمكن معها تصور وجود أضرار محتملة قد تقع على الشفيع من قبل المشتري الجديد.

(٢٢) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٧٣.

(٢٣) المادة (٩٣٦) من القانون المدني المصري والمادة ١١٥٠ من القانون المدني الأردني التي نصت يثبت الحق في الشفعة: (١/ للشريك في نفس المبيع؛ ٢/ للخليط في حق المبيع؛ ٣/ للجوار الملاصق) واقتصرت فيما بعد على الحالة الأولى بموجب القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (٥١) لسنة ١٩٥٨م.

المطلب الثاني

حكم تزامم الشفعاء

قد يتقدم أكثر من شخص إلى الأخذ بالشفعة ممن تتوفر فيهم شروط الأخذ بالشفعة، فمن يتقدم على الآخر؟ تجيب المادتين (٩٠٥) و(٩٠٦) على هذا التساؤل، حيث تنص الأولى على أنه: "إذا اجتمعت أسباب الشفعة، قدم الشريك في نفس المبيع ثم الخليط في حق المبيع"، فيما تنص الثانية على: "١- إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة وشرعوا في طلبها معاً كانت الشفعة بينهم على عدد رؤوسهم. ٢- إذا اجتمع الخطاء، قدم الأخص على الأعم".

ولإيضاح ذلك سوف أقوم بتقسيم الدراسة في هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة.

الفرع الثاني: تزامم الشفعاء وهم من طبقة واحدة.

الفرع الثالث: الشفعة في الطبقات والشقق.

الفرع الأول

تزامم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة

يقصد بهذه الحالة: أن يتقدم أكثر من شفيع، وهم ليسوا من درجة واحدة، كأن يكون أحدهم شريكاً على الشيوع في العقار المبيع، ويكون الآخر شريكاً في أحد حقوق الارتفاق، فهل هنالك أفضلية لطرف على آخر؟

عالجت المادة (٩٠٥) من قانون المعاملات هذه المسألة، بحيث يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب الوارد بالمادة، فالشريك في المبيع نفسه يكون أولاً، ويتقدم على الخليط في حق المبيع، فإذا بيعت عين ما، وشرع شريكه على الشيوع وشريكه في حق ارتفاق في طلب الشفعة من المشتري، يتقدم الشريك في الملكية الشائعة على الشريك في حق الارتفاق.

الفرع الثاني

تزامم الشفعاء وهم من درجة واحدة

ويقصد بذلك: أن يتقدم أكثر من شفيع، وهم من درجة واحدة، كأن يتقدم أكثر من شفيع جميعهم شركاء على الشيوخ لطلب الشفاعة، أو كانوا جميعهم شركاء في حق ارتفاع.

المادة (٩٠٦) فرقت بين حالتين:

الحالة الأولى- إذا اجتمع الشفعاء من درجة واحدة وشرعوا في طلبها كانت الشفاعة على عدد رؤوسهم:

ويعني ذلك أن الأنصبة ليس لها وزن في تحديد المقدار الذي يحصل عليه الشفيع من العين المبيعة، فلو تقدم شريك له مقدار النصف في عين شائعة وآخر يملك الربع فيها في طلب الشفاعة، فكلاهما على درجة واحدة؛ لأن المادة نصت على عدد رؤوسهم ولم تنص على عدد أنصبتهم، ويتم تقسيم الجزء المبيع بينهم بالتساوي دون الأخذ في الاعتبار أنصبتهم، وقد أخذ المشرع المصري بخلاف ذلك، حيث نصت المادة (٩٣٧) الفقرة (٢) على أنه: "وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفاعة يكون على قدر نصيبه".

ومن وجهة نظري أن تقسيم العقار المشفوع فيه على قدر الأنصبة أقرب للعدالة؛ لأن الشفاعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك، فالشريك صاحب النصيب الأكبر يتضرر أكثر من صاحب النصيب الأقل، لذلك يجب أن يوضع هذا في الاعتبار عند الأخذ بالشفاعة في حالة التزامم.

الحالة الثانية- إذا اجتمع الخطاء قدم الأخص على الأعم:

ويقصد بهذه الحالة أن يُقدم في الشفاعة الأخص بالضرر على الأعم، فإذا اجتمع صنفان من الخطاء، (أي إذا ثبت حق الشفاعة لعدة خطاء أحدهم أعم بالضرر والثاني أخص) قدم الأخص على الأعم^(٢٤).

(٢٤) د. عمار القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٦هـ، ٣٠١٥م، ص ٦٧٨.

فعلى سبيل المثال: فإن حق الشرب يقدم على حق المرور؛ لأن حق الشرب أكثر إلحاحاً من حق المرور، فإذا ما وقع الاشتراك، كان حق الشرب أقوى من حق المرور^(٢٥).

الفرع الثالث

الشفعة في الشقق والطبقات

يثور تساؤل مهم عن آلية الأخذ بالشفعة في ملكية الشقق والطبقات: هل ينطبق عليها أحكام الشفعة في حالة تعدد الشفعاء، أو أن لها وضعاً خاصاً؟ بالرجوع إلى قانون المعاملات المدنية، وإلى المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٤٨ بإصدار نظام تملك الشقق والطبقات لا يوجد ما يشير إلى تطبيق أحكام خاصة مختلفة في الشقق والطبقات عن أحكام الشفعة، لذا تسري عليها أحكام الشفعة؛ التي تم تناولها في الفرعين في أعلاه.

ولتوضيح ذلك فقد نصت المادة (٨٤٠) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "إذا تعدد ملاك طبقات البناء أو شققه المختلفة، فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكيتها أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وأي جزء آخر تسجل بهذا الوصف أو تقتضي طبيعة البناء، أن يكون مشتركاً فيه وتشمل بوجه خاص:

- ١- الأساسات والجدران.
- ٢- الجدران الفاصلة المشتركة، والجدران المعدة للمداخل ولحمل السقف.
- ٣- مجاري التهوية للمنافع.
- ٤- ركائز السقوف والقناطر والمداخل والأفنية والأسطح والسلالم وأفصاها والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات والمصاعد وغرف البوابين.

(٢٥) انظر شرح مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٧٤٠.

٥- أجهزة التدفئة والتبريد، وسائر أنواع الأنابيب والمزاريب والمجاري والتركيبات والتمديدات المشتركة كتجهيزات الإنارة والمياه وملحقاتها، وكل ما يكون تابعاً للبناء، إلا ما كان منها داخل الطبقة والشقة".

وجاءت المادة (٨٤٢) من قانون المعاملات المدنية بالقول بأنه: "الحوائط المشتركة بين الشقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين، إذا لم تكن في عداد القسم المشترك".

وعلى ذلك فإن الشفعا في الطبقات والشقق وفق قانون المعاملات المدنية هم:

- جميع الملاك لأنهم شركاء على الشيوع في الأرض والأجزاء المشار إليها في المادة (٨٤٠).

- ملاك الشقق التي تشترك شققهم مع الشقة المباعة بحوائط مشتركة سواء كانوا مجاورين أم كانوا في الأعلى أم في الأسفل.

فلو قرر أحد الملاك بيع ملكه فإن جميع الملاك شركاء في المبيع نفسه؛ لأنهم شركاء في الأرض وفي الأجزاء الأخرى من المبنى، ومن ثم يحق لهم جميعهم الأخذ بالشفعة دون تمييز بين الشركاء في الأرض والأجزاء الأخرى وبين الشركاء الذين تشترك شققهم بحوائط مع الشقة المباعة، وتكون الشفعة بينهم على عدد الرؤوس لا الأنصبة، ولو فرضنا أن أحد الشركاء يمتلك أكثر من شقة في المبنى، فلا يمنحه ذلك أفضلية على غيره من الشركاء.

ونذكر هنا أن بعض التشريعات العربية ومنها المشرع الأردني يقرر حق الأفضلية في نظام الطبقات والشقق، حيث يكون مالك الشقة التي تشترك بحائط مع الشقة المبيع أفضلية على غيره من الشركاء على الشيوع الآخرين (الشركاء في الأرض والأجزاء الأخرى)^(٢٦).

(٢٦) انظر قانون ملكية الطوابق والشقق رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م.

المبحث الثالث

شروط التصرف في العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة

تمهيد وتقسيم:

ليس كل تصرف بالعقار المشفوع فيه يحق للشفيع أخذ الشفعة فيه، حيث اشترط المشرع أن يكون التصرف بيعاً أو هبة بعوض، كما حدد بيوعاً لا يجوز الأخذ بالشفعة فيها، وحالات أخرى لا تسمع فيها دعوى الشفعة، ولتوضيح ذلك سوف أقوم بتقسيم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التصرف يجب أن يكون بيعاً أو هبة بعوض.

المطلب الثاني: البيوع التي لا يجوز فيها طلب الشفعة:

المطلب الثالث: حالات لا تسمع فيها دعوى الشفعة.

المطلب الأول

التصرف يجب أن يكون بيعاً أو هبة بعوض

يجب أن يكون هناك بيعاً لثبوت حق الشفعة، ويُعد الهبة بشرط العوض في حكم البيع وفق المادة (٩٠٨) من قانون المعاملات المدنية، وعلى ذلك فالشفعة تثبت بشكل عام عند المعاوضة المالية، أما لو خرج المبيع من ملك البائع بدون مقابل أو عوض مالي سواء خرج بلا عوض أم بعوض غير مالي كجعله إجاره أو مقابل صلح عن دم عمد، فلا تثبت الشفعة؛ لأنه لو ثبتت الشفعة فيه، للزم أن يأخذ الشفيع إما بقيمته أو مجاناً، ولا يمكن الأخذ بالقيمة؛ لأن المالك لذلك العقار لم يملكه بقيمته، ولا أخذه مجاناً؛ لأنه تبرع ولم يشرع الإيجابار على التبرع^(٢٧).

ووفقاً للمادة (٩٠٨) فالبيع الذي يجوز أخذ الشفعة فيه هو البيع الذي اكتملت أركانه، ولا يكون كذلك إذا كان عقداً باطلاً أو عقداً فاسداً، ولا يشترط تسجيله في

(٢٧) د. عمار محمد القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ٢٠١٥م، ص ٦٨٠.

أمانة السجل العقاري "تثبت الشفعة بتمام البيع مع قيام السبب الموجب لها"، فمتى ما تم البيع، يحق للشفيع المطالبة بالشفعة حتى لو لم يتم تسجيل هذا البيع في السجل العقاري.

وقد عرف قانون المعاملات المدنية البيع بأنه: "عقد تملك مال أو حق مالي مقابل ثمن نقدي"^(٢٨)؛ لذا على القاضي أن يقوم بتكليف التصرف القانوني المعروض أمامه ليتحقق من أنه يبيعاً طبقاً لأحكام القانون أو هبة بعوض، وبناء على ذلك فإن أي تصرف قانوني لا ينطبق عليه هذا الوصف، لا يمكن أخذ الشفعة فيه^(٢٩).

وقالت المحكمة العليا في هذا الصدد: "إن المقايضة لا تعتبر سبباً للشفعة بشرط عدم تحديد الثمن للمبيع، ودفع رسوم نقل الملكية لدى الجهة المختصة ليس دليلاً على تحديد ثمن المبيع؛ لأن دفع هذه الرسوم شيء معتاد لدى الجهة المختصة سواء كان الثمن مقررًا أم غير مقرر"^(٣٠).

ولا يجوز الأخذ بالشفعة، إذا تضمن البيع خيار شرط للبائع^(٣١)؛ لأن ملكية المبيع لا تنتقل من البائع، ويكون العقد غير لازم له، أما إذا كان خيار الشرط للمشتري، فإن وجوده لا يمنع من اعتبار العقد لازماً للبائع، أي أن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة في هذه الحالة، ولو كان الخيار للبائع والمشتري لم تجب الشفعة بسبب وجود الخيار للبائع^(٣٢).

(٢٨) المادة (٣٥٥) من قانون المعاملات المدنية.

(٢٩) د. نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠١٧م، ص ٥٥.

(٣٠) الطعن رقم ٢٠٠٨/٥٨٨ مدنية أولى عليا، الدوائر المدنية ١/١٠ (م).

(٣١) خيار الشرط هو أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما حق نقض العقد خلال مدة معينة، انظر: محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية العُماني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ٢١١.

(٣٢) انظر محمد قديري باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٣٠ و ٣٣١، ود. محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القسم الأول الأول)، مرجع سابق، ص ٢١٠ و ٢١١.

وإذا كان البيع معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، فيرى بعض الفقهاء بجواز أخذ الشفعة في هذه الحالة؛ لأن البيع يكون نافذاً من وقت إبرامه، ويحل الشفيع محل المشتري في البيع المعلق على شرط فاسخ، فإذا تخلف الشرط صار البيع باتاً، وإذا لم تتحقق زال البيع بأثر رجعي كما كان سيزول بالنسبة إلى المشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة، ويحل الشفيع محل المشتري في البيع المعلق على شرط واقف، فإذا تحقق الشرط، نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة، وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي^(٣٣).

فيما ذهب جانب من الفقه^(٣٤) إلى ضرورة التمييز بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف، فإذا كان الشرط فاسخاً يجوز الأخذ بالشفعة، لأن الشرط لا يحول دون انتقال الملكية، وإذا كان الشرط واقفاً لا يجوز فيه الشفعة لأنه لا يرتب انتقال الملك.

المطلب الثاني

البيوع التي لا يجوز فيها طلب الشفعة

نصت المادة (٩١١) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أنه: "لا تجوز الشفعة في الحالات الآتية:

- ١- في الوقف ولا له إلا بمسوغ شرعي.
 - ٢- فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث أو وصية.
 - ٣- فيما تجري قسمته من العقارات.
 - ٤- في البيع، إذا تم بالمزاد العلني وفقاً للقانون".
- الحالة الأولى - في الوقف ولا له إلا بمسوغ شرعي:**
لا شفعة في الوقف ولا له؛ ذلك لأن الوقف حبس للعين مع التصرف بالمنفعة على وجه من وجوه البر^(٣٥).

(٣٣) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، ج ٩ المجلد الأول، مرجع سابق، ص ٥٠٤ و ٥٠٥.

(٣٤) د. محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القسم الأول)، مرجع سابق، ص ٢١١ و ٢١٢.

(٣٥) د. عمار محمد القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٦٨١.

وإذا بيع عقار يرتبط مع عقار آخر موقوف بحق ارتفاق، أو كان بعض المبيع ملكاً وبعضه وقفاً وبيع الملك، فلا شفعة للوقف؛ لأن أعيان الوقف ليست مملوكة لأحد، فلا شفعة لمن يديرها؛ لأنه ليس بمالك ولا للمستحقين؛ لأنهم يستحقون المنفعة، ولا يملكون الرقبة.

ولكن يؤخذ بالشفعة، إذا بيع الوقف بمسوغ شرعي بأن شرط الواقف استبداله، واستبدل بدون أن يحصل في بيع العين الموقوفة غبن فاحش، أو كانت أعيان الوقف خربة لا يفي إيرادها بمصاريفها، وكان في الاستبدال منفعة محققة للوقف على رأي من يقول بجواز بيعه، إذا تحققت المنفعة^(٣٦).

الحالة الثانية- فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث أو وصية:
سبق وأن وضحنا أن الشفعة تثبت بالبيع أو الهبة بعوض عند الحديث عن شرط التصرف في المال المشفوع فيه، وكذلك يجب أن يكون المقابل مالياً، فإذا كان المقابل غير مالي كأن يكون مهراً أو دية، أو كان صدقة أو وصية، فلا شفعة في ذلك.

الحالة الثالثة- فيما تجري قسمته من العقارات:

يقصد بهذه الحالة أنه إذا قسم عقاراً شائعاً بين شخصين، فلا شفعة لجارهم لأنها ليست بيعاً محض بل فيه معنى الإفراز، والشفعة تثبت بالبيع كما أسلفنا، كما أنها تجب في المعاوضة المالية، وهو ما لا يتحقق في القسمة^(٣٧).

(٣٦) انظر: محمد قدرى باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٤١ و٣٤٢.

(٣٧) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

الحالة الرابعة- في البيع إذا تم بالمزاد العلني وفقاً للقانون:

يشترط لمنع الشفعة هنا شرطان، أولهما: أن يتم البيع بالمزاد العلني، وثانيهما: أن يكون البيع بالمزاد العلني وفقاً للقانون.

وينطبق هذا على سبيل المثال: على البيع بالمزاد العلني أمام القضاء بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية مدينهم؛ لاستيفاء حقوقهم من ثمنه، فهذا بيع بالمزاد العلني يتم وفقاً للإجراءات التي رسمها قانون الإجراءات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠٠٢، وكذلك الحال بالنسبة إلى بيع الدولة أملاكها الخاصة، فإنه يتم بالمزاد العلني، ووفقاً للتشريعات المنظمة لهذا الجانب.

وعلى ذلك فإن اللجوء إلى البيع بالمزاد العلني دون التقيد بالإجراءات التي رسمها القانون لا يسقط طلب الشفعة، من ذلك بيع العقار المشفوع فيه بيعاً حرّاً بالمزاد العلني بشروط يضعها البائع بنفسه دون التقيد بالإجراءات الواردة في القانون، وكذلك البيع بالمظاريف، إذ لا يمكن اعتباره علنياً؛ لأن العطاءات التي تطرح تكون سرية^(٣٨).

ويحق لنا التساؤل عن حكم البيوع التي تشتهر بها السلطنة والتي تتم في الأسواق العمانية بإشراف أشخاص يسمون "الدالّين"؟
تجيب المحكمة العليا عن هذا التساؤل: (... واستخلصت سلامة عملية الشراء وعدم أحقية الطاعن في الشفعة لحصول البيع عن طريق العرف العماني المعتمد دون إخلال بالقواعد المتبعة فيه...) (٣٩).

(٣٨) انظر في هذا المعنى: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٣٢ وما بعدها.

(٣٩) الطعن رقم ٢٠١٢/٨٣١، الدائرة المدنية (ج)، س ق ١٤ و١٣.

المطلب الثالث

حالات لا تسمع فيها دعوى الشفعة

نصت المادة (٩١٣) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أنه: "لا تسمع

دعوى الشفعة في الحالات الآتية:

١- إذا باع الأب لأجنبي ما للولد فيه شفعة.

٢- إذا باع الولد لأبيه.

٣- إذا باع أحد الزوجين للآخر.

٤- إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة بعد وقوع البيع".

الحالة الأولى- إذا باع الأب لأجنبي ما للولد فيه شفعة:

فإذا كان الأب والأبن مثلاً شركاء على الشيوع في عقار ما، وباع الأب حصته

الى أجنبي، فهنا ليس للابن أن يطالب بالشفعة.

الحالة الثانية- إذا باع الولد لأبيه:

يبدو أن المشرع قصر عدم جواز الأخذ بالشفعة في البيع بين الفروع والأصول

على هذه الحالة فقط، بخلاف المشرع المصري والمشرع الأردني، فالمشرع المصري

وفي المادة (٩٣٩ ب) نص على عدم جواز الأخذ بالشفعة، إذا وقع البيع بين الأصول

والفروع، وكذلك الحال بالنسبة إلى المشرع الأردني وفقاً للمادة (١١٦١)، وقالت

المحكمة العليا قبل صدور قانون المعاملات المدنية بأنه: (لا شفعة فيما باعه الفرع

لأصله ولا الزوج لزوجته، ويستثنى ما باعه الأصل لفرعه)^(٤٠).

الحالة الثالثة- إذا باع أحد الزوجين للآخر:

يجب أن تكون علاقة الزوجية قائمة في هذه الحالة وقت البيع، وهذه العلاقة لا

تنقطع إلا بالطلاق المكمل للثلاث أو بانقضاء العدة، فإذا تم البيع بعد الطلاق، يتم

(٤٠) الطعن رقم ٦٦/٢٠٠٧ م مدني ثانية عليا، الدوائر المدنية ١٠/١(م).

الأخذ بالشفعة، أما إذا تم بعد الطلاق الرجعي وقبل انقضاء العدة، فإن العلاقة تكون قائمة بين الزوجين ولا تقع الشفعة^(٤١).

وكانت المحكمة العليا ترفض الأخذ بالشفعة في البيع بين الزوجين؛ وذلك لأجل وجود وشائج الرابطة الزوجية بينهما، والتي جعلت ماليهما مالياً واحداً لمتن أواصر الألفة والاتحاد الذي قل أن يوجد في غيرهما^(٤٢).

الحالة الرابعة- إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحةً أو ضمناً بعد وقوع البيع:

لا يكون التنازل عن الشفعة صراحةً أو ضمناً إلا بعد وقوع البيع، والتنازل الصريح يكون بأي لفظ دال عليه، كأن يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو لا أريدها، والتنازل دلالة كأن يقوم الشفيع بمساومة المشتري على العقار أو طلب استئجاره منه^(٤٣).

والتنازل سواء صراحةً أو ضمناً لا يكون إلا بعد البيع، فمجرد عرض المبيع على الشفيع لا يسقطه حقه من الشفعة فيه بعد ثبوت البيع، إذ إن الشفعة تجب بعد صحة صفقة البيع لا قبله فهي فرع بعد ثبوت أصل^(٤٤).

فالتنازل لا يكون إلا بعد إتمام البيع، فإذا تنازل الشفيع قبل إتمام البيع، فليس له أي أثر، ويحق له المطالبة بها بعد البيع؛ لأن حقه لا يثبت إلا بالبيع، وسارت المحكمة العليا في هذا الاتجاه بقولها: "إن مجرد عرض المبيع على الشفيع لا يسقط

(٤١) د. محمد عليان العزام، الاحكام الموضوعية لشفعة الشريك في القانون المدني الأردني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد ١٣، أبريل ٢٠١٧م، ص ٤٥.

(٤٢) سبق الإشارة للحكم في الحالة السابقة.

(٤٣) أ.د. ماجد أبو رخية و أ.د/ أحمد الصويعي شليبيك و أ.د/ شويش المحاميد، مباحث في فقه المعاملات وما عليه العمل في القانون المدني الأردني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧م، ص ٢٤٥.

(٤٤) الطعن رقم ٦٦/٢٠٠٧ مدني ثانية عليا، رقم المبدأ (١٢) س ق ٧.

حقه من الشفعة فيه بعد ثبوت البيع، إذ الشفعة تجب بعد صحة صفقة البيع لا قبله فهي فرع بعد ثبوت أصل^(٤٥).

والجدير بالذكر أن القانون المدني المصري أجاز التنازل قبل البيع (المادة ٩٤٨/أ)، وبالرغم من التسليم بأن التنازل لا يكون إلا بعد ثبوت الحق فيه، إلا أن النص على جواز تنازل الشفيع عن الشفعة قبل ثبوت حقه فيها له فوائد عدة منها: اطمئنان المشتري لصفقته، وضمان عدم منازعة الشفيع له فيها، فضلاً عن التقليل من المنازعات أمام المحاكم.

المبحث الرابع

إجراءات دعوى الشفعة

تمهيد وتقسيم:

سوف نتعرف في هذا المبحث إلى المدة القانونية التي يجب على الشفيع خلالها رفع دعوى الشفعة، وعلى موقف المشرع بشأن إيداع ثمن العقار المشفوع فيه قبل رفع الدعوى من خلال مطلبين:
المطلب الأول: مدة رفع دعوى الشفعة.
المطلب الثاني: إيداع الثمن.

المطلب الأول

مدة رفع دعوى الشفعة

تنص المادة (٩١٤) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أنه: (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يرفع الدعوى على المشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتمام البيع، وإذا أخرجها دون عذر مقبول، سقط حقه فالشفعة).

(٤٥) الطعن رقم ٢٠٠٧/١٥، مدني أولى عليا، الدوائر المدنية ١٠/١(م).

ويلاحظ هنا أن الدعوى ترفع على المشتري وليس على البائع، وتقول المحكمة العليا في هذا الصدد: (إن الصحيح الذي جرى عليه العمل في المحاكم هو عدم اختصاص البائع في قضايا الشفعة لانقطاع حق البائع من الشيء المبيع بسبب خروجه من يده بموجب صفقة البيع فيه واستلام الثمن المتفق عليه وصيرورة انتقال ملكيته للمشتري وفي ضمانه)^(٤٦).

وقد حدد المشرع مدة رفع الدعوى التي خلالها يمكن للشفيع أن يرفع دعواه إلى ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بتمام البيع، وهنا يكون العلم يقينياً من خلال معرفته تفاصيل الصفقة كافة منها أسم المشتري والثمن وتفاصيل العقار المبيع... ويسقط حقه في الشفعة إذا أخرها دون عذر مقبول، ويلاحظ أن المشرع لم يحدد مدة معينة لا تسمع فيها الدعوى بعدها، فالمشرع الأردني بعد أن حدد مدة الثلاثين يوماً من تاريخ العلم بتسجيل البيع أضاف: أنه لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسجيل^(٤٧)، وهو منهج حسن يؤدي إلى استقرار التعاملات وحمايتها، فليس من المعقول أن تترك مدة رفع دعوى الشفعة مرتبطة بتاريخ علم الشفيع بتمام البيع وفق المشرع العماني دون تحديد مدة مناسبة يسقط فيه حق الشفعة بالتقادم، فقد يصل علم البيع للشفيع متأخراً، قد يمتد إلى سنوات فهل يستساغ قانوناً أن يبقى المشتري مهدداً بفقدان ملكيته للمبيع خلال هذه الفترة؟ وقد تكون مدة الثلاثين يوماً مناسبة لو ألزم المشرع كلاً من البائع والمشتري بإعلان الشفيع بالبيع بمحضر رسمي، وبذلك نضمن تحقق العلم للشفيع ويسقط حقه في الشفعة، إذا لم يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه المحضر دون عذر مقبول.

(٤٦) الطعن رقم ١٤٧/٢٠٠٥، مدني عليا، رقم المبدأ ١٢ س ق ٦.

(٤٧) المادة ١١٦٢ من القانون المدني الأردني.

ويمكن القول إن دعوى الشفعة في كل الأحوال لا تسمع بعد مرور خمسة عشر عاماً، ولو تأخر علم الشفيع بالبيع تطبيقاً للقواعد العامة لمرور الزمن في قانون المعاملات العُماني.

وأما بالنسبة إلى القانون المدني المصري كان أكثر تنظيمياً لهذه المسألة، وكان حريصاً على إيصال العلم إلى المشتري في أقصر مدة، فالمادة (٩٤٠) حددت مدة خمسة عشر يوماً للشفيع لإعلان الرغبة في الشفعة من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه من البائع والمشتري بوقوع البيع، ويكون الإعلان رسمياً على يد محضر، وإذا لم يقم البائع أو المشتري بالإنذار الرسمي، تسقط الدعوى بمرور أربعة أشهر من تاريخ التسجيل عقد البيع، وإذا لم يتم تسجيل عقد البيع فلا يسقط حق الشفيع إلا بمرور خمسة عشر عاماً من تاريخ وقت البيع^(٤٨)، ويمكن القول إن عدم سقوط حق الشفيع في حالة عدم الإنذار وعدم التسجيل لمدة خمسة عشر عاماً لمنع تحايل البائع والمشتري لتفويت الشفعة على الشفيع.

وكانت المحكمة العليا قبل صدور قانون المعاملات تشترط طلب الشفعة على الفور بشرط العلم، وإمكان طلبها ونقول في ذلك: (ومن المعلوم في ظل عدم وجود قانوني مدني ينظم الفترة التي يجب مراعاتها في السلطنة، فإنه يجب العمل بما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن الشفعة واجبة للشفيع على الفور بشرط العلم، وإمكان الطلب، فإذا علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت الشفعة وفي الأثر: ويشفع عند علمه وإن صلى ركعتين قبل أن يشفع بطلت شفيعته)^(٤٩).

(٤٨) تنص المادة ٩٤٨ مدني مصري (يسقط الحق في الشفعة في الأحوال التالية:

أ- إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

ب- إذا لم يكن البيع قد سجل فلا يسقط حق الشفيع في إعلان الرغبة عن الأخذ بالشفعة إلا بمضي خمسة عشر عاماً تحسب من وقت البيع المشفوع فيه تطبيقاً للقواعد العامة).

(٤٩) الطعن رقم ٢٠٠٧/١٥ مدني أولى عليا، رقم المبدأ ٥٠، س ق ٧.

المطلب الثاني إيداع الثمن

لم يشترط المشرع العُماني إيداع ثمن العقار المشفوع فيه قبل رفع الدعوى، على الرغم من المادة (٩١٥) نصت على أنه: "تفصل المحكمة في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه ولها أن تمهل الشفيع شهراً لدفع ما تطلب منه وإلا بطلت شفيعته"، فهذا النص يقتصر على الإيداع في حالة نشوء نزاع حول قيمة الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه عرض أمام المحكمة المختصة وفصلت فيه، ولا يفهم منه أن الشفيع ملزم بإيداع الثمن في خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى.

أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري في هذه المسألة فقد اشترط إيداع الثمن في المحكمة المختصة، وحدد مدة ثلاثين يوماً لإيداع قيمة المبيع بعد إعلان الرغبة بالشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة، ورتب على ذلك سقوط حق الشفيع في الشفعة، إذا لم يلتزم بذلك^(٥٠).

ويمكن القول واستناداً على المادة (٩١٥) من قانون المعاملات المدنية العُماني أن للمحكمة التي تصدر حكماً بنبوت الشفعة إلزام الشفيع بدفع الثمن والنفقات الأخرى خلال شهر وإلا سقط حقه في الشفعة، أو أن يتم إضافة نص يمنح القاضي تحديد مدة يلزم فيها الشفيع خلالها بدفع الثمن والنفقات للمشتري يسقط حقه في الشفعة بعدها، إذا لم يلتزم، وذلك لتلافي أية منازعات تترتب على تأخر الشفيع في دفع الثمن المستحق عليه.

(٥٠) المادة ٢/٩٤٢ مدني مصري.

المبحث الخامس آثار الشفعة

تمهيد وتقسيم:

سوف نتناول في هذا المبحث آثار الشفعة من حيث وقت ثبوت ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع وعلاقة الشفيع بالمشتري وعلاقته بالغير في مطالب ثلاثة:
المطلب الأول: وقت ثبوت الملكية للشفيع.
المطلب الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري.
المطلب الثالث: علاقة الشفيع بالغير.

المطلب الأول

وقت ثبوت الملكية للشفيع

تنص المادة (٩١٦) من قانون المعاملات العُماني على أنه: "يثبت الملك للشفيع في البيع بحكم نهائي من المحكمة أو بتسلمه من المشتري بالتراضي مع مراعاة قواعد التسجيل".

ويتضح من خلال النص أن ملكية العقار المشفوع فيه تنتقل إلى الشفيع بصور حكم نهائي من المحكمة أو بتسلمه من المشتري رضاً، ولكن مع مراعاة قواعد التسجيل، وبالرجوع إلى قواعد التسجيل نجد أن المادة (٩٠١) من قانون المعاملات نصت على أنه: "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية في العقار سواء بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به"، وكذلك المرسوم السلطاني رقم ١٩٩٨/٢ بإصدار نظام السجل العقاري الذي نص على أنه: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو نقله أو زواله أو تغييره، وكذلك الأحكام النهائية لشي من ذلك، يجب تسجيلها في أمانة السجل العقاري أو فروعها، ويدخل في هذه التصرفات: الوقف والوصية والشفعة، ولا يكون للتصرفات والأحكام غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين الطرفين".

فيجب أن يتم التسجيل في السجل العقاري حتى يكون حجة على الغير سواء ثبتت الشفعة بحكم قضائي أم بالتراضي، علماً بأنه يجب التأشير بإعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة في صحيفة العقار، ويترتب على ذلك إذا تقرر حق الشفيع بحكم قضائي، وتم تسجيل الحكم في السجل يكون حجة على من ترتبت عليهم حقوق عينية من تاريخ التأشير بإعلان الرغبة بالشفعة، وليس من تاريخ تسجيل الحكم، شريطة أن يتم تسجيل الحكم خلال سنة من تاريخ صدوره، وفقاً للمادة (٣٥) من نظام السجل العقاري.

وبناء على ذلك فإن ملكية العقار المشفوع فيه تنتقل للشفيع من وقت التسجيل في أمانة السجل العقاري.

ويحق التساؤل هنا عن مصير العقد الذي تم بين البائع والمشتري؟ هل يحل الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع، أو ينشأ عقد جديد بين المشتري والشفيع؟ بالنسبة إلى المشرع المصري قرر أن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، بمعنى أن عقد البيع الذي تم إبرامه بين البائع والمشتري يبقى، وتنتقل الحقوق والالتزامات المترتبة عليه إلى الشفيع^(٥١).

وقد ثار جدل فقهي في مصر حول الوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري، فذهب البعض إلى أن وقت عقد البيع هو وقت الحلول؛ لأن الحكم القضائي هو مجرد كاشف للشفعة، وليس مقررراً لها، فيما قال البعض إن وقت إعلان الرغبة في الشفعة هو توقيت الحلول، وآخرون قالوا بأن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا من تاريخ التسجيل.

أما المشرع العُماني من خلال نص المادة السابقة، والمشرع الأردني في المادة (١١٦٤)، فقد قرراً أن ثبوت الشفعة سواء كانت بحكم قضائي أم بالتراضي بمثابة شراء جديد، أي أن عقداً جديداً ينشأ بين المشتري والشفيع بجانب عقد البيع الأول.

(٥١) المادة ٩٤٥ مدني مصري: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته".

ولاشك أن ترجيح مسلك المشرع المصري أو مسلك المشرعين العُماني والأردني تعتريه بعض الصعوبات، فمن ناحية أولى فإن التزام الشفيع بأخذ العقار من المشتري بما قام عليه من ثمن ونفقات لا يستقيم واعتباره شراءً جديد؛ لأن الشفيع لا يمكنه التفاوض في مسألة الثمن، ومن ناحية ثانية؛ فإن البائع قد يمنح المشتري أجلاً لدفع قيمة العقار لثقتة في شخصه، ومن ثم فإن الأخذ بنظرية الحلول يعني أن الشفيع يستفيد من هذا الأجل رغماً عن إرادة البائع، لذا فإن الأخذ بأي منهما يحتم أن تكون كل الأحكام الواردة في نصوص القانون تتفق مع النظرية ولا تتعارض معها.

المطلب الثاني

علاقة الشفيع بالمشتري

تمهيد:

يترتب على اعتبار الشفعة شراءً جديداً التزامات عدة على الشفيع والمشتري، فالمادة (٩١٧) من قانون المعاملات المدنية العُماني تنص على أن: "١- تملك العقار المشفوع قضاءً أو رضاً يعتبر شراءً جديداً يثبت به خيار الرؤية والعيب للشفيع وإن تنازل المشتري عنهما.

٢- للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن دون رضاء البائع.

٣- إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري".

وبناء على ذلك سوف أقوم بتقسيم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التزامات المشتري.

الفرع الثاني: التزامات الشفيع.

الفرع الأول

التزامات المشتري

وفقاً للمادة (٩١٧) الآنفه الذكر يمكن إجمال التزامات المشتري في الآتي:

أولاً- التزام المشتري بتسليم العقار:

يلتزم المشتري بالقيام بكافة الإجراءات التي تضمن تسليم الشفيح العقار حكماً وفعلاً، فمن الناحية الأولى، إذا كانت الشفعة بالتراضي فيلتزم المشتري بالقيام بإجراءات تسجيل ذلك في أمانة السجل العقاري، أما إذا ثبتت الشفعة قضاءً فإن نقل الملكية، يتم بتسجيل الحكم في الأمانة، وهو دور يتولاه الشفيح بالاشتراك مع الجهة المختصة بالتسجيل^(٥٢).

ومن الناحية الفعلية يلتزم المشتري بتسليم العقار للشفيح تسليماً فعلياً، وذلك بإخلائه العقار وتمكينه من حيازته، وإلا عُد غاصباً لمال الغير ما لم يمارس المشتري حقه في حبس المبيع لاستيفاء ما هو مستحق له من مصروفات البيع والنفقات التي انفقها على العقار^(٥٣).

ثانياً- ثبوت خيار الرؤية والعيب الخفي للشفيح:

يترتب على اعتبار تملك العقار المشفوع قضاءً أو رضاءً شراءً جديداً، التزام المشتري بالالتزامات التي تترتب عادة على البائع في عقد البيع، ومنها تمكين الشفيح من خيار الرؤية وضمن العيب الخفي، ولو تنازل عنه المشتري في عقد البيع الأول، وتبقى هذه الالتزامات على المشتري، ولو تنازل عنها في عقده مع البائع.

^(٥٢) د. محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، القسم الثاني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الثاني، ١٩٨٥م، الطبعة الثانية، ١٩٩٧م، ص ٢٢٤.

^(٥٣) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٤م، ص ٢٠٦.

فالمشتري يلتزم بتمكين الشفيع من رؤية العقار المشفوع، والعيب الذي يضمنه المشتري يجب أن يكون خفياً ومؤثراً، وأن يكون قديماً، وإذا توفرت هذه الشروط في العيب، فللشفيع أن يتمسك بفسخ العقد.

ثالثاً- تمكين الشفيع من الانتفاع الأجل دون رضاء البائع:

ويكون ذلك في فرض أن البائع منح المشتري أجلاً لدفع الثمن، ففي هذه الحالة يكون للشفيع الخيار للاستفادة من هذا الأجل، وهذا الحكم من وجه نظرنا لا يستقيم مع اعتبار تملك الشفيع للعقار بمنزلة شراء جديد؛ لأن إجبار البائع على منح الأجل الذي منحه للمشتري في عقد البيع الأول يتنافى مع ذلك، كما أن منهج المشرع العُماني في هذا الشأن عرضة للانتقاد أيضاً من ناحية أن البائع منح المشتري الأجل لتقته في شخص المشتري، وقد لا تتوفر هذه الثقة في الشفيع^(٥٤).

رابعاً- ضمان التعرض والاستحقاق:

نصت المادة (٩١٧ فقرة ٣): "إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فللشفيع أن يرجع بالثمن على من أداه إليه من البائع أو المشتري".
فقد تستحق العين المشفوعة إلى طرف ثالث، كأن يتبين أن ملكية العقار للبائع كانت غير مشروعة، أو بسبب وجود خطأ في تسجيل بيانات العقار المبيع في السجل العقاري، وذلك بتسجيلها باسم البائع وهو لا يملكه وإنما يملك عقار آخر بجواره، في هذه الحالة من حق الشفيع أن يسترد ما كان دفعه من ثمن ونفقات، والأضرار التي نشأت من هذا الاستحقاق، ولكن رجوع الشفيع وفقاً لنص المادة على البائع لا يستقيم مع اعتبار الشفعة شراء جديد، وكان من المناسب أن يتم النص على رجوع الشفيع في كل الأحوال على المشتري، ويعود هذا الأخير فيما بعد على البائع بموجب عقد البيع الأول حتى يستقيم ذلك مع اعتبار المشرع للشفعة عقد شراء جديد.

(٥٤) المشرع الأردني في المادة ١١٦٥ فقرة ٢ نص على خلاف المشرع العُماني حين ربط الاستفادة بالأجل بموافقة البائع: "ولا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع".

الفرع الثاني التزامات الشفيع

من خلال تعريف حق الشفعة والمادة (٩١٨) يمكن أن نلخص التزامات الشفيع في مواجهة المشتري في الآتي:

أولاً- التزام الشفيع باتخاذ الإجراءات لتسلم العقار المشفوع فيه:

يجب على الشفيع أن يقوم بالإجراءات كافة التي تمكنه من تسليم العقار من المشتري، ومنها استلامه العقار من المشتري، وكذلك القيام بالإجراءات الرسمية التي تضمن نقل ملكية العقار إليه.

ثانياً- التزام الشفيع بدفع الثمن والنفقات:

يلتزم الشفيع بدفع ثمن العقار المشفوع فيه إلى المشتري؛ لأنه كما ذكرنا سابقاً أن المشرع لا يشترط إيداع الثمن في خزنة المحكمة قبل رفع الدعوى، ولو اشترط ذلك كان في وسع المشتري سحب المبلغ من المحكمة.

والثمن الذي يلتزم الشفيع بدفعه هو الثمن الحقيقي، إلا إذا نازع فيه أمام المحكمة، فإذا فصلت المحكمة في هذا النزاع لها أن تمهله شهراً لدفع المبلغ المحكوم به، وإلا بطلت الشفعة وفقاً للمادة (٩١٦).

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الشفيع يلتزم بدفع النفقات سواء الرسمية المتمثلة في رسوم السجل العقاري أم غير الرسمية مثل رسوم السمسرة.

ثالثاً- التزام الشفيع برد ما أنفقه المشتري وتعويضه عما أحدثه من بناء وغراس:

فرقت المادة (٩١٨) بين حالتين:

الحالة الأولى- الزيادة في العقار قبل رفع دعوى الشفعة:

إذا زاد المشتري في العقار المشفوع فيه شيئاً من ماله أو بنى أو غرس فيه أشجاراً قبل رفع دعوى الشفعة، فللشفيع الخيار إما أن يترك الشفعة، أو أن يمتلك العقار المشفوع فيه بثمنه بالإضافة لالتزامه بثمن الزيادة التي أحدثها المشتري على العقار.

الحالة الثانية- الزيادة في العقار المشفوع فيه بعد رفع دعوى الشفعة:

في هذه الحالة يكون للشفيع الخيار، إما أن يطلب إزالة الزيادة التي قام بها المشتري، إذا كان ذلك ممكناً، أو الإبقاء على تلك الزيادة مع دفع ثمنها، وهي مستحقة القلع.

مع الإشارة أن الشفيع لا يستطيع اختيار الإبقاء نظير دفع القيمة مستحقة القلع، إلا برضاء المشتري، فإذا لم يرض كان له قلع ما أحدثه شريطة أن لا يكون القلع ضاراً بالعقار المشفوع فيه، في هذه الحالة يجبر على الإبقاء نظير تقاضي القيمة مقلوعة^(٥٥).

المطلب الثالث

علاقة الشفيع بالغير

قد ترد بعض التصرفات القانونية على العقار المشفوع فيه يترتب عليها حقوق تنشأ للغير، فقد يقوم الشفيع ببيع هذا العقار الى شخص آخر قبل رفع دعوى الشفعة، أو يقوم بوقفه أو تحويله إلى دار عبادة، أو يرتب عليه رهن تأميني أو حق امتياز:

الفرع الأول

الحقوق الناشئة للغير عن بيع العقار

تنص المادة (٩٠٧) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أنه: "إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها إلى آخر قبل أخذها بالشفعة فللشفيع أخذها بالثمن الذي قام على المشتري الأول، وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق من المشتري الأول إن وجد".

(٥٥) د. محمد الجندي، مرجع سابق، ج٢، ص٢٦.

يبدو أن المشرع من خلال هذا النص يهدف إلى منع التحايل، فقد يعمد المشتري الأول إلى بيع العقار المشفوع فيه بثمن أعلى من أجل قطع طريق الشفعة أمام الشفيع، لذلك منح الشفيع حق أخذ الشفعة من المشتري الثاني بالثمن المتفق عليه في عقد البيع الأول، وللمشتري الثاني أن يعود بفرق الثمن على المشتري الأول^(٥٦). ويلاحظ أيضاً أن النص لم يفرق بين إذا ما قام المشتري الأول ببيع العقار المشفوع فيه قبل رفع الدعوى أو بعد رفع الدعوى، ففي كلتا الحالتين يحق للشفيع أخذ العين المشفوعة بالثمن المتفق عليه في عقد البيع الأول.

ويفهم من النص أيضاً أن الشفيع يخاصم المشتري الأخير، ولا شك في أن ذلك يثير صعوبات عملية، فهذا المشتري وقد أخذ العقار منه، وبثمن ليس هو الثمن الذي دفعه، سيكون مع ذلك، الطرف الذي يتحمل الالتزامات التي ذكرناها، والتي تقع على عاتق المشتري الأول، وسيكون مضطراً في كل مرة يرجع عليه الشفيع فيها أن يرجع على سلفه، وهذا على من سبقه وهكذا^(٥٧)، وللشفيع أن يختار أي بيع من البيوع التي وقعت على العقار في حالة تعددها، ويخاصم فيها المشتري الأخير، ويشترط في البيع الذي يختاره الشفيع ألا يكون من البيوع التي وردت في المادة (٩١٣).

الفرع الثاني

حق الشفيع في نقض تصرفات المشتري

تنص المادة (٩١٩) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أن: "للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري حتى لو وقف العقار المشفوع فيه أو جعله محل عبادة".

(٥٦) مبارك سعيد، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، دار الثقافة، ١٩٩٦م، ص ١٣١.

(٥٧) محمد الجندي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٤٩.

ويفهم من النص أن للشفيع أن ينقض تصرفات المشتري سواء كانت قبل رفع الدعوى أم بعد رفعها، حتى لو قام المشتري بجعلها وفقاً أو داراً للعبادة، كجعله مسجداً مثلاً، وهو الحكم نفسه في حالة تعدد البيوع، فقد ذكرنا أن للشفيع أن ينقض تصرف المشتري، ويتملك العقار بالثمن الذي دفعه المشتري الأول.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بالنص نفسه في المادة (١١٦٧) منه، وكذلك مرشد الحيران في المادة (١٢٩): "للشفيع أن ينتقص جميع تصرفات المشتري، حتى لو وقف العقار المشفوع أو جعله مسجداً"^(٥٨)، أما القانون المصري فقد نص في المادة (٩٣٩) على خلاف ذلك في الفقرة (ج) منها، فقد قرر عدم جواز الأخذ بالشفعة: "إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة".

ويعود هذا التباين في التقنيات العربية إلى عدم اتفاق الفقه الإسلامي على رأي واحد في هذه المسألة، فمنهم من أجاز أخذ الشفعة ولو جعل المشفوع فيه مسجداً، ومنهم من قال بخلاف ذلك^(٥٩).

الفرع الثالث

حكم التأمينات العينية على العقار المشفوع فيه

نصت المادة (٩٢٠) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أنه: "لا تسري في حق الشفيع أي رهن تأميني، أو أي حق امتياز رتبه المشتري، أو رتب ضده على العقار المشفوع فيه، إذا كان قد تم بعد إقامة دعوى الشفعة، وتبقى للدائنين فيما لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن العقار".

^(٥٨) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، محمد قدرى باشا، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

^(٥٩) من ذلك: "إذا اتخذ المشتري الدار مسجداً، ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد، ويأخذ الدار بالشفعة" "أنه لا ينقض المسجد وبطلت شفيعته"، حاشية الطحطاوي، ٤م، ص ١٢٥.

يستفاد من النص أن أي حق رهن تأميني أو أي حق امتياز يرتبه المشتري أو يترتب ضده على العقار المشفوع فيه لا يسري في حق الشفيع طالما أنه تم بعد رفع دعوى الشفعة، أما إذا كانت هذه الحقوق ترتبت قبل رفع الدعوى، فإنها تسري في حق الشفيع وينقل له العقار مثقلاً بما عليه من رهن تأميني أو حق امتياز، فإذا قام الشفيع بإيفاء الحقوق التي قدم العقار ضماناً لها، خلصت ملكية العقار، أما إذا لم يقم بذلك وبقي العقار مثقلاً إلى حين حلول أجل الحقوق المضمونة، كان لأصحاب هذه الحقوق أن ينفذوا على العقار، وللشفيع في هذه الحالة الرجوع على المشتري بضمان الاستحقاق، ولكن الشفيع يستطيع أن يطهر العقار من هذه الحقوق مستخدماً في ذلك ما عليه الوفاء به من ثمن للمشتري^(١٠).

وهذا النص يتناسق مع المادة (٣٥) من نظام السجل العقاري التي أشرنا لها في المطلب الأول من هذا المبحث، والتي أوجبت التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ويترتب على ذلك وبعد صدور حكم بثبوت الشفعة، أن يكون حجة على الغير من تاريخ التأشير بإعلان الرغبة، وليس من تاريخ صدور الحكم. هذا وبالرغم من أن صياغة النص توجي بعدم سريان أحكامه على الرهن الحيازي، إلا أن المنطق القانوني يقول بخلاف ذلك؛ لأن القواعد التي تحكم ولاية الراهن على محل الرهن التأميني هي ذاتها التي تحكم المسألة نفسها في الرهن الحيازي^(١١).

(١٠) محمد الجندي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٣ و ٢٥٤.

(١١) انظر في هذا الرأي السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر مرجع سابق، ص ٧٥٣، ومحمد الجندي، مرجع سابق، ص ٢٥٤ و ٢٥٥.

النتائج والتوصيات

أولاً- النتائج:

- ١- حصر المشرع العُماني أسباب الشفعة في حالة الشراكة سواء على الشيوع أم في حالة وجود حق ارتفاق بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، ولم يجيز طلب الشفعة في حالة الجوار الملاصق.
- ٢- في حالة تعدد الشفعاء وتزاحمهم على الشفعة، أخذ المشرع بمعيار عدد الرؤوس، ولم يأخذ بمعيار نصيب كل شفيح، فالمشرع لم يقيم وزناً لنسبة ما يملك الشفيح، فالعين المبيعة توزع على الشفعاء بالتساوي بصرف النظر عن مقدار أنصبتهم، وقد أخذ المشرع المصري بخلاف ذلك.
- ٣- حدد المشرع مدة ثلاثون يوماً لرفع دعوى الشفعة من تاريخ علم الشفيح بالبيع، ولم يحدد مدة أخرى يسقط فيها حق الشفعة في كل الأحوال كما فعل المشرعين المصري والأردني.
- ٤- لم يشترط المشرع إيداع الثمن في خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة.
- ٥- أغفل المشرع الرهن الحيازي عند تنظيمه للتأمينات العينية التي لا تسري في حق الشفيح، إذا ما ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد رفع الدعوى.

ثانياً- التوصيات:

- ١- إضافة كلمة "ولو" قبل كلمة جبراً الواردة في تعريف الشفعة في المادة (٩٠٣) ليصبح: "حق تملك المبيع أو بعضه الذي تجري فيه الشفعة ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات"، لأن الشفعة قد تؤخذ بالتراضي بين الشفيح والمشتري.
- ٢- يجب تحديد موقف المشرع بشكل صريح فيما يتعلق بالبيع في حالة الشركة على الشيوع، هل يشترط البيع لأجنبي عن دائرة الشركاء، أو أن الشفعة تجوز ولو كان البيع لأحد الشركاء.

٣- اقترح أن يتم إيجاد تنظيم معين يضمن بشكل رسمي وصول رغبة البائع في بيع العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وتحديد مدة معينة له لرفع دعوى الشفعة وإلا عد متنازلاً عنها؛ لتحقيق الاستقرار في المعاملات ولتقليل المنازعات أمام القضاء.

٤- اقترح إيجاد نص صريح يسمح للقاضي أن يلزم الشفيع بدفع الثمن والنفقات في مدة زمنية محددة يسقط حقه بعدها، إذا لم يلتزم، في ظل عدم اشتراط المشرع إيداع الثمن قبل رفع الدعوى، وذلك لتلافي أي خلافات تنشأ بين الشفيع والمشتري بعد صدور الحكم بالشفعة.

٥- اقترح أن يتم تعديل الفقرة (٢) من المادة (٩١٧) التي نصت على أنه: "للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن دون رضا البائع"، بحيث تكون استفادة الشفيع من هذا الأجل مرهونة بموافقة البائع؛ لأن هذا الحكم يتعارض مع اعتبار الشفعة شراءً جديداً، فضلاً عن منح الأجل يكون لاعتبارات شخصية متعلقة بالشخص الممنوح له هذا الأجل.

المراجع

أولاً- كتب اللغة والكتب القانونية والشرعية:

- (١) لسان العرب لأبن منظور، دار صادر بيروت، ١٩٩٤م، ط ٣، ج ٨.
- (٢) أ.د/ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، ج ٩ المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
- (٣) أ.د/ ماجد أبو رخية وأ.د/ أحمد الصويغي شليبيك وأ.د/ شويش المحاميد، مباحث في فقه المعاملات وما عليه العمل في القانون المدني الأردني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م.
- (٤) على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

- (٥) د عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، دار أحياء التراث العربي، الطبعة الأولى.
- (٦) د. عمار القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م.
- (٧) د. محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، القسم الثاني، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الثاني، ١٩٨٥ م، الطبعة الثانية ١٩٩٧ م.
- (٨) د. محمد الجندي، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القسم الأول) مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاسعة، ١٩٨٥ م.
- (٩) د. محمد عليان العزام، الأحكام الموضوعية لشفعة الشريك في القانون المدني الأردني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد ١٣، أبريل، ٢٠١٧ م.
- (١٠) د. نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧ م.
- (١١) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثاني، دار الثقافة العربية، طبعة ٢٠١٠ م.
- (١٢) مبارك سعيد، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، دار الثقافة، ١٩٩٦ م.
- (١٣) محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية العماني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.
- (١٤) محمد عزمي البكري، الشفعة في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، طبعة ٢٠١٦ - ٢٠١٧ م.
- (١٥) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٤ م.



- ١٦) محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، دار السلام، ٢٠١١م.
- ١٧) رياض مفتاح، حق الملكية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٨م.
- ١٨) د. عبد الصمد محمد يوسف، الشفعة بين مقتضيات الشرع ومشكلات الواقع، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٨م.

ثانياً- الأحكام القضائية:

- ١) الطعن رقم ٢٨٠/٢٠٠٥ (هيئة توحيد المبادئ)، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٧م وحتى ٣٠/٦/٢٠٠٨م، السنة القضائية الثامنة، المكتب الفني، المحكمة العليا، وزارة العدل، ص ٣.
- ٢) الطعن رقم ٨٩٩/٢٠١١، الدائرة المدنية (أ)، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠١١م وحتى ٣٠٦/٣/٢٠١٢م (م)، السنة القضائية الثانية عشرة، المكتب الفني، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، ص ١٨٤.
- ٣) الطعن رقم ٨٠٤/٢٠٠٩م مدني عليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٩م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٠م، السنة القضائية العاشرة، المكتب الفني، المحكمة العليا، ص ٣٦٢.
- ٤) الطعن رقم ٥٨٨/٢٠٠٨ مدنية أولى عليا، جلسة ١٧/١/٢٠٠٩م، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا، الدوائر المدنية ١٠/١(م)، الفترة من ٢٠٠١م حتى ٢٠١٠م، المكتب الفني، المحكمة العليا، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، ص ٥٨٨. الطعن رقم ٨٣١/٢٠١٢م، الدائرة المدنية (ج)، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها، للسنتين القضائيتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة، في الفترة

من ١/١٠/٢٠١٢ م وحتى ٣٠/٦/٢٠١٤ م (م)، المكتب الفني، المحكمة العليا،
مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، ص ٣٨٢.

(٥) الطعن رقم ٦٦/٢٠٠٧ مدني ثانية عليا، جلسة ٦/٥/٢٠٠٧ م، رقم المبدأ (١٢) س ق ٧، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ م وحتى ٢٠١٠ م، الدوائر المدنية ١٠/١ (م)، المكتب الفني، المحكمة العليا، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، ص ٣٠٥.

(٦) الطعن رقم ١٥/٢٠٠٧، مدني أولى عليا، جلسة ٢/٦/٢٠٠٧ م، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة ٢٠٠١ م وحتى ٢٠١٠ م، الدوائر المدنية ١٠/١ (م)، المكتب الفني، المحكمة العليا، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، ص ٣٠٤.

(٧) الطعن رقم ١٤٧/٢٠٠٥، مدني عليا جلسة ١٢/٢/٢٠٠٦ م، رقم المبدأ ١٢ س ق ٦، مجموعة المبادئ والقواعد التي قررتها المحكمة العليا من الفترة ٢٠٠١ م حتى ٢٠١٠ م، المكتب الفني المحكمة العليا، مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، ص ٣٨٤.

ثالثاً- التشريعات:

- (١) قانون المعاملات المدنية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٩/٢٠١٣.
- (٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م.
- (٣) القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ م.
- (٤) المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٤٨ بإصدار نظام تملك الشقق والطبقات.
- (٥) نظام السجل العقاري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨/٢.
- (٦) القانون الأردني المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (٥١) لسنة ١٩٥٨ م.
- (٧) قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م.



دور لجنة المنازعات الإيجارية في إخلاء العين المؤجرة دراسة في القانون البحريني

الدكتور/ عبد العزيز حسن صالح *

الملخص:

يُعد عقد الايجار من العقود الهامة التي تهم جميع الأفراد سواء أكانوا مالكين أم مستأجرين، لذا وجب على المشرع في جميع الدول أن يتدخل من وقت لآخر لإعادة تنظيم العلاقة بين طرفي عقد الايجار محققاً المساواة بينهم، وبالنظر إلي التشريعات البحرينية المنظمة للعلاقة الإيجارية نجد أنها كانت قاصرة عن تحقيق هذه المساواة، نظراً لاعتبارها خلال الفترة الماضية المستأجر الطرف الضعيف، مما أثار الكثير من المشكلات، لذا فقد بدت الحاجة ماسة لإصدار قانون يعالج هذه المشاكل، ويوازن بين مصلحة طرفي العقد، فصدر القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤م.

تضمن هذا القانون إنشاء لجنة ذات صلاحيات قضائية تختص بالفصل في المنازعات الإيجارية على وجه السرعة، مما كان لهذه اللجنة دور هام في حسم الكثير من القضايا التي طال أمد نظرها بالمحاكم، غير أن ما يلاحظ على هذا القانون أنه أفقد حق الأطراف في الطعن على قرارات اللجنة أمام محكمة التمييز، فضلاً عن عدم مراعاته بصورة كاملة لحقوق المستأجر في بعض الحالات التي يطالب فيها المؤجر إخلاء العين المؤجرة، رغم ثبوت سوء نية المؤجر.

لهذا فإنني سوف أقوم بدراسة دور لجنة المنازعات في إخلاء العين المؤجرة، وذلك من خلال ثلاثة مباحث، أتحدث في أولهم عن اللجنة من حيث كيفية تشكيلها واختصاصاتها ومسألة الطعن على قراراتها، وفي المبحث الثاني أوضح التزامات المستأجر، والمبحث الثالث أخصه لحالات الإخلاء والممارسة القضائية للجنة.

الكلمات المفتاحية: لجنة المنازعات الإيجارية - القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤م - حالات الإخلاء - حقوق المستأجر.

*أستاذ مساعد بقسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة البحرين.



The Role of Lease Disputes Committee in Vacating Leased Premises A study in Bahraini Law

Dr. Abdel Aziz Hassan Saleh *

Abstract:

The lease contract is an important contract that concerns both owners and tenants. However, as the position of parties to this particular contract is unequal, the tenant being the weaker party, legislative intervention is the key to achieve the needed balance.

As with respect to the Bahraini Legislator, Law No. (27) of 2014 was issued, aiming to fairly regulate the relationship between both parties of the contract. Accordingly, the Lease Disputes Committee was established with the sole jurisdiction of settling lease disputes. The most important advantage of establishing this Committee was solving the long-standing cases in courts. On the other hand, disadvantages include denying parties the right to appeal the decisions of the Committee before the Court of Cassation. Moreover, examining the decisions of the Committee shows that, in many cases, the interest of the tenant was overlooked and decisions were in favor of the landlord to evacuate the leased premises despite the fact that the latter's bad faith was proven.

Therefore, the objective of this paper is to examine the role of the Lease Dispute Committee in vacating leased premises. The paper shall be divided into 3 parts: the first part will address formation of the committee, terms of reference, and the ability of challenge its decisions. The second part will discuss obligations of the tenant, and the third part will examine Evictions and judicial practice of the commission in light of case law.

Keywords: Lease Disputes Committee - Law No. 27 of 2014 - Evictions - Tenant rights.

*Assistant Professor, Department of Private Law, College of Law, University of Bahrain.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد،

مما لا شك فيه أن العلاقة الإيجارية في ظل التشريعات القديمة لمملكة البحرين قد أثارت كثيراً من المشكلات لا سيما حالة إخلال المستأجر بإحدى التزاماته العقدية التي تستوجب تركه للعين المؤجرة، أو رغبة المؤجر في شغل العين المؤجرة؛ لاحتياجه إليها لعدم وجود سكن خاص به في المنطقة الكائن بها العقار، وعدم خروج المستأجر منها إلا بعد الدخول معه في مشكلات قانونية وإصدار أحكام قضائية يطول أمد إصدارها.

فقد كانت التشريعات القديمة قاصرة عن وضع حلول للكثير من المشاكل؛ نظراً لعددها المستأجر الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية، لذلك كانت هناك حاجة ماسة لإصدار قانون يعالج هذه المشاكل ويوازن بين مصلحة طرفي العقد، فصدر القانون رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤م متضمناً إنشاء لجنة ذات صلاحيات قضائية تختص بالفصل في المنازعات الإيجارية على وجه السرعة، كما عدد المشرع الكثير من الحالات التي يجوز فيها طلب إخلاء العين المؤجرة قبل انتهاء مدة العقد سواء كان سببها راجعاً إلى خطأ المستأجر أم بناءً على رغبة المؤجر أم يرجع سببها للعين المؤجرة، فضلاً عن أنه أوجب على المستأجر - في ظل ظروف معينة - ضرورة فسخ العقد بقصد إخلاء العين المؤجرة.

ونظراً لأهمية هذا القانون الذي جاء في إطار سياسة مملكة البحرين، التي تهدف إلى خلق بيئة تشريعية ملائمة من أجل تحقيق أهداف التنمية المستدامة، والذي حاول فيه المشرع الموازنة بين مصالح طرفي عقد الإيجار، ودور لجنة المنازعات في تحقيق تلك الموازنة، لهذا فإنني سوف أتناول موضوع إخلاء العين المؤجرة في ظل دور لجنة المنازعات الإيجارية التي أنشأها المشرع بموجب نص المادة (٤٠) من القانون ذاته، ومدى أثر ذلك على حقوق المستأجر في ثلاثة مباحث.

منهج البحث:

سوف أتبع المنهج التحليلي، وذلك بعرض موضوع البحث وتحليله في ضوء قانون الإيجارات الجديد، وذلك للوقوف على مدى موازنة المشرع بين مصالح أطراف عقد الإيجار، مع الإشارة إلى الوضع في تشريعات بعض دول مجلس التعاون الخليجي كلما أمكن ذلك.

خطة البحث:

- المبحث الأول: لجنة المنازعات الإيجارية ودورها في إخلاء العين المؤجرة.
- المبحث الثاني: التزامات المستأجر في ظل قانون الإيجار الجديد.
- المبحث الثالث: حالات الإخلاء ومدى تأثيرها على حقوق المستأجر.

المبحث الأول

لجنة المنازعات الإيجارية ودورها في إخلاء العين المؤجرة

أنشأ المشرع البحريني لجنة ذات صلاحيات قضائية تختص بالفصل في منازعات الإيجار، ومنها طلبات الإخلاء المقدمة من المؤجر لإخلاء العين المؤجرة، ونظراً لأهمية هذه اللجنة فسوف أبين في هذا المبحث كيفية تشكيلها واختصاصاتها، وكيفية انعقادها والإجراءات المتبعة أمامها، وكذلك القرارات الصادرة منها، وكيفية الطعن فيها، وذلك من خلال أربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

تشكيل اللجنة واختصاصاتها

تتكون لجنة المنازعات الإيجارية من قاضيين من المحكمة المدنية الكبرى يندهما المجلس الأعلى للقضاء، ويتولى أحدهما رئاسة اللجنة بجانب موظف من ذوي الخبرة يتم ترشيحه من الوزير المختص، غير أنه في حالة قيام مانع لدى أحد أعضاء اللجنة بالاستمرار في العمل بها يتم انتداب غيره المدة الباقية ذاتها^(١).

(١) المادة ٤١ من قانون الإيجار ٢٧ لسنة ٢٠١٤م، الجريدة الرسمية - ملحق العدد ٣١٦٨.

وتعقد اللجنة جلساتها مرة كل أسبوع على الأقل بدعوة من رئيسها، ويكون انعقادها صحيحاً بحضور جميع الأعضاء، على أن تكون مداولاتها سرية، ولسلساتبا علانية، وتصدر قراراتها مسببه بأغلبية الأعضاء^(٢).

أما فيما يتعلق باختصاصات اللجنة، فقد نصت المادة الأولى من قرار وزير العدل والشئون الإسلامية على اختصاص لجنة المنازعات الإيجارية بالفصل على وجه السرعة في جميع الدعاوى والمنازعات الناشئة عن عقود إيجارات العقارات الخاضعة لأحكام هذا القانون، كما أسند المشرع إليها الاختصاص بالفصل في الدعاوى والمنازعات المنصوص عليها في البندين ٦-٧ من المادة الثامنة والمادة الثامنة مكرر من قانون المرافعات المدنية والتجارية^(٣)، التي كانت تختص بالفصل

(٢) المادة ٢ من قرار وزير العدل والشئون الإسلامية رقم ١١ لسنة ٢٠١٥م، الجريدة الرسمية - ملحق العدد ٣١٩٥ الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٢/٥م.

(٣) نصت المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧١م قانون المرافعات المدنية والتجارية على (تختص المحاكم الصغرى بالنظر في الدعاوى الآتية: ٦-دعاوى إخلاء المأجور إلا إذا اقترنت دعوى الإخلاء بطلبات حقوقية تزيد على خمسة آلاف دينار. ٧-دعاوى بطلب وقف أو إزالة الضرر بين أصحاب العقارات وشاغليها أو بين الجيران)، كما نصت المادة الثامنة مكرر من ذات القانون بعد تعديله وإضافتها بموجب المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٨٣م على أن: (يتولى القضاء المستعجل قاض يندبه وزير العدل والشئون الإسلامية ويشمل اختصاصه جميع الدعاوى المستعجلة عدا ما يدخل في اختصاص المحاكم الشرعية ولو كانت الدعوى موضوعاً من اختصاص محكمة أخرى، ولا يمنع هذا من اختصاص محكمة الموضوع بالفصل في المسائل المستعجلة التي ترفع تبعاً للطالب الأصلي، ويفصل قاضى الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، وتقام الدعوى المستعجلة بلائحة تقدم إلى قسم تسجيل الدعاوى، وعلى القسم المذكور أن يحدد في يوم تقديم اللائحة جلسة لنظر الدعوى في موعد لا يقل عن أربع وعشرين ساعة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى وبأمر من قاضى الأمور المستعجلة إنقاص هذه المدة وجعلها من أربع وعشرين ساعة إلى ساعة، ويبلغ المدعى بالحضور عند تقديم لائحة الدعوى ويتم ذلك بالتأشير بالعلم على أصل لائحة الدعوى ويتم إعلان باقى الخصوم بلائحة الدعوى وبالحضور معاً، وفيما عدى ما تقدم تسري الأحكام المقررة في رفع الدعوى وإعلانها على الدعاوى المستعجلة ويكون ميعاد استئناف الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة عشرة أيام من تاريخ صدورها أو إعلان المحكوم عليه بها وفقاً لأحكام المادة (٢١٦). وتتبع في ==

فيهما من جهة المحاكم الصغرى والقضاء المستعجل، فضلاً عن اختصاصها بالنظر في طلبات اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية المتصلة بالدعاوي والمنازعات المذكورة في أعلاه، ويلاحظ أن المشرع اشترط لقبول نظر هذه الدعاوي أمام اللجنة أن تكون الدعاوي والمنازعات ناشئة عن عقود إيجار مسجله^(٤).

المطلب الثاني إجراءات رفع الدعوى

تبدأ إجراءات الدعوى بقيام المدعي بتقديم طلب بإخلاء العين المؤجرة إلى أمانة سر اللجنة، مشتملاً على البيانات المتعلقة به، والبيانات المتعلقة بالمدعي عليه، وحافظه بالمستندات والأدلة التي تؤيد دعواه، وذلك مع تبين قيامة بسداد الرسوم كافة، على أن تقوم أمانة سر اللجنة بعد التأكد من استيفاء كافة الطلبات بإخطار المدعي عليه بطلبات المدعي، وذلك عن طريق خطاب مسجل بعلم الوصول خلال سبعة أيام من تاريخ إستلامها طلب الفصل في النزاع، على أن يقوم المدعي عليه بالرد فيما جاء بالطلب المرسل إليه أيضاً خلال سبعة أيام من تاريخ استلامه مضمناً رده، الرد على طلبات المدعي وأي طلبات أخرى يراها، ثم تقوم أمانة سر اللجنة بإرسال ما جاء برد المدعي عليه وطلباته إلى المدعي خلال ثلاثة أيام من تاريخ استلامها رد المدعي عليه ثم تقوم الأمانة بقيد الطلب في سجل مُعد لهذا الغرض، وعرض الطلب على رئيس اللجنة الذي يتولى بدوره تحديد ميعاد لنظره ومن ثم يتم إخطار ذوي الشأن به قبل ميعاده بسبعة أيام على الأقل بكتاب مسجل بعلم الوصول^(٥).

== إجراءات استئنافها الإجراءات المقررة لرفع الدعوى المستعجلة على أن يكون الاختصاص بالفصل في استئناف الأحكام الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة للمحكمة الكبرى المدنية أيضاً كانت الدعوى الصادر فيما الحكم، ولا يجوز الطعن بالمعارضة أو بالتماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة في المسائل المستعجلة).

(٤) المادة ١ من قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية، والمادة (٨) قانون الإيجار.

(٥) المواد من (٤ : ٨) من قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية.

والجدير بالذكر أن المشرّع يطلب إلى اللجنة أن تصدر قرارها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام أمانة السر طلب المدعي، غير أنه أجاز لها في أحوال أخرى أن تمد فترة النظر في النزاع لمدة أخرى على ألا تتجاوز في مجموعها ستة أشهر من تاريخ استلام أمانة السر الطلب، وبشرط أن يكون هناك ما يستدعي إعطاء هذه المهلة.

المطلب الثالث

مدى حق اللجنة في دعوة الأطراف إلى التفاوض

أعطى المشرّع البحريني للجنة المنازعات الإجبارية وفقاً لنص المادة (١٢) من قرار وزير العدل الحق في أي مرحلة من مراحل الدعوي أن تدعو أطراف المنازعة إلى التفاوض؛ وذلك لإجراء تسوية ودية لنزاعهم، فإذا ما استجابوا لتسوية النزاع، قررت اللجنة وقف الإجراءات مؤقتاً لمدة تقدرها، فإذا ما نتج عن اتفاقهم تسوية النزاع، تصدر اللجنة قراراً نهائياً بنتيجة هذه التسوية، أما في حالة عدم اتفاقهم تعود اللجنة مرة أخرى إلى نظر النزاع من حيث ما توقف، وذلك بعد تحديدها موعد لذلك مع إخطار الأطراف به بكتاب مسجل بعلم الوصول^(٦).

لا شك أن إعطاء اللجنة الصلاحية في دعوة الأطراف المتنازعة للتفاوض أمر يُحمد عليه المشرّع، وإن كان أولي به أن ينشئ إدارة للتوفيق والصلح بين الأطراف من غير أن يترك الأمر دون تنظيم، وذلك على غرار ما فعله المشرّع

(٦) اتفق المشرعان البحريني والقطري في إعطاء اللجنة الحق في دعوة أطرافها للتفاوض، إذا جاء بالمادة (١٤) من قرار مجلس الوزراء رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٨م، بشأن القواعد والإجراءات الواجب إتباعها أمام لجان فض المنازعات: (يجوز للجنة، في أي مرحلة من مراحل نظر النزاع، أن تدعو الأطراف للتفاوض لإجراء تسوية لنزاعهم، فإذا استجابوا قررت اللجنة وقف الإجراءات لمدة تحددها، وإذا توصلوا فيما بينهم إلى تسوية لنزاعهم، تصدر اللجنة قراراً بنتيجة التسوية التي اتفقوا عليها، ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً، وفي حالة عدم الاتفاق على التسوية تعود اللجنة لفض النزاع، من حيث وقف، وذلك بعد تحديد موعد لذلك يخطر به أطراف النزاع بكتاب مسجل بعلم الوصول).

الإماراتي عندما أنشأ مركزاً لفض المنازعات الإلجارية، وخصص به إدارة للتوفيق والصلح برئاسة قاضٍ^(٧).

المطلب الرابع كيفية الطعن على قرارات اللجنة

أجاز المشرع البحريني لأطراف النزاع الطعن في قرارات اللجنة، وفقاً لنص المادة (٤٣) من قانون الإلجارات أمام المحكمة المدنية الكبرى خلال خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ صدور قرارها أو من تاريخ إعلانه بحسب الأحوال، على أن يكون الحكم الصادر من المحكمة المدنية الكبرى نهائياً، ويجوز للجنة أن تشمل قراراتها بالنفاذ المعجل سواء بكفالة أم بغير كفالة^(٨).

لا شك أن تنظيم المشرع لمسألة الطعن في قرارات اللجنة أمام المحكمة المدنية الكبرى وفقاً لنص المادة (٤٣) من غير تحديد بصورة قاطعة عما إذا كان يقصد بالمحكمة الكبرى، المحكمة بصفتها الابتدائية أم الاستئنافية فضلاً عن جعل الحكم الصادر منها نهائياً قد أثار اللبس عند البعض، مما دفع محكمة التمييز إلى الحكم بعدم قبول الطعن أمامها في الحكم النهائي الصادر من المحكمة المدنية الكبرى بصفتها الابتدائية^(٩)؛ نظراً لأنه من المقرر وفقاً لنص المادة الثامنة من

^(٧) أصدر المشرع الإماراتي مرسوم بقانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٣م بشأن إنشاء مركز لفض المنازعات الإلجارية في إمارة دبي، ونص في المادة (١١) على وجود إدارة للتوفيق والصلح، تختص بإجراء التسوية الودية بين أطراف المنازعة، فإذا ما تم الصلح بينهم كأن يتم إثبات ذلك بموجب اتفاقية صلح يوقع عليها الأطراف، ويعتمدها القاضي المشرف على المركز، ويكون لهذه الاتفاقية قوة السند التنفيذي.

^(٨) المادة ٤٣ من قانون الإلجار فقرة (أ) نصت على: (يجوز الطعن في قرارات اللجنة أمام المحكمة الكبرى المدنية، وذلك خلال خمسة عشر يوماً، تبدأ من تاريخ صدور القرار أو إعلانه بحسب الأحوال، ويكون حكم المحكمة في الطعن نهائياً).

^(٩) يرى الباحث أن المشرع عندما أسند الاختصاص بمسألة الطعن على قرارات اللجنة إلى المحكمة الكبرى الابتدائية، وذلك على أساس أنها تختص بأي دعوى يجعل أي قانون آخر لها صلاحية نظرها، وفقاً للمادة (١٠) قانون المرافعات التي تنص على: (اختصاص المحكمة الكبرى بالنظر بصفة ابتدائية وتختص كذلك بالفصل في كل دعوى يجعل أي قانون آخر النظر فيها لمحكمة كبرى).

القانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٩م الخاص بإصدار قانون محكمة التمييز أن: (للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محكمه الاستئناف العليا المدنية أو من المحكمة الكبرى المدنية بصفتها الاستئنافية في أحوال معينه)، وقد حددت المادة ١١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الحالات التي تنظرها المحكمة الكبرى بصفة استئنافية وهي على سبيل الحصر: ١- ما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الصغرى. ٢-القرارات الصادرة من محاكم التنفيذ^(١٠)، ومن ثم فالأحكام النهائية الصادرة من المحكمة الكبرى بصفتها الابتدائية في الطعون المتعلقة بقرارات لجنة المنازعات لا تدخل ضمن هذه الحالات المحددة سلفاً على سبيل الحصر.

بيد أن المشرّع استثنى بعض الأحكام النهائية، وأجاز الطعن فيها أمام التمييز أياً كانت المحكمة التي أصدرتها حيث نص بالمادة (٩) من قانون التمييز على أن: (للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة التمييز في أي حكم انتهائي - أياً كانت المحكمة التي أصدرته - إذا فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى به)^(١١)، غير أن هذه الحالة خاصة بالأحكام الانتهائية التي تصدر من محكمة خلافاً لحكم آخر حاز قوة الأمر المقضى به، ومن ثم وفقاً للقواعد العامة فإن الأحكام الصادرة من المحكمة الكبرى بصفتها الابتدائية غير قابلة للطعن فيها أمام التمييز، وهذا من النظام العام، ومن ثم فالمشرّع هنا خرج عن القواعد العامة، وذلك بحرمانه للأطراف من الحق في الطعن أمام محكمة التمييز، فإن قيل بأن هدف المشرّع من تنظيم المادة (٤٣) هو سرعة الفصل في المنازعات فإن هذا لا يبرر حرمانهم من الطعن بالتمييز، فالطعن بحسب الأصل لا يوقف تنفيذ الحكم، ومن ثم كان من الممكن أن يوازن المشرّع بين السرعة في الفصل وحق الأطراف في الطعن بالتمييز؛ لذا فقد أحسن صنعا المشرّع الإماراتي بأبو ظبي عندما نظم مسألة كيفية عمل اللجنة، وإصدارها لقراراتها، وكيفية الطعن في الأحكام الصادرة منه، إذ جعل الحكم الصادر من لجنة

(١٠) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٢٠١٦م، بجلسة ٢٠١٧/٧/٥م، بعدم قبول

الطعن في الحكم النهائي الصادر من المحكمة المدنية الكبرى بصفتها الابتدائية.

(١١) أ. سعيد الحميدي، قراءة جديدة متأنية في قانون الإجراءات الجديد، جريدة أخبار الخليج

بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٩م.

المنازعات بصفتها الابتدائية نهائياً، إذا لم تتجاوز قيمة المنازعة خمسين ألف درهم، وفي حال تجاوزها لهذا المبلغ يتم الطعن فيها أمام اللجنة الاستئنافية، كما أجاز للأطراف الطعن في الأحكام الصادرة من اللجنة الاستئنافية أمام محكمة النقض حال تجاوز قيمة المنازعة ثلاثمائة ألف درهم^(١٢).

لذلك ندعو المشرع البحريني إلى ضرورة إعادة النظر في قواعد عمل اللجنة فيما يتعلق بقراراتها، وكيفية الطعن فيها، واتباع ما فعله المشرع الإماراتي، ومن ثم إلغاء المادة (٤٣) وإعادة صياغتها من جديد، أما إذا ما أراد المشرع الإبقاء على الوضع الحالي، وذلك بجعل الطعن على قرارات اللجنة أمام المحكمة المدنية الكبرى، فهذا يستلزم تعديل نص المادة (٤٣) من قانون الإيجار على أن يحدد بها بصورة قاطعة قابلية الطعن في قرارات اللجنة أمام المحكمة الكبرى بصفتها الاستئنافية وليس الابتدائية حتي يُمكن الأفراد من الطعن في أحكامها أمام محكمة التمييز، ومن ثم يكون نص المادة (٤٣) من قانون الإيجارات بعد التعديل كالاتي: (يجوز الطعن في قرارات اللجنة أمام المحكمة الكبرى المدنية بصفتها الاستئنافية، وذلك خلال خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ صدور القرار أو إعلانه بحسب الأحوال، ويكون حكم المحكمة في الطعن نهائياً).

غير أن هذا التعديل يستلزم تعديل آخر لنص المادة (١١) من قانون المرافعات، وذلك بإضافة اختصاص آخر إلى اختصاصات المحكمة المدنية الكبرى بصفتها الاستئنافية، ألا وهو مسألة الطعن على القرارات الصادرة من اللجنة، ومن ثم يكون نص المادة (١١) مرافعات كالاتي: الحالات التي تنظرها

(١٢) تنص المادة ٢٨ من قانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٧م الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٦م بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة الإيجارية بإمارة أبو ظبي على أن: (١- يكون الحكم الصادر من اللجنة نهائياً إذا لم تتجاوز قيمة المنازعة خمسين ألف درهم. ٢- تكون أحكام اللجنة فيما جاوز ذلك قابلة للاستئناف أم لجنة الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً تبدأ من اليوم التالي لصدور الحكم إذا كان حضورياً واعتباراً من تاريخ اليوم التالي لإعلان المحكوم ضده أو علمه اليقيني إذا كان الحكم غائبياً. ٣- يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من لجنة الاستئناف إذا جاوزت قيمة المنازعة ثلاثمائة ألف درهم خلال ثلاثين يوماً تبدأ من اليوم التالي لصدور الحكم الحضورى المستأنف أو من.....)،
الجريدة الرسمية العدد ١١ لسنة ٢٠١٧م.

المحكمة الكبرى بصفة استثنائية وهي: ١- ما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الصغرى. ٢- القرارات الصادرة من محاكم التنفيذ. ٣- القرارات الصادرة من لجنة المنازعات الإجبارية.

المبحث الثاني التزامات المستأجر

نظراً لأن عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين، ومن ثم فإنه يترتب التزامات على عاتق المستأجر؛ كونه أحد أطراف العقد، ومن ثم في حالة إخلاله بإحدى التزاماته العقدية يستطيع المؤجر أن يتقدم بطلب إلى لجنة المنازعات الإجبارية من أجل إنهاء العقد وإخلاء العين المؤجرة، غير أنه يلاحظ أن المشرع فيما يتعلق ببعض التزامات المستأجر قد خرج فيها عن القواعد العامة مغلباً فيها مصلحة المؤجر على المستأجر مما قد يؤثر ذلك على حقوقه، وهذا ما سأوضحه في ثنايا البحث، وفي حديثي عن التزامات المستأجر سوف أتناولها في ظل قانون الإيجار الجديد مع الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وذلك في حالة وجود نص بقانون الإيجار، ويمكن إيضاح ذلك من خلال عدة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول الالتزام بدفع الأجرة

إذا كان المؤجر ملتزماً بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن المستأجر ملتزم بدفع الأجرة المتفق عليها مقابل هذا الانتفاع، لهذا فإنني سوف أقوم بالحديث عن هذا الالتزام من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول أحكام الوفاء بالأجرة

ألزم المشرع وفقاً لنص المادة (٢٢/أ) من قانون إيجار العقارات المستأجر بالوفاء بالأجرة المحددة في العقد إلى المؤجر أو الأجرة التي يحددها القانون، ولا يبرأ المستأجر من هذا الالتزام إلا إذا قام بالوفاء بها كاملة غير منقوصة، أما إذا حُكم بإنقاصها في الحالات التي يستلزم فيها الإنقاص فعندئذ يلتزم المستأجر

بالوفاء بالأجرة على النحو الجديد، كما يلتزم أيضاً بدفع النفقات التي يلزمه بها عقد الإيجار كنفقات المياه والكهرباء.

والتزام المستأجر بدفع الأجرة يتطلب منه وفقاً لنص المادة (٢٢/أ) الوفاء بها خلال مدة لا تتجاوز أسبوعاً من تاريخ استحقاقها في العقد، فإذا لم يُحدد تاريخ لأدائها، تكون الأجرة مستحقة الأداء في أول كل شهر بمكان المستأجر بموجب إيصال عن مدة الإيجار موقع من المؤجر ما لم يتفق على غير ذلك.

والجدير بالذكر أن المشرع جعل التزام المستأجر بدفع الأجرة قائماً حتى ولو نشب بينه وبين المؤجر نزاع حول مسألة الأجرة أو الخصم منها أو إنقاصها، وذلك إلى أن يفصل في هذا النزاع بقرار من اللجنة، أو باتفاق بين الطرفين وإلا عد متخلفاً عن أداء الأجرة^(١٣)، وذلك ضمناً؛ لعدم ماطلته في دفعه للأجرة، ومن ثم يمكن القول بأن موقف المشرع هنا أفقد المستأجر حقه في الدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليه في المادة (١٥٠) من القانون المدني التي هي تُعد تطبيقاً للحق في الحبس المنصوص عليه في المادة (٢٤٠) من القانون المدني، ومن ثم يكون المشرع بهذا الشكل قد خرج على القواعد العامة المنصوص عليه في القانون المدني.

ويلاحظ أن المستأجر يلتزم بالوفاء بالأجرة إلى المؤجر بغض النظر عن كونه مالكاً للعين المؤجرة أو غير مالك لها، فإذا كان المؤجر قاصراً فالوفاء بالأجرة يكون لنائبه وينتقل الحق في الأجرة في حالة وفاة المؤجر إلى الورثة حسب نصيب كل وارث في الميراث، كما يستطيع المستأجر الوفاء بالأجرة لكل شخص بيده مخالصة بالأجرة صادرة من المؤجر كالخادم والحارس وأي شخص آخر إلا إذا تم الاتفاق على أن يكون الوفاء بالأجرة للمؤجر شخصياً^(١٤)، وهذا ما أكدته المادة (٣٢٣) من القانون المدني البحريني، إذ نصت على أن يكون الوفاء للدائن أو لنائبه، ويعد ذا صفة في استيفاء الدين كل من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً.

(١٣) المادة (٢٣) من قانون إيجار العقارات رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤.

(١٤) د/ محمد سعد خليفة - د/ أحمد هيكل، العقود المسماة في القانون البحريني، مطابع جامعة البحرين، سنة ٢٠٠٦م، ص ٣٥٢، د/ شحاته غريب شلقامي - د/ جميل بن يونس، العقود المسماة في القانون البحريني، مطابع جامعة البحرين، سنة ٢٠١٦م، ص ٣٦٠.

بيد أنه في حالة امتناع المؤجر عن إستلام الأجرة وما يستجد منها، يكون للمستأجر وفقاً لنص المادة ٢٢/ب الحق في إيداعها وما يستجد منها في ميعاد استحقاقها لدى أمانة لجنة المنازعات الإيجارية من غير مصروفات، ولكن بشرط أن يكون قد سبق أن عرضها على المؤجر بكتاب مسجل بعلم الوصول لإستلامها خلال مدة أسبوع ورفض إستلامها، ومن ثم تقوم اللجنة في هذه الحالة بتسليم الأجرة إلى المؤجر بعد سداد المصروفات المقررة، وقيام المستأجر هنا بإيداع الأجرة لدى أمانة اللجنة يُعد سنداً للوفاء بالأجرة المستحقة.

ويقع على عاتق المستأجر عبء إثبات الوفاء بالأجرة وفقاً لما هو مقرر بقضاء محكمة التمييز التي قضت بأن المستأجر هو المكلف بإثبات وفائه بالأجرة وفاءً صحيحاً مبرئاً لزمته طبقاً لأحكام القانون^(١٥)، ويخضع إثبات الوفاء بالأجرة للقواعد العامة في الإثبات وفقاً لنص المادة ٦١ من قانون الإثبات التي نصت على أنه: (في غير المواد التجارية، إذا زادت قيمة التصرف القانوني على خمسمائة دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ويكون إثباته بالكتابة، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك)^(١٦)، على أن الوفاء بالأجرة المستحقة عن فترة معينة قرينة على الوفاء بها عن المدد السابقة عليها ما لم يثبت العكس، وتجدر الإشارة إلى أن الحق في المطالبة بالأجرة يسقط بمرور خمس سنوات من تاريخ استحقاقها، وذلك على أساس أنه من الحقوق الدورية^(١٧).

الفرع الثاني

ضمانات الوفاء بالأجرة وجزاء تخلف دفعها

أجاز المشرّع وفقاً لنص المادة (١٩) من قانون الإيجار للمؤجر أن يتقاضى مقدماً نقدياً لا يزيد عن أجرة ثلاثة أشهر للعين المؤجرة، كما يجوز له أن يتقاضى تأميناً لا يزيد عن أجرة شهر للعين المؤجرة، على أن يلتزم برده للمستأجر عند

(١٥) الطعن رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٢ - جلسة ١٢/٢٦/١٩٩٣ م.

(١٦) المادة ٦١ من قانون الإثبات البحريني.

(١٧) د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، أحكام العلاقات الإيجارية في القانون المصري، مكتبة

النصر للطباعة، سنة ٢٠٠١، ص ٣٢٠.

نهاية مدة العقد أو عند إخلاء العين المؤجرة، وتسليمها ما لم يكن هناك أية التزامات تخصم من مقدار التأمين.

أيضاً نصت المادة (٢٣٦/أ) مدني بحريني على أن يكون للمؤجر ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة، ما دامت مثقلة بامتياز للمؤجر، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر، وللمؤجر أن يمانع في نقلها، فإذا نقلت رغم معارضته أو بغير علمه، كان له الحق في استردادها من الحائز لها، ولو كان حسن النية مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق.

بيد أنه لا يجوز للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الاسترداد، إذا كان نقل هذه الأشياء أمراً اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف في شؤون الحياة، أو كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تقي بضمان الأجرة وفاء تاماً^(١٨).

وفيما يتعلق بجزء عدم الوفاء بالأجرة أجاز المشرع للمؤجر وفقاً لنص المادة (٣٨) أن يطلب من لجنة المنازعات الإيجارية إخلاء العين المؤجرة في حالة امتناع المستأجر عن سداد الأجرة في الميعاد المحدد.

المطلب الثاني

الالتزام بالانتفاع بالعين المؤجرة على النحو المتفق عليه:

ألزم المشرع وفقاً لنص المادة ٢٤ من قانون إيجار العقارات المستأجر باستعمال العين المؤجرة وفقاً لما تم الاتفاق عليه، أو بحسب الغرض المعد له مع مراعاة العرف السائد في المنطقة، ومن ثم إذا كان الاتفاق على تأجير شقة لغرض السكن، يجب على المستأجر استعمالها كذلك فليس له أن يستعملها في غرض آخر.

ولكن في حالة عدم الاتفاق وعدم وجود عرف يُتبع في هذا الشأن، وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب الغرض المعد له، فإذا كانت العين

(١٨) د/محمد سعد خليفة - د/ أحمد هيكل، مرجع سابق، ص ٣٥٤، د/ شحاته غريب شلقامي - د/ جميل بن يونس، مرجع سابق، ص ٣٦٣.

المؤجرة مثلاً شقة كائنة في حي هادئ وفي عمارة مخصصة لسكن العائلات، فلا يجوز له أن يستعملها كمكتب حمامة أو كعيادة، ويمكن استخلاص الغرض المُعد للعين المؤجرة من خلال الاستعمال السابق أو طريقة تصميمها، كما أن مهنة المستأجر قد تساعد في معرفة الغرض المُعد للعين المؤجرة، وفي جميع الأحوال يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة استعمالاً مألوفاً، وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد^(١٩).

ويلاحظ أن المشرِّع قد أضاف التزاماً على المستأجر تمثل في التزامه بعدم ترك العين المؤجرة من غير استعمال لمدة لا تقل عن سنة فإذا أخل بذلك جاز للمؤجر طلب إخلاء العين المؤجرة وفقاً لنص المادة (١٠/٣٨) من قانون إيجار العقارات، والجدير بالملاحظة أن المشرِّع هنا أعطى المؤجر الحق في إخلاء العين المؤجرة لمجرد الترك من غير أن يشترط وجود ضرر يلحق بالعين المؤجرة وهذا من شأنه قد يؤثر على المستأجر، إذا ما اضطر للسفر وترك العين المؤجرة.

كما يلتزم المستأجر أيضاً وفقاً لنص المادة (٢٥) من القانون ذاته بعدم إحداث أي تغيير بالعين المؤجرة من غير إذن كتابي من المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه ضرر للمؤجر، وفي حالة المخالفة يكون للمؤجر الحق في إلزامه بإعادة العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها مع التعويض، إن كان له مقتضى.

المطلب الثالث

الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة

ألزم المشرِّع المستأجر وفقاً لنص المادة (٢٥/أ) من قانون إيجار العقارات بالمحافظة على العين المؤجرة وفقاً لعناية الشخص المعتاد، وأن يقوم بإجراء الصيانة التأجيرية للعين المؤجرة، كما يلتزم بسداد قيمة استهلاك المياه والكهرباء

(١٩) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع (الإيجار - العارية) مجلد أول، بدون طبع، دار النهضة، ص ٥١٨، د/محمد سعد خليفة - د/ أحمد هيكمل، مرجع سابق، ص ٣٤٢، د/ علي نجيدة، عقد الإيجار، دار النهضة سنة ٢٠٠٥، ص ٣٠٥، د/ رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، دار الجامعة الجديدة، سنة ١٩٩٦م، ص ٥٨٢، ٥٨٣.

والهاتف والخدمات المشتركة وأية رسوم أخرى، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك.

فالمستأجر هنا ملزم بإجراء الصيانة التأجيرية التي يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالاً مألوفاً، مثل إصلاح النوافذ والأبواب وصنابير المياه، أما فيما يتعلق بالصيانة الضرورية فهي تقع على المؤجر وفقاً لنص المادة (١٠) من قانون الإيجارات^(٢٠).

أيضاً يلتزم المستأجر بدفع أي رسوم متعلقة باستهلاكه للكهرباء أو المياه أو التليفون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

ومن ثم فاللتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة يستلزم ضرورة إخطاره للمؤجر بكل ما من شأنه يهدد سلامة العين المؤجرة كظهور عيب بها، أو وقوع اعتداء من الغير، أو تعرض الغير للعين تعرضاً قانونياً، فيجب على المستأجر إخطار المؤجر بذلك في أقرب وقت حتى يتمكن المؤجر من تلافي، أو التصدي لهذه الأمور التي قد تضر بالعين المؤجرة، ومن ثم فالمستأجر يتحمل من هذا الالتزام في حالة علم المؤجر بما تتعرض له العين المؤجرة من خطر، أو كان في إمكانه أن يعلم بهذا الخطر، كما يتحمل من هذا الالتزام أيضاً إذا كان هو لا

(٢٠) ألزمت المادة (١٠) من قانون إيجار العقارات المؤجر بإجراء الصيانة الضرورية للعين المؤجرة، ومن ثم في حالة إخلاله بهذا الالتزام كما لو تأخر أو امتنع عن القيام بهذا الالتزام بعد إخطاره بذلك بكتاب مسجل بعلم الوصول، جاز للمستأجر إجراء الصيانة اللازمة بمعرفته، واستيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة مع عدم الإخلال بحقه في طلب إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع، أو مد الإيجار بقدر مدة فوات المنفعة كما يكون له أيضاً فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى، غير أنه في حالة قيام المؤجر بإجراء الصيانة الضرورية لا يجوز للمستأجر منعه من ذلك حتى ولو ترتب عليها إخلال يحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة، بل يجوز للمستأجر هنا طلب فسخ العقد أو إسقاط الأجرة عن فترات فوات المنفعة والتعويض إن كان له مقتضى.

ونرى أنه كان أولى بالمشرع أن يلزم المؤجر بأن يقوم بالتنبيه على المستأجر بعزمه القيام بهذه الإصلاحات قبل القيام بها بمدة مناسبة حتى لا يضر بحقوق المستأجر إذا ما رغب في الاستمرار وعدم الفسخ وهذا ما هو موجود بنص المادة (٥١٧/أ) مدني بحريني، ويسقط حق المستأجر في كل ذلك إذا بقي شاغراً للعين المؤجرة لمدة لا تقل عن شهر من تاريخ علمه بفوات المنفعة من غير اللجوء إلى لجنة المنازعات الإيجارية.

يعلم وليس بإمكانه أن يعلم كما لو كان العيب الذي يهدد العين المؤجرة لا يمكن اكتشافه بواسطة الشخص العادي^(٢١).

ويلاحظ أن المستأجر مسؤول أيضاً وفقاً لنص المادة (٥٣٠/ب) مدني بحريني عما يصيب العين المؤجرة من تلف أو هلاك ناشئ عن استعماله استعمالاً غير مألوف، فإذا ما كان التلف والهالك ناشئ عن الاستعمال المألوف فلا يسأل عن ذلك، كما لا يسأل في حالة إثباته السبب الأجنبي أو إنه بذل في المحافظة على العين المؤجرة عناية الرجل المعتاد^(٢٢).

والجدير بالذكر أن المشرّع قد تشدد في مسؤولية المستأجر في حالة احتراق العين المؤجرة وفقاً لنص المادة (٥٣١) مدني، وذلك لعد التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، ومن ثم فإن مجرد وقوع الحريق يعد قرينة على خطأ المستأجر، ومن ثم تقوم مسؤوليته إلا إذا أثبت أن ذلك الحريق راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا ما فشل في إثبات السبب الأجنبي، صار مسؤولاً عن هذا الحريق.

لا شك أن المشرّع هنا أيضاً خرج على القواعد العامة في مسألة الإثبات التي تستوجب أن يقع على المؤجر عبء إثبات إخلال المستأجر بالتزامه، وليس على المستأجر، ويلاحظ انه في حالة تعدد المستأجرين لمأجور واحد واحتراقه لا يوجد تضامن بينهم إلا إذا وجد نص أو اتفاق يقضي بذلك نظراً لأن مسؤولية المستأجر مسؤولية عقدية، وبالتالي فكل مستأجر يكون مسؤولاً عن الحريق بنسبة الجزء الذي يشغله، والمؤجر أيضاً يأخذ الحكم نفسه إذا كان مقيماً في جزء من العقار، ولذلك يتحمل معهم المسؤولية على قدر الجزء الذي يقيم فيه، غير أنه يجوز للمؤجر أو لأحد المستأجرين أن يتخلص من مسؤوليته، وذلك إذا ما ثبت أن الحريق راجع إلى خطأ شخص آخر، أو لسبب أجنبي، أو أن الحريق قد بدء في جزء يشغله أحد

(٢١) د/ محمد سعد خليفة - د/ أحمد هيكل، مرجع سابق، ص ٣٤٧، ٣٤٨، د/ عبد الناصر العطار، شرح أحكام الإيجاز في دولة الإمارات، مطبوعات جامعة الإمارات، سنة ٢٠٠٠م، ص ٣٢٤.

(٢٢) محمود ربيع خاطر، الوافي لتشريعات وأحكام البحرين، القانون المدني البحريني معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة التمييز، دار محمود للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٧/٢٠١٨م، ص ٢٣٤، ٢٣٥.

المستأجرين الآخرين، ومن ثم يتحمل هذا المستأجر وحده المسؤولية دون الآخرين^(٢٣).

بيد أن مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة ليست من النظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها سواء بالاتفاق على تخفيفها، وذلك حالة الاتفاق على عدم قيام مسؤولية المستأجر، إذا ما أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في استعماله للعين المؤجرة والمحافظة عليها، كما يجوز الاتفاق على تشديد مسؤوليته، وذلك بسؤاله عن الحريق في حالة السبب الأجنبي^(٢٤).

المطلب الرابع

الالتزام برد العين المؤجرة وملحقاتها

نصت المادة (٢٨) من قانون إيجار العقارات على أنه: (يلتزم المستأجر برد العين المؤجرة فور انتهاء مدة الإيجار بحالتها وقت استلامها فإذا لم يستكمل إجراءات تسليمها وفق ما اتفق عليه، يُلزم بالوفاء بكل الالتزامات المنصوص عليها في المادة (٢٦) من هذا القانون وبالأجرة المستحقة من تاريخ انتهاء العقد حتى التسليم الفعلي للعين المؤجرة مع التعويض إن كان له مقتضى)^(٢٥).

فالمشرع هنا ألزم المستأجر برد العين المؤجرة ذاتها، ولا يقبل منه رد أي شيء آخر، كما يلتزم أيضاً برد ملحقات العين المؤجرة التي تقتضيها طبيعة العين، والتي يقرها العرف، على أن يكون موعد الرد عند انتهاء عقد الإيجار أيّاً كانت وسيلة انتهائه، ومن ثم لا يحق للمستأجر التأخير في الرد، ويلاحظ أن المشرع هنا أيضاً قد حرم المستأجر من الحق في حبس العين المؤجرة لحين استيفاء حقوقه من المؤجر، كحقه في التعويض عن إخلال المؤجر بالتزامه بإجراء الصيانة

(٢٣) د/ حمدي محمد عطيفي، الوجيز في عقد الإيجار، أسيوط ٢٠١١م، ص ١١١، د/ محمد سعد خليفة - د/ أحمد هيكل، مرجع سابق ص ٣٤٩، ٣٥٠، د/ شحاته غريب - د/ جميل بن يونس، مرجع سابق، ص ٣٧٠، ٣٧١، شريف احمد الطباخ، دعاوي التعويض الناشئة عن عقد الإيجار في ضوء القضاء والفقهاء، دار المصطفى للإصدارات القانونية، بدون تاريخ، ص ١٠١.

(٢٤) د/ محمد سعد خليفة - د/ أحمد هيكل، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

(٢٥) محمود ربيع خاطر، الوافي لتشريعات وأحكام البحرين، قانون إيجار العقارات معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة التمييز، دار محمود للطباعة القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٨م، ص ١٩.

الضرورية، ومن ثم لم يعط المستأجر الحق في تأخير رد العين المؤجرة في حالة إخلال المؤجر بأحد التزاماته العقدية مما قد يضر ذلك بالمستأجر .
 بيد أن التزام المستأجر برد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها لا يتعارض مع عدم مسؤوليته عن الاستهلاكات اليسيرة الناتجة عن الاستعمال المألوف للعين المؤجرة، غير أنه في حالة قيامه بإحداث غراس أو تحسينات يلتزم بتركها عند انتهاء الإيجار ما لم يتفق على غير ذلك، والتزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم لا تبرأ ذمته إلا إذا قام برد العين المؤجرة بحالتها فعلاً، أو أثبت أن عدم قيامه بتنفيذ التزامه راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه (٢٦).

ومن ثم إذا تأخر المستأجر في رد العين المؤجرة أو قام بردها في الميعاد ولكن في غير الحالة التي كانت عليها أو امتنع عن ردها أو بعض ملحقاتها، فالجزاء يتمثل هنا في التنفيذ العيني، إذا كان ممكناً، أو التعويض في حالة الإصابة بضرر، كما في حالة التأخر في رد العين، وهذا مع عدم الإخلال بحق المؤجر في اتخاذ إجراءات الإخلاء والمطالبة بالتعويض (٢٧).

المبحث الثالث

حالات الإخلاء وأثرها على حقوق المستأجر

ذكر المشرع البحريني عدة حالات للإخلاء، يستطيع المؤجر حال توفر إحداها أن يطلب من لجنة المنازعات الإيجارية إخلاء العين المؤجرة قبل انتهاء عقد الإيجار (٢٨)، سواء كانت هذه الحالات يرجع السبب فيها إلى إخلال المستأجر

(٢٦) د/ محمد سعد خليفة -د/ أحمد هيكل، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

(٢٧) د/ عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والإيجار، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٥م، ص ٤٢١ وما بعدها.

(٢٨) نص المشرع البحريني في المادة (٣٤) من قانون إيجار العقارات على أنه: (أ-ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته المحددة، فإذا انتهت وظل المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة مع علم المؤجر بذلك ومن غير اعتراض منه، عد العقد ممتداً لمدة مماثلة وبشروطه ذاتها. ب-إذا رغب المستأجر في إخلاء العين المؤجرة، وجب عليه إخطار المؤجر بكتاب مسجل بعلم الوصول==

بإحدى التزاماته العقدية، أم كانت خاصة بالعين المؤجرة، كذلك وضع المشرع حالات أخرى تحكم بها اللجنة لمجرد حاجة المؤجر، ورجبته في شغل العين المؤجرة من غير أن يكون هناك إخلال من جانب المستأجر مما قد يؤثر ذلك على حقوق المستأجر؛ لهذا فقد أحسن صنعا المشرع الإماراتي بإمارة دبي عند تنظيمه لحالات الإخلاء، إذ فرق بين الحالات التي تكون لمجرد رغبة المؤجر من غير أن يكون هناك إخلال من جانب المستأجر والحالات الأخرى التي تكون نتيجة إخلال المستأجر بالتزاماته أو خاصة بالعين المؤجرة، إذا اشترط في الحالات التي تكون بناءً على رغبة المؤجر عدم الحكم بها إلا بعد انتهاء عقد الإيجار مع توفر ضمانات أخرى وذلك لحماية المستأجر كونه الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية^(٢٩)؛ لهذا فإنني سوف أبين حالات الإخلاء التي ذكرها المشرع البحريني، ومدى موازنته بين مصالح طرفي عقد الإيجار في ثلاثة مطالب، أتحدث في أولهما عن حالات الإخلاء الراجعة إلى إخلال المستأجر بأحد التزاماته العقدية، وفي المطلب الثاني أتحدث عن حالات الإخلاء بناءً على رغبة المؤجر، وفي المطلب الثالث أتحدث عن الحالات الخاصة بالعين المؤجرة.

المطلب الأول

حالات الإخلاء التي يرجع سببها إلى المستأجر

نص المشرع البحريني على عدة حالات للإخلاء يرجع سببها إلى إخلال المستأجر بإحدى التزاماته، يمكن ذكرها على النحو الآتي:

الحالة الأولى: امتناع أو تأخر المستأجر عن سداد الأجرة في الميعاد المحدد.

يستطيع المؤجر وفقاً لنص المادة (١/٣٨) من قانون إيجار العقارات في حالة امتناع المستأجر عن دفع الأجرة المستحقة في الميعاد المحدد في العقد أو بناء على قرار اللجنة لمدة شهرين متتالين أن يلجأ إلى لجنة المنازعات الإيجارية؛ لاتخاذ إجراءات الإخلاء، على أن تقوم اللجنة بإخطار المستأجر بموعد الجلسة

==برغبته في الإخلاء، قبل انتهاء العقد بثلاثة أشهر على الأقل. ج- لا يعد استمرار المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة امتداداً أو تجديداً للعقد بعد إخطاره بالإخلاء).

^(٢٩) المواد (٢٥-٢٦) من قانون رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٨م الصادر بتعديل أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٧م بشأن تنظيم العلاقة بين مؤجري ومستأجري العقارات في إمارة دبي.

المحددة لسماع أقواله فيما يدعيه المؤجر، فإذا لم يحضر المستأجر في الميعاد المحدد، أو حضر ولم يقدم عذر قوي تقبله اللجنة عن سبب امتناعه أو تأخره عن دفع الأجرة، حكمت اللجنة بإخلاء العين المؤجرة، أما في حالة تقديمه عذر مقبول للجنة، وتقديمه ما يفيد وفائه بكامل الأجرة وكل ما تحمله المؤجر من مصروفات التقاضي حتى نهاية أول جلسة تم إعلانه بها صحيحاً، فهنا يجوز للجنة أن تحكم بعدم الإخلاء، ولكن في حالة تكرار امتناعه عن الدفع أو التأخير عن الميعاد المحدد مرتين طوال مدة العقد من غير سبب مقبول، فالإخلاء في هذه الحالة جعله القانون وجوبياً على اللجنة، وتلتزم الحكم به.

ويلاحظ أن المشرع البحريني بإعطائه الحق للمؤجر في طلب إخلاء العين المؤجرة لعدم سداد المستأجر أو تأخره عن دفع الأجرة، بغض النظر عن النزاع القائم بينهم حول الأجرة، يكون قد أفقد المستأجر حقه في الدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليه في المادة (١٥٠) التي تُعد تطبيقاً للحق في الحبس المنصوص عليها في المادة (٢٤٠) من القانون المدني، ومن ثم أصبح المستأجر لم يعد من حقه حبس الأجرة، أو التمسك بعدم تنفيذ التزامه بدفعها إلى أن يوفي المؤجر بما في ذمته من التزامات مقابل لالتزام المستأجر بدفع الأجرة، ويفهم من ذلك أن قانون إيجار العقارات بالمادة (٢٣/أ) أوجب على المستأجر دفع الأجرة في مواعيدها حتى وإن كان هناك نزاع قائم بينه وبين المؤجر سواء في مدى أحقيته للأجرة لعدم الانتفاع كلياً أو في الخصم منها مع ما تكبده من مصروفات كما هو منصوص عليه بالمادة (١٠) من قانون إيجار العقارات أو إنقاصها بمقدار ما نقص من الانتفاع وذلك حتى يتم الفصل في النزاع، ومن ثم يترتب على ذلك أن عدم قيام المستأجر بدفع الأجرة في المواعيد المتفق عليها مع وجود أي من صور النزاع المتقدمة بخصوص الأجرة، يُعد ذلك تخلفاً عن دفعها ومن ثم أحقية المؤجر في طلب إخلاء العين المؤجرة طبقاً للمادة ٣٨/أ قانون إيجار العقارات ومن هنا فقد خرج المشرع بهذا النص عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، وأفقد بذلك المستأجر حقه بالدفع بعدم التنفيذ^(٣٠).

(٣٠) المادة (٣٨) من قانون الإيجار ٢٧ لسنة ٢٠١٤م، وقرار للجنة المنازعات الإيجارية.

الحالة الثانية: تنازل المستأجر عن العين أو تأجيرها من الباطن أو إخلائها لغير المالك.

نصت المادة (٢٩) من قانون إيجار العقارات على أنه: (لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه إلا بإذن كتابي من المؤجر، ولا يعتبر التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن نافذاً في مواجهة الغير إلا من تاريخ تسجيله).

الشاهد من ذلك أنه في حالة قيام المستأجر بتأجير العين المؤجرة من الباطن أو التنازل عنها للغير من غير إذن كتابي من المؤجر، جاز للأخير أن يطلب من لجنة المنازعات الإيجارية إخلاء العين المؤجرة، أما في حالة حصول المستأجر على إذن كتابي بتأجير العين المؤجرة، ثم تخليه عنها لذلك الشخص، فهنا تقوم علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن ولكن يشترط هنا ألا تزيد مدة الإيجار من الباطن، عن مدة العقد الأصلي، وأن يكون المستأجر الأصلي قد وفى بالتزاماته المستحقة عليه.

أيضاً عالج المشرع مسألة قيام المستأجر بتأجير جزء من العين المؤجرة، وأعطى للمؤجر الخيار بين اتخاذ إجراءات الإخلاء أو بقاء المستأجر من الباطن، وفي حالة بقاءه تقوم علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر، وتحدد الأجرة عن الجزء المؤجر من الباطن بالقيمة ذاتها المتفق عليها مع المستأجر الأصلي^(٣١).

وفي هذه الحالة من حالات الإخلاء نلاحظ أن المشرع البحريني قد وازن بين مصلحة طرفي عقد الإيجار، إذ أجاز للمستأجر أن يقوم بتأجير العين المؤجرة كلها أو جزء منها للغير، ولكن بشرط موافقة المؤجر، وهذا ما فعله المشرع العماني أيضاً عندما أعطي المؤجر الحق في إخلاء العين المؤجرة لغرض السكني، إذا ما قام المستأجر بتأجيرها أو التنازل عنها بغير إذن كتابي من المؤجر، غير أنه قد

(٣١) المادة ٢٩ من قانون الإيجار ٢٧ لسنة ٢٠١٤م.

استثني من ذلك المحلات التجارية والمهنية والصناعية وأجاز أن يكون التنازل عنها شاملاً لعقد الإيجار^(٣٢).

الحالة الثالثة: زيادة عدد شاغلي العين المؤجرة عن العدد المألوف.

أجاز المشرع وفقاً للمادة (٢/٣٨) للمؤجر طلب الإخلاء إذا ما ثبت أن المستأجر قد شغل العين المؤجرة لغرض السكني بما يجاوز العدد المألوف. ويلاحظ أن المشرع لم يحدد هنا كيفية تحديد العدد المألوف، ومن ثم يُرجع إلى العرف الساري في المنطقة أو من خلال الاستعمال السابق أو عن طريقة تصميم العين المؤجرة. وهذه الحالة استحدثها المشرع؛ نظراً لكثرة المنازعات التي حدثت في ظل القوانين القديمة حيث كان المستأجر يشغل العين المؤجرة بعدد أكثر من العدد المألوف مما كان يضر بالعين المؤجرة، ولم يستطع المؤجر اتخاذ أي إجراء تجاه إخلال المستأجر في هذه الحالة؛ نظراً لعدم وجود نص يلزم المستأجر بعدد معين.

الحالة الرابعة: استعمال العين المؤجرة بطريقة مخالفة.

أجاز المشرع للمؤجر وفقاً لنص المادة (٤/٣٨) طلب إخلاء العين المؤجرة، إذا ما أثبت أن المستأجر قد استعمل أو سمح باستعمال العين المؤجرة بطريقة تخالف الشروط المتفق عليها في العقد أو الغرض المعدة له، كما لو كانت العين المؤجرة معدة للسكني، وقام المستأجر باستعمالها وتخصيصها على هيئة فندق، أو استعمالها لغرض تجاري كمخزن لبضائعه أو غيره، أيضاً أُجيز للمؤجر أن يطلب إخلاء العين المؤجرة، إذا قام المستأجر باستعمال العين المؤجرة بطريقة تخالف النظام العام أو الآداب العامة، كما لو قام بتأجيرها من الباطن كمكان للدعارة، أو لعب القمار، أو لإخفاء أشياء مهربة، أو مسروقة، أو استعمالها بنفسه، أو سمح بذلك لأحد تابعيه، فلا شك أن هذا الأمر سبباً قوياً لطلب إخلاء العين المؤجرة، أيضاً يُعد من قبيل هذا إدانة المستأجر في جريمة حيازة وعرض أفلام مخلة

(٣٢) المادة السابعة فقرة (ج) من المرسوم السلطاني العماني رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٨م الصادر بتعديل المرسوم رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م.

بالآداب العامة ومنافية لها، كما أجاز المشرع للمؤجر طلب الإخلاء في حالة إذا ما قام المستأجر باستعمال العين المؤجرة بطريقة تضر بمصلحة المؤجر مالياً^(٣٣).

الحالة الخامسة: قيام المستأجر بإحداث تغييرات بالعين المؤجرة.

أجاز المشرع للمؤجر أن يطلب إخلاء العين المؤجرة في حالة قيام المستأجر بإحداث تغييرات بالعين المؤجرة تضر بسلامتها الإنشائية، فالمستأجر ملتزم بالمحافظة على العين المؤجرة وفقاً لعناية الرجل المعتاد فلا يجوز له أن يحدث أي تغييرات في العين المؤجرة من غير إذن كتابي من المؤجر إلا إذا كانت هذه التغييرات لا تنشأ عنها أي ضرر للمؤجر.

الحالة السادسة: ترك المستأجر العين المؤجرة لمدة سنة.

عالج المشرع في هذه الحالة مسألة قيام بعض الأشخاص باستئجار عقار من غير استخدامه لمدة سنة؛ نظراً لسفرهم أو لعدم احتياجهم له مع عدم إخلالهم بالتزامهم بدفع الإيجار، فهنا تظل العين المؤجرة غير مستعملة لمدة سنة لهذا فقد أجاز المشرع للمؤجر أن يطلب من لجنة المنازعات الإيجارية إخلاء العين المؤجرة في هذه الحالة، ولكن نلاحظ أن المشرع هنا قد أعطى هذا الحق للمؤجر لمجرد ترك المستأجر العين المؤجر سواء كان هناك ضرر على مسألة الترك أم لا، كما لم يبين ما إذا كان يشترط أن تكون السنة متصلة أم لا، وما الحكم في حال انقطاع مدة السنة ومجيئ المستأجر قبل انتهائها؟ لذا كان من الأولي أن يشترط المشرع وجود ضرر من مسألة الترك؛ حتى لا يضار المستأجر حسن النية إذا ما اضطرت الظروف للسفر.

(٣٣) د/ محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن منشأة المعارف، ٢٠٠٦م، ص ٤٦٨. نص المشرع العماني بمقتضى المادة السابعة فقرة (ب) من المرسوم السلطاني العماني رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٨م الصادر بتعديل المرسوم رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م على إعطاء الحق للمؤجر في إخلاء المحل إذا استعمل المستأجر المحل المؤجر أو أذن باستعماله في غير الغرض الذي استؤجر من أجله أو كان استعماله ضاراً بالمحل المؤجر أو الصحة العامة أو بطريقة مقلقة للراحة أو مخالفة للقوانين أو منافية للآداب العامة.

المطلب الثاني

حالات الإخلاء لأسباب ترجع إلى المؤجر

أجاز المشرع للمؤجر التقدم بطلب إلى لجنة المنازعات الإيجارية بقصد إخلائه للعين المؤجرة؛ نظراً لاحتياجه لها، ولكنه اشترط عليه ضرورة توفر عدة شروط لإتمام عملية الإخلاء في مثل هذه الحالات، والمشرع قصد هنا بهذه الشروط الموازنة بين حق المؤجر في الإخلاء وحق المستأجر في عدم الإضرار به، وإن كان ذلك يحتاج إلى مراجعة من المشرع في بعض هذه الحالات التي سنوضحها فيما بعد، وذلك من أجل تغليب مصلحة المستأجر كونه الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية لاسيما حال ثبوت سوء نية المؤجر، ويمكن ذكر هذه الحالات على النحو الآتي:

الحالة الأولى: حاجة المؤجر أو أحد أقاربه إلى شغل العين المؤجرة.

أجازت المادة (٧/٣٨) للمؤجر طلب إخلاء العين المؤجرة في حالة احتياجه هو أو أحد أقاربه من الدرجة الأولى إلى شغل العين المؤجرة بقصد السكن، ولكن بشرط توفر عدة شروط يمكن ذكرها على النحو الآتي:

الشرط الأول - وجود اتفاق كتابي سابق:

اشترط المشرع في هذه الحالة ضرورة وجود اتفاق كتابي مسبق بين المؤجر والمستأجر على احتمالية إخلاء العين المؤجرة في وقت ما طوال مدة الإيجار في حالة الرغبة في ذلك من جهة المؤجر، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، فلا يجوز للمؤجر أن يطلب الإخلاء.

الشرط الثاني - ضرورة إخطار المؤجر للمستأجر:

اشترط المشرع أيضاً على المؤجر ضرورة قيامه بإخطار المستأجر بالرغبة في الإخلاء، على أن يكون ذلك بكتاب مسجل بعلم الوصول قبل ستة أشهر من الإخلاء.

الشرط الثالث - إقامة المؤجر أو أحد أقاربه إقامة فعلية بالعين المؤجرة:

أيضاً اشترط المشرع ضرورة إقامة المؤجر أو أحد أقاربه حتى الدرجة الأولى إقامة فعلية بالعين المؤجرة لمدة سنة، أي لا بد أن يقيم المؤجر أو أحد أقاربه، إذا كان الإخلاء لهم مدة لا تقل عن سنة، فإذا لم يقيم المؤجر بالعين المؤجرة أو قام

بتأجيرها إلى الغير، فللمستأجر الحق في العودة إلى شغل العين المؤجرة مع التعويض الذي تقدره اللجنة بما لا يجاوز مقدار الأجرة المتبقية من العقد. والواقع أن المشرّع، وإن أراد هنا حماية المستأجر من تلاعب المؤجر سيء النية والإضرار به، وذلك عندما قرر له الحق في العودة مع التعويض، إلا أن هذه الحماية غير كافية لاسيما ثبوت سوء نية المؤجر وتلاعبه بالمستأجر، فضلاً عن أن إعطاء المؤجر من البداية الحق في الاشتراط في العقد بحقه في الإخلاء في أي وقت لحاجته له مع الإخطار، يخلق نوع من عدم الاستقرار لدى المستأجر مما يؤثر على أعماله وأسرته؛ لذا كان الأولي بالمشرّع أن يجعل هذا الحق للمؤجر عند انتهاء العقد وليس أثناء سريانه لا سيما أن عقود الإيجار أصبحت محددة المدة وليست دائمة.

كما أن مسألة اقتصار حق المستأجر حال ثبوت سوء نية المؤجر على العودة والتعويض غير كافٍ، إذا كان الأولي إعطائه أيضاً الحق في التعويض بصورة مستقلة، لا سيما في حالة دخوله في علاقة إيجارية جديدة، وقد أحسن صنفاً المشرّع الإماراتي عندما نظم هذه الحالة الخاصة بالإخلاء، إذ تطلب أن يكون حق المؤجر في طلب الإخلاء عند نهاية عقد الإيجار، وليس أثناء سريانه، وأن يقدم المؤجر إثبات عدم ملكيته للبديل المناسب لذلك الغرض، وأن يقوم بإخطار المستأجر قبل الإخلاء بمدة لا تقل عن اثني عشر شهراً، وألا يقوم بتأجير العقار، إذا كان لغرض السكنى إلا بعد مرور سنتين، أو ثلاث سنوات إن كان لغرض تجاري، مع إعطاء الحق للمستأجر في المطالبة بالتعويض العادل^(٣٤)، في حين

(٣٤) المواد (٢٥-٢٦) من قانون رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٨م الصادر بتعديل أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٧م بشأن تنظيم العلاقة بين مؤجري ومستأجري العقارات في إمارة دبي. جاء أيضاً بالمادة (٢٣) فقرة ٧ من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٦م بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة الإيجارية بإمارة أبو ظبي: (.... في حالة عدم قيام المالك بشغل العين المؤجرة فعلياً بغير عذر مقبول خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإخلاء، أو شغله لمدة تقل عن سنة، أو في حال قيامه بتأجيرها إلى مستأجر آخر بعد إخلاءها من المستأجر، جاز الحكم للمستأجر بالعودة لشغل العقار مع التعويض أو بأي منهما، وللجنة أن تقدر التعويض المناسب على ألا يتجاوز مقداره أجرة سنة). أيضاً أجاز المشرع العُماني في هذه الحالة وفقاً لنص المادة (٧) من المرسوم السلطاني رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م الحكم للمستأجر بالعودة لشغل المكان أو التعويض.

نجد المشرّع العماني قد اتفق مع المشرّع البحريني في مسألة إعطاء الحق للمؤجر في طلب الاخلاء قبل انتهاء عقد الإيجار وفيما يتعلق بمسألة حاجة المؤجر للعين المؤجرة نجده قد أعطى له الحق في ذلك سواء كان الاخلاء لاحتياجه الشخصي أم لأحد أقاربه حتى الدرجة الثانية، فضلاً عن عدم إعطائه المستأجر الحق في المطالبة بالتعويض لاسيما حال ثبوت سوء نية المؤجر. (٣٥)

الحالة الثانية: عودة المؤجر من السفر ورغبته في الإقامة بالعقار المؤجر.

أجاز المشرّع البحريني للمؤجر في حالة عودته من السفر، أو إذا لم يكن مقيماً بالمنطقة الموجود، بها العقار المؤجر ورغب في الإقامة به، نظراً لأنه العقار الوحيد المملوك له في هذه المنطقة، أن يطلب من لجنة المنازعات الإيجارية إخلاء العين المؤجرة، ولكن بشرط توفر الآتي:

أ. أن يكون قد اشترط ذلك في عقد الإيجار

ب. وأن يُعطي للمستأجر من جهة لجنة المنازعات، إذا ما قررت الإخلاء مهله لا تقل مدتها عن ثلاثة أشهر قبل الإخلاء لترتيب أوضاعه.

ويلاحظ هنا أنه كان أولى بالمشرّع أن ينص بخصوص هذه الحالة على ضرورة إقامة المؤجر بالعين المؤجرة إقامة فعلية، وعدم قيامه بتأجيرها قبل مرور مدة معينه؛ حتى لا يؤخذ الأمر ذريعة للأضرار بالمستأجر وإخلائه من العين المؤجرة من غير حاجة ماسة للمؤجر في شغل هذا العقار.

(٣٥) نصت المادة السابعة فقرة (د) من المرسوم السلطاني العماني رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٨م الصادر بتعديل أحكام المرسوم رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م على أنه: (يجوز للمؤجر قبل انتهاء مدة عقد الإيجار أن يطلب من المستأجر إخلاء المحل المؤجر في الأحوال الآتية: ... د. إذا احتاج المؤجر إلى شغل المحل المؤجر لغرض سكني بنفسه أو أحد أقاربه من الدرجتين الأولى والثانية ولم يكن لديه أو لقريبه محل آخر يفي بذلك، وإذا تعددت محاله المؤجرة، فله أن يختار منها ما يشاء، على أن يمنح المستأجر مهله ستة أشهر على الأقل للإخلاء، فإذا لم يشغل المؤجر المحل خلال ثلاثة أشهر بغير عذر مقبول أو شغله لمدة تقل عن سنة، جاز الحكم للمستأجر بشغل المحل بذات الأجرة السابقة، ويسري حكم هذا البند على المحال المؤجرة للأغراض التجارية والصناعية والمهنية إذا احتاج المؤجر إلى شغل المحل المؤجر بنفسه فحسب).

الحالة الثالثة: رغبة المؤجر في زيادة عدد الوحدات أو التعلية.

لم ينص المشرع صراحة على هذه الحالة ضمن حالات الإخلاء الواردة بالمادة (٣٨) من قانون إيجار العقارات، ولكن وردت بصورة ضمنية بالمادة (١٢) من القانون ذاته التي نصت على أن: (أ- للمؤجر زيادة عدد الوحدات في العقار المؤجر بالإضافة أو التعلية شريطة الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، وإذا ترتب على ذلك نقص في منفعة العين المؤجرة، جاز للمستأجر أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إذا كان له مقتضى.

ب- إذا تأخر المؤجر بعد إخطاره بكتاب مسجل بعلم الوصول عن القيام بالأعمال المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة بعد حصوله على التراخيص وإخلاء المستأجر أو قام بتأجير العين للغير، فللمستأجر الحق في العودة إلى شغل العين أو التعويض الذي يتناسب مع الضرر الذي أصابه، على ألا يتجاوز أجرة سنة^(٣٦).

الشاهد هنا أن المشرع البحريني كان أولى به أن ينظم هذه المسألة بصورة تحقق مصلحة المستأجر لأمرين:

١. أن إعطاء المشرع الحق للمؤجر أن يقوم بزيادة عدد الوحدات بالعقار بشرط الحصول على ترخيص حتى ولو ترتب على ذلك نقص في منفعة العين للمستأجر مع إعطاء المستأجر حق طلب الفسخ، أو إنقاص الأجرة مع التعويض، يفهم منه أن من حق المستأجر إذا ما كان هناك استحداث بالعين المؤجرة لا يحول دون الانتفاع بها بصورة كاملة وورغب في الاستمرار، له الحق أن يطلب إنقاص الإيجار، ومن ثم له الحق في الامتناع عن دفع كامل الإيجار مع التعويض إن كان له مقتضى، وهذا ما يتعارض مع حق المؤجر في المطالبة بالإخلاء.

٢. في الفقرة الثانية فيما يتعلق بمسألة الإخلاء التي تفترض قيام المؤجر بإخلاء العين المؤجرة، ثم تراخيه عن القيام بالأعمال التي حصل على تراخيص للقيام بها، أو قام بتأجير العين المؤجرة للغير بعد إخلائها، نلاحظ أن المشرع قد أعطى الحق للمستأجر في الاختيار بين حق العودة إلى العين المؤجرة، أو طلب التعويض ولكن كان الأولى بالمشرع هنا أن يعطي للمستأجر الحق في التعويض في

(٣٦) المادة (١٢) من قانون الإيجار ٢٧ لسنة ٢٠١٤م.

الحالتين لا سيما حال ثبوت سوء نية المؤجر في هذه الحالة وإضرارها بالمستأجر^(٣٧).

المطلب الثالث

حالات الإخلاء الخاصة بالعين المؤجرة

ذكر المشرع البحريني عدة حالات للإخلاء متعلقة بالعين المؤجرة، وليس لها صلة بإخلال المستأجر بالتزاماته، ومن ثم يستطيع المؤجر حال توفر إحداها أن يطالب بإخلاء العين المؤجرة، ويمكن ذكر هذه الحالات على النحو الآتي:

الحالة الأولى: هدم العقار أو أيلولة للسقوط.

أجاز المشرع وفقاً لنص المادة (٥/٣٨) للمؤجر الحق في طلب إخلاء العين المؤجرة، إذا ما أصبح العقار آيلاً للسقوط، ويخشى منه على سلامة السكان أو في حالة صدور قرار إداري نهائي بهدم العقار من الجهات المختصة، وهذا ما فعله أيضاً المشرع العماني، إذ أجاز للمؤجر إخلاء المحل المؤجر ولكن بعد صدور ترخيص بالهدم أو البناء من البلدية المختصة، على أن يمنح المستأجر مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر للإخلاء، إذا كان الهدم بسبب أيلولة المحل للسقوط، أو مدة ستة أشهر، إذا كان الهدم لغرض إعادة البناء^(٣٨).

^(٣٧) أجاز المشرع الإماراتي بإمارة أبو ظبي وفقاً لنص المادة (٢٣) من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٦م الحكم للمستأجر في حالة مخالفة المؤجر وثبوت نيته بالإضرار به، العودة لشغل العقار مع التعويض أو بأي منهما، وللجنة أن تقدر التعويض المناسب.

^(٣٨) نص المشرع العماني بمقتضى المادة السابعة فقرة (هـ) من المرسوم السلطاني رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٨م على إعطاء الحق للمؤجر في إخلاء المحل إذا قررت البلدية المختصة الترخيص بهدم المحل المؤجر إذا أصبح آيلاً للسقوط أو بناء على طلب المؤجر لإعادة بنائه، ولا يجوز طلب إخلاء المحل المؤجر إلا بعد صدور الترخيص بالهدم أو البناء، ويمنح المستأجر مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر للإخلاء إذا كان الهدم بسبب أيلولة المحل للسقوط، ولمدة ستة أشهر إذا كان الهدم لغرض إعادة البناء، على أن تبدأ المهلة من تاريخ إخطار المستأجر بصدور الترخيص.

الحالة الثانية: قدم العقار أو تغيير تصنيف المنطقة.

أجاز المشرّع للمؤجر طلب إخلاء العقار، إذا مضى على إنشاء العقار مدة لا تقل عن ٢٥ سنة، أو تم تعبير تصنيف المنطقة الكائن بها العقار فللمؤجر هدم العقار، وإعادة بنائه على أن يتم الهدم خلال سنة من تاريخ الإخلاء، فإذا ما أخل المؤجر هنا، يكون من حق المستأجر الخيار بين طلب العودة إلى شغل العين، إن كانت قائمة، أو التعويض بما لا يجاوز مقدار الأجرة المتبقية من العقد، وأرى أنه كان أولى بالمشرّع أن يعطي المستأجر الحق في التعويض أيضاً عما أصابه من ضرر في حالة رغبته في العودة إلى شغل العقار؛ نظراً لسوء نية المؤجر.

الحالة الثالثة: وجود اختلاف في مساحة العين المؤجرة المذكورة بالعقد والواقع.

لم ينص المشرّع البحريني صراحة على هذه الحالة ضمن حالات الإخلاء، وإنما تم استنباطها من مضمون نص المادة (١٤/أ) من قانون إيجار العقارات التي نصت على أنه: (إذا تبين أن مساحة العين المؤجرة تزيد على ما حُدد في عقد الإيجار وكانت الأجرة مقدرة بالوحدة، فإن كانت العين المؤجرة قابلة للتقسيم كانت الزيادة للمؤجر ما لم ير المستأجر أخذها بما يقابلها من الأجرة، وإن كانت العين غير قابلة للتقسيم، وجب على المستأجر دفع أجرة الزيادة ما لم تكن جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد)^(٣٩).

يلاحظ أن المشرّع البحريني بمقتضى هذا النص قد حمل المستأجر المسؤولية وهو (الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية) بخطأ متعلق بمواصفات وبيانات العين المؤجرة التي من المفترض أن يعلم المؤجر بها علماً حقيقياً، ومن ثم يستطيع إجبار المستأجر على الدفع لهذه الزيادة في مساحة العين المؤجرة التي ظهرت فيما بعد أو طلبه الفسخ وإخلاء العين المؤجرة، لذا كان أولى بالمشرّع هنا أن يعطي المستأجر كونه الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية الحق في استكمال مدة العقد إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، على أن يتحمل المؤجر نتيجة خطئه، أو أن يعطي المستأجر الحق في المطالبة بالتعويض، وذلك في حالة طلبه الفسخ؛ لعدم القدرة على دفع هذه الزيادة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحميل المستأجر المسؤولية عن خطأ لم يرتكبه مما يؤدي إلى الإضرار به.

(٣٩) المادة (١٤) من قانون الإيجار البحريني ٢٧ لسنة ٢٠١٤م.

الخاتمة

انتهيت في هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج يمكن عرضها على النحو الآتي:

١. أن للجنة المنازعات الإيجارية دوراً مهماً في إنهاء كثير من المشاكل المتعلقة بالإخلاء، وقد ظهر ذلك في بعض الحالات منها حالة امتناع المؤجر أو تهريبه من استلام الأجرة، إذ أجاز لها المشرع قبول الأجرة المقدمة من المستأجر حال امتناع المؤجر قبولها، كما أعطي لها المشرع سلطة تقديرية بعدم الحكم بالإخلاء حال توفر عذر مقبول للمستأجر في حالة عدم وفائه بالأجرة وطلب المؤجر الإخلاء.

٢. أن عدم تحديد المشرع بصورة قاطعة المقصود بالمحكمة الكبرى التي يطعن أمامها في قرارات اللجنة أدى إلى عدم قدرة الأفراد في الطعن على أحكام المحكمة الكبرى بصفتها الابتدائية أمام محكمة التمييز.

٣. أن إعطاء المشرع للجنة صلاحية دعوة الأطراف المتنازعة إلى التسوية الودية من شأنه أن يسهم في حل كثير من القضايا، وإن كان أولى به أن ينشئ إدارة للتوفيق والصلح تكون تحت إشراف قضائي على غرار ما فعله المشرع الإماراتي.

٤. إن قانون الإيجار الجديد رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤م وضع حلولاً لكثير من المسائل التي كانت محل خلاف في الفترة السابقة على صدوره، وذلك من منطلق الموازنة بين مصلحة طرفي عقد الإيجار بعد أن كانت القوانين السابقة تنظر إلى المستأجر على أنه الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية، ومن ثم فقد عدد المشرع الحالات التي يجوز فيها للمؤجر المطالبة بإخلاء العين المؤجرة مع إعطاء المستأجر في - أغلب الحالات - الحق في الاختيار بين المطالبة بالتعويض أو الفسخ أو التنفيذ العيني في الحالات التي يكون فيها المؤجر متعسفاً في استعمال حقه في الإخلاء، غير أن هناك بعضاً من هذه الحالات كانت تتطلب حماية أكثر للمستأجر لا سيما حالة ثبوت سوء نية المؤجر وإضراره بالمستأجر مثل:

• حالة طلب المؤجر الإخلاء لحاجته الشخصية للعين المؤجرة أو لأحد أقاربه، واشتراط المشرع عليه ضرورة الإقامة الفعلية لمدة سنة أو عدم تأجيرها للغير بعد الإخلاء إذ كان أولى بالمشرع هنا أن يحمي المستأجر كونه الطرف الضعيف، ومن ثم إعطائه الحق في الاختيار بين العودة والتعويض أو التعويض بصورة

مستقله لا سيما حاله دخوله في علاقة إيجاريه جديده، مثلما فعل المشرّع الإماراتي بإمارة دبي فضلاً عن جعل حق المؤجر في طلب الإخلاء عند نهاية العقد وليس أثناء سريانه.

• في حالة الإخلاء الخاصة بعودة المؤجر من السفر أو رغبته في الإقامة بالمنطقة التي يوجد بها العقار، كان الأولي بالمشرّع هنا أن يشترط على المؤجر ضرورة الإقامة الفعلية بالعقار في حالة الإخلاء، حتى لا يؤخذ الأمر ذريعة للإضرار بحقوق المستأجر، إذا ما كان الهدف هو الإخلاء من غير أن تكون هناك حاجة ماسة لها.

• أجاز المشرّع للمؤجر أن يطلب الإخلاء بقصد زيادة عدد وحدات العقار أو التعلية، فإذا ما تم الإخلاء بعد الحصول على التراخيص ثم ثبت تراخي أو سوء نية المؤجر والإضرار بالمستأجر، كان أولى بالمشرّع هنا أن يعطي المستأجر الحق في العودة مع التعويض؛ نظراً لثبوت سوء نية المؤجر.

• أجاز المشرّع أيضاً للمؤجر طلب الإخلاء حال رغبته في هدم البناء لمرور مدة ٢٥ عام على إنشائه بشرط أن يتم الهدم خلال سنة من تاريخ الإخلاء، فإذا ما أخل المؤجر بذلك كان أولى بالمشرّع أن يعطي للمستأجر أيضاً الحق في التعويض حال رغبته في العودة؛ نظراً للأضرار التي لحقت به بسبب الإخلاء الناتج عن سوء نية المؤجر.

• بإقرار المشرّع حق المؤجر في طلب الإخلاء، لعدم التزام المستأجر بدفع الأجرة بغض النظر عن النزاع القائم بينهما يكون قد أفقد المستأجر حقه في الدفع بعدم التنفيذ طبقاً للمادة (١٥٠) مدني، وحقه في الحبس طبقاً للمادة (٢٤٠) مدني ومن ثم يكون قد خرج عن القواعد العامة.

التوصيات:

١. نوصي بضرورة تدخل المشرّع، وتعديل نص المادة (٤٣) من قانون الإيجارات الجديد، على أن تكون صياغتها بصورة دقيقة بما يضمن لأطراف النزاع الطعن على قرارات اللجنة أمام المحكمة الكبرى بصفتها الاستئنافية، ومن ثم الطعن على أحكامها أمام محكمة التمييز؛ ذلك لأنها ضمانه مهمة لتطبيق صحيح القانون، وهذا التعديل يستلزم تعديل آخر لنص المادة (١١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٢. ضرورة إنشاء إدارة للتوفيق والصلح تحت إشراف قضائي على غرار ما فعله المشرع الإماراتي.
٣. ضرورة إعادة النظر في بعض حالات الإخلاء التي يثبت فيها سوء نية المؤجر ومن ثم توفير حماية أكثر فاعلية للمستأجر؛ لأنه الطرف الضعيف في العلاقة الإيجارية، لما يترتب على ذلك من تشجيع للمستثمرين.

المصادر والمراجع

- (١) د/ أحمد عبد التواب محمد بهجت، أحكام العلاقات الإيجارية في القانون المصري، النصر للطباعة، ٢٠٠١م.
- (٢) د/ رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، دار الجامعة الجديدة، سنة ١٩٩٦م.
- (٣) أ. سعيد المحمدي، قراءة متأنية في قانون الإيجار الجديد، مقال بجريدة أخبار الخليج، ١٤/٩/٢٠١٤م.
- (٤) د/ شحاته غريب - د/ جميل بن يونس، العقود المسماة في القانون البحريني، مطابع جامعة البحرين، ٢٠١٦م.
- (٥) أ/ شريف احمد الطباخ، دعاوي التعويض الناشئة عن عقد الإيجار في ضوء القضاء والفقه، دار المصطفى للإصدارات القانونية، بدون تاريخ.
- (٦) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع (الإيجار - العارية)، مجلد أول، بدون سنة، دار النهضة.
- (٧) د/ عبد الناصر العطار، شرح أحكام الإيجاز في دولة الإمارات، سنة ٢٠٠٠م، مطبوعات جامعة الإمارات.
- (٨) د/ عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة البيع والإيجار، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٥م.
- (٩) د/ على نجيدة، عقد الإيجار، دار النهضة، سنة ٢٠٠٥م.
- (١٠) د/ محمد حسين منصور، أحكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، منشأة المعارف، ٢٠٠٦م.
- (١١) د/ محمد سعد خليفة - د / أحمد هيكمل، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، سنة ٢٠٠٦م.

١٢) أ. محمود ربيع خاطر:

- الوافي لتشريعات وأحكام البحرين، قانون إيجار العقارات معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة التمييز، دار محمود للطباعة القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٨م.
- الوافي لتشريعات وأحكام البحرين، القانون المدني البحريني معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة التمييز، دار محمود للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠١٧/٢٠١٨م.

القوانين والأحكام:

- ١) قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم ١٢ لسنة ١٩٧١م وتعديله بموجب مرسوم بقانون ١٨ لسنة ١٩٨٣م.
- ٢) القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ - ملحق الجريدة الرسمية العدد ٢٤٦٧.
- ٣) قانون رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٨م بتعديل أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٧م بشأن تنظيم العلاقة بين مؤجري ومستأجري العقارات في إمارة دبي.
- ٤) المرسوم السلطاني العماني رقم ٦ لسنة ١٩٨٩م في شأن تنظيم العلاقة بين ملاك ومستأجري المساكن والمحال التجارية والصناعية، وتعديله رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٨م.
- ٥) مرسوم رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٣م بشأن إنشاء مركز لفض المنازعات الإيجارية بدبي.
- ٦) قانون إيجار العقارات بالبحرين رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤م، الجريدة الرسمية - ملحق العدد ٣١٦٨.
- ٧) قانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٧م الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٦م بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة الإيجارية بين المؤجرين والمستأجرين بإمارة أبو ظبي. الجريدة الرسمية العدد ١١ لسنة ٢٠١٧م.
- ٨) قرار وزير العدل والشئون الإسلامية بالبحرين رقم ١١ لسنة ٢٠١٥م، الجريدة الرسمية، ملحق العدد ٣١٩٥.
- ٩) أحكام محكمة التمييز بالبحرين.

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه

مشكلة تجريم شيكات الضمان في القانون العماني

الدكتور/ خالد بن أحمد الشعبي *

المخلص:

يتناول هذا البحث بالمناقشة والتحليل مشكلة قانونية أقل ما توصف بأنها شائكة، فقد شاع في الآونة الأخيرة استخدام الشيك كأداة ضمان خلافاً لوظيفته الأساسية كأداة وفاء، مما أثار التساؤل والخلاف حول ما إذا كانت شيكات الضمان خاضعة للتجريم باعتبارها شيكات مصرفية لا تُغير من طبيعتها أسباب وبواعث إصدارها، أم تتحسر عنها الحماية الجزائية لعدم استحقاقها فور صدورها وانتفاء سوء النية عند سحبها. لقد احتدم الجدل الفقهي والاجتهاد القضائي حول المسألة، لتظهر الحاجة ملحة لدراستها.

حيث تكشف الإحصائيات عن أن جريمة إصدار شيك بدون رصيد تتصدر قائمة الجرائم الأكثر شيوعاً في السلطنة، كما يُعد الدفع بأن الشيك محل الدعوى هو شيك ضمان وليس وفاء أكثر الدفوع طرماً أمام المحاكم الجزائية، وهو ما جعل من شيكات الضمان وسيلة للاستيلاء على الأموال والتخلص من الالتزامات التي لا يُرغب في أدائها، وجعلنا أمام مشكلة قانونية مستعصية لم تُفلح المعالجات التشريعية السابقة في علاجها.

وقد توصل البحث إلى أن التعديلات الأخيرة التي تضمنتها نصوص جرائم شيكات بقانون الجزاء الجديد لم تقضي تماماً على مشكلة تجريم شيكات الضمان، إذ ظل التباين في الأحكام القضائية قائماً رغم انخفاض حدته. كما خلص البحث إلى أن نزع الصفة الإجرامية عن شيكات الضمان ينافي ما استقر عليه معظم القضاء المقارن، ويتعارض مع العرف القانوني والمصرفي، لذلك أوصى البحث بضرورة تعديل المادة (٥٤٤) من قانون التجارة التي أسهمت في ظهور المشكلة.

الكلمات المفتاحية: شيك الضمان - شيكات المرتجعة - تجريم - المحكمة العليا - قانون الجزاء العماني.

*أستاذ القانون الجزائي المساعد بكلية الشرطة - أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة.



The Problem of Criminalising Postdated Cheques in Omani Law

Dr. Khalid Ahmed Al-Shaabi*

Abstract:

This study examines the problematic issue of criminalising postdated cheques, which are intended not to be payable on demand but on a stated date. This consideration of the criminalisation question arises mainly from the situation in Oman, where cheques have recently been increasingly used for financial security or guarantee purposes, contrary to its legal function as an instrument of payment, that has triggered a debatable question as to whether or not the drawer of a security cheque has committed a crime when the postdated cheque is returned unpaid.

The Omani Supreme Court has grappled with this question, but with no unified answer, mainly because of two issues. The first one definitional clarity relates to whether a postdated check falls within the criminal meaning of cheque. The second is structural results from the lacking of mens-rea or the difficulty of establishing that the postdated check was issued in bad faith. As both issues remain unresolved, the claim that a cheque was issued for security, not for payment has become the most common defence raised in the high volume of cheque cases before criminal courts, despite the promulgation of the new Penal Code (RD. 7/2018).

Arguably, there is no compelling legal reason why such cheques should not be subjected to the Penal Code. In effect, the courts' reluctance to regard unpaid postdated cheques as punishable cheques would lead to increasing the number of bounced cheques in the Omani market.

Keywords: Postdated Cheque - Bounced Cheques - Criminalisation - Supreme Court - Omani Penal Code.

*Assistant Professor of Criminal Law at Police College, Sultan Qaboos Academy for Police Sciences.

مقدمة

يحظى الشيك Cheque بمكانة مهمة في السوق العُماني باعتباره أكثر الأوراق التجارية ذيوماً في التعامل التجاري اليومي بين أفراد المجتمع،^(١) كما تعتمد عليه الشركات والمؤسسات كوسيلة أساسية لاستيفاء مستحقاتها من عملائها، فالشيك هو أداة وفاء تحل محل النقود في الدفع وتُغني عن استعمالها في المعاملات Negotiable and Payment Instrument، لذلك لا غرابة في توسع وانتشار استخدامه في السلطنة، حيث تشير الإحصائيات الرسمية الصادرة عن البنك المركزي إلى أن مجموع عدد الشيكات التي تم تداولها خلال عامي (٢٠١٨ و ٢٠١٩م) بلغ أكثر من (١٠) ملايين شيك.^(٢)

وحفاظاً على وظيفة الشيك وأهميته في المعاملات التجارية كأداة وفاء فورية بديلة للتعامل النقدي، تدخلت التشريعات الجزائرية كعادتها وفرضت حمايتها على هذه الورقة التجارية ذات الطبيعة النقدية، لتضمن استمرارية قيامها بدورها المأمول دون تجاوز أو إخلال، ولتحفظ الثقة الموضوعة فيها من قبل الجمهور، سيما مع شيوع استخدامها في مختلف التعاملات التجارية والاقتصادية، فالمشرع الجزائري - كما يُقال - دائماً ما يسعى إلى صيانة المصالح الاجتماعية والاقتصادية الجديرة بالحماية،^(٣)

(١) College of Banking and Financial Studies, Banking Sector in Oman: Strategic Issues, Challenges and Future Scenarios, 2017, p. 62.

(٢) البنك المركزي العُماني، النشرة الإحصائية الفصلية، ديسمبر ٢٠١٩م، العدد ٤، المجلد ٥٢، ص ٣٩.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، ص ١٥٦.

لذلك رتبت التشريعات الجزائية عقوبات ضد من يُعطي في تعامله مع غيره شيكاً لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب.

إلا أن الملاحظ أن هذه الحماية الجزائية أغرت الكثير من الأفراد والمؤسسات على التعامل بهذه الورقة المحمية جزائياً كوسيلة لضمان حقوقهم، والضغط على مدينهم بالجزاء الجنائي في حال عدم الوفاء، مما جعل الشيك ينحرف عن وظيفته القانونية الوحيدة كأداة وفاء، وينقلب إلى أداة ضمان Security or Guarantee Instrument، وبات تبعاً لذلك وسيلة عملية شائعة يلجأ إليها المتعاملون؛ لضمان سداد الديون فيما بينهم، وذلك عن طريق وضع تاريخ مؤجل للشيك يتزامن مع تاريخ استحقاق الدين،^(٤) وكنتيجة لتزايد استخدام الشيك في أمور مغايرة لطبيعته، تزايدت أعداد الشيكات المرتجعة Bounced Cheques، وتبعاً لذلك تزايدت جرائم الشيكات Cheques Crimes في السلطنة لتحثل الصدارة بين الجرائم الأكثر ارتكاباً خلال الأعوام (٢٠١٧ و ٢٠١٨ و ٢٠١٩م) على التوالي،^(٥) مما جعل منها ظاهرة مستقلة ذات خطورة متنامية على الاقتصاد الوطني.

وقد جاءت قرارات المحكمة العليا العُمانية لتضيف تعقيداً إلى هذه الظاهرة المؤرقة من خلال تردد وتباين أحكامها، بشأن ما إذا كانت شيكات الضمان خاضعة للتجريم أم تتحسر عنها الحماية الجزائية، ففي حين أخضعت بعض الأحكام القضائية شيكات الضمان للتجريم على اعتبار أنه لا تأثير لأسباب إصدار الشيك، وبواعثه على قيام المسؤولية الجزائية، جاءت قرارات أخرى للمحكمة لتنزع الصفة الإجرامية

(٤) د. محمود كبش، الحماية الجنائية للشيك في ظل قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية،

القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢٢.

(٥) الادعاء العام، ملخص القضايا السنوي لعام ٢٠١٩م، ص ٩.

عن هذه الشيكات بحجة عدم استحقاقها فور صدورها وانتفاء سوء النية لدى محرريها، إزاء هذا التباين، بات الدفع بأن الشيك محل الدعوى هو شيك ضمان وليس وفاء "أكثر الدفع طرحاً على الإطلاق" في جرائم الشيك بدون رصيد،^(٦) ومن ثم ثارت تساؤلات في الوسط القانوني العُماني حول مدى تجريم المشرع لطائفة كبيرة من الشيكات المرتجعة تُعرف بشيكات الضمان.^(٧)

بالنظر إلى هذا الواقع المعقد والمُخج، يأتي هذا البحث ليسلط الضوء على مشكلة تجريم شيكات الضمان باعتبارها معضلة جديرة بالدراسة والمواجهة؛ لإيجاد الحلول القانونية الملائمة، وإعادة الوضع إلى مساره الصحيح، وإلا أدى استمرار ممارسات التلاعب بالشيك وإساءة استخدامه إلى فقدان الثقة به وإحجام الأفراد عن التعامل به، في وقت أصبح المجتمع العُماني فيه في أمس الحاجة إلى أدوات قانونية تسهل عمليات التبادل التجاري وتدعم الاستقرار المالي، نظراً لطبيعة المرحلة الحالية التي يمر بها.

١ - إشكالية البحث:

تكمن مشكلة البحث في الآثار الخطيرة المترتبة على تحول شيكات الضمان لأداة خداع واستيلاء على أموال الغير، ووسيلة تؤثر سلباً في الاستقرار الاقتصادي والتجاري في المجتمع، مما يستوجب تدخل تشريعي وقضائي لمكافحتها والحد منها، إلا أنه في الوقت الذي تحتل فيه جريمة الشيك بدون رصيد المرتبة الأولى من حيث

(٦) سعود بن صالح المعولي، المشكلات العملية في جرائم الشيكات في ظل قانون الجزاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة السلطان قابوس، ٢٠٢٠م، ص ٢٩.

(٧) حيدر بن عبدالرضا اللواتي، الشيكات المرتجعة تبحث عن حل، جريدة عُمان، ٢٧ إبريل

٢٠١٩م: <http://www.omandaily.om/?p=694041>

الجرائم الأكثر حدوثاً في السلطنة خلال الأعوام الثلاثة الماضية، لا زالت الأحكام القضائية تبحث عن قول فصل بشأن تجريم شيكات الضمان التي أثقلت كاهن المحاكم الجزائية وتسببت في زعزعة ثقة المتعاملين بالشيك.

ويسعى الباحث لطرح الخلاف حول تجريم شيكات الضمان على بساط البحث، كونه أحد أسباب ظاهرة الشيكات المرتجعة في السلطنة، والتي بالرغم من جديتها وخطورتها، إلا أنها لم تنل نصيباً كافٍ من الدراسة والتحميص، لا سيما مع التعديلات الجديدة التي حملها قانون الجزاء الحالي، ومدى توافقها مع النصوص الخاصة بالشيك في قانون التجارة، ودور هذه التشريعات مجتمعةً في إزالة تضارب موقف المحكمة العليا حول مدى استحقاق الشيكات المؤجلة أو شيكات الضمان للجزاء الجنائي عند ارتجاعها.

٢- أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث الأصيل في سعيه العلمي والمنهجي لمناقشة مشكلة آنية وشائكة تتعلق بأهم الأوراق التجارية على الإطلاق؛ وهو الشيك الذي أراد له المشرع أن يحل محل النقود في التعامل والتبادل التجاري، ومن ثم يسهم في تحقيق الاستدامة المالية والنقدية للاقتصاد الوطني وفق الرؤية المستقبلية (عمان ٢٠٤٠)، إلا أن هذه الغاية التشريعية لم تتحقق بشكلٍ كامل في السوق العماني بسبب انحراف الكثير من المتعاملون بالشيك عن هذا المقصد واستخدامه لأغراض أخرى تتنافى مع طبيعته القانونية، من هنا تبدو الحاجة ملحة أكثر من أي وقت مضى لكبح جماح هذه الممارسات الضارة التي لم تجد المواجهة التشريعية والقضائية اللازمة، والتي يسعى البحث إلى إيجادها أو على الأقل اقتراحها بشكل يعزز النظام القانوني العماني.

٣- أهداف وتساؤلات البحث:

يهدف هذا الجهد البحثي بشكل أساسي إلى تحليل مشكلة انحسار المسؤولية الجزائية عن شيكات الضمان، وإبراز أوجه القصور التشريعية والمثالب التي تعترى الأحكام القضائية عند تصديها لظاهرة شيكات الضمان، وذلك بغية تقديم الحلول التشريعية الملائمة، وصولاً إلى التطبيق السليم للقانون وتوحيد جبهة الأحكام القضائية المستقبلية بشأن تجريم شيكات الضمان من عدمه، ولمعالجة مشكلة تجريم شيكات الضمان تشريعياً وقضائياً، يناقش البحث التساؤلات الآتية:

١. ما هو المفهوم القانوني والواقعي لشييك الضمان؟ وبماذا يختلف عن الشيك العادي المحمي جزائياً؟
٢. ما هي الفلسفة التشريعية والغاية التي توخاها المشرع من نصوص جرائم الشيكات؟ وما مدى انطباقها على شيكات الضمان؟
٣. ما هو واقع وحجم مشكلة التعامل بشيكات الضمان في السلطنة؟ وما مدى ارتباطها بارتفاع جرائم الشيكات؟
٤. ما مدى توافق نصوص قانون التجارة مع نصوص قانون الجزاء في مواجهة جرائم الشيكات؟
٥. ما هو موقف القضاء العُماني من تجريم شيكات الضمان؟ وما مدى توافقه مع القضاء المقارن؟
٦. ما مدى ضرورة تجريم شيكات الضمان؟ وإلى أي مدى استطاع قانون الجزاء الجديد إلغاء التعامل بها؟
٧. ما هي أنسب الحلول التشريعية وأكثرها ملائمةً لعلاج مشكلة تجريم شيكات الضمان في القانون العُماني؟

٤- منهج البحث:

بالنظر إلى طبيعة البحث والأهداف التي يسعى لتحقيقها، سيتم الاستعانة أولاً بالمنهج الوصفي لتوضيح الواقع العملي المعاش ووصف ظاهرة التعامل بشيكات الضمان وصفاً دقيقاً يبين طبيعتها وحجمها وكيفية ارتباطها بمشكلة الشيكات المرتجعة، وصولاً إلى تحديد النصوص التشريعية ذات الصلة، وإعطاء التكيف القانوني الصحيح. كما سيتم الاستعانة بالمنهج التحليلي لتفسير النصوص التشريعية، ونقد الأحكام القضائية بقصد الوقوف على جوانب الضعف والقصور التي تعترها، واستخلاص مدى تحقيقها لإرادة وغاية المشرع، وبهدف إيجاد الحلول المناسبة للنظام القانوني العُماني، سيتم مقارنة بعض النصوص والأحكام الوطنية بالتشريعات والأحكام القضائية المقارنة التي تشكل مصدراً مهماً يمكن أن يُستمد منه بعض المبادئ لحل مشكلات عملية لم يرد بتنظيمها نص تشريعي صريح.

٥- خطة البحث:

بغية تقديم دراسة وافية تحيط بجوانب المشكلة على نحو منطقي ومتسلسل يسهم في فهمها وحلها، تم تقسيم موضوعات البحث إلى ثلاثة مباحث، يتناول أولها مفهوم الشيك وأهميته وفلسفة حمايته جزائياً، باعتبارها مقدمات أساسية للموضوع، ويناقش ثانيها مفهوم شيكات الضمان ومشكلة التعامل بها في السوق العُماني، وذلك ببيان مضمونها وحجمها وأبعادها القانونية، أما المبحث الثالث والأخير فيتطرق لموقف القضاء العُماني من تجريم شيكات الضمان، وذلك في ظل كلاً من قانون الجزاء القديم والجديد، خلوصاً للرؤى المستقبلية لمعالجة المشكلة. وتستعرض خاتمة البحث مجموعة من النتائج والتوصيات نتمنى من مشرّعنا العُماني النظر إليها بعين الاعتبار لما لها من دور في تطوير النصوص الحالية للحد من المشكلة.

المبحث الأول

مفهوم الشيك وأهميته وفلسفة حمايته جزائياً

نظم المشرع العُماني الأوراق التجارية^(٨) كالكمبيالة Bills of Exchange^(٩) والسند لأمر Promissory Note^(١٠) والشيك cheque في الكتاب الرابع من قانون التجارة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٩٠/٥٥)^(١١). ويعتبر الشيك أكثر الأوراق التجارية Commercial Papers استخداماً في السلطنة كونه أداة وفاء تحل محل النقود في المعاملات التجارية والالتزامات المالية، إلا أن وظيفة الشيك ومكانته اختلفت في الآونة الأخيرة بسبب فرط استعماله كوسيلة ضمان.

والسؤال المطر في العمل حالياً هو عما إذا كان شيك الضمان هو شيكاً بالمعنى القانوني؟ وما إذا كان شيكاً في نظر المشرع الجزائري؟ للإجابة على هذه الأسئلة ينبغي أولاً تعريف الشيك، والتثبت من مدى توفر مقوماته في شيك الضمان، فباعتبار الشيك هو الصك الوحيد الذي يحميه المشرع جزائياً بعقاب مصدره، إن لم يكن له رصيذاً كافياً وقابلاً للسحب، ينبغي على القضاء عند نظره لجرائم الشيكات التأكد أولاً من أن الصك موضوع الدعوى هو شيك بالمعنى القانوني الصحيح؛ أي أنه يشترط بدايةً لإسباغ الحماية الجزائية أن يوصف الصك محل الدعوى بأنه شيك وليس ورقة تجارية أخرى.

(٨) لم يُعرف المشرع العُماني الأوراق التجارية، في حين عرفتها المادة (٤٧٨) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٩٩٣/١٨) بأنها عبارة عن: "صكوك مكتوبة وفق أشكال حددها القانون تمثل حقاً موضوعه مبلغاً معيناً من النقود يستحق الأداء بمجرد الاطلاع أو بعد أجل معين أو قابل للتعيين وهي قابلة للتداول بالطرق التجارية واستقر العرف على قبولها كأداة للوفاء بدلاً من النقود".

(٩) بشأن أحكام الكمبيالة، أنظر المواد من (٤١٥) إلى (٥١٧) من قانون التجارة العُماني.

(١٠) بشأن أحكام السند لأمر، أنظر المواد من (٥١٨) إلى (٥٢١) من قانون التجارة العُماني.

(١١) نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (٤٣٥) الصادر في ١٥ يوليو ١٩٩٠م.

كما أنه ولما كان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وبغرض التحقق من مدى توفر مبررات الحماية الجزائية في شيك الضمان، فإن الأمر يقتضي كذلك فهم الأسباب التي من خلالها أكتسب الشيك أهميته، وبيان الفلسفة التشريعية التي دعت إلى حمايته جزائياً، كلٌ في مطلب مستقل وفق الترتيب الآتي.

المطلب الأول

مفهوم الشيك

لقد سعى المشرع العُماني منذ البداية إلى إحاطة الشيك بحماية جزائية وتجارية تكفل احترامه وتمنع التلاعب به، إلا أنه سار على نهج معظم التشريعات العربية، فلم يُورد تعريفاً للشيك لا في قانون الجزاء ولا في قانون التجارة،^(١٢) فالمواد الخاصة بـ"جرائم الشيكات" في قانون الجزاء الجديد رقم (٢٠١٨/٧)^(١٣) لم تتعرض لتعريف الشيك محل الجريمة، وكذلك المادة (٥٢٣) من قانون التجارة اقتصر على ذكر بيانات الشيك فقط دون وضع تعريف تشريعي له، بقولها: "الشيك صك يشتمل على البيانات الآتية: ١- لفظ «شيك» مكتوباً في متن الصك، وباللغة التي كتب بها، ٢- تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه، ٣- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه)،

^(١٢) في نهج مشابه، انظر كذلك المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م التي لم تورد تعريفاً للشيك، وأيضاً المادة (٤٧٣) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. كما لم تتضمن المواد (٤٠١-٤٠٣) من قانون العقوبات الإماراتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م تعريفاً للشيك.

^(١٣) نشر في ملحق عدد الجريدة الرسمية رقم (١٢٢٦) الصادر في ١٤ يناير ٢٠١٨م.

٤- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره، ٥- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود، ٦- مكان الوفاء، ٧- توقيع من أنشأ الشيك (الساحب).^(١٤)

ويرى البعض بأن هذا السكوت هو بمثابة قصور ونقص تشريعي ينبغي تداركه ومعالجته،^(١٥) حيث لا يصح في مجال القوانين الجزائية إغفال تعريف موضوع الجريمة، لما قد يترتب على ذلك من تطبيق خاطئ أو توسع في التجريم بمداه إلى حالات لم يتوخاها المشرع، مما قد يشكل إخلالاً بمبدأ الشرعية، لذلك قيل بأنه إذا ما أراد المشرع قصر الحماية الجزائية على الشيك، فإنه ينبغي عليه تعريفه وتمييزه عما يشته به من صكوك تجارية أخرى.^(١٦)

وعلى العكس من ذلك، لا يرى الباحث غضاضة في عدم إيراد تعريف للشيك؛ فالشيك وإن كان موضوعاً لجرائم أنشأها المشرع، إلا أن عدم تعريفه لا يعد ضرباً من القصور، بل قد يكون تجنباً للضعف والجمود، فليس من حسن السياسة الجنائية إيراد تعريفات تشريعية قد تؤدي إلى صعوبات عملية، ولا تستجيب للتطورات

^(١٤) تجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات العربية استخدمت كلمة "شيك"، باستثناء التشريع اللبناني الذي استخدم كلمة "شك"، والتشريعين العراقي والليبي اللذين استخدمتا كلمة "صك"، والتي قد يؤخذ عليها توسعها وبعدها عن المعنى الدقيق؛ فالصك يشمل أي وثيقة أو محرر أو مستند، وهو ما تشترك فيه جميع الأوراق التجارية. د. يحيى الشاذلي، ورقة علمية مقدمة ضمن ندوة المشكلات القانونية والاقتصادية الناتجة عن الشيك بدون رصيد، كلية الشريعة والقانون، سلطنة عُمان، ٢٠٠٠م، ص ١١.

^(١٥) د. الوليد بن محمد البرماني، الشيك جنائياً وتجارياً: دراسة مقارنة بين القانون المصري وقوانين سلطنة عُمان مع الإشارة إلى قوانين بعض الدول العربية الأخرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٤٩.

^(١٦) د. فتوح عبدالله الشاذلي، معنى الشيك في القانون الجنائي، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨م، ص ٣٧.

المجتمعية بسبب البطء الذي قد يعتريها،^(١٧) لاسيما في المسائل الاقتصادية والتجارية ذات الطابع المتغير والمتطور، فهذا هو النهج الذي اعتاد عليه المشرع العماني في الجرائم الواقعة على الأموال عموماً، ومن ضمنها جرائم الشيكات؛ فلم يُعرف المال كمحل لجريمة السرقة،^(١٨) ولم يعرف الغش كجريمة متعلقة بالتجارة،^(١٩) إلا أن تجنب وضع تعريفات جامدة لا ينبغي أن يُؤخذ على أنه قاعدة عامة ثابتة، فإذا ما نجم عن غياب التعريف التشريعي إشكال وقصور في التطبيق، فعندئذ يجب تدخل المشرع، مثل ما فعل بالنسبة إلى مصطلح "الليل" كظرف مشدد لجريمة السرقة.^(٢٠)

والواقع أن القضاء الجزائي لا يجد حرجاً في كثير من الأحيان من الاستعانة بمفاهيم منتمية إلى قوانين غير جزائية لتحديد البنين القانوني لجرائم نص عليها المشرع كتطبيق مفهوم الملكية في جريمة السرقة، وتحديد عقود الأمانة في جريمة إساءة الأمانة، وتأكيذاً على ذلك، قررت المحكمة العليا بأن وصف الصك بأنه الشيك - كعنصر أساسي في جرائم الشيكات - يكون "متى استوفى شكله القانوني المبين في

(١٧) د. عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العماني: القسم العام، مطبعة الأجيال، مسقط، ٢٠٠٨م، ص ٣٣.

(١٨) يعتبر قانون السرقة الإنجليزي Theft Act لسنة ١٩٦٨م من القوانين القليلة التي أوردت تعريفاً للمال Property كموضوع لجريمة السرقة، حيث نصت المادة (٤) منه على أن المال "يشمل النقود وكل الأموال المنقولة الأخرى بما فيها الأوراق المالية والأموال المعنوية".

(١٩) انظر المواد (٣٣٥) و (٣٧٩) من قانون الجزاء العماني.

(٢٠) نصت المادة (٢٨٠) من قانون الجزاء القديم على تشديد عقوبة السرقة إذا ارتكبت "ليلاً في مكان سكنى"، إلا أنه ثار خلاف حول تحديد فترة الليل، ولحسم الأمر أوردت المادة (٨) من قانون الجزاء الجديد تعريفاً بقولها: "تعد كلمة (ليلاً) أو عبارة (في الليل) في تطبيق أحكام هذا القانون، المدة الواقعة بين غروب الشمس وشرقها".

المادة (٥٢٣) من قانون التجارة^(٢١) وقد أكدت محكمة النقض المصرية على التوجه ذاته بقولها إن الشيك في حكم المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات "هو الشيك المعرف عنه في القانون التجاري".^(٢٢)

ونستنتج من هاذين القرارين مسألتين، الأولى: أن تحديد مفهوم الشيك يكون على هدي قانون التجارة وليس قانون الجزاء، والثانية: ليس هناك مفهوم خاص أو مختلف للشيك في قانون الجزاء، إذ إن مفهوم الشيك واحد في كل من قانون التجارة وقانون الجزاء، ومع ذلك نرى أن غياب التعريف الجزائي للشيك لا يعني المساس بذاتية قانون الجزاء أو التأثير في أهدافه وغاياته التي بطبيعتها تختلف عن القانون التجاري، ولما كان لا تثريب على قانون الجزاء في تطبيق تعريف الشيك الوارد في قانون التجارة، وكان هذا الأخير في حقيقته لا يتضمن تعريفاً مفصلاً للشيك، فإنه لا مناص من الاستعانة بالتشريعات المقارنة للوصول إلى مفهوم دقيق وشامل للشيك المحمي جزائياً.

يعتبر قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦م من أوائل التشريعات العربية التي انفردت بتعريف الشيك، حيث عرفته المادة (١٢٣/ج) منه بأنه: "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون معروفاً وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك - وهو المستفيد - مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك"، كما أوردت المادة (٤٨٣) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣م تعريفاً للشيك بأنه: "ورقة تجارية تتضمن أمراً صادراً من الساحب إلى المصرف

(٢١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، الطعن رقم: ٢٣٩/٢٠٠٣، جلسة: ٤ نوفمبر ٢٠٠٢م، ص ٤٤٧.

(٢٢) الطعن رقم: ٨٧٩ لسنة ٢٢ ق، (الدوائر الجنائية) جلسة: ١٨/١٠/١٩٥٢م. موقع محكمة

المسحوب عليه بأن يدفع في اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره مبلغاً معيناً من النقود لأذن شخص ثالث هو المستفيد أو لحامله".

وتتفق هذه التعريفات العربية في مجملها مع قانون سندات التداول الإنجليزي The Bills of Exchange Act الصادر سنة ١٨٨٢م والمعدل سنة ١٩٩٢م،^(٢٣) عندما عرف الشيك بأنه "أمر مكتوب صادر من الساحب Drawer بموجبه يأمر مصرفاً Drawee Bank بدفع مبلغ محدد من النقود لحامله bearer أو لشخص مسمى أو أكثر Beneficiaries عند الإطلاع". وبشكل مشابه، عرفت المادة (١٠) من قانون الشيكات الأسترالي Cheques Act لسنة ١٩٨٦م^(٢٤) الشيك بأنه "صك محرر وموقع من الساحب يتضمن أمراً غير مشروط Unconditional Order بدفع مبلغ لمصلحة شخص آخر فوراً عند الإطلاع"،^(٢٥) ولعل هذا التوافق التشريعي حول تعريف الشيك مرده القانون الموحد لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٣٤م والخاصة

^(٢٣) تجدر الإشارة إلى أن هناك قانون آخر يوفر حماية للشيك في المملكة المتحدة وهو قانون الشيكات لسنة ١٩٥٧م (Cheques Act 1957)، للاطلاع على نصوص هذه القوانين، يرجى زيارة الموقع الحكومي التالي:

<http://www.legislation.gov.uk>

آخر زيارة بتاريخ ٢٧/٩/٢٠٢٠م.

^(٢٤) متاح عبر الموقع الحكومي التالي:

<https://www.legislation.gov.au>

آخر زيارة بتاريخ ٢٥/٩/٢٠٢٠م.

^(٢٥) تجدر الإشارة إلى أن المحاكم في بقية دول الكومنولث Commonwealth ككندا ونيوزيلاندا أبطلت ممارسات بعض البنوك بدفع الشيك وفقاً لتاريخ استحقاقه المذكور به، وذلك لأن الشيك - بحسب قرارها - واجب الدفع فوراً بغض النظر عن التاريخ الذي يحمله. للاطلاع على تفاصيل هذه الأحكام القضائية، انظر:

Pollock v. Bank of New Zealand, 20 N.Z.L.R. 174, 179-81 (P.C. 1901);
Keyes v. Royal Bank of Canada, 3 D.L.R. 161, 165 (1947).

بالشيك،^(٢٦) إذ سعى هذا القانون - أو كما يسمى The Geneva Uniform Law for Cheques - إلى وضع نظام دولي موحد للتعامل بالشيكات، بوصفها - كما نصت ديباجته - أداة وفاء ودفع تسهم في حماية وتشجيع العلاقات التجارية الدولية. وبخلاف التعريفات السابقة، نجد أن القانون الأمريكي الموحد للتجارة The Uniform Commercial Code لسنة ١٩٥١م^(٢٧) ينص على أن الشيك عبارة عن "صك يختلف عن الصكوك المستندية في أنه مسحوب على بنك وواجب الدفع عند الطلب"، وأضافت الفقرة (٣-١٠٨) من القانون ذاته بأن الشيك يكون "واجب الدفع عند الطلب" إذا تضمن ما يفيد بأنه واجب الدفع عند الطلب أو الاطلاع، أو يشير إلى أنه واجب الدفع بحسب إرادة حامله، أو لا يتضمن ذكر أي تاريخ للدفع، ويُفهم من هذا التعريف أن الأصل في القانون التجاري الأمريكي أن الشيك مستحق

^(٢٦) تعتبر هذه الاتفاقيات المعروفة بـ Convention Providing a Uniform Law for Cheques، ثمرة مؤتمر جنيف الدولي الذي عقد في عام ١٩٣١م بهدف "تذليل العقبات الناجمة عن اختلاف تشريعات الدول في تنظيم تداول الشيكات وجعل العلاقات التجارية الدولية أكثر مرونة وأماناً". وقد أسفر عن المؤتمر توقيع ثلاث اتفاقيات دخلت حيز التنفيذ في ١ يناير ١٩٣٤: تتعلق الأولى بالقانون الموحد بشأن الشيكات Uniform Law for Cheques، وتختص الثانية بتسوية المنازعات المتعلقة بالشيكات Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheques، وتعنى الثالثة برسوم الطابع المتعلقة بالشيكات Stamp Laws in Connection with Cheques. للاطلاع على نصوص الاتفاقيات باللغة الإنجليزية، يرجى زيارة الموقع الإلكتروني لهيئة الأمم المتحدة:

<https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?=&en>

آخر زيارة بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٢٠م.

^(٢٧) الجدير بالذكر أن هذا القانون ليس فيدرالي، ولكنه قانون استرشادي موحد وشامل لجميع المعاملات التجارية يترك لكل ولاية أمريكية تطبيقه، وقد تم تعديله في الأعوام ١٩٩٠ و ١٩٩١ و ٢٠٠٢م ليؤكف التغييرات في المجتمع الأمريكي.

الوفاء لدى الاطلاع؛ بمعنى أن كينونة الشيك واجب الدفع فوراً مرهون بإرادة حامله، متى ما أراد إطلاع البنك عليه وتقديمه للدفع، إلا أنه إذا ذكر بالشيك تاريخ استحقاق محدد فإنه لا يمكن للمستفيد تقديمه إلى البنك قبل ذلك تاريخ، مما يعني أن الشيك في القانون التجاري الأمريكي ليس بالضرورة دائماً مستحق الوفاء لدى الاطلاع، وإنما من الممكن أن يكون مؤجلاً Postdated؛^(٢٨) لذلك ولتمييزه عن الكمبيالة التي تكون مؤجلة الدفع، أضاف التعريف عبارة "يختلف عن الصكوك المستندية في أنه مسحوب على بنك". إلا أنه خلافاً لهذا التعريف التجاري، يُعرف قانون العقوبات لولاية نيويورك New York State Penal Law لسنة ١٩٦٧م^(٢٩) الشيك بأنه: "أي صك أو سند أو محرر بصيغة مشابهة يتضمن أمراً غير مؤجل بدفع مبلغ محدد من النقود". وبمفهوم المخالفة، إذا كان الشيك مؤجلاً بأن تضمن تاريخ استحقاق لاحق عند طرحه للتداول، فإنه يكون محمي تجارياً وليس جزائياً.

وبإمعان النظر في هذه التعريفات العربية والأجنبية، يمكن القول إنها - باستثناء القانون الأمريكي الموحد للتجارة - تتفق حول مضمون واحد للشيك، وهو أنه أداة دفع فورية تقوم مقام النقود في الوفاء، وبإسقاط هذا المفهوم على شيك الضمان، نجد خروجه عن هذا المفهوم القانوني - على الأقل في جانبه الموضوعي - كونه مؤجل وغير واجب الدفع لدى الاطلاع، بل يُعطى ضماناً لتنفيذ التزام مستقبلي، كما سوف نُفصل لاحقاً. وعلى الرغم من الأهمية العلمية لهذه النصوص المقارنة في إثراء الدراسات القادمة في القانون العُماني الذي خلا من نص تشريعي يُعرف الشيك، إلا

^(٢٨) يتشابه هذا الحكم مع نص المادة (٥٤٤) من قانون التجارة العُماني، والذي سوف تناقشه بالتفصيل في الصفحات القادمة.

^(٢٩) يسمى أحياناً بقانون الشيكات المرتجعة New York's Worthless Check Statute حيث تدرج جرائم الشيكات تحت الفصل الثالث الخاص بالجرائم المتعلقة بالاحتيال Offenses Involving Fraud.

أن المحكمة العليا ترى بأنه "لا يصح الاستئناس بالفقه المقارن المستمد من قانون دولة أخرى، خاصة إذا كان القانون العُماني قد جاء خلواً من أي نص مماثل أو حتى مشابه".^(٣٠)

وأمام غياب التعريف التشريعي وسكوت المحكمة العليا عن تعريف الشيك الخاضع للحماية الجزائية، ربما سوف يستمر الجدل حول مدى اعتبار شيك الضمان شيكاً بالمعنى القانوني، أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت الشيك بأنه: "صك مصرفي يتضمن بيانات إلزامية حددها القانون يُصدره الساحب إلى بنك (وهو المسحوب عليه) بأن يدفع لدى الاطلاع عليه للمستفيد المُعين، أو لأمره أو لحامله مبلغاً نقدياً معيناً"^(٣١)، فالشيك بإيجاز هو صك بنكي مستحق الدفع بمجرد الاطلاع؛ بوصفه أداة وفاء فورية لا تقبل التأجيل.

المطلب الثاني

أهمية الشيك ووظائفه الاقتصادية

يعتبر الشيك أداة التداول Negotiable Instrument وأداة الوفاء Payment Instrument الأكثر شعبيةً واستخداماً في الكثير من دول العالم، ومن بينها السلطنة، ويعود هذا الانتشار والنجاح إلى الوظائف العديدة التي يقدمها الشيك، وفي مقدمتها إحلاله محل النقود في التعاملات المالية، فبعد أن شكل اختراع النقود Money طفرة كبيرة في تعزيز التبادل التجاري للسلع والخدمات، جاء ابتكار الشيك ليضيف انتعاشاً للحياة الاقتصادية، لاسيما بعد أن تعذر على النقود الورقية والمعدنية

^(٣٠) مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، الطعن رقم: ٢٠٠٣/٣٠٦، جلسة: ٢٠ يناير ٢٠٠٤م، ص ٢٦.

^(٣١) الطعن رقم: ١٤٨٤، لسنة ٤١ قضائية، الدوائر الجنائية، جلسة: ٢٧ فبراير ١٩٧٢م،

Cash ملاحقة التطور الذي طرأ على الحياة التجارية، وتزايد حركة المعاملات بصورة كبيرة، فوفقاً لمنظمة التجارة العالمية (WTO)، يحظى الشيك بقبول عالمي بوصفه أداة من أدوات السوق الفاعلة لدفع ونقل الأموال في شتى المعاملات التجارية بين مختلف البلدان.⁽³²⁾

ولقد كان السبق للفقهاء الإنجليز في بيان أهمية وعِظم مركز الشيك بسبب الوظائف والتسهيلات التي يقدمها إلى مستخدميه؛ فقد كتب William Lawson في عام 1852م بأن الشيك هو أكثر السندات التجارية كمالاً من الكمبيالة، لتحقيق الأغراض التي اخترع من أجلها، إذ لا يمكن تصور أو الرغبة بشيء أفضل منه في التعامل التجاري.⁽³³⁾ كما قال القاضي Chorley في عام 1967م بأن الشيك أصبح وسيطاً الوسيلة الأفضل التي يستطيع العميل من خلالها سداد ديونه والحصول على أمواله من مصرفه بسهولة ويسر؛ لذلك سيحرص العملاء على استخدامه دائماً.⁽³⁴⁾ ويرى البروفسور Gillian Black وآخرون بأن الشيك يحتل حالياً مكانة هامة في المعاملات باعتباره أكثر أدوات الدفع وتداول الأموال شيوعاً بين الشركات والمؤسسات والتجار والموظفين والأفراد عموماً.⁽³⁵⁾

يتضح من هذه الآراء بأن الشيك يستمد أهميته من الوظائف الحيوية التي يؤديها في الحياة الاقتصادية، فهو أداة الوفاء والدفع المقبولة في المعاملات المالية كافة، وهو بذلك موضع ثقة كافة المجتمعات المتقدمة، حيث تقضي الأعراف المحلية في الدول المتحضرة بأن يدفع العملاء ثمن مشترياتهم عن طريق سحب شيكات خلال فترات زمنية متقاربة أو متباعدة، والواقع أن أهمية الشيك تتجلى ليس في المملكة

(32) WTO, World Trade Report 2008: Trade in a Globalizing World (Geneva 2009) p.115.

(33) William John Lawson, History of Banking (Boston 1852) p.34.

(34) Lord Chorley, cited in Milnes Holden, Law of Banking (London 1967) p. 31.

(35) Gillian Black et al., Business Law in Scotland (W. Green 2015) p.663.

المتحدة - مهد الشيك - فحسب، وإنما في الاقتصاد العالمي إجمالاً؛ فبحسب تقرير البنك المركزي الأوروبي بلغ مجموع الشيكات المتداولة في دول الاتحاد الأوروبي خلال عام ٢٠١٧م حوالي (١٣٤) مليار شيك وازدياد قدرها (٧.٩%) عن عام ٢٠١٦م. (٣٦)

وفي سلطنة عُمان - كسائر الدول العربية - يُعد الشيك أكثر الأوراق التجارية ذيوماً في المعاملات التجارية والمدنية على السواء، حيث يعول عليه الأفراد كثيراً في استرداد نقودهم التي أودعوها بالبنك والوفاء بالتزاماتهم المالية بسرعة ويسر ودون الحاجة إلى حمل مبالغ نقدية كبيرة، حيث تشير البيانات الرسمية الصادرة عن البنك المركزي العُماني إلى أنه يتم سنوياً في السلطنة سحب ملايين الشيكات من قبل الأفراد والشركات، فوفقاً للنشرة الإحصائية الفصلية لشهر ديسمبر ٢٠١٩م، بلغ مجموع قيمة عمليات المقاصة للشيكات خلال عام ٢٠١٩م حوالي (١٥) مليار ريال عُماني، من خلال مقاصة أكثر من (٤.٦) مليون شيك، بواقع (٣٦٩٠) ريالاً كمتوسط لقيمة الشيك الواحد. (٣٧)

ربما ليس هناك أبلغ من هذه الأرقام في التعبير عن المكانة التي يحتلها الشيك في المعاملات، حيث يعتمد الأفراد عليه كثيراً في تنفيذ العديد من المعاملات التجارية والالتزامات المدنية، ففضلاً عن سهولة استخدامه وتداوله، يؤدي الشيك وظائف النقود في شراء السلع ودفع فواتير الخدمات. فالشيك - كما عرفته القوانين - أداة وفاء تستحق الدفع بمجرد الاطلاع؛ لذلك يستطيع التجار والأفراد استخدامه للوفاء بما عليهم من ديون دون الحاجة إلى نقل كميات كبيرة من النقد من مكان إلى آخر، في حين تعد

(36) The European Central Bank (ECB), Payments statistics: 2017, Press release, 14 September 2018.

(٣٧) البنك المركزي العُماني، النشرة الإحصائية الفصلية، ديسمبر ٢٠١٩م، العدد ٤، المجلد ٥٢،

الأوراق التجارية الأخرى كالكمبيالة والسند لأمر أدوات ائتمان لا أدوات وفاء، كونها تستحق الدفع عادةً بعد أجل، وليس بشكل فوري.

وتأكيداً على هذه الأهمية الاقتصادية للشيك، قضت المحكمة العليا - في أحكام عديدة - بأن الشيك "أداة وفاء" يجري تداوله وقبوله في المعاملات ليكون الوفاء به كالنقود تماماً،^(٣٨) وقبل ذلك قررت محكمة النقض المصرية بأن الشيك أداة وفاء ودفع يستحق الأداء لدى الاطلاع عليه، ويغني عن استعمال النقود في المعاملات.^(٣٩) كما عبرت محكمة التمييز اللبنانية عن أهمية الشيك بقولها إن الشيك وسيلة دفع آنية لأموال نقدية يعول عليها كثيراً في الحياة الاقتصادية والمعاملات التجارية اليومية.^(٤٠)

لذلك يمكن وصف من يضع في خزانته أو جيبه شيكاً بألف ريال عُمانى مثلاً، بأنه فعلاً كمن يضع ألف ريال نقداً، لا مجرد قصاصه ورقية مطبوعة وموقعة، ولما كان الشيك يؤدي الدور الذي تؤديه النقود في التعامل ويقوم مقامها في الوفاء بالالتزامات المالية، فهو يحقق مزايا عديدة أبرزها تلبية حاجات السرعة والائتمان التي يقوم عليها العمل التجاري. فالمعاملات بين التجار غالباً ما تعتمد على الثقة، كما أن التجار لا يتنقلون بين الأسواق حاملين معهم دائماً مبالغ نقدية كبيرة للوفاء بديونهم، نظراً لخطورة ذلك على نشاطهم التجاري ولتفادي مخاطر السرقة والفقدان، بينما ورقة شيك واحدة تقوم بهذه الوظائف جميعها، وتجنب الأفراد متاعب ومخاطر حمل النقود، مع إيفائها بالالتزامات إيفاءً تاماً كالأوراق النقدية دون تفرقة وبالسرعة والمرونة المطلوبة، بالإضافة إلى أن الشيك - بخلاف النقود - من الممكن أن يستخدم كذلك

(٣٨) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢م،

الطعن رقم: ٢٠٠٢/١٦٨، جلسة: ١٧ ديسمبر ٢٠٠٢م، ص ٦٠٦.

(٣٩) نقض جنائي ٥ يونيو ١٩٨٥م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣٦، رقم ١٣٢، ص ٧٥٢.

(٤٠) محكمة التمييز الجزائية، بيروت، الحكم رقم: ١٩٣/ ١٩٧٣، جلسة: ١١ يونيو ١٩٧٣م.

كسجل أو ذاكرة للمعاملات التي سُحب بشأنها، ومن هنا بات الشيك وسيلة عملية فاعلة للتصرف في الأموال المودعة في البنوك ودفع وتحصيل المبالغ الكبيرة. ولو لم تكن للشيك إلا هذه الوظيفة، فإنها تكفي لبيان أهميته، إلا أنه إلى جانب وظيفته العملية في استرداد النقود والوفاء بالالتزامات، يؤدي الشيك وظائف مالية واقتصادية أخرى تتمثل في دوره في تشجيع الأفراد على إيداع أموالهم في المصارف، مما يجنبها خطر الضياع والسرقة ويزيد من فرص استثمارها في تمويل مشاريع التنمية الوطنية، وبفضل عالمية المصارف وقدراتها المالية أصبح بالإمكان نقل الثروات وتحريك الأرصدة بمجرد تغيير الحسابات، رغم اختلاف المكان بين أصحاب المعاملات المالية، مما يؤدي إلى تعزيز التبادل التجاري والاستقرار الاقتصادي في المجتمع.

كما يسهم الشيك مساهمة فاعلة في حماية الاقتصاد الوطني من خطر التضخم النقدي *Monetary Inflation*؛ لأن التعامل بالشيكات من شأنه أن يزيد من حجم التبادل والتعاملات في السوق دون أن يصاحب ذلك زيادة في حجم النقد المتداول، بمعنى أن الشيك يؤدي إلى الحد من كميات النقود المتداولة بين الجمهور من خلال سحب الودائع ونقل الأرصدة دون حاجة لاستعمال النقود، الأمر الذي من شأنه تعزيز السياسة النقدية وزيادة سرعة النشاط التجاري وإنعاش الاقتصاد الوطني.⁽⁴¹⁾

ويرى الباحث بأن شيوع استخدام الشيك في السلطنة راجع إلى التسهيلات والمزايا التي يقدمها في سائر المعاملات المدنية والعمليات التجارية، بالإضافة إلى وجود عوامل اجتماعية واقتصادية أخرى، أهمها: انتشار استخدام الحسابات الجارية

(41) Tee H-H and Ong H-B, 'Cashless Payment and Economic Growth' (2016) 2 Financial Innovation 4, p.7.

في المصارف،^(٤٢) وعدم اعتياد كافة أفراد المجتمع العُماني على استعمال بطاقات الائتمان والتحويلات الإلكترونية السريعة، وارتفاع مستوى الدخل القومي ودخل الفرد نسبياً،^(٤٣) وزيادة حجم الادخار الوطني الذي بلغ في عام ٢٠١٩م حوالي (١٩.٨) مليار ريال عُماني،^(٤٤) وكذلك انتشار التعامل بالائتمان خصوصاً فيما بين الشركات الصغيرة والمتوسطة، فهذه العوامل هي عوامل محفزة للسوق الوطني والجهاز المصرفي، لذلك ينبغي على المشرع في كل دولة أن يسعى إلى تشجيعها وحمايتها. وتبوء الشيك هذه المكانة الاقتصادية لا يعني خلو استخدامه من المخاطر، إذ من الممكن أن يرفض البنك الوفاء بقيمة الشيك بسبب عدم وجود رصيد كاف للساحب، أو قد يمتنع عن صرفه بسبب وجود خطأ أو نقص أو تزوير في بياناته Fake Cheques، كما قد يتعرض الشيك - شأنه شأن النقود - للضياع أو السرقة، وفي هذه الحالة الأخيرة إذا ما كان الشيك لحامله أو مظهرًا على بياض، قد يتمكن من استيفاء قيمته من ليس له حق في استيفائها، لذلك وبهدف تفادي مثل هذه المخاطر أوجدت التشريعات أنواعاً مقيدة من الشيكات، منها الشيك المسطر Crossed Cheque الذي لا يتم صرفه إلا لأحد العملاء أو لبنك، وكذلك الشيك

^(٤٢) عرفت المادة (٣٩٨) من قانون التجارة العُماني الحساب الجاري Current Account بأنه: "عقد يتفق بمقتضاه شخصان على أن يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون الناشئة عن العمليات التي تتم بينهما من تسليم نقود أو أموال أو أوراق تجارية قابلة للتملك وغيرها. وأن يستعاضا عن تسوية هذه الديون كل دفعة على حدة بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند قفله".

^(٤٣) وفقاً لبيانات صندوق النقد الدولي، بلغ معدل الدخل السنوي للفرد في السلطنة في عام ٢٠١٩م حوالي ١٨٨٠٠ دولار أمريكي. <https://www.imf.org>

^(٤٤) البنك المركزي العُماني، النشرة الإحصائية الفصلية، ديسمبر ٢٠١٩م، المرجع السابق،

ص ١٤.

المقيد في الحساب Cheque Credited to Account الذي يجري تقييده في الحساب فقط ويمتتع صرفه نقداً،^(٤٥) إلا أن نجاح الشيك وانتشار استخدامه يعتمد بشكل كبير على حماية الثقة في التعامل به والمحافظة على دوره كأداة تحل محل النقود في المعاملات، وإمعاناً من المشرع في صيانة هذه الثقة، فقد تدخل وخص الشيك بحماية جزائية تكفل احترامه وتردع التلاعب به.

المطلب الثالث

فلسفة الحماية الجزائية للشيك وضرورتها

نظراً لأهمية الدور الذي يلعبه في الحياة الاقتصادية، وخطورة الممارسات الضارة به، تمتع الشيك ومنذ أمد بعيد بحماية مدنية وجزائية. فقد نظم قانون التجارة العُماني أحكام إنشاء الشيك وتداوله ووفائه، إلا أنه بسبب عدم كفاية نصوص القانون التجاري لضبط وحماية التعامل بالشيك، وفر المشرع العُماني - وبشكل مبكر - حماية جزائية خاصة للشيك منذ عام ١٩٧٤م بموجب قانون الجزاء الملغي رقم (١٩٧٤/٧)،^(٤٦) كما طور هذه الحماية وتوسع فيها بإصدار قانون الجزاء الحالي رقم (٢٠١٨/٧).

وللوقوف على الفلسفة التشريعية من حماية الشيك جزائياً أهمية في فهم غاية المشرع ومغزى نصوص جرائم الشيكات، ومن ثم تطبيقها بشكل صحيح، فالحماية الجزائية - كما هو مستقر في الفقه الجنائي - لا تُفرض إلا بالقدر الضروري لردع

^(٤٥) حول أحكام هذه الأنواع الخاصة من الشيكات، أنظر المواد (٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦) من قانون التجارة. ويرى الباحث أن الشيك المسطر يتعارض مع خاصية هامة وهي قابلية الشيك للتداول كالنقود ويجعله بالتالي محصوراً في أطراف محددة، مما يفقده بعض أدواره.

^(٤٦) انظر المواد (٢٩٠) و (٢٩١) الخاصة بجريمة الشيك بدون مقابل، المنصوص عليها في قانون الجزاء الملغي بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٨/٧).

سلوكيات آثمة وممارسات ضارة بالأفراد أو الأموال،^(٤٧) لذلك ولتأمين استعمال الشيك ومنع التلاعب به، حرصت معظم التشريعات على تقرير حماية جزائية للشيك، إذ يُعد تدخل القوانين العقابية ضرورياً عندما تكون المصلحة محل الحماية ذات أهمية اجتماعية واقتصادية لا تكفي القوانين المدنية لحمايتها، فمن المعلوم أن الجزاءات المدنية كالتعويض والرد لا تجدي نفعاً إذا كان صاحب الشيك مفلساً أو معسراً، كما أنها تحمل زجراً يمنع من معاودة ارتكاب الفعل ذاته. فسياسة التجريم في جرائم الاعتداء على الأموال تُوصف بأنها سياسة تهدف إلى سد الثغرات؛ بمعنى أنه عندما تكون الحماية التي توفرها القوانين الأخرى قليلة، تنتسح الثغرة القانونية، وبالتالي تزداد الحماية الجزائية لسدها.^(٤٨)

من جانب آخر، تهدف الجرائم الواقعة على الأموال Crimes Against Property عموماً إلى حماية الأفراد من أي خسارة أو إنقاص لزمهم المالية،^(٤٩) وهو ما ينطبق على جرائم الشيكات، إذ إنه نتيجةً لمكانتها الاقتصادية وقيمتها المالية، استخدمت الشيكات من قبل البعض للاستيلاء على أموال الغير، مما جعلها وسيلة من وسائل الاحتيال ومصدراً خصباً للاتئمان الزائف، وذلك عندما لا تُمثل تعاملات حقيقية ولا يقابلها رصيد كافٍ، فمن يبيع بضاعة أو عقار لآخر مقابل شيك بالبلغ، إلا أن الشيك يرتجع لعدم وجود مقابل وفاء له، فإن هذا الفعل يؤدي إلى حرمان

(47) Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law* (Oxford University Press 2016) p. 33.

(48) د. عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العُماني: الجرائم الواقعة على الأموال، الأجيال، مسقط، ٢٠١٨م، ص ٧.

(49) A P Simester and G R Sullivan, 'On the Nature and Rationale of Property Offences' in R.A. Duff and Stuart Green (ed), *Defining Crimes: Essays on The Special Part of the Criminal Law* (Oxford University Press 2005) p. 172.

المستفيد من ماله وإثراء ذمة الساحب نتيجة خداع المجني عليه، لذلك يقال إن "ما يشكله مفلس محتال من خطورة على المجتمع قد تفوق خطورة سارق أو محتال أو مسيء للأمانة"^(٥٠)، ولما كان الأمر كذلك، وكانت جرائم الشيكات تُشكل في حقيقتها اعتداءً على الحقوق المالية للأفراد، لذلك لجأ المشرع للتهديد بالجزاء الجنائي؛ لتحقيق الردع والزجر عن اقتراف مثل هذه الاعتداءات المالية.

والواقع أن البائع في المثال السابق قد يرفض أو يتردد في التعامل بالشيك مستقبلاً، إلى الحد الذي قد يقوض الثقة التي يحظى بها الشيك في المعاملات، لذلك فإن فعل الساحب بالاستيلاء على مال المستفيد عن طريق الخداع لا يضر المجني عليه وحده فحسب، بل يضر بالمجتمع بشكل عام؛ عن طريق هدم ثقة المتعاملين بالشيك كورقة تقوم مقام النقود في التعاملات، بل تغني عن استعمالها، إذا ما أُحترمت الثقة التي يضعها الأفراد فيه، وحفاظاً على الثقة في الشيك لتنفيذ المعاملات المالية، وبهدف تشجيع الأفراد على استخدام الشيك في تعاملاتهم بدلاً من النقود، اقتضت حكمة المشرع عقاب كل من يحرر شيكاً بدون رصيد، وذلك صيانةً للثقة المجتمعية المودعة فيه.

فأمام التطورات الاقتصادية والمالية المذهلة التي يشهدها العالم اليوم أصبح من الصعب الاستغناء عن التعامل بالشيكات، وفي الوقت ذاته أصبح التلاعب بالشيكات وارتجاعها ظاهرة خطيرة، مما حتم فرض حماية جزائية خاصة للشيك دون سواه من الأوراق التجارية، حتى يضطلع بدوره المرسوم له كأداة وفاء تقوم مقام النقود في التعاملات، فالعلة من تجريم إعطاء شيك بدون رصيد تكمن في نظرة المشرع إلى الشيك كمنظرته إلى النقود سواء بسواء،^(٥١) ومن ثم ينظر القانون الجزائي إلى الشيك

(٥٠) د. عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العُماني: الجرائم الواقعة على الأموال، المرجع السابق، ص ٧.

(٥١) A P Simester and G R Sullivan, p. 180.

الذي لا يقابله رصيد على أنه أداة تدليس ووسيلة اعتداء على ثقة وأموال من يتعاملون به، سيما إذا ما كان الشيك يتضمن مبالغ كبيرة؛ فمن يعطي شيكاً بدون رصيد لآخر بمبلغ مائة ألف ريال عُمانى فكأنما استولى على مبلغ مائة ألف ريال عُمانى نقداً، وتأكيداً على هذه العلة التشريعية، قررت المحكمة العليا: "أن الشيك هو أداة وفاء وليس أداة ائتمان شأنه شأن من يدفع مبلغاً من النقود مستحقاً عليه للدائن وتبين أن هذه النقود مزيفة؛ لأنه يحول في علمه دون قبض المستفيد قيمة الشيك"،^(٥٢) بمعنى أن عدم دفع قيمة الشيك أو التأخر في الوفاء به لا يقل خطورةً عن أضرار الأوراق النقدية المزيفة.

ويرى البعض أن ظاهرة الشيكات بدون رصيد أو الشيكات المرتجعة هي نتيجة حتمية لظاهرة تداول الشيكات وانتشار استخدامها،^(٥٣) ويعوز هذا القول الدقة؛ لأن ظاهرة الغش التجاري ليست بالضرورة ناتجة عن توسع التبادل التجاري وانتشاره، ولكن عبث بعض الأشخاص بالشيك وإقدامهم على سحب شيكات رغم عدم قدرتهم على الوفاء بها أدى إلى ازدياد عدد الشيكات المرتجعة، بما من شأنه إضعاف الثقة في الشيك وضياع الحقوق المالية للمتعاملين به. فالتلاعب بالشيك يؤدي إلى اختلاس أموال الغير وشيوع الفوضى في التعاملات التجارية والمالية، ودور القانون الجزائي هو ردع هذه الممارسات غير المشروعة التي تُشكل إرباكاً للحركة التجارية.^(٥٤) لذلك يقال إن العلة والغرض الأساسي من تجريم الشيكات بدون رصيد Bad Checks

^(٥٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢م، الطعن رقم: ٢٠٠٢/١٣٤، جلسة: ١٢ نوفمبر ٢٠٠٢م، ص ٢٧٨.
^(٥٣) د. الوليد بن محمد البرماني، المرجع السابق، ٣٦.

^(٥٤) Silva G, Ramalho A and Vieira R, 'The Use of Cheques in the European Union: a cross-country analysis' (2017) 28 Open Economies Review 581, p.5.

هو تجنب إلحاق الضرر بالنظام المصرفي والاقتصاد الوطني نتيجة تداول شيكات عديمة القيمة.^(٥٥)

وبالرغم من أن السلطنة لم تشارك في مؤتمر جنيف الذي أفرز اتفاقية قانون جنيف الموحد للشيك، إلا أن أهمية الشيك ذات صبغة عالمية، ووظيفته تتعدى الاقتصاد الوطني لترتبط بحركة التجارة الدولية، من أجل ذلك أثارت حماية الشيك اهتماماً دولياً، حيث اتجهت أغلب دول العالم إلى الاستعانة بالقانون الجزائري لحماية الشيك. فوفقاً للمادة (٦١) من اتفاقية منظمة التجارة العالمية حول الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS)،^(٥٦) تلتزم البلدان الأعضاء بفرض عقوبات جنائية على حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية وانتهاك حقوق الملكية الفكرية على نطاق تجاري. لا خلاف في أن الشيك في حد ذاته ليس علامة تجارية، إلا أنه ورقة تجارية مهمة يُعد الإخلال بها من الممارسات الضارة بالتجارة التي حرصت الاتفاقية على مكافحتها.

والواقع أن الحماية الجزائية لا تستهدف ورقة الشيك ذاتها، فهذه تصلح لأن تكون محلاً لجريمة السرقة باعتبار أن لها طبيعة مادية وقيمة ذاتية كورقة يمكن الانتفاع بها،^(٥٧) وإنما تستهدف حماية الثقة في التعامل بالشيك وجعله يسري مسرى النقود في التعاملات؛ فقبول الشيك في المعاملات يقوم أساساً على الثقة في أمانة وصدق الساحب الذي يجب عليه ألا يصدر شيكاً، إذا لم يكن لديه مقابل الوفاء،

(55) Harry J. Poole, Criminal Law—Post-Dated Check May Be Criminal Offense Under § 1292-a of N.Y. Penal Code, (1964) 14 Buffalo Law Review 2, p.290.

(٥٦) انضمت السلطنة إلى منظمة التجارة العالمية (WTO) في عام ٢٠٠٠م بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٠/١١٢).

(٥٧) انظر المادة (٣٤٣) من قانون الجزاء بشأن جريمة السرقة العادية، والمادة (٣٤٦) بشأن جريمة اغتصاب السندات.

وتأسيساً على هذه الغاية، قررت المحكمة العليا بأن: "جريمة إصدار شيك بدون مقابل من الجرائم المخلة بالثقة العامة"^(٥٨) والحقيقة أن جرائم الشيكات ليست حتماً من الجرائم المخلة بالثقة العامة، فهذه كما حددتها المواد (١٦٩-١٨٠) من قانون الجزاء الجديد تتمثل حصراً في جرائم تزوير وتقليد الأختام والعلامات والطابع والبطاقات، وجرائم تزيف العملة والسندات المالية، وجرائم تزوير المحررات، ولكنها طبقاً للمادة (٣٣) من قانون الجزاء القديم من "الجرائم الشائنة"، شأنها شأن الاختلاس والسرقه والاحتتيال وإساءة الأمانة والتقليد، ولا جدال في أن جرائم الشيك هي من جرائم الأموال، إذ يتم الاستيلاء على أموال المستفيد استغلالاً للثقة في ورقة الشيك.

تجلت حكمة المشرع الجزائري وفلسفته من فرض حماية جزائية للشيك في غايات أساسية تمثلت في المقام الأول بصيانة الثقة المعقودة في الشيك كأداة وفاء تنزل منزلة النقود في التعامل، وفي المقام الثاني بحماية أموال المستفيد التي قد يؤدي الاستيلاء عليها عن طريق الحيلة والخداع إلى زعزعة الاستقرار الاقتصادي والتجاري بالمجتمع والإضرار بنظامه المالي والمصرفي، غير أن هذه الفلسفة أو مبررات الحماية الجزائية تدور وجوداً وهدماً مع وظيفة الشيك، ولا تنصب إلا على صك توفرت فيه بيانات جوهرية تدل على أنه أداة وفاء فورية تحل محل النقود في الدفع، فإذا خرج الصك عن هذه الوظيفة فقد حمايته الجزائية كما تقول المحكمة العليا، وكما سيأتي مناقشته.

(٥٨) مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، الطعن رقم: ١٣٩ و١٤٠/٢٠٠٣، جلسة: ١٥ فبراير ٢٠٠٤م، ص ١١.

المبحث الثاني

مشكلة التعامل بشيكات الضمان في السوق العماني

إذا توفرت المقومات القانونية في الصك على النحو السابق بيانه، أصبح شيكاً يتمتع بالحماية الجزائية ويصلح موضوعاً للجرائم التي تقع اعتداءً عليه، والشيك كما أكدت المحكمة العليا في العديد من أحكامها هو "أداة وفاء يجب أن يكون مستحق الدفع لدى الاطلاع"^(٥٩) وبذلك يختلف عن الأوراق التجارية الأخرى كالكميالة والسند لأمر، والتي لا تتمتع بحماية جزائية؛ كونها أدوات ائتمان لا تستحق السداد فوراً، وإنما بعد فترة زمنية قد تطول أو تقصر.

إلا أنه في الوقت الذي تعاضمت فيه أهمية الشيك كورقة تجارية بديلة عن النقود، لوحظ في الآونة الأخيرة تفاقم مشكلة التعامل بشيكات الضمان في السوق العماني، حيث تتوالى إساءة استخدام الشيك، ويكثر التعامل به كأداة ضمان وليس كأداة وفاء، وقد ترتب على هذا الاستخدام المنحرف أن أصبحت المحاكم الجزائية متخمةً بقضايا الشيكات بدون رصيد، أو بمعنى آخر باتت مثقلةً بما يُعرف بشيكات الضمان. وبهدف إبراز المشكلة ورصد واقعها العملي الحالي بشكل دقيق، سيسعى هذا المبحث إلى بيان مفهوم شيك الضمان، وإيضاح مجالات استخدامه ومشاكل التعامل به، بالإضافة إلى مناقشة مشكلة تجريمه، وذلك من خلال المطلب الثلاثة الآتية.

^(٥٩) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، الطعن رقم: ٢٠٠٣/١٧، جلسة: ٢١ أكتوبر ٢٠٠٣م، ص ٣٨٠.

المطلب الأول

مفهوم شيك الضمان

توفر التشريعات الحالية في السلطنة حماية جزائية خاصة للشيك دون غيره من الأوراق التجارية أو السندات المالية، والشيك بمعناه القانوني لا يخرج عن كونه محرر مصرفي واجب الدفع بمجرد الاطلاع، إلا أن الواقع الحالي للسوق العُماني يكشف عن وجود معنى مختلف واستخدام مغاير انزلق بالشيك من وظيفته القانونية والمصرفية وسعى إلى الانحدار به من أداة وفاء معتبرة قانوناً إلى مجرد أداة ضمان لتسهيلات مالية أو التزامات مدنية، فالمتابع للواقع العملي والممارسات اليومية، يلاحظ تزايد استخدام الشيك كأداة ضمان أو ائتمان Security or Guarantee.

والسؤال الذي تثيره هذه الممارسات المخالفة هو مدى استنادها إلى نص تشريعي في القانون العُماني يضع تعريفاً لما يسمى بشيك الضمان ويُقر التعامل به؟ كما يثور سؤال آخر حول الدواعي أو المبررات العملية التي أسهمت في ظهور هذا النوع من الشيكات، إذا كان هناك فعلاً نوع آخر أو معنى قانوني مزدوج للشيك؟ ولعل الجدل الحالي حول مدى وقوع شيكات الضمان ضمن نطاق الشيك المحمي جزائياً يجعل من مسألة تحديد مضمون شيك الضمان بدقة مسألة مهمة وملحة؛ لأنه على ضوءها يتحدد مدى قيام المسؤولية الجزائية قبل الساحب من عدمه.

والواقع أن مصطلح شيك الضمان - رغم شيوعه عملاً - لم يرد في أي من نصوص قانون الجزاء وقانون التجارة، فهذين التشريعين - كما أسلفنا - لم يُعرفا الشيك أساساً؛ لذلك خلوهما من تعريف شيك الضمان يكون من باب أولى، وإذا كان التساؤل حول تعريف شيك الضمان في التشريع العُماني يكون غير ذي محل، فإن المنتبِع لجذور المصطلح يجد أن المحكمة العليا قد درجت على إيرادها في العديد من أحكامها عند تصديها لكثير من جرائم الشيكات وما يصاحبها من دفع بآن الشيك محل الدعوى هو للضمان وليس للوفاء، ففي أحد أحكامها قررت المحكمة بأن: "شيك

الضمان هو شيك كامل البيانات وصحيح يعطيه الساحب إلى شخص آخر يتفق معه على أن يبقيه لديه ولا يتقدم لاستيفائه من المسحوب عليه ضماناً لدين أو واقعة معينة حتى إذا لم يدفع الدين أو تتحقق الواقعة تقدم لصرف قيمته من المسحوب عليه، وعلى أن يرده إليه، متى وفى الدين أو متى تحققت الواقعة".^(٦٠)

ويُحسب للمحكمة العليا العُمانية إيرادها لهذا التعريف الذي تغاضت عنه معظم التشريعات الجزائية والأحكام القضائية العربية، وربما يكون ذلك راجعاً إلى الطبيعة المعقدة لشيكات الضمان، فهي كما تُوصف "من أخطر موضوعات القانون الجنائي على الإطلاق"،^(٦١) إلا أنه يُؤخذ على هذا التعريف ارتكازه على أسباب إصدار الشيك وبواعثه كمعيار للتمييز بين شيك الوفاء الجدير بالحماية الجزائية وشيك الضمان غير المستحق لها، فالإتفاق والتفاهات بين الساحب والمستفيد هي مقاصد خارجة عن الصك، كما أن القاعدة وفق المادة (٣٦) من قانون الجزاء هي أنه "لا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة..."، ويبدو أن ما دفع المحكمة إلى اتخاذ الباعث على إصدار الشيك كمعيار لتحديد مدى استحقاقه للحماية الجزائية كشيك وفاء أو انحسارها عنه كأداة ضمان هو اعتقادها بانتفاء سوء نية الساحب كعنصر لازم لقيام جريمة إصدار شيك بدون مقابل وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٩٠) من قانون الجزاء القديم، ولعل ما يؤكد صحة هذا الاستنتاج قول المحكمة في حكم لاحق لها بأنه:

(٦٠) مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، الطعن رقم: ٢٠٠٣/٣٢٢، جلسة: ٩ مارس ٢٠٠٤م، ص ١١٠.

(٦١) د. حامد الشريف، شيك الائتمان والوديعة والضمان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ١٤.

"إذا حرر الشيك في ظروف تدل على أنه كان ضماناً لدين، فلا تسبغ عليه في هذه الحالة الحماية الجزائية المقررة له بحسبان أن سوء النية مُنتفي".^(٦٢)

وفي حكم سابق، أوردت المحكمة وصفاً آخر لشيك الضمان بقولها: "إن الشيك أداة وفاء تجري مجرى النقود متى ما استوفى شكله القانوني...، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون واجب الدفع بمجرد الاطلاع عليه، أي بمجرد تقديمه للبنك؛ بمعنى أن يكون الشيك قد سُلم إلى المستفيد بنية التخلي الكامل عن حيازته، والتنازل عن الحق الثابت به فور تسليمه؛ ليتحقق التسليم الفوري تماماً، أما إذا قُدم ضماناً للوفاء في تعاملٍ تجاريٍّ، كعقد تسهيل ائتماني أو عقد قرض مع أو بدون الضمانات الأخرى التي تُقدم عادة في مثل هذه المعاملات، على أن يُقدم الشيك للصرف حال فشل الساحب في الوفاء بالتزامه، فإن الأمر يكون مختلفاً تماماً، ويخرج الشيك في هذه الحالة عن وظيفته كأداة وفاء إلى أداة ضمان".^(٦٣) وعلى الرغم من خلط هذا الحكم بين شيك الضمان وما يُعرف بـ "شيك الوديعة" الذي يقوم الساحب بتسليمه إلى شخص آخر - غير المستفيد - ليس لصرفه وإطلاقه في التداول وإنما ليحتفظ به على سبيل الوديعة،^(٦٤) إلا أنه يُلاحظ على الحكم طرحه لمعيارٍ آخر للتمييز بين شيك الوفاء وشيك الضمان؛ يتمثل في أن الأول يكون دائماً "واجب الدفع بمجرد الاطلاع عليه،

(٦٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لسنتين القضائيتين (١٣ و ١٤)، الطعن رقم: ٢٠١٣/٨٨، جلسة: ٤ يونيو ٢٠١٣م، ص ١٥٢.

(٦٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، الطعن رقم: ٢٠٠٣/٢٤٠، جلسة: ٤ نوفمبر ٢٠٠٣م، ص ٤٤٧.

(٦٤) د. حامد الشريف، المرجع السابق، ص ١٨. علماً بأن قانون التجارة العماني نظم أحكام نوعين من الودائع فقط، وهما: وديعة النقود (المواد ٣٣٩-٣٤٧) ووديعة الأوراق المالية (لمواد ٣٤٨-٣٥٤).

أي بمجرد تقديمه للبنك"، أما الثاني فيكون مؤجلاً أو مستحقاً في تاريخ لاحق ضماناً للوفاء بالتزام معين.

ويتشابه هذا المعيار الأخير مع التعريف الأمريكي للشيك المؤجل Postdated Check، والذي عرفه القضاء الأمريكي^(٦٥) بأنه الشيك المستحق للدفع ليس فور الاطلاع عليه Not Immediately Payable on Demand، وإنما عند حلول تاريخ الاستحقاق المحدد به أو بعده.^(٦٦) ويرى الباحث بأن مصطلح الشيك المؤجل ربما يكون أكثر تعبيراً من مصطلح شيك الضمان؛ لأنه وإن كان الغرض منهما واحداً، وهو تقديمهما ضماناً لسداد معاملة مالية معينة أو مقابلاً لتنفيذ التزام محدد، إلا أن هذه الغاية تتحقق عملاً بتأجيل الشيك أو بسحبه بتاريخ لاحق، وهو ما يجعل من مصطلح الشيك المؤجل جامعاً للغاية والوسيلة. وأياً كان المصطلح، فالعبارة بالمقاصد والمعاني، ولكن إذا كانت متوافقة مع طبيعة الشيك ووظيفته الأساسية، أما الاتفاق على تأجيل الشيك جعله ليس للوفاء الحالي أو الدفع الفوري، وإنما ضماناً للالتزام مستقبلي، فإنه عادةً ما يثير مشاكل كثيرة من الناحية الجزائية؛ لأن الشيكات المؤجلة غالباً ما تكون بدون رصيد، وبالتالي يتم ارتجاعها من البنك.

المطلب الثاني

استخدامات شيكات الضمان ومشاكل التعامل بها

إن تصدي المحكمة العليا لما درجت على تسميته بشيك الضمان لا يعني بأن هذه المشكلة قاصرة على السلطنة فقط، وإنما هي مشكلة تعاني منها أغلب دول

^(٦٥) تجدر الإشارة إلى أن القانون الأمريكي الموحد للتجارة - كما سيأتي شرحه - يجيز أن يكون الشيك مؤجلاً أو مصدراً بتاريخ لاحق.

^(٦٦) Allied Color Corp. v. Manufacturers Hanover Trust Co., 484 F. Supp. 881, 883 (S.D.N.Y. 1980).

العالم بنسب متفاوتة، ولكن انتشارها في السلطنة وبقية دول مجلس التعاون الخليجي يبدو أشد حدةً وأكثر ظهوراً منه في الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية،^(٦٧) فشيكات الضمان أضحت واقعاً مقلقاً يعيشه المجتمع العُماني، باعتبارها تمثل انحرافاً عن الوظيفة القانونية للشيك كأداة وفاء وتحولها - بمشيئة الأفراد - إلى وسيلة ضمان لمعاملات مالية مختلفة ليس لها صلة لا من قريب أو بعيد بوظيفة الشيك.

وقبل الخوض في المشاكل والاستخدامات المنحرفة لشيك الضمان، قد يتبادر إلى الذهن سؤال منطقي حول الدافع من وراء ابتداع الأفراد لهذه الوظيفة الجديدة للشيك واستخدامه كأداة ضمان خلافاً لدوره الأساسي، في حين أن هناك ورقة تجارية أخرى تؤدي وظيفة الضمان، فالكمبيالة وفقاً للمادة (٤١٥) من قانون التجارة عبارة عن صك بدفع مبلغ معين عند الاطلاع أو في ميعاد معين،^(٦٨) بمعنى أن الكمبيالة أو السفتجة - بخلاف الشيك - تتضمن أجلاً للوفاء بقيمتها، ومن ثم فهي مخصصة قانوناً للاستخدام كأداة ضمان أو ائتمان لتسهيل مختلف المعاملات التجارية؛ لأنها تسمح بتسييد قيمتها بشكل آجل خلال مدة معينة. وبالرغم من تحقيق الكمبيالة لوظيفة الضمان، إلا أنها لا تتمتع بأي حماية جزائية، ولا يوجد عقاب ضد صاحبها، إذا لم يوجد مقابل وفاء أو رصيد كاف عند حلول ميعاد استحقاقها، وبسبب افتقارها للقوة الرادعة، يُفضل الأفراد اللجوء إلى الشيك واستخدامه بديلاً عن الكمبيالة طمعاً في الاستفادة من الحماية الجزائية التي وفرها له المشرع.

(67) Jack Evangelides, Post-Dated Cheques in the UAE: The Pros and Cons, Middle East and North Africa, 2018.

(٦٨) حول أحكام الكمبيالة في القانون العُماني، أنظر: د. عادل علي المقادي، الأوراق التجارية وفقاً لقانون التجارة العُماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠ (الكمبيالة، السند لأمر، الشيك)، الأجيال، مسقط، ٢٠٢٠م، ص ٤١-٣٨٤.

فالوضع الشائع حالياً هو استخدام الشيك ليس فقط للوفاء بالالتزامات المالية، وإنما أيضاً لضمان سداد الديون؛ أي في صورة تأمين لدين على الساحب نفسه أو على غيره، وذلك بوضع تاريخ مؤجل للشيك يتزامن مع موعد سداد الدين، إذ اعتاد الدائنون على مطالبة مدينيتهم بسحب شيكات حتى يتمكنوا من الضغط عليهم والحصول على قيمتها بمقتضى الحماية الجزائية التي تتمتع بها الشيكات، وتبعاً لذلك أضحى الشيك وسيلة يلجأ إليها المتعاملون لتأمين الوفاء بالالتزامات المالية فيما بينهم، لاسيما في القروض الشخصية والمعاملات التجارية، وهي أمور مغايرة تماماً للوظائف التي أريد له أن يلعبها في الحياة الاقتصادية.

والواقع أن استخدام شيكات الضمان لم ينحصر في تأمين القروض، بل امتد إلى عقود البيع والشراء والإيجار والخدمات، حيث يلجأ كثير من الأشخاص إلى شراء مركبات بأقساط شهرية يتم استيفاء قيمتها عن طريق مجموعة شيكات مؤجلة، كما يلجأ بعض المستأجرين إلى سحب عدة شيكات بتواريخ لاحقة؛ لضمان الوفاء بقيمة الإيجار، ويقوم بعض الأفراد كذلك بتقديم شيكات مؤجلة ضماناً لسداد أقساط تعليم أو علاج أو سياحة أو صيانة وغيرها من الخدمات التعاقدية، كما أنتشر مؤخراً في المجتمع العماني تحرير الشيكات لضمان الوفاء بأقساط الجمعيات المالية بعد حلول الدور واستلام المبلغ.

ولم تقتصر هذه الممارسات الخاطئة على الأفراد وحدهم، بل اعتادت البنوك وشركات التمويل والمشاريع الكبرى والمتوسطة على قبول الشيكات كضمان لبعض القروض والتسهيلات الممنوحة من قبلهم، خصوصاً في المسائل العقارية والاستثمارية، فالمثال الأكثر شيوعاً لشيكات الضمان هو طلب هذه المؤسسات من عملائها تحرير شيكات مؤجلة عند منحهم قروض أو تمويل لضمان الوفاء بأموالها ولاستخدامها كوسيلة للضغط عليهم عند الامتناع أو التأخر في الدفع، كما تمارس

بعض المحال التجارية والمشاريع الصغيرة البيوع بالتقسيط لسلع ثمينة كالمجوهرات والإلكترونيات والأثاث، وذلك عن طريق شيكات مؤجلة الدفع لفترات متفاوتة. فهذه الأمثلة الواقعية لاستخدامات الشيك كأداة ضمان وائتمان هي بطبيعتها وظائف لأوراق تجارية أخرى، كما أن الرهونات البنكية والعلاقات الإيجارية يمكن معالجتها بموجب عقود قانونية Contracts، التي تُعد في حد ذاتها مصادر موثوقة للالتزامات، أما استبعاد هذه المصادر واستبدالها بشيكات مؤجلة فإنه لا يصح؛ كونه يتنافى مع الوظيفة النقدية التي وجد الشيك لأدائها، ومن ثم لا يقبل من الأفراد مطلقاً تغيير الوظيفة التي رسمها المشرع للشيك أياً كانت الظروف أو المبررات، بل عليهم عند الحاجة استخدام وسائل الائتمان المخصصة كالكمبيالة والسندات الإذنية أو إبرام العقود ذات الصلة.

وقد ترتب على هذه الممارسات المسيئة للشيك باستخدامه بديلاً عن الكمبيالات والسندات طمعاً في صفته الجزائية العديد من المشاكل القانونية والاقتصادية، لعل أبرزها الإضرار بالشيك وزعزعت ثقة المتعاملين به، فالتعامل بالشيك يقوم أساساً على توفر عنصر الثقة بين المتعاملين به، إلا أن التلاعب بالشيك يؤدي إلى إضعاف الثقة فيه كأداة وفاء تقوم مقام النقود، مما يجعله غير مقبول في التعامل، وغير قادر على أداء وظيفته الاقتصادية. وتحذر التقارير المتخصصة من أن إضعاف مكانة الشيك بسبب تزايد الاستخدامات المنحرفة له سوف يؤدي وبشكل تدريجي إلى هدم ثقة الجمهور به وعودتهم للتعامل التقليدي بالنقد خلافاً للسياسة النقدية الوطنية.⁽⁶⁹⁾ فالشيك كما هو معلوم قانوناً ومستقرّ فقهاً مستحق الوفاء بمجرد تقديمه للبنك كونه أداة بديلة للتعامل النقدي، إلا أن تأجيل الشيك وربط استحقاقه بتاريخ لاحق على تاريخ سحبه قد يُعطل هذه القاعدة، ويُحدث اضطراباً في عمل البنك، إذ إن

(69) United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Country Review Report of the Sultanate of Oman, 2015.

البنك من جانب مسؤول جزائياً "إذا قرر بسوء نية عدم وجود رصيد قائم وقابل للسحب، أو وجود مقابل أقل من الرصيد الموجود لديه، أو امتنع عن دفع الشيك دون سبب مشروع"،^(٧٠) ومن جانب آخر ملزمٌ باتباع تعليمات العميل بدقة، وتعويضه عن الأضرار في حال الوفاء بقيمة الشيك قبل التاريخ المحدد به.^(٧١) فلو لم يكن الشيك إلا أداة وفاء فورية، لزال العبء عن البنوك.

وكإشكال أو أثر آخر مترتب على التعامل بشيكات الضمان وما نتج عنها من استغلال للثقة بالشيك، يتردد في الوقت الحالي كثير من المتعاملين في قبول الشيكات العادية ويشترطون تقديم شيكات معتمدة أو مصدقة Certified Cheques، التي تحمل ختم أو تأشير المصرف بما يفيد وجود مقابل الوفاء قابل للدفع في تاريخ التأشير،^(٧٢) لذلك تعتبر الشيكات المصدقة إحدى الوسائل التي يلجأ إليها المتعاملون حالياً لحماية معاملاتهم المالية وتجنب هدر وقتهم جراء الملاحقة القضائية لمحري الشيكات المرتجعة.

ويرى الباحث بأن أخطر المشاكل الناجمة عن شيوع التعامل بشيكات الضمان يتمثل في ارتفاع جرائم الشيكات؛ فشيكات الضمان غالباً ما تكون بدون مقابل وفاء فوري، لذلك غالباً ما يتم إرجاعها من البنك، ومن ثم يمكن القول بأن كثرة استعمال شيكات الضمان يؤدي إلى كثرة عدد جرائم الشيكات. ويؤكد بعض المحللين على أن مشكلة الشيكات المرتجعة في السلطنة ناتجة عن التعامل السائد والخاطيء بالشيكات

^(٧٠) انظر المادة (٣٥٨) من قانون الجزاء الجديد.

^(٧١) انظر المواد (٥٤٤ - ٥٤٩) من قانون التجارة.

^(٧٢) انظر المادة (٥٢٧) من قانون التجارة.

المؤجلة في مختلف التعاملات التجارية،^(٧٣) كما يرى آخرون أن كثيراً من جرائم الشيكات دون مقابل تقوم على الرغبة في ضمان بعض الحقوق المالية.^(٧٤) وقد يجادل البعض بأن التعامل بشيكات الضمان يساعد التجار على تصريف بضائعهم ببيعها لأشخاص يرغبون في شرائها، ولكنهم لا يستطيعون دفع كامل قيمتها فوراً، وذلك بالحصول منهم على شيكات بتواريخ لاحقة ومن ثم الاحتفاظ بها وتقديمها للبنك عندما يرغبون بذلك، أو عندما يظهر لهم تلاعب المدينين، والواقع أن التاجر العُماني ستواجهه مشكلتان، إذا ما أراد التعامل بهذه الطريقة: الأولى، أنه لا يستطيع تقديم شيك الضمان للبنك في أي وقت، لأن البنك سيمتنع عن دفع قيمة الشيك قبل حلول موعد استحقاقه، والثانية، أنه في حال ارتجاع الشيك لعدم وجود أو كفاية الرصيد فإن المدين يستطيع الدفع أمام المحكمة بأن الشيك كان مُحرراً على سبيل ضمان، مما قد يقلب الدعوى الجزائية إلى مطالبة مدنية قد تطول لسنوات. ويتقضي واقع وحجم قضايا الشيكات في السلطنة نجد ارتفاعاً هائلاً في عدد الشيكات المرتجعة؛ وذلك بسبب سحب شيكات مؤجلة لا يقابلها رصيد كاف، ويقصد بالشيكات المرتجعة Bounced Cheques: الشيكات التي يرجعها البنك إلى العميل، ويفرض الوفاء بقيمتها؛ بسبب عدم وجود أو عدم كفاية الرصيد أو لأسباب أخرى تكشف عن النية في عدم الدفع، ووفق ما كشفت عنه الإحصائيات والبيانات الصادرة عن البنك المركزي العُماني، بلغ عدد الشيكات المرتجعة خلال عام ٢٠١٨م

(٧٣) حيدر بن عبدالرضا اللواتي، الشيكات المرتجعة تبحث عن حل، جريدة عُمان، ٢٧ أبريل ٢٠١٩، آخر زيارة بتاريخ ٣ / ٧ / ٢٠٢٠.

(٧٤) د. راشد بن سعيد الكعبي (مساعد مدعي عام)، ارتفاع جرائم الشيكات والادعاء العام يوضح

الأسباب والعقوبات: <https://www.atheer.om>

آخر زيارة بتاريخ ٢٠ / ٨ / ٢٠٢٠م.

(٤٦٩١٨٧) شيكاً، مقارنةً بـ (٤٢٦٩٧٧) في عام ٢٠١٧م، أي بزيادة مقدارها (٩.٩%)^(٧٥).

وكنتيجة مترتبة على ارتجاع هذه الملايين من الشيكات، تزدحم المحاكم الجزائية حالياً بقضايا الشيكات؛ حيث تشير البيانات الصادرة عن الادعاء العام إلى أن عدد قضايا الشيكات في عام ٢٠١٩م بلغ (٤٨٤٥) مقارنةً بـ (٤٧٥٩) قضية في عام ٢٠١٨م، و (٤٧١٥) في عام ٢٠١٧م، مما يدل على وجود ارتفاع سنوي وعلاقة طردية بين نسبة الشيكات المرتجعة من البنوك ونسبة قضايا الشيكات أمام المحاكم، حيث بلغ إجمالي قضايا الشيكات خلال الفترة من عام ٢٠١٢ إلى ٢٠١٩م حوالي (٣٢١٥٨) قضية^(٧٦) وبذلك تتصدر جرائم الشيكات قائمة الجرائم الأكثر حدوثاً في السلطنة، فهي لوحدها تُشكل ما نسبته (١٣.٥%) تقريباً من إجمالي الجرائم المرتكبة في السلطنة خلال عام ٢٠١٩م^(٧٧) مما يجعل منها ظاهرة مستفحلة جديرة بالموالجة والمعالجة الجذرية.

وبالرغم من أن الشيكات المرتجعة أصبحت ظاهرة مؤرقة بالسوق العُماني، إلا أن كثرة جرائم الشيكات في الواقع راجعة إلى كثرة التعامل بالشيكات المؤجلة أو كثرة استعمال الشيكات كوسيلة ضمان. فالمتتبع للإحصائيات الرسمية يلاحظ أن "عدم كفاية الرصيد" ما يزال على رأس قائمة أسباب الشيكات المرتجعة في السلطنة بنسبة

^(٧٥) البنك المركزي العُماني، تقرير الاستقرار المالي ٢٠١٩، الإصدار ٧، ص VII.

^(٧٦) الادعاء العام، ملخص القضايا السنوي لعام ٢٠١٩م، ص ٩. أنظر كذلك، شبكة الأخبار

العُمانية، الادعاء العام يتعامل مع أكثر من ٢٨ ألف قضية في ٢٠١٩م: <https://onn.om>

آخر زيارة بتاريخ ٢٠/٩/٢٠٢٠م.

^(٧٧) الادعاء العام، ملخص القضايا السنوي لعام ٢٠١٩م، ص ٩.

بلغت حوالي (٧٨%) من مجموع الشيكات المرتجعة؛^(٧٨) مما يعني أن جزء كبير من جرائم الشيكات تقع نتيجة التعامل بشيكات الضمان، فعند التدقيق والتعمق في قضايا جرائم الشيكات - مثل ما سوف نلاحظ لاحقاً - يتضح لنا شيوع الدفع بأن الشيك محل الجريمة كان على سبيل الضمان وليس الوفاء، وأن أغلب المتهمين في جرائم الشيك بدون رصيد قد استخدموا الشيك للأغراض سائلة الذكر.

غني عن البيان، أن ظاهرة الشيكات المرتجعة تُكبد الاقتصاد الوطني أضراراً بالغة، فالأرقام التي أشارت إليها الإحصائيات الرسمية تُعد كبيرة مقارنةً بباقي قضايا الأموال، ومن ثم يتوقع بأن تكون الخسائر فادحة، فباعتبار متوسط قيمة الشيك - حسب تقدير البنك المركزي العُماني - هو (٣٦٩٠) ريالاً، وعدد الشيكات المرتجعة في عام ٢٠١٨م هو (٤٦٩١٨٧) شيكاً، فإن الخسائر السنوية من المرجح تجاوزها (١.٧) مليار ريال عُماني، كما تؤثر جرائم الشيكات في الاستقرار المالي وتعيق النشاط التجاري والاقتصادي في المجتمع، إذ تسبب إرباكاً للمشاريع وتعطيلاً لمصالح الأفراد نتيجة الإخلال بالالتزامات المالية وعدم تسديد المدفوعات النقدية المستحقة في وقتها، مما يؤدي إلى عرقلة الأنشطة التجارية وتحمل القطاع الخاص والأفراد لخسائر مالية باهظة، فوفقاً لتقرير حديث للبنك المركزي العُماني، يُعد الوفاء بالشيكات عنصراً أساسياً لتحسين كفاءة النظام المالي وزيادة سرعة دوران النقود وتقليل مخاطر الائتمان

^(٧٨) البنك المركزي العُماني، تقرير الاستقرار المالي ٢٠١٩م، المرجع السابق، ص ٨٥. الجدير بالذكر أن التقرير أورد أسباباً أخرى لارتجاع الشيكات تتمثل في "كون الحساب مغلقاً أو مجمداً" بنسبة بلغت ١٢,٦%، يليه "الأخطاء في الترميز الممغنط" بنسبة ١,٩%. مرجع سابق، ص ٨٥.

المرتبطة بعدم توفر الأموال المطلوبة،^(٧٩) فكلما كان الوقت اللازم لمعالجة الشيكات أقصر، كلما انعكس ذلك بالإيجاب على الاقتصاد والنتائج المحلي الإجمالي.^(٨٠)

وبسبب الظروف الاقتصادية المعاصرة التي تمر بها البلاد، تبدو الحاجة الآن أكثر إلحاحاً من أي وقت مضى لحل هذه المشكلة، وإعادة الثقة والهيبة للشيك كورقة تجارية هامة اقتصادياً، بما يحافظ على مصداقيتها وقوتها ووظيفتها المحددة لها تاريخياً، تدعيماً لاستقرار المعاملات المالية والتجارية في المجتمع، فمع تفاقم ظاهرة الشيكات المرتجعة في السلطنة، بات ضرورياً معالجة مشكلة شيكات الضمان، والبحث عن حلول قانونية؛ لإعادة الأمور إلى مسارها الصحيح، بما يمنع من تنامي جرائم الشيكات.

المطلب الثالث

مشكلة تجريم شيكات الضمان

أثار تجريم شيكات الضمان جدلاً واسعاً في أروقة المحاكم، حيث اضطرت المحاكم الجزائية عند تعاطيها مع جرائم الشيكات إلى التعرض لمسألة ما إذا كان الساحب لشيك الضمان مرتكباً لجريمة إصدار شيك بدون رصيد عند ارتجاع الشيك من البنك غير مدفوعاً، فعلى الرغم من تجريم التشريعات الحالية للشيكات بدون مقابل أو بمقابل غير كاف، إلا أن إخضاع شيكات الضمان لهذه النصوص التجريبية أثار مشكلتين: تتعلق المشكلة الأولى بمدى انطباق مضمون الشيك المحمي جزائياً على

^(٧٩) البنك المركزي العماني، تقرير الاستقرار المالي ٢٠١٩م، المرجع السابق، ص ٨٤.

^(٨٠) تجدر الإشارة إلى أن البنك المركزي أصدر اللائحة رقم ب م/٥١/١١/٢٠٠٧ بشأن نظام الشيكات المرتجعة، حيث نصت المادة (٣) منها على إنشاء قائمة تحذيرية موحدة بأسماء من ترتجع لهم شيكات بصفة متكررة وعدم فتح حسابات جارية لهم لمدة سنة واحدة من تاريخ ارتجاع آخر شيك.

شيك الضمان، وتتعلق المشكلة الثانية بمدى توفر سوء النية لدى الساحب عند سحبه لشيك يوصف بأنه للضمان.

سوف يناقش المبحث القادم موقف القضاء من هاتين المشكلتين بالتفصيل، إلا أن المشكلة المطروحة للنقاش في هذا المطلب تتعلق بمدى توافق نصوص جرائم الشيكات مع ما قررته نصوص تداول الشيك في قانون التجارة، بمعنى إذا كان قانون الجزاء يحمي الشيك باعتباره أداة وفاء تقوم مقام النقود في التعامل، هل لشيك الضمان سند من نصوص قانون التجارة يعيق تجريمه؟ فإذا كان شيك الضمان يُمثل خروجاً على وظائف الشيك، فإنه من المهم معرفة ما إذا كان لهذا الخروج سند في نصوص القانون العُماني.

يكتسب هذا النقاش - الذي لم تتطرق له الكتابات السابقة في الموضوع - أهمية خاصة لأن القاعدة الفقهية تُقيد بأن "الجواز الشرعي ينافي الضمان"^(٨١) فمن يمارس تصرفاً أجازته القانون بغير تجاوز فإنه لا يكون بذلك معتدياً أو مسؤولاً جزائياً، مما يعني أنه إذا كان إقدام الأفراد على التعامل بالشيك كأداة ضمان مستنداً إلى نص تشريعي، فإن هذا الجواز القانوني ينفي مسؤوليتهم الجزائية ويحول دون تجريم ارتجاع شيكات الضمان، والقول بغير ذلك يجافي العدالة، وقد يثير شبهة عدم دستورية.^(٨٢)

(٨١) نصت المادة (٥٩) من قانون المعاملات المدنية على أنه "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع..."، وهو ما يجسد القاعدة الفقهية المذكورة بمفهوم المخالفة.

(٨٢) تنص المادة (٢١) من النظام الأساسي للدولة على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون". كما تنص المادة (٧٥) منه 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".

فالشيك - بالمفهوم السابق بيانه - ينشأ بمجرد توقيع الساحب على صك تتوافر فيه البيانات التي استلزمها المادة (٥٢٣) من قانون التجارة، ومتى دل المظهر الخارجي للصك على أنه أداة دفع ووفاء تستحق الأداء بمجرد الاطلاع، فإنه يتمتع بالحماية الجزائية على أساس أن الصك في هذه الحالة يعتبر أداة تغني عن استعمال النقود في المعاملات، أي أن تجريم الشيك بدون رصيد يرتكز على أساس نظرة المشرع للشيك كمنظرته إلى النقود سواءً بسواء.

وبالرغم من النصوص القانونية العديدة الخاصة بالشيك في كل من قانون التجارة وقانون الجزاء، إلا أنها خلت جميعها مما يقطع بأن الشيك أداة وفاء، أو على الأقل لم تتضمن نصاً صريحاً ينفي ما يسمى بشيك الضمان، في حين أن المحكمة العليا - وليس المشرع - قررت بأن شيك الضمان "هو شيك كامل البيانات وصحيح". وإذا كان القانون لم يوضح صراحةً ما إذا كان الشيك أداة وفاء أم ضمان أم كلاهما، فإن هذا السكوت التشريعي يثير السؤال حول الأساس القانوني الذي استندت إليه المحكمة العليا في الاعتراف بشيك الضمان.

لتاريخ إنشاء الشيك - كبيان إلزامي تطلبته المادة (٢/٥٤٤) من قانون التجارة - أهمية عملية في الإجابة السؤال، فالتاريخ الوحيد الذي تطلبه المشرع هو "تاريخ إنشاء الشيك" أو تاريخ إصداره، لذلك نصت المادة (٥٢٤) من ذات القانون على أن الصك الخالي من تاريخ إنشائه "لا يعتبر شيكاً".^(٨٣) فالمفروض أن يحمل الشيك تاريخاً واحداً فقط وهو تاريخ إنشائه، إذ إنه واجب الدفع عند الاطلاع، وهو أداة وفاء فورية كما استلزمته المادة (٢٨) من اتفاقية قانون جنيف الموحد للشيك، فالقاعدة

(٨٣) كما عاقبت المادة (١/٥٦٩) من نفس القانون "كل من سحب شيكاً لم يؤرخه" بغرامة لا تزيد على مائة ريال عُمانى.

القانونية تقول بأن تاريخ إنشاء الشيك هو تاريخ استحقاقه، وهذه القاعدة مطلقة لا استثناء عليها، ولا يقبل إثبات عكسها.

وبخلاف هذا النظام القانوني، يكثر من الناحية العملية وضع تاريخين مختلفين على الشيك أحدهما تاريخ الإنشاء والثاني تاريخ الاستحقاق.^(٨٤) كما يشيع حالياً في السلطنة قيام الأفراد بتحرير الشيك بتاريخ لاحق؛ أي بوضع تاريخ مؤجل للشيك يتزامن مع تاريخ استحقاق الدين، وذلك عن طريق تحرير شيكات بتواريخ مختلفة تستحق الوفاء في نهاية كل شهر مثلاً كأقساط شهرية لقرض أو خدمة أو سلعة معينة، وفي هذه الحالات يصدر الشيك ضماناً للالتزام أو العملية التجارية.

والواقع أن هذه الممارسات العملية لشيكات الضمان أو الشيكات المؤجلة يمكن أن نجد لها أساساً في نصوص القانون؛ بيان ذلك أن المادة (٥٤٤) من قانون التجارة تنص على أن: "يكون الشيك مستحق الوفاء عند الاطلاع عليه، وإذا كان الشيك مصدراً بتاريخ لاحق فلا يجوز الوفاء به قبل ذلك التاريخ"، فهذه المادة تقر قاعدة عامة بأن الشيك يكون مستحق الوفاء لدى الاطلاع، أي أنه في الأصل لا يتضمن أجلاً للوفاء، إلا أنها أجازت استثناءً التعامل بالشيكات المؤجلة أو الصادرة بتاريخ لاحق، ولا يصح في هذه الحالة مطالبة الساحب الوفاء بقيمة الشيك قبل ذلك التاريخ، ويمكن القول إن هذه المادة أوجدت واقعاً نوعين من الشيكات: الأول هو شيك الوفاء أو الشيك المستحق الدفع لدى الاطلاع، كما نصت الفقرة الأولى من المادة، والثاني هو شيك ضمان أو الشيك المؤجل المسحوب بتاريخ لاحق، كما نصت الفقرة الثانية من المادة، ويرى الباحث أن هذه المادة الفريدة هي العامل الرئيس الذي أسهم في انتشار شيكات الضمان؛ كونها تجيز التعامل بالشيك مؤجل الدفع وتحظر على

^(٨٤) ويتم ذلك عملاً بكتابة تاريخ إنشاء الشيك في أسفله وتاريخ الاستحقاق في مكان آخر عادةً ما يكون أعلى الشيك.

المستفيد تقديمه قبل التاريخ المبين فيه.

إذن يمكن القول بأن تعامل الأفراد بشيك الضمان والحيلولة دون اعتباره واجب الدفع لدى الاطلاع إنما يرتكز على المادة (٥٤٤) من قانون التجارة، والتي تثير الكثير من الجدل القانوني، حيث يرى جانب من الفقه بأن عبارة "شيك" وعبارة "تاريخ لاحق" لا يجوز أن تجتمعان في صك واحد مطلقاً؛ فالشيك يولد دائماً مستحق الوفاء لدى الاطلاع، ولا تاريخ استحقاق لاحق في الشيك،^(٨٥) إذ أن تاريخ استحقاق الشيك يندمج في تاريخ إنشائه ولا ينظر إليه مستقلاً.^(٨٦) بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن وجود تاريخين للشيك ليس من شأنه تعطيل وظيفته؛ إذ يظل الصك شيكاً بالمعنى التجاري والجزائي، لأن العبرة بتاريخ الاستحقاق وليس بتاريخ الإصدار، طالما أن هناك اتفاق بين الساحب والمستفيد حول هذا التاريخ.^(٨٧)

ومن هنا نفهم قرار المحكمة العليا العُمانية الاعتراف بشيك الضمان واعتبارها له شيكاً صحيحاً، وذلك لسببين أساسيين: أولهما، لأنه كامل البيانات حيث أن شيك الضمان يتفق مع شيك الوفاء من حيث شكل الصك وبياناته الإلزامية، إلا أن الفارق الأساسي بينهما ينحصر في سبب تأجيل الشيك أو الباعث على إصداره، وثانيهما، أن الشيك المؤجل يستمد مشروعيته من نص المادة (٥٤٤) من قانون التجارة. بناءً عليه، قررت المحكمة في أحد أحكامها بأن "تأخير تاريخ الاستحقاق لا يغير من

^(٨٥) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الأردني - الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٤م، ص ٣٠٧؛ د. محمد محده، جرائم الشيك، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٤٢؛ د. محمد أمين، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

^(٨٦) د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٤م، ص ٧٥٥.

^(٨٧) د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني-الجرائم الواقعة على الأموال، عمّان، ١٩٩١م، ص ٢٧٢؛ د. محمد الجبور، الحماية الجزائية للشيك في القانون الأردني، مطابع الدستور التجارية، عمّان، ١٩٨٩م، ص ٤٨؛ د. محمود كبيش، المرجع السابق، ٩٢.

طبيعة الشيك ومن قابليته للتداول واستحقاقه الدفع في تاريخ الاستحقاق"،^(٨٨) إلا أنها قررت في أحكام أخرى كثيرة بأن الشيك يكون مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع بوصفه أداة وفاء تجري مجرى النقود في التعامل.^(٨٩)

ويرى الباحث أن تباين موقف المحكمة العليا بشأن تجريم شيكات الضمان - كما سيتبين لاحقاً - قد يكون ناجماً عن تذبذب المادة (٥٤٤) ذاتها التي يشوبها الغموض ويعوزها الدقة.^(٩٠) فهذه المادة لو كانت محكمة ومستقيمة لما تردت المحكمة العليا في تطبيقها، إلا أنها في الواقع تثير لبساً في الفهم وغموضاً في التطبيق؛ كونها تتعارض مع قاعدة نقدية الشيك التي كرستها نصوص قانون التجارة، وأكدتها المادة (٥٢٦) صراحةً بقولها: "لا يجوز إصدار شيك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه وقت إنشاء الشيك نقود يستطيع التصرف فيها بموجب شيك".

وتأسيساً على ما تقدم، يمكن القول إن المادة (٥٤٤) من قانون التجارة لا تستقيم تماماً مع العرف المصرفي والمبدأ القانوني الذي كرسه معظم التشريعات العربية والأجنبية، والذي يقضي بأن الشيك لا يتضمن أجلاً للوفاء كونه أداة وفاء مستحقة الدفع لدى الاطلاع، كما أنها غير منسجمة مع الفقرة الأولى من المادة (٢٨) من اتفاقية قانون جنيف الموحد للشيك التي تنص على أن: "الشيك مستحق الدفع عند الاطلاع، وكل شرط مخالف يجب تجاهله". بل أن الفقرة الثانية من ذات المادة تفيد بأن: "الشيك المقدم للدفع قبل التاريخ المذكور به كتاريخ إصدار يستحق الدفع

^(٨٨) مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ وحتى

٢٠١٠م، الطعن رقم: ٢٠٠٦/١٦٧، جلسة: ٣٠ مايو ٢٠٠٦م، ص ٣٤٠.

^(٨٩) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢، الطعن

رقم: ٢٠٠١/٢٠، جلسة: ٢٥ مارس ٢٠٠٢م، ص ٧. انظر كذلك الطعن رقم: ٢٠٠٢/١٦٨،

جلسة: ١٧ ديسمبر ٢٠٠٢م، ص ٤٢١.

^(٩٠) انظر كذلك د. الوليد بن محمد البرماني، المرجع السابق، ص ٨٦.

في يوم تقديمه"، وهو ما يتعارض مع المادة (٥٤٤) التي لا تجيز تقديم الشيك للوفاء قبل التاريخ المبين فيه.

لذلك تكاد تخلو التشريعات العربية والأجنبية من نص مشابه للمادة (٥٤٤)، باستثناء المادة (٦١٧) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٩٩٣/١٨).^(٩١) وعلى النقيض، لا تعترف معظم التشريعات بالشيك المؤجل؛ فالمادة (٢٤٥) من قانون التجارة الأردني تنص على أن: "يكون الشيك واجب الوفاء لدى الاطلاع عليه وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن وأن الشيك المقدم للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره واجب الوفاء في يوم تقديمه". وكذلك تنص المادة (١/٥٠٣) من قانون التجارة المصري على أن: "يكون الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع، وكل بيان يخالف ذلك يعتبر كأن لم يكن".^(٩٢) كما تضمنت نفس الحكم المادة (٣/١٦) من قانون الشيكات الأسترالي عندما نصت على أنه إذا كان الشيك مؤجلاً Post-dated، وجب إهماله واعتباره صادراً بتاريخ سحبه.

نخلص من هذه النصوص المقارنة إجماعها على قاعدة واضحة مفادها أن الشيك دائماً أداة وفاء يستحق الدفع بمجرد الاطلاع بوصفه كالتقديرات في التعاملات،

^(٩١) تنص المادة المشار إليها على أن "يكون الشيك مستحق الوفاء في اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره. ولا يجوز تقديم الشيك للوفاء قبل ذلك التاريخ. والجدير بالذكر أن محكمة تمييز دبي قررت مؤخراً بأن "تاريخ الاستحقاق ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الشيك ومن قابليته للتداول واستحقاق الدفع. إذ أن ميعاد إصدار الشيك يندمج مع تاريخ الاستحقاق وتنتقل ملكيته مقابل الوفاء بمجرد إصدار الشيك وتسليمه للمستفيد". مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد الجزائية (تمييز دبي)، الطعن رقم: ٢٠٠٨/١٥٧، جلسة: ٢٦ مايو ٢٠٠٨م، ص ٢٤.

^(٩٢) انظر كذلك المادة (٥٨٠) من قانون التجارة القطري رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦م، والمادة (١٥٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤م، والمادة (٥٤٩) من القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م.

ومن ثم فإن القول بشيك الضمان كنوعٍ ثانٍ مؤجل الدفع هو قولٌ مخالفٌ يجدر إهماله؛ لأنه مناقض لنقدية وفورية الشيك، فالمادة (٩٤٩) من قانون التجارة الليبي رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠م لم تتردد في إهدار الشيكات المؤجلة عندما نصت على أن: "الصك واجب الدفع لدى الاطلاع، ويعتبر لاغياً كل بيان يفيد التأجيل في الدفع. والصك المقدم للدفع قبل اليوم المبين فيه كتاريخ إصدار واجب الدفع يوم تقديمه".^(٩٣) كما أكدت المادة (٤٢٥) من قانون التجارة البرية اللبناني رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢م على أن: "الشيك قابل للإيفاء لدى الاطلاع. وكل شرط مخالف يعد لغواً".

بينما تعترف المحكمة العليا العُمانية بالشيك المؤجل، وتقول بأنه لا يغير من الحماية القانونية التي أسبغها المشرع على الشيك: "أن يكون تاريخ استحقاق الشيك مغايراً لتاريخ إصداره الحقيقي طالما أنه لا يحمل إلا تاريخاً واحداً؛ إذ أن تأخير الاستحقاق ليس من شأنه في هذه الحالة أن يغير من وظيفة الشيك ومن قابليته للتداول".^(٩٤) الجدير بالبيان أن القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، التي تتبنى نصاً مشابهاً للمادة (٥٤٤)، قرر التراجع عن الاعتراف بالشيك مؤجل الدفع وعدم الالتفات للمادة (٦١٧) سالفه الذكر، عندما ذهب إلى أنه: "من المقرر أن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتحقق بمجرد إعطاء الشيك إلى المستفيد مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء قائم وكاف وقابل للسحب إذ يتم بذلك طرح الشيك في التداول فتتعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها الشارع بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجري مجرى النقود في المعاملات، ولا عبرة بعد ذلك بالأسباب التي دعت إلى إصدار الشيك كتحصيله من معاملات شابهها التدليس أو تحريره على سبيل الضمان أو تأميناً لدين ناشئ من معاملات تجارية أو مدنية... ذلك أن المتهم

^(٩٣) انظر أيضاً بصياغة مشابهة، المادة (٢/٥٠٣) من قانون التجارة المصري.

^(٩٤) مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ وحتى

٢٠١٠م، الطعن رقم: ٢١/٢٠٠٦، جلسة: ٢١ فبراير ٢٠٠٦م، ص ٣٤٥.

لا يستطيع أن يغير من طبيعة هذه الورقة أو يخرجها عما خصها به القانون من مميزات".^(٩٥) وقد لا يتسق هذا القرار مع نص المادة (٦١٧) الذي يجيز التعامل بالشيك المؤجل ويحظر على المستفيد تقديمه قبل التاريخ المبين فيه.

والواقع أنه في ظل التوجه المعاكس للمادة (٥٤٤) من قانون التجارة، لا غرابة في الموقف المخالف للقضاء العُماني، ولا غرابة كذلك في انحراف المتعاملون بالشيك عن أدواره واستخدامه كتأمين أو ضمان للالتزامات مختلفة بواسطة تأجيل استحقاقه أو سحبه بتاريخ لاحقة، استعمالاً للرخصة التشريعية أو الاستثناء الممنوح بموجب المادة (٥٤٤)؛ إذ إن تجريم شيك الضمان قد يتعارض مع هذه المادة التي أجازت تأجيل الشيك، ومن ثم ليس دائماً مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع، على الأقل في القانون العُماني، وفي رأي الباحث، ربما حان الوقت لإعادة النظر في هذه المادة التي مضى عليها قرابة الثلاثون عاماً، وتعديلها بما يتوافق مع المتغيرات الاقتصادية الحالية، وبما يتفق مع مسلك التشريعات المقارنة الذي ينسجم تماماً مع وظيفة الشيك المصرفية وطبيعته القانونية.

أما في حال استمرار بقاء المادة (٥٤٤)، فإن الإشكال في إسباغ الصفة الإجرامية على شيكات الضمان المرتجعة سيستمر، وربما يحدثم الصدام أكثر مع صدور قانون الجزاء الحالي وأحكامه الحديثة المتشددة بشأن جرائم الشيكات؛ لأنه وإن كان المرجع في تنظيم تداول الشيك هو قانون التجارة، إلا أن الشيك في قانون الجزاء هو دائماً أداة وفاء؛ لذلك فإن تجريم إعطاء شيك بدون رصيد يهدف إلى حماية التعامل بالشيك على أساس أنه أداة تحل محل النقود في الدفع، ومن ثم يفترض قيام الجريمة بمجرد إعطاء شيك لا يقابله رصيد، بغض النظر عن تاريخ استحقاقه. إلا

(٩٥) مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد الجزائية (تميز دبي)، الطعن رقم:

٢٠٠٨/٤١١، العدد ١٩، ص ٧٨.

أن هذا القول قد يكون مردوداً بسبب قدرة المسحوب عليه والساحب للشيك المؤجل الاستناد إلى المادة (٥٤٤) عند ارتجاع الشيك من البنك بسبب عدم وجود رصيد له في يوم تقديمه أو بسبب رفض الوفاء به لتقديمه قبل يوم استحقاقه، عليه و لرفع الحصانة عن شيكات الضمان أو الشيكات المؤجلة وفق المفهوم التجاري العُماني، نرى ضرورة تعديل المادة (٥٤٤)، وذلك بإلغاء خاصية حظر تقديم الشيك إلى البنك قبل تاريخه، وإلا أسفر هذا الاختلاف والتعارض بين قانون التجارة وقانون الجزاء حول ما إذا كان شيك وفاء أم ضمان إلى المزيد من الصعوبات والمشاكل عند قيام المحاكم بتطبيق الحماية الجزائية.

المبحث الثالث

موقف القضاء العُماني من تجريم شيكات الضمان

(الواقع والتطلعات)

إذا كانت جريمة الشيك بدون رصيد ليست من الجرائم المستحدثة في القانون العُماني، بل أنها من الجرائم المألوفة التي نالت قسطاً وافراً من أحكام القضاء، وبالتالي لا يثير الخلاف أو التساؤل مطلقاً حول ما إذا كان الشيك كأداة وفاء خاضعاً للتجريم، إلا أن تساؤلاً وجدلاً كبيراً ثار حول مدى خضوع شيك الضمان للتجريم أم تتحسر عنه الحماية الجزائية، لدرجة أنه يكاد لم يثر جدل محلي حول أحد المسائل الجزائية بقدر ما ثار بصدد الصفة الجرمية لشيكات الضمان، حيث تباينت الأحكام القضائية والآراء الفقهية حول المسألة؛ لتظهر الحاجة ماسة لمناقشة المشكلة ورأب الصدع بين أحكام المحاكم بشأنها.

فمع شيوع التعامل بالشيك كأداة ضمان، وكثرة الدفع أمام المحاكم الجزائية بأن الشيك محل الدعوى قد سُلّم للمستفيد على سبيل الضمان وليس الوفاء، اضطرت المحاكم إلى الاجتهاد والرد حول مدى وقوع شيكات الضمان تحت طائلة التجريم من

عدمه، إلا أنه بسبب غياب التناغم بين نصوص جرائم الشيكات وبعض نصوص قانون التجارة، وفي ظل غياب نص صريح يُلغي شيكات الضمان، تضاربت أحكام المحاكم وتعارضت قراراتها بشأن ملائمة تجريمها؛ إذ ذهب بعضها إلى إخراج شيكات الضمان من طائفة التجريم، واعتبرتها ورقة عادية تتعطف عليها الحماية المدنية فقط، في حين قضى بعضها الآخر باعتبار هذه الشيكات موضوعاً للتجريم والعقاب، ونرى بأن هذا التردد قد يخل بمبدأ العدالة والمساواة، ويريك التعامل التجاري.

عليه، فإن هذا المبحث الأخير يستهدف مناقشة وتقييم موقف القضاء العُماني من تجريم شيكات الضمان، وبيان مدى توافقه مع فلسفة المشرع الجزائية من حماية الشيك، بمعنى إلى أي مدى استطاعت المحاكم تطبيق نصوص جرائم الشيكات في ظل وجود المادة (٥٤٤) من قانون التجارة التي أوجدت عملاً نوعين من الشيكات؟ تكتسب هذه الأسئلة أهمية وأصالة مع صدور قانون الجزاء الحالي وما تضمنه من أحكام جديدة بشأن جرائم الشيكات؛ لذلك سوف تسعى المطالب الثلاثة الآتية إلى الإجابة عن هذه الأسئلة المركزية من خلال تحليل الأحكام القضائية التي صدرت في ظل كل من قانون الجزاء القديم وقانون الجزاء الجديد، وصولاً إلى حل من شأنه فض الخلاف، وتوحيد الأحكام القضائية بشأن تجريم شيكات الضمان من عدمه.

المطلب الأول

موقف القضاء العُماني في ظل قانون الجزاء القديم

جرائم الشيك المنصوص عليها في قانون الجزاء القديم رقم (١٩٧٤/٧) كانت تحكمها مادة وحيدة وهي المادة (٢٩٠) التي عاقبت "بالسجن من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبالغرامة من عشرة ريالات إلى خمسمائة كل من أقدم عن سوء نية على سحب شيك بدون مقابل سابق ومعد للدفع، أو بمقابل غير كاف، أو على استرجاع

كل مقابل أو بعضه بعد سحب الشيك، أو على إصدار منع عن الدفع للمسحوب عليه...".^(٩٦)

وبالرغم من هذا التوجه المبكر والصريح للمشرع العُماني بتوفير حماية جزائية خاصة للشيك؛ بهدف دعم الثقة بهذه الورقة التجارية وتحسينها من التلاعب حتى تتمكن من أداء دورها الذي وجدت من أجله في السوق العُماني، إلا أن قلة النصوص الجزائية الخاصة بالشيك في قانون الجزاء الملغي، وعدم إيرادها لأي حكم خاص بشأن شيك الضمان، ربما لم يسعف القضاء العُماني من اتخاذ موقف حاسم بشأن تجريم ارتجاع شيكات الضمان التي ظهرت فيما بعد مع تشعب وتعدد الحياة الاقتصادية.

ففي بداية أحكامها بشأن جرائم الشيك، قررت المحكمة العليا بأن: "جريمة إصدار شيك بدون مقابل تقوم عندما يحرر الساحب شيكاً ويسلمه للمستفيد لا رصيد له بتاريخ الواقعة لأن الشيك أداة وفاء وليس أداة ائتمان"،^(٩٧) وذلك لأنه: "من المقرر قانوناً وقضائياً أن حماية الشيك في التداول وقبوله في المعاملات يقوم على أساس أنه يجري مجرى النقود".^(٩٨) كما قررت المحكمة بأن: "الشيك أداة وفاء لا أداة ائتمان يتم طرحه في التداول فتتعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها المشرع على الشيك بالعقاب على هذه الجريمة"،^(٩٩) حيث "أن نية المشرع بالعقاب انصرفت إلى حماية الشيك في التداول وقبوله في المعاملات ليكون الوفاء به كالنقود ولا عبرة

^(٩٦) كما نصت المادة (٢٩١) على أنه: "يعاقب بنفس العقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة. كل من أقدم عن معرفة على حمل الغير على تسليمه شيكاً بدون مقابل".

^(٩٧) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢م، الطعن رقم: ٢٠٠٢/١٣٤، جلسة: ١٢ نوفمبر ٢٠٠٢م، ص ٢٧٦.

^(٩٨) مرجع سابق، الطعن رقم: ٢٠٠٢/٢١، جلسة: ٢٢ أبريل ٢٠٠٢م، ص ٧٦.

^(٩٩) مرجع سابق، الطعن رقم: ٢٠٠١/٢٥، جلسة: ٢٥ مارس ٢٠٠٢م، ص ٢١.

بعد ذلك للأسباب أو البواعث التي أدت إلى إصداره".^(١٠٠) وفي حكم آخر أكدت المحكمة ذاتها أيضاً على أن: "وظيفة الشيك كما حددها المشرع العماني بأنه أداة وفاء، ولا عبءة في قيام جريمة إعطاء شيك بدون رصيد للسبب أو الغرض من تحريره؛ لأن ذلك من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسؤولية".^(١٠١)

يتضح جلياً من باكورة أحكام المحكمة العليا في جرائم الشيك تأكيداً على الوظيفة النقدية للشيك، ونظرتها له نظرة مجردة كأداة دفع ووفاء فورية، لذلك بسطت الحماية الجزائية المقررة على كل شيك صدر صحيحاً ومستوفياً لبياناته القانونية، دون أن يؤثر في ذلك الباعث أو الدافع إلى إصداره، ودون نفي المسؤولية الجزائية عما يُسمى بشيك الضمان، تطبيقاً لمراد الشارع وغايته بالعقاب على هذه الجريمة حمايةً لتداول الشيك وقبوله في المعاملات.

ومع ذلك، وتمهيداً على ما يبدو للاعتراف بشيك الضمان، قلت حدة نبرة صوت المحكمة عندما قررت في أحكام أخرى بأن العبءة في قيام جريمة الشيك بدون رصيد هي "بعدم وجود مقابل للدفع عند تاريخ الاستحقاق"^(١٠٢) بمعنى أن "جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتحقق متى أعطى الساحب شيكاً لا يقابله رصيد، ومتى دل مظهره وصيغته على أنه مستحق الأداء في تاريخ استحقاقه"^(١٠٣) كما قضت المحكمة أيضاً بأن المشرع أنعم بالحماية الجزائية على الشيك بالعقاب على "عدم وجود رصيد مقابل

(١٠٠) مرجع سابق، الطعن رقم: ٢٠٠٢/١٦٨، جلسة: ١٧ ديسمبر ٢٠٠٢م، ص ٤٢١.

(١٠١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، الطعن رقم: ٢٠٠٢/٢٢١، جلسة: ١٣ فبراير ٢٠٠٣م، ص ٨٤٩.

(١٠٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، الطعن رقم: ٢٠٠٤/٩١، جلسة: ٤ مايو ٢٠٠٤م، ص ٢١٨.

(١٠٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢م، الطعن رقم: ٢٠٠٢/١٢٧، جلسة: ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٢م، ص ٣٤٩.

وفاء للشيك في تاريخ الاستحقاق وفقاً للمادة (٥٢٦) من القانون التجاري^(١٠٤)، بيان ذلك أنه لا ينال من الحماية الجزائية - وفقاً لرأي المحكمة - بأن يكون الشيك مستحقاً للوفاء عند حلول تاريخ استحقاقه وليس لدى الاطلاع عليه، مما يعني تراجع المحكمة واعترافها بالوظيفة الائتمانية للشيك؛ إذ لا تتسق هذه الأحكام مع قول المحكمة سابقاً بأن الشيك هو أداة وفاء فقط، فلو كان الأمر كذلك لما جاز إضافته إلى أجل أو تاريخ استحقاق لاحق، ونرى بأن استناد المحكمة للمادة (٥٢٦) من قانون التجارة لم يكن موفقاً لأن هذه المادة - كما أشرنا سابقاً - تستلزم بأن يكون للساحب رصيد "وقت إنشاء الشيك"؛ أي أنها تعتد بتاريخ سحب الشيك وليس بـ "تاريخ استحقاقه"، لذلك كان الأولى بالمحكمة الاستناد إلى المادة (٥٤٤) من قانون التجارة التي تجيز أن يكون الشيك مؤجلاً استثناءً على الأصل^(١٠٥).

وتأسيساً على ذلك، لا نتفق مع الرأي القائل بأنه حتى "بدايات عام ٢٠٠٣م أفصحت المحكمة العليا بشكل واضح لا يقبل التأويل بأنها لا تعترف بالشيك الذي يُحرر كأداة ضمان"^(١٠٦)، فهذه الأحكام الصادرة قبل عام ٢٠٠٣م، وإن كانت تُفصح صراحةً بأنها لا تعتد بالأسباب والبواعث التي تُحرر شيكات الضمان عادةً من أجلها وتعتمد عليها، إلا أن هذا الإنكار لا يعني قطعاً عدم اعتراف المحكمة بشيكات الضمان؛ فلو كان الأمر كذلك لما اعترفت بالشيكات المؤجلة التي تحمل تاريخاً لاحقاً ضماناً لالتزام معين، ولما قالت إن "تأخير الاستحقاق" ليس من شأنه أن يؤثر

(١٠٤) مرجع سابق، الطعن رقم: ٢٠/٢٠١، جلسة: ٢٥ مارس ٢٠٠٢م، ص ٧.

(١٠٥) تجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة صدر في عام ١٩٩٠م أي بعد قرابة خمسة عشر عاماً من صدور قانون الجزاء وسريان المادة (٢٩٠) بشأن جريمة الشيك.

(١٠٦) سعود بن صالح المعولي، المرجع السابق، ص ٣٤.

في سلامة الشيك وطبيعته،^(١٠٧) وهو ما نراه توسعاً في وظائف الشيك واعترافاً ضمناً بشيك الضمان؛ لأن تاريخ الاستحقاق في هذا النوع من الشيكات يتعارض مع طبيعة الشيك كأداة وفاء مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع.

ولعل الاعتراف الصريح بشيك الضمان في نفي المسؤولية الجزائية كان في نهاية عام ٢٠٠٣م، عندما قررت المحكمة العليا بشكل جلي بأن: "الأصل في الشيك أنه أداة وفاء تجري مجرى النقود، ... واستثناءً من الأصل إذا اتجهت نية الطرفين إلى عدم اعتبار الشيك أداة وفاء، واحتفاظ المستفيد به لتقديمه للصرف إذا أخل الساحب بالتزامه، يُفقد أهم مقوماته وهي استحقاقه فور صدوره، ويحوّله إلى أداة ائتمان تتحسر عنه الحماية الجزائية".^(١٠٨) كما قضت المحكمة في حكم آخر بأنه: "إذا قُدم الشيك من الساحب إلى المستفيد ضماناً للوفاء فإنه يخرج من وظيفته كأداة وفاء إلى أداة ضمان، ويفقد بالتالي الحماية الجزائية التي توفرها له المادة (٢٩٠) من قانون الجزاء".^(١٠٩)

ونتفق تماماً مع عدالة المحكمة بأن أهم مقومات الشيك هو "استحقاقه فور صدوره"، إلا أن عدول المحكمة عن توجيهها السابق بتجريم شيك الضمان يُشكل مخالفةً للأصل القائم بأن الشيك هو دوماً أداة وفاء، لا خلاف بأنه يجوز للمحكمة العدول عن مبادئ قانونية قررتها سابقاً، فالرجوع إلى الحق فضيلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم،^(١١٠) إلا أن مخالفة المحكمة العليا لمبادئ مستقرة اطمأنت إليها

(١٠٧) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠١ إلى ٢٠١٠م، الطعن رقم: ٢١/٢٠٠٦، جلسة: ٢١ فبراير ٢٠٠٦م، ص ٣٤٥.

(١٠٨) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م، الطعن رقم: ١٠٢/٢٠٠٣، جلسة: ٤ نوفمبر ٢٠٠٣م، ص ٨٥١.

(١٠٩) مرجع سابق، الطعن رقم: ٢٣٩ و ٢٤٠/٢٠٠٢، جلسة: ٤ نوفمبر ٢٠٠٣م، ص ٨٥٢.

(١١٠) انظر المادة (٦١) من النظام الأساسي للدولة.

عقيدتها يدل على احتدام الخلاف وتباين الآراء القضائية بشأن موضوع أقل ما يوصف بأنه شائك.

ولدرء الخلاف والتعارض بين أحكام القضاء بشأن تجريم شيك الضمان، تدخلت "هيئة توحيد المبادئ"^(١١١) في بداية عام ٢٠٠٤م وأصدرت مبدأً قررت فيه أنه: "ولئن كان من المقرر أن الأصل في الشيك أنه أداة وفاء تجري مجرى النقود إلا أن هناك استثناء على هذا الأصل في حالات يستبان منها انتفاء سوء النية... فعندما يتم تحريره لا لكي يقدمه المستفيد للصرف فوراً - كما تقتضي طبيعة الشيك الذي يستحق فور سحبه - بل لكي يحتفظ به ضماناً لسداد ما هو مستحق له في ذمة الساحب، حيث يقدمه المستفيد للصرف حال عجز الساحب عن الوفاء بالتزامه قبله، ففي هذه الحالة يفقد الشيك أهم مقوماته وهو استحقاقه فور سحبه، وينقلب إلى كمبيالة عادية، وتتحسر عن الحماية الجزائية".^(١١٢) يظهر جلياً من هذا المبدأ التاريخي انتصار الهيئة لقرار العدول عن التجريم والاعتراف بأثر شيكات الضمان في نفي المسؤولية الجزائية.

(١١١) وفقاً للمادة (٩) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٩٩/٩٠)، "إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة العليا، عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها، أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض، أو رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من المحكمة العليا تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكل برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه وعضوية عشرة من الأقدم فالأقدم من نواب الرئيس وقضاة المحكمة. وعلى أمانة سر المحكمة أن تعرض ملف الطعن، خلال ثلاثة أيام من صدور قرار الإحالة، على رئيس المحكمة ليعين جلسة لنظر الطعن. ويعلن الخصوم بتاريخ الجلسة قبل حلوله بأربعة عشر يوماً على الأقل. وتصدر الهيئة أحكامها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل."

(١١٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، المبدأ رقم (١) في الطعنين رقم: ١٣٩ و ٢٠٠٣/١٤٠، جلسة: ١٥ فبراير ٢٠٠٤م، ص ١٣.

والملاحظ أن المحاكم الجزائية في السلطنة قد توشحت هذا المبدأ الفريد ولم تحد عنه في ما صدر عنها من قرارات تالية بشأن جرائم الشيكات، حيث أبتت المحكمة العليا شيك الضمان خارج طائلة التجريم على أساس أن "الأصل هو أن الشيك أداة وفاء...، أما إذا قدم ضماناً للوفاء في تعامل تجاري كعقد تسهيل ائتماني أو عقد قرض مع أو بدون الضمانات الأخرى التي تقدم عادة في مثل هذه المعاملات على أن يقدم الشيك للصرف حال فشل الساحب في الوفاء بالتزامه، ففي هذه الحالة يخرج الشيك عن وظيفته كأداة وفاء إلى أداة ضمان فتتحرر عنه الحماية الجزائية... وتظل الحماية المدنية ملازمة له ككميالة عادية".^(١١٣) وفي حكم آخر يجسد التوجه ذاته، قضت المحكمة بأنه: "إذا تبين للمحكمة أن الشيك حرر في ظروف تدل على أنه كان مجرد تأمين للدائن فإنه لا يجب أن تسبغ عليه الحماية الجزائية المقررة للشيك".^(١١٤)

ويرى الباحث أن قول الهيئة والمحاكم الجزائية من بعدها بأن الشيك يمكن أن يكون أداة ضمان ومن ثم تتسلخ عنه صفة التجريم ينافي ما استقر عليه معظم القضاء المقارن، ويخالف ما سار عليه الفقه القانوني، كما يتعارض مع العرف المصرفي والنظام المالي العالمي، ولا ينبغي للمحكمة الجزائية الانسياق التام إلى إرادة وبواعث الأفراد، وإنما الأنسب هو تطبيق المضمون الجزائي للشيك بما يتفق مع العلة من التجريم ويتلاءم مع فلسفة العقاب على هذه الجريمة.

^(١١٣) مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ وحتى ٢٠١٠م، الطعن رقم: ٢٠٠٥/٨٣، جلسة: ٢٩ مارس ٢٠٠٥م، ص ٣٤٧.

^(١١٤) مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م، الطعن رقم: ٢٠٠٤/٨٦، جلسة: ٤ مايو ٢٠٠٤م، ص ٢١٠. انظر كذلك الطعن رقم: ٢٠٠٣/٣٤٠، جلسة: ٩ مارس ٢٠٠٤م، ص ١٠٣.

ومن جانب آخر، تثير هذه الأحكام ذات النهج المغاير صعوبات عملية عند التطبيق، فأخراج شيك الضمان من طائفة التجريم يتطلب تحديد معيار يتم على ضوئه التمييز بين شيك الضمان الذي لا يخضع للتجريم وشيك الوفاء الخاضع للعقاب؟ المُلفت للنظر أن المحكمة العليا لم تثبت على معيار واحد في تطبيق المبدأ، ففي أحد أحكامها اتخذت معياراً شخصياً للتمييز يقوم على سبب سحب الشيك أو الباعث على إصداره كأن يكون ضماناً لأداء دين أو التزام معين، وفي حكم آخر اتخذت معياراً موضوعياً يستند إلى الظروف التي حرر الشيك في ظلها وتدلل على أنه كان مجرد ضمان لدين مما ينفي عنصر سوء النية، وفق ما تطلبته المادة (٢٩٠)، وبالرغم من الخلط الذي يثيره المعيار الأول بين سبب سحب الشيك وتوفر القصد الجنائي، الذي يتحقق في جرائم الشيك بمجرد علم الساحب وقت إصدار الشيك بعدم وجود رصيد كافٍ له أياً كان السبب أو الباعث على إصدار الشيك،^(١١٥) إلا أنه حتى المعيار الثاني لا يخلو من اللبس والصعوبة في التطبيق وفي تحديد الظروف المعتبرة. وفي هذا السياق، يقترح بعض الفقه أعمال معيار آخر يركز على القاعدة الأصولية والقانونية المقررة بأن "العقد شريعة المتعاقدين"،^(١١٦) بمعنى أن حالة الضمان ينبغي إثباتها بتوفر إحدى الحالات الثلاث الآتية: ١- صدور إقرار صريح من المستفيد في الشيك بأنه تسلمه باعتباره ضماناً لعملية تجارية. ٢- صدور إقرار ضمني من المستفيد يفيد أن الشيك حرر ضماناً للالتزام معين. ٣- وجود عقد بين المستفيد والساحب يتضمن بيانات الشيك ويفصح عن أنه أداة ضمان وليس أداة وفاء.^(١١٧) ولقد طبقت محكمة النقض بإمارة أبو ظبي هذا المعيار في أحد أحكامها عندما ذهبت إلى أنه: "ولئن كان الشيك أداة وفاء، ذات طبيعة خاصة تجري مجرى

(١١٥) د. حامد الشريف، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(١١٦) ورد النص على هذه القاعدة في المادة (١٥٥) من قانون المعاملات المدنية رقم (٢٩/٢٠١٣).

(١١٧) د. حامد الشريف، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

النقود في المعاملات، ولا تتأثر المسؤولية الجزائية فيها بالبواعث، إلا أن عبارات العقود الظاهرة التي تجري بين المتعاقدين تفصح وتكشف عن نيتهم من إجراءاتها، فلا يصادر إعمالها، والقاعدة الذهبية أن العقد شريعة المتعاقدين".^(١١٨)

ومن وجهة نظرنا فإن السؤال الأولى بالطرح هو مدى ملائمة ركون المحكمة الجزائية لإرادة واتفاق طرفي الشيك لإعمال النص العقابي؟ ومدى صحة ومشروعية اتفاق أطراف الشيك على تغيير طبيعته ووظيفته الأساسية من الناحية القانونية، لا سيما وأن المتداولين لللاحقين للشيك كالمظهر إليهم قد يجهلون ولا يدركون طبيعة الاتفاق الذي تم بين الساحب والمستفيد.^(١١٩) لا شك أن أهمية النص القانوني عموماً تكمن في قوته الملزمة، أما لو ترك للأفراد حرية التحرر منه وتعطيله، فإنه لا محالة سيفقد معناه وسبب وجوده، وربما يكون الأمر أكثر خطورةً عندما يراد تطبيق النصوص الجزائية، لذلك لا يعتد القانون الجزائري - كقواعد عامة - برضاء المجني في قيام الجريمة. ولعل هذا ما دعا محكمة النقض المصرية إلى القول بأنه: "لا عبرة بما يقوله المتهم من أنه أراد من تحرير الشيكات التي أمر بعدم صرفها أن تكون تأميناً لدينه، أو أنه قد أوفى الدين الذي حررت الشيكات تأميناً له في يوم تحريرها؛ إذ أن المتهم لا يستطيع أن يُغير من طبيعة هذه الورقة أو يخرجها عما خصها به القانون من ميزات".^(١٢٠)

يتضح مما تقدم تفرد القضاء العماني - أي هيئة توحيد المبادئ والمحاكم الجزائية من بعدها - بنزع الصفة الإجرامية عن شيكات الضمان بحسبان تحريرها في ظروف

^(١١٨) نقض جزائي، غير منشور، الطعن رقم: ٢٠٠٩/١٢٨٨، جلسة: ١٩ يناير سنة ٢٠١٠م، ص ٥.

^(١١٩) سعود بن صالح المعولي، المرجع السابق، ص ٢٩.

^(١٢٠) الطعن رقم: ٥٢١٩، لسنة ٥٤ قضائية (الدوائر الجنائية)، جلسة: ٥ يونيو ١٩٨٥م، ص ٧٥٢.

تدل على أنها ضمان لدين، مما يدل على انتفاء سوء النية لدى مُحرريها، فلا تسبغ عليها في هذه الحالة الحماية الجزائية المقررة، ولعل هذا التفرد هو ما جعل الدفع بأن الشيك للضمان أكثر الدفع طرحاً على الإطلاق في جرائم الشيك، وهو ما تسبب في زعزعة ثقة المتعاملين بالشيك، إلا أن قانون الجزاء الجديد يُجرم مجرد تسلم شيك يعلم المستفيد بأنه ليس له مقابل يفي بكامل قيمته، كما أنه لا يشترط توفر سوء النية لقيام جرائم الشيكات، مما قد يعيد إلى الشيك هيئته ومكانته في الوسط العماني.

المطلب الثاني

موقف القضاء العماني في ظل قانون الجزاء الجديد

يُمثل قانون الجزاء الحالي رقم (٢٠١٨/٧) آخر التطورات التشريعية وأحدثها في مجال الحماية الجزائية للشيك، حيث جاء هذا التعديل مدفوعاً بما شهده الوسط المحلي من تزايد في أعداد جرائم إصدار شيك بدون رصيد، في وقت تتعاظم فيه أهمية الاستقرار المالي والاقتصادي للسلطنة وحاجة نظامها المالي إلى أدوات موثوقة مكتملة للتعامل النقدي، ومن ثم هدفت التعديلات التشريعية الجديدة إلى معالجة مشاكل التجريم في القانون السابق، وتوفير حماية فاعلة للشيك تكفل إعادة الثقة إليه، وجعله يسري مسرى النقود في التعامل.

فجرائم الشيك التي كانت تحكمها المادة (٢٩٠) من القانون القديم، أصبحت الآن تخضع للمواد من (٣٥٦) إلى (٣٥٩) من قانون الجزاء الجديد، حيث تنص المادة (٣٥٦) على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على (٢) سنتين، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٥٠٠) خمسمائة ريال عماني كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية: أ- أعطى شيكاً قابلاً للصرف لا يقبله رصيد قائم، أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك، أو كان الحساب مغلقاً. ب- سحب بعد إعطاء الشيك كل المقابل أو بعضه، بحيث لا يفي

الباقى بقيمته. ج- أمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك. د- حرر الشيك أو وقع عليه بصورة تمنع صرفه. هـ- ظهر لغيره أو سلمه شيكاً مستحق الدفع لحامله، وهو يعلم أنه ليس له مقابل يفي بكامل قيمته، أو أنه غير قابل للصرف...".^(١٢١)

ومع صدور هذا النص الجديد، ثار سؤال في الشارع العُماني حول مدى إلغاء المشرع الجزائي لشيك الضمان؟ بمعنى أنه بالنظر إلى شيوع واستمرارية ممارسات التعامل بالشيك كأداة ضمان وما نتج عنها من ارتفاع في جرائم الشيكات، أصبحت الحاجة ملحة لتدخل المشرع، وحسم الخلاف والاجتهاد القضائي حول قيام أو نفي المسؤولية الجزائية قبل الساحب لشيك الضمان عند ارتجاعه، فهل ألغى المشرع ما يُعرف بشيكات الضمان؟ وهل قننت المادة (٣٥٦) من قانون الجزاء الجديد ما قرره هيئة توحيد المبادئ سابقاً أم أنها خالفته؟ وهل بصدور قانون الجزاء الجديد زال تضارب الأحكام القضائية بشأن تجريم شيكات الضمان؟ أم أن التردد والتباين ما يزال قائماً؟

بدايةً، نود أن نشير إلى أنه - وعلى ذات النهج في القانون القديم - لم يرد مصطلح شيك الضمان في أي من نصوص فصل "جرائم الشيكات" في قانون الجزاء الجديد، وبمقارنة نص المادة (٣٥٦) أعلاه مع المادة (٢٩٠) من القانون الملغى، يتبين توسع المشرع في التجريم بإضافة أفعال جديدة لم تكن مجرمة من قبل، كما يُلاحظ مرونة النص الجديد في إثبات عناصر الجريمة لاسيما الركن المعنوي؛ وذلك باستبعاده لعبارة "عن سوء نية" التي وردت في النص القديم، فهل أراد المشرع من

^(١٢١) وأردفت المادة (٣٥٧) بالقول: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على سنة، وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠) خمسمائة ريال عماني، ولا تزيد على (١٠٠٠) ألف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسلم شيكاً أو حمل الغير على تسلمه، وهو يعلم أنه ليس له مقابل يفي بكامل قيمته، أو أنه غير قابل للصرف".

استبعاد هذه العبارة إزالة العبء من على كاهل المحكمة في إثبات توافر القصد الجنائي، وإنهاء تعويلها على انتفاء سوء النية في نفي المسؤولية الجزائية عن سحب شيكاً للضمان؟

لقد حالت حداثة قانون الجزاء الجديد دون توفر أحكام منشورة من المحكمة العليا تكشف بشكل جلي عن موقفها من تجريم شيكات الضمان، إلا أنه بالبحث في أحكام قضايا الشيكات الصادرة بعد نفاذ القانون الجديد تلاحظ عودة المحكمة العليا إلى نهجها الذي انتهجته أول مرة بعدم الاعتماد بشيك الضمان تأسيساً على أن الشيك هو أداة وفاء، ولا عبرة بالأسباب والدوافع التي حُرر من أجلها في تحقق المسؤولية الجزائية، حيث قضت مؤخراً بأن: "ما يدعيه الطاعن من أن الشيكات محل الدعوى هي شيكات ضمان حررها لصالح المدعي بالحق المدني بتاريخ لاحقة لضمان سداد مبلغ الرواتب المستحقة له ولزوجته، فمردود عليه بما هو مُقرر في قضاء المحكمة العليا من أن جريمة إصدار شيك بدون مقابل سابق ومُعد للدفع تتحقق بمجرد إعطاء الساحب للشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل له للسحب في تاريخ الاستحقاق؛ إذ يتم طرح الشيك في التداول باعتباره أداة وفاء تجري مجرى النقود في المعاملات ولا عبرة بعد ذلك بالأسباب التي دعت الساحب على سحب الشيك؛ لأنها دوافع لا أثر لها على مسؤوليته الجزائية، فلا يجديه ما يثيره من جدل حول الأسباب والظروف التي دعت به إلى سحب الشيكات محل الدعوى، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد غير مقبول".^(١٢٢) ورغم عدول المحكمة مُجدداً عن موقفها السابق بعدم تجريم شيك الضمان، إلا أنها لم تبين لنا سندها من نصوص القانون في اعتبار الطعن "غير مقبول".

(١٢٢) المحكمة العليا، الدائرة الجزائية، رقم الطعن: ٢٠١٩/١٤٤م (غير منشور)، جلسة: ٢ إبريل

أجابت المحكمة عن ذلك في حكم لاحق بقولها: "أما بشأن ما يدعيه الطاعن من أن الشيكات محل الدعوى هي شيكات ضمان فمردود عليه، ذلك أن واقعة الدعوى حدثت بعد صدور قانون الجزاء الجديد والذي نص في المادة (٣٥٦/أ) منه على معاقبة كل من أعطى شيكاً قابلاً للصرف لا يقبله رصيد قائم أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك، أو كان الحساب مغلقاً، فالبين أن المشرع اكتفى في قيام الجريمة مجرد تسليم الشيك القابل للصرف دون أن يكون له مقابل، ولم يقيد النص بشيك الوفاء، ولما كان الطاعن قد أعطى شيكات للمجني عليه مستوفية لكافة عناصرها وقابلة للصرف ولم يتوفر المقابل لها فإنها أصبحت مشمولة بحماية نص المادة (٣٥٦/أ) من قانون الجزاء الجديد... وبالتالي فإن الجريمة تكون قائمة بغض النظر عما إذا كان ذلك على سبيل الوفاء أم الضمان إذ إن سوء النية قائم ومفترض طالما لم يوفر المقابل، ومن ثم فلا مجال لبحث ما إذا كان الشيك شيك ضمان أو شيك وفاء، ومن ثم يضحى ما يثيره الطاعن في هذا الخصوص مبنياً على غير سند من القانون". (١٢٣)

وقد علق الكثير من المختصين بأن نصوص قانون الجزاء الجديد وما تمخضت عنه من أحكام قضائية قد حسمت مشكلة شيكات الضمان، وسوف تقضي تماماً على التعامل بها،^(١٢٤) إلا أن المدقق في الحكم السابق والمتفحص للواقع الحالي يجد

(١٢٣) المحكمة العليا، الدائرة الجزائية (ب)، رقم الطعن: ٢٠١٩/٣٥٢ م (غير منشور)، جلسة: ٢٢ أكتوبر ٢٠١٩ م، ص ٣.

(١٢٤) المحامي صلاح بن خليفة المقبالي، القانون الجديد اختلف مع الملغي: تعرّف على أحكام جرائم الشيكات في قانون الجزاء العماني، صحيفة أثير الإلكترونية، ١٩ فبراير ٢٠١٨ م:

www.atheer.om

آخر زيارة بتاريخ ٢٠٢٠/٩/١٨ م.

انظر أيضاً: شبكة عُمان القانونية، جريمة إعطاء شيك بدون رصيد:

https://twitter.com/oman_legal/status/1197933749197037575?lang=ar

آخر زيارة بتاريخ ٢٠٢٠/٦/٩ م.

خلاف ذلك، فقول المحكمة بأن المشرع "لم يقيد النص [الجديد] بشيك الوفاء" هو تفسير غير دقيق؛ لأن نص المادة (٣٥٦) من القانون الجديد لم يختلف عن نص المادة (٢٩٠) من القانون القديم من حيث عدم انحصاره أو تقيده بنوع معين من الشيكات،^(١٢٥) فكما هو حال قانون الجزاء القديم، لم يورد القانون الجديد ما يفيد صراحةً بإلغاء شيك الضمان، مما يجعل الخلاف حول المسألة قائماً غير محسوم. في المقابل حسم القضاء المصري مسألة شيكات الضمان عندما استقرت أحكام النقض على أنه: "لما كان من المقرر أن المسؤولية الجنائية في صدد المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات لا تتأثر بالسبب أو الباعث الذي من أجله أعطي الشيك ومن ثم فلا جناح على الحكم إن هو أعرض عما تثيره الطاعة بشأن العلاقة التي حدث بها إلى إصدار الشيك ويكون منعى الطاعة في هذا الخصوص غير مقبول".^(١٢٦) لذلك، نرى أنه من الأسلم أن تحذو أحكام المحكمة العليا حذو أحكام النقض، وترتكز إلى المبدأ الذي أقرته سابقاً في عام ٢٠٠٣م من أن الشيك "أداة وفاء، ولا عبرة في قيام جريمة إعطاء شيك بدون رصيد للسبب أو الغرض من تحريره؛ لأن ذلك من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسؤولية"،^(١٢٧) وإن كانت للضمان، وينسجم هذا الرأي مع القاعدة العامة التي قررتها المحكمة في الجرائم عموماً من أن: "الباعث على ارتكاب الجريمة ليس ركناً من أركانها أو عنصراً من عناصرها".^(١٢٨) ومع خلو قانون الجزاء الجديد من صياغة صريحة تسد الطريق أمام تصنيف

(١٢٥) سعود بن صالح المعولي، المرجع السابق، ص ٣٧.

(١٢٦) مجموعة أحكام النقض، الأول من أكتوبر ١٩٩٨م، س ٤٩، رقم ١٣١، ص ٩٧٣.

(١٢٧) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م،

الطعن رقم: ٢٠٠٢/٢٢١، جلسة: ١٣ فبراير ٢٠٠٣م، ص ٨٤٩.

(١٢٨) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢م،

الطعن رقم: ٢٠٠٢/٢٠٥، جلسة: ٣١ ديسمبر ٢٠٠٢م، ص ٥٩٥.

الشيكات إلى شيكات وفاء وشيكات ضمان، وفي ظل استمرار الاجتهاد القضائي في المسألة، فإنه من السابق لأوانه القول بأن المادة (٣٥٦) قد ألغت شيكات الضمان، ففي حكم حديث قررت المحكمة الابتدائية بأنه: "ويشأن ما يدفع به المتهم بأن الشيك للضمان، فإن المحكمة مكنته من تقديم أصل الشيك لإثبات ذلك إلا أنه عجز عن الإثبات وبالتالي فإن ما يدعيه ليس سوى دفعاً مرسل لا يوجد ما يسانده في الأوراق".^(١٢٩) والسؤال الذي يثيره هذا الحكم، هو أنه إذا كانت جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد - وفق المادة (٣٥٦) - تتحقق بمجرد تسليم الشيك للمجني عليه، لماذا طالبت المحكمة المتهم بتقديم أصل الشيك لإثبات بأنه كان على سبيل الضمان؟ ولماذا التفتت أساساً إلى هذا الدفع إذا كان من المقرر لديها بأن الشيك هو أداة وفاء لا أداة ائتمان تتعطف عليه الحماية الجزائية بمجرد طرحه للتداول؟ طالما أن المحكمة التزمت بالدفع ولم تُعرض عنه كما فعلت محكمة النقض، فإن هذا يعني أنه دفع جوهري يتعلق بانتفاء المسؤولية الجزائية، يجب على المحكمة أن ترد عليه بما يكشف عن أنها محصت الدعوى ووصلت إلى أن الشيك موضوع الدعوى للوفاء وليس الضمان، وهذا يدل على استمرارية اعتداد المحاكم بشيكات الضمان، ويشكك في مفعول المادة (٣٥٦) بإلغائها.

وبالعودة إلى السؤال المطروح حول مدى تأثير استبعاد النص الجديد لعبارة "عن سوء نية" على تجريم شيك الضمان، وجدنا أن المحكمة الابتدائية بمسقط في حكم أصدرته بتاريخ ٢ يونيو ٢٠٢٠م قد قررت بأنه: "ولئن كان مجرد تسليم الساحب بإرادته للمستفيد الشيك الذي توافرت فيه مقوماته موقفاً عليه يتحقق به طرح الشيك للتداول فتتعد عليه الحماية القانونية التي أسبغها المشرع على الشيك بالعقاب على

(١٢٩) المحكمة الابتدائية بمسقط، الدائرة الجزائية، رقم الحكم: ٢٠١٨/٥١٢٤/١٤٨٠ (غير منشور)،

جلسة: ١٢ ديسمبر ٢٠١٨م، ص ٤.

هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجري مجرى النقود في المعاملات، إلا أن هذه الجريمة تتطلب توافر قصد سوء النية عند محرر الشيك، وعليه ولما كان ذلك فإن المحكمة يبحثها مسألة تحقق أركان الجريمة فقد استبان لها أن... القصد الجرمي للمتهم لم يكن متحقق كونه قد سلم العين المؤجرة للمدعية والتي ارتضت أن تستلمها قبل مواعيد استحقاق الشيكات، معتقداً أن العلاقة التجارية التي تربطه بالمدعية قد انتهت وأنه تخلص من التزامه^(١٣٠). ويرى الباحث أن ارتكان الحكم إلى أن "الجريمة تتطلب توافر قصد سوء النية عند محرر الشيك" هو استناد غير موفق؛ ذلك أن المادة (٣٥٦) لم تتطلب سوء نية الساحب، إلا أنه يبدو أن القضاء ما زال متمسكاً بما قرره المحكمة العليا في عام ٢٠١٣م بأنه: "إذا حرر الشيك في ظروف تدل على أنه كان ضماناً لدين، فلا تسبغ عليه في هذه الحالة الحماية الجزائية المقررة له بحسبان أن سوء النية مُنتفي"،^(١٣١) مما يبرهن على أن إلغاء عبارة "سوء نية" من النص الجديد لم يحقق أثراً جلياً في إلغاء شيك الضمان.

ومع أننا نتفق مع حكم آخر حديث ذهبت فيه المحكمة الابتدائية إلى أن: "الشيك المحمي جزائياً بموجب المادة (٣٥٦) من قانون الجزاء هم السند المستحق الأداء بعد الاطلاع عليه، وفور سحبه وهو أداة وفاء يقوم مقام النقود... كما أن جريمة إصدار شيك بدون مقابل متوافرة الأركان بمجرد ارتكاب إحدى الأفعال المنصوص عليها في نص المادة (٣٥٦) من قانون الجزاء، فهي جريمة شكلية لا شأن للقصد الجنائي بتوافرها، وركن سوء النية مفترض التوافر قانوناً عند توافر ارتكاب

(١٣٠) المحكمة الابتدائية بمسقط، الدائرة الجزائية، رقم الحكم: ٣١٦/٥١٠٠/٢٠٢٠م (غير منشور)، جلسة: ٢ يونيو ٢٠٢٠م، ص ٤-٥.

(١٣١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية والمبادئ المستخلصة منها لسنتين القضائيتين (١٣ و ١٤)، الطعن رقم: ٢٠١٣/٨٨، جلسة: ٤ يونيو ٢٠١٣م، ص ١٥٢.

أحد تلك الأفعال"،^(١٣٢) كونه ينسجم مع الغاية التشريعية التي توخاها المشرع من النصوص الجديدة لجرائم الشيكات، إلا أنه يتعارض مع غيره من الأحكام التي صدرت بعد سريان القانون الجديد، والتي لا زالت تعول على إرادة الساحب وأسباب سحب الشيك فيما إذا كان للوفاء أم الضمان. بناءً على ذلك، ولغاية صدور هذه الأحكام المتعارضة، ليس من الدقة القول بأن قانون الجزاء الجديد قد ألغى ما يسمى بشيك الضمان.

والحقيقة أن المشرع أورد إشارة لإلغاء شيكات الضمان عندما نص في المادة (٣٥٧) من القانون الجديد على عقاب "كل من تسلم شيكاً أو حمل الغير على تسلمه، وهو يعلم أنه ليس له مقابل يفي بكامل قيمته، أو أنه غير قابل للصرف". فهذا النص من شأنه منع الاتفاقات التي تجري عادةً بين أطراف شيكات الضمان بتسليمها على سبيل الضمان، مع علم المستفيد بعدم وجود رصيد كافٍ لها، وبالتالي وقوعه تحت طائلة النص، إلا أن المتهم من الممكن أن يدفع بأن فعله كان على سند من القانون؛ فالمادة (٥٤٤) - كما أشرنا سلفاً بالتفصيل - تجيز تسلم الشيكات المؤجلة ضماناً لدين معين، وهو ما قد يثير النقاش حول مدى جواز تجريم قانون الجزاء لفعل يبيحه قانون التجارة، فالقاعد تقول بأن الخاص يقيد العام، وقانون التجارة هو القانون الخاص بتنظيم تداول الشيك، أما قانون الجزاء فيقتصر دوره على كفالة الحماية له.

أخيراً، يمكن القول بأن إصدار قانون الجزاء الجديد هو خطوة هامة في الطريق الصحيح، إلا أنه في كنف المادة (٥٤٤) من قانون التجارة، ستظل الممارسات والاتفاقات التي تخرج الشيك عن وظيفته الأساسية مستمرة، وسيظل الدفع بأن الشيك على سبيل الضمان مجدياً في جرائم الشيكات، نظراً لدوره في تعطيل المسؤولية

(١٣٢) المحكمة الابتدائية بمسقط، الدائرة الجزائية، رقم الحكم: ٣/٥١٠٠/٢٠١٩م (غير منشور)،

جلسة: ٨ إبريل ٢٠١٩م، ص ٣.

الجزائية، مما سيبقي المحاكم على الأرجح متخمةً بقضايا الشيكات، وهو ما سوف يتسبب في إهدار ثقة العامة بالشيك، وربما عزوفهم عن استخدامه، إن لم يكن رفضه تماماً في التعامل.

المطلب الثالث

التطلعات المستقبلية بشأن مواجهة شيكات الضمان

بدأت ظاهرة الشيكات الصادرة بدون رصيد في السلطنة منذ سنوات عديدة، إلا أنها تفاقمت في الآونة الأخيرة بسبب كثرة التعامل بشيكات الضمان، ولم تُعالج تماماً بصدور قانون الجزاء الجديد كما كان متوقعاً، فعلى الرغم من سريان النصوص الجديدة المغلظة لجرائم الشيكات منذ يناير ٢٠١٨م، إلا أن جرائم الشيكات ارتفعت في ذلك العام لتبلغ (٤٧٥٩) جريمة، بنسبة زيادة بلغت (١.٠٦%)، كما أنها واصلت ارتفاعها في عام ٢٠١٩م لتصل إلى (٤٨٤٥) جريمة، بنسبة زيادة بلغت (١.٨١%).^(١٣٣)

لا شك أن هذه الأعوام شهدت ركود اقتصادي، ومعدل جرائم الشيكات - كما تشير الدراسات - يرتفع في زمن الأزمات الاقتصادية،^(١٣٤) إلا أن الدراسات تؤكد كذلك أن قصور الحماية الجزائية يؤدي ارتفاع وتيرة جرائم الشيكات، فالجرائم المالية - بحكم عائداتها الكبيرة - تتطلب عقوبات رادعة ترفع من تكلفتها وتقلل من ربحيتها، بما يُنتي عن ارتكابها.^(١٣٥) ونعتقد أن قصور التنظيم القانوني الحالي أغرى الكثيرين

^(١٣٣) الادعاء العام، ملخص القضايا السنوي لعام ٢٠١٩م، المرجع السابق، ص ٩.

^(١٣٤) Ezgi Bayak, Seeking for solutions to bounced cheque: example of Turkey, (2018) 8 Juridical Trib, p. 809.

^(١٣٥) Basak Babaoglu & Alexander Wulf, Decriminalizing the issuance of bad checks in Turkey: an analysis of the effects of changes in penalties, (2016) 42 European Journal of Law and Economics, p. 5.

على التعامل بشيكات ضمان للتخلص من الالتزامات المالية التي لا يرغبون في أدائها؛ إذ إن النصوص الجزائية الجديدة وبالرغم من شدتها، لم تأت بحكم صريح يُلغي شيك الضمان ويوقعه تحت طائلة التجريم، وبالتالي لم تسدل الستار على المشكلة، لتظل شيكات الضمان محض اجتهاد قضائي لا يتمتع بثبات التشريع وصلابته.

ومع التطلعات المستقبلية للاقتصاد العُماني وأهداف رؤية عُمان ٢٠٤٠، تظهر الحاجة ملحة لاستشراف المستقبل بشأن الموقف الذي ينبغي اتخاذه في مواجهة مشكلة شيكات الضمان، حيث يبقى السؤال المركزي مطروحاً حول أنسب الحلول القانونية وأكثرها ملائمةً للتعامل مع المشكلة؟ هل ينبغي على المشرع التخلي عن فكرة تجريم شيكات الضمان التي لا يقابلها رصيد قائم؟ أم أن مكافحة شيكات الضمان وأثرها السيئ على الثقة بالشيك يقتضي تجريمها أسوةً بالتشريعات المقارنة؟

غني عن البيان، أن لكل مجتمع ثقافته وظروفه، لذلك ما قد يصلح لمجتمع ما ليس بالضرورة صالحاً لمجتمع آخر، ومن هنا تبرز ضرورة وأهمية إيجاد معالجة قانونية حكيمة ومتوازنة تتوافق مع طبيعة السوق العُماني، وتكفل في الوقت ذاته إعادة الثقة والهيبة إلى الشيك كورقة تجارية هامة للاقتصاد الوطنيين فالقانون الجزائي - كما هو معلوم - ينبغي أن يواكب تطور المجتمع ويساير حاجاته، وإلا أصبح عاجزاً عن أداء دوره ووظيفته في توفير الحماية اللازمة والفعالة.

في المقابل، لا ينبغي اللجوء إلى الجزاء الجنائي إلا كحل أخير، وإذا ما تم التجريم فإنه ينبغي أن ينحصر في الإطار الضروري والملائم، وهو ما سعى إليه المشرع العُماني في قانون الجزاء الحالي، إلا أن مدى فاعلية النصوص الحالية في مواجهة الكم الكبير من الشيكات بدون رصيد يظل موضوع سؤال جدير بالطرح والمناقشة مع تعاضد الحركة التجارية وتعالى الأصوات بمزيد من الحماية للاقتصاد الوطني والمعاملات المالية.

باستقراء الفقه القانوني نجد أن خلافاً ثار حول جدوى وضروة تجريم شيكات الضمان، حيث يرى جانب من الفقه بأنه لا يجب إخضاع شيكات الضمان للحماية الجزائية، بل ينبغي على المشرع النزول على الاعتبارات والضرورات التي استوجبت استعمال الشيك كأداة ضمان والتماشي مع الواقع المعاش، وذلك لأن تجاهل الدواعي العملية وإرادة المتعاملين بالشيك سيجعل من القانون مخالفاً للواقع وغير صالحاً للتطبيق، وسيؤدي إلى نتائج خطيرة تؤثر على نشاط السوق وحركة المعاملات التجارية،^(١٣٦) ويبدو أن هيئة توحيد المبادئ قد اطمأنت لهذا الرأي، عندما قررت الاعتراف بشيكات الضمان مجازةً للعرف الجاري والثقافة السارية لدى الكثير من أفراد المجتمع العُماني باستخدام الشيك بديلاً عن وسائل الائتمان الأخرى، خشيةً منها أن يؤدي إلغاء دور الشيك كأداة ضمان إلى تعطيل الحياة الاقتصادية، وخلق حالة كساد في البلاد.

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه ضرورة تجريم ارتجاع شيكات الضمان لإعادة التعاملات إلى مسارها الصحيح ولإنقاذ الثقة والهيبة المعقودة على الشيك كورقة مهمة اقتصادياً، والتي اختلت فعلاً جراء كثرة استعمالها كوسيلة ضمان، حيث تتطلب حماية الثقة بالشيك النظر إليه نظرة مجردة على أنه أداة وفاء، وإهدار ما يخالف ذلك من ممارسات خاطئة، إذ لا يصح عملاً وقانوناً التلاعب بطبيعة الشيك أو إخراجه من وظيفته القانونية والمصرفية، مهما كانت الاعتبارات،^(١٣٧) وفي رأي مماثل، يرى البروفيسور Harry Poole انعدام أي مسوغ قانوني يبرر نزع الصفة الإجرامية عن

(١٣٦) د. محمود سمير الشراوي، الأوراق التجارية في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية،

القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٢٢٠؛ د. حامد الشريف، المرجع السابق، ص ٩٧.

(١٣٧) د. محمود كبيش، المرجع السابق، ص ٢٣؛ د. محمد محده، المرجع السابق، ص ١٥.

شيك الضمان.^(١٣٨) ونعتقد بأن القرارات الأولى للمحكمة العليا جاءت متوافقة مع هذا الرأي، إذ يمكن القول إنها آثرت مسايرة الأنظمة القانونية والمصرفية المنظمة لتداول الشيك والتي تُعتبر من النظام العام، لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها بتغيير وظيفة الشيك، واتخاذها وسيلة للاستيلاء على الأموال.

ويرى الباحث أن الوصول إلى حل مستقبلي ملائم يحسم الخلاف والتباين القضائي حول تجريم شيكات الضمان يقتضي استحضار الآثار الاقتصادية لهذه الشيكات؛ فإذا كان التعامل بشيكات الضمان له آثار إيجابية على سوق المعاملات التجارية، فإنه ربما يجدر التفاوضي عن تجريمه، والواقع أن تقديم الشيك كأداة ضمان أو ائتمان لتسهيل القروض ومختلف المعاملات التجارية ربما يُضفي حركة ونشاط على السوق، إلا أن هذا النشاط وفق ما تؤكد التقارير الدولية هو نشاط زائف سرعان ما يزول بارتجاع هذه الشيكات وانكشاف عدم قابليتها للدفع،^(١٣٩) وتستشهد بعض التقارير بحادثة انهيار سوق الأوراق المالية الكويتي في عام ١٩٨٢م كأثر خطير للتعامل بالشيكات المؤجلة، حيث لجأ قرابة (٦٠٣١) مضارب إلى شراء ملايين الأسهم بواسطة سحب أكثر من (٢٨٨١٥) شيكاً مؤجلاً تقدر قيمتها بحوالي (٢٦.٧) مليون دينار، وقد أدى عجزهم عن سدادها إلى انهيار الأسعار وتكبد السوق والمصارف بخسائر فادحة.^(١٤٠)

(138) Harry J. Poole, Criminal Law—Post-Dated Check May Be Criminal Offense Under § 1292-a of N.Y. Penal Code, *ibid*, p. 290.

(139) Central Bank of Nigeria (CBN) Dangers of Postdated Cheques for Loan Facilities, 2020, p.3.

(140) Stock Market Update: Guidelines on Postdated Checks, 7 Middle East Executive Reports 17, (Jan. 1984), p. 18.

ويُحذر الباحث من تعرض السوق العُماني لخطر مشابه يتمثل فيما يُعرف بـ "التجارة المستترة" Black Economy؛^(١٤١) حيث يلجأ بعض العمال الأجانب ممن يدعون الاستثمار إلى إنشاء شركات باسم كفاء عُمانيين، وسحب شيكات مؤجلة؛ لشراء احتياجاتها بما يفوق قدراتهم المالية، وغالباً ما يتم ارتجاع تلك الشيكات لعجزهم عن تسديد المبالغ المترتبة، مما يضطرهم إلى الهرب ومغادرة البلاد مخلفين ورائهم ديون بملايين الريالات. وقد يكون تجريم شيك الضمان خطوة مهمة لمكافحة التجارة المستترة والاستثمارات الزائفة وحماية الاقتصاد الوطني.

وبالنظر إلى هذه الآثار الاقتصادية الضارة، قرر القضاء الأمريكي إخضاع الشيكات المؤجلة PDCs للمسؤولية الجنائية عند ارتجاعها غير مدفوعة من البنك، إلا أن ذلك مرهونٌ بعدم التزام الساحب بإشعار المستفيد والبنك صراحةً أو ضمناً بالتأجيل، بما يفصح عن صدق إرادته بدفع الشيك في التاريخ المذكور به وينفي سوء نيته؛^(١٤٢) أي أن القضاء الجنائي الأمريكي باستحدثه لإجراء إشعار البنك بالتأجيل The Notice Requirement أراد التغلب على بعض المشاكل التي يثيرها تجريم شيكات الضمان، خصوصاً ما يتعلق بإثبات نية الخداع بعدم تنفيذ الدفع المؤجل، كما تُعاقب على ارتجاع الشيكات المؤجلة كل من تشريعات الكويت والسعودية واليمن والعراق والأردن وسوريا ومصر وليبيا والمغرب وتونس والجزائر، الأمر الذي قد يثير الاستغراب حول المبرر من التخلف عن ركب هذه الدول التي تتشابه مع السلطنة في ظروفها الاقتصادية ونظامها القانوني.

^(١٤١) تجدر الإشارة إلى أن السلطنة تدرس حالياً استصدار قانون لمكافحة التجارة المستترة، وقد تمت مؤخراً إحالة مشروع القانون من مجلس الشورى إلى مجلس الدولة تمهيداً لإقراره.

<https://www.shura.om/Laws-Legislations/Law>

آخر زيارة بتاريخ ١١ / ٨ / ٢٠٢٠م.

^(١٤٢) New York v. Gerber 453 N. Y.S 2d 998 (1982).

أما القول بأن كثرة استعمال الشيك كوسيلة ضمان أصبحت واقعاً يجب التسليم به والتماشي معه، وأن "القانون الذي يعارض الواقع العملي لا يصلح للتطبيق"،^(١٤٣) فمردوداً بأن المشرع ينبغي له - كما تقول المحكمة العليا - الاستجابة فقط للأعراف الحميدة، أما الأعراف السلبية - وإن كانت شائعة - فينبغي عدم إجازتها والرضوخ لها،^(١٤٤) كما أنه ليس من الدقة وصف القانون بأنه أداة يجري تدليلها دوماً لخدمة الدواعي العملية، فالقانون الجزائي - على وجه التحديد - أداة ضبط وتنظيم للسلوك الاجتماعي، لذلك ليس القانون من ينبغي عليه دائماً الانصياع لرغبات الأفراد، بل على أفراد المجتمع كذلك ترتيب سلوكهم وعلاقاتهم تبعاً لأحكام القانون، وتطبيقاً لذلك على الأفراد العودة إلى الكمبيالة والسند لأمر، إذا ما أرادوا استخدام أدوات قانونية للائتمان، ولعل فرض جزاءات مالية في حال التلاعب بهذه الأدوات الائتمانية وعدم الوفاء بها عمداً سيعطيها القوة الرادعة التي تفتقر إليها، وسيشجع الأفراد على استعمالها، وهذا بدوره سيدفع عجلة الاستثمار القائم على الائتمان التجاري.

وإذا كان النشاط التجاري يقوم على اعتبارات السرعة والائتمان، وكانت رؤية عُمان ٢٠٤٠م تسعى إلى خلق اقتصاد ديناميكي فاعل، فإنه لا يتوافق مع هذه الاعتبارات المستقبلية الإطاحة بالحماية الجزائية للشيك بحجة أنه صدر ضماناً للالتزام معين، كما خلص التحليل السابق إلى عدم ملائمة نفي الصفة الجرمية عن شيك الضمان، فليس من المصلحة الحكم بعدم وقوع شيك الضمان تحت طائلة التجريم، وليس من الحكمة مكافأة من يدعي تحرير شيك على سبيل الضمان بمنحه فرصة للإفلات من العقاب، فإذا ما فُتِح الباب أمام الادعاء بحجة الضمان من المرجح أن

(١٤٣) د. حامد الشريف، المرجع السابق، ص ٩٩.

(١٤٤) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠١٦ وحتى ٢٠١٨م، الطعن رقم: ٢٠١٧/٨٢١، جلسة: ١٣ مارس ٢٠١٨م، ص ٤٣٦.

ينتراحم على التشبث بها كل من أراد التخلص من التزامه، مما سيتمخض عنه كم هائل من الشيكات بدون رصيد، الأمر الذي سيؤدي إلى اكتظاظ المحاكم بقضايا الشيكات المرتجعة كما هو الوضع الآن، وفي المقابل يتعذر واقعاً على المحاكم الجزائية دراسة ملايسات وظروف كل قضية لتقدير ما إذا كان الشيك صدر ضماناً أم وفاءً.

كما أن عدم إخضاع شيكات الضمان للمسؤولية الجزائية واعتبارها مطالبات مدنية - بالرغم من أنها شيكات مرتجعة - سوف يكبد المستفيد، لا سيما إذا كانت شركة تعتمد على الشيك في تنفيذ تعاملاتها، نفقات وجهد ووقت المطالبة بقيمة الشيك أمام المحاكم المدنية، وهو ما سيتسبب بخسائر هائلة من خلال إطالة الأمد اللزام لتحصيل مبالغ الشيكات، وقد تنبه المشرع العُماني لهذه المسألة عندما أناط بالقضاء الجزائي - وليس القضاء المدني كما هو معمول به في بعض التشريعات - الحكم للمستفيد بقيمة الشيك، إلا اعتبار شيك الضمان مجرد كمبيالة مدنية سيقوض هذه الميزة، وسيلحق الضرر بالاقتصاد الوطني، في المقابل سيؤدي تجريم شيكات الضمان إلى الحد من التلاعب بالشيك وإساءة استخدامه كوسيلة للخداع والتحايل، وهو ما تنبته إليه التشريعات العربية والأجنبية سالفة الذكر.

وإذا كانت مواجهة مشكلة شيكات الضمان تستلزم تدخل تشريعي صريح، فإن الباحث يرى بأن المشرع الجزائي غير مطالب بتعديل نصوص جرائم الشيكات لإلغاء شيك الضمان، وإنما التعديل ينبغي أن يوجه شطر نصوص قانون التجارة، وتحديدًا المادة (٥٤٤) منه التي تخالف متطلبات الاقتصاد الحالي وتتعارض مع ما نصت عليه معظم التشريعات المقارنة، ونعتقد أنه بهذا التعديل سيتحقق ليس فقط التناغم بين نصوص قانون الجزاء وقانون التجارة، وإنما كذلك التوافق والتكامل التشريعي الذي تتطلع إليه رؤية عُمان ٢٠٤٠م.

الخاتمة

لقد تصدت هذه الدراسة لمشكلة إخضاع شيكات الضمان للتجريم في القانون العُماني، وهي مشكلة أثارت جدلاً كبيراً، إلا أنها لم تنل النصيب الذي تستحقه من البحث والتحليل، وبالرغم من الاجتهاد القضائي الحثيث لمواجهة ارتفاع وتيرة شيكات الضمان، تظل الحقيقة القائمة أن التعديل التشريعي الذي أتى به قانون الجزاء الجديد لم يقضي تماماً على مشكلة الشيكات المرتجعة ولم يحد فعلياً من شيكات الضمان، إذ لا زالت المحاكم الجزائية تعاني من تراكم قضايا الشيكات بدون رصيد، ولا زال التعامل بالشيك كأداة ضمان وليس كأداة وفاء سائداً وشائعاً، مما أضعف ثقة العامة في الشيك وجعله عاجزاً بشكل متنامي عن أداء وظائفه الاقتصادية المرجوة.

وإزاء تزايد قضايا شيكات الضمان، وعدم قدرة المعالجات التشريعية الحالية على كبحها، نعتقد بأنه بات ضرورياً دعوة المشرع العُماني إلى التدخل وحسم الخلاف حول ثبوت أو انتفاء الصفة الإجرامية عن شيكات الضمان، الأمر الذي من شأنه أن يخفف العبء عن كاهل القضاء، ويسهم في التقليل من ضبابية المشهد الحالي، بما يتوافق مع السياسة الاقتصادية المستقبلية للسلطنة.

والباحث لا يدعي بأنه بتصديه لهذه المشكلة الشائكة قد أوفاهما حقها من التمحيص والتدقيق، ولكنه توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات لعلها تُسهم في علاجها والحد من آثارها الخطيرة، وفيما يلي أبرزها:

أولاً- النتائج:

١- يعتبر الشيك أكثر الأوراق التجارية استخداماً في السلطنة، حيث تم في عام ٢٠١٩م مقاصة أكثر من (٤.٦) مليون شيك، تجاوزت قيمتها (١٥) مليار ريال عُماني.

٢- بالرغم من الحماية الجزائية التي وفرها المشرع العُماني للشيك، بلغ عدد الشيكات

- المرتجعة خلال عام ٢٠١٨م (٤٦٩١٨٧) شيكاً، نجم عنها (٤٧٥٩) قضية، مقارنةً بـ (٤٨٤٥) قضية في عام ٢٠١٩م، أي بزيادة مقدارها (١.٨١%).
- ٣- باعتبار أن حوالي (٧٨%) من مجموع الشيكات المرتجعة تم ارتجاعها بسبب "عدم كفاية الرصيد"، وطالما أن شيكات الضمان غالباً ما تكون بدون رصيد، فإن تأثيرها على ارتفاع جرائم الشيكات يبدو جلياً.
- ٤- لم تورد التشريعات العُمانية تعريفاً للشيك مثل ما فعلت بعض التشريعات المقارنة، ولم تُقدم المحكمة العليا تعريفاً دقيقاً للشيك المحمي جزئياً، إلا أن المفهوم الفقهي والمصرفي للشيك ينصرف إلى أي صك بنكي مستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليه، باعتباره أداة وفاء فورية غير قابلة للتأجيل.
- ٥- خلافاً للمفهوم القانوني للشيك كأداة وفاء تقوم مقام النقود في المعاملات، يشيع في الواقع العملي استخدام الشيك كأداة ضمان لالتزامات مختلفة، مما يُشكل انحرافاً عن الوظيفة الأساسية للشيك، تسبب في زعزعة ثقة المتعاملين بالشيك في السوق العُمانية.
- ٦- يوجد تردد وتباين في الأحكام القضائية بشأن ما إذا كانت شيكات الضمان خاضعة للتجريم أم تتحسر عنها الحماية الجزائية، إلا أن قول غالبية القضاء العُمانية بأن الشيك يمكن أن يكون أداة ضمان، ومن ثم تتسلخ عنه صفة التجريم، لا يتوافق مع الغاية التشريعية من نصوص جرائم الشيكات.
- ٧- يمكن القول إن إصدار قانون الجزاء الجديد هو إجراء جاد لمكافحة جرائم الشيكات، إلا أنه في ظل وجود المادة (٥٤٤) من قانون التجارة، سيظل الدفع بأن الشيك للضمان أكثر الدفوع طرْحاً أمام المحاكم الجزائية، مما سيبقيها على الأرجح في حالة اكتظاظ بقضايا شيكات الضمان.

ثانياً- التوصيات:

١- ضرورة إعادة النظر في المادة (٥٤٤) من قانون التجارة، وذلك بتعديلها بما ينسجم مع اتفاقية قانون جنيف الموحد للشيك، وما نصت عليه من أن الشيك يكون دائماً مستحق الدفع بمجرد الاطلاع، ونقترح أن يتم التعديل بإبدال الصياغة الحالية بالصيغة الآتية:

التعديل المقترح للمادة (٥٤٤): "يكون الشيك واجب الوفاء بمجرد الاطلاع عليه، وكل بيان يفيد التأجيل يعتبر لاغياً. وإذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره وجب وفاؤه في يوم تقديمه".

٢- مراعاة إدخال تعديل تشريعي على أحكام تداول الكمبيالة والسند لأمر يكفل لها قدرًا من القوة الرادعة، وذلك بفرض جزاءات مالية في حال الامتناع عمداً عن الوفاء بها في موعد استحقاقها، مما سيثجع الأفراد على استعمالها، وسيسهّم في علاج ضعف الائتمان والمماطلة في سداد الديون في السوق العُماني.

٣- ضرورة بأن تعي البنوك التجارية مسؤولياتها؛ وذلك بتبنيه عملائها بالتبعات القانونية المترتبة على إصدار شيك بدون رصيد أو استخدامه في غير وظيفته، وعدم منحهم دفاتر الشيكات إلا بعد التأكد من ملاءتهم المالية.

٤- وبالتوازي مع نصوص جرائم الشيكات في قانون الجزاء الجديد، نوصي البنوك بضرورة تفعيل القائمة التحذيرية الموحدة بأسماء من ترتجع لهم شيكات بصفة متكررة، والالتزام بعدم فتح حسابات جارية لهم لمدة عام، وفق ما نصت لائحة البنك المركزي رقم ب م/٥١/١١/٢٠٠٧ بشأن نظام الشيكات المرتجعة.

٥- أخيراً، يوصي الباحث بأهمية إجراء دراسة ميدانية تُكمل ما انتهى إليه هذا البحث، وتستطلع آراء المتعاملين حول تجريم شيكات الضمان، وتستكشف الآثار الاقتصادية والاجتماعية المحتملة التي قد تترتب على إلغاء التعامل بها.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العربية:

- ١) الادعاء العام، ملخص القضايا السنوي لعام ٢٠١٩م
- ٢) البنك المركزي العُماني، النشرة الإحصائية الفصلية، ديسمبر ٢٠١٩م، العدد ٤، المجلد ٥٢.
- ٣) د. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م.
- ٤) د. الوليد بن محمد البرماني، الشيك جنائياً وتجارياً: دراسة مقارنة بين القانون المصري وقوانين سلطنة عُمان مع الإشارة إلى قوانين بعض الدول العربية الأخرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
- ٥) د. حامد الشريف، شيك الائتمان والوديعة والضمان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
- ٦) د. عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العُماني: الجرائم الواقعة على الأموال، الأجيال، مسقط، ٢٠١٨م.
- ٧) د. عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العُماني: القسم العام، مطبعة الأجيال، مسقط، ٢٠٠٨م.
- ٨) د. عادل علي المقدادي، الأوراق التجارية وفقاً لقانون التجارة العُماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠ (الكمبيالة، السند لأمر، الشيك)، الأجيال، مسقط، ٢٠٢٠م.
- ٩) د. فتوح عبدالله الشاذلي، معنى الشيك في القانون الجنائي، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨م.
- ١٠) د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الأردني - الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٤م.
- ١١) د. كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني: الجرائم الواقعة على الأموال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩١م.
- ١٢) د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٤م.

- ١٣) د. محمد الجبور، الحماية الجزائرية للشيك في القانون الأردني، مطابع الدستور التجارية، عمّان، ١٩٨٩م.
- ١٤) د. محمد محده، جرائم الشيك، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ١٥) د. محمود سمير الشرقاوي، الأوراق التجارية في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.
- ١٦) د. محمود كبيش، الحماية الجنائية للشيك في ظل قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ١٧) د. يحيى الشاذلي، ورقة علمية مقدمة ضمن ندوة المشكلات القانونية والاقتصادية الناتجة عن الشيك بدون رصيد، كلية الشريعة والقانون، سلطنة عُمان، ٢٠٠٠م.
- ١٨) سعود بن صالح المعولي، المشكلات العملية في جرائم الشيكات في ظل قانون الجزاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة السلطان قابوس، ٢٠٢٠م.
- ١٩) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠١٦ وحتى ٢٠١٨م.
- ٢٠) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٢م.
- ٢١) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية والمبادئ المستخلصة منها لعام ٢٠٠٣م.
- ٢٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجزائرية والمبادئ المستخلصة منها لسنتين القضائيتين (١٣ و ١٤) ٢٠١٤م.
- ٢٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن هيئة توحيد المبادئ والدائرة الجزائرية مع المبادئ المستخلصة منها لسنة ٢٠٠٤م.
- ٢٤) مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ وحتى ٢٠١٠م.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- 1) A P Simester and G R Sullivan, 'On the Nature and Rationale of Property Offences' in R.A. Duff and Stuart Green (ed), Defining Crimes: Essays on The Special Part of the Criminal Law (Oxford University Press 2005).
- 2) Basak Babaoglu & Alexander Wulf, Decriminalizing the issuance of bad checks in Turkey: an analysis of the effects of changes in penalties, (2016) 42 European Journal of Law and Economics.
- 3) Central Bank of Nigeria (CBN) Dangers of Postdated Cheques for Loan Facilities, 2020.
- 4) College of Banking and Financial Studies, Banking Sector in Oman: Strategic Issues, Challenges and Future Scenarios, 2017.
- 5) Ezgi Bayak, Seeking for solutions to bounced cheque: example of Turkey, (2018) 8 Juridical Trib.
- 6) Gillian Black et al., Business Law in Scotland (W. Green 2015).
- 7) Harry J. Poole, Criminal Law—Post-Dated Check May Be Criminal Offense Under § 1292-a of N.Y. Penal Code, (1964) 14 Buffalo Law Review 2.
- 8) Jack Evangelides, Post-Dated Cheques in the UAE: The Pros and Cons, Middle East and North Africa, 2018.
- 9) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law (Oxford University Press 2016).
- 10) Lord Chorley, cited in Milnes Holden, Law of Banking (London 1967).
- 11) Silva G, Ramalho A and Vieira R, 'The Use of Cheques in the European Union: a cross-country analysis' (2017) 28 Open Economies Review 581.
- 12) Stock Market Update: Guidelines on Postdated Checks, 7 Middle East Executive Reports 17, (Jan. 1984).
- 13) Tee H-H and Ong H-B, 'Cashless Payment and Economic Growth' (2016) 2 Financial Innovation 4.
- 14) The European Central Bank (ECB), Payments statistics: 2017.
- 15) United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Country Review Report of the Sultanate of Oman, 2015.
- 16) William John Lawson, History of Banking (Boston 1852).
- 17) WTO, World Trade Report 2008: Trade in a Globalizing World (Geneva 2009).



صلاحية القاضي الإداري في إلزام جهة الإدارة بالإنصاح عن سبب القرار الإداري

الدكتور/ هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم*

الملخص:

كل قرار إداري أيًا كانت السلطة التي أصدرته، تقديرية كانت أم مقيدة، يجب أن يقوم على سبب يدعو لإصداره، وهذا السبب هو ركن من أركان القرار الإداري. فركن السبب هو توفر الحالة القانونية أو الواقعية التي تخول السلطة الإدارية المختصة إمكانية التدخل لإصدار قرار إداري، وبالمفهوم العكسي فإن انعدام السبب معناه عدم توفر الحالة القانونية أو الواقعية التي تبرر إصداره، وبالتالي لا يكون لتلك السلطة الحق في إمكانية التدخل لإصدار قرارها الإداري، فإن تدخلت بالرغم من انتفاء تلك الحالة القانونية أو الواقعية، وأصدرت قرارها الإداري فإن هذا القرار يعتبر غير مشروع لانتمائه بعيب السبب وبالتالي يكون قابلاً للإلغاء.

والقاعدة العامة المقررة في فقه القانون الإداري تتمثل في أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية، إلا إذا نص القانون صراحة على وجوب التسبب، وفي هذه الحالة تكون الإدارة ملزمة بتسبب قراراتها، أما إذا خلا القانون من إلزام الجهة الإدارية بتسبب القرار الإداري عند إصداره، فإن للإدارة إصدار القرار دون ذكر أسبابه، وفي هذه الحالة يفترض في القرار أنه قام على سببه الصحيح، وهذه القرنة تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي العكس.

وبمعنى آخر أنه في حالة إذا لم تفصح الإدارة عن سبب إصدار قرارها، لعدم وجود نص يلزمها بالتسبب، فإن عبء إثبات عدم صحة السبب يقع على عاتق الطاعن، وهو عبء ثقيل وصعب، ولذلك فإن القضاء يحاول أن يخفف هذا العبء عن الأفراد بعض الشيء.

الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري - جهة الإدارة - القرار الإداري - تسبب القرار.

*محاضر بكلية الحقوق - جامعة بنها.



The Authority of the Administrative Judge to Oblige the Administration to Disclose the Reason for the Decision

Dr. Haitham Elsayed Abdelwahed Ibrahim*

Abstract:

All administrative decision, whatever its authority, discretionary or restricted, must be based on a reason for its issuance, and this is a cornerstone of the administrative decision.

The reason is the availability of the legal or factual situation that empowers the competent administrative authority to intervene to issue an administrative decision. In the opposite sense, the absence of reason means that there is no legal or factual situation justifying its issuance, and therefore that authority has no right to intervene to issue its administrative decision. Despite the absence of that legal or factual situation, and issued its administrative decision, this decision is considered illegal because it is defective and therefore can be revoked.

The general rule established in the jurisprudence of administrative law is that the administration is not obliged to cause its administrative decisions, unless the law explicitly states that the reason should be given. In this case, the administration is obliged to cause its decisions. If the law does not oblige the administrative authority to cause the administrative decision when issuing it, the administration may issue the decision without stating its reasons. In this case, the decision assumes that it was based on the correct reason, and this quarantine shall remain until the plaintiff proves the contrary.

In other words, if the administration does not disclose the reason for issuing its decision, because there is no text required to cause it, the burden of proving the fault lies with the appellant, which is a heavy and difficult burden. Therefore, the judiciary tries to reduce the burden on individuals.

Keywords: Administrative Judge – Administration – Administrative Decision – Justifying the Decision.

*Lecturer at Faculty of Law - Benha University.

مقدمة

استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن كل قرار إداري أياً كانت السلطة التي أصدرته، تقديرية كانت أم مقيدة، يجب أن يقوم على سبب يدعو إلى إصداره، وهذا السبب هو ركن من أركان القرار الإداري.

فركن السبب هو توفّر الحالة القانونية أو الواقعية التي تخول السلطة الإدارية المختصة إمكانية التدخل لإصدار قرار إداري، وبالمفهوم العكسي فإن انعدام السبب معناه عدم توفر الحالة القانونية أو الواقعية التي تبرّر إصداره، ومن ثم لا يكون لتلك السلطة الحق في إمكانية التدخل لإصدار قرارها الإداري، فإن تدخلت بالرغم من انتفاء تلك الحالة القانونية أو الواقعية، وأصدرت قرارها الإداري، فإن هذا القرار يُعد غير مشروع؛ لاتسامه بعيب السبب، وبالتالي يكون قابلاً للإلغاء.

والقاعدة العامة المقررة في فقه القانون الإداري تتمثل في أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها الإدارية، إلا إذا نص القانون صراحة على وجوب التسبب، وفي هذه الحالة تكون الإدارة ملزمة بتسبب قراراتها، أما إذا خلا القانون من إلزام الجهة الإدارية بتسبب القرار الإداري عند إصداره، فإن للإدارة إصدار القرار من غير ذكر أسبابه، وفي هذه الحالة يفترض في القرار أنه قام على سببه الصحيح، وهذه القرينة تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي العكس.

وبمعنى آخر أنه في حالة إذا لم تفصح الإدارة عن سبب إصدار قرارها، لعدم وجود نص يلزمها بالتسبب، فإن عبء إثبات عدم صحة السبب يقع على عاتق الطاعن، (وهو عبء ثقيل وصعب)؛ ولذلك فإن القضاء يحاول أن يخفف هذا العبء عن الأفراد بعض الشيء، وهو ما سنتناوله تفصيلاً من خلال دراستنا.

مشكلة البحث:

تتحدد مشكلة البحث في الإجابة على التساؤل الآتي: هل للقاضي الإداري الصلاحية في إلزام الجهة الإدارية بالإفصاح عن سبب القرار الطعين؟ وبمعنى آخر إذا كان الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، فهل هذا الأصل يؤخذ به

على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية، أو أن الأخذ به على إطلاقه لا يستقيم مع واقع الحال وطبيعة النظام الإداري الذي تحتفظ بمقتضاه الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات مما يتعذر معه على الأفراد تحديد مضمونها تحديداً دقيقاً؟

أهمية البحث:

الوقوف على المستقر عليه فقهاً وقضاءً في مصر وفرنسا وذلك فيما يتعلق بصلاحيات القاضي الإداري في إلزام الجهة الإدارية بالإفصاح عن سبب القرار الطعين.

كما أن الدراسة المقارنة ستساعدنا على وجود أكثر من نموذج، ومن ثم يمكننا مقارنة كل منها بالآخر، والوقوف على أي من تلك الأنظمة أدق في الصياغة، وأيهما قد جانبه الصواب، وبذلك نستطيع الوقوف على أوجه القصور والنقص في الأنظمة والتشريعات ذات الصلة.

إضافة إلى أننا سنتناول التطبيقات القضائية في مصر وفرنسا ذات الصلة بموضوع البحث.

أهداف البحث:

نهدف من هذا البحث إلى تحقيق الآتي:

- 1- الوقوف على الفرق بين سبب القرار الإداري وتسببيه.
- 2- معرفة أنواع تسبب القرارات الإدارية.
- 3- استجلاء الغموض الذي يثور بشأن صلاحية القاضي الإداري في إلزام الجهة الإدارية بالإفصاح عن سبب القرار الطعين في كل من مصر وفرنسا، والتطبيقات القضائية ذات الصلة.
- 4- إيضاح الجزاء المترتب على عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في كل من مصر وفرنسا.

٥- مدى تغطية القانون الإداري في مصر وفرنسا للتطورات الحديثة في المجال الإداري، خاصة فيما يتعلق بموضوع البحث.

خطة البحث:

تشمل خطة البحث: مقدمة، ومبحث تمهيدي ومبحثين، وخاتمة، ثم الفهارس، وذلك على النحو الآتي:
المقدمة: وتشمل مشكلة البحث، وأهميته، وأهدافه، والدراسات السابقة، ومنهجيته، وخطته.

مبحث تمهيدي: العلاقة بين سبب القرار الإداري وتسببيه.

المطلب الأول: الفرق بين سبب القرار الإداري وتسببيه.

المطلب الثاني: أنواع تسبب القرارات الإدارية.

المبحث الأول: مدى صلاحية القاضي الإداري في إلزام الجهة الإدارية بالإفصاح عن سبب القرار الطعين.

المطلب الأول: مدى صلاحية القاضي الإداري المصري في إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين.

المطلب الثاني: مدى صلاحية القاضي الإداري الفرنسي في إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين.

المبحث الثاني: جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين.

المطلب الأول: جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في مصر.

المطلب الثاني: جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في فرنسا.

خاتمة: تتضمن أهم النتائج والتوصيات المستخلصة من البحث.

مبحث تمهيدي

العلاقة بين سبب القرار الإداري وتسببه

يختلف سبب القرار الإداري عن تسببه، كما أن للتسبب أنواع مختلفة بحسب الزاوية التي يُنظر منها إليه، فإذا نظرنا إليه من حيث مدى إلزاميته، فإنه يقسم إلى: تسبب إجباري وتسبب اختياري.

ومن ثم سنتناول في هذا المبحث الفرق بين سبب القرار الإداري وتسببه، وأنواع تسبب القرارات الإدارية، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الفرق بين سبب القرار وتسببه.

المطلب الثاني: أنواع تسبب القرارات الإدارية.

المطلب الأول

الفرق بين سبب القرار وتسببه

لقد فرّق الفقه والقضاء بين سبب القرار الإداري وتسببه، فقد ذهب بعض الفقه إلى تعريف السبب في القرار الإداري بأنه: الحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصداره، وهو بهذا التحديد ركن من أركان القرار الإداري، وتختلف هذا الركن أو انعدامه يجعل القرار الإداري غير قائم على سبب يبرّره، ومن ثم مستحقاً للإلغاء^(١). كما عرفه البعض الآخر بأنه: مجموعة العناصر القانونية والواقعية التي تحدث أولاً ومسبقاً، وتوحي إلى رجل الإدارة أن بإمكانه التدخل وإصدار القرار^(٢).

(١) سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٤م، ص ٢٤٧، عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م، ص ٣٣٩.

(٢) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، نسخته نقحها وراجعها الدكتور/ محمود عاطف البناء، دار الفكر العربي، ٢٠٠٦م، ص ٢٠٠، سامي الطوخي، التسبب والسبب في القرارات الإدارية، أكاديمية أبو ظبي، جامعة زايد، ص ١.

كما عرّف الفقه الفرنسي السبب بأنه: المبررات القانونية والواقعية التي دفعت الإدارة إلى تبني قرارها^(٣)، أو هو الأسانيد القانونية والواقعية التي استندت إليها الإدارة، والتي يترتب على تخلفها عدم مشروعية القرار^(٤).

أما التسبب فعرفه البعض بأنه: الإفصاح عن "الأسباب" التي يستند إليها القرار^(٥)، وعرف التسبب كذلك بأنه: ذكر أسباب القرار صراحة^(٦).

كما عرّفه الفقه الفرنسي بأنه: تحديد الإدارة لأسباب القانونية والواقعية التي يستند إليها القرار، مما يضمن للأطراف المعنية الإطلاع عليها، ومراقبة مشروعيتها^(٧).

أما محكمة النقض المصرية، فعرفت التسبب في حكمها الصادر في ١٩ من أكتوبر عام ٢٠٠٨م بأنه: "تحديد الأسباب والحجج المبني عليها الحكم - أو القرار - سواء من حيث الواقع أو القانون"^(٨).

(3) Autin Jean-Louis, La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens?, Revue française d'administration publique, 1/2011 (no 137 – 138), P.87 et suiv.

(4) Jacques Bouvier, Eléments fondamentaux de droit administratif, Avril 2011 , P. 31 et 54 .

(٥) سامي الطوخي، التسبب والسبب في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢.

(٦) فهد العزي، القرار الإداري، تعريفه وأركانه، بدون جهة نشر وتاريخ، ص ٧، ومن الفقه الفرنسي راجع:

Morand-Deville (Jacqueline), Cours de droit administratif, Montchrestien, 11^e édition, 2009, P.403 ; Dupuis (Georges), "Les motifs des actes administratifs", EDCE, 1974 – 1975, no 27, P.23.

(7) Songolo Noémy, La motivation des actes administratifs, 23 Septembre 2011, P.1 ; Guillaume Blancem Motifs et motivation des decisions administratif, La Revue Administrative, 1998, P.495.

(٨) راجع حكم محكمة النقض الصادر بجلسة ١٩/١٠/٢٠٠٨م في الطعن رقم ٨٥١١ لسنة ٧٠ق،

مجموعة أحكام النقض ٢٠٠٧/٢٠٠٨م، الجزء الثاني، بند رقم ٢٨٢، ص ٥٤٧.

ومن التعريفات السابقة لسبب القرار الإداري وتسببته يتضح لنا وجود رابطة بينهما، إذ إن التسبب هو الإفصاح عن "الأسباب" التي يستند إليها القرار، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن السبب والتسبب فكرتان متميزتان، فالتسبب يعد أحد عناصر الجانب الشكلي للقرار، أمام الأسباب فهي أحد العناصر الموضوعية للقرار، والقواعد التي تحكمها تتعلق بالمشروعية الداخلية للقرار.

كما أن التسبب بالإضافة إلى أنه "عنصر" في القرار، فإنه يعد جزءاً أساسياً من مضمون مبدأ الشفافية، ولذا فإنه يُعد "أساساً" للرقابة على القرارات الإدارية من جهة السلطة الإدارية الأعلى والمهنيين والمواطنين والقضاء على حد سواء؛ لأنه من خلال التسبب يمكن الرقابة على أسباب القرار والانحراف بالإجراءات، أما دور السبب فهو غير ذلك، إذ يُعد أنه أساساً للقرار، وأحد عناصر محل الرقابة عليه، وليس أساساً للرقابة^(٩).

فالسبب ركن لازم لقيام القرار الإداري، وشرط أساسي لمشروعيته، ولا يكون للقرار وجود من غير أن يكون له سبب^(١٠)، بينما التسبب عنصر غير لازم لمشروعية القرار الإداري، إلا في حالة النص على ضرورة تسببته، ولذلك فالسبب هو عنصر في الرقابة على القرار باعتباره أساساً للقرار، وأحد عناصره الموضوعية، أما التسبب

(٩) سامي الطوخي، التسبب والسبب في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص ٢.

(١٠) Jacques Bouvier, *Éléments fondamentaux de droit administratif*, Avril 2011, P.31.

حيث يقول:

"Quelle que soit la marche de manoeuvre don't dispose l'autorité, il est certain qu'elle ne peut agir sans un motif permettant de justifier l'acte qu'elle pose".

فهو عنصر في القرار، ويتعلّق بالجانب الشكلي وبالمشروعية الخارجية، ويعد أساساً للرقابة على القرار من الأطراف المعنيين به كافة بطريق مباشر أو غير مباشر^(١١). وتأييداً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٥ من يوليو عام ٢٠١٠م بأنه: "ومن حيث أن المستقر عليه أنه تجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من أركان انعقاده، فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها، وعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وإلا كان معيباً بعبء شكلي، وإن لم يكن هذا التسبب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقاً وحقاً، أي في الواقع وفي القانون، وذلك كركن من أركان انعقاده باعتبار القرار تصرفاً قانونياً، ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه"^(١٢).

وهو عين ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٨ من ديسمبر عام ٢٠٠١م حيث تقول: "يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره صدقاً وحقاً كركن من أركان انعقاده: فلئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها إلا إذا أوجب القانون ذلك عليها وعندئذ يتعين عليها تسبب قرارها وإلا كان معيباً بعبء شكلي، أما إذا لم يوجب القانون تسبب القرار فلا يلزمها ذلك كإجراء شكلي لصحته، بل ويحمل القرار على الصحة، وذلك حتى يثبت العكس، لئن كان ذلك كذلك إلا أن القرار سواء كان لازماً تسببه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبب لازماً يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقاً وحقاً أي في الواقع وفي القانون"^(١٣).

(11) Guillaume Blance, Motifs et motivation des decisions administratif, La Revue Administrative, 1998, P.495.

(12) حكم محكمة القضاء الإداري في ٥/٧/٢٠١٠م، دعوى رقم ١٧٣ لسنة ٦٠ ق الدائرة الأولى.

(13) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٨/١٢/٢٠٠١م، طعن رقم ٦٣٦٠ لسنة ٤٥ القضائية

عليها، الدائرة الأولى.

ونخلص مما سبق أن التسبب شرط شكلي في القرار، وتخلفه يؤدي إلى إلغاء القرار لعيب في الشكل، أما السبب فهو الحالة الواقعية أو القانونية التي دفعت الإدارة إلى إصدار القرار^(١٤)، وتخلفه يؤدي إلى إلغاء القرار؛ لعيب موضوعي هو عيب السبب^(١٥).

المطلب الثاني

أنواع تسبب القرارات الإدارية

يختلف أنواع تسبب القرارات الإدارية - كما ذكرنا سلفاً - باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه، فإذا نظرنا إلى التسبب من زاوية إلزاميته، نجد أنه إما أن يكون إلزامياً أو اختيارياً، وهو ما سنتناوله على النحو الآتي:

أولاً- التسبب الإجباري:

يُعرّف التسبب الإجباري أو الوجوبي بأنه: الإفصاح عن العناصر القانونية أو الواقعية التي يستند إليها القرار الإداري، سواء الإفصاح بموجب نص قانوني أم بناء على إلزام قضائي^(١٦).

وتأييداً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢١ من مارس عام ٢٠٠٩م بأنه: "ومن المقرر إنه كلما ألزم المُشرّع صراحة في القوانين واللوائح جهة الإدارة بتسبب قراراتها، يتعيّن عليها ذكر الأسباب التي بنت عليها قرارها واضحة جلية"^(١٧).

(14) Jacques Bouvier, Eléments fondamentaux de droit administratif, Avril 2011, P.31 et 54 .

(١٥) محمد بن مرهون بن سعيد المعمري، تسبب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة بين الأردن، عمان ومصر، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، دار المنظومة، ص ٧٢، ٩٤.

(١٦) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، بدون دار نشر، ١٩٩٠م، ص ١٧٢.

(١٧) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢١/٣/٢٠٠٩م، طعن رقم ٨٩٥٩ لسنة ٥٢ القضائية عليا، الدائرة الأولى.

ومن أهم أمثلة التسبب الإجباري في مصر هو القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة، حيث ألزم قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٨١) لسنة (٢٠١٦م) في المادة رقم (٥٩) منه جهة الإدارة بتسبب قراراتها الصادرة بتوقيع جزاء تأديبي على موظف^(١٨).

أما في فرنسا فقد تدخل المشرع وأصدر القانون رقم (١٩٧٩/٥٨٧) بتاريخ ١١ يوليو عام ١٩٧٩م، والمعدل بالقانون رقم (١٩٨٦/٧٦)م، وفرض بموجبه مبدأ التسبب الوجوبي في عدة طوائف من القرارات الإدارية، رغم أن القانون لم يفرض المبدأ كالتزام عام، أي لم يتنازل عن القاعدة التقليدية^(١٩)، وإنما أوضح بموجب هذا القانون التسبب للقرارات الإدارية الفردية في المواد (١، ٢، ٦) ووضعها ضمن ثلاث طوائف على النحو الآتي^(٢٠):

الطائفة الأولى: القرارات الإدارية الفردية الصريحة والضارة بالأشخاص المُخاطَبين بها، وهي القرارات التي تؤثر سلباً في المركز القانوني للمُخاطَبين بها.

الطائفة الثانية: القرارات الإدارية الصريحة التي تتضمن خروجاً أو استثناءً من القواعد العامة في القوانين واللوائح، وهذه القرارات ليست في الغالب ضارة بالأشخاص المُخاطَبين بها، وإنما صادرة لصالحهم باعتبارها تتضمن استثناءً من بعض القواعد العامة المنصوص عليها في القوانين واللوائح، ومع ذلك فقد أخضعها المشرع الفرنسي لمبدأ التسبب الوجوبي ضمناً لمصالح الغير الذين قد تمس حقوقهم أو مراكزهم القانونية.

(١٨) قانون الخدمة المدنية الصادر بالقانون رقم (٨١) لسنة ٢٠١٦م، الجريدة الرسمية، العدد (٤٣) مكرر (أ) في أول نوفمبر ٢٠١٦م، ص ٢٧.

(١٩) Voir Chabanol (Daniel), La pratique du contentieux administrative, Lexis Nexis, Litec, 8 édition, 2009, 330.

(٢٠) بهمن أحمد محمد، تسبب القرارات الإدارية في قضاء محكمة العدل العليا، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، دار المنظومة، ٢٠١٢م، ص ١٠٤.

الطائفة الثالثة: القرارات الصريحة لهيئات التأمين الاجتماعي^(٢١)، وتلتزم هذه الهيئات بتسبيب جميع قرارات رفض منح المساعدات أو المزايا، سواء كانت إلزامية أم اختيارية، وذلك طبقاً لقانون ١٧ يناير ١٩٨٦م، بعد أن كانت تلك الجهات ملتزمة فقط طبقاً لقانون ١١ يوليو ١٩٧٩م بتسبيب قراراتها الصادرة برفض منح المزايا، أو الخدمات الوجوبية التي تقدمها الهيئة دون القرارات الصادرة برفض منح ميزة أو خدمة اختيارية، أي أصبحت تلك الهيئات ملزمة بتسبيب القرارات الصادرة برفض منح ميزة أو خدمة اختيارية، أي التي تتمتع بسلطة تقديرية في تقديمها أو الامتناع عن تقديمها^(٢٢).

وتجدر الإشارة إلى أن المُشرِّع الفرنسي أعفى الإدارة من وجوب تسبيب القرارات الإدارية سالفة الذكر في الحالات الآتية^(٢٣): إذا كان الإفشاء عن أسباب قرارها فيه

^(٢١) وهذه الهيئات لا تعتبر كقاعدة عامة من أشخاص القانون العام في فرنسا، وبالتالي فلا تندرج قراراتها في مفهوم القرارات الإدارية بالمعنى الإصطلاحي، ومع ذلك فقد أخضعها المشرع الفرنسي لمبدأ التسبيب الوجوبي، استناداً إلى أن المؤمن عليهم في مواجهة هيئات التأمين الاجتماعي في مركز مماثل للمتعاملين مع الإدارة. خليفة سالم الجهمي، تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي، ٢٣ أغسطس ٢٠١٢م، ص ٨، ٩.

^(٢٢) محمد عبد الواحد الجميلي، من السرية إلى الشفافية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢٠٦، أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ١٨٦.

^(٢٣) Autin Jean-Louis, "La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens", Revue française d'administration publique, 1/2011 (no 137- 138), 85 – 99.

حيث يقول:

"Il y a tout d'abord plusieurs limites tenant à des considérations générales qui ne sont pas propres au cas français, que l'on retrouve aussi dans les dispositifs étrangers mais qui compliquent inévitablement la tâche des administrés. La première limite concerne le respect de divers secrets, tels le secret médical ou le secret de la défense nationale ; les décisions qui s'y=

مساساً ببعض الأسرار كالأسرار الطبية^(٢٤) أو الأسرار المستبعد إذاعتها لضرورات الدفاع الوطني^(٢٥)، أو توفرت حالة الاستعجال، أو في حالة القرارات الضمنية^(٢٦)، ولكن هذا الإعفاء لا يمنع القاضي الإداري من إلزام الإدارة بالإفصاح عن تلك الأسباب في وقت لاحق^(٢٧).

ورغم إعفاء الإدارة من تسبب قراراتها في الحالات السابقة، إلا أن القانون رقم (١٩٧٩/٥٨٧م) والمعدل بالقانون رقم (١٩٨٦/٧٦م) قد لطف من حدة المبدأ العام المقرر في هذا الشأن، والمتضمن عدم وجوب تسبب القرارات إلا بنص، كما سمح للقاضي الإداري بممارسة الرقابة على مشروعية القرار بطريقة أسهل وأدق من ذي قبل، كما أدى هذا القانون كذلك إلى الحد من صدور قرارات إدارية خاطئة؛ لأن تسبب القرار الإداري يجبر الجهة الإدارية على مراجعة قراراتها واقعياً وقانونياً قبل إصدارها، مما يقلل من احتمالية صدور قرارات خاطئة.

كما يتعين عدم التوسع في تفسير الاستثناءات سالفه الذكر، وهذا ما أكده Jacques Bouvier حيث يقول: على أية حال يجب أن تفسر تلك الاستثناءات

=rapportent n'ont pas à être motivées la deuxième vise les actes administratifs pris en situation d' "urgence absolue" et la troisième les décisions implicites de regret".

⁽²⁴⁾ Sur la question de la motivation des actes administratifs et du secret médical, voir CAA Nancy, 22 Septembre 2005, Communauté urbaine du Grand Nancy, AJDA, 2006, P.26, note J.M. Adrien ; sur la motivation d'un arrêté d'hospitalisation d'office, voir CAA Paris, 4 novembre 2004, Ministre de l'intérieur, AJDA, 2005, P.225.

⁽²⁵⁾ Cette question du secret légitime avait été omise par la loi de 1979 ; elle a fait l'objet d'un ajout à travers la loi du 17 juillet 1986 qui lie le secret des motifs à celui qui prévaut en matière d'accès aux documents administratifs.

⁽²⁶⁾ A noter que les décisions implicites positives peuvent parfois être motivées: CE, 21 Juillet 2009, AJDA, 2009, P.1465.

⁽²⁷⁾ C.E, 17 Octobre 1986, Chabot, no 59536, rec. P.336.

سאלفة الذكر والواردة على التزام الإدارة بتسبب القرارات الإدارية في أضيق الحدود، ومن غير توسع، حتى لا تكون ذريعة للإدارة للهروب من التزامها بالتسبب^(٢٨).

ونخلص مما سبق أن القانون قد يشترط على الإدارة تسبب بعض القرارات الإدارية، وفي هذه الحالة يصبح التسبب شكلاً أساسياً في القرار يترتب على إهماله بطلان القرار لعيب في الشكل، أما إذا لم يلزم المشرع الإدارة بتسبب قراراتها فليس عليها حرج أن تخف تلك الأسباب^(٢٩).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٦ من فبراير عام ٢٠١٠م بأنه: "كما لم تقدم الجهة المطعون ضدها أصل القرار الصادر بإلغاء انتفاع المذكورين بالأرض للوقوف على مدى استيفائه شرائطه القانونية من حيث التسبب والاعتماد من جهة الاختصاص... الأمر الذي يتعين معه القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار"^(٣٠).

ويجدر التنويه إلى أن القضاء قد يتدخل في بعض الحالات ويلزم الجهة الإدارية بوجود تسببها بعض القرارات، ولو لم يلزمها المشرع بذلك، ومثال ذلك أن الجهة الإدارية ملتزمة بالتسبب عند إصدار قرار تأديبي ولو لم يرد ذلك بنص القانون^(٣١).

(28) Jacques Bouvier, *Éléments fondamentaux de droit administrative*, Avril 2011, P.57.

حيث يقول:

"En tout état de cause, les exceptions doivent rester de stricte interprétation en telle sorte que l'autorité administrative ne peut pas se retrancher derrière elles uniquement dans le but d'échapper à l'obligation de motivation".

(٢٩) عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م،

ص ٢٩٨.

(٣٠) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٦/٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٧٧١١ لسنة ٥١ق.ع،

الدائرة الثانية موضوع.

(٣١) محمد بن مرهون بن سعيد المعمرى، تسبب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ٢٠٠٢م،

ص ٨٦.

ثانياً - التسبب الاختياري:

يُعرّف التسبب الاختياري بأنه: قيام الإدارة بالإيضاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي تأسس عليها القرار من تلقاء نفسه، ومن غير أي إلزام قانوني أو قضائي بذلك^(٣٢).

فقد تقوم الجهة الإدارية مختارة بإبداء الأسباب الموجبة لقرارها، وفي هذه الحالة تخضع أسباب القرار الإداري لرقابة القضاء.

وبمعنى آخر فإن أسباب القرار الإداري تخضع لرقابة القضاء إذا أوجب القانون ذكرها، أو ذكرتها الإدارة من تلقاء نفسها في القرار.

أما إذا لم يشتمل القرار الإداري على ذكر الأسباب طواعية واختياراً من جهة الإدارة، ولم يلزمها القانون بذلك، فيفترض في القرار أنه صدر وفقاً للقانون، وأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري لم تذكر أسبابه تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن الأسباب التي بُني عليها القرار غير مشروعة، أو غير صحيحة من الناحية الواقعية أو القانونية، ولا تمت بصلة إلى المصلحة العامة، وللقضاء كامل السلطات في تقدير الدليل الذي يقدمه المدعي في هذا الصدد^(٣٣).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٣ من يونيو عام ٢٠٠٩ بأن: "الجهة الإدارية بحسب الأصل غير ملزمة بتسبب قرارها على افتراض أن القرار الإداري غير المسبب قد قام على سببه الصحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ما يدعيه، فإذا ما ذكرت الجهة الإدارية أسباباً

(٣٢) بهمن أحمد محمد، تسبب القرارات الإدارية في قضاء محكمة العدل العليا، دراسة مقارنة، ص ٧٩.

(٣٣) طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م، ص ٢٧٢.

لقرارها أو كان القانون يلزمها بتسبب قرارها فإن ما يحمله من أسباب يكون خاضعاً لرقابة القضاء الإداري^(٣٤).

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٣٠ من ديسمبر عام ١٩٩٥م بقولها: "إنه وإن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها إلا أنها إذا ما ذكرت أسباباً فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء"^(٣٥).

ويتضح مما سبق أن الجهات الإدارية غير ملزمة بتسبب قراراتها^(٣٦)، إلا حيث يكون ثمة نص يقضي بغير ذلك، وبناء على ذلك فالأصل أن المحكمة لا تبسط رقابتها على أسباب القرار الإداري إلا بناء على نص، أو إذا قامت الإدارة مختارة بإبداء الأسباب الموجبة لقرارها^(٣٧).

أي إن آثار التسبب الاختياري هي ذاتها آثار التسبب الإجمالي، فالإدارة عندما تنتازل عن الحق المقرر لها قانونياً والمتمثل في عدم تسبب القرار الإداري، وتصدر القرار مسبباً، فللقاضي حينها أن يأخذ في الاعتبار هذا التسبب كأساس للرقابة، فإذا وجد خطأ في التسبب التلقائي، فله أن يقضي بعدم مشروعية القرار؛ لعيب في الشكل، حيث تكون الإدارة قد ألزمت نفسها بشكلية معينة.

(٣٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٣/٦/٢٠٠٩م، دعوي رقم ٣١٠١٥ لسنة ٦٣ق، الدائرة الأولى.

(٣٥) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٣٠/١٢/١٩٩٥م، طعن رقم ١٨٠١ لسنة ٤٠ق عليا، مبادئ المحكمة الإدارية العليا، ج ٤٩، دار العربية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٠م، إعداد الأستاذ حسن الفكهاني وآخرون، ص ٦١٩.

(٣٦) Braibant (Guy), Institutions administrative comparées, Les contrôles, FNSP, Service de photocopie 1985 – 1986, P.360 ; Fromont (Michel), Droit administratif des états européens, PUF, collection Thémis droit, 2006, P.228.

(٣٧) طعيمه الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م، ص ٢٧٢.

المبحث الأول

مدى صلاحية القاضي الإداري في إلزام الإدارة

بالإنصاح عن سبب القرار الطعين

إذا كانت القاعدة العامة المقررة في فقه القانون الإداري تتمثل في أن الجهة الإدارية غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا حيث يكون ثمة نص يقضي بذلك، إلا أنه نظراً للأهمية المتزايدة للتسبب في الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية من خلال تسهيل مهمة القاضي الإداري في بسط رقابته على مختلف أوجه عيوب المشروعية، فقد قامت بعض الدول بإصلاح إجراءات جزئية في أنظمتها الإدارية، فقد قلصت بعض الدول من عمومية مبدأ عدم وجوب تسبب القرارات الإدارية إلا بنص مثل فرنسا، وذلك عن طريق ابتداء استثناءات عليه دون إهداره كلية، بينما ذهبت دول أخرى إلى فرض التزام عام على الجهة الإدارية بوجوب تسبب قراراتها الإدارية كألمانيا والسويد وسويسرا وتشيكوسلوفاكيا ويوغوسلافيا وأسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية^(٣٨).

وبالرغم من الأهمية المتزايدة للتسبب في الرقابة على مشروعية القرار الإداري، فما زال يثور التساؤل عن مدى إمكانية إثارة القاضي الإداري لعيب عدم تسبب القرار الإداري من تلقاء نفسه، ومن ثم إلزام الجهة الإدارية بالإنصاح عن سبب القرار الطعين.

وللإجابة على هذا التساؤل سنتناول في هذا المبحث، مدى صلاحية القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالإنصاح عن سبب القرار الطعين في كل من مصر وفرنسا، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

(٣٨) خليفة سالم الجهمي، تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي، ٢٣

أغسطس ٢٠١٢م، ص ٨.

المطلب الأول: مدى صلاحية القاضي الإداري المصري في إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين.

المطلب الثاني: مدى صلاحية القاضي الإداري الفرنسي في إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين.

المطلب الأول

مدى صلاحية القاضي الإداري المصري في إلزام الإدارة

بالإفصاح عن سبب القرار الطعين

القاعدة العامة في مصر تتمثل في أن الإدارة غير ملتزمة بتسبب قراراتها الإدارية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

فإذا لم تقم الجهة الإدارية بتسبب قرارها رغم وجوبه قانوناً، فإن القرار يكون معيباً هنا بعيب الشكل وليس بعيب السبب، فإذا خلا القرار الإداري من السبب الصحيح الذي يقوم عليه، وخلا في الوقت نفسه من التسبب اللازم بنص القانون، ففي هذه الحالة يكون القرار معيباً بعيبين، (عيب السبب وعيب الشكل)، وكلا العيبين مستقلان عن بعضهما، وبطبيعة الحال أن عيب الشكل ظاهر وسهل إثباته، أما عيب السبب فهو خفي يصعب إثباته في حالة عدم ذكره في القرار المطعون فيه، وعليه فإن عيب الشكل يقدم على عيب السبب؛ للعلة السابقة^(٣٩).

أما إذا قامت الإدارة طواعية واختياراً بتسبب قراراتها الإدارية من غير أن يلزمها المشرع بذلك، فإنه يترتب على ذلك الآثار القانونية ذاتها التي تترتب على التسبب الوجوبي، وأهمها أن الخطأ في التسبب التلقائي يسم القرار بعدم المشروعية الشكلية؛ لأن الإدارة في هذه الحالة تكون قد تنازلت عن حقها المقرر لها قانوناً ومن ثم

^(٣٩) عامر بن محمد بن عامر الحجري، حث في الرقابة القضائية على عيب السبب في دعوي

مراجعة القرار الإداري، إبريل ٢٠١١م، ص ١٦.

فللقاضي أن يأخذ في الاعتبار التسبب كأساس للرقابة، فإذا ما وجد قصوراً فيه، كان القرار معيباً حقيقياً بالإلغاء لوجود عيب في شكلية التزمّت بها الإدارة من تلقاء نفسها^(٤٠).

وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٤ من ديسمبر عام ٢٠٠٤م بقولها: "ومن حيث إن من المقرر إنه إذا أفصحت الجهة الإدارية عن سبب إصدارها القرار المطعون فيه فإن ما تبديه في هذا الشأن يكون خاضعاً لرقابة القضاء الإداري لبحث مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار^(٤١)".

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٥ من فبراير عام ١٩٩٤م بقولها: "إذا لم يلزم المشرع جهة الإدارة بتسبب قراراتها، فإنه يفترض أن للقرار أسباباً مشروعة إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك...، إذا ذكرت الإدارة أسباباً لقرارها فإن هذه الأسباب تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون، وأثر ذلك على النتيجة التي انتهى إليها قرارها^(٤٢)". وقضت كذلك في حكمها الصادر في ٢٩ من يناير عام ١٩٩٤م حيث تقول: "إذا أفصحت جهة الإدارة عن أسباب القرار، فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة القضاء الإداري حتى ولو لم تكن الإدارة غير ملزمة قانوناً بتسبب قرارها... للمحكمة مراقبة

(٤٠) للمزيد راجع/ أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٣١٩ وما بعدها، حامد الشريف، الطعن في القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة، ط ٢، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٥١ وما بعدها.

(٤١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٤/٢/٢٠٠٤م، دعوي رقم ١٠٩٢٦ لسنة ٥٦ق، الدائرة الأولى.

(٤٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٥/٢/١٩٩٤م، طعن رقم ١١٢٩ لسنة ٣٧ق.ع، المجموعة س ٣٩، ص ٨٨١، القاعدة رقم ٨٦.

مدى مشروعية تلك الأسباب طالما أنها طرحت عليها وأضحت بذلك عنصراً من عناصر الدعوى الثابتة في الأوراق وما إذا كانت هذه الأسباب تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها جهة الإدارة من عدمه،.. عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق الجهة الإدارية التي تتمسك بهذه الأسباب^(٤٣).

وبالمعنى نفسه قضت في حكمها الصادر في ٨ من يوليو عام ٢٠٠١م؛ حيث جاء فيه أن: "القرار الإداري يجب أن يقوم على أسباب تبرره صدقاً وحقاً في الواقع والقانون، فإذا ما ذكرت جهة الإدارة لقرارها أسباباً فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري للتحقق من مدى مطابقتها للقانون من عدمه، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهي إليها القرار، تجد النتيجة حدها الطبيعي فيما إذا سارت مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول تنتجها مادياً وقانونياً، فإذا سارت منتزعة من غير أصول موجودة أو سارت مستخلصة من أصول لا تنتجها فإن القرار فاقد السببية ووقع مخالفاً للقانون"^(٤٤).

كما قضت كذلك في حكمها الصادر في ٢٤ من يونيو عام ١٩٧٣م بقولها: "إن قضاء هذه المحكمة استقر على أنه ولئن كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب قرارها، ويفترض في القرار غير المسبب أنه قام على سببه الصحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك، إلا أنه إذا ذكرت أسباباً من تلقاء نفسها، أو كان القانون يلزمها بتسبب قرارها فإن ما تبديه من أسباب يكون خاضعاً لرقابة القضاء الإداري،

(٤٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١/٢٩/١٩٩٤م، طعن رقم ٣٩٤٥ لسنة ٣٧ ق.ع، المجموعة س٣٩، ص٧٦٩، القاعدة رقم ٧٦.

(٤٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٧/٨/٢٠٠١م، طعن رقم ٣٢٠٥ لسنة ٤٠ ق.ع، المجموعة س٤٦، ج٣، ص٣٤٥١، القاعدة رقم ٢٨٩.

وله في سبيل أعمال رقابته أن يمحس هذه الأسباب للتحقق من مدي مطابقتها للقانون، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار^(٤٥).

وفي حالة امتناع الإدارة عن تقديم ذلك، فإنه يعد قرينة على وجود عيب شاب سبب القرار الإداري ويؤدي إلى الحكم بعدم مشروعيه القرار الإداري.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٤ من يوليو عام ٢٠٠٢م بأنه: "... ولا محاجة في هذا الشأن في أن المشرع لم يلزم اللجنة بتسبيب قرارها؛ لأن مثل هذا النص يتعلق بشكل القرار، وعدم وجوده لا يعني إعفاء الإدارة من أن يكون قرارها قائماً على سببه باعتبار أن ركن السبب هو أحد أركان القرار الإداري ويمثل الحالة الواقعية أو القانونية التي استندت إليها في إصدار القرار ولا يجوز في هذا المقام افتراض قيام القرار على سبب صحيح؛ لأنه في ضوء ما فصله القانون واللائحة الداخلية من شروط وضوابط ومعايير للقبول يكون من شأن توافر هذه الشروط والمعايير في حق الطالب المائل أمام اللجنة أن تترشح قرينة الصحة المفترضة في قيام قرار اللجنة على أسبابه، وتنقل عبء الإثبات فيما قام عليه قرار الاستبعاد من أسباب جديدة ومغايرة على عاتق اللجنة وليس على عاتق الطالب"^(٤٦).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ من مايو عام ٢٠٠٨م بأنه: "وشيدت المحكمة قضاءها على أن الثابت من الأوراق أن الدعوى تأجلت عدة مرات لتقديم المستندات والأوراق اللازمة للفص فيها إلا أن الجهة الإدارية

(٤٥) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٤/٦/١٩٧٣م، طعن رقم ٣٦٥ لسنة ١٥ ق.ع، المجموعة س١٨، ص١٤٨، القاعدة رقم ٨٣.

(٤٦) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٤/٧/٢٠٠٢م، طعن رقم ١٠١٢ لسنة ٤٥ ق.ع، دائرة توحيد المبادئ، في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوي رقم ١١٨٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٨/٩/٢٩م.

قد نكلت عن تقديم هذه المستندات رغم طلبها الأمر الذي يقيم قرينة لصالح المدعي مؤداها التسليم بصحة ما يدعيه^(٤٧).

وقضت كذلك في حكمها الصادر في ٣١ من أغسطس عام ٢٠١٤م بأنه: "استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن نكول الإدارة عن تقديم المستندات والأوراق يقيم قرينة لصالح المدعي بصحة ادعائه وسلامة ما قدمه من أدلة،.... وإذا كان الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال وطبيعة النظام الإداري الذي تحتفظ بمقتضاه الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات، مما يتعذر معه على الأفراد تحديد مضمونها تحديداً دقيقاً، لذا فإنه من المبادئ المستقرة في المجال الإداري أن الإدارة تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في إثباته إيجاباً ونفيّاً متى طلب منها ذلك...."^(٤٨).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا كذلك في حكمها الصادر في ٢٣ من فبراير عام ٢٠١٦م بأنه: "استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن قاعدة "يقع عبء الإثبات على عاتق المدعي" لا يؤخذ بها على إطلاقها في مجال المنازعات الإدارية، حيث تحتفظ الإدارة بجميع الوثائق والملفات المتعلقة بالمنازعة، وأثر ذلك أنه: يتعين

(٤٧) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ٢٠/٥/٢٠٠٨م، الطعن رقم ١٠١١١ لسنة ٩٤٩ق عليا - الدائرة الثالثة عليا، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية المبادئ الهامة في أحكام المحكمة الإدارية العليا، (٢٠٠٧/٢٠٠٩م) الجزء الأول، أفراد وعقود، طبعة ٢٠١٠م، المبدأ رقم ١، ص ٨، وراجع حكمها الصادر بنفس الجلسة ٢٠/٥/٢٠٠٨م الطعن رقم ١٢٣٠٠ لسنة ٤٦٦ق، عليا، الدائرة الثالثة عليا، المرجع السابق، مبدأ رقم ٢، ص ١٠.

(٤٨) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٣١/٨/٢٠١٤م، طعن رقم ١٧٣٤ لسنة ٥٩ قضائية، وحكمها الصادر في ١٨/٧/٢٠٠٦م، طعن رقم ١٥٢٣ لسنة ٤٦ق عليا أحكام غير منشورة.



على جهة الإدارة تقديم الأوراق والمستندات اللازمة للفصل في الدعوى متى طلب منها ذلك....^(٤٩).

وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري أيضاً في حكمها الصادر في ٢٨ من مارس عام ٢٠١٧م بقولها: "ولما كان ذلك وكان المدعي بصفته يطعن على قرار إعلان النتيجة، وهو ما يعني إعادة تقييم النتيجة، حيث الامتحان التحريري وضوابط ومعايير وضع أعمال السنة، إلا أن الجامعة المدعى عليها لم تقدم ضوابط ومعايير وقواعد منح درجات أعمال السنة لمعرفة كيفية المفاضلة بين الطلاب في منح هذه الدرجات للتأكد من مدى التزام الجامعة المدعى عليها بهذه الضوابط والمعايير، وذلك على الرغم من أن المحكمة سبق وأن كلفت الجامعة بتقديم أوراق الإجابة، وأن تكليف المحكمة للجامعة المدعى عليها بتقديم أوراق الإجابة لا يقصد به تقديم كراسات الإجابة الخاصة بالامتحان التحريري فقط، وإنما يشمل ذلك كافة الأوراق والمستندات اللازمة للفصل في الدعوى، والمتعلقة بمنح الدرجة للطلاب - الامتحان التحريري وأعمال السنة - خاصة وأنه يتم إثبات درجة أعمال السنة على كراسات الإجابة أثناء تصحيح الاختبار التحريري، وهو ما كان يقتضي من الجامعة المدعى عليها بحكم اللزوم أن تقدم كل مستند يتصل بالقرار المطعون فيه، مما يعني وجوب تقديم قواعد ومعايير وضوابط أعمال السنة دون حاجة إلى تكليف خاص بها باعتبارها عنصراً في نتيجة المواد المطعون فيها"^(٥٠).

فقيام القرار الإداري على سبب صحيح أمر مفترض إلى أن يتمكن المدعي من إثبات عكس ذلك، أو على الأقل يقدّم ادعاءات تمكن القاضي من استعمال سلطاته

^(٤٩) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٣/٢/٢٠١٦م، طعن رقم ٢٧٦٥٩ لسنة ٥٥

ق.ع، مجموعة، وحكمها الصادر في ٢٨/٤/٢٠١٠م، طعن رقم ٤٤٠٨ لسنة ٤٩ قضائية، وحرافياً

حكمها الصادر في ٢٧/٦/٢٠٠٩م، طعن رقم ١٨٨٠ لسنة ٤٦ قضائية أحكام غير منشورة.

^(٥٠) حكم محكمة قضاء الإداري الصادر في ٢٨/٣/٢٠١٧م، دعوى رقم ٢٨٥٨٢ لسنة ١٧ق،

في التحقيق بإلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين، فبمجرد أن يشكك المدعي في مشروعية سبب القرار لينتقل عبء الإثبات على عاتق الجهة الإدارية، ويصبح للقاضي الحق في إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار، فإن ذلك يعد قرينة على عدم قيام القرار على صحيح سببه، وهو ما سنتناوله تفصيلاً في المبحث الآتي.

المطلب الثاني

مدى صلاحية القاضي الإداري الفرنسي في إلزام الإدارة

بالإفصاح عن سبب القرار الطعين

القاعدة العامة في فرنسا هي نفسها في مصر، وهي عدم التزام الجهة الإدارية بتسبب قراراتها⁽⁵¹⁾، والاستثناء هو التسبب.

والنصوص التي ألزمت الإدارة بتسبب قراراتها في النظام الفرنسي كثيرة ومتعددة، نذكر منها على سبيل المثال: القرارات التأديبية في مجال الوظيفة العامة، إذ تحتاج تلك القرارات إلى التسبب دائماً، سواء كان هناك نص أم لا؛ لأنه وإن لم يكن التسبب مفروضاً بنص فإنه يكون مفروضاً باعتباره أحد المبادئ العامة في فرنسا⁽⁵²⁾.

(51) Autin Jan- Louis, "La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens", Revue française d'administration publique, 1/2011 (no 137 – 138), P.86 et suiv.

حيث يقول:

"elle n'instaure pas l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions".

(52) علي جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤م، ص ٣٥٨، محمد وليد العبادي، الموسوعة الإدارية، القضاء الإداري، شروط قبول دعوي الإلغاء والآثار المترتبة على الفصل فيها، الجزء الثاني، دار الوراق للنشر، عمان، ٢٠٠٨م، ص ٦٠٨.

وهذا ما قررته المادة رقم (١٩) من قانون التوظيف الفرنسي رقم (٦٣٤) الصادر في ١٣ يوليو ١٩٨٣م، والمعدل بالقانون رقم (٨٦) الصادر في ٢٧ من يناير عام ٢٠١٧م بقولها إن: "السلطة التأديبية من حق السلطة التي تملك حق التعيين، وللموظف الحق في الإطلاع على الملف الشخصي وعلى جميع الوثائق الملحقة به، وله الاستعانة بمدافع بمحض اختياره، وتلزم الجهة الإدارية إشعاره بهذا الحق، وللسلطة التأديبية توقيع عقوبتي الإنذار واللوم دون الرجوع إلى استشارة مجلس التأديب، أما العقوبات الأخرى فلا يجوز للسلطة التأديبية توقيعها إلا بعد استشارة مجلس التأديب، ويجب أن يكون رأي مجلس التأديب والقرار الصادر بالعقوبة التأديبية مسبيين"^(٥٣).

كما تنص المادة رقم (٦٧) من قانون الموظفين الفرنسي الحالي رقم (١٦) لسنة ١٩٨٤م، والمعدل بالقانون رقم (٥٣) الصادر في ١٩ من يناير عام ٢٠١٧م على أن: "السلطة التأديبية من حق السلطة التي تملك التعيين، بعد أخذ رأي اللجنة الإدارية ذات التمثيل المتساوي منعقدة في صورة مجلس تأديب، وطبقاً للشروط المقررة في المادة (١٩) من الباب الأول من النظام العام للموظفين، ويمكن لهذه السلطة بعد أخذ رأي مجلس التأديب نشر قرارات التأديب وأسبابها"^(٥٤).

(53) Article (19) de la loi No (634) du 13 juillet 1983. Cette Article a été Modifié par Loi no 87 – 529 du 13 juillet 1987, art. 4, JORF du 16 Juillet 1987.

"Aucune sanction disciplinaire autre que celles classées dans le premier groupe par les dispositions statutaires relatives aux fonctions publiques de l'Etat, territoriale et hospitalière ne peut être prononcée sans consultation préalable d'un organisme siégeant en conseil de discipline dans lequel le personnel est représenté.

L'avis de cet organisme de même que la décision prononçant une sanction disciplinaire doivent être motivés".

(54) Voir, Art (67) Loi No (16) du 11 Janvier 1984. Cette Article a été Modifié par Loi no 91 – 715 du 26 juillet 1991, art. 5 JORF 27 juillet 1991.

"Le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination qui l'exerce après avis de la commission administrative="

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية بليون (Lyon) في حكمها الصادر في ٢٦ إبريل ٢٠١١م بأنه: "يجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع عقوبة تأديبية على الموظف مسبباً، وأن يكون مكتوباً ويشير للاعتبارات القانونية والواقعية التي تشكل الأساس الذي استند إليه هذا القرار"^(٥٥).

كما قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة نانت (Nantes) في حكمها الصادر في ٧ من أكتوبر عام (٢٠١١م) بأنه: "حيث إن قرار عدم تجديد العقد من السلطة المختصة يستند إلى الكفاءة المهنية التي يتمتع بها الشخص المعني (العامل)، وبالتالي فإنه يتعين الأخذ في الاعتبار بأن: هذا القرار لا يعتبر عقوبة تأديبية، من بين تلك التي يجب أن تكون مسببة، تطبيقاً لأحكام القانون رقم (٥٨٧) لسنة ١٩٧٩م، وبالتالي فإن القرار المطعون فيه الصادر في الأول من أكتوبر عام ٢٠٠٨م لا يعتبر عقوبة تأديبية، وليس من الضروري أن يكون مسبباً"^(٥٦).

=paritaire siégeant en conseil de discipline et dans les conditions prévues à l'article 19 du titre 1er du statut général. Cette autorité peut décider, après avis du conseil de discipline, de rendre publics la décision portant sanction et ses motifs".

(55) COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON, 3^{ème} chambre formation à 3, mardi 26 avril 2011, l'EHPAD LA SAON, No: 11 LY 00315, Inédit au recueil Lebon.

وجاء فيه:

"doivent être motivées les décisions qui ... infligent une sanction ; qu'aux termes de l'article 3 de la même loi: La motivation exigée par la présente loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision".

(56) Cour Administrative d'Appel de Nantes, 4^{ème} chambre, 07/10/2011, 10NT 02265, Inédit au recueil Lebon.

وجاء فيه:

"qu'alors même que la decision de ne pas renouveler ce contrat serait fondée sur l'appréciation portée par l'autorité compétente sur son aptitude professionnelle et se trouverait ainsi prise en considération de sa personne, elle n'est pas, sauf à revêtir le caractère d'une mesure disciplinaire, au nombre de celles qui doivent être motivées en application des="

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص في حكمه الصادر في ١٣ من يناير عام ٢٠١٠ م بأن: "الأسباب التي استند إليها المجلس الوطني للتعليم العالي والبحث العلمي لتوقيع عقوبة اللوم على موظف عام غير كافية، حيث إنه لم يذكر سوى أن الشخص المعني قام بأعمال تحرش بزميل له، دون أن يذكر الوقائع التي شكلت مثل هذا السلوك، ولذلك فإن أسباب اتخاذ هذا القرار غير كافية، وانتهى المجلس إلى إلغاء القرار الصادر في ١٥ من يناير عام ٢٠٠٨ م بتوقيع عقوبة اللوم على الشخص المعني"^(٥٧).

ولكن نظراً لأهمية إجراء التسييب^(٥٨)، ولما يحققه من آثار مهمة لا تقتصر على الجانب التأديبي وحده، فقد كانت هذه الأهمية أساساً لتحول رائع جرى العمل به، إذ أصبح التسييب في فرنسا قاعدة بموجب القانون رقم (٥٨٧) الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩ م، والمعدل بالقانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٦ م، فبصدور هذا القرار طرأ

=dispositions de la loi no 79-587 du 11 janvier 1979. que, dès lors, la décision contestée du 1^{er} octobre 2008, qui ne revêt pas le caractère d'une sanction disciplinaire, n'avait pas à être motivée".

⁽⁵⁷⁾ Conseil d'état, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections reunites, mercredi 13 janvier 2010, No: 317564, Mentionné au recueil Lebon.

وجاء فيه:

"Considérant, en premier lieu, que le conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherché, pour infliger la sanction d'un blâme à M.A, s'est borné à estimer que l'intéressé s'était rendu coupable de harcèlement, sans indiquer les faits qui, selon lui, étaient constitutifs d'un tel comportement; qu'il a, ce faisant, insuffisamment motivé sa décision; DECIDE: La décision du 15 janvier 2008 du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche statuant en matière disciplinaire est annulée".

⁽⁵⁸⁾ Jacques Bouvier, Eléments fondamentaux de droit administratif, Avril 2011, P.54 et suiv.

تحول أساسي على مسألة تسبب القرارات الإدارية، حيث أنشأ التزاماً عاماً بتسبب القرارات الفردية كافة التي لا تكون في صالح الأفراد^(٥٩).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف الإدارية في ليون (Lyon) في حكمها الصادر في ٢٦ من إبريل عام ٢٠١١م بأنه: "وفقاً لأحكام المادتين الأولى والثالثة من القانون رقم (٥٨٧) الصادر في ١١ من يوليو عام ١٩٧٩م بأنه: يتعين أن يتضمن القرار التأديبي الصادر بتوقيع عقوبة الإحالة إلى المعاش الاعتبارية القانونية والواقعية التي شكلت الأساس لهذا القرار، لذلك فمن واجب الجهة الإدارية عند توقيع العقوبة على الموظف أن تشير في قرارها إلى العقوبة التي تريد توقيعها على الموظف، والأسباب - الدوافع - التي رأت أنها تبرر مثل هذا الإجراء"^(٦٠).

كما قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمرسلياً في حكمها الصادر في ٨ من سبتمبر عام ٢٠٠٩م بأنه: "ما ذكره مدير المستشفى من أسباب وعبارات عامة غير كاف لعزل موظف بالمستشفى، لأنه لم يحدد وقائع محددة ودقيقة صدرت من الشخص المعني لتبرير قرار عزله من وظيفته إعمالاً للمادة الأولى من القانون رقم (٥٨٧) الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩م، ولذلك فإن قرار العزل يعد غير مشروع، لأنه لا يستند إلى وقائع كافية لتبريره"^(٦١).

^(٥٩) بهمن أحمد محمد، تسبب القرارات الإدارية في قضاء محكمة العدل الأردنية، ص ٢٤، سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧م، ص ٣٦٢، أحمد عودة الغويبري، قضاء الإلغاء في الأردن، ط ١، د.ن، ١٩٨٩م ص ٣٤٩.

^(٦٠) COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON, 3^{ème} chambre – formation à 3, 26/04/2011, 11 LY 00315 Inédit au recueil Lebon. Voir articles 1^{er} et 3 de la loi no 79 – 587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Modifié par LOI no 2011-525 du 17 mai 2011 – art 14.

^(٦١) Cour Administrative d'Appel de Marseille, 2^{ème} chambre formation à 3, 8 septembre 2009, No: 07 MA 01464, Inédit au recueil Lebon.

وبرغم أن القانون سالف الذكر لم يفرض مبدأ وجوب تسبيب القرارات الإدارية كالتزام عام^(٦٢)، إلا أنه قد لطف من حدة هذا المبدأ المقرر (وهو عدم وجوب تسبيب القرارات الإدارية إلا بنص)، فقد ألزم المشرع الإدارة بموجب هذا القانون تسبيب طوائف معينة من القرارات، وهي القرارات الإدارية الفردية الصريحة التي من شأنها إلحاق الضرر بالأفراد، والقرارات الإدارية الفردية الصريحة التي تتضمن خروجاً أو استثناء من القواعد العامة في القوانين واللوائح^(٦٣)، والقرارات الصريحة لهيئات التأمين الاجتماعي^(٦٤).

أما في حالة عدم تسبيب الإدارة للقرار الإداري لعدم إلزامها قانوناً بذكر الأسباب التي استندت إليها، فيفترض في القرار - غير المسبب - أنه قام على سببه الصحيح^(٦٥)، وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري غير مسبب تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي عكس ذلك، أي يثبت أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة، ولا يخفى على أحد في هذه الحالة الصعوبة التي قد

(62) "La jurisprudence interprète strictement le champ d'application de la loi de 1979", De forges (Jean – Merie), Droit administratif, PUF, 1991, P. 61. "Il ressort de la jurisprudence que la loi n'est pas appliquée de façon extensive mais avec rigueur dans les cas qu'elle vise" in Brisson (Jean – François) et Rouyère (Aude), Droit administratif, pages d'amphi, Montchrestien 2004, P.179.

(٦٣) وهذه القرارات ليست في الغالب ضارة بالأشخاص المخاطبين بها، وإنما هي صدرت لصالحهم باعتبارها تتضمن استثناءهم من بعض القواعد العامة المنصوص عليها في القوانين واللوائح، ومثالها إعفاء رب العمل من بعض القيود اللاتحفية المتصلة بتنظيم وقت العمل والراحة.

(٦٤) استناداً إلى أن المؤمن عليهم في مواجهة هيئات التأمين الاجتماعي في مركز مماثل للمتعاملين مع الإدارة.

(65) Delvolvé (P.) Le Conseil constitutionnel et la liberté d'enseignement: RFDA 1985, P.624; Verpeaux (M.), Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? : LPA 1993, no 84, P.9; Jegouzo (Y.) et Loloum (F.), La portée juridique de la Charte de l'environnement: Droit adm., 2004, 8.

تواجه المدعي في إثبات عيب السبب، إذ يتعيّن عليه السعي إلى إقناع القاضي بذلك، وفي حالة افتتاعه بجدية الحجج المقدّمة ضد ما شاب سبب القرار الإداري، ينتقل عبء إثبات صحة أسباب القرار الإداري على عاتق الإدارة، لما يتوفر لديها من مستندات وأوراق تفيد الفصل في الدعوى، ولما يتمتع به القاضي الإداري من دور إيجابي في توجيه الدعوى الإدارية، فيكون له سلطة إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها، وتقديم كل الوثائق التي كانت أساساً لاتخاذ القرار.

وهذا ما أكده Pierre Tifine بـ: أن للقاضي الإداري صلاحية البحث عن الأسباب الحقيقية للقرار الإداري، وذلك بالوقوف على جميع العناصر التي استند إليها القرار، وفي حالة عدم وضوح الأسباب التي استندت إليها الإدارة له أن يأمر الإدارة بتقديم مزيد من الأدلة، وله أن يطلب منها إيضاح سبب القرار⁽⁶⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٨ مايو عام ١٩٥٤م بأنه⁽⁶⁷⁾: "ومن حيث إن الطاعنين يحتجون تأييداً لما نسبوه بظروف ووقائع محددة تكون قرائن جدية، وأن سكرتير الدولة امتنع عن بيان دوافع قراراته، فطلب المجلس من الإدارة المختصة كل المستندات التي يمكن أن تكون عقيدة القاضي، وتسمح له بالتحقق من مزاعم الطاعنين، فامتنعت الإدارة عن تقديم الملفات التي طلبها المجلس، واكتفت بالرد بأن الملفات التي يطلب مجلس الدولة إرسالها إليه تتضمن مجموعة الأوراق والتقارير والوثائق التي تم اتخاذ القرارات المطعون فيها بعد

(66) Pierre Tifine, Droit administrative français, 2014, P.132.

حيث يقول:

"Le contrôle des motifs de l'acte administrative conduit les juges à recherché la cause de l'acte, c'est-à-dire ce pourquoi il a été pris, au regard des éléments qu'il contient. Il faut relever que si les motifs n'apparaissent par clairement dans la décision, le guge peut ordonner un supplément d'instruction en vue de demander à l'administration de les préciser".

(67) C.E Ass. 28 mai 1954, Barel et autres, GAJA, 17^e édition, 2009, P.454.

الإطلاع عليها، وانتهى المجلس إلى عدم اقتناعه بدوافع الإدارة، وأنه يخلص من مجموعة ظروف القضية أنه يجب اعتبار الدافع الذي ينسبه الطاعنون ثابتاً^(٦٨).
فالقاضي الإداري يوجه إجراءات الطعن وتحقيقه، فلا يلقي عبء الإثبات على عاتق الطاعن، وإنما يطلب منه فقط أن يكون محدداً، وأن يقدم إلى المحكمة كل وسائل الإثبات التي يمكنه الحصول عليها تأييداً لطلباته، فإذا كانت طلباته غامضة أو غير محددة، فيرفض القاضي الطعن؛ لأن الطاعن يستطيع إثبات صحة ما يدعيه، أما إذا تمكن من تقديم مجموعة من القرائن الجدية، فعلى القاضي أن ينقل عبء الإثبات على عاتق الإدارة، ويطلبها بالإفصاح عن بواعث القرار، وتقديم الوثائق التي يراها ضرورية لتكوين عقيدته^(٦٩).

(68) Voir aussi, Autin Jean- Louis, "La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens", Revue française d'administration publique, 1/2011 (no 137-138), P.86 et suiv.

حيث يقول:

"mais elle permet au juge dans le cadre de l'instruction d'un recours de contraindre l'administration à lui communiqué les motifs de son intervention, sous peine d'un renversement de la charge de la preuve, les allégations du requérant étant dès lors tenues pour exactes".

(69) C.E ASS. 28 mai 1954, Barel et autres, GAJA, 17e édition, 2009, P.454.

وجاء فيه:

"La décision du 28 mai 1954 est également remarquable en ce qu'elle précise les règles relatives à la charge de la preuve et les pouvoirs d'instruction du juge administratif. La procédure d'instruction devant la juridiction administrative a un caractère inquisitoire ; le demandeur n'a pas la charge de la preuve mais doit seulement se montrer précis et réunir, à l'appui de ses allégations, tous les moyens de preuve dont il peut disposer. Le juge peut rejeter comme telle une requête trop imprécise; il se doit en revanche d'ordonner des mesures d'instruction pour compléter le dossier lorsque la requête comporte un ensemble de présomptions sérieuses. En l'espèce, le Conseil d'état, considérant que les requérants se prévalaient à l'appui de leur allégation de circonstances et de faits précis constituant de telles présomptions, a fait=

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٦ من فبراير عام ٢٠٠٤م بأن: "القاضي الإداري بما له من سلطة في توجيه إجراءات الدعوى الإدارية أن يطلب من الجهة الإدارية الإفصاح عن أسباب القرار الطعين"^(٧٠). كما قضى في حكمه الصادر في ٧ من يوليو عام ٢٠١٠م بأنه: "يقع على القاضي الإداري في تتبعه وتوجيهه لمسار إجراءات الدعوى الإدارية، أن يطلب من الأطراف أن يقدموا كل عناصر التقدير وكذلك جميع الأدلة التي من شأنها أن تساهم أو أن تؤدي إلى تكوين قناعته أو عقيدته"^(٧١).

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي كذلك في حكمه الصادر في ٢٦ فبراير عام ٢٠١٤م بأن: "للقاضي الإداري وبما له من دور إيجابي في توجيه إجراءات الدعوى، أن يأمر الإدارة بتقديم كل الوثائق التي تفيد مشروعية السبب التي استندت إليه، ولها إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، وحيث اتضح للمحكمة أن الجهة الإدارية لم تبرر ولم تكشف عن السبب القانوني لقرارها أمام محكمة الاستئناف الإدارية، فإن قرار محكمة الاستئناف الإدارية يكون بدون سند قانوني، وانتهى المجلس إلى أن المدعية تكون محقة في طلب إلغاء القرار الطعين"^(٧٢).

=usage de son pouvoir d'exiger de l'administration la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge pour demander la production des dossiers constitués sur la candidature de chacun des requérants".

⁽⁷⁰⁾ C.E., 6 février 2004, requête numéro 240560: REc. P.48, concl. Silva ; RFDA 2004, P.740, concl. Silva; AJDA 2004, P. 436, chron.

وجاء فيه:

"Le juge de l'excès de pouvoir a la possibilité de procéder, à la demande de l'administration, à une substitution des motifs de la décision attaquée".

⁽⁷¹⁾ C.E., 7 juillet 2010, Poliak, no. 322636.

وجاء فيه:

"Il appartient au juge administratif, dans la conduit de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction".

⁽⁷²⁾ C.E., 26 février 2014, Hammoumi, no 356595.

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى في الحالات التي ألقى فيها المُشرِّع الفرنسي الإدارة من وجوب تسبب القرارات الإدارية - طبقاً للقانون رقم (٥٨٧) الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩م والمعدّل بالقانون رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٦م) - والمتمثلة في^(٧٣): حالة ما إذا كان الإقضاء عن أسباب قرارها فيه مساساً ببعض الأسرار كالأسرار الطبية أو الأسرار المستبعد إذاعتها؛ لضرورات الدفاع الوطني^(٧٤) أو توفرت حالة الاستعجال أو في حالة القرارات الضمنية، إلا أن هذا الإعفاء لا يمنع القاضي الإداري من إلزام الإدارة بالإفصاح عن تلك الأسباب في وقت لاحق.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٩ من مارس عام ١٩٨٥م بأنه: "... وطبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم (٥٨٧) الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩م والمعدّل بالقانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٦م بشأن تسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور، فإن أي قرار ضمني لا يحتاج إلى تسبب، ولا يعتبر القرار في هذه الحالة غير مشروع، ومع ذلك يجوز لصاحب الشأن خلال مدة الطعن القضائي أن يطلب من جهة الإدارة توضيح سبب القرار الضمني بالرفض، وفي هذه الحالة يتعين على الجهة الإدارية أن تعلنه بالأسباب خلال الشهر التالي لتقديم الطلب، ويمتد ميعاد الطعن القضائي إلى شهرين

⁽⁷³⁾ Jacques Bouvier, *Eléments fondamentaux de droit administratif*, Avril 2011, P.56 et 57.

حيث يقول:

"Les exceptions: Le législateur a estimé que, dans certains cas, l'obligation de motive pouvait ne pas être appliqué. Il s'agit essentiellement des cas où les motifs concernent la sécurité extérieure de l'Etat et l'ordre public. De même, le respect de la vie privée tel que consacré par l'article 8 de la convention européenne des Droits de l'Homme et l'article 22 de la ladite obligation. Le respect du secret professionnel peut aussi justifier, dans certains cas, une exception au principe de la motivation".

⁽⁷⁴⁾ Cette question du secret légitime avait été omise par la loi de 1979 ; elle a fait l'objet d'un ajout à travers la loi du 17 juillet 1986 qui lie le secret des motifs à celui qui prévaut en matière d'accès aux documents administratifs.

من تاريخ إعلانه بالأسباب، وبناء على ذلك فإن سكوت الجهة الإدارية أربعة أشهر بعد تقديم الطلب إليها من صاحب الشأن لا ينتج عنه قراراً ضمناً جديداً بالرفض ومنفصلاً عن القرار الآخر، ولا يمكن لهذا القرار الجديد أن يكون سبباً لظعن آخر بسبب إساءة استخدام السلطة، وإنما هو السكوت يسمح فقط لصاحب الشأن دون التقيد بشرط المدة أن يطعن في القرار الضمني الأول، والذي في حال عدم تقديم التسبب الكافي يكون غير قانوني^(٧٥).

كما أكد ذلك في حكمه الصادر في ٢٧ من يناير عام ٢٠٠٦م قوله: "...في حالة طلب صاحب الشأن من الجهة الإدارية توضيح أسباب القرار الضمني بالرفض، فإنه يتعين عليها أن تعلنه بأسباب القرار خلال الشهر التالي لتقديم طلبه، ويمتد ميعاد الطعن القضائي إلى شهرين من تاريخ إعلانه بأسباب القرار"^(٧٦).

(75) C.E, 29 mars 1985, Testa, no 45311 ; 46374, rec. P.93.

وجاء فيه:

" Cons. Qu'aux termes de l'article 5 de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs " une decision implicite intervenue dans des cas où une décision explicite aurait du être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation .Toutefois , à la demande de l'intéressé formulée dans les délais du recours contentieux , les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande . Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de 2 mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués " ; qu'il résulte de ces dispositions que le silence gardé pendant plus de 4 mois sur une demande de communication des motifs d'une décision implicite de rejet n'a pas pour effet de faire naître une nouvelle décision implicite de rejet détachable de la première et pouvant faire elle-même l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; que ce silence permet seulement à l'intéressé de se pourvoir sans condition de délai contre la décision implicite initiale qui , en l'absence de communication de ses motifs , se trouve entachée d'illégalité ;".

(76) C.E, 27 janvier 2006, Préfet de l'Hérault, no 273220. =

المبحث الثاني

جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين

انتهينا فيما سبق إلى أن للقاضي الإداري بما له من سلطة ودور إيجابي في توجيه الدعوى الإدارية إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها^(٧٧)، وله أن يطلب منها استكمال المستندات المرتبطة بموضوع الدعوى التي يرى ضرورة توفرها لحسم النزاع، وفي حالة تقاعس أو امتناع الإدارة عن تقديم ذلك، فإنه يعد قرينة على وجود عيب شاب سبب القرار الإداري، ويؤدي إلى الحكم بعدم مشروعية القرار الإداري^(٧٨). ولما كانت دراستنا دراسة مقارنة بين النظام المصري والفرنسي، فإننا سنتناول في هذا المبحث جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في كل من مصر وفرنسا، وذلك في مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في مصر.

المطلب الثاني: جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في فرنسا.

=وجاء فيه:

"...Toutefois, à la demande de l'intéressé, formulée dans le délai de recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués".

⁽⁷⁷⁾ Autin Jean-Louis, "La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et évolution des droits européens", Revue française d'administration publique, 1/2011 (no 137 – 138), P.86 et suiv.

⁽⁷⁸⁾ C.E. Sect., 24 juillet 1982, Belasri, Rec. 322 ; Idoux (pascale), La contradiction en droit administratif français, thèse Université Montpellier 1, 2005, P.604.

المطلب الأول

جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في مصر

انتهى الفقه والقضاء المصري إلى صلاحية القاضي الإداري بإلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين، إذا ما شكك فيه المدعي، بأن يطلب منها الكشف عن السبب الحقيقي للقرار عن طريق طلب المستندات التي استندت إليها الإدارة في إصدار القرار، فإذا نكلت عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع، فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي بصحة ادعائه وسلامة ما قدمه من أدلة^(٧٩).

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٢ من نوفمبر عام ١٩٩٥م بقولها: "ومن حيث إنه على هدي ما تقدم جميعه، ولما كان الثابت من ظاهر الأوراق أنه بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٩٣ صدر قرار مدير عام السجون (الطاعن الثاني) بمنع الزيارة عن المحكوم عليهما عبود عبد اللطيف الزمر وطارق عبد الموجود الزمر المودعين ليمان طره لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة المقضي بها عليهما في القضية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٨١ أمن دولة إلا بتصريح من النيابة العامة، وذلك لأسباب متعلقة بالأمن طبقاً للمادة ٤٢ من القانون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم السجون، ولم يفصح مصدر القرار ماهية الأسباب الأمنية التي دعت لإصدار هذا القرار، ولم تطرح الجهة الإدارية في ساحة القضاء الإداري أي أصول استمدت منها هذه الأسباب الأمنية، وإنما امتنعت عن الإفصاح عن سبب قرارها وحجبت الأصول التي استمدته منها، واكتفت بالقول بأن القرار الصادر منها يستند لأسباب متعلقة

(٧٩) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٤، ١٩٧٩م، ص٦٠٧، محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٦٩م، ص١١٩٩.

بالأمن مما يعد من قبيل الأقوال المرسلة التي يتعين الالتفات عنها، وكل ذلك يقيم قرينة على عدم قيام القرار على صحيح سببه فيضحي مخالفاً لأحكام القانون^(٨٠).

كما قضت المحكمة نفسها في حكمها الصادر في ٧ من إبريل عام ٢٠٠٧م بأنه: "ولما كان المدعون قد توفرت في شأنهم كافة الاشتراطات المتطلبية قانوناً للترشيح لعضوية المجلس الشعبي المحلي لقرية أم الزين، ودليل ذلك ورود أسماؤهم بكشف الترشيح الصادر عن الجهة الإدارية والمؤرخ ٢٠٠٢/٣/٩م، فمن ثم يكون قرار استبعادهم من الترشيح بالكشف المؤرخ ٢٠٠٢/٣/١١ غير قائم على سند من القانون، خاصة وأن الجهة الإدارية لم تبرر أسباب استبعادهم، ولم تقدم مستندات مما يعد قرينة لصالحهم....."^(٨١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ من مايو عام ٢٠٠٨م بأنه: "ومتى كان ذلك وكانت محكمة القضاء الإداري قد كلفت الجهة الإدارية بتقديم ما يفيد حصول المطعون ضدها على بعثة داخلية وتقديم التعهد الذي التزمت فيه بخدمة الوزارة أو أية جهة أخرى، إلا أن الجهة الإدارية نكلت عن تقديم تلك المستندات رغم تأجيل الدعوي لهذا السبب عدة مرات، كما أن الجهة الإدارية لم تقدم تلك المستندات أمام هذه المحكمة رغم منحها أجلاً لذلك بجلسات المرافعة المنعقدة في ٢٤/١١/٢٠٠٨م أجلاً لذلك بجلسات المرافعة المنعقدة في ٢٤/١١/٢٠٠٨م، ١٩/٢/٢٠٠٨م، ٢٢/٤/٢٠٠٨م، وإذ كان من المقرر وفقاً لحكم المادة الأولى من قانون الإثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه. ولما كان الطاعن لم يقدم دليلاً على أن المطعون

(٨٠) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٢/١١/١٩٩٥م، طعن رقم ١١٧٤ لسنة ٤٠ ق.ع، المجموعة، س ٤١، ج ١، ص ٤٧، القاعدة رقم ٧.

(٨١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٧/٤/٢٠٠٧م، طعن رقم ٦١٦٢ لسنة ٤٨ ق.ع، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، الجزء الأول من أول أكتوبر ٢٠٠٦ إلى إبريل ٢٠٠٧م، ص ٥٣٩، القاعدة رقم ٨٥.

ضدها مدينة له بمبلغ ١٤٢٩.٨٦٠ جنيهاً، ومن ثم يكون طلب الطاعن إلزام المطعون ضدها بأن تؤدي له مبلغ ١٤٢٩.٨٦٠ جنيهاً غير قائم على سند من القانون^(٨٢). وقضت أيضاً في حكمها الصادر في ١٦ من فبراير عام ٢٠١٠م بأنه: "ومتي كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الجهة الإدارية المطعون ضدها لم تقدم ما يفيد قيام لجنة مخالفات المنتفعين بإجراء تحقيق مع الطاعن وشقيقه حول المخالفة المنسوبة إليهما، والمتعلقة بنجليهما عن زراعة الأرض للغير، كما لم تقدم أصل القرار الصادر بإلغاء انتفاع المذكورين بالأرض للوقوف على مدى استيفائه شروطه القانونية من حيث التسبب والاعتماد من جهة الاختصاص بل ورفضها مما يفيد عدم الاستدلال على مثل هذا القرار، ولم يقدم ملف لجنة مخالفات المنتفعين في الطلب رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٩ والمدعي بصدور القرار المذكور، رغم سابق طلبه من دائرة فحص الطعون وتغريمها لسبب عدم تنفيذ القرار، وهذه الأمور مجتمعة تقطع ببطلان قرار إلغاء انتفاع الطاعن وشقيقه بالأرض محل الطعن لمخالفته لأحكام القانون، الأمر الذي يتعين معه القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك من آثار"^(٨٣).

(٨٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ٢٠/٥/٢٠٠٨م، الطعن رقم ١٢٣٠٠ لسنة ٤٦ عليا، الدائرة الثالثة عليا، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية المبادئ الهامة في أحكام المحكمة الإدارية العليا، (٢٠٠٧/٢٠٠٩م)، الجزء الأول، أفراد وعقود، طبعة ٢٠١٠م، المبدأ رقم ٢، ص ١٠، وراجع حكمها الصادر بنفس الجلسة ٢٠/٥/٢٠٠٨م، الطعن رقم ١٠١١١ لسنة ٤٩ عليا - الدائرة الثالثة عليا، المرجع السابق، مبدأ رقم ١، ص ٨. وجاء فيه: "إلا أن الجهة الإدارية قد نكلت عن تقديم هذه المستندات رغم طلبها، الأمر الذي يقيم قرينة لصالح المدعي مؤداها التسليم بصحة ما يدعيه، ويكون القرار السلبي بامتناع الجهة الإدارية عن تسليم المدعي أصل عقد إيجار المحل المؤجر له قراراً سلبياً مخالفاً للواقع والقانون حرياً بالإلغاء مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها منح المدعي أصل ذلك العقد".

(٨٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٦/٢/٢٠١٠م، طعن رقم ٧٧١١ لسنة ٥١ ق.ع، الدائرة الثانية موضوع.

وقضت كذلك في حكمها الصادر في ٣١ من أغسطس عام ٢٠١٤م بأنه:
"استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن نكول الإدارة عن تقديم المستندات والأوراق يقيم قرينة لصالح المدعي بصحة ادعائه وسلامة ما قدمه من أدلة... وإذا كان الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلا أن هذا الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال وطبيعة النظام الإداري الذي تحتفظ بمقتضاه الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات مما يتعذر معه على الافراد تحديد مضمونها تحديداً دقيقاً، لذا فإنه من المبادئ المستقرة في المجال الإداري أن الإدارة تلتزم بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في إثباته إيجاباً ونفيماً متى طلب منها ذلك فإذا نكلت عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع، فإن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي على صحة ما يدعيه"^(٨٤).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا كذلك في حكمها الصادر في ٢٣ من فبراير عام ٢٠١٦م بأنه: "استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن قاعدة "يقع عبء الإثبات على عاتق المدعي" لا يؤخذ بها على إطلاقها في مجال المنازعات الإدارية، حيث تحتفظ الإدارة بجميع الوثائق والملفات المتعلقة بالمنازعة، وأثر ذلك أنه: يتعين على جهة الإدارة تقديم الأوراق والمستندات اللازمة للفصل في الدعوي متى طلب منها ذلك... ونكول الإدارة عن ذلك يقيم قرينة لصالح المدعي بصحة ادعائه وسلامة ما قدمه من أدلة"^(٨٥).

(٨٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٣١/٨/٢٠١٤م، طعن رقم ١٧٣٤ لسنة ٥٩ قضائية، وحكمها الصادر في ١٨/٧/٢٠٠٦م، طعن رقم ١٥٢٣ لسنة ٤٦ ق علياً أحكام غير منشورة.

(٨٥) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٣/٢/٢٠١٦م، طعن رقم ٢٧٦٥٩ لسنة ٥٥ ق.ع، وحكمها الصادر في ٢٨/٤/٢٠١٠م، طعن رقم ٤٤٠٨ لسنة ٤٩ قضائية، وحكمها الصادر في ٢٧/٦/٢٠٠٩م، طعن رقم ١٨٨٠ لسنة ٤٦ قضائية أحكام غير منشورة.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكم حديث لها صادر في ٢٨ من مارس عام ٢٠١٧م بقولها: "أما وأن الجامعة المدعى عليها قد تقاعست عن تقديم معايير وضوابط منح درجات أعمال السنة، فمن ثم يعد ذلك نكولاً من جانبها عن تقديم كافة المستندات اللازمة للفصل في الدعوي، ويعد قرينة على عدم مشروعية القرار المطعون فيه في الشق الخاص بدرجة أعمال السنة، ومن هو ما يتعين معه والحال كذلك القضاء بأحقية الطالب في الحصول على درجات أعمال السنة بالكامل ومقدارها خمس درجات في المواد التي حصل فيها على ما هو أقل من خمس درجات في أعمال السنة، وكذا درجات الرأفة المقررة لعام ٢٠١٥/٢٠١٦م متي توافرت في الطالب شروط استحقاقها"^(٨٦).

كذلك بتقديم المستندات الضرورية في الدعوي التي استند عليها القرار، إذا ما تبين له صحة ما دفع به المدعي وما قدمه من أدلة، ومن ثم تكون الجهة الإدارية أمام خيارين، إما تقديم المستندات والإفصاح عن سبب القرار الطعين، أو الامتناع، فإذا أفصحت عن سبب القرار الطعين وقدمت المستندات التي تؤيد ذلك، عاد الوضع إلى الأصل وهو قيام المدعي بإثبات دعواه من خلال تلك المستندات، وأما إذا امتنعت الإدارة عن الإفصاح عن سبب القرار الطعين وتقديم المستندات التي استندت إليها، فإن ذلك دليل على تسليمها بما يطلبه المدعي وبصحة أسانيد دعواه"^(٨٧).

وبمعني آخر فإن القضاء الإداري في مصر يكتفي من الطاعن أن يقدم ليس دليلاً كاملاً على عدم صحة السبب، بل مجرد قرائن تشكك في صحة سبب القرار، ويترتب على ذلك نقل عبء إثبات صحة القرار على الإدارة، ويكون للقاضي في

^(٨٦) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٨/٣/٢٠١٧م، دعوي رقم ٢٨٥٨٢ لسنة ١٧ق، الدائرة الأولى.

^(٨٧) عامر بن محمد بن عامر الحجري، بحث في الرقابة القضائية على عيب السبب في دعوي مراجعة القرار الإداري، إبريل ٢٠١١م، ص ٥٥، أشرف عبد الفتاح أبو المجد، تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، دراسة مقارنة، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٦٥.

هذه الحالة بما له من دور إيجابي في توجيه الدعوي الإدارية أن يُلزم الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين، وتقاعس أو امتناع الإدارة عن تقديم ما طلب منها، يقيم قرينة لصالح المدعي بصحة ما يدعيه.

المطلب الثاني

جزاء عدم إفصاح الإدارة عن سبب القرار الطعين في فرنسا

إذا ما طعن المدعي في الأسباب التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها، فإن القاضي الإداري الفرنسي لا يلقي بعبء الإثبات كلية على المدعين وإنما يطلب منه فقط أن يكون محدداً، وأن يجمع كل وسائل لإثبات التي يمكنه الحصول عليها تأييداً لإدعاءاته^(٨٨)، فإذا كانت صحيفة الطعن غامضة أو غير محددة، فيرفض الطعن؛ لأن الطاعن لم يثبت صحة أقواله^(٨٩)، أما إذا تضمنت على العكس مجموعة من القرائن الجدية فعلى القاضي أن يكمل الملف بإجراءات التحقيق عن طريق إلزام الإدارة بتقديم الوثائق التي تؤيد اتخاذ قرارها^(٩٠)، وفي حالة تقاعس أو امتناع الإدارة عن تقديم ذلك، أو عدم قدرتها على إثبات صحة السبب التي استندت إليه في قرارها، فإن ذلك يُعد قرينة على وجود عيب شاب سبب القرار الإداري، ويؤدي إلى الحكم بعدم مشروعية القرار الإداري^(٩١).

(88) CF.C.E., Sect , 23 déc 1955, Lévy, Rec. 608 ; D. 1956, 27, conclé . Lasfy ; 27 oct. 1965 m Ministre de l'éducation nationale c. Sukada et Lamas, Rec. 557 ; D. 1966, 145, note. Gilli.

(89) C.E., 9 juill 1954, Cordelet, Rec. 439 ; A.J. 1954 , 11, 396, note Long.
(٩٠) أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، الطبعة العاشرة، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٥م، ص ٦٥٨.

(91) C.E. Sect., 24 juillet 1982, Belasri, Rec. 322 ; idoux (Pascale), La contradiction en droit administratif français, thèse Université Montpellier 1, 2005, P.604.

ويقول Pierre Tifine في هذا الخصوص بأنه: في حالة عدم وضوح الأسباب التي استندت إليها الإدارة، فله أن يأمر الإدارة بتقديم مزيد من الأدلة، وله أن يطلب منها إيضاح سبب القرار، وفي حالة صمت الإدارة وعدم تقديمها ما طلب منها، فإن القاضي يُعد أن الدافع الذي تمسك به الطاعن ثابتاً وصحياً^(٩٢).

وتطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٨ من مايو عام ١٩٥٤م بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، بعد أن رفضت الإدارة إطلاع مجلس الدولة على الملفات التي طالبها بها، والتي تمكنه من تكوين عقيدته وتسمح له بالتحقق من مزاعم الطاعنين، إذ رفض سكرتير الدولة برئاسة مجلس الوزراء بقرارات صادرة في ٣، ٧ من ١٩٥٣ ترشيح خمسة أفراد لمسابقة دخول المدرسة الوطنية، وبعد بضعة أيام نشرت الصحافة بياناً بأن عضواً بمكتب سكرتير الدولة أعلن أن الحكومة لن تقبل أي مرشح شيوعي، فطعن المرشحون الخمسة على قرار رفض ترشيحهم استناداً إلى أنه تم رفضهم لأسباب سياسية وعدّ المجلس أن الدافع الذي يتمسك به الطاعنون صحيحاً وثابتاً، وذلك بعد أن امتنعت الإدارة عن تقديم الملفات التي طلبها المجلس^(٩٣).

^(٩٢) Pierre Tifine, Droit administrative français, 2014, P.132.

حيث يقول:

"Il faut relever que si les motifs n'apparaissent pas clairement dans la decision, le juge peut ordonner un supplément d'instruction en vue de demander à l'administration de les préciser. En cas de silence de l'administration le juge présumera exacts les motifs allégués par le requérant qui les conteste".

^(٩٣) C.E. Ass. 28 mai 1954, Barel et autres, GAJA, 17e édition, 2009, P.454.

" Par décisions des 3 et 7 aout 1953, le secrétaire d'état à la présidence du conseil refusa cinq candidatures au concours d'entrée de l'Ecole nationale d'administration. Quelques jours plus tard, la presse publiait un communiqué d'après lequel un membre du cabinet du secrétaire d'état avait déclaré que le gouvernement ne voulait accepter aucun candidat communiste à l'E.N.A. Les cinq intéressés saisirent le Conseil d'état de recours en annulation, en soutenant que l'autorisation de concourir leur=

ولم يكن مثل هذا المنهج في التحقيق جديداً - طلب مجموع الوثائق الذي اتخذ القرار بعد الإطلاع عليها، وليس فقط بيان بواعث القرار - ولكن لم يكن قد استعمل حتى ذلك الحين إلا في حالات نادرة، ولجأ إليه القضاء الفرنسي كثيراً منذ حكم Barel سالف الذكر، وقد اعمله خصوصاً بمناسبة قرار برفض الإقامة الجبرية اتخذ، حسب ادعاء الطاعن على اساس وقائع غير صحيحة مادياً وبمناسبة فصل لأسباب سياسية أو لأسباب غير صحيحة وفي هذه الحالات اصطدم إجراء التحقيق بإهمال الإدارة وأدى ذلك إلى إلغاء القرار المطعون فيه^(٩٤).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية الاستئنافية بنانسي (Nancy) في حكمها الصادر في ١٦ يونيو ٢٠٠٥م بأن: "عدم الجدارة أو عدم الكفاءة (Inaptitude) إذا ما ثبتت لا تشكل خطأ ولا يمكن أن تكون سبباً لاتخاذ إجراءات تأديبية، لذلك اعتبرت المحكمة أن القرار الصادر من السيد مدير المستشفى على السيدة (Anita X) بخفض وظيفتها إلى الدرجة الثامنة مستنداً إلى عدم قدرتها المهنية، لتبرير توقيع العقوبة التأديبية عليها، يعد مخالفاً للقانون يتعين إلغاؤه، وانتهت المحكمة إلى إلغاء قرار السيد مدير المستشفى فيما تضمنه من تخفيض وظيفة أو مرتبة السيدة (Anita

=avai été refusée uniquement en raison des opinions plitiques qui leur avaient été imputées Il a ensuite déduit du refus de l'administration de déférer à cette demande et de l'ensemble des circonstances de l'affaire que l'allégation des requérants, quant au motif du refus qui leur avait été opposé, devait être regardée comme établie".

⁽⁹⁴⁾ C.E. Ass. 30 juin 1959, Grange, Rec. 85 concl. Chardeau ; C.E. Ass, 11 mai 1973, Sanglier, Rec. 344 ; A.J. 1973, 428, note larger ; R.D.P. 1973, 1747, note M. Waline.

وللمزيد من الأحكام راجع/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥م، ص ٦٥٨.

X) وبتعويضها بمبلغ ١٥٠٠ يورو عن الأضرار التي لحقت بها من جراء هذه العقوبة^(٩٥).

كما قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٦ فبراير عام ٢٠١٤م بإلغاء القرار الإداري الصادر من إدارة المستشفى؛ لعدم تقديم الجهة ما يفيد الوثائق التي تفيد مشروعية السبب التي استندت إليه، ولما اتضح للمحكمة أن الجهة الإدارية لم تبرر ولم تكشف عن السبب القانوني لقرارها أمام محكمة الاستئناف الإدارية، فإن قرار محكمة الاستئناف الإدارية يكون من غير سند قانوني، وانتهى المجلس إلى أحقية السيدة Hammoumi في طلب إلغاء القرار الطعين^(٩٦).

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٧ من يوليو عام ٢٠١٠م بأنه: "في حالة الشك يقع على عاتق القاضي التزام بأن يأمر الجهة الإدارية بتقديم كل الأدلة التي من شأنها تكوين قناعته، وله في سبيل ذلك أن يأمر بكل إجراء تحقيق مفيد في هذا الشأن، وانتهى المجلس إلى أن القرار المطروح أمامه مشوياً بعيب السبب أو الباعث"^(٩٧).

⁽⁹⁵⁾ CAA. De Nancy, 3 EME CHAMBRE, FORMATION A 3, du jeudi 16 juin 2005, Mme Anita X, No 01 NC 00151, Inédit au recueil Lebon.

وجاء فيه:

"L'inaptitude, à la supposer établie, n'est pas constitutive d'une faute et ne peut justifier une sanction disciplinaire ; ... DECIDE : Article 1er : LE jugement en date du 21 novembre 2000 du Tribunal administrative de Châlons-en-Champagne et la décision du directeur du centre hospitalier de Sedan en date du 20 septembre 1999 sont annulés. Article 2 : Le centre hospitalier de Sedan est condamné à verser à Mme X la somme de mille cinq cents euros (1500 E)".

⁽⁹⁶⁾ C.E., 26 février 2014, Hammoumi, no 356595.

وجاء فيه:

"que la conviction du juge , à qui il revient d'apprécier si la decision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination , ... ; qu'en cas de doute , il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ;".

⁽⁹⁷⁾ C.E., 7 juillet 2010, Poliak, no 322636.

=

كما قضى كذلك في حكمه الصادر في ٢٩ من مارس عام ١٩٨٥م بأنه: "إذا كانت الجهة الإدارية غير ملزمة بتسبب القرارات الضمنية طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم (٥٨٧) الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩م والمعدل بالقانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٦م بشأن تسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور، إلا أنها ملزمة بالإفصاح عن أسباب القرار إذا ما طلب المدعي ذلك، وفي حالة عدم إفصاحها عن دوافع القرار إذا ما طلب منها ذلك، فإن القرار يعد غير مشروع"^(٩٨).

وهذا ما رده في حكمه الصادر في ٢٧ من يناير عام ٢٠٠٦م بقوله: "إذا كانت المادة الخامسة من القانون رقم (٥٨٧) الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩م والمعدل بالقانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٦م بشأن تسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور تعفي الإدارة من تسبب القرارات الضمنية، وأن عدم التسبب لا يعيب القرار الإداري، ولكن إذا تقدم صاحب الشأن إلى جهة الإدارة خلال مدة الطعن القضائي بطلب، يطالبها فيه بالكشف عن سبب القرار الضمني بالرفض، فإن الإدارة تكون ملزمة بإبداء أسباب القرار، وفي حالة عدم إفصاح الجهة الإدارية عن أسباب القرار، فإن القرار الإداري يكون غير مشروع"^(٩٩).

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد اتجه إلى التخفيف من إلزام المدعي بالحصول على مبادئ إثبات جدية ومحددة بقدر كاف في حالة طعنه في سبب القرار الإداري، وذلك في الحالات التي لم يوجد فيها إلزام على الإدارة بتسبب قرارها، وقد أمرت محكمة باريس الإدارية في حكمها الصادر في ٦ مايو عام ١٩٥٩م الجهة الإدارية بتقديم الملف، بينما لم يكن الطاعن قدّم أية قرينة خاصة تأييداً لمزاعمه،

= وجاء فيه:

"Il appartient au juge administratif, dans la conduit de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction".

(98) C.E., 29 mars 1985, Testa no 45311 ; 46374, etc. P.93.

(99) C.E., 27 janvier 2006, Préfet de l'Hérault, no 273220.

وإزاء رفض الإدارة الرد على هذا الأمر، انتهت المحكمة إلى إلغاء القرار الطعين⁽¹⁰⁰⁾، وأيد مجلس الدولة هذا الحكم في الاستئناف⁽¹⁰¹⁾.

كما يجدر التنويه إلى أن للجهة الإدارية أن تستبدل السبب أو الباعث إذا كانت قد تمسكت أو أثارت أثناء التحقيق عدة أسباب ارتكزت عليها قانوناً. وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٥ من فبراير عام ٢٠١٤م بأنه: "... ويترتب على ذلك أن عدم مشروعية السبب أو الباعث في القرار الإداري يمكن تصحيحها أو تجنبها إذا كان مصدر القرار قد تمسك - آثار - أثناء التحقيق بسبب أو بعدة أسباب قانونية أو واقعية، والتي من شأنها أن يركز عليها قانوناً، وأن ذلك لا يمكن التمسك به أو إثارته إلا من قبل مصدر القرار المطعون فيه، وبالتالي فإن القاضي ليس له الصلاحية أو السلطة في أن يثير أو يتمسك من تلقاء نفسه باستبدال السبب أو الباعث⁽¹⁰²⁾ إلا إذا كانت سلطة الجهة الإدارية مقيدة في اتخاذ هذا القرار"⁽¹⁰³⁾. وذلك إذا تدخل المشرع وفرض على الإدارة أن لا تتدخل إلا إذا قام سبب بعينه للتدخل.

⁽¹⁰⁰⁾ T.A, Paris, 6 mai 1959, Vicat-Blanc, A.J. 1959, 11, 360, concl. Sauzetm note V.S.

⁽¹⁰¹⁾ C.E., 21 déc 1960, premier minister c. Vicat-Blanc, Rec. 1093 ; D. 1961, 421, note Chapus ; A.J. 1961. 167, note V.

⁽¹⁰²⁾ C.E., 5 février 2014, requête numéro 367815, société pludis.

وجاء فيه:

"dont il résulte que l'illégalité des motifs de la decision peut être régularisée si son auteur invoque, Durant l'instruction, un ou plusieurs motifs de droit ou de fait qui sont susceptible de la fonder légalement. Elle ne peut être demandée que par l'auteur de la décision attaquée, et par conséquent l juge n'a pas le pouvoir d'invoquer d'office la substitution de motifs".

⁽¹⁰³⁾ C.E., 7 janvier 1983, requête numéro 26725, Ministre de l'industrie c/Sogba : Rec. P.1.

وجاء فيه:

"Sauf dans les cas où la decision a été prise dans l'exercice d'une compétence liée".

وحيثُذ يصبح اختصاص الإدارة مقيداً، وهنا يتعيّن على القاضي التحقق من السبب بشروطه التي فرضها المشرع لكي يكون القرار الإداري مشروعاً. ونخلص مما سبق أن القضاء الإداري الفرنسي وبما يتمتع به من دور إيجابي في توجيه الدعوي الإدارية والتحقيق فيها، قد خفف من وطأة الأصل العام في الإثبات - البينة على من ادعى - وإذ إنه في حالة قناعته بصحة ما قدمه المدعي من أسانيد وأدلة، فله أن يلزم الإدارة بتقديم ما يراه من مستندات ووثائق يراها ضرورية؛ لتوضيح الأسباب التي استند إليها القرار الطعين، وفي حالة عدم تقديمها تلك المستندات والوثائق فإن ذلك يُعد دليلاً على تسليمها بصحة أسانيد ما قدمه المدعي في دعواه، ويترتب على ذلك عدم مشروعية القرار لعدم صحة السبب الذي بُني عليه.

الخاتمة

تناولت خلال هذا البحث موضوع صلاحية القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، وذلك في محبث تمهيدي ومبمحئين رئيسيين، وقد تمكنت من خلال هذه الدراسة أن أصل إلى عدة نتائج وتوصيات سأضعها تحت نظر الفقه والقضاء.

ويمكن تلخيص تلك النتائج والتوصيات فيما يأتي:

أولاً: السبب ركن لازم لقيام القرار الإداري وشرط أساسي لمشروعيته، ولا يكون للقرار وجود من غير أن يكون له سبب، بينما التسبب عنصر غير لازم لمشروعية القرار الإداري إلا في حالة النص على ضرورة تسببيه، ولذلك فالسبب هو عنصر في الرقابة على القرار باعتباره أساساً للقرار وأحد عناصره الموضوعية، أما التسبب فهو عنصر في القرار ويتعلق بالجانب الشكلي وبالمشروعية الخارجية.

ثانياً: انطلاقاً من النقطة السابقة والمتمثلة في أن التسبب لا يكون لازماً إلا حيث يوجب القانون أما السبب فهو ركن في القرار الإداري، فإن عدم التسبب يؤدي إلى

عدم مشروعية القرار لعيب في الشكل، أما في حالة عدم وجود سبب للقرار، فيؤدي إلى عدم مشروعية القرار؛ لانعدام السبب.

ثالثاً: المبدأ المعمول به في الفقه والقضاء المقارن هو "لا تسبب إلا بنص" وبرغم أن المُشرِّع تدخل في فرنسا وأصدر القانون رقم (١٩٧٩/٥٨٧م) بتاريخ ١١ يوليو عام ١٩٧٩م، والذي تم تعديله بالقانون رقم (١٩٨٦/٧٦م) وفرض بموجبه مبدأ التسبب الوجوبي في عدة طوائف من القرارات الإدارية؛ إلا أن القانون لم يفرض المبدأ كالتزام عام، أي لم يتنازل عن القاعدة التقليدية.

رابعاً: في حالة عدم تسبب الإدارة للقرار الإداري لعدم إلزامها قانوناً بذكر الأسباب التي استندت إليها، فيفترض فيه أنه قام على سببه الصحيح، وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري غير مسبب تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي عكس ذلك، أي يثبت أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة، إعمالاً للأصل المتمثل في أن البينة على من أدعي.

خامساً: إذا كان الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، إلا أن الأخذ بهذا الأصل على إطلاقه في مجال المنازعات الإدارية لا يستقيم مع واقع الحال وطبيعة النظام الإداري الذي تحتفظ بمقتضاه الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات، مما يتعذر معه على الأفراد تحديد مضمونها تحديداً دقيقاً؛ لذا فإنه من المبادئ المستقرة في المجال الإداري أنه: لما للقاضي من دور إيجابي في توجيه إجراءات الدعوى الإدارية، فإن له أن يلزم الإدارة بتقديم سائر الأوراق والمستندات المتعلقة بموضوع النزاع والمنتجة في إثباته إيجاباً ونفيًا، والتي يراها ضرورية لتكوين عقيدته.

سادساً: يُشترط لنقل عبء إثبات صحة أسباب القرار الإداري إلى عاتق الإدارة، أن يقدم المدعي من الحجج والأدلة ما يؤدي إلى اقتناع القاضي بحججه وأسانيده، أما إذا كان ما يقدمه المدعي لم يقتنع به القاضي، فإن ذلك لا يؤدي إلى التشكيك في السبب الذي استندت إليه الإدارة في إصدار قرارها.

سابعاً: فللقاضي الإداري أن يُلزم الإدارة بالإفصاح عن سبب القرار الطعين، ويُلزمها كذلك بتقديم المستندات الضرورية في الدعوى التي استند عليها القرار، إذا ما تبين له صحة ما دفع به المدعي وما قدمه من أدلة، ومن ثم تكون الجهة الإدارية أمام خيارين إما تقديم المستندات والإفصاح عن سبب القرار الطعين، أو الامتناع، فإذا أفصحت عن سبب القرار الطعين وقدمت المستندات التي تؤيد ذلك، عاد الوضع إلى الأصل وهو قيام المدعي بإثبات دعواه من خلال تلك المستندات، وأما إذا امتنعت الإدارة عن الإفصاح بسبب القرار الطعين وتقديم المستندات التي استندت إليها، فإن ذلك دليل على تسليمها بما يطلبه المدعي، وبصحة أسانيد دعواه.

ثامناً: أناشد المنظم في مصر أن يوسع من نطاق القرارات الإدارية الواجب على الإدارة تسببها، وذلك بإصدار نظام أو قانون خاص يبيّن فئات القرارات الإدارية التي يتعيّن على الإدارة تسببها، ويحدد العناصر التي يتعيّن أن يتضمنها التسبب القانوني.

تاسعاً: أناشد المنظم في مصر بأن ينص على ضرورة تسبب القرارات الإدارية الصريحة الصادرة برفض الطلب المقدم إليها، ومنها رفض التظلم على غرار ما أوجبه المُشرّع المصري بقانون مجلس الدولة رقم (٤٧ لسنة ١٩٧٢م) من إلزام جهة الإدارة بتسبب القرار الصادر منها في رفض التظلم الإداري في مجال الوظيفة العامة، وأن يخول لصاحب الشأن في حالة القرار الضمني بالرفض أن يتقدم بطلب إلى الجهة الإدارية في ميعاد الطعن القضائي؛ للوقوف على سبب القرار، وإلزام الإدارة إعلانه بأسباب القرار خلال مدة معينة، مع احتساب ميعاد الطعن القانوني من تاريخ إعلانه بالأسباب، وفي حالة عدم إعلانه بأسباب القرار الضمني بالرفض، تقوم قرينة على صحة ما يدعيه المدعي، وينقلب عبء إثبات صحة السبب على عاتق الجهة الإدارية.

قائمة بأهم المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

- ١) أحمد عودة الغويبري، قضاء الإلغاء في الأردن، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٨٩م.
- ٢) أحمد يسري، ترجمة أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، الطبعة العاشرة، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٥م.
- ٣) أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبیب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- ٤) بشري لبيب حبيب، نظرية الخطأ التأديبي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون دار نشر، ١٩٩٠م.
- ٥) بهمن أحمد محمد، تسبیب القرارات الإدارية في قضاء محكمة العدل العليا، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة إلمروك، الأردن، دار المنظومة، ٢٠١٢م.
- ٦) حامد الشريف، الطعن في القرارات الإدارية أمام مجلس الدولة، ط٢، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ٧) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرارات الإدارية في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، ٢٠٠١م.
- ٨) خليفة سالم الجهمي، تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي، ٢٣ أغسطس ٢٠١٢م.
- ٩) سامي الطوخي، التسبیب والسبب في القرارات الإدارية، أكاديمية القضاء أبو ظبي، بدون تاريخ.
- ١٠) سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٤م.
- ١١) سعد نواف العنزى، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧م.
- ١٢) سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية نسخة راجعها ونقحها الدكتور محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي، ٢٠٠٦م.
- ١٣) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.

- ١٤) عامر بن محمد بن عامر الحجري، بحث في الرقابة القضائية على عيب السبب في دعوي مراجعة القرار الإداري، إبريل ٢٠١١م.
- ١٥) على جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٤م.
- ١٦) عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م.
- ١٧) فهد العنزي، القرار الإداري، تعريفه واركانه، بدون جهة نشر وتاريخ.
- ١٨) محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢م.
- ١٩) محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، بدون دار نشر، ١٩٩٠م.
- ٢٠) محمد عبد الواحد الجميلي، من السرية إلى الشفافية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- ٢١) محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٦٩م.
- ٢٢) محمد بن مرهون بن سعيد المعمري، تسبيب القرارات الإدارية، دراسة مقارنة بين الأردن، عمان ومصر، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، دار المنظومة، ٢٠٠٢م.
- ٢٣) محمد وليد العبادي، الموسوعة الإدارية، القضاء الإداري، شروط قبول دعوي الغلاء والآثار المترتبة على الفصل فيها، الجزء الثاني، دار الوراق للنشر، عمان، ٢٠٠٨م.
- ٢٤) محمود خلف حسين، الحماية القانونية للأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في العراق، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٦٨م.
- ٢٥) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٩م.

ثانياً- مجموعة الأحكام والموسوعات:

- ١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارية: إصدار المكتب الفني.
- ٢) مجموعة الثلاث سنوات لأحكام القضاء الإداري.
- ٣) مجموعة الفتاوى لمجلس الدولة.
- ٤) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا: المكتب الفني.
- ٥) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني.

٦) مجموعة القوانين والمبادئ القانونية: هيئة قضايا الدولة، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا - ٢٥ - الجزء الثاني، (عاملون مدنيون بالدولة / كادرات خاصة)، طبعة ٢٠٠٨م.

٧) مجموعة القوانين والمبادئ القانونية: هيئة قضايا الدولة - ٤١ - المبادئ الهامة في أحكام المحكمة الإدارية العليا ٢٠٠٧/٢٠٠٩م، الجزء الأول، أفراد وعقود، طبعة ٢٠١١م.

ثالثاً- المراجع باللغة الفرنسية:

- 1) Autin Jean- Louis, "La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et evolution des droits européens", Revue française d'administration publique, 1/2011.
- 2) Brisson (Jean-François) et Rouyère (Aude), Droit administratif, pages d'amphi, Montchrestien 2004.
- 3) Guillaume Blancem Motifs et motivation des decisionsadministratif, La Revue administrative, 1998.
- 4) Jacques Bouvier, Eléments fondamentaux de droit administratif, Avril 2011.
- 5) Jean – Marie, Droit administratif, PUF, 1991.
- 6) Idoux (Pascale), La contradiction en droit administratif français, thèse Université Montpellier 1, 2005.
- 7) Morand-Deville (Jacqueline), Cours de droit administratif, Montchrestien, 11^e édition, 2009, P.403. Dupuis (Georges), "Les motifs des actes administratifs", EDCE, 1974 – 1975.
- 8) Pierre Tifine, Droit administratif français, 2104.
- 9) songolo Noémy, LA MOTIVATION DES ACTES ADMINISTRATIFS, 23 SEPTEMBRE 2011.
- 10) Verpeaux (M.), Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois des Républiques ? : LPA 1993.

المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) في التشريعين المصري والعماني دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة (الجزء الأول)

الدكتور/ حمدي محمد محمود حسين *

المخلص:

تأتي أهمية هذه الدراسة؛ أنها تتناول حدثاً مهماً على الساحتين الوطنية والعالمية، وهو انتشار جائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) بشكل كبير فأصاب أكثر من ٣٥ مليون إنسان حول العالم، توفى منهم أكثر من مليون.

وقد أثر انتشار هذا الفيروس في حركة الاقتصاد العالمي، والصحة والسلامة للناس في مختلف البلدان، مما اضطر الدول إلى اتخاذ إجراءات احترازية لمواجهة، منها: إغلاق الحدود ومنع التجوال وفرض لبس الكمامات الواقية ومنع التقارب الجسدي بكافة أشكاله بين المواطنين وتعقيم الأماكن ووسائل النقل وغير ذلك من الإجراءات الطارئة؛ ولذلك يتأتى دور القانون الجنائي؛ لإحكام هذه الجائحة والحد من انتشارها، وليكون وسيلة ردع لمن تسول له نفسه إيذاء غيره عن طريق نقل عدوى هذا الفيروس. كما أن هذه الدراسة تثير العديد من التساؤلات حول المسؤولية الجنائية لناقل الفيروس، سواء تم ذلك بطريق العمد أم الخطأ غير العمد، والعقوبات المقررة لذلك.

وقد اعتمدت هذه الدراسة المنهج التأصيلي التحليلي المقارن بين قانون العقوبات المصري وقانون الجزاء العماني، مع تدعيم ذلك باجتهاد الفقه والقضاء؛ وذلك لتحقيق الفائدة المرجوة من وراء البحث.

وانتهت الدراسة إلى نتائج وتوصيات عدة، من أهمها توجيه نظر المشرع إلى ضرورة وجود نصوص تشريعية خاصة بالمسؤولية الجنائية عن نقل الفيروسات والعقوبات المقررة، لاسيما ما يتعلق بجرائم الإيذاء الجسدي عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، وذلك للأسباب التي ذكرناها من خلال البحث.

الكلمات المفتاحية: فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) - المسؤولية الجنائية - جريمة القتل - المواد السامة - الإيذاء الجسدي - أنواع الخطأ.

*أستاذ القانون الجنائي المشارك - المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان.



Criminal Responsibility for Transmitting the Novel Coronavirus (COVID-19) in Egyptian and Omani Legislation An Analytical and Comparative Rooting Study

Dr. Hamdi Mohamed Mahmoud Hussein*

Abstract:

The importance of this study is; it deals with an important event on the national and global arenas, which is the great spread of the new Corona virus (Covid-19) pandemic, affecting more than (35) million people around the world, of whom more than a million have died so far.

The spread of this virus has affected the movement of the global economy, and the health and safety of people in various countries, forcing countries to take precautionary measures to confront it, including closing borders, preventing curfews, imposing wearing protective masks, preventing physical closeness in all its forms, sterilizing places, means of transportation, and other emergency measure. Therefore, the role of the criminal law comes to govern this pandemic and limit its spread, and to act as a deterrent to those who beg themselves to harm others by transmitting this virus Also, this study raises many questions about the criminal liability of the virus carrier, whether it was done intentionally or unintentionally, and the penalties prescribed for that.

This study has adopted the original analytical and comparative approach between the Egyptian Penal Code and the Omani Penal Code, with support for this by jurisprudence and jurisprudence, in order to achieve the desired benefit from the research.

The study concluded with several findings and recommendations, the most important of which is directing the legislator's attention to the necessity of the existence of legislative texts related to criminal responsibility for transmitting viruses and the prescribed penalties, especially with regard to the crimes of bodily harm through the transmission of the emerging corona virus, for the reasons we mentioned through the research.

Keywords: The New Corona Virus (Covid 19) - Criminal Liability - Murder - Toxic Materials - Physical Harm - Types of Error.

*Associate Professor of Criminal Law, Higher Judicial Institute, Sultanate of Oman.

المقدمة

منذ أن أعلنت منظمة الصحة العالمية عن بداية ظهور فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) وانتشاره بين دول العالم المختلفة بشكل أثر سلباً على صحة وحياة الناس ومصالحهم، وأضر بالاقتصاد الدولي، وبات المجتمع الدولي يعاني من أخطار محدقة أدت إلى اتخاذ إجراءات وتدابير وقائية وعلاجية من أهمها حظر التجوال والتباعد الجسدي بين الناس وارتداء الكمامات الواقية والحرص على التعقيم والنظافة وغير ذلك من الأمور التي لا تتخذ إلا في مواجهة الأوبئة وانتشار الفيروسات القاتلة. وقد أجمع المحققون على أن بداية انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) كان من خلال مدينة ووهان الصينية في يناير ٢٠٢٠م، ثم ما لبث أن أصبح وباءً عالمياً تحول إلى جائحة أدت إلى قتل مئات الآلاف، وإصابة الملايين حول العالم. ومنذ ذلك الوقت، والعالم أجمع يشهد الهمم ويوفر الطاقات ويجند الأطقم الطبية والصحية ويجهز المستشفيات الخاصة بالعزل؛ لمواجهة هذا الفيروس القاتل، وقد واكب ذلك صعوبات عديدة في مقدمتها عدم التوصل - حتى الآن - إلى لقاح فاعل وناجع لمواجهة الفيروس.

ومن أجل ذلك، رأيت أن أخصص مبحثاً تمهيدياً خاصاً يتناول بالتوضيح أهم الجوانب المتعلقة بانتشار هذا الفيروس وأثره، وطرق العدوى، والعلاج منه.

أهمية الموضوع:

وبناءً على ما سبق؛ يتأتى دور القانون الجنائي لمواجهة بعض التصرفات التي تضر ب حياة الناس أو تؤثر في سلامتهم الجسدية أو الصحة العامة للمجتمع، ومن المؤكد أن انتشار فيروس كورونا المستجد من أخطر الأمور التي تحقق هذا الضرر، وتشكل الخطر المقصود السلامة والصحة العامة لأفراد المجتمع.

وكذلك كان - وما يزال - دور البحث في المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد بين الأفراد، سواء تم بطريق العمد أم الخطأ، يشكل أهمية خاصة في المواجهة القانونية لمكافحة انتشار هذا الفيروس، فالقانون هو وسيلة الردع الأولى في مواجهة مثل هذه التصرفات المجرمة.

فالمسؤولية الجنائية عن نقل هذا الفيروس ومعاينة الجاني تحقق الردع العام لأفراد المجتمع، والردع الخاص لمن تسول له نفسه القيام بمثل هذه التصرفات وتهديد الصحة العامة والسلامة الجسدية لأفراد المجتمع.

لكن هذه المسؤولية تقوم على أركان وعناصر عدة، تشكل جوهرها والأساس الذي تبنى عليه، ولا شك أنها تختلف في حالة العمد عنها في حالة الخطأ غير العمد.

وتجد هذه المسؤولية أساسها الذي تقوم عليه من خلال القواعد العامة في قانون العقوبات، لاسيما ما يتعلق بجرائم القتل وجرائم الإيذاء أو الإضرار بسلامة جسم الإنسان.

وتعد هذه الدراسة فرصة لتوجيه نظر المشرع إلى ضرورة أن تكون هناك قواعد خاصة للمسؤولية الجنائية عن نقل وانتشار مثل هذه الفيروسات، لاسيما ما يتعلق منها بجرائم الإيذاء عن طريق نقل الفيروس، فالعقوبات التي قررها المشرع لجريمة القتل والتي تسري على جريمة القتل عن طريق نقل الفيروس تعد كافية في هذا الصدد، والأمر يتعلق بإعادة النظر في بتشريع خاص ينظم العقوبات المطبقة بشأن جرائم الإيذاء، إذا تم ذلك من خلال نقل فيروس كورونا المستجد أو أي فيروس آخر.

كما أن عدم اهتمام المشرع الجنائي بالوسيلة التي تم بها تحقيق النتيجة الإجرامية - كقاعدة عامة - سهل الأمر في سريان القواعد المتعلقة بالمسؤولية الجنائية عن جرائم القتل والإيذاء على جريمة نقل الفيروس وما ينتج عن ذلك من أثر.

التساؤلات التي تثيرها الدراسة:

تثير الدراسة تساؤلات عدة عن جريمة نقل فيروس كورونا المستجد، سواء تم ذلك بطريق العمد أم الخطأ غير العمد، سواء من ناحية المسؤولية الجنائية أم العقوبات التي تطبق على هذه الجريمة، وتتضح هذه التساؤلات على النحو الآتي:

- ١- هل هناك قواعد خاصة للمسؤولية الجنائية عن نقل الفيروسات؟
- ٢- ما عناصر المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد؟
- ٣- ما أهمية الوسيلة التي تحقق النتيجة الإجرامية في نظر المشرع؟
- ٤- هل يعد القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد قتلاً بالسم؟
- ٥- ما مدى توفر ظرفي سبق الإصرار والترصد في جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد؟
- ٦- هل يمكن الاعتداد بدافع الشفقة، إذا وقعت جريمة القتل على المريض بفيروس كورونا المستجد تخليصاً له من آلامه؟
- ٧- ما مدى توفر الشروع في جرائم القتل أو الإيذاء عن طريق نقل الفيروس؟
- ٨- هل يؤثر الغلط في شخصية المجني عليه على مسؤولية الجاني ناقل فيروس كورونا المستجد؟
- ٩- ما الصورة التي يندرج تحتها نقل فيروس كورونا من صور الاعتداء على السلامة الجسدية (الجرح، الضرب، إعطاء المواد الضارة)؟

١٠- كيف تصدى المشرع لجرائم الإيذاء، لاسيما المتعلقة بالإيذاء المفضي إلى عاهة مستديمة أو المفضي إلى الموت، وانطباق ذلك على نقل فيروس كورونا المستجد؟

١١- ما معيار الخطأ الذي يمكن الاستناد إليه، إذا تم نقل الفيروس إلى الغير بطريق الخطأ غير العمد؟

١٢- ما مدى الحاجة إلى تشريع خاص للمعاقبة على جريمة نقل الفيروسات إلى الغير سواء تم بطريق العمد أم الخطأ؟

منهج البحث:

يعتمد البحث في هذه الدراسة على المنهج التأسيلي التحليلي المقارن، إذ يتم التأسيل من خلال القواعد التي تحكم جريمة نقل الفيروس، وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون العقوبات المتعلقة بجرائم القتل العمد (المواد من ٢٣٠ وحتى ٢٣٥)، وجرائم الإيذاء العمد (المواد ٢٣٦، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٦٥)، وجريمة القتل غير العمد (المادة ٢٣٨)، وجريمة الإيذاء الخطأ (المادة ٢٤٤).

ويتم التحليل ببيان وتفسير هذه النصوص في ضوء القواعد العامة لقانون العقوبات، وكذلك القواعد الخاصة التي تنص عليها المواد المذكورة آنفاً المتعلقة بتلك الجرائم، وبيان مدى انطباق ذلك على جريمة نقل فيروس كورونا المستجد، كما تتم المقارنة بين موقف المشرع المصري في قانون العقوبات، ونظيره العماني في قانون الجزاء، من تقرير لقواعد المسؤولية الجنائية والعقاب على ارتكاب هذه الجرائم والظروف المشددة التي نص عليها كلا المشرعين، وأثر ذلك في مواجهة جريمة نقل فيروس كورونا المستجد، وقد حاولت جاهداً أن يكون التطرق إلى هذه النصوص والرجوع إلى القواعد العامة لقانون العقوبات بالقدر الذي يحقق الغرض المنشود من هذه الدراسة دون إطالة أو إخلال بأصول البحث العلمي، لاسيما في ظل عدم وجود نصوص خاصة للعقاب على تلك الجرائم، كما حرصت الدراسة على أن يقترن ذلك كله باجتهاد الفقه والقضاء الجنائيين في أغلب مراحلها، في مصر وسلطنة عمان، فيما يتعلق بالنقاط (محل البحث).

خطة البحث:

ينقسم البحث إلى ما يأتي:

المقدمة:

المبحث التمهيدي: فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) الماهية - طرق العدوى - العلاج.

الفصل الأول: المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد بطريق العمد.
الفصل الثاني: المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد بطريق الخطأ
غير العمد.

الخاتمة:

النتائج والتوصيات:

المبحث التمهيدي

فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) الماهية - طرق العدوى - العلاج

تمهيد:

إن دراسة المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، يتطلب توضيح بعض الأمور المتعلقة به من حيث بيان طبيعته وأعراضه وكيفية انتقال العدوى لشخص آخر، والآثار المترتبة عليه، وهل يعد من قبيل المواد السامة أم لا؟، مما يسهم بشكل كبير في بيان مدى المسؤولية الجنائية الناشئة عن هذا الفعل، ولأهمية موضوع الدراسة رأيت سبق ذلك بمبحث تمهيدي يشتمل على ما يتعلق بفيروس كورونا من الناحية الطبية ورأي أهل الاختصاص في بعض الجوانب المتعلقة به، وسوف نقوم ببيان ذلك في مطالب عدة على النحو الآتي:

المطلب الأول

التعريف بفيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)

إن فيروسات كورونا هي سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان والإنسان^(١)، ومن المعروف أن عدداً من فيروسات كورونا تسبب لدى البشر أمراضاً تنفسية، فهو يصيب الجهاز التنفسي، تتراوح حدتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد وخامة مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (ميرس)، والمتلازمة

(١) من الجدير بالذكر، أنه يوجد حوالي ستة أنواع من فيروس كورونا قد تصيب الإنسان، هي:

- كورونا فيروس ألفا. HCoV-229E - كورونا فيروس ألفا. NL63

- كورونا فيروس بيتا. OC 43 - كورونا فيروس بيتا. HKU 1

- كورونا فيروس MERS - COV (المسبب لمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية).

- كورونا فيروس SARS - COV (المسبب لمرض السارس).

للمزيد انظر: مدونة شفاء الطبية، تقرير بعنوان فيروس كورونا: أعراضه وأسبابه وهل يمكن علاجه؟

التنفسية الحادة الوخيمة (سارس)، ويسبب فيروس كورونا المكتشف مؤخراً مرض (كوفيد - ١٩)،^(٢) وهذا المرض الأخير هو مرض معد يسببه آخر فيروس تم اكتشافه من سلالة فيروسات كورونا، ولم يكن هناك أي علم بوجود هذا الفيروس الجديد ومرضه قبل بدء نقشه في مدينة ووهان الصينية في ديسمبر ٢٠١٩م، وهذا الفيروس هو مرض معد للأخرين، كما أنه تحول بعد ذلك إلى وباء ثم إلى جائحة عالمية^(٣)، تجتاح العالم الآن فتصيبه وتهلكه، وقد قدر عدد المصابين - حتى الآن - بنحو ٣٥

(٢) للمزيد انظر: موقع منظمة الصحة العالمية (مرض فيروس كورونا - سؤال وجواب)

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

(٣) العدوى هي ما يصيب الغير بسبب المخالطة، وقد ورد في معانيها: الإعداء: إعداء الجرب. وأعداء الداء يعديه إعداء: جاوز غيره إليه، وقيل هو أن يصيبه مثل ما بصاحب الداء. وأعداء من علته وخلقه وأعداء به: جوزه إليه، والاسم من كل ذلك العدوى. قال الأزهري: العدوى أن يكون ببغير جرب أو بإنسان جذام أو برص فتنتفي مخالطته أو مؤاكلته حذراً أن يعده ما به إليك، أي يجاوزه فيصيبك مثل ما أصابه. وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يورد مصح على مجرب، لئلا يصيب الصحاح الجرب فيحقق صاحبها العدوى. للمزيد في ذلك انظر: ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ص ٢٨٥٠ وما بعدها.

وقد ورد في معنى الوباء: الوباء: الطاعون بالقصر والمد والهمز. وقيل هو كل مرض عام، ومنه أرض موبوءة: أي كثيرة الوباء. والاسم البيئة إذا كثر مرضها. قال ابن الأعرابي: الوباء العليل. للمزيد: ابن منظور، المرجع السابق، ص ٤٧٥١ وما بعدها.

وقيل هو مرض شديد العدوى سريع الانتشار من مكان إلى مكان، يصيب الإنسان والحيوان والنبات، وعادة ما يكون قاتلاً كالطاعون ووباء الكوليرا. ومنه وباء مستوطن: دائم الانتشار في بلد، وباء موضعي: وباء محدود الانتشار لا يتجاوز المزرعة أو المنطقة الجغرافية. ومرض وبائي: مرض سريع الانتشار، مهاجم لأعداد كبيرة من البشر، أو الحيوانات في وقت واحد ضمن منطقة أو إقليم واحد. ومنه التهاب الكبد الوبائي: مرض ينتج عن الإصابة بفيروس يؤدي التهاب الكبد، أعراضه الحمى والضعف وفقدان الشهية والقيء واصفرار الجلد والصفراء، تنتقل عدواه عن طريق الغذاء الملوث ونقل الدم الملوث أو الحقن الملوثة. للمزيد انظر: مروان العطية، معجم المعاني الجامع، مركز إيوان للنشر، دار النوادر، القاهرة ٢٠١٢م.

وقد ورد في معنى جائحة: والجمع جائحات وجوائح. أصابته جائحة: بلية، تهلكة، داهية. سنة جائحة: جدبة، غرباء، قاحلة، ومنه اجتياح الجراد مناطق الجنوب: أهلكها، استأصلها. ومنه الجائحة: المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله. ومنه اجتياح العدو لحدود البلاد: دخولها غصباً وقهراً، اكتساحها. واجتاحت السيول الأراضي: اكتسحتها وغمرتها، وبلد مجتاح بالوباء. قال ابن الرومي: فإن تصبك من الأيام جائحة... لم تبتك منك على دنيا ولا دين. للمزيد انظر: معجم المعاني الجامع، المرجع السابق، (جائحة)، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، الطبعة الثانية.

مليوناً و ٣٧٠ ألف حالة إصابة حول العالم، وأن عدد المتوفين قد وصل لنحو مليون و ٤١ ألف حالة، فيما تجاوز عدد المتعافين لأكثر من ٢٦ مليون حالة^(٤).
وقد بينت المادة (١٧) من قانون الصحة العالمية رقم ٤٨ لسنة ٢٠٠٨م، ماهية المرض الانتقالي أو المعدّي بأنه: "المرض الناتج عن الكائنات الحية الدقيقة كالبكتيريا والفيروسات والفطريات والطفيليات وما شابهها أو عن سمومها، ويمكن للعامل المسبب للعدوى أن ينتقل إلى الإنسان من مستودع أو مصدر العدوى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة".

المطلب الثاني نشأة الفيروس وبداية ظهوره

أعلنت منظمة الصحة العالمية عن بداية ظهور فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، وذلك من خلال ما أبلغت عنه وزارة الصحة في تايلاند بتاريخ ١٣ كانون الثاني/يناير ٢٠٢٠م، وهي حالة إصابة مؤكدة مختبرياً، لشخص وافد من مدينة ووهان بإقليم هوبي في الصين، والحالة لامرأة صينية تبلغ من العمر (٦١) عاماً، وهي من سكان مدينة ووهان الصينية، وقد ظهرت على المرأة أعراض تمثلت في الحمى المصحوبة بالرعشة والتهاب الحلق والصداع، وذلك بتاريخ ٥ كانون الثاني/يناير ٢٠٢٠م.

وفي ٨ يناير؛ سافرت المرأة على رحلة مباشرة من مدينة ووهان إلى تايلاند برفقة خمسة من أفراد أسرتها في جولة سياحية ضمت ستة عشر شخصاً، وفي اليوم ذاته تعرف جهاز الرصد الحراري في مطار سوفارنابومي في تايلاند إلى أعراض الحمى لدى المسافرة، وبعد أخذ حرارتها وإجراء تقييم أولي لها، نقلت المريضة إلى المستشفى لمزيد من التقييم والعلاج، ويتقضي السجل الكامل لمصادر تعرض المريضة للفيروس أفادت بزيارتها سوق الأغذية الطازجة المحلية في مدينة ووهان الصينية بشكل منتظم قبل بدء ظهور أعراض المرض عليها في ٥ كانون الثاني /يناير ٢٠٢٠م، غير أنها نفت زيارتها لسوق المأكولات البحرية في هواتان جنوب الصين، وهو المكان الذي اكتشفت فيه معظم الحالات المؤكدة الأخرى.

(٤) نقلاً عن موقع as عربي بتاريخ الإثنين ٥/١٠/٢٠٢٠م وفق آخر إحصائية للمصابين بالفيروس.

وفي ١٢ كانون الثاني / يناير ٢٠٢٠م، أظهر الفحص المختبري للعينات بواسطة المنتسخة العكسية للتفاعل السلسلي للبوليمراز (RT-PCR) نتيجة إيجابية تؤكد الإصابة بفيروس كورونا. وأكد تحليل التسلسل الجينومي الذي أجراه مركز العلوم الصحية للأمراض المعدية الناشئة التابع لجمعية الصليب الأحمر التايلندي ومعهد الصحة الوطني التايلندي التابع لقسم العلوم الطبية، أن المريضة مصابة فعلاً بفيروس كورونا المستجد الذي تم عزله في مدينة ووهان الصينية،^(٥) وبعد اكتشاف هذه الحالة الأولى، تم تشخيص إصابة (٤١) حالة بفيروس كورونا المستجد بما في ذلك حالة وفاة لشخص يعاني من مشاكل صحية مستعصية.

المطلب الثالث

أعراض مرض فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)

يصيب فيروس كورونا المستجد الرئتين، وتتمثل الأعراض الأكثر شيوعاً لمرض (كوفيد - ١٩) في الحمى والسعال الجاف المستمر والتعب أو الإسهال، وعادة ما تكون هذه الأعراض خفيفة وتبدأ تدريجياً، ويعني السعال المستمر السعال لفترة طويلة وبكثرة لمدة تتجاوز ساعة، أو حدوث ثلاث نوبات سعال، أو أكثر خلال أربع وعشرين ساعة، كما يؤدي ذلك إلى حدوث ضيق في التنفس الذي يوصف غالباً بضيق شديد في الصدر، أو صعوبة في التنفس، أو شعور بالاختناق.

ويشعر المصاب بالحمى إذا تجاوزت حرارته ٣٧.٨ درجة مئوية، إذ يؤدي ذلك إلى الإحساس بالدفء أو البرودة أو الرعشة، كما تؤدي الإصابة إلى فقدان حاسة الشم والتذوق لدى المريض لفترة قد تطول أو تقصر، ويستغرق الأمر خمسة أيام في المتوسط حتى يبدأ ظهور الأعراض، بيد أن بعض الأشخاص يصابون بها في وقت لاحق، وتقول منظمة الصحة العالمية إن فترة حضانة الفيروس تصل إلى أربعة عشر يوماً.

ويصاب بعض الناس بالعدوى، ولكن لا تظهر عليهم سوى أعراض خفيفة جداً، ويتعافى معظم الناس (نحو ٨٠%) من المرض دون الحاجة إلى علاج في المستشفى، ونشبت حدة المرض لدى شخص واحد تقريباً من كل خمسة أشخاص يصابون بعدوى (كوفيد - ١٩)، إذ يعانون من صعوبة في التنفس.

(٥) للمزيد انظر: نشرة أخبار فاشيات الأمراض الصادرة في ١٢ كانون الثاني / يناير ٢٠٢٠م، مشار إليه في التقرير الصادر عن منظمة الصحة العالمية، ومُنشر على الموقع الخاص بها، سابق الإشارة إليه.

وترتفع مخاطر الإصابة بمضاعفات جسيمة بين كبار السن، والأشخاص الذين يعانون من مشاكل طبية في الأصل مثل ارتفاع ضغط الدم أو أمراض القلب أو الرئتين أو داء السكري أو السرطان.

ويمكن أن يصاب أي شخص بعدوى (كوفيد - 19) المصحوب بأعراض شديدة، وحتى الأشخاص المصابين بأعراض خفيفة جداً يمكن أن ينقلوا الفيروس إلى غيرهم^(٦)، ويتفق هذا مع نتائج دراسة بحثية أجريت في قرية إيطالية تعد بؤرة لنفسي المرض، وتبين أن ٥٠% إلى ٧٥% من المصابين بدون أعراض، لكنهم مصدر كبير للعدوى^(٧).

والسؤال المهم: هل يمكن حدوث الوفاة بسبب الإصابة بفيروس كورونا المستجد (COVID-19)؟

إن الإجابة على هذا السؤال، تبدو أهميتها في تحديد نطاق المسؤولية الجنائية عن هذا الفعل، وما إذا كانت ستمتد لحالة القتل أم أنها ستقف عند حدود أقل من ذلك.

واقع الأمر أن هناك حالات وفاة أكثر بسبب الإصابة بفيروس كورونا المستجد، وذلك على مستوى العالم الآن^(٨)، والأرقام التي ذكرناها تؤكد ذلك، بل إن الأعداد في تزايد مستمر وقد قاربت ٣٧ مليون شخص حول العالم، وقد بدأت نسبة الوفيات جراء الإصابة بالفيروس منخفضة بين ١% حتى ٢%، إلى أن وصلت معدل اعلى من ذلك بنسبة (٦% إلى ١٠%) في بعض الدول، إذ يخضع آلاف الأشخاص للعلاج من الإصابة بالفيروس، بيد أن بعضهم قد يتوفون جراء الإصابة به، وقد بلغت نسبة الوفيات لنحو مليون و٤١ ألف حالة^(٩)، كما أن هناك حالات من الإصابة لم يتم الإبلاغ عنها وكذلك حالات وفاة تسجل بأسباب أخرى كالالتهاب الرئوي، مما يجعل الأرقام المعلنة محل نظر وقابلة للتغير في أي وقت.

(٦) للمزيد انظر: تقرير منظمة الصحة العالمية على الموقع المشار إليه سابقاً، وتقرير لمؤسسة مايو كلينك للتعليم والبحث الطبي منشور على الموقع: mayo.clinic.com، بعنوان: COVID-19 RESPONSE Research advancements and the latest information about safe in – person car. COVID – 19 Resources.

(٧) للمزيد انظر: تقرير بعنوان: فيروس كورونا: ما هي أعراض الإصابة به وكيف تقي نفسك منه؟ منشور بتاريخ ٧ مايو ٢٠٢٠م، BBC News Arabic.

(٨) نقلاً عن موقع as عربي بتاريخ ٥/١٠/٢٠٢٠م، السابق الإشارة إليه.

(٩) نقلاً عن موقع as عربي بتاريخ الإثنين ٥/١٠/٢٠٢٠م وفق آخر إحصائية للمصابين بالفيروس.

وفي جميع الأحوال، فإن ما يهمنا في هذه الدراسة هو أن حدوث الوفاة بسبب الإصابة بهذا الفيروس أمر قائم وحاصل، كما أن النجاة منه أو الشفاء حاصل بنسبة كبيرة، وتشير منظمة الصحة العالمية في أحد تقاريرها إلى أن^(١٠):

١- نسبة المرضى الذين يعانون من أعراض طفيفة، مثل: الحمى والسعال أو الالتهاب الرئوي بسبب الإصابة بفيروس كورونا تصل إلى ٨٠%.

٢- المرضى الذين تظهر عليهم أعراض شديدة، مثل الصعوبة أو الضيق في التنفس، تصل إلى نسبتهم ١٤%.

٣- المرضى الذين يصابون بأمراض خطيرة، مثل فشل الرئة أو الصدمة الإنتانية أو تعفن الدم أو فشل الأعضاء أو خطر الوفاة، تصل نسبتهم إلى ٦%.

كما تشير التقارير إلى أن أكثر الأشخاص المعرضين للإصابة بالمرض ثم الوفاة منه هم كبار السن، والأشخاص الذين يعانون من ضعف المناعة، والأشخاص الذين يتعاملون بشكل مباشر مع المرضى^(١١).

ونخلص من ذلك إلى أن هذا الفيروس ينتج عنه إصابة جسم الإنسان المريض بإصابات متعددة، منها الحمى والسعال، ومنها ما يتعلق بالجهاز التنفسي، أو الالتهاب الرئوي، ويمكن أن يؤدي إلى فشل الرئة، أو فقد بعض الأعضاء وظيفتها الأساسية، بل إن الوفاة قد تكون نتيجة محتملة للإصابة بفيروس كورونا المستجد.

وفي ضوء ذلك، يمكن لنا تحديد نطاق المسؤولية الجنائية عن نقل الفيروس سواء تم ذلك بطريق العمد أم الخطأ، وذلك في مرحلة لاحقة من هذه الدراسة^(١٢).

المطلب الرابع

كيفية انتقال فيروس كورونا المستجد (طرق العدوى)

تشير التقارير الصادرة من منظمة الصحة العالمية إلى أنه يمكن انتقال فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) من الأشخاص المصابين به إلى أشخاص آخرين عن طريق القطرات الصغيرة التي يفرزها الشخص المصاب من أنفه أو فمه عندما يسعل

(١٠) للمزيد انظر: تقرير BBC. Arabic السابق الإشارة إليه.

(١١) للمزيد انظر: مدونة شفاء الطيبة، التقرير السابق الإشارة إليه.

(١٢) تشير التقارير اليومية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية، وتلك الصادرة عن وزارة الصحة في جميع دول العالم، الرائدة لعدد الإصابات بفيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) إلى وجود حالات وفاة وارتفاعها بنسب كبيرة تقارب المليون شخص، من إجمالي عدد إصابات تجاوز الثمانية عشر مليوناً حتى الآن.

أو يعطس أو يتكلم، وهذه القطيرات وزنها ثقيل نسبياً، فهي لا تنتقل إلى مكان بعيد وإنما تسقط سريعاً على الأرض، ويمكن أن يلقط الأشخاص مرض (كوفيد - ١٩) إذا تنفسوا هذه القطيرات من شخص مصاب بعدوى الفيروس.

وتشير التقارير إلى أن هذه القطيرات المحملة بالفيروس يمكن أن تحط على الأشياء والأسطح المحيطة بالشخص، مثل الطاولات ومقابض الأبواب ودرابزين السلالم، ويمكن حينها أن يصاب الناس بالعدوى عند ملامستهم هذه الأشياء أو الأسطح ثم لمس أعينهم أو أنفهم أو فمهم.

كما تشير التقارير أيضاً إلى أن فيروس كورونا المستجد يمكن أن ينتقل عن طريق التنفس، فهناك القطيرات التنفسية التي يحملها أو يفرزها الشخص المصاب أثناء السعال، يمكن أن تنتقل إلى الآخرين؛ لذلك من المهم المحافظة على مسافة متر واحد على الأقل بين الأشخاص لتجنب انتقال هذا الفيروس. كما يمكن انتقال هذا الفيروس إلى الآخرين عن طريق المخالطة عن قرب لشخص مصاب^(١٣).

والسؤال: كم من الوقت يستغرق ظهور الأعراض بعد التعرض لعدوى (كوفيد -

١٩)؟

تشير التقارير الصحية الصادرة من منظمة الصحة العالمية بهذا الشأن، أن المدة المستغرقة لظهور الأعراض من وقت التعرض للإصابة بـ (كوفيد - ١٩)، إلى حين بدء ظهور الأعراض نحو خمسة إلى ستة أيام، ويمكن أن تتراوح من ١ - ١٤ يوماً^(١٤)، وتشير بعض المصادر إلى أن هذه المدة قد تتراوح من يومين أو أقل إلى ١٤ يوماً^(١٥).

هل يمكن انتقال فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) عن طريق الحيوانات؟

هناك فيروسات أخرى من فصيلة فيروسات كورونا حيوانية المصدر، أي أنها تنتقل عن طريق الحيوان، أما الفيروس المسبب لمرض (كوفيد - ١٩) هو فيروس جديد منتشر بين البشر، ولم يؤكد بعد المصدر الحيواني المحتمل له حتى الآن، وتواصل منظمة الصحة العالمية رصد آخر الأبحاث في هذا المجال وغيره من المواضيع المتعلقة بـ (كوفيد - ١٩).

^(١٣) للمزيد انظر: تقرير منظمة الصحة العالمية السابق الإشارة إليه، وتقرير لمؤسسة Mayo

clinic، ومدونة شفاء الطبية السابق الإشارة إليهما.

^(١٤) تقرير منظمة الصحة العالمية السابق الإشارة إليه.

^(١٥) تقرير مدونة شفاء الطبية السابق الإشارة إليه.

وقد أظهرت الاختبارات نتائج إيجابية تؤكد إصابة العديد من الكلاب والقطط بعدوى (كوفيد - ١٩)، بالإضافة إلى ذلك تظهر الاختبارات أن النمى من الحيوانات المعرضة للإصابة بالعدوى، وفي ظروف تجريبية تبين أن كلاً من القطط والنموس لديها القدرة على نقل العدوى إلى حيوانات أخرى من نفس الفصيلة، ولكن لا توجد أدلة - حتى الآن - على أن بمقدور هذه الحيوانات نقل المرض إلى البشر أو أن لها دوراً في نشر العدوى، فعدوى (كوفيد - ١٩) تنتشر بشكل أساسي من خلال القطط التي يفرزها الشخص المصاب عندما يسعل أو يعطس أو يتكلم.

وعلى ذلك يمكن القول إن فيروس كورونا المستجد هو فيروس بشري، أي أنه ينتقل بشكل أساسي من البشر، كما أن الكلاب أو القطط التي ثبت إصابتها بالفيروس هي (كلاب وقطط منزلية)، مما يؤكد احتمالية انتقال العدوى إليها من الأشخاص المخالطين أو القريبين منها.

وبالرغم من ذلك، توصي التقارير الصادرة من منظمة الصحة العالمية بالحد من مخالطة الحيوانات الأليفة كالكلاب والقطط وغيرها من الحيوانات، وينبغي الحرص دائماً على تطبيق تدابير النظافة الأساسية عند التعامل مع الحيوانات ورعايتها، ويشمل ذلك غسل اليدين بعد التعامل مع الحيوانات أو طعامهم أو لوازمهم، فضلاً عن تجنب التقبيل أو اللبس أو مشاركة الطعام^(١٦).

المطلب الخامس

مدى اعتبار فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) من المواد السامة

تتبع أهمية الإجابة على هذا السؤال؛ في تحديد العقوبة التي ستلحق الجاني، إذا ثبت أن فيروس كورونا المستجد من المواد السامة أو أنه يلحق بها في الأثر أو النتيجة المترتبة على دخوله جسم المجني عليه وقيامه بإتلاف نوايا بعض الخلايا الحيوية في الجسم أو شل الأعصاب مثلاً^(١٧)، فإن الجريمة والحالة هذه سوف تشدد

(١٦) للمزيد انظر: التوصيات على الموقع الإلكتروني لمنظمة الصحة العالمية (بشأن صحة الحيوان)، سابق الإشارة إليه.

(١٧) يشير البعض إلى أن كلمة " الفيروس " تأتي في الأصل من مصطلح لاتيني يعني السم، وأن الفيروس مثل السموم في تسربها لجسم الإنسان دون أن يدرى وتبدأ تفاعلاتها المؤذية في خفاء كامل، وحين تبدأ في الإعلان عن وجودها بالآثار الظاهرة يكون الوقت قد تأخر أكثر من اللازم. للمزيد انظر: بنك المعرفة المصري (مجلة للعلم) مقال أحمد الديب، بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠٢٠م، w.w.w.ekb.eg، SCEINTIFIC AMERICAN

عقوبتها على النحو الوارد في قانون العقوبات الذي سنقوم ببيانه لاحقاً من هذه الدراسة.

والإجابة على هذا التساؤل المهم؛ يقتضي الرجوع إلى أهل الاختصاص من الأطباء أو الكيميائيين المختصين في مجال السموم، وما يصدر في هذا الشأن بخصوص الفيروس.

تبدأ رحلة فيروس كورونا المستجد في الأيام الأولى بعد التسلل من الجهاز التنفسي العلوي باختراق نوعين من خلايا الرئتين بسرعة هما: الخلايا المخاطية أو الكأسية، والخلايا الهدبية.

فالخلايا الكأسية تنتج المخاط، وهي تحمي الرئتين من الأجسام الدخيلة ومسببات الأمراض، كما تساعد الخلايا الهدبية وهي مزودة بشعيرات يكون اتجاهها إلى الأعلى، في تطهير أجزاء الجهاز التنفسي من الضيوف غير المرغوب فيهم، ويقول الخبراء إن فيروس كورونا المستجد يؤثر بدقة على الخلايا الهدبية ويمنعها من تطهير الرئتين من مسببات الأمراض، وفي الوقت ذاته يتم تنشيط الجهاز المناعي الذي يحاول القضاء على الفيروس، ومن هذه العملية يحدث الالتهاب الرئوي.

ويضيف المختصون؛ أن المرحلة الأسوأ تأتي من أن استجابة الجهاز المناعي للجسم قد تكون قوية جداً وتتسبب في تدمير الأعضاء والأنسجة السليمة، ما قد يؤدي في تلك المرحلة إلى تلف خطير في الرئتين^(١٨).

أما عن تأثير فيروس كورونا المستجد على المعدة، فتشير التقارير عن وجود العديد من الحالات التي اخترق فيها الفيروس المعدة، فتسبب العدوى حدوث إسهال وآلام في البطن.

وبالنسبة إلى سريان الدم يفيد الخبراء المختصون، ومنهم أنجيلا راسموسن (عالم الفيروسات بجامعة كولومبيا في نيويورك)، بأن ردة الفعل القوية للجهاز المناعي في جسم المريض قد تتسبب في اضرار بالغة بأعضاء أخرى، وتم رصد حالات تسبب فيها الفيروس بنوبات قلبية، وتلف في الكلية، فالعامل المهم بالنسبة إلى تأثير الفيروس على مجرى الدم يرتبط بما يعرف بتدفق " السيتوكينات" وهي بروتينات تنبه الجهاز المناعي إلى مكان حدوث العدوى، وهنا تحدث المشكلة في أن الفيروس التاجي (كوفيد - ١٩) يثير ردة فعل قوية لجهاز المناعة، الذي يؤثر على الخلايا المصابة، ويصيب

(١٨) المزيد: موقع RT ON LINE، تقرير بعنوان: رحلة فيروس كورونا داخل جسم الإنسان، منشور بتاريخ ١٦ مارس ٢٠٢٠م.

الأنسجة السليمة أيضاً^(١٩)، فعاصفة السيتوكين لم تعد تحارب العدوى الفيروسية فحسب، بل أصبحت تحارب خلايا الجسم نفسها، إذ تقتحم خلايا الدم البيضاء الرئتين وتدمر الأنسجة.

أما عن تأثير الفيروس على الكبد فإن التقارير الطبية تشير إلى أن فيروس كورونا يصيب الكبد ويدخله بسهولة من خلال مجرى الدم، وينتج الكبد بدوره إنزيماً يسرع العمليات الكيميائية بالجسم السليم، فيما تموت خلايا الكبد باستمرار، وتفرز إنزيمات في مجرى الدم وتكون المشكلة أكبر حين تغمر الإنزيمات مجرى الدم.

وتؤكد الدراسات الحديثة أن فيروس كورونا المستجد يلحق أضراراً بالكلية، إذ يقوم العضو المزدوج بتنظيف الدم وإزالة السموم من الجسم، وتكون الأنابيب الكلوية عرضة للالتهاب حين يدخل الدم الكليتين، وإذا اخترق الفيروس الخلايا وبدأ في التكاثر، فإن تلف القنوات يصبح خطراً على الحياة.

■ **تأثير فيروس كورونا المستجد على الجهاز الهضمي للإنسان:** توجد العديد من الدراسات تفيد بأن فيروس كورونا المستجد لا يكتفي بتدمير خلايا الرئة أو الجهاز التنفسي، ولكنه يصيب القلب وأعضاء أخرى شديدة الأهمية كالجهاز الهضمي. وفي هذا الإطار أظهرت دراسة حديثة أجراها علماء من كلية الطب بجامعة واشنطن بالولايات المتحدة الأمريكية أن فيروس كورونا المستجد يستطيع إصابة خلايا الجهاز الهضمي، وكشفت الدراسة عن نوعين من الإنزيمات يساعدان الفيروس على إصابة خلايا القناة الهضمية.

ويقول د. سيوان دينغ، (الأستاذ المساعد في قسم الأحياء الدقيقة الجزيئية، كلية الطب بجامعة واشنطن)، أنه لكي يدخل الفيروس إلى خلايا الأمعاء يحتاج إلى تعديل في البروتين (S)، ينتج عنه ظهور جزء مخفي من تركيبات البروتين، يحدث هذا التعديل بمساعدة إنزيمي TMPRESS2 و TMPRESS4^(٢٠).

ويؤكد د. حازم غنيم، (الأستاذ المساعد في قسم العدوى الميكروبية والمناعة بكلية الطب بجامعة ولاية أوهايو الأمريكية)، على استطاعة فيروس كورونا العبور بنجاح إلى خلايا الأمعاء والتكاثر بداخلها لدى نسبة ملحوظة من المرضى، ويتأثر ذلك بالحالة الصحية لمعدة المصاب، فمثلاً من المرضى من يتعاطون مضادات

(١٩) رحلة فيروس كورونا داخل جسم الإنسان، تقرير سابق لموقع RT ON LINE، ومقال بعنوان:

رحلة داخل جسمك مع فيروس كورونا، موقع العربية نت، منشور بتاريخ ١١/٤/٢٠٢٠م.

(٢٠) للمزيد انظر: فيروس كورونا يغزو الجهاز الهضمي، تقرير سمر أشرف، مجلة للعلم، بنك

المعرفة المصري، منشور بتاريخ ١٢ يونيو ٢٠٢٠م.

الحموضة، كذلك يتأثر بمدى سرعة عبور الفيروس، خاصة إذا انتقل بجرعات عالية إلى الأمعاء^(٢١).

- فيروس كورونا المستجد أشبه بالسم:

تقول الباحثة عن الفيروسات "كارولين بارثمان"، في الحلقة الأخيرة من برنامج بودكاست "We Roar" بجامعة برينستون: إن فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) أشبه بالسم. كما قررت بارثمان ذلك مع رئيسها جوشوارا بينوفيتش، (أستاذ الكيمياء في معهد لويس سيغلر لعلم الجينوم التكاملي)، حين كتبا افتتاحية لصحيفة نيويورك تايمز بتاريخ ١ إبريل ٢٠٢٠م، موضحة مفهوم الجرعة الفيروسية. وكتبت بارثمان وراينيو: "كما هو الحال مع أي سم آخر، تكون الفيروسات عادة أكثر خطورة بكميات أكبر، وأنها تكون مميتة"^(٢٢).

والجدير بالذكر أن بارثمان كانت لها تجربة بحثية أولى في مختبر فيروس نقص المناعة البشرية للدكتور أنتوني فوسي، (عالم الفيروسات الشهير)، وقد عملت على تقصي حركة الفيروسات التاجية بتعمق في الخمسين سنة الماضية، وفي مقابلة مع البروفيسور أنتوني فو، العالم في أبحاث السموم، والأستاذ الفخري بجامعة كولورادو، أشار إلى أن فيروس كورونا المستجد يعد من أنواع السموم التي تؤدي إلى تلف بعض خلايا الجسم^(٢٣).

- فيروس كورونا المستجد من قبيل الجراثيم:

يرى البعض أن فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) يعد من قبيل الجراثيم في تأثيره على بعض خلايا الجسم، وليس في حكم المواد السامة، وقد صرح لي شخصياً

(٢١) المرجع السابق.

(٢٢) للمزيد انظر: تقرير "We Roar" لكارولين بارثمان، منشور على موقع جامعة برينستون "Princeton university"، بتاريخ ١٥ مايو ٢٠٢٠م.

(٢٣) للاطلاع على تفاصيل المقابلة أنظر: موقع "اليابان بالعربي" "nippon.com" بتاريخ ٩/٤/٢٠٢٠م، إذ تناول تاريخ الفيروس وتشابهه واختلافه مع الجمره الخبيثة عام ١٩٧٩م في الاتحاد السوفيتي، ومرض الالتهاب الرئوي الحاد (سارس) الذي ظهر في الصين عام ٢٠٠٢م، وفيروس الإيبولا الذي ظهر أول مرة في كل من السودان والكونغو عام ١٩٧٦م، ثم عاد واندلع مؤخراً في غينيا ديسمبر ٢٠١٣م، ونقش في بلدان غرب أفريقيا حتى عام ٢٠١٦م، ليصيب أكثر من ٢٨ ألف إنسان، ويقتل منهم أكثر من ١١ ألف شخص.

بذلك الدكتور هشام عبد الحميد فرج، رئيس مصلحة الطب الشرعي المصرية وكبير الأطباء الشرعيين الأسبق، وكذلك عدد غير قليل من الأطباء المختصين الذين استطلعت آرائهم في هذا الشأن، إذ قالوا بأن الفيروس ليس له أثر المواد السامة على الجسم، فهو يؤثر على بعض الخلايا مثل الرنتين أو خلايا الدم، لكن جهاز المناعة يمكن له مقاومته والقضاء عليه، كما أنه إذا وصل إلى المعدة فإن تأثيره لا يكون بالصورة المتوقعة أو التي تحدث في الجهاز التنفسي للإنسان، وأضافوا لذلك أن معظم الحالات التي توفيت جراء الإصابة بفيروس كورونا المستجد هم من فئة كبار السن أو المصابين بأمراض مزمنة؛ لأن جهاز المناعة لديهم يكون ضعيفاً غير قادر على المقاومة، بينما المواد السامة تؤدي إلى تدمير الخلايا أو شلل الأعصاب، ويكون تأثيرها واضحاً حتى على الشباب أو صغار السن أو الذين لا يعانون من أمراض مزمنة.

المطلب السادس:

علاج فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)

تجتهد المراكز البحثية العلمية في مختلف الدول حول العالم؛ لإيجاد علاج لمرض فيروس كورونا المستجد، وكذلك من أجل اللقاح المكافح للفيروس، ولكنها حتى الآن لم توفق في إيجاد العلاج المناسب، على الرغم من إعلان كثير من الدول عن التوصل إلى بعض أنواع العلاج من خلال التجارب السريرية المعنية إلا أنه لم يكتب النجاح الكامل لأي منها، ولم تتضح النتائج بعد حتى هذه اللحظة^(٢٤).

ويمكن القول إنه لم يوجد حتى الآن لقاح أو دواء محدد مضاد للفيروسات للوقاية من مرض (كوفيد - ١٩) أو علاجه، ولم يتم الإيحاء بشيء من ذلك. وهناك فرق بين الدواء واللقاح، فالأول يعالج المرض بعد إصابة الشخص به، ويعمل على إزالة الأعراض التي ظهرت نتيجة الإصابة، بينما الثاني (وهو اللقاح أو

(٢٤) للمزيد انظر: مدونة شفاء الطيبة، المرجع السابق، وتقرير منظمة الصحة العالمية، السابق الإشارة إليه.

ما يعرف بالمصل) يتم تناوله؛ لتجنب الإصابة مستقبلاً بالفيروس، فهو بمنزلة تحصين للشخص السليم حتى لا يصاب بالمرض.

وتجدر الإشارة إلى أن الأشخاص المصابين بالمرض يتلقون العلاج المنقذ للحياة من المضاعفات التي لحقتهم نتيجة الإصابة، وذلك من خلال المستشفيات والرعاية الطبية اللازمة، وتصل نسبة التعافي من هذا المرض إلى مستويات مرتفعة، كما أن هناك نسبة من الوفيات تصل في بعض الأحيان إلى ما يعادل ٦% إلى ١٠% من أعداد المصابين بالعدوى، وذلك حسب الرعاية الطبية اللازمة المقدمة لهم واستجابة الجسم وقوة مناعته لمقاومة هذا الفيروس.

كما أن هناك طرق للوقاية من هذا المرض، توصي بها منظمة الصحة العالمية ومراكز مكافحة الأمراض والفيروسات المعدية والوقاية منها في الولايات المتحدة الأمريكية، ومصر^(٢٥)، وسلطنة عُمان^(٢٦) وغيرها من الدول، تتمثل فيما يأتي^(٢٧):

- ١- تجنب حضور الفعاليات والتجمعات الكبيرة^(٢٨).
- ٢- تجنب المخالطة للصيقة بأي شخص مريض أو لديه أعراض، وينصح بترك مسافة (٦ أقدام أو ٢ متر تقريباً) للتباعد الجسدي بين الأفراد.
- ٣- غسل اليدين كثيراً بالماء والصابون لمدة ٢٠ ثانية على الأقل، أو استعمال مطهر يدي يحتوي على الكحول بنسبة ٦٠% على الأقل.

(٢٥) الجدير بالذكر أن جمهورية مصر العربية قد أصدرت قرارات عدة؛ لمواجهة أزمة كورونا، منها: قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٢٠/٧١٩م بشأن بعض التدابير الاحترازية المتخذة بوحدة الجهاز الإداري للدولة وشركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام، والقرار رقم ٢٠٢٠/٦٠٦م بشأن تعليق جميع الفعاليات التي تتطلب وجود أية تجمعات كبيرة للمواطنين، والقرار رقم ٢٠٢٠/٧٢٤م بشأن تعليق العروض التي تقام في دور السينما والمسارح، وغير ذلك من القرارات.

(٢٦) للمزيد انظر: القرار الصادر عن شرطة عمان السلطانية رقم ٢٠٢٠/١٥١م بشأن ضوابط التعامل مع المخالفين لقرارات اللجنة العليا المعنية ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن انتشار فيروس كورونا (كوفيد - ١٩)، والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٢٠م.

(٢٧) للمزيد انظر: تقرير مؤسسة مايو للتعليم والبحث الطبي، Mayo Clinic.com، سابق الإشارة إليه.

(٢٨) يعاقب على مخالفة ذلك بالغرامة ألف وخمسمائة ريال عماني لمن يدعو لذلك، ومائة ريال عماني لمن يشارك فقط في هذه التجمعات، وذلك بمقتضى ملحق القرار الصادر عن شرطة عمان رقم ٢٠٢٠/١٥١م، السابق الإشارة إليه.



- ٤- تغطية الفم والأنف بمنديل أو غيره عند السعال أو العطس، والتخلص من هذا المنديل بعد استخدامه.
- ٥- ارتداء الكمامة الطبية المغطية للأنف والفم عند الخروج للأماكن العامة أو الأسواق المزدحمة بالناس^(٢٩).
- ٦- تجنب لمس العينين أو الأنف أو الفم.
- ٧- تجنب ملامسة أو مشاركة أدوات الأكل أو الأدوات المنزلية الأخرى أو أغطية الفراش.
- ٨- تنظيف الأسطح ومقابض الأبواب أو غيرها بصفة مستمرة بالماء والصابون أو بمواد معقمة كحولياً.
- ٩- التزام المنزل - قدر الإمكان - لتجنب الاختلاط والابتعاد عن مواطن الإصابة بالفيروس، مع التنظيف المستمر والتعقيم للمنزل.
- ١٠- الحرص على تناول الأطعمة والأغذية التي تحتوي على فيتامينات مقوية للمناعة.

وما سبق يعد من أهم التعليمات أو الإرشادات التي تقلل من الإصابة بمرض فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، أما في حالة الإصابة فينبغي التوجه فوراً إلى أقرب مستشفى لإجراء الفحص^(٣٠)، وتلقي العلاج اللازم، وإجراء عملية العزل للمصاب بالفيروس^(٣١).

^(٢٩) تجدر الإشارة إلى أن سلطنة عمان قد أصدرت قرارات تتعلق بوجوب ارتداء الكمامة في الأماكن العامة والتجمعات، كان آخرها القرار رقم ٢٠٢٠/١٩٤م بتعديل بعض أحكام القرار رقم ٢٠٢٠/١٥١م بشأن ضوابط التعامل مع المخالفين لقرارات اللجنة العليا المعنية ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن انتشار فيروس كورونا (كوفيد - ١٩)، المادة الأولى من القرار، تعاقب المخالف لوجوب ارتداء الكمامات في الأماكن العامة (جميع مواقع الأنشطة التجارية والصناعية المسموح بها، وأماكن العمل في القطاعين: العام والخاص، ووسائل النقل العامة، والأماكن العامة الأخرى) بالغرامة مائة ريال عماني.

^(٣٠) يعاقب من يمتنع عن إجراء الفحص بالغرامة مائتي ريال عماني، وذلك بمقتضى ملحق القرار الصادر عن شرطة عمان السلطانية رقم ٢٠٢٠/١٥١، السابق الإشارة إليه.

^(٣١) يعاقب من لا يلتزم بتعليمات الحجر المنزلي أو المؤسسي بالغرامة مائتي ريال عماني، وذلك بمقتضى ملحق القرار الصادر عن شرطة عمان السلطانية رقم ٢٠٢٠/١٥١، السابق الإشارة إليه.

الفصل الأول

المسؤولية الجنائية عن نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) بطريق العمد

تمهيد وتقسيم:

المسؤولية الجنائية هي أهلية الإنسان العاقل الواعي لأن يتحمل العقوبة نتيجة وقوع الجريمة، أو بمعنى آخر هي تحمل الإنسان تبعاً فعل أو امتناعه عنه، قرر له القانون عقوبة جنائية، فمخالفة ما أمر به القانون من عمل أو نهى عنه إنما هو جريمة، فإذا توفرت عناصرها يصبح مرتكبها مسؤولاً، ومن ثم يترتب على هذه المسؤولية تطبيق العقاب عليه.

وتقوم المسؤولية الجنائية عن الأفعال التي ارتكبها الإنسان سواء كان ذلك بطريق العمد أم الخطأ، طالما كانت هناك نتيجة مترتبة على هذا الفعل، تشكل اعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، ومن أهم تلك الحقوق: حق الإنسان في الحياة وتكامله الجسدي، وعدم الاعتداء على أي من هذه الحقوق.

وبمثل نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) نموذجاً وصورة من هذا الاعتداء، إذا قام به الإنسان متعمداً إيذاء الغير وإصابته بهذا المرض، وسوف تختلف المسؤولية الجنائية عن هذا الفعل تبعاً للنتيجة المترتبة على هذا الفعل، فقد تكون المسؤولية عن جريمة قتل عمدي أو عن جريمة إيذاء عمدي في صورة إعطاء المواد الضارة.

وعلى ذلك سوف نتناول هذه المسألة من خلال استعراض بعض القواعد العامة لقانون العقوبات المصري وقانون الجزاء العماني، وذلك لأهمية هذه القواعد في ضبط أحكام المسؤولية الجنائية لناقل الفيروس، ثم التطبيق على جريمة نقل فيروس كورونا المستجد وذلك لبيان أهم ما يخص تلك الجريمة، وقد راعيت عدم الإطالة أو التفصيل فيما يتعلق بالقواعد العامة والاكتفاء بما يساعد في فهم مسألة التطبيق، وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل عمداً (القواعد العامة).

المبحث الثاني: جريمة القتل عمداً عن طريق نقل عدوى فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩).

المبحث الثالث: الاعتداء العمدي على سلامة الجسم عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩).

المبحث الأول

المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل عمداً (القواعد العامة)

القتل هو كل اعتداء يصدر من إنسان على إنسان آخر يترتب عليه وفاته، هذا هو التعريف العام للقتل، ويصدق على كل من القتل العمد والقتل غير العمد والضرب المفضي إلى الموت، وقد استعمل القانون لفظ القتل اصطلاحاً للتعبير عن النوعين الأول والثاني سالفين الذكر دون الثالث، بالنظر إلى أن الضرب المفضي إلى موت جريمة عمدية اتجه العمد فيها إلى المساس بسلامة الجسم، وترتيب الوفاة نتيجة لذلك دون تعمد إحداثها^(٣٢).

وقد عرف البعض القتل العمد بأنه إزهاق روح إنسان بفعل إنسان آخر، متى قصد ذلك^(٣٣)، وإذا كان المشرع المصري وكذلك العماني لم يعرفا القتل العمد، إلا أن ذلك لا يثير صعوبة فالإجماع منعقد على أن كل إزهاق لروح إنسان تعمداً يدعى قتلاً عمداً^(٣٤).

وقد نظم المشرع المصري أحكام جريمة القتل العمد في المواد ٢٣٠ وحتى ٢٣٥، ٢٣٧ من قانون العقوبات، وكذلك المشرع العماني في المواد ٣٠١ وحتى ٣٠٥ من قانون الجزاء.

وقسم المشرع الجنائي القتل بالنظر إلى الركن المعنوي في الجريمة، فمتى توفر القصد الجنائي لدى الجاني كان القتل عمداً، وإن لم يتوفر هذا القصد وتحققت الوفاة نتيجة لخطأ الجاني كان القتل غير عمد، وقبل أن نتناول المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل العمد بنقل فيروس كورونا المستجد، يجدر بنا استعراض المبادئ العامة لجريمة القتل في صورتها المجردة، ثم إنزال هذه المبادئ على موضوع دراستنا، بالشكل الذي يلائم ذلك، وذلك من خلال المطالب الآتية:

(٣٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٦٦٩.

(٣٣) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار التراث، القاهرة ١٩٧٦م، ج ٢، ص ٦.

(٣٤) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ٢٠١٥م، ص ١٩.

المطلب الأول

الشرط المفترض "محل القتل"

تفترض جريمة القتل وقوعها على إنسان حي، وتبدأ حياة الإنسان منذ لحظة انتهاء فترة كونه جنيناً، أي منذ لحظة ابتداء ولادته وتمكنه من تنسم الحياة دون اعتماد على أمه، فمنذ هذه اللحظة، أي لحظة صلاحية المولود للحياة في العالم الخارجي وتأثره به على نحو مباشر لا كنتيجة غير مباشرة لتأثير جسد الأم، يعد المولود إنساناً حياً، إذ يصبح محلاً لجريمة القتل، ولو لم يكن الحبل السري قد قطع بعد أو إذا لم تكن ولادته قد تمت^(٣٥).

وقد كان المشرع العماني واضحاً في تقرير هذه المسألة؛ إذ أشار من خلال المادة ١/٣٠١ من قانون الجزاء، بقوله: "... ويعد إنساناً لتطبيق أحكام هذا القانون كل مولود نزل حياً من بطن أمه." وفي هذا إشارة صريحة لاعتبار خروج المولود حياً من بطن أمه إنساناً، ويكفي في ذلك مجرد خروج جزء منه وليس تمام النزول، بينما لم يشر المشرع المصري إلى مثل هذا التحديد صراحة في نصوص قانون العقوبات، وتعد هذه اللحظة معياراً حاسماً بين جريمة الإجهاض التي لا تقع إلا على الجنين، وجريمة القتل التي لا ترتكب إلا على الإنسان الحي.

واشترط وقوع الفعل على إنسان حي يترتب عليه إذا باشر الجاني نشاطه لقتل المجني عليه ولكن ثبت أن هذا المجني عليه كان قد مات قبل تأثره بهذا النشاط، فإن الواقعة لا تعد قتلاً، بل لا تعد شروعاً في قتل، فهي على هذه الصورة تعد جريمة مستحيلة استحالة قانونية، ومصدر الاستحالة أن الشرط الذي يوجب القانون لتجريم القتل وهو الإنسان الحي، لم يتوفر في تلك الحالة.

وغني عن البيان أنه يكفي ثبوت أن المجني عليه كان إنساناً حياً قبل الاعتداء عليه حتى تقع جريمة القتل بإزهاق روحه دون اعتداد بمدى حالته الصحية أو العقلية أو سنه أو جنسيته أو حالته الاجتماعية أو صفته، أو حتى كونه محكوماً عليه بالإعدام^(٣٦).

والجدير بالذكر، أنه في جريمة القتل العمد بنقل فيروس كورونا المستجد، ينبغي إضافة أنه يشترط ألا يكون المجني عليه حاملاً لمسببات أو لفيروسات أحد الأمراض

(٣٥) للمزيد انظر: د. محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الكتب القانونية،

القاهرة ٢٠١٤م، ج ٢، ص ١٨، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٧١.

(٣٦) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص،

دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٨م، ص ١٠.

المعدية مسبقاً، أو بتعبير آخر ألا يكون قد انتقلت إليه العدوى بفيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) قبل مباشرة الجاني نشاطه، وسوف نزيد هذا الأمر إيضاحاً في مرحلة لاحقة من البحث.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا ينال من صحة الحكم بالإدانة عدم العثور على جثة المجني عليه ما دامت المحكمة قد بينت الأدلة التي أفنعتها بوقوع جناية القتل على شخص المجني عليه^(٣٧).

المطلب الثاني

الركن المادي لجريمة القتل^(٣٨)

كل جريمة تفترض صدور فعل مادي من الجاني، إذ إن القانون لا يعاقب على النيات أو المقاصد الشريرة، فنية القتل مهما كانت واضحة جلية، ومهما أقر بها صاحبها، لا تغني عن ضرورة مباشرة فعل القتل، أو بالأقل الشرع فيه. ويعد فعل " إزهاق الروح" في جريمة القتل هو جوهر ركنها المادي، فلا قيام لها من غيره، ويتحقق هذا الركن بتوفر العناصر الثلاثة الآتية:

- ١- النشاط الإجرامي.
- ٢- النتيجة.
- ٣- علاقة السببية.

(٣٧) نقض مصري ٩ فبراير سنة ١٩٩٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٤٥ رقم ٨ ص ٤١، ونقض ٦ إبريل سنة ١٩٩٤م، مجموعة الأحكام، س ٤٥ رقم ٧٥ ص ٤٧٣، ونقض ٣ نوفمبر ١٩٩٤م، س ٤٥، رقم ١٤٦، ص ٩٣٧.

(٣٨) الجدير بالذكر أن المشرع العماني قد نص صراحة على الركن المادي للجريمة من خلال المادتين ٢٧، ٢٨ من قانون الجزاء، إذ نصت المادة ٢٧ على أنه: "يتكون الركن المادي للجريمة من نشاط مجرم قانوناً بارتكاب فعل أو امتناع عن فعل". كما نصت المادة ٢٨ من القانون ذاته، على أنه: "لا يسأل شخص عن الجريمة ما لم تكن نتيجة لسلكه الإجرامي، ويسأل عنها ولو كان قد أسهم مع سلوكه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق، متى كان هذا السبب متوقفاً أو محتتماً وفق السير العادي للأمر، أما إذا كان ذلك السبب وحده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه".

الفرع الأول النشاط الإجرامي

يتحقق هذا النشاط بسائر صور الاعتداء على الحياة التي تصدر عن الجاني، دون عبء بالوسائل التي التجأ إليها، وأياً كانت صور الركن المعنوي الذي لازمه، فأهمية هذا الركن تقتصر على التمييز بين القتل العمد والقتل غير العمد. فالسلوك الإجرامي بصفة عامة بمنزلة حركة عضلية تعد استظهاراً أو تعبيراً عن إرادة تحدث تغييراً في العالم الخارجي، وفي القتل يشترط أن يكون ذلك السلوك صالحاً بطبيعته لإزهاق روح المجني عليه، فإن حققها، كنا بصدد جريمة قتل، وإن لم يحققها لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها، كنا إزاء شروع في القتل^(٣٩). وقد يتخذ السلوك أشكالاً متعددة؛ لأن القانون لا يشترط ضرورة ارتكاب الجريمة بفعل معين، إذ المهم أن يكون من شأن هذا السلوك إزهاق روح إنسان، فالسلوك الإجرامي في القتل لا يخرج عن أن يكون سلوكاً إيجابياً أو سلوكاً سلبياً^(٤٠). فالأصل في النشاط الإجرامي في جريمة القتل أن يكون بعمل إيجابي وأن يكون العمل مادياً ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك، أما القتل بسلوك سلبي أو ما يعرف بطريق الامتناع فقد ثار بشأنه الخلاف الفقهي، والصورة التقليدية له امتناع الأم عن إرضاع طفلها حتى مات، وغير ذلك من الأمثلة، وقد انقسم الفقه بشأنه إلى فريقين: الأول وهو الغالب - ونحن نؤيده - يرى إمكانية ارتكاب جريمة القتل بطريق سلبي، ويشترط لذلك أن يكون هناك التزام قانوني على الممتنع^(٤١).

(٣٩) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٢٦١. ويعرف الشروع في القتل بأنه: " البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنائية أو جناحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها. (المادة ١/٤٥ عقوبات مصري)، وبذات العبارات عرفه المشرع العماني من خلال الفقرة الأولى للمادة ٢٩ من قانون الجزاء، والمشرع العراقي في المادة ٣٠ من قانون العقوبات، والمشرع اللبناني في المادة ٢٠٠ عقوبات، والمشرع الجزائري في المادة ٣٠ من قانون العقوبات، والمشرع الكويتي من خلال المادة ٣٦ من قانون الجزاء.

(٤٠) د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٤١) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩م، ص ٤٠٣، د. محمود مصطفى، القسم الخاص لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م، ص ١٨٩، د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٧٥، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٧٧.

وقد قضت محكمة النقض بأن تعجيز الشخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً وتركه في مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل؛ يعد قتلًا عمداً متى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال^(٤٢).

ويعلق البعض على هذا الحكم بقوله: إن الفاعل قد قام بعمل إيجابي، ولكن الوفاة لم تترتب على هذا العمل، وإنما على ترك المجني عليه في مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة، فلو كان الترك لا يساوي العمل الإيجابي لعوقب الفاعل على شروع في القتل^(٤٣).

■ **الوسيلة:** لا أهمية للوسيلة المستعملة في القتل، فهي ليست من عناصر الركن المادي للجريمة، فقد تكون طعناً بآلة حادة أو بإطلاق الرصاص أو بالخنق أو بالإغراق أو بوضع السم أو بتسليط تيار كهربائي على المجني عليه أو رجمه بالأحجار. لكن القانون، قد عد القتل معاقباً عليه بالإعدام، إذا حدث بوسيلة معينة هي السم، وفي هذه الحالة يكون السم عنصراً جوهرياً في الركن المادي للقتل بالسم^(٤٤)، وذلك بمقتضى المادة (٢٣٣) من قانون العقوبات المصري، التي تنص على أنه: "من قتل أحداً عمداً بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلاً أو آجلاً يعد قاتلاً بالسم أيأ كانت كيفية استعمال تلك الجواهر ويعاقب بالإعدام".

وقد عد المشرع العماني استعمال وسيلة معينة في القتل أمراً موجباً لعقوبة الإعدام، على النهج ذاته الذي سار عليه المشرع المصري، وذلك من خلال الفقرة (ج) من المادة (٣٠٢) من قانون الجزاء، التي تنص على أنه: ".... ج- إذا وقع القتل باستعمال التعذيب أو مادة سامة أو متفجرة".

ولا يشترط في وسيلة الاعتداء أن تصيب جسم المجني عليه مباشرة، فيعد قتلًا حبس إنسان في حجرة دون تمكينه من تناول الطعام حتى يموت جوعاً، وقد قضي أن خلو السكين من آثار دماء لا يؤثر في استدلال الحكم على حصول الاعتداء به^(٤٥).

ويلحق بذلك حدوث القتل نتيجة نقل فيروس معد، مثل: فيروس كورونا المستجد، لإنسان آخر سليم وخال من هذا المرض.

(٤٢) نفص ٢٨ ديسمبر ١٩٣٦م، مجموعة القواعد، ج ٤، رقم ٢٨، ص ٢٧.

(٤٣) د. محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ١٨٩، هامش ٢.

(٤٤) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٨٠.

(٤٥) نقض مصري ٧ مارس ٢٠٠٢م، مجموعة أحكام النقض، س ٥٣، رقم ٧١، ص ٣٩٧.

ولكن يشترط في الوسيلة أن يكون من شأنها إحداث الموت أو أن تؤدي إليه غالباً، سواء كان ذلك بطبيعتها أم باستعمالها، وقد قضت محكمة النقض بأنه: "إذا كانت الأداة التي استعملت في الجريمة لا تؤدي بطبيعتها إلى الموت، فذلك لا يقلل من قيمتها كدليل ما دامت المحكمة قد أثبتت أن الاعتداء بها كان بقصد القتل، وأن القتل قد تحقق بها فعلاً بسبب استعمالها بقوة"^(٤٦).

■ **الوسائل النفسية:** ثار البحث عن مدى صلاحية الوسائل النفسية كالخوف والألم في النشاط الإجرامي لجريمة القتل، والراجح في الفقه، أن القانون لم يتطلب لارتكاب القتل وسيلة معينة دون غيرها، ومن ثم يستوي حصول القتل بأية وسيلة كانت^(٤٧)، وذلك رغم صعوبة إثبات علاقة السببية بالنسبة إلى القتل بالوسائل النفسية، لكن هذه الصعوبة لا تحول دون تقرير المبادئ القانونية صحيحة سليمة، كما أن صعوبة الإثبات لا تعني الاستحالة، إذا بحثنا كل حالة على حده في ضوء الظروف الخاصة بكل من المجني عليه والجاني، ومدى ثقة الأول في قول الأخير وأثر حديثه في نفسه^(٤٨).

الفرع الثاني النتيجة الإجرامية

نعني بالنتيجة الإجرامية بصفة عامة الأثر الناجم عن السلوك الإجرامي، والذي يعتد به المشرع في التكوين القانوني للجريمة، فيتعين لوقوع جريمة القتل أن يؤدي النشاط الإجرامي إلى وفاة المجني عليه حال الاعتداء عليه أو متراخياً عقبه، ولا يستعاض عن هذه النتيجة بأي حدث آخر، فلا عبرة باختفاء المجني عليه ولا بعدم العثور عليه، بل لا بد من التحقق من وفاته ولو لم يعثر على جثته^(٤٩).

(٤٦) نقض ٢٧ مارس ١٩٤١م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، رقم ٢٨٩، ص ٥٦٢، نقض جلسة ٣٠ مايو ١٩٦٠م، الطعن رقم ١٣٣٧ لسنة ٢٩ ق.

(٤٧) للمزيد انظر: د. حسن محمد أبو السعود، قانون العقوبات المصري، القسم الخاص، طبعة ١٩٥١م، ص ٣٣، د. رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٧٩٤، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٨٠، د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٠.

(٤٨) للمزيد انظر: د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

(٤٩) نقض ٢٤ يناير ١٩٣٨م، مجموعة القواعد، ج ٤، رقم ١٥٤، ص ١٤٥، ونقض ٢٢ مارس ٢٠٠١م، مجموعة أحكام النقض، س ٥٢، رقم ٥٩، ص ٣٥٣.

والوفاة هي النتيجة المعتبرة في القانون بغض النظر عن وقوعها حال إصابة المجني عليه بحالة مرضية ولو كان من المؤكد أنها ستودي بحياته، ما دامت الوفاة لم تحدث إلا نتيجة للاعتداء عليه.

ويتحدد تاريخ الوفاة عند موت الجسد تماماً، فإذا كان الجسد ما زال حياً نتيجة استخدام بعض الأجهزة الطبية، فإن الوفاة لا تكون قد حدثت قانوناً. فإذا لم تقع الوفاة وتوفر القصد الجنائي، فإن الواقعة تعد شروعاً في قتل، إذا وقعت الجريمة وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادة الفاعل فيه، فإذا لم يتوفر هذا القصد ووقعت الوفاة، وصفت الجريمة بأنها ضرب أفضى إلى موت.

الفرع الثالث

علاقة السببية

يتعين لمساءلة الجاني عن الوفاة أن تتوفر رابطة الإسناد المادي بين نشاطه الإجرامي وهذه النتيجة، والإسناد المادي قد يكون إسناد فردي أو مزدوج، ويقتصر الإسناد المادي الفردي على إسناد النشاط الإجرامي إلى فاعل معين، بينما يمتد الإسناد المزدوج ليشمل بجانب إسناد الفعل إلى فاعل معين إسناد النتيجة إلى نشاط ذلك الفاعل.

والإسناد المادي المزدوج هو ما يجب توفره لكي تكون إزاء جريمة قتل كاملة، بينما إذا اقتصر الواقعة على الإسناد الفردي كنا إزاء جريمة قتل ناقصة وهي ما تعرف بالشروع في القتل^(٥٠).

ويدق البحث، إذا لم تكن الوفاة قد حدثت نتيجة لفعل الجاني وحده، بل أسهمت مع هذا الفعل عدة عوامل تتضافر معه في إحداث هذه النتيجة.

ومشكلة علاقة السببية هي من المسائل المهمة في فقه قانون العقوبات التي دار حولها الجدل كثيراً، رغم أنها لا تبدو واضحة ولا تثور في العمل غالباً، إلا في جرائم القتل والجرح العمدي وغير العمدي، لذا سوف نوضح في مقام دراسة القتل المقصود بعلاقة السببية.

■ **معيار علاقة السببية:** لم يحدد المشرع المصري معياراً معيناً يمكن الاستناد إليه لتقرير علاقة السببية بين نشاط الجاني والنتيجة الإجرامية التي حدثت، مما دفع الفقه والقضاء للاجتهاد في ذلك، وقد أحدث هذا الاجتهاد اختلافاً في تحديد المعيار الذي

(٥٠) د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٤٢.

يمكن الأخذ به، ونتج عن ذلك نظريات عدة أهمها: نظرية تعادل الأسباب، ونظرية السببية الملائمة.

وتعني نظرية تعادل الأسباب، أن هناك عوامل عدة، ومن بينها: سلوك الجاني، يترتب عليها حدوث النتيجة الإجرامية وكل عامل منها لا غنى عنه لوقوع النتيجة، ومن ثم يمكن القول إن هذه العوامل متعادلة في سببيتها للنتيجة، ولذا فكلها تصلح أن تكون سبباً لها، وقد وجهت العديد من الانتقادات لهذه النظرية.

أما نظرية السببية الملائمة^(٥١)، فإن أنصارها يرون أنه يتعين الوقوف عند السبب الأكثر صلاحية لكي يؤدي إلى النتيجة، وهو الذي يمكن أن يترتب عليه وفقاً للمجرى العادي للأمر حدوث النتيجة، وهو السبب الذي ينطوي في ذاته على إمكانية مألوفة نحو حدوث هذه النتيجة في معظم الأحوال، ويقضي هذا المعيار البحث فيما، إذا كان فعل الجاني في حد ذاته - وبغض النظر عما أحاط به من عوامل أخرى مألوفة

(٥١) نشأت هذه النظرية في الفقه الألماني، وقد أسس لها كريس "Johannes von kries"، ومن أشهر أنصارها "von Bar" فون بار، وميركيل وروملين. وقد تبنى المشرع العماني الأخذ بهذه النظرية من خلال نص المادة ٢٨ من قانون الجزاء، التي تنص على أنه: "لا يسأل الشخص عن الجريمة، ما لم تكن نتيجة لسلوكه الإجرامي، ويسأل عنها ولو كان قد أسهم مع سلوكه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق، متى كان هذا السبب متوقفاً أو محتملاً وفقاً للسير العادي للأمر، أما إذا كان ذلك السبب وحده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة، فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه".

وقد تبنى هذه النظرية أيضاً القضاء المصري والقضاء العماني في الكثير من أحكامهما، فعلى سبيل المثال:

- في القضاء المصري: نقض ٢٧ يونيو ١٩٥٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ رقم ٢٣ ص ٩١، ونقض ١٣ ديسمبر ١٩٦٠م، س ١١ رقم ١٧٦ ص ٩٠٤، ونقض ١٤ أكتوبر ١٩٦٥م، س ١٦، رقم ١٢٧ ص ٦٦٢، ونقض ١٨ إبريل ١٩٧٤م، س ٢٥ رقم ٨٥ ص ٣٩٥، ونقض ٢٦ مارس ١٩٧٩م، س ٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١، ونقض ٧ فبراير ١٩٨٠م، س ٣١ رقم ٤١ ص ٢٠٠، ونقض ٦ مارس ١٩٨٠م، س ٣١ رقم ٦٣ ص ٣٣٨، ونقض ١٩ مارس ١٩٨٤م، الطعن رقم ٦٢٩٣ لسنة ٥٣ ق، ونقض ١٩ يناير ١٩٩١م، س ٤٢ ص ١٠٨ رقم ١١ طعن رقم ٨٣٣٧ لسنة ٦١ ق.

- في القضاء العماني: القرار رقم ١٢ في الطعن ٢٠٠٢/١٧٤ جزائية عليا، جلسة ٢٠٠٣/٢/٤م، والطعن رقم ١٤٢، ٢٠٠٨/١٤٣م، جزائية عليا، جلسة ٢٠٠٨/٦/١٠م، قرار رقم ٢٥٥ في الطعن رقم ٢١٥/٢٠٠٣م، جزائية عليا، جلسة ٢٠٠٣/١٢/١٦م، وقرار رقم ٢٢٢ في الطعن ١٨١، ٢٠٠٣/١٨٢م، جزائية عليا، جلسة ٢٠٠٣/١٢/٢م، وقرار رقم ٣٠٤ في الطعن ٢٨٢/٢٠٠٤م، جزائية عليا، جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢١م، وقرار رقم ٢٩٧ في الطعن ٢٤٣/٢٠٠٤م، جزائية عليا، جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢١م.

- يتضمن إمكانية إحداث النتيجة بالوسيلة التي حدثت بها أو لا، كما تتطلب هذه النظرية أن تكون العوامل المصاحبة لفعل الجاني متوقعة ومألوفة وفقاً للمجرى العادي للأمر، وقد قيل بأن العبرة في تقدير العوامل المتوقعة المألوفة ليس في إحاطة الجاني فعلاً بهذه العوامل أو في إمكانية الإحاطة بها، وإنما بمدى قدرة شخص مجرد يتمتع بأوسع الإمكانيات الذهنية أن يعلم بها^(٥٢).

المطلب الثالث

الركن المعنوي لجريمة القتل^(٥٣)

لا يكفي لوقوع جريمة القتل أن يرتكب شخص الفعل المكون للركن المادي للجريمة كما هو موصوف به في نموذجها القانوني، وإنما يلزم أن يكون الشخص قد ارتكب خطأ (والخطأ الجنائي هو تعبير عن العنصر النفسي للجريمة)، أي أنه يلزم إسنادها معنوياً إلى الجاني، ويقوم هذا الإسناد المعنوي على توفر عنصرين هما: الإرادة والعلم، وهو ما يسمى "القصد الجنائي"، وهو ما سنقوم بإيضاحه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

القصد الجنائي

القصد الجنائي هو الصورة العادية للإرادة الآتمة، فإذا كانت الجريمة في جوهرها انتهاكاً لأوامر الشارع ونواهيه؛ فإن إرادة تحقيق تلك الجريمة تشكل أعلى درجات هذا

(٥٢) للمزيد انظر: د. محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص ٣٢٥، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٨٦، د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ٧٩٧ وما بعدها.
(٥٣) الجدير بالذكر أن المشرع العماني قد نص صراحة على الركن المعنوي للجريمة، وذلك بمقتضى المادة ٣٣ من قانون الجزاء، بقوله: "الركن المعنوي للجريمة هو العمد في الجرائم المقصودة والخطأ في الجرائم غير المقصودة. ويتوافر العمد باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجزئاً قانوناً، وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أي نتيجة أخرى مجرمة قانوناً يكون الجاني قد توقعها وقبل المخاطرة بها. وتكون الجريمة عمدية كذلك إذا وقعت على غير الشخص المقصود بها".

الانتهاك باعتبار أن الجاني قد عبر بذلك عن إرادته في عدم الطاعة والامتثال للقانون^(٥٤).

■ **عنصر القصد الجنائي:** يتوفر القصد الجنائي باتجاه إرادة الجاني إلى الاعتداء على إنسان حي وإزهاق روحه مع علمه بذلك، وسوف نزيد المر إيضاحاً من خلال ما يأتي:

أولاً- اتجاه الإرادة "تية القتل":

يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى الاعتداء على إنسان حي وإرادة نتيجته وهي إزهاق روحه، فلا تتوفر الجريمة، إذا صدر فعل الجاني عن إكراه أو لم يرد إزهاق روح إنسان حي، والعبرة هي باتجاه الإرادة إلى إزهاق روح إنسان أياً كان، فهذه هي النتيجة المعتمدة في نظر القانون، ولا تتوقف على شخصية المجني عليه.

ولذا فإنه، إذا أخطأ الجاني فأصاب شخصاً غير الذي يقصده إما خطأ في التصويب أو الخطأ في شخصية المجني عليه فإن ذلك لا يحول دون توفر القصد الجنائي ما دام الجاني قد أراد بفعله إزهاق روح إنسان حي.

ثانياً- العلم:

يتعين أن يكون الفاعل عالماً بأركان الجريمة وعناصر كل ركن، وبمقتضى ذلك فإنه يجب أن يكون الفاعل عالماً بأنه يوجه سلوكه الإجرامي ضد إنسان حي، فإذا كان لا يعلم أن المجني عليه إنسان حي معتقداً أنه ميت، أو أنه حيوان؛ فإن العلم بموضوع الجريمة ينتفي، ومن ثم ينتفي أحد عناصر العلم بالواقعة الإجرامية^(٥٥).

ويجب أن يعلم الجاني أن نشاطه يمثل اعتداء على المجني عليه، فالممثل الذي يطلق مسدسه على ممثل آخر أثناء التمثيل معتقداً أن المسدس به طلاقات صوت لا يتوفر لديه القصد الجنائي إذا تبين أن مدير المسرح سلمه مسدساً محشواً برصاص حي دون علمه^(٥٦).

(٥٤) د. محمد عبد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة

١٩٩٤م، ص ٦١٢.

(٥٥) د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٥٦) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٩٧.

الفرع الثاني صور القصد الجنائي

تتعدد صور القصد الجنائي في القتل، فهناك قصد جنائي مباشر، وآخر غير مباشر، كما أن هناك قصد محدود، وآخر غير محدود، وسوف نزيد الأمر إيضاحاً فيما يأتي:

أولاً- القصد المباشر وغير المباشر: يراد بالقصد المباشر أن يكون الجاني على يقين بأن فعله سوف يحقق النتيجة الإجرامية، ويعد مباشراً؛ لأن إرادته اتجهت مباشرة إلى مخالفة القانون، ولا يتاح لفرادة هذا الاتجاه، إلا إذا استندت إلى علم يقيني بتوفر عناصر الجريمة ومريداً لها^(٥٧)، وأن النتيجة واقعة بصورة حتمية ولازمة للسلوك الإجرامي، وأنه تمثلها دون أدنى شك ورغب فيها وأرادها، مثال ذلك من يطلق النار على عدوه في مقتل قاصداً إزهاق روحه.

أما القصد غير المباشر، وهو ما يعرف بالقصد الاحتمالي، فهو اتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق نتيجة إجرامية مؤكدة مع توقع الجاني تحقق نتائج أخرى ممكنة ومحتملة يتقبلها ولا يبالي بها، مثال ذلك لاعب السيرك الذي يصبو خنجراً في اتجاه شخص آخر لكي يظهر مهارته فيتوقع - لمرضه - أن يخطئ التصويب ويصيب هذا الشخص، لكنه رغب باحتمال حدوث هذه النتيجة، أي قبلها، فيكون قصده نحوها احتمالياً، والواقع من الأمر أن الذي يتوقع نتيجة معينة ويقبل بحدوثها فكأنه يريد تحقيق هذه النتيجة، ولذا فإن القصد الاحتمالي ليس في حقيقته سوى صورة من صور القصد الجنائي العام تتحقق به مسؤولية الفاعل عن جريمة القتل.

ثانياً- القصد المحدود والقصد غير المحدود: يراد بالقصد المحدود اتجاه إرادة الفاعل إلى تحقيق نتيجة معينة بالذات سواء تعدى نشاطه هذه النتيجة إلى أخرى غير مقصودة أم وقف عندها، ومثال ذلك: أن ينتوي شخص قتل آخر فيطلق عليه عياراً نارياً، سواء أصابه وحده أم تعدى ذلك إلى إصابة غيره.

أما القصد غير المحدود، فإن الجاني تتجه إرادته إلى إزهاق الروح دون تعيين لشخص أو أشخاص معينين، كمن يلقي قنبلة على جمع من الناس بغية قتل أي عدد منهم دون أن يكونوا معروفين لديه.

(٥٧) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

ويمكن القول إن هناك اتفاق في الفقه والقضاء على اعتبار القصد الجنائي متوفراً لدى الفاعل في الحالتين السابقتين، وأن كلاهما يصلح لتوفر الركن المعنوي لجريمة القتل.

الفرع الثالث أثر الباعث في توفر القصد

الباعث هو العامل النفسي الذي يدفع الإنسان إلى إشباع حاجة معينة، (وهو نشاط داخلي يتعلق بالغاية ولا شأن له بالعرض)، ولذا يسوغ القول إن الباعث كيان نفسي في حين أن الغاية ذات طبيعة موضوعية تمثل وجوداً حقيقياً، ففي جريمة القتل، إزهاق روح المجني عليه هو "الغرض" الذي يستهدفه النشاط الإجرامي، أما الغاية من القتل، قد تكون إشباع إحساس بالكراهية نحو المجني عليه أو الانتقام للشرف أو العرض، أو أخذاً بالثأر، أو تخلص مريض ميؤوس من شفائه من عذاب الألم، ويتصور الشخص أن السبيل إلى تحقيق هذه الغاية هو إزهاق روح المجني عليه، فيرتبط الباعث بهذا التصور ثم يتجه إلى الإرادة فيسيطر عليها فيدفعها إلى تحقيقه، فتطلق لديه قوة نفسية تدفع الإمساك بالسلاح وتصوبه نحو المجني عليه فيزهق روحه، والدافع النفسي إلى إشباع الغاية من القتل هو الباعث^(٥٨).

ومن المسلم به أنه لا أهمية للباعث الذي حمل الجاني على ارتكاب القتل، سواء كان هذا الباعث شريفاً أم سيئاً، فلا هو ركن في الجريمة ولا عنصر في ركنها المعنوي، ومن ثم فإن الخطأ فيه لا يؤثر في سلامة الحكم ما دام أنه لم يتخذ منه دليلاً في الإدانة^(٥٩).

كما لا يحول دون توفر القصد أن يكون الباعث على ارتكاب الجريمة هو الشفقة بالمجني عليه أو الغيرة العاطفية أو الانتقام.

(٥٨) للمزيد انظر: د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب، مجلة الحقوق، الإسكندرية، السنة السادسة، ص ٥٦.

(٥٩) نقض مصري ٣١ مايو ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، ص ٧١٥، ونقض ٢ إبريل ١٩٧٠م، س ٢١، ص ١٠٤٢، ونقض ٢٦ مارس ١٩٧٣م، س ٢٤، ص ٤٢٧، ونقض ١٧ نوفمبر ١٩٧٥م، س ٢٦، ص ٧٠٧، ونقض ١٣ مارس ١٩٧٨م، س ٢٩، ص ٢٧٥.

وقد عبر المشرع العماني عن عدم الاعتداد بالباعث، صراحة من خلال نص المادة (٣٦) من قانون الجزاء بقوله: "لا يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"^(٦٠).

وتعليل ذلك أن الباعث نشاط نفسي يتجه إلى إشباع حاجة يغلب أن تكون مشروعة، ومن ثم لا يمكن أن تخلع عليه في ذاته أهمية جزائية، وهو في ذلك على خلاف القصد الذي يفترض اتجاه النشاط النفسي إلى نتيجة جرمية، فتكون له في ذاته أهمية جزائية.

■ **القتل بدافع الشفقة على المجني عليه:** قد يكون المجني عليه في بعض الأحوال مريضاً بمرض لا يرجى شفاؤه ويعاني بسبب مرضه آلاماً مبرحة قاسية لا يطيقها، فيثير شفقة الغير فيقتله رحمة به لإراحته من آلامه، وقد يكون ذلك بناءً على طلب المريض نفسه، ويعبر عن هذه الجريمة بالقتل للشفقة، في هذه الحالة يرتبط الباعث بهذا التصور؛ لتحقيق تلك الغاية، فيتجه إلى الإرادة ويدفعها إلى تحقيقه.

فإذا كان نبل الباعث وشرفه لا يؤثر على توفر القصد الجنائي، إلا أنه قد يكون موضع اعتبار عند القاضي في تحديد مقدار العقوبة، فيجوز أن يستمد منه سبباً لتخفيف العقاب فيحكم بالحد الأدنى للعقوبة، أو ينزل بالعقوبة إلى الحدود التي نص عليها المشرع.

وقد أقر ذلك صراحة المشرع العماني من خلال نص المادة (٣٠٥) من قانون الجزاء، التي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات كل من قتل شخصاً عمداً بدافع الشفقة، وبإلحاح من المجني عليه"^(٦١).

(٦٠) وهذا ما عبر عنه المشرع اللبناني في الفقرة الثانية من المادة ١٩٢ من قانون العقوبات، بينما لم يشر المشرع المصري إلى ذلك ضمن نصوص قانون العقوبات. غير أن القضاء المصري قد أقر ذلك وتبناه في أحكام عديدة منها: نقض ١ مايو ١٩٨٠م، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، رقم ١٠٧، ص ٥٦١، ونقض ٧ أكتوبر ١٩٨٢م، س ٣٣، رقم ١٥٢، ص ٧٣٦، ونقض ٥ إبريل ١٩٨٤م، س ٣٥، رقم ٨٦، ص ٢٩٦.

وفي القضاء العماني: حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٥٦/٢٠٠٦ جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٦م، عليا جزائية س ٦، ص ٤٥٦.

(٦١) جدير بالذكر أن المشرع المصري لم ينص صراحة على هذه القاعدة ضمن نصوص قانون العقوبات، وإن كان لها تطبيق في جريمة القتل بتخفيف العقاب عن الجاني إذا فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها فإنه يعاقب بالحبس، طبقاً لنص المادة ٢٣٧ عقوبات.

الفرع الرابع

طبيعة القصد الجنائي في القتل

اختلف الفقه الجنائي حول تحديد طبيعة القصد الجنائي في القتل العمد هل هو قصد جنائي عام أم قصد جنائي خاص؟ فهناك من يرى أن القصد الجنائي المطلوب هو قصد جنائي خاص بجانب القصد العام، فلا يكفي مجرد انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق الواقعة الإجرامية مع العلم بأركانها كما يتطلبها القانون، وإنما يشترط أيضاً أن يكون لدى الجاني نية محددة إرادة إزهاق روح المجني عليه دون غيره من النتائج، وبدون هذه النية يختلط القتل العمد بجريمة الضرب المفضي إلى الموت، ويختلط الشروع في القتل بجريمة الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة، أو حتى مع الضرب البسيط بحسب الأحوال^(٦٢).

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه وأقرته في أحكامها، فقضت بأنه: "جناية القتل العمد تتميز قانوناً عن غيرها من جرائم التعدي على النفس بعنصر خاص هو أن يقصد الجاني من ارتكابه الفعل الجنائي إزهاق روح المجني عليه، وكان هذا العنصر ذا طابع خاص يختلف عن القصد الجنائي العام الذي يتطلبه القانون في سائر تلك الجرائم وهو بطبيعته أمر يبطنه الجاني وبضمرة في نفسه، فإن الحكم الذي يقضي بإدانة متهم في هذه الجناية يجب أن يعني بالتحدث عن هذا الركن استقلاً واستظهاره بإيراد الأدلة التي تدل عليه وتكشف عنه"^(٦٣).

وهناك اتجاه آخر - يميل إليه أغلب الفقه - يرى أنه لا يشترط توفر قصد خاص في جريمة القتل العمد، وأنه يكفي في ذلك بالقصد العام، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن نية إزهاق روح المجني عليه (القصد الخاص) تدخل بطبيعتها ضمن عناصر القصد الجنائي العام، وأن القصد الخاص لا وجود له إلا بالإضافة إلى القصد العام، فنية إزهاق الروح هي القصد الجنائي العام نفسه الذي يتطلب اتجاه الإرادة إلى تحقيق

(٦٢) الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل، شرح قانون العقوبات المصري في جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٥٩م، رقم ٢٧، ص ١٥، د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة، القاهرة ١٩٥١م، ص ٤٤٠، د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٦٣) نقض ٧ مارس ١٩٩٣م، مجموعة أحكام النقض، طعن رقم ١١٤٩٣ لسنة ٦١ ق، ونقض ٣ من يناير ٢٠٠٦م، طعن رقم ٧١٩١٥ لسنة ٧٥ ق، ونقض ٢٠ أكتوبر ١٩٦٩م، س ١٠، رقم ٣١٦، ص ١١٠٢، ونقض ١٦ نوفمبر ١٩٦٤م، س ١٥، رقم ١٣٣، ص ٦٧٥، ونقض ١٢ يونيو ١٩٧٨م، س ٢٩، رقم ١١٥، ص ٥٩٨.

النتيجة الإجرامية المعاقب عليها في الجريمة، فإذا كان إزهاق روح المجني عليه هو النتيجة الإجرامية في جريمة القتل العمد، فإن اتجاه إرادة الجاني إليها هو القصد الجنائي العام نفسه، ولعل كل ميزة قضاء النقص - السابق - في اعتبار نية القتل قصداً خاصاً هو دعوة إلى تشدده في إثبات هذه النية^(٦٤).

المبحث الثاني

جريمة القتل العمد عن طريق نقل عدوى

فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)

إن جريمة القتل العمد - على نحو ما أسلفنا - يتعين لتوفرها قيام الركن المادي والركن المعنوي، كما يتعين لقيام المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل عمداً نتيجة نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، أن يتوفر الركنان المادي والمعنوي، وتطبيق ذلك على هذا السلوك الإجرامي، فجريمة القتل - كغيرها من الجرائم - لا يشترط لتحقيقها استخدام وسيلة معينة، وما يهم في ذلك هو حدوث النتيجة التي يسعى القانون لمنع حدوثها وهي إزهاق روح الإنسان، ومع ذلك فإن استخدام وسيلة معينة، كالجواهر السامة، قد يكون موضع اهتمام المشرع فيشدد عقوبة جريمة القتل لذلك، وسوف نقوم، في هذا المبحث، بتطبيق القواعد العامة التي ذكرناها سابقاً على جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

أركان جريمة القتل العمد عن طريق نقل الفيروس

جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد تتطلب توفر عناصر عدة هي: الشرط المفترض أو ما يعرف بمحل الجريمة، والركن المادي المكون من ثلاثة عناصر هي (السلوك الإجرامي، والنتيجة، وعلاقة السببية)، وأخيراً الركن المعنوي. وسوف نتناول كل عنصر بمزيد من الإيضاح من خلال الفروع الآتية:

(٦٤) للمزيد انظر: د. عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص ٤٩٩، د. رمسيس بهنام، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٨١٢، د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٦٧، د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٩٦، د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ٦٦١.

الفرع الأول

الشرط المفترض (محل جريمة نقل الفيروس)

تفترض جريمة القتل وقوعها على إنسان حي، طبقاً للقواعد العامة، فيتعين أن يكون المجني عليه وقت وقوع الاعتداء عليه إنساناً حياً، أما جريمة القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد فإنها بالإضافة إلى ذلك تشترط أن يكون الإنسان الحي (المجني عليه) خالياً من الفيروسات المعدية، أو بمعنى أدق ألا يكون حاملاً لمسببات أحد الأمراض المعدية القاتلة مسبقاً، وذلك وقت مباشرة الجاني سلوكه الإجرامي بنقل فيروس كورونا المستجد إليه، إذ لا يصح الاكتفاء بمجرد توفر الحياة في المجني عليه، فيجب فضلاً عن ذلك أن يكون سليماً وخالياً من الفيروسات المعدية المسببة للقتل^(٦٥).

واشترط وقوع الفعل على إنسان حي خال من الفيروسات أو الأمراض المعدية القاتلة يترتب عليه، إذا باشر الجاني نشاطه بنقل فيروس كورونا المستجد لقتل المجني عليه، ولكن ثبت أن هذا الأخير كان مصاباً قبل تأثره بهذا النشاط، فإن هذه الواقعة لا تعد قتلاً للاستحالة القانونية، إذ إنه مصاب بالفيروس قبل ذلك، وإن أمكن مساءلة الجاني عن شروع في قتل؛ لأن استحالة تحقق النتيجة خارج عن إرادة الجاني ولا يد له فيه، فالمجني عليه بطبيعة الحال مصاب بالعدوى، وانتقل إليه الفيروس قبل قيام الجاني بسلوكه الإجرامي، ويسأل الجاني عن هذا السلوك المقترن بنية القتل لديه وهو الشروع في القتل^(٦٦)، دون اعتداد بمدى حالة المجني عليه الصحية.

ويرجع في تحديد مدى سلامة المجني عليه وخلوه من الأمراض أو الفيروسات المعدية إلى الوقت الذي باشر فيه الجاني نشاطه بنقل فيروس كورونا المستجد إليه، وعلى ذلك فإنه يجب أن يكون خالياً من الفيروس في هذا الوقت، حتى ولو كان قد أصيب قبل ذلك وتم علاجه وشفى منه تماماً، فإذا ثبت سلامة المجني عليه وقت قيام الجاني بنقل الفيروس إليه ثم توفي بعد ذلك، توفرت المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل العمد في حق الجاني ووجب عقابه لذلك.

(٦٥) د. سعد صالح شكطي، جرائم نقل العدوى العمدية، دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٨، المجلد ٤، العدد ٢٩، السنة ٢٠١٦م - ١٤٣٧هـ، ص ٦.

(٦٦) د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م، ص ٤٩، د. السيد عتيق، المشاكل القانونية التي يثيرها مرض الإيدز، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠م، ص ١٧٦.

الفرع الثاني الركن المادي لجريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

الركن المادي لجريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، يتكون من ثلاثة عناصر: الأول السلوك الإجرامي المتمثل في الاعتداء على حياة إنسان خال من العدوى أو الفيروسات، عن طريق نقل عدوى فيروس كورونا المستجد إليه.

الثاني: النتيجة الإجرامية وهي وفاة المجني عليه.

الثالث: رابطة السببية بين السلوك والنتيجة.

وسوف نتناول كل عنصر على حده بمزيد من الإيضاح على النحو الآتي:

أولاً- السلوك الإجرامي:

يتحقق هذا النشاط الإجرامي بقيام الجاني بنقل عدوى فيروس كورونا المستجد إلى جسم إنسان حي خال من الفيروسات، ويشترط أن يكون خالياً من الفيروس وقت مباشرة الجاني نشاطه بنقل الفيروس إليه، سواء أكان حاملاً للفيروس قبل ذلك وتم شفاؤه أم لا، ولا يهم في نظر المشرع الوسيلة التي استخدمها الجاني لنقل هذا الفيروس، سواء تم ذلك عن طريق الحقن أم نقل الدم الملوث أم كان عن طريق السعال أم العطاس في وجه المجني عليه أم السلام عليه أم تقبيله، أم كان عن طريق تعمد الجاني استعمال أدوات أم ملابس أم مناشف معينة وتركها قصداً دون تنظيف أم تطهير لعلمه أن المجني عليه سوف يقوم باستعمالها فتنتقل إليه العدوى، إذ لا يشترط أن يلامس الجاني جسم المجني عليه، فيكفي أن يكون قد أعد الجاني الوسيلة المميتة وهياً أسبابها حتى لو بقي الموت بعد ذلك معلقاً على حكم الظروف مثل: وضع قنبلة في طريق المجني عليه فتكون المسؤولية عن القتل العمد، إذا مات المجني عليه نتيجة انفجار هذه القنبلة، أما إذا لم تتحقق النتيجة التي قصدها الجاني لأسباب خارجة عن إرادته، فإن مسؤوليته تقف عند حد الشروع في القتل.

وعلى ذلك فإن الجاني إذا قام بوضع لعابه المصاب بفيروس كورونا المستجد على مفاتيح المصعد، كونه شاهد المجني عليه قادماً إلى المصعد، فقام المجني عليه بالضغط على المفاتيح المعين مما أدى إلى إصابته بالفيروس، فإن الجاني يسأل عن نتيجة ذلك.

ويختلف الحال، إذا قام المجني عليه باستخدام عازل قبل لمس المفاتيح مما حال دون إصابته فلم تتحقق النتيجة التي قصدها الجاني؛ فإن مسؤوليته تقف عند حد الشروع في القتل.

ويشترط لقيام المسؤولية الجنائية عن هذا السلوك، أن يكون الجاني على علم بأنه حامل لهذا الفيروس وأنه تعمد القيام بهذا السلوك لإصابة الغير به؛ قاصداً قتله.

ولا يشترط أن يكون قاصداً نقل الفيروس إلى إنسان بعينه، وسواء قصد إنساناً محدداً أم مجموعة من الناس لا يعرفهم بذواتهم، كمن يسير بين التجمعات البشرية في الأسواق أو في الشوارع العامة وهو على دراية بأنه ينقل إليهم فيروس كورونا ثم يصاب به مجموعة منهم، فإنه يسأل في هذه الحالة عن نتيجة فعله.

كما لا يشترط لقيام المسؤولية الجنائية توفر صفة معينة في الجاني، سواء أكان طبيباً أم ممرضاً أم غير ذلك من الأشخاص الذين لا يحملون هذه الصفة.

ويلاحظ أن النشاط الإجرامي في جريمة نقل فيروس كورونا المستجد؛ نشاط إيجابي يتحقق بالفعل أو ممارسة الجاني لأفعال تؤدي إلى نقل هذا الفيروس.

والسؤال الذي يثور في هذه الحالة: هل يمكن أن يتحقق هذا السلوك بطريق سلبي أو بطريق الامتناع؟

سبق لنا القول، إن جريمة القتل يمكن أن تقع بطريق الامتناع ولكن يشترط أن يكون هناك التزام قانوني على الممتنع، وبتطبيق ذلك على جريمة القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد يتضح أن الامتناع يتحقق في شأن الملتزم قانوناً بمنع نقل هذا الفيروس إلى الآخرين، ومثال ذلك الأم التي ترى طفلها ممسكاً بمنديل أو قطعة قماش استعملها شخص مصاب بفيروس كورونا وهي تعلم ذلك فتعمدت ترك الطفل حتى يصاب بالفيروس، انتقاماً من والده الذي طلقها أو اقترن بامرأة غيرها، وكذلك الطبيب الذي يترك جهاز التنفس الاصطناعي دون تعقيم بعد استعماله من شخص مصاب بفيروس كورونا، قاصداً نقل هذا الفيروس إلى شخص آخر.

ففي مثل هذه الحالات يسأل الجاني عن النتيجة الإجرامية لامتناعه عن القيام بعمل يوجبه عليه القانون مما نتج عنه نقل الفيروس إلى المجني عليه وأدى ذلك إلى وفاته.

ثانياً - النتيجة الإجرامية:

يتعين لوقوع جريمة القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد أن يؤدي النشاط الإجرامي الذي قام به الجاني إلى وفاة المجني عليه، سواء حدثت هذه النتيجة على

الفور أم تراخت إلى وقت لاحق، وهذه الوفاة هي النتيجة المعتمدة في القانون لقيام المسؤولية الجنائية عن جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد.

أما إذا لم تحدث الوفاة، بالرغم من قيام الجاني قصداً بإفراغ نشاطه الإجرامي بنقل الفيروس إلى المجني عليه، فإن الواقعة تعد شروعاً في قتل، إذا كان السبب خارجاً عن إرادة الجاني، كأن يكون قد تم الإسراع في علاج المجني عليه، أو تم حقنه باللقاح أو المصل المضاد للفيروس، أو حقنه بالبلازما الدم من شخص متعاف، فأحدث أثره في شفاء المجني عليه أو غير ذلك من الأمور التي لا دخل للجاني في إحداثها، فإنه يسأل في هذه الحالة عن جريمة شروع في القتل العمد.

■ الشروع في جريمة القتل العمد عن طريق نقل عدوى فيروس كورونا المستجد:

سبق القول إن الشروع في الجريمة هو: البدء في تنفيذ الفعل بقصد ارتكاب جنائية أو جناحة إلا أنه يوقف أو يخيب أثره لسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه، وعلى ذلك فإن الشروع له ثلاث صور يمكن تحقيقها في نطاق جريمة الشروع في القتل عن طريق نقل عدوى فيروس كورونا المستجد:

- الصورة الأولى: الجريمة الموقوفة (الشروع الناقص):

وهي الجريمة التي يبدأ الجاني في تنفيذ فعله الإجرامي لكن هذا التنفيذ لا يتم، وإنما تتوقف خطواته فلا تقع النتيجة بالتالي^(٦٧)، وهذا معناه أنه شروع ناقص يتميز بعدم حدوث النتيجة وكذلك عدم تمام النشاط أو الفعل المكون لها، ومثال ذلك أن يقوم الجاني بوضع لعبه على مفاتيح المصعد الكهربائي الذي يستقله المجني عليه بغرض نقل الفيروس إليه عند ملامسته له، إلا أن المجني عليه يقوم برش مادة مطهرة على المفاتيح قبل لمسها فيموت الفيروس، إذ إنه قد ثبت علمياً أن موته محقق عند نسبة كحول ٧٠%، أو أن يستعمل الجاني عازل قبل الضغط على مفاتيح المصعد الملوثة فلا ينتقل الفيروس إليه أصلاً^(٦٨) أو أن يتم ضبط الجاني وهو يقوم بإنزال لعبه على مفاتيح المصعد أو المنديل أو المناشف التي يستعملها المجني عليه عادة.

- الصورة الثانية: الجريمة الخائبة (الشروع التام):

وفي هذه الصورة لا يبدأ الجاني فقط في تنفيذ فعله الجرمي، وإنما يفرغ منه كذلك، فهو قد استنفذ كل ما لديه من نشاط إجرامي لبلوغ النتيجة، لكن هذه النتيجة لم تتحقق

(٦٧) للمزيد انظر: د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية ٢٠١٠م، ص ١٥٣.

(٦٨) د. محمود عمر محمود، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل عدوى فيروس كورونا المستجد،

بحث منشور على الإنترنت، ص ١١.

بالرغم من كونها كانت ممكنة الوقوع، وعدم تحققها يرجع لسبب خارج عن إرادة الجاني، مثال ذلك أن ينتقل الفيروس إلى المجني عليه، إلا أنه قد تم إسعافه طبياً عن طريق دواء معين أو أجهزة تنفس اصطناعية، أو أن يصل العلم إلى لقاح أو مصل مضاد لفيروس كورونا المستجد فيتناوله المجني عليه، فيبطل أثر الفيروس في جسمه ويشفى منه.

- الصورة الثالثة: الجريمة المستحيلة:

تتفق الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة في أن الجاني قد استنفذ كل ما في وسعه من نشاط إجرامي، وكذلك في عدم تحقق النتيجة، لكن الفارق بينهما أن أسباب خيبة الأثر في الجريمة المستحيلة كانت قائمة وقت اقتراف الفعل على نحو أكيد ولكن الجاني يجهل ذلك، وعدم تحقق النتيجة في الجريمة المستحيلة، قد يرجع إلى عدم صلاحية الوسيلة أو لعدم توفر موضوعها، كأن يكون الجاني مصاباً بمرض بكتيري ويظن أنه مصاب بفيروس كورونا المستجد ثم يقوم بوضع لعابه على جسم المجني عليه أو الأدوات التي يستعملها، أو أن يكون قد قام بنقل الفيروس إلى شخص مصاب به قبل ذلك، وقد اكتسب مناعة مضادة لفيروس كورونا المستجد، وبالرغم من هذه الاستحالة إلا أن الجاني يسأل عن جريمة شروع في قتل.

ثالثاً- علاقة السببية بين نقل الفيروس والوفاة:

لا يكفي أن يقع سلوك إجرامي من الجاني يتمثل في نقل فيروس كورونا المستجد إلى المجني عليه وأن تحصل الوفاة نتيجة لذلك، بل يلزم فضلاً عن ذلك أن تنتسب هذه النتيجة إلى ذلك السلوك، أي أن يكون بينهما علاقة سببية، فالسببية هي الرابطة المادية بين السلوك الإجرامي الذي يمثل دور السبب، وبين النتيجة الإجرامية، وتمثل دور الأثر المترتب على هذا السبب، فهي ذات كيان قانوني مستقل يقتصر دورها على نسبة النتيجة الإجرامية، من الناحية المادية، إلى السلوك الإجرامي الصادر عن الجاني باعتباره سبباً لها، ليتسنى لنا تحديد مسؤليته الجنائية عن هذه النتيجة.

وتبدو أهمية علاقة السببية على وجه الخصوص في جرائم القتل، باعتبارها أكثر الجرائم إثارة لمشكلة السببية، ففي جريمة القتل العمد بنقل فيروس كورونا المستجد، يجب أن تسند الوفاة إلى فعل الجاني وإلا أخذ الفعل وصفاً آخر من الناحية الجنائية. ولا تثير علاقة السببية بين فعل الجاني وهو نقل الفيروس إلى المجني عليه وبين النتيجة وهي الوفاة أية صعوبة، إذا كان السلوك الإجرامي هو السبب الوحيد في إحداث النتيجة، وتوصف السببية في هذه الحالة بالسببية المباشرة، فالسلوك الإجرامي

وهو نقل الفيروس كان السبب الوحيد لإحداث الوفاة، سواء حدثت حالاً أو تطلب الأمر وقتاً طويلاً، طالما لم تتدخل عوامل أخرى لإحداثها. ولكن يحدث في بعض الأحيان أن تتداخل عوامل أخرى مع السلوك الإجرامي لإحداث تلك النتيجة، مما يصعب معه القول بأن سلوك الجاني المتمثل في نقل فيروس كورونا، كان هو السبب في حدوث ذلك.

هذه العوامل قد تكون سابقة على نقل الفيروس للمجني عليه كضعف صحته أو إصابته بمرض سابق في الجهاز التنفسي أو الرئتين أو أن يكون مصاباً بالسرطان أو غير ذلك جعله لا يتحمل الاعتداء الحاصل بنقل فيروس كورونا إليه، وقد تكون هذه العوامل معاصرة لنقل الفيروس كمن يباشر النشاط الإجرامي بنقل الفيروس ثم يأتي شخص آخر، ويجهز على المجني عليه أو يمنعه من الوصول إلى المستشفى لتلقي العلاج، وقد تكون تلك العوامل متأخرة على سلوك الجاني كإهمال المجني عليه العلاج، أو إهمال الطبيب في علاجه مما أدى إلى حدوث الوفاة.

وقد ترقى هذه العوامل إلى كونها غير مألوفة وفق المجرى العادي للأمر كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، كأنهيار المستشفى الذي يعالج فيه المصاب بالفيروس أو حدوث حريق في الجناح الذي يعالج فيه مما أدى إلى وفاته.

فهذه العوامل المختلفة التي أسهمت في حدوث الوفاة، من بينها سلوك الجاني، ليست كلها على درجة واحدة من الفاعلية مما يجعل تحديد صلة السببية أمراً غير يسير، فهل يسأل الجاني عن هذه النتائج أم أن مسؤوليته تقف عند حد معين؟

■ تحديد معيار علاقة السببية في جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد:

سبق لنا القول إن تحديد معيار علاقة السببية غير واضح من قبل المشرع المصري، فهو لم يضع معياراً يمكن الاستناد إليه لتقرير ذلك، مما دفع الفقه الجنائي والقضاء للاجتهاد في ذلك، وقد خلص هذا الاجتهاد لترجيح نظرية السببية الملائمة أو الكافية.

وتقضي هذه النظرية أنه عند تعدد العوامل التي أدت إلى إحداث النتيجة ينبغي أن نعتد فقط بالعامل الذي ينطوي في ذاته وعند اتخاذه على احتمال ترتب النتيجة عليه تبعاً للمألوف في المجرى العادي للأمر، ولو تضافرت مع هذا العامل في إحداث النتيجة عوامل أخرى سابقة عليه أو متعاصرة معه أو لاحقة له، ما دامت هذه العوامل مألوفة ومنتوقعة وفق ما تجري به تجربة الحياة^(٦٩).

(٦٩) للمزيد انظر: د. محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص ١٢٦.

وعلى هذا الأساس يكون نقل الفيروس سبباً في الوفاة، ما دام هذا الفعل ينطوي في ذاته، وعند اتخاذه على احتمال ترتبها عليه تبعاً للمألوف في المجرى العادي للأمر، ولا يعتد بالعوامل الأخرى التي أسهمت في إحداث النتيجة، إذا كانت مألوفة ومتوقعة وفق المجرى العادي للأمر، بينما تنقطع هذه الرابطة، إذا كانت تلك الظروف شاذة غير متوقعة.

وتحديد إمكانية تحقيق النتيجة (الوفاة) يكون بالنظر إلى السلوك الإجرامي (نقل فيروس كورونا المستجد) بصرف النظر عن النتيجة، فإذا كان من شأن نقل الفيروس أن يحقق مثل هذه النتيجة وفقاً للسير العادي للأمر، فإنه يعد سبباً كافياً أو ملائماً للنتيجة التي حدثت.

وينبغي النظر إلى سلوك الجاني المتمثل في نقل الفيروس إلى المجني عليه، في ضوء ما اقترن به من عوامل وظروف سواء كانت سابقة أم معاصرة أم لاحقة على السلوك الإجرامي.

فإذا كان السلوك الإجرامي مقترناً بهذه العوامل من شأنه أن يحقق النتيجة التي حدثت وفق المجرى العادي للأمر، فإن الجاني يسأل عن النتيجة، بالرغم من إسهام تلك الظروف والعوامل في إحداث النتيجة؛ لأن وقوع النتيجة في مثل هذه الظروف يعد أمراً مألوفاً، ومن أمثلة العوامل المألوفة كون المجني عليه مصاباً بمرض سابق كالسرطان أو الفشل الكلوي أو غير ذلك من الأمراض، أو إهمال المجني عليه في علاج نفسه، بعد إصابته بالفيروس، إهمالاً ينتظر عادة ممن كان في مثل ظروفه، أو حدوث خطأ يسير من الطبيب المعالج^(٧٠).

ومن أمثلة العوامل الشاذة أو غير المألوفة، اصطدام سيارة الإسعاف التي تنقل المصاب بالفيروس، أو احتراق المستشفى التي نقل إليها، أو الخطأ الفاحش من الطبيب المعالج، ففي مثل هذه الحالات تقف مسؤولية الجاني عند حد السلوك المرتكب منه فقط ولا يسأل عن النتيجة (الوفاة)، وإنما يتحملها ذلك العامل الشاذ وحده^(٧١).

(٧٠) د. محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص ٥٨٠. ولا يؤثر في ذلك قيام مسؤولية الطبيب عن الخطأ اليسير أو عدم قيامه.

(٧١) انظر في تفصيل ذلك: د. مأمون محمد سلامة، القسم العام، منشورات جامعة القاهرة، ١٩٩٠م، ص ١٥٥ وما بعدها، د. أحمد فتحي سرور، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩م، ص ٤٨٠ وما بعدها، ومؤلفه في القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٦٨٦، ٦٨٧.



المطلب الثاني

الركن المعنوي لجريمة القتل العمد

عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

إن جريمة القتل العمد تستلزم - بجانب توفر الركن المادي - توفر الركن المعنوي الذي يتمثل في القصد الجنائي بعنصريه، العلم والإرادة، فيتعين إسناد النشاط المادي المتمثل في نقل فيروس كورونا المستجد، إسناداً معنوياً إلى الجاني وهو ما يعرف بالقصد الجنائي العام، كما يلزم بالإضافة لذلك توفر القصد الخاص الذي يتمثل في أن يكون لدى الجاني نية محددة هي إرادة إزهاق روح المجني عليه دون غيره من النتائج، وسوف نزيد الأمر إيضاحاً من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

عنصر الإرادة

يتعين لتوفر القصد الجنائي، أن تتجه إرادة الجاني إلى الاعتداء على إنسان حي بنقل فيروس كورونا المستجد إليه، وكذلك إرادة النتيجة وهي القتل عن طريق ذلك. ويجب أن يتوفر العنصران في الإرادة لدى الجاني: إرادة الفعل وإرادة النتيجة، حتى يمكن إسناد النشاط الإجرامي إليه ومساءلته جنائياً عن جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد، كما يتعين أن تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من العيوب التي تلحقها كنقص الأهلية كونه الجاني صغير السن غير مميز أو به آفة عقلية كالجنون، أو الإكراه بنوعيه، فإذا قام شخص بإكراه الجاني للقيام بنقل الفيروس إلى إنسان غير مصاب، وثبت ذلك، انتفت المسؤولية الجنائية لوجود عيب أثر في هذه الإرادة في حالة الإكراه المادي كوضع سكين على رقبتة للقيام بحقن المجني عليه بمادة تحتوي على الفيروس، أو إجباره على إسالة لعابه المحمل بالفيروس على أدوات يستخدمها عادة المجني عليه.

أما في حالة الإكراه المعنوي، فإن الرأي الغالب في الفقه يرى أن الإرادة لا تنعدم، ومن ثم فإن المسؤولية الجنائية تنتقص في هذه الحالة تبعاً لذلك، كمن يقوم بتهديد شخص بقتل ابنه أو حرق منزله، إن لم ينقل الفيروس إلى الشخص المراد أو إلى أشخاص غير معينين، فهذا التهديد وإن أبطل الإرادة إلا أنه لم يعدمها، إذ بمقدور ناقل الفيروس أن يلجأ إلى السلطات العامة لمنع هذا التهديد.

وفي تقديري أنه ينبغي بحث كل حالة على حده للقول بقيام التهديد، وأثره في توفر الإكراه المعنوي من عدمه.

وعلى ذلك، فإن الجاني في جريمة القتل عن طريق نقل عدوى فيروس كورونا المستجد لا بد أن تتجه إرادته إلى إثبات السلوك الإجرامي وهو الاعتداء على حياة المجني عليه بنقل الفيروس، كما يلزم أن تتجه إرادته كذلك إلى تحقيق النتيجة الإجرامية (وهي إزهاق روح المجني عليه)، فلا يسأل الجاني، إذا كان نقله للفيروس قد تم تحت ضغط أو إكراه أو كان ناقص الأهلية الجنائية كصغير السن غير المميز، أو فاقد الأهلية لإصابته بأفة عقلية كالجنون، فإرادة الجاني يجب أن تكون حرة واعية خالية من العيوب التي يمكن أن تلحقها.

الفرع الثاني العلم

يراد بالعلم أن يكون الجاني عالماً بأركان الجريمة وعناصر كل ركن، فيجب أن يكون عالماً بأنه يوجه سلوكه الإجرامي ضد إنسان حي خال من الفيروسات. ونرى أن العلم بموضوع الجريمة أو محلها في جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد، أن يكون الجاني عالماً بأنه يحمل الفيروس وأن تحليل عينة الدم أو اللعاب الخاص به (إجراء المسحة) كان إيجابياً، ولا يكتفى في ذلك بظهور بعض الأعراض لديه كارتفاع درجة الحرارة أو السعال؛ لأن ذلك من الأعراض المتشابهة مع أعراض أمراض أخرى، وغير جازمة في أنه مصاب بفيروس كورونا المستجد. كما يجب أن يعلم أن سلوكه الذي قام به عمداً يترتب عليه نقل العدوى للمجني عليه، وأن من شأن ذلك أن يشكل خطورة إجرامية على حياة المجني عليه. وعلى ذلك، إذا كان الجاني يجهل أنه مصاب بفيروس كورونا المستجد، ثم قام بتقبيل شخص آخر للترحيب به أو استخدم مواد يستخدمها آخرون وهو غير عالم بإصابته، فإن ذلك مما ينفي العلم لديه ومن ثم تنتفي المسؤولية الجنائية تبعاً لذلك، كما لا يتوفر عنصر العلم، إذا كان حامل الفيروس يجهل انتقاله عن طريق اللمس أو الشم أو التقبيل فقام بالسلام على آخر أو تقبيله للترحيب به دون أن يكون قاصداً نقل الفيروس إليه؛ لأن ذلك مما يؤثر على توفر القصد الجنائي لديه. ويجب أن يعلم الجاني بأن من شأن فعله أن يتسبب في وفاة المجني عليه، أو بمعنى آخر عليه أن يتوقع حدوث النتيجة المترتبة على نقله فيروس كورونا للآخرين، فإذا كان يجهل ذلك أو ثبت أنه على غير علم بهذه النتيجة، فلا يسأل عن جريمة القتل العمد.

ولا يشترط أن يتوقع وفاة شخص بعينه، إذ يسأل عن النتيجة التي حدثت ولو كان يجهل حقيقة هؤلاء الأشخاص، فما يهم في نظر المشرع أن يكون الجاني على علم بأن من شأن فعله حدوث النتيجة المقصودة.

الفرع الثالث

ضرورة توفر القصد الخاص

سبق القول؛ إن قضاء محكمة النقض المصرية والمحكمة العليا العمانية، يستلزم توفر القصد الخاص في جريمة القتل العمد، خلافاً للفقهاء الجنائي المنقسم بشأن هذه المسألة.

وفي تقديري أنه يستلزم توفر القصد الجنائي الخاص في جريمة القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، وذلك بأن تتجه إرادة الجاني إلى غاية معينة وهي نية إزهاق روح المجني عليه^(٧٢).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لما كانت جناية القتل العمد تتميز في القانون عن غيرها من جرائم التعدي على النفس بعنصر خاص هو انتواء الجاني وهو يرتكب الفعل الجنائي إزهاق روح المجني عليه ولما كان هذا العنصر ذا طابع خاص يختلف عن القصد الجنائي العام الذي يتطلبه القانون في سائر الجرائم لذا كان من الواجب أن يعني الحكم القاضي بإدانة متهم في هذه الجناية عناية خاصة باستظهار هذا العنصر وإيراد الأدلة التي تثبت توفره"^(٧٣).

وبناء على ذلك، فلا يكفي في جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد أن يقوم الجاني بنقل الفيروس للمجني عليه غير المصاب به وهو عالم بأن من شأن فعله هذا قتل المجني عليه، بل يلزم فوق ذلك أن ينتوي إزهاق روح المجني عليه دون غيرها من النتائج، وهذه النية الخاصة هي التي تميز جريمة القتل عن غيرها من الجرائم المتشابهة معها في النشاط الإجرامي كالضرب المفضي إلى الموت.

(٧٢) يتفق معنا في ذلك: د. محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص ١٧، وفي الفقه العام: محمود إبراهيم اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٥، د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٦٦، د. محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٧٣) نقض مصري، طعن رقم ٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٦١م، وطعن رقم ٩٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٥ مارس ١٩٧٣م، ونقض ٢٤ فبراير ١٩٧٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥، رقم ٣٩، ص ١٨٠، ونقض ١٠ يناير ١٩٧٧م، س ٢٨، رقم ١٢، ص ٥٧.

الفرع الرابع

مدى توفر صور القصد الجنائي

في جريمة القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

يتعين لاكتمال القصد الجنائي وتأثيره على جريمة القتل عن طريق نقل عدوى فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، أن نقوم ببيان صورته التي ذكرناها في القواعد العامة من دراستنا وهي: القصد المباشر وغير المباشر، والقصد المحدود وغير المحدود، وذلك فيما يأتي:

أولاً- القصد المباشر والقصد غير المباشر:

يعد القصد مباشراً، إذا اتجهت إرادة الجاني مباشرة إلى تحقيق نتيجة معينة مستندة في ذلك إلى العلم اليقيني بتوفر عناصر الجريمة وإرادتها، وعلى هذا فإن القصد يعد مباشراً، إذا قام الجاني بنقل فيروس كورونا المستجد للمجني عليه عن طريق العطاس أو السعال في وجهه مباشرة أو إنزال لعابه على جسم المجني عليه أو الأدوات التي يستعملها أو الماء أو الطعام الذي يتناوله.

أما القصد غير المباشر "الاحتمالي" فهو أن تنتج إرادة الجاني إلى تحقيق نتيجة إجرامية مؤكدة مع توقع حدوث نتائج أخرى ممكنة ومحتملة يتقبلها الجاني ويرضى بها، ويتحقق ذلك في جريمة القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد بأن يكون الجاني قد قصد نشر فيروس كورونا وتحويله إلى وباء عام، حتى يجهد السلطات الصحية وغيرها داخل الدولة في مكافحته أو منع انتشاره، فتتكبد مبالغ طائلة لعلاج المصابين أو في اكتشاف اللقاح المضاد لذلك، وذلك كله بغرض صرف الدولة عن خطر خارجي يتهدها، أو نزاع إقليمي معين، أو الرضوخ لاتفاقية معينة يقصدها من وراء هذا العمل، لكنه يتوقع من فعله هذا موت عدد من الأشخاص، ويقبل ذلك فهنا تتحقق مسؤوليته عن جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد.

ولا يقبل من الجاني التعلل بأن قصده كان بعيداً عن نية القتل، أو أنه كان ينتوي من وراء فعله هذا غرضاً آخر غير جريمة القتل العمد؛ لأن حدوث القتل من النتائج المتوقعة لنقل فيروس كورونا المستجد، وهو يعلم ذلك وقبل به فكأنه يريد تحقيق هذه النتيجة.

ثانياً- القصد المحدود والقصد غير المحدود:

يعد القصد الجنائي محدوداً، إذا اتجهت إرادة الفاعل إلى تحقيق نتيجة معينة بالذات سواء تعدى نشاطه هذه النتيجة إلى أخرى غير مقصودة أم وقف عندها، وعلى ذلك يتوفر هذا القصد إذا قام الجاني بتقبيل المجني عليه أو العطاس أو السعال في

وجهه مباشرة مما ترك أثر لعبه على جسده وأصابه بفيروس كورونا وترتب على ذلك وفاته، فمحدودية القصد هنا؛ لأن الجاني قد قصد قتل شخص بعينه ووجه إليه نشاطه الإجرامي.

أما إذا كان الجاني قد قام بالنشاط الإجرامي دون تعيين لشخص أو أشخاص محددين، فإن هذا القصد يعد غير محدد ويسأل عن النتيجة الإجرامية التي أفضى إليها، كمن يقوم بنقل الفيروس في مورد للمياه يشرب منه الناس، أو يترك لعبه الملوثة بالفيروس على مقابض الأبواب أو عربات التسوق في الأماكن العامة أو على مفاتيح المصاعد الكهربائية في الجهات الحكومية أو الخاصة التي يستعملها عدد غير محدود من الناس، دون أن يكون قاصداً قتل شخص بعينه منهم، فإنه يسأل في هذه الحالة عن جريمة القتل العمد.

الفرع الخامس

أثر الغلط في شخصية المجني عليه (موضوع النتيجة)

الغلط في شخصية المجني عليه في جريمة القتل عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد لا يؤثر في قيام المسؤولية الجنائية عن هذا الفعل، ويتحقق ذلك إذا كان الجاني يستهدف شخصاً معيناً بالذات لكي تقع عليه النتيجة الإجرامية كأثر لسلوكه، إلا أن هذه النتيجة قد وقعت على آخر غير الشخص المقصود، فهذا الغلط غير جوهري؛ لأنه انصب على واقعة لا يتطلب القانون العلم بها، إذ إن تحقق النتيجة في موضوع معين ليس من عناصر الجريمة، فالنتيجة لها القيمة القانونية ذاتها أيأ كان موضوعها، فالمشرع يحددها تحديداً مجرداً ويرى فيها مجرد الاعتداء على الحق دون أن يعنيه الموضوع الذي تصادف أنها تحققت فيه.

فالمشرع يحمي الحق في الحياة ويقدر جدارة كل حي به فيعاقب على الاعتداء عليه أيأ كان الشخص الذي ناله، فيستوي لديه كون المجني عليه شخصاً معيناً أو شخصاً آخر، وقد أشار لذلك المشرع العماني صراحة من خلال نص الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من قانون الجزاء، بقوله: "ويتوفر العمد باتجاه إرادة الجاني.... وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أي نتيجة أخرى مجرمة قانوناً يكون الجاني قد توقعها وقبل المخاطرة بها".

ووفقاً لما تقدم، إذا قام الجاني بوضع لعبه على مقبض باب أحد الأشخاص بغية نقل العدوى إليه فتصادف وجود شخص آخر قام بوضع يده على المقبض، فانتقلت إليه العدوى فمات، أو إذا قام الجاني بنقل الفيروس إلى شخص معتقداً أنه المقصود

فتبين أنه شخص آخر فانتقلت إليه العدوى فمات نتيجة لذلك، فإن الجاني يسأل عن النتيجة الإجرامية وهي القتل العمد، بصرف النظر عن شخصية المجني عليه موضوع تلك النتيجة، لأن المشرع لا يفرق بين الأشخاص وبعضهم البعض في حدوث النتيجة، فالحماية الجنائية للحق في الحياة تشمل جميع الأفراد دون النظر إلى ذواتهم.

المطلب الثالث

العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

استعرضنا في المبحث التمهيدي من هذه الدراسة، مدى حدوث حالات الوفاة بسبب الإصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، وذكرنا أن الواقع الحالي يشهد بذلك والأرقام التي تطالعنا بها منظمة الصحة العالمية ووكالات الأنباء ووزارة الصحة المحلية في شتى بقاع الأرض، تؤكد أن هناك حالات وفاة أكثر بسبب فيروس كورونا المستجد، وقد وصلت نسبة الوفيات ما بين ٦% إلى ١٠% من حالات الإصابة بالمرض في بعض الدول، ولذا فإن الوفاة تعد نتيجة مترتبة على الإصابة بالعدوى، أو بمعنى أدق، فإن فيروس كورونا المستجد يعد من الوسائل التي تتسبب في إحداث الوفاة، ومن ثم فإن الجاني يستحق العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد التي نص عليها المشرع في قانون العقوبات.

وسوف نتناول العقوبة المقررة للجريمة، ثم العقاب المقرر للشروع في جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، وذلك في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول

العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

إن جريمة القتل العمد في صورتها البسيطة، من غير أن تقترن بظرف مشدد، تستوجب عقوبة السجن المؤبد أو المشدد وفقاً للمادة ١/٢٣٤ من قانون العقوبات المصري^(٧٤).

(٧٤) تنص المادة ١/٢٣٤ عقوبات على أنه: "من قتل نفساً عمداً من غير سبق إصرار أو ترصد يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد...".

كما قرر لها المشرع العماني عقوبة السجن المطلق من خلال الفقرة الأولى من المادة ٣٠١ من قانون الجزاء^(٧٥).

وقد غلظ المشرعان المصري والعُماني عقوبة القتل العمد في أحوال معينة، فنص المشرع المصري على تشديد عقوبة القتل العمد في الحالات الست الآتية:

أولاً- من حيث نية الجاني: ١- سبق الإصرار ٢- التردد.

ثانياً- من حيث الوسيلة: استعمال السم في القتل.

ثالثاً- من حيث ظروف الجريمة: ١- اقتران القتل بجناية ٢- ارتباط القتل بجنحة.

رابعاً- من حيث صفة المجني عليه: ارتكاب القتل على جريح حرب^(٧٦).

وقد سبق لنا التعرض لتشديد عقوبة القتل العمد عن طريق استعمال السم، وعد ذلك ظرفاً مشدداً من خلال المبحث الأول من هذا الفصل، لكن السؤال الذي يثور الآن عن مدى اعتبار القتل بنقل فيروس كورونا المستجد قتلاً باستعمال مادة سامة، وهو ما يتطلب التعرض لبيان ماهية المادة السامة التي تعتبر عنصراً جوهرياً في الركن المادي ينبغي التحقق منه؟ وذلك على النحو الآتي:

أولاً- المراد بالسم: يراد بالسم أو الجواهر التي يتسبب عنها الموت عاجلاً أو آجلاً، كما عبرت عنه المادة ٢٣٣ عقوبات، المواد التي تؤثر في أجهزة الجسم فتؤدي إلى الوفاة، وقد تكون هذه المواد سامة بطبيعتها، وعندئذ يستوي أن تكون من السموم الحيوانية أو العضوية أو المعدنية.

وتعد المادة سامة متى أدت إلى الموت عن طريق التفاعل الكيميائي وذلك بإتلاف نوايا بعض الخلايا الحيوية في الجسم أو شل بعض الأعصاب، وذلك على عكس

(٧٥) تنص المادة ٣٠١ جزاء على أنه: "يعاقب بالسجن المطلق كل من قتل إنساناً عمداً...".

(٧٦) نص المشرع العُماني على جانب من هذه الحالات وزاد عليها، وذلك بمقتضى نص المادة

٣٠٢ من قانون الجزاء التي تنص على أنه: "يعاقب بالإعدام، إذا توفرت في واقعة القتل العمد إحدى الحالات الآتية:

أ- سبق الإصرار أو التردد.

ب- إذا وقع القتل على أحد أصول الجاني.

ج- إذا وقع القتل باستعمال التعذيب أو مادة سامة أو متفجرة.

د- إذا كان القتل تمهيداً لجناية أو جنحة أو مقترناً أو مرتبطاً بهما.

هـ- إذا وقع القتل على موظف عام في أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته.

و- لسبب دنيء.

ز- على شخصين أو أكثر."

تلك التي تؤدي إلى الوفاة عن طريق تمزيق الأنسجة وتحطيم الوحدة الطبيعية لجهاز حيوي في الجسم، فلا يعد الموت هنا نتيجة استعمال مادة سامة^(٧٧).

ويمكن القول إن تحديد طبيعة المادة المستعملة في القتل سامة أو غير سامة من المسائل الفنية التي يستعين القاضي للبت فيها برأي أهل الخبرة، ورأي الخبير هنا استشاري باعتبار قاضي الواقعة هو وحده الذي يملك تحديد تلك الطبيعة دون رقابة من محكمة النقض ما دام قد أقام حكمه على دلائل وأسباب سائغة تؤدي إلى ما انتهى إليه من نتيجة^(٧٨)، ودون أن يتوقف على ما يحدده قانون مزاوله مهنة الصيدلة. على أنه لا يشترط لتوفر الظرف المشدد أن تكون المادة المعطاة سماً بطبيعتها، إذ العبرة بما يترتب على إعطاء المادة في ظروف معينة لا بالطبيعة السامة التي تكمن فيها^(٧٩)، مثل مزج مادتين غير سامتين يترتب على تفاعلها إحداث مادة سامة^(٨٠)، على أنه في هذه الحالة يجب أن يثبت أن هذه المادة غير السامة قد أدت إلى الوفاة بالتسمم نظراً إلى الظروف التي أعطيت فيها، إذ لا يكفي لتوفر الظرف المشدد أن تكون المواد قاتلة بغير طريق التسمم.

ويلحق بعض الشراح بالمواد السامة استعمال مادة قد تؤدي إلى القتل أحياناً ولو لم تكن سماً من الوجهة الفنية كحقن المجني عليه بميكروبات الدفتيريا أو التيتانوس^(٨١).

وتوصف المادة بأنها سامة حين يكون من شأنها إحداث الوفاة بأن يكون من طبيعتها إنتاج هذا الأثر، ولو كان لا يترتب عليها إلا إذا أعطيت بكمية كبيرة، ومفاد ذلك أنه لا يمنع من اعتبار المادة سامة إعطاؤها بكمية صغيرة لا تحدث الوفاة، متى

(٧٧) د. محمود نجيب حسني، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٨٧، د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٥٤٥.

(٧٨) د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ١٢٦، د. رمسيس بهنام، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٨٣٥.

(٧٩) تدل على ذلك عبارة نص المادة ٢٣٣ عقوبات، التي قالت: يتسبب عنها الموت؛ ولم نقل: من شأنها إحداث الوفاة.

(٨٠) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦، ص ٢٦٢.

(٨١) للمزيد في عرض هذا الرأي: د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٩٩.

كان من طبيعتها أو خصائصها الذاتية أن تسبب الموت كسلفات النحاس أو الزرنيخ أو الزئبق^(٨٢).

ولا تهم وسيلة استعمال المادة السامة، فقد توضع في طعام أو شراب، وقد يحقن بها المجني عليه مرة واحدة أو على مرات.

ثانياً - مدى اعتبار فيروس كورونا المستجد من المواد السامة:

استعرضنا في المطلب الرابع من المبحث التمهيدي لهذه الدراسة، آراء أهل الاختصاص في مدى اعتبار فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) من المواد السامة، أو بمعنى أدق من المواد الملحقة بالمواد السامة في التأثير والنتيجة التي تحدث في جسم المجني عليه، ومدى إتلافها لبعض أنواع الخلايا التي تصيبها، فهناك من يرى أن تأثير فيروس كورونا المستجد يشبه تأثير المواد السامة في إتلافه لبعض أنواع الخلايا خاصة المتعلقة بالبروتين، وكذلك خلايا الدم وغيرها. وهناك من يرى، من أهل الاختصاص، خلاف ذلك، وأن فيروس كورونا يعد من قبيل الجراثيم في تأثيره على بعض خلايا الجسم، وليس من قبيل المواد السامة، وقد استعرضنا كلا الرأيين سابقاً.

أما بالنسبة إلى الفقه الجنائي، فهناك من يرى أن الميكروبات من بكتيريا وفيروسات قاتلة تدخل في مفهوم المواد السامة^(٨٣).

كما ذهب البعض إلى أن فيروس كورونا المستجد يعد من قبيل المواد السامة التي لا يشترط فيها شكل أو صفة معينة، وإنما يستطيع تدمير الخلايا والأنسجة وتقضي على الأعصاب وتحلل الأعضاء البشرية وتعطل وظائفها فتزهق الروح بها^(٨٤).

■ **رأينا في المسألة:** حقيقة الأمر؛ أن الرأي غير مستقر من الناحية الطبية بشأن تأثير فيروس كورونا على الخلايا في الجسم، وإن كان مستقراً على تسببه في إحداث الوفاة، كما أن النتائج التي يشير إليها البعض وتتناولها بعض التقارير الطبية غير مؤكدة في هذا الجانب، ولا يمكن القطع أن هذا الفيروس يعد من المواد السامة التي تؤثر في جسم المجني عليه بذات التأثير التي تحدثه غيرها كالزرنيخ أو الزئبق أو

(٨٢) نقض ٢٣ مايو ١٩٣٢م، مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ٣٥٤، ص٥٦٩، ونقض ٨

إبريل ١٩٣٥م، مجموعة القواعد، ج٣، رقم ٣٥٧، ص٤٥٨.

(٨٣) د. أحمد إبراهيم أحمد المعصراني، المسؤولية الجنائية عن عمليات نقل الدم الملوث، رسالة

دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٤م، ص١٧٧.

(٨٤) د. محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص٢١.

غير ذلك من المواد التي تعد من المواد السامة، والأحكام القضائية تبني على القطع واليقين وإلا كانت عرضة للطعن عليها بالنقض.

فقد اشترط المشرع المصري في المادة ٢٣٣ عقوبات، أن يكون القتل قد حدث بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلاً أو آجلاً، وقد استقر الفقه والقضاء على أن المادة ٢٣٣ عقوبات تشترط أن تكون المادة القاتلة سامة.

وتستنتج هذه الصفة (السامة) من وصف المشرع للجاني الذي يستعمل تلك الجواهر بأنه يعد قاتلاً بالسّم، لأنه إذا لم تكن هذه الجواهر سامة لما وصف الجاني بالقاتل بالسّم، فضلاً عن أننا لو جردنا الجواهر من الصفة السامة واكتفينا بأن ينجم عنها الموت إن عاجلاً أو آجلاً لدخل تحت نص هذه المادة كل قتل عمد يستخدم فيه الجاني أية أداة سواء كان مسدساً أم خنجرًا؛ نظراً لأن هذه الأدوات يصدق عليها وصف الجواهر التي يتسبب عنها الموت في ظروف معينة، ولا يتصور أن يكون المشرع قصد ذلك المعنى^(٨٥).

وعلى ذلك، فإن من يدس لآخر مسماراً أو قطعاً من الزجاج في طعام فيموت بسبب ما أحدثه هذا المسمار أو الزجاج من تمزق في أحشائه لا يعد قاتلاً بالسّم^(٨٦). وبناء على ما تقدم، يمكن القول - من وجهة نظرنا - إنه يترك أمر تحديد طبيعة فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) وأنه من المواد السامة أم لا لقاضي الموضوع وفقاً لملايسات الموضوع دون أن يكون لمحكمة النقض رقابة إلا إذا ساء تأويله لفكرة الجوهر السام، أو إذا خلا حكمه من بيان المادة سامة أو أنها كانت سبب الوفاة، على أن يستعين في ذلك برأي أهل الاختصاص؛ لأن ذلك من المسائل الفنية، ثم هو يقرر في ضوء ذلك العقوبة المقررة، وهذا لا ينفي أن الفيروس صالح كوسيلة لإحداث الموت، فيعد الناقل له قصداً مرتكباً لجريمة القتل العمد على الأقل في صورته البسيطة التي نصت عليها المادة ١/٢٣٤ عقوبات، والمادة ٣٠١ من قانون الجزاء العماني.

■ مدى توفر سبق الإصرار في نقل فيروس كورونا المستجد:

عرف المشرع المصري سبق الإصرار، من خلال نص المادة ٢٣١ عقوبات، بأنه: "القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية يكون القصد منها

(٨٥) د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ١٢٦، د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٧١٩، د. عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

(٨٦) قضت محكمة النقض بأن: "يكفي في جريمة القتل بالسّم أن تكون المواد المستعملة في الجريمة من المواد السامة ومن شأنها إحداث الموت". طعن رقم ٢٥٩٤١ لسنة ٦٣ ق، مجموعة أحكام النقض، جلسة ٢ من أكتوبر ١٩٩٥ م.

إيذاء شخص معين وجده أو أي شخص غير معين وجده أو صادفه سواء كان ذلك القصد معلقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط^(٨٧).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد اقتصر على بيان أن يكون تفكير الجاني قد سبق إقدامه على التنفيذ، بينما يفترض سبق الإصرار أن يكون الجاني هادئاً متروياً، فهنا تبدو علة التشديد، فالجاني الذي يفكر هادئاً في الجريمة ويزنها مقدراً احتمالاتها، ثم ينتهي إلى التصميم على السير في غيه يعد بحسب الأصل أخطر من المجرم الذي يرتكب جريمته دون ترو وتدبر جراء تأثير انفعال أو عاطفة هوجاء^(٨٨).

وجوهر سبق الإصرار هو الحالة الذهنية التي يمر بها المجرم قبل الإقدام على ارتكاب جريمته، وهي العزم على بلوغ مقصده في هدوء وطمأنينة، فبتعيين أن يكون الجاني قد أتم تفكيره وعزمه في هدوء يسمح له بتريده الفكر بين الإقدام والإحجام وترجيح أحدهما على الآخر، وهذا ما يطلق عليه العنصر النفسي لسبق الإصرار، وقد عبرت عنه محكمة النقض في العديد من أحكامها، إذ تقول: "سبق الإصرار يستلزم حتماً أن يكون الجاني قد أتم تفكيره وعزمه في هدوء يسمح له بتريده الفكر بين الإقدام والإحجام وترجيح أحدهما على الآخر"^(٨٩).

وقد أقرت محكمة النقض ما استخلصته محكمة الموضوع من أن: "توفر الباعث على القتل الذي انتواه المتهم وإعداده السم منذ اليوم السابق على الواقعة بعد أن هداه شيطانه إلى طريقة استخدامه، واحتفاظه بهذا السم معه حال اصطحابه المجني عليه بسيارته يراوغه متظاهراً بمحاولة الحصول على كمية من الأرز من محافظة البحيرة ونقلها إلى الإسكندرية، وكان ذلك في هدوء وروية وتدبر لما يقتضيه"^(٩٠).

كما عبرت المحكمة العليا العمانية عن ذلك بقولها: "ومن المقرر أن سبق الإصرار هو التفكير الهادئ في الجريمة قبل التصميم عليها وتنفيذها بما يعني أن فكرة الجريمة قد خطرت للجاني قبل أن ينفذها بوقت كاف أتيح له فيه أن يفكر بهدوء وسيطرة على

(٨٧) جدير بالذكر أن المشرع العماني قد نص على ظرف سبق الإصرار واعتبره من الظروف المشددة التي ترفع عقوبة القتل العمد إلى الإعدام، وذلك من خلال الفقرة (أ) من المادة ٣٠٢ من قانون الجزاء، غير أنه لم يعرف سبق الإصرار وترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، وقد كان للمحكمة العليا العمانية فضل في تعريف هذا الظرف، على النحو الذي سنوضحه في المتن.

(٨٨) د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٧١١.

(٨٩) نقض ٢٥ يناير ١٩٣١م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٢، رقم ١٦٩، ص ٢٢٢، ونقض ٨ يونيو ١٩٥٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٤، رقم ٣٣٥، ص ٩٢٧، ونقض ٢٥ يناير ١٩٧٠، س ٢١، رقم ٣٨، ص ١٥٧.

(٩٠) نقض ٤ يناير سنة ٢٠٠٠، مجموعة أحكام النقض، س ٥١، رقم ٤، ص ٣٨.

نفسه وأن ينتهي على التصميم على ارتكابها بعد تقلب الأمر على وجوهه المختلفة^(٩١).

وقد أكدت المحكمة العليا العُمانية على العنصر النفسي الواجب توفره في سبق الإصرار، فقالت: "سبق الإصرار هو حالة ذهنية يستدل عليها من وقائع وظروف الدعوى بما لا يتنافى عقلاً من استنتاج المحكمة له، وليست العبرة دائماً في توفر ظرف سبق الإصرار بمضي الزمن لذاته بين التصميم على الجريمة ووقوعها طال هذا أم قصر، بل العبرة هي بما يقع في ذلك الزمن من التفكير والتدبير، فما دام الجاني انتهى بتفكيره إلى خطة معينة رسمها لنفسه قبل تنفيذ الجريمة كان ظرف سبق الإصرار متوفراً، وأن البحث في توفر أو عدم نوافر سبق الإصرار هو من إطلاقات قاضي الموضوع يستنتجه أو يستبعده من ظروف الدعوى وعناصرها ما دام كان استخلاصه سائغاً له أصله الثابت بالأوراق"^(٩٢).

أما العنصر الثاني، فهو العنصر الزمني: ويقضي هذا العنصر أن يكون التفكير في الجريمة قد سبق الإقدام على تنفيذها بوقت كاف، وهذا الوقت قد يطول وقد يقصر بحسب الأحوال.

وهذا العنصر الزمني أمر يقتضيه العنصر النفسي، فبدون هذا الأخير لا تقوم لسبق الإصرار قائمة، لكن العنصر الزمني لا يكفي وحده للقول بسبق الإصرار ما لم يقترن به هدوء في حالة الجاني النفسية، فقد يثبت أنه رغم مضي فترة زمنية معينة فإن الجاني كان ما يزال خاضعاً لثورة غضب أو عاصفة هوجاء، فالعبرة إذاً هي بصلاحية الفترة الزمنية في ظروف الواقعة للروية والهدوء في التفكير، وهو ما قضت به محكمة النقض: "أن العبرة في توفر سبق الإصرار ليس بمضي الزمن لذاته بين التصميم على الجريمة ووقوعها، طال هذا الزمن أو قصر، بل العبرة بما يقع في ذلك الزمن من التفكير والتدبير"^(٩٣).

(٩١) الطعون رقم ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩/٢٠٠٨، عليا جزائية، جلسة ٢٠ مارس ٢٠٠٩م، منشورات س٩، ص ٣٣٠.

(٩٢) الطعون أرقام ٣٥٩، ٣٥٨، ٣٥٧/٢٠٠٧، عليا جزائية، جلسة ٢٢ يناير ٢٠٠٨م، منشورات س٨، ص ٣٧٤، والطعن رقم ٤٠٧/٢٠٠٤، عليا جزائية، جلسة ١ من فبراير ٢٠٠٥م، منشورات س٥، ص ١١١.

(٩٣) نقض ٣ يونية ١٩٩٨م، مجموعة أحكام النقض، س٤٩، رقم ١٠٥، ص ٧٩٨.

"ويتعين على المحكمة أن توضح ذلك تعبيراً عن تلك الحالة التي تقوم بنفس الجاني والتي يتعين على المحكمة أن تستظهرها بما يدل عليها، وأن تبين الوقائع والأمارات والمظاهر الخارجية التي تكشف عنها"^(٩٤).

ولا يحول دون توفر سبق الإصرار أن يكون معلقاً على شرط، كما إذا اعتزم الجاني قتل المجني عليه إذا حضر إلى مسكنه أو تعرض له في زراعته أو منعه من عمل معين، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية^(٩٥)، كما لا يشترط لتحقيق هذا الظرف المشدد أن يكون قصد الجاني في القتل محددًا، بل يستوي وأن يكون غير محدد كأن يصير الجاني على قتل من يعترض سبيله كائنًا من كان^(٩٦)، وهو ما يستنتج من نص المادة ٢٣١ عقوبات: "...إيذاء شخص غير معين وجده أو صادفه". وكذلك يتحقق سبق الإصرار حتى لو حدث خطأ في شخصية المجني عليه أو حيدة عن الهدف كالخطأ في التصويب، أو أن تكون الوسيلة المستعملة غير مخصصة للقتل أصلاً^(٩٧).

وبناء على ما تقدم، فإنه يمكن توفر سبق الإصرار في جريمة نقل عدوى فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، وذلك بأن يتعمد الجاني نقل هذا الفيروس إلى المجني عليه بأن يقوم بالإعداد لذلك خلال مدة معينة، طالت أم قصرت، يفكر فيها بهدوء وروية كيف يقوم بهذا الفعل سواء كان ذلك عن طريق حقنه بمادة تحتوي على الفيروس وذلك بإعداد المادة وتعبئتها تمهيداً للوقت المناسب الذي يكون المجني عليه تحت يده، كونه طبيباً معالماً أو ممرضاً أو أنه غافله وقام بذلك أو أمسك به عنوة ثم قام بنقل الفيروس إليه، أم أن الجاني كونه على علم بأنه مصاب بهذا الفيروس قد انتقل إلى المكان الذي يذهب إليه المجني عليه لشراء أغراضه أو للعمل فقابله وسلم عليه أو عطس أو سعل في وجهه، أو أنه قد قام بإفراغ لعابه على بعض الأدوات التي يستخدمها المجني عليه عادة بعد أن فكر وخطط لذلك.

وبعد سبق الإصرار متوفرًا إذا اعتزم الجاني نقل الفيروس إلى المجني عليه إذا حضر لزيارته أو منعه من عمل معين أو تعرض له ثم تحقق له ما أراده أو انتواه.

(٩٤) نقض ١٥ مايو ٢٠٠٥م، الطعن رقم ٨٥٩١ لسنى ٥٧ ق، ونقض ٦ مارس ٢٠٠٤م، الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٦٩ ق.

(٩٥) نقض ٢٨ إبريل ١٩٥١م، مجموعة القواعد، ج ٥، رقم ٢٤٧، ص ٥٤٩، ونقض ٣ يونية ١٩٩٨م، مجموعة أحكام النقض، س ٤٩، رقم ١٠٥، ص ٧٩٨.

(٩٦) نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٧م، مجموعة أحكام النقض، س ٨، رقم ٢٦٥، ص ١٩٦٤.

(٩٧) نقض ١٥ إبريل ١٩٥٧م، مجموعة أحكام النقض، س ٨، رقم ١١٠، ص ٤٠٦.

ولا يشترط لتوفر سبق الإصرار أن يوجه الجاني نشاطه بنقل الفيروس إلى شخص محدد، فإذا قام بإنزال لعبه على مقبض الباب الذي يدخل منه المراجعون لجهة ما قبل بداية الدوام للعمل، أو على مفاتيح المصعد في جهة حكومية يقصدها جمع من الناس أو مجمع تجاري للتسوق، دون أن يكون قاصداً بذلك شخص بعينه، فإن سبق الإصرار يعد متوفراً في حقه.

وكذلك لو أنه قد خطط ودبر لإصابة شخص بالفيروس اعتقاداً منه أنه المقصود ثم تبين أنه قد أصاب شخصاً آخر غيره، فإن ذلك لا يمنع من توفر ظرف سبق الإصرار لأن الغلط في شخص المجني عليه لا يؤثر في قيام القصد الجنائي، ويتعين على محكمة الموضوع أن تستظهر ذلك بما يدل عليه من خلال الوقائع والأمارات والمظاهر الخارجية التي تكشف عن توفر ظرف سبق الإصرار في جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد.

■ **الأثر المترتب على توفر سبق الإصرار:** إذا توفر ظرف سبق الإصرار في جريمة القتل العمد عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، فإن ذلك يعد ظرفاً مشدداً للعقوبة، فيعاقب الجاني بالإعدام طبقاً لنص المادة ٢٣٠ عقوبات، التي تنص على أنه: "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام". وهو ما نصت عليه أيضاً الفقرة (أ) من المادة ٣٠٢ من قانون الجزاء العماني، بقولها: "يعاقب بالإعدام، إذا توفرت في واقعة القتل العمد إحدى الحالات الآتية: أ- سبق الإصرار، أو الترصد...".

وتستحق هذه العقوبة على الجاني سواء كان واحداً أم أكثر بشرط ثبوته في حق جميع المتهمين، ولأنه ظرف شخصي فإنه يسري في حق من توفر فيه هذا الظرف من المتهمين بنقل الفيروس دون سواه، وثبوت سبق الإصرار في هذه الجريمة، وحده يكفي لتوقيع عقوبة الإعدام ولو لم يثبت مع سبق الإصرار توفر الترصد كذلك، فأى من الظرفين يكفي^(٩٨).

■ **مدى توفر ظرف الترصد في جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد:** عرفت المادة ٢٣٢ عقوبات، الترصد بأنه: "تربص الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن طويلة كانت أو قصيرة ليتوصل إلى قتل ذلك الشخص أو إلى إيذائه بالضرب ونحوه"^(٩٩).

(٩٨) نفص ١٤ نوفمبر ١٩٣٢م، مجموعة القواعد، ج٣، رقم ١٧، ص١٦.

(٩٩) جدير بالذكر أن المشرع العماني لم يذكر تعريفاً لظرف الترصد ضمن نصوص قانون الجزاء رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م.

وعلى ذلك، فالترصد هو اتخاذ الفاعل موقفاً يتيح له مباغته المجني عليه بالاعتداء وإصابته على غرة بحيث لا يتهيأ له مع المفاجأة سبيل الدفاع، الأمر الذي يكفل نفاذ الفعل الإجرامي في ضحيته إذ يفوت عليها كل فرصة لدفع هذا الفعل أو تفاديه. كما أن التردد يكشف بذلك عن خطورة في الجاني، عده القانون ظرفاً مشدداً للقتل^(١٠٠)، وتقول عنه محكمة النقض: "إنه وسيلة تدل على ندالة الجاني وإمعانه في ضمان نجاح فعلته، وتثير الاضطراب في الأنفس يأتيها الهلاك من حيث لا يشعر"^(١٠١)، ولا يشترط لتوفر التردد أن يكون الجاني متخفياً أو أن ينتظر المجني عليه مدة طويلة^(١٠٢).

ويمكن القول إن ظرف التردد يتعين أن يتوفر له شرطان أو عنصران: العنصر الزمني ويقصد به انتظار الجاني ضحيته فترة من الزمن قبل التنفيذ، طالت أم قصرت. الثاني عنصر مكاني: يقصد به أن يقوم الجاني بالمرابطة والترقب لحين حضور شخص المجني عليه، وليس بشرط أن يكون متخفياً على نحو ما أسلفنا، والغالب أن التردد يسبقه إصرار قصد القتل محدوداً أو غير محدود كأن يترصد لخصومه بقصد قتل عدد منهم لا يعرف من هم، أو حالاً أو معلقاً على شرط كأن يترصد لمن يحاول دخول أرضه ليلاً، ولا يؤثر في ذلك أن المادة ٢٣٢ عقوبات لم تنص على ذلك أسوة بما فعلته المادة ٢٣١ عقوبات الخاصة بسبق الإصرار، ذلك أن ما نصت عليه الأخيرة ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في شأن القصد الجنائي^(١٠٣).

وبناء على ما تقدم، فإن ظرف التردد يمكن أن يلحق بجريمة نقل فيروس كورونا المستجد، وذلك بأن يقوم الجاني بالترصد للمجني عليه في مكان يعلم أنه سيمر منه ثم يقوم بنقل الفيروس إليه عن طريق الملامسة أو العطاس أو السعال في وجهه. ولا يؤثر في توفر التردد أن يكون قصد الجاني إصابة أو نقل الفيروس إلى مجموعة غير محددة من الناس سوف تمر من هذا الطريق أو تستقل مصعداً معيناً دون معرفة من هم. أو أن يكون الجاني متربصاً لمن يدخل أرضه لإصابته بالعدوى ونقل الفيروس إليه.

(١٠٠) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص، ص ٨٣١.

(١٠١) نقض ٥ ديسمبر ١٩٣٢م، مجموعة القواعد، ج ٣، رقم ٤٦، ص ٥٢.

(١٠٢) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٢م، مجموعة القواعد، ج ٦، رقم ٢٠، ص ١١، نقض ١٠ مايو

١٩٤٣م، مجموعة القواعد، ج ٦، رقم ١٨٠، ص ٢٤٧.

(١٠٣) د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٧١٧.

ولا يشترط أن يكون الجاني متخفياً، فيتحقق التردد ولو كان ظاهراً أمام الناس منتظراً قدوم المجني عليه إلى مكان التسوق فقام بملامسته أو تقبيله أو السعال أو العطاس في وجهه متعمداً نقل العدوى إليه، أو أن يكون مترصباً له حتى خروجه من سيارته وابتعاده عنها فقام بإنزال لعبه على مقبض السيارة الواقفة أمام أحد المجمعات التجارية.

▪ الأثر المترتب على توفر ظرف التردد:

إذا توفر ظرف التردد في جريمة القتل بنقل فيروس كورونا المستجد، فإن العقوبة التي تلحق الجاني هي الإعدام، طبقاً لنص المادة ٢٣٠ عقوبات، التي تنص على أنه: "كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو التردد يعاقب بالإعدام". وهو ما نصت عليه أيضاً الفقرة (أ) من المادة ٣٠٢ من قانون الجزاء العماني، بقولها: "يعاقب بالإعدام، إذا توفرت في واقعة القتل العمد إحدى الحالات الآتية: أ- سبق الإصرار، أو التردد...".

ويعد التردد ظرفاً عينياً يسري على جميع المساهمين في الجريمة^(١٠٤)، سواء علموا به أو لم يعلموا، ومن ثم فإنهم يستحقون العقوبة المقررة لذلك، كما أن التردد يعد واقعة مادية يمكن إثباتها بكل الأدلة المباشرة الدالة على وجودها، وذلك من شأن محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض^(١٠٥).

المبحث الثالث

الاعتداء العمد على سلامة الجسم

عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

تعني سلامة الجسم استمراره في أداء وظائف الحياة على نحو طبيعي وأن يحتفظ بمادته الجسدية، وأن يتحرر من الآلام البدنية، فالحق في سلامة الجسم هو مركز قانوني يخول شاغله - في حدود القانون - الاستئثار بقيمة السلامة الجسدية. وتكمن هذه السلامة في المحافظة على التكامل الجسدي والمستوى الصحي الذي يعايشه الشخص وسكينته البدنية والنفسية، ولذا فإن تعمد نقل فيروس كورونا المستجد إلى إنسان سليم وخال من الفيروسات يعد اعتداء على سلامة الجسم إذا لم يكن قاصداً

(١٠٤) نقض ٩ نوفمبر ١٩٦٥م، مجموعة أحكام النقض، س١٦، رقم ٨٧٥، ص٨٣٣.

(١٠٥) نقض ١٤ إبريل ١٩٨٣م، مجموعة أحكام النقض، س٣٤، رقم ١٠٦، ص٥٢٠.

إزهاق روح المجني عليه بهذا الفعل، وإنما قصد إيذائه أو الإضرار بصحته وسلامته الجسدية.

فجوهر التفرقة بين هذا النشاط الإجرامي، وجريمة القتل العمد بنقل فيروس كورونا المستجد يكمن في الركن المعنوي للجريمة، والمتمثل في القصد الجنائي وهو نية الإيذاء الجسدي أو اختلال الصحة لدى المجني عليه دون قصد الموت.

وقد جرم المشرع المصري صور الاعتداء على الجسم، أو ما يعرف بجرائم الإيذاء، وذلك من خلال نصوص المواد ٢٤٠، ٢٤٣، ٢٥٦، من قانون العقوبات، ويضاف إلى ذلك المادة ٢٣٦ المتعلقة بالإيذاء المفضي إلى الموت، كما جرم ذلك المشرع العماني من خلال المواد ٣٠٦ وحتى ٣١٠ من قانون الجزاء.

وعلى ذلك، سوف نتعرض من خلال هذا المبحث لهذا النوع من النشاط الإجرامي في مطالب عدة، على النحو الآتي:

المطلب الأول

صور الاعتداء على سلامة الجسم (الركن المادي)

عبر المشرع الجنائي عن الأفعال التي تشكل اعتداء على سلامة الجسم بالجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة والإيذاء الخفيف، وهذه الأفعال منها ما ينطبق على جريمة نقل عدوى فيروس كورونا المستجد، ومنها ما يخرج عن هذا الإطار، بالرغم من كون الفعل يشكل اعتداء على سلامة الجسم، وهذا يتطلب بيان وتوضيح لهذه الأفعال، ثم الاقتصار على ما يتوافق مع الجريمة محل البحث، وسوف نقوم بذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

السلوك الإجرامي

ويتمثل هذا السلوك الإجرامي في أحد العناصر الآتية: الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة أو الإيذاء الخفيف، وهو ما سنتناوله فيما يأتي:

أولاً- الضرب:

يتحقق الضرب من خلال المساس بأنسجة الجسم عن طريق الضغط عليها بجسم خارجي دون أن يؤدي ذلك إلى تمزيقها^(١٠٦)، فالضرب هو الاعتداء الذي لا يترك

(١٠٦) د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٧٦٩.

بالجسم أثراً ظاهراً، فقد يكون لهما أو ركلاً أو صفعاً، وقد يكون ضغطاً أو صدماً أو جذباً بالعنف، وقد يكون بأداة راضة كعصا أو حجر^(١٠٧).

وحكم بأن آلة الاعتداء ليست من أركان جريمة الضرب^(١٠٨)، ويحقق الاعتداء جريمة الضرب ولو تم بضربة واحدة لا أكثر رغم أن المادتين ٢٤١، ٢٤٢ عقوبات تعبران عن الجريمة بلفظ الضربات^(١٠٩).

ولا يشترط في الضرب المساس المباشر بجسد المجني عليه، فقد يتحقق بطريق غير مباشر، كتكليف المجني عليه بالسير في طريق به حفرة بقصد التسبب في سقوطه فيها، وكل ما يشترط ألا يحدث تمزيق لأنسجة جسم المجني عليه وإلا أصبح الفعل جرحاً لا ضرباً.

ثانياً- الجرح:

يتحقق الجرح بكل مساس مادي بجسم المجني عليه من شأنه أن يؤدي إلى تغييرات ملموسة في أنسجته. وتتمثل هذه التغييرات في تمزيق الأنسجة أو حدوث انسكابات دموية ينجم عنها أورام، وهي بذلك تعد أمراضاً تحتاج غالباً إلى علاج^(١١٠). ولا عبرة بما إذا كان التمزيق سطحياً أو عميقاً، وسواء أدى إلى بتر جزء من الجسم أم اقتصر على مجرد إحداث فتحة فيه، كما يستوي أن يسيل الدم إلى الخارج أو ينزف في الداخل، كما يستوي أن يكون الجرح مؤدياً إلى قطع جزء بسيط من الأنسجة، أو جزء كبير مستطيل^(١١١).

ولا يشترط أن يباشر الجاني فعل الجرح بنفسه، فقد يستعمل آلة في يده كمن يستخدم شخصاً مجنوناً في الاعتداء على غريمه، أو أن يستخدم حيواناً في إصابة عدوه كأن يحرش كلبه على عض أحد المارة فيعقره.

(١٠٧) د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ٨٥٨، د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(١٠٨) نقض ٢٩ مارس ١٩٧١م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٢، رقم ٧٧، ص ٣٣٤.

(١٠٩) د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(١١٠) د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(١١١) نقض مصري ٢٥ يونية ١٩٥٧م، مجموعة أحكام النقض، س ٨، رقم ١٩٤، ص ٧١٧،

ونقض ٢٥ مارس ١٩٧٢م، س ٢٤، رقم ٨٤، ص ٤٠٢.

وفي القضاء العماني: حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠٠٥/٥٠، عليا جزائية، جلسة ٨ مارس

٢٠٠٥ منشورات س ٥، ص ١٨١، والطعن رقم ٢٠٠٩/١٣١، عليا جزائية جلسة ٢ يونية ٢٠٠٩م،

منشورات س ٩، ص ٦٦٨.

وليس بلزوم في الحدث الضار الناتج من الضرب أو الجرح أن يصحبه ألم، فقد يقع على شخص لا يحس بألم لأنه في حالة إغماء أو تخدير مثلاً^(١١٢).

وتستوي الوسيلة التي استعان بها الجاني للمساس بأنسجة الجسم، فيمكن أن يقع باستخدام إحدى الآلات أياً كان نوعها، راضة أو قاطعة أو حادة أو واخزة، ويمكن أن يقع بالعض أو بالركل أو بنشب الأظافر ويمكن أن يقع فعل الجرح بالإلقاء أرضاً أو بمجرد الجذب^(١١٣)، أو أن يقوم الجاني بتوصيل تيار كهربائي بجسم المجني عليه^(١١٤).

ثالثاً- إعطاء المواد الضارة:

يقصد بذلك كل مادة تحدث اختلالاً في السير الطبيعي لوظائف الأعضاء في الجسم، وقد عرفت المادة ٢٦٥ عقوبات، المواد الضارة بأنها الجواهر غير القاتلة التي ينشأ عنها مرض أو عجز عن العمل.

وعلى ذلك، فتحديد ماهية المواد الضارة يتوقف على مدى تأثيرها بالضرر على الصحة، سواء بإحداث علة بها أم بزيادة ما كانت عليه من اعتلال من قبل، وهو ما يتحقق بالإخلال بصحة الشخص أو بوظائف جسمه على أي نحو كان^(١١٥).

والعبرة في تحديد هذا الأثر الضار هو بالنتيجة النهائية، إذ قد يترتب على إعطاء الغير مادة من المواد اختلالاً عارضاً في وظائف الأعضاء ولكنها تؤدي في النهاية إلى تحسن في الصحة. ولا يشترط لكي تكون إزاء إعطاء مادة ضارة (أحد الأفعال المجرمة وفقاً للمادتين ٢٥٦، ٢٣٦ عقوبات)، أن تكون المادة بطبيعتها سامة، وإنما يستوي أن تكون سامة أو غير سامة، فالمهم هو أثر إعطاء هذه المادة هل سببت تأثيراً ضاراً لصحة من تعاطاها أم لا^(١١٦)؟

وقد تكون المادة الضارة سامة، وفي هذه الحالة يكون المناط في التمييز بين الشروع في القتل بالسم وإعطاء المواد الضارة هو القصد الجنائي، فإذا صاحب إعطاء السم نية القتل ولم تترتب عليه الوفاة كان شروعا في قتل.

(١١٢) د. محمود نجيب حسني، دروس في قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة ١٩٥٩م، ص ٢١٣، د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(١١٣) نقض ٨ يونية ١٩٥٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٤، رقم ٣٥٠، ص ٦٤٥.

(١١٤) نقض ٣ من يناير ١٩٨٠م، مجموعة أحكام النقض، س ٣١، رقم ٢، ص ٢١.

(١١٥) د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

(١١٦) د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ج ٢، ص ٢٦٦.

ولم يشترط القانون صورة معينة للإعطاء، ولذا فإنه ينصرف إلى كل فعل يتمكن به الجاني من إنشاء صلة بين المواد الضارة وجسم المجني عليه، فقد يتحقق بالمناولة أو بالدس في الطعام أو بتسليط أشعة ضارة على المجني عليه أو بحقنه بمادة ضارة.

رابعاً- الإيذاء الخفيف:

تمثل هذه الحالة اعتداء على سلامة الجسم دون أن يصل إلى حد الجسامة التي تنطوي عليها أفعال الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة. ومن أمثلة ذلك: المشاجرة الخفيفة التي لم تصل إلى حد الضرب أو الجرح، أو البصق في وجه إنشان أو قص شعر رأسه أو شاربه إذا لم يؤدي ذلك إلى مساس بالأنسجة وإلا اعتبر جرحاً^(١١٧)، وقد نصت على هذه الصورة المادة ٢/٣٧٧ عقوبات المعدلة بالقرار رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١م.

الفرع الثاني النتيجة الإجرامية

تعد جرائم الإيذاء البدني من الجرائم المادية التي يتعين لاكتمال الركن المادي لها تحقق نتيجة إجرامية معينة قصدها المشرع من وراء التجريم، وأصبحت عنصراً لازماً، وتتحقق النتيجة الإجرامية لهذه الجرائم بصفة عامة في المساس بسلامة الجسم بإحدى صور ثلاث: المساس بقدرته على أداء وظائفه، أو المساس بمكونات الجسم، أو إيلاام المجني عليه.

وتتجسد النتيجة بصورة خاصة في جريمة الإيذاء البدني العمدي في صورته البسيطة في أن المساس بسلامة الجسم لا يحتاج إلى علاج يزيد على عشرين يوماً، طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٤٢) عقوبات.

ويمكن القول إن الإخلال بسلامة الجسم، يتحقق بإحدى الصور الآتية:

- ١- الإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الحياة، وهو ما يعني هبوط المستوى الصحي للمجني عليه.
- ٢- المساس بمادة الجسد، سواء بالإنقاص منها أو بإحداث أي تغيير آخر فيها، مثل استئصال عضو من جسد المجني عليه أو طعنه بألة حادة أو قص شعره.
- ٣- الإيلاام البدني، ويتحقق بما يلحق المجني عليه من أذى في شعوره بالارتياح، ولو لم يصل إلى حد جسيم. مثال ذلك ما ينشأ عن صفع المجني عليه أو طرحه

(١١٧) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص، ص ٨٥٩، د. أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، ص ٧٧١.

أرضاً، ولا يشترط أن يؤدي هذا الإيلاء إلى المساس بصحة المجني عليه أو بمادة جسده^(١١٨).

٤- الإيلاء النفسي، فإذا كانت السلامة الجسدية محلها الجسم فإن ذلك ينصرف إلى جميع جزئيات الجسم وأجهزته وأعضائه، سواء تلك التي تؤدي وظائف عضوية كالجهاز التنفسي والهضمي أو التي تؤدي وظائف ذهنية كالخ والمخ والأعصاب^(١١٩)، وتطبيقاً لذلك فإن إتيان فعل يصيب المجني عليه باختلال عقلي أو يصيب ملكاته الذهنية باختلال ما أياً كان قدره يعد مساساً بالسكينة النفسية للمجني عليه^(١٢٠).

الفرع الثالث

علاقة السببية

تتوفر رابطة السببية في جرائم الإيذاء البدني، بصفة عامة، متى كان النشاط الإجرامي للجريمة من شأنه أن يتسبب في حدوث النتيجة التي حدثت بالفعل وذلك وفقاً للمجرى العادي للأمر، ولا يؤثر في قيام علاقة السببية تداخل أفعال أخرى في إحداث النتيجة طالما كانت هذه العوامل المتداخلة لا تكفي في حد ذاتها لإحداث النتيجة كمرض المجني عليه أو الخطأ اليسير في العلاج أو غير ذلك مما لا يقطع رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية التي حدثت^(١٢١).

وعلى ذلك، فإن مرض المجني عليه لا يقطع رابطة السببية بين فعل الجاني المتمثل في نقل فيروس كورونا المستجد إلى شخص آخر مريض بالضغط أو الكلى مثلاً؛ لأن هذه الأمراض لا تكفي بذاتها لإحداث النتيجة وفقاً للمجرى العادي للأمر، كما أن الخطأ الطبي اليسير في معالجة المجني عليه لا يعد كذلك قاطعاً لرابطة السببية بين نقل الفيروس والنتيجة التي حدثت للمجني عليه.

(١١٨) د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، س ٢٩، ص ٨.

(١١٩) د. عصام محمد أحمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٨٨م، س ١٣٣.

(١٢٠) د. عصام محمد أحمد، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(١٢١) نقض ٧ أكتوبر ١٩٨٢م، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٤٤٠٢ لسنة ٥٢ ق، س ٣٣، ص ٧٣٦، ونقض ١ من فبراير ١٩٩٥م، س ٤٦، رقم ٥٦، ص ٣٧٥، ونقض ٤ أكتوبر ١٩٩٩م، س ٥٠، رقم ١١٥، ص ٤٩٨.

وفي القضاء العماني: حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠٠٥/٥٠، جلسة ٨ مارس ٢٠٠٥م، منشورات س ٥، ص ١٨١.

وفي جميع الأحوال فإن تقدير ذلك يرجع إلى محكمة الموضوع في ضوء الأدلة والوقائع الماثلة في الدعوى، ويكفي أن تشير في حكمها لتوفر رابطة السببية بين نقل الفيروس وإصابة المجني عليه والنتيجة الإجرامية التي حدثت، دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض.

المطلب الثاني

مدى تحقق الاعتداء على سلامة الجسم من خلال نقل فيروس كورونا المستجد

بعد أن تناولنا صور الاعتداء على سلامة الجسم من خلال القواعد العامة لقانون العقوبات، يتضح لنا أن جريمة نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) لإنسان خال من الفيروس يمكن تحققها من خلال إعطاء المواد الضارة، وليس الضرب أو الجرح أو الإيذاء الخفيف، على النحو الذي ذكرناه سابقاً. وعلى ذلك، فإن نقل الفيروس كنشاط إجرامي غير مقتصر على وسيلة معينة، فقد يقوم الجاني بحقن المجني عليه بمادة تحتوي على الفيروس أو يدسه له في الطعام أو الشراب.

وفي تقديري أنه يمكن تحقق إعطاء المواد الضارة، إذا قام الجاني بالسعال أو العطاس في وجه المجني عليه؛ لأن الرذاذ المتطاير سوف يستنشقه المجني عليه ويدخل إلى أجهزة الجسم لإحداث الأثر المراد (وهو نقل العدوى بالفيروس)، فلم يشترط القانون في جريمة إعطاء المواد الضارة أن تتحقق بصورة معينة، ومن ثم فإنه ينصرف إلى كل فعل يتمكن به الجاني من إنشاء صلة بين المواد الضارة وجسم المجني عليه. وقد ذهب الفقه الجنائي إلى أن تعمد وضع المجني عليه بين مرضى لتنتقل إليه العدوى بالفيروس، سواء تم ذلك عن طريق تلامس الأجسام أم تبادل الهواء واستنشاقه، يعد محققاً لجريمة إعطاء لمواد ضارة^(١٢٢).

كما تتحقق جريمة إعطاء المواد الضارة، إذا قام الجاني بوضع المجني عليه على جهاز التنفس الاصطناعي غير المعقم وهو يعلم أن به آثار فيروس كورونا المستجد؛ لأن الاستنشاق عن طريق الأنف أو الدخول عن طريق الفم يصلح أن يكون نشاطاً

(١٢٢) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٧٧٢، د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ج ٢، ص ٢٦٦.

إجرامياً مكوناً للركن المادي لهذه الجريمة، تتحقق به النتيجة الإجرامية التي حدثت وعلاقة السببية على النحو الذي أشرنا إليه سابقاً.

وجدير بالذكر أن السلوك الإجرامي في جريمة إعطاء المواد الضارة يتشابه مع جريمة القتل عمداً عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد التي ذكرناها في المبحث الأول من هذا الفصل، غير أن التمييز بينهما يكمن في جوهر القصد الجنائي، فالقصد الجنائي في جريمة إعطاء المواد الضارة لا يشتمل على نية إزهاق الروح، بخلاف جريمة القتل العمد. وعلى محكمة الموضوع أن تشير في حكمها إلى توفر هذا القصد من خلال الأدلة ووقائع الدعوى.

المطلب الثالث

الركن المعنوي

إن جوهر التفرقة بين جريمة إعطاء المواد الضارة عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد وجريمة القتل العمد بممارسة هذا النشاط الإجرامي يكمن في القصد الجنائي. فالقصد الجنائي في جريمة إعطاء المواد الضارة عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد يعد متوفراً سواء أفضت إلى الموت أو إلى العاهة المستديمة، متى تعمد الجاني ارتكاب الفعل وهو يعلم أن هذا الفعل يترتب عليه الإضرار بجسم إنسان حي أو صحته.

ويمكن القول إن القصد الجنائي المطلوب توفره في هذه الجريمة هو القصد العام بعنصريه العلم والإرادة، دون اشتراط توفر قصد خاص^(١٢٣).

فيتعين أن يكون الجاني عالماً أن مادة الفيروس ضارة، (أي يمس تناولها سلامة جسم المجني عليه)، وأن يكون غرضه من إعطائها الإضرار بصحة هذا الأخير^(١٢٤).

وعلى ذلك يمكن بيان عناصر القصد الجنائي فيما يأتي:

أولاً: إرادة النشاط الإجرامي، فيشترط أن تتصرف إرادة الجاني إلى ارتكاب النشاط الإجرامي المكون لجريمة إعطاء المواد الضارة عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، فإذا أكره شخص على حقن آخر بالفيروس أو نقله إليه بطريقة أخرى، فإنه لا يسأل جنائياً عن سلوكه؛ نظراً لانعدام إرادته.

(١٢٣) انظر في الاكتفاء بالقصد العام في جريمة الضرب أو الإيذاء: حكم المحكمة العليا العمانية في الطعن رقم ٢٠٠٩/١٣١، عليا جزائية، جلسة ٢ من يونية ٢٠٠٩م، منشورات س ٩، ص ٦٦٨. (١٢٤) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص، ص ٨٦٠.

ثانياً: العلم عناصر الواقعة الإجرامية كافة، أي أن يعلم الجاني أن إعطاء الفيروس كمادة ضارة ضد شخص حي، وأن من شأن ذلك المساس بسلامة جسمه أو اعتلال صحته.

ثالثاً: إرادة النتيجة الإجرامية التي نجمت عن فعله أو على الأقل توقع حدوثها سواء بصورة حتمية أم احتمالية دون السعي إلى تجنبها، سواء كانت هذه النتيجة هي حدوث عاهة مستديمة أم التأثير في بعض الخلايا على النحو الذي يؤدي إلى اعتلال صحة المجني عليه، أم أدى ذلك إلى الوفاة كما في الصورة المنصوص عليها في المادة ٢٣٦ عقوبات.

ويستوي في ذلك ان يكون قصد الجاني محدود أم غير محدود، كما أن الغلط في شخص المجني عليه لا يؤثر على توفر القصد الجنائي، ومتى توفر القصد على هذا النحو، فلا تأثير للبواعث الدافعة إلى ارتكاب الجريمة ولو كانت شريفة، فيعد القصد الجنائي متوفراً وإن أمكن تخفيف العقوبة^(١٢٥).

المبحث الرابع

العقوبات المقررة لجرائم الاعتداء العمدي على سلامة الجسم عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

تمهيد:

عاقب المشرع المصري^(١٢٦) على جرائم الاعتداء العمدي على سلامة الجسم، وميز بين نوعين من الجرائم: إذ جعل الأول من الجنح، والثاني من الجنايات، وقد

^(١٢٥) سبق أن أشرنا إلى ذلك أثناء حديثنا عن جريمة القتل العمدي، وأن المشرع العماني ينص صراحة على تأثير الباعث الشريف من خلال نص المادة ٣٠٥ من قانون الجزاء المتعلقة بجريمة القتل بدافع الشفقة. غير أنه لم ينص على ذلك بشأن جرائم الاعتداء على سلامة الإنسان، المواد ٣٠٦ وما بعدها. وهذا يقتضي عدم تأثير الباعث طبقاً لنص المادة ٣٦ جزاء.

^(١٢٦) جدير بالذكر أن المشرع العماني قد عاقب على هذه الجرائم بمقتضى المواد ٣٠٦ وحتى ٣١٠ من قانون الجزاء رقم ٢٠١٨/٧، الفصل الثاني منه تحت عنوان "الاعتداء على سلامة الإنسان"، ويلاحظ أن المشرع العماني لم يتقيد بالصور التي حددها المشرع المصري لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم (الضرب - الجرح - إعطاء المواد الضارة)، وإنما ذكر (كل من اعتدى على سلامة إنسان بأي وسيلة كانت)، وهذا في تقديري أنه أدق وأشمل لكل صور الاعتداء على سلامة الجسم أياً كانت الوسيلة لذلك، ومنها بعض صور الاعتداء التي كانت محل خلاف فقهي وقضائي حول مدى اندراجها تحت مسمى الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة. ==

سبق لنا القول إن جريمة نقل فيروس كورونا المستجد بوصفها اعتداء على سلامة الجسم من خلال إعطاء المواد الضارة دون غيرها من صور الركن المادي؛ لذلك سوف يكون حديثنا عن العقوبة المقررة لجريمة إعطاء المواد الضارة عن طريق النقل العمد لفيروس كورونا المستجد.

وقد عبر المشرع المصري عن أن العقاب على هذه الجريمة -سواء كان في صورة الجنحة أم الجناية- يكون طبقاً لأحكام المواد ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢ من قانون العقوبات، إذ نص في المادة ٢٦٥ عقوبات على أنه: "كل من أعطى عمداً لشخص جواهر غير قاتلة فنشأ عنها مرض أو عجز وقتي عن العمل يعاقب طبقاً لأحكام المواد ٢٤٠ و ٢٤١ و ٢٤٢ على حسب جسامة ما نشأ عن الجريمة ووجود سبق الإصرار على ارتكابها أو عدم وجوده".

فضلاً عن أن نص المادة (٢٣٦) عقوبات يعاقب على جريمة إعطاء المواد الضارة، إذا أفضى إلى الموت ولم يكن الجاني يقصد ذلك، وهو ما سوف نتناوله من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

نقل فيروس كورونا المستجد باعتباره جنحة

إن جريمة نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) باعتبارها جنحة تنفرع إلى نوعين: الأول في صورتها البسيطة التي تقتصر على النقل، ولو لم ينتج عنها أثر. والثاني الذي ينشأ عنها مرض أو عجز عن الأعمال الشخصية إلى مدة معينة، وسوف نبين كلا النوعين فيما يأتي:

== وعلى ذلك فإن الاعتداء على سلامة الجسم من خلال نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) يعد داخلياً ضمن هذا المفهوم دون جدال. وتجدر الإشارة كذلك إلى أن المشرع العماني قد أفرد مادة خاصة لنقل عدوى (الإيدز) وعاقب على ذلك من خلال نص المادة ٣٢١ من قانون الجزاء، واعتبرها جنائية في حالة العمد، وجنحة في حالة الخطأ.

الفرع الأول

نقل فيروس كورونا المستجد في صورته البسيطة

يكفي لحصول هذا النوع من إعطاء المواد الضارة عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد أن يثبت حصول هذا الفعل، ولو لم يتخلف عنه أثر^(١٢٧)، وكل ما يشترط هو ألا ينشأ عن نقل الفيروس مرض أو عجز عن الأعمال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً^(١٢٨) طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٤٢) عقوبات المعدلة بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٧م، على أن تكون العقوبة في هذه الجريمة الحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهاً، وتشدد العقوبة، إذا توفر أحد أربعة ظروف^(١٢٩):

الأول: يرجع إلى نفسية الجاني، وهو سبق الإصرار أو التردد، وقد سبق أن بينا معنى كل منهما عند الحديث عن جريمة القتل العمد، فإذا توفر هذا الظرف، فإن العقوبة تشدد وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ عقوبات، وفي هذه الحالة تكون العقوبة هي الحبس مدة لا تزيد على سنتين أو غرامة لا تقل عن عشرة جنيهاً ولا تجاوز ثلاثمائة جنيه مصري، وغني عن البيان أنه يكفي توفر أحد الطرفين المشددين، (سبق الإصرار أو التردد)؛ لاستحقاق العقوبة المقررة.

^(١٢٧) انظر في تطبيق ذلك على الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة: نقض ١٩ ديسمبر ١٩٣٢م، مجموعة القواعد، ج٢، ص٨١٣.

^(١٢٨) تنص المادة ٣٠٩ من قانون الجزاء العماني على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اعتدى على سلامة إنسان بأي وسيلة كانت، ولو لم يفض الاعتداء إلى مرض أو تعطيل عن العمل لمدة تزيد على ثلاثين يوماً".

ويلاحظ أن مدة التعطيل عن العمل لا تزيد على ثلاثين يوماً، بخلاف المدة المنصوص عليها في المادة ٢٤٢ عقوبات مصري، وهي مدة لا تزيد على عشرين يوماً.

^(١٢٩) جدير بالذكر أن المشرع العماني لم ينص على أي من هذه الظروف، وإنما أقام التفرقة في هذه الجريمة (الاعتداء على سلامة الإنسان)، على حسب النتيجة التي أفضى إليها الفعل، فإذا أدى إلى المرض أو التعطيل عن العمل مدة تزيد على ثلاثين يوماً فإن العقوبة تكون السجن مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين طبقاً لنص المادة ٣٠٨ من قانون الجزاء.

أما إذا لم يفض الاعتداء إلى مرض أو تعطيل عن العمل لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً فإن العقوبة تكون السجن مدة لا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين، طبقاً لنص المادة ٣٠٩ من قانون الجزاء.

الثاني: يرجع إلى وسيلة إعطاء أو نقل الفيروس، فإذا حصلت العدوى أو نقل الفيروس إلى المجني عليه باستخدام آلات أو أدوات مخصصة تساعد على سهولة عملية النقل، كجهاز مخصص للتنفس الاصطناعي أو عن طريق الحقن مثلاً، فإن العقوبة هي الحبس دون التقيد بمدة معينة، وذلك طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ عقوبات، ويرجع في ذلك إلى تقدير قاضي الموضوع على ألا تقل أو تجاوز المدة المنصوص عليها لعقوبة الحبس في قانون العقوبات (ثلاث سنوات).

ويلاحظ هنا أن المشرع قد شدد العقوبة، إذا تم استخدام آلات أو أدوات لإتمام الجريمة؛ نظراً لما تشكله هذه الوسيلة من تسهيل عملية الإصابة بالفيروس.

الثالث: يرجع إلى الغرض من إعطاء المادة الضارة، فإذا تعدد الجاني نقل الفيروس بين الناس تنفيذاً لغرض إرهابي يسعى من خلاله إلى إشاعة الفوضى والذعر بين أفراد المجتمع وزعزعة الاستقرار والسلم داخل الدولة مثلاً، فإن العقوبة ترتفع إلى السجن الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات، طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة (٢٤٢) عقوبات، كل هذا دون إخلال بمساعلة الجاني عن ارتكاب إحدى الجرائم الإرهابية المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين الأخرى، إذا توفرت أركانها.

الرابع: يرجع إلى صفة المجني عليه، بأن يكون جريح حرب، حتى ولو كان من الأعداء. فإذا تعدد الجاني نقل الفيروس إلى جريح حرب، فإنه يعاقب بذات عقوبة إعطاء المواد الضارة مع سبق الإصرار والترصد، وذلك ما نصت عليه المادة (٢٥١) عقوبات بقولها: "إذا ارتكبت الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل أثناء الحرب على الجرحى حتى من الأعداء فيعاقب مرتكبها بنفس العقوبات المقررة لما يرتكب من هذه الجرائم بسبق الإصرار والترصد".

الفرع الثاني

نقل الفيروس الذي ينشأ عنه مرض أو عجز عن الأعمال الشخصية

مدة تزيد على عشرين يوماً

يتعين لتوفر هذه الجريمة أن ينشأ عن نقل فيروس كورونا المستجد كنموذج لإعطاء المواد الضارة، مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوماً، وهو ما يعد ظرفاً مشدداً لجريمة إعطاء المواد الضارة في صورتها البسيطة التي

ذكرناها آنفاً. ومن أمثلة ذلك ما يسببه فيروس كورونا المستجد من تلف في الرئة وتأثير على القلب يستمر لعدة أشهر، حتى بعد التعافي من الفيروس^(١٣٠).

ويقصد بالمرض كل ما يصيب الصحة من ضرر عن طريق الإخلال بالوظائف الطبيعية للجسم البدنية منها والنفسية.

أما العجز عن الأعمال الشخصية فيراد به عدم قدرة المجني عليه على أداء أعماله البدنية العادية التي تتصل بحياته كإنسان، كتحرك اليد أو السير على القدمين^(١٣١).

ولما كان العجز عن الأعمال الشخصية يعد مرضاً بالمعنى الواسع، فإن ما عبر عنه القانون بالمرض كمرادف لهذا العجز يجب أن يكون على قدر من الجسامة بحيث يتساوى معه في الدرجة^(١٣٢)، والقول بغير ذلك يؤدي إلى أن القانون قد ميز بين نوعين من المرض دون موجب من القانون.

ويشترط أن يستمر المرض أو العجز إلى مدة تتجاوز عشرين يوماً، ويبدأ احتساب هذه المدة منذ اليوم الذي أحدث فيه الجاني النتيجة، فإذا قام الجاني بنقل الفيروس إلى المجني عليه فأصابه المرض بعد هذا الفعل بيومين مثلاً، فإن المدة المذكورة تحتسب منذ تاريخ النتيجة لا منذ تاريخ الإعطاء، ولا يكفي مجرد إثبات استمرار المجني عليه في العلاج خلال هذه المدة، بل يجب أن يثبت أنه كان طوال هذه المدة يعاني عجزاً عن أعماله الشخصية أو مرضاً بدنياً أو نفسياً في درجة جسامته هذا العجز^(١٣٣).

(١٣٠) نقلت صحيفة "الجارديان" البريطانية عن نتائج دراسة لفريق من جامعة أسنبروك النمساوية، أن آثار التشنجات بالرئتين استمرت مع ٨٨% من رئات المتعافين - عينة الدراسة - بعد شهر ونصف من تعافهم، بينما تمت ملاحظة وجود أعراض ضيق التنفس لدى ٥٦% منهم، وينطبق الأمر ذاته بالنسبة للقلب. للمزيد راجع جريدة الشروق المصرية بتاريخ ٨ سبتمبر ٢٠٢٠م.

(١٣١) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٧٧٨.

(١٣٢) للمزيد انظر: د. محمود نجيب حسني، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٢٣٥، د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٩٨.

(١٣٣) نقض ٨ يناير ١٩٣١م، مجموعة القواعد، ج ٢، ص ١٥٠، ونقض ٣٠ يناير ١٩٦٧م، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، رقم ٢٠، ص ١١٤.

ولذا يشترط لصحة الحكم بالإدانة طبقاً للمادة (٢٤١) عقوبات، أن تبين المحكمة عند تطبيقها لتلك المادة الأثر المترتب على نقل الفيروس ومدى جسامته ذلك، فإن أغفل الحكم ذلك، كان قاصراً يستوجب الطعن عليه^(١٣٤).

■ العقوبة المقررة:

يعاقب على هذه الجريمة بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً، ولا تجاوز ثلاثمائة جنية، طبقاً للفقرة الأولى من المادة (٢٤١) عقوبات. وتشدّد العقوبة إلى الحبس إذا توفر ظرف سبق الإصرار أو التردد، أو حصل نقل الفيروس باستعمال آلات أو أدوات معدة لذلك، طبقاً للفقرة الثانية من المادة نفسها. أما إذا كان نقل الفيروس تنفيذاً لغرض إرهابي على النحو السابق ذكره في الجريمة السابقة، فتكون العقوبة السجن الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات، طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة (٢٤١) المشار إليها، وذلك مع عدم الإخلال بأي عقوبة أخرى أشد يقرها قانون العقوبات أو القوانين الأخرى للجريمة الإرهابية.

المطلب الثاني

نقل فيروس كورونا المستجد باعتباره جناية

(أحداث عاهة مستديمة)

الاعتداء على سلامة الجسم عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩)، قد يشكل اعتداءً جسيماً يؤدي إلى حدوث نتائج خطيرة قدرها المشرع الجنائي وأفرد لها نصاً خاصاً للمعاقبة عليها، وذلك من خلال نص المادة (٢٤٠) عقوبات، والتي يقابلها في التجريم والعقاب نص المادة (٣٠٧) من قانون الجزاء العماني. وجدير بالذكر أن المادة (٢٦٥) عقوبات قد أحالت في العقاب على الإعطاء العمد جواهر غير قاتلة نشأ عنها مرض أو عجز وقتي عن العمل لنصوص المواد (٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢) من قانون العقوبات، وفي هذا الصدد تنص المادة (٢٤٠) عقوبات، على أنه: "كل من أحدث بغيره جرحاً أو ضرباً نشأ عنه قطع، أو انفصال عضو أو فقد منفعته، أو نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين، أو نشأ عنه أي عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس

(١٣٤) نقض ١٣ فبراير ١٩٩٥م، سابق الإشارة إليه، ونقض ٢٦ مايو ١٩٩٧م، سابق الإشارة إليه. بينما لا يلزم لتطبيق المادة ٢٤٢ عقوبات، نشوء مرض أو عجز نتيجة له، فلا يشترط في حكم الإدانة - طبقاً لهذه المادة - أن يبين موقع الإصابات وأثرها أو درجة جسامتها. نقض ٢٥ فبراير ١٩٩٧م، مجموعة أحكام النقض، س ٤٨، رقم ٣٣، ص ٢٣٩.

سنين، أما إذا كان الضرب أو الجرح صادراً عن سبق إصرار أو ترصد أو ترصص، فيحكم بالسجن المشدد من ثلاث سنين إلى عشر سنين، وبضاعف الحد الأقصى للعقوبات، إذا ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي^(١٣٥).

كما تنص المادة (٣٠٧) من قانون الجزاء العماني، على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على سبع سنوات كل من أحدث عاهة مستديمة في إنسان عمداً.

وتعد عاهة مستديمة كل إصابة أدت إلى قطع أو انفصال عضو أو بتر جزء منه أو فقد منفعته أو نقصها أو تعطيل وظيفة إحدى الحواس تعطيل كلياً أو جزئياً بصورة دائمة، ويعد في حكم العاهة كل تشويه جسيم لا يحتمل زواله".

وعلى ذلك، فالعاهة المستديمة هي مناط التشديد الذي يتوقف عليه رفع جريمة إحداث العاهة المستديمة عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد إلى مصاف الجنايات، وهو ما يدعونا إلى بيان تعريف العاهة المستديمة والأوصاف التي ذكرها المشرع الجنائي للدلالة على حدوثها كنتيجة للنشاط الإجرامي، ثم بيان مدى انطباق ذلك على جريمة نقل فيروس كورونا المستجد.

الفرع الأول

تعريف العاهة المستديمة

شدد المشرع العقاب في حالة حدوث عاهة مستديمة نتيجة لفعل الاعتداء المتمثل في إعطاء المواد الضارة (نقل الفيروس إلى جسم المجني عليه)، غير أن المشرع لم يعرف العاهة المستديمة، واقتصر على بيان بعض أمثلة لها، ووفقاً لنص المادة (٢٤٠) عقوبات، والمادة (٣٠٧) جزاء، يقصد بها: فقد أحد الأعضاء أو الأطراف أو الحواس أو فقد منفعته أو إضعافه إضعافاً مستديماً، وهذا ما قضت به محكمة النقض بقولها: "أنها فقد أحد أعضاء الجسم أو أحد أجزائه أو فقد منفعته أو تقليلها بصفة مستديمة"^(١٣٦)، ولم يحدد القانون نسبة معينة للنقص الذي يكفي وقوعه لتكوين العاهة المستديمة، بل ترك الأمر في ذلك لتقدير محكمة الموضوع^(١٣٧).

(١٣٥) هذه المادة معدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٠م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات.

(١٣٦) نقض ١ من نوفمبر ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، رقم ١٩٩، ص ١٠٦١.

(١٣٧) نقض ٢٣ مارس ١٩٥٣م، أحكام النقض، س ٤، رقم ٢٣٤، ص ٦٤٣، وقد حكم أنه لا يؤثر في قيام العاهة كونها لم يمكن تقديرها بنسبة مئوية، وإنما التقدير يلزم فقط لبيان جسامه العاهة ومبلغ الضرر الذي لحق بالمجني عليه جراءها. نقض ٨ يناير ١٩٤٥م، مجموعة القواعد، =

ويتعين أن تكون العاهة مستديمة، وذلك بانعدام الأمل في شفائها أو ما عبرت عنه المادة (٢٤٠) عقوبات بعبارة "يستحيل برؤها".

ومن أمثلة العاهة المستديمة: فقد الإبصار، واستئصال العين، وفقد جزء من فائدة عظام الرأس على أثر عملية ترينة، إذ يجعل المصاب أقل مقاومة للإصابات الخارجية والتغيرات الجوية، ويعرضه لإصابات المخ كالصرع والجنون وخراجات المخ ويقلل من كفايته للعمل^(١٣٨)، واستئصال طحال المجني عليه^(١٣٩)، أو فقد إحدى كليتيه^(١٤٠)، أو فقد قواه العقلية.

ويعد عاهة مستديمة كل ما من شأنه أن يعطل أحد الأجهزة العضوية في الإنسان كفقْد المرأة قدرتها على الحمل نتيجة إعطائها مواد ضارة أدت إلى هذه النتيجة، أو فقد الرجل قدرته الجنسية، وكذا كل ما من شأنه أن يعطل على نحو دائم قدرته العقلية كالجنون أو العته.

ويلاحظ أن المشرع قد استعمل تعبير "عاهة مستديمة" بعد أن حدد صوراً يفقد فيها الشخص فائدة أحد أعضائه، فلا يؤثر في وقوع الجريمة أن تكون هذه الفائدة ضعيفة قبل الجريمة، ما دامت الجريمة قد أدت إلى فقدانها تماماً، فلا يؤثر مثلاً ضعف الإبصار قبل الجريمة إذا أدت إلى فقد الإبصار تماماً^(١٤١).

ولا يحول دون مساءلة الجاني عن جنائية إحداث عاهة مستديمة، إمكان التدخل الطبي لوضع نهاية العاهة المستديمة، متى رفض ذلك المريض، وكان ينطوي هذا التدخل الطبي على تعريض حياته للخطر، وقد قضت محكمة النقض بأن: "القول بقيام العاهة مع احتمال شفاء المجني عليه منها بعملية جراحية دقيقة تجرى له لا يكون صحيحاً في القانون إلا إذا كانت هذه العملية قد عرضت على المجني عليه ورفضها بناء على تقديره أن فيها تعريضاً لحياته للخطر، إذ إن المجني عليه لو قبل

== ج ٦، رقم ٤٥٣، ص ٥٩٢، ونقض ١٦ يونية ١٩٦٦م، أحكام النقض، س ٢٠، ص ٩٢، ونقض ٢٤ نوفمبر ١٩٧٥م، س ٢٦، ص ٧٥١، نقض ٢ من فبراير ١٩٨٢م، س ٣٣، ص ١٢٧، ونقض ٦ يناير ١٩٩٢، س ٤٣، رقم ١، ص ٧، ونقض ١٨ إبريل ١٩٩٩م، رقم ٩٩٠٤، س ٦٧، ونقض ١٩ يناير ٢٠٠٠، رقم ٢٤١٧٩، س ٦٧، ونقض ١٣ مارس ٢٠٠٠م، رقم ١٩٧٤٦، س ٦١.
(١٣٨) نقض ١٥ يونية ١٩٤٣م، مجموعة القواعد، ج ٢، أرقام ٢١ - ٢٥، ص ٨١٦، ٨١٥.
(١٣٩) نقض ٣ من مارس ١٩٤١م، مجموعة القواعد، ج ٢، رقم ٢٦، ص ٨١٦.
(١٤٠) نقض ٢ من يناير ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، رقم ٤، ص ٢١.
(١٤١) نقض ٨ فبراير ١٩٩٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٤٥، رقم ١٨٦، ص ١١٨٥، ونقض ١٢ ديسمبر ١٩٩٦م، س ٤٧، رقم ١٨٢، ص ١٣٤٠، ونقض ٨ إبريل ١٩٩٩م، س ٥٠، رقم ٤٩، ص ٢٠٧.

العملية ونجحت وانتهت ببرئه فإن إدانة المتهم على أساس العاهة لا تكون صحيحة، بل من المتعين معاقبته على جناحة إحداث الضرب فقط" (١٤٢).

الفرع الثاني القصد الجنائي

هذه الجريمة عمدية، ويكفي أن يتوفر القصد العام بالنسبة إلى أي من صور الإيذاء (الضرب - الجرح - إعطاء المواد الضارة)، أما العاهة فيسأل عنها الجاني بوصفها نتيجة محتملة للفعل الذي ارتكبه عمداً، وقد قضت محكمة النقض بأن: "محدث الضربة التي نشأت عنها العاهة المستديمة لا يسأل عن العاهة على أساس تعمدتها بل على أساس أنها نتيجة محتملة لفعل الضرب الذي وقع منه، وحكم الشريك في ذلك لا يختلف عن حكم الفاعل، فمتى أثبت الحكم على المتهمين اشتراكهما مع آخر بالاتفاق والمساعدة في جنابة العاهة المتخلفة برأس المجني عليه وأدانهما على هذا الأساس، فإنهما يكونان مسئولين عن العاهة حتى ولو كان لم يقع منهما أي ضرب على المجني عليه، بل هما يكونان مسئولين عنها كذلك، ولو كانا لم يقصداها عند وقوع فعل الاشتراك منهما" (١٤٣).

على أن هذا لا يحول دون إمكان أن تتجه إرادة الجاني في بادئ الأمر إلى إحداث العاهة، ولا يؤدي ذلك إلى تغيير في وصف الجريمة. ويترتب على ذلك تصور جريمة الشروع في إحداث العاهة إذا اتجه قصد الجاني إلى العاهة ولم تكتمل جريمته لسبب خارج عن إرادته. فالقصد الجنائي يعد متوفراً متى تعمد الجاني فعل الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة وهو يعلم أن هذا الفعل يترتب عليه المساس بسلامة جسم المجني عليه أو صحته، ولا عبرة بعد ذلك بالبواعث على ارتكاب ذلك الفعل (١٤٤).

(١٤٢) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٤٦م، مجموعة القواعد القانونية، رقم ٦١١، ص ١٨٨.

(١٤٣) نقض ٢٢ فبراير ١٩٤٣م، مجموعة القواعد القانونية، رقم ٥٤٢، ص ١٣ق.

(١٤٤) نقض ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٠م، مجموعة أحكام النقض، رقم ١٨٢٦، ص ٦٨ق، ونقض ٢٧ فبراير ١٩٩٦م، رقم ٥٣٩٧، ص ٦٤ق، ص ٢٧١.

وفي القضاء العماني: حكم المحكمة العليا في الطعن رقم ٢٠٠٩/١٣١، عليا جزائية، جلسة ٢ يونية ٢٠٠٩م، منشورات س ٩، ص ٦٦٨، والطعن رقم ٢٠٠٥/٥٠، عليا جزائية، جلسة ٨ مارس ٢٠٠٥م، منشورات س ٥، ص ١٨١.

الفرع الثالث

نقل فيروس كورونا المستجد

بوصفه جنائية إعطاء مواد ضارة نتج عنها حدوث عاهة مستديمة

إن إحداث عاهة مستديمة نتيجة نقل فيروس كورونا المستجد هو أمر متوقع، بل من الممكن حدوثه أكثر من غيره، فإذا قام الجاني بنقل الفيروس إلى المجني عليه عن طريق حقنه بمادة الفيروس، أو تقبيله وهو يعلم أنه مصاب، أو العطاس أو السعال في وجهه، أو تعمد إنزال لعابه على أدوات أو آلات يستخدمها المجني عليه، وترتب على ذلك فقد أحد أعضاء الجسم كإحدى الكليتين أو استئصال طحال المجني عليه نتيجة انتشار الفيروس في خلايا الجسم، أو فقد أحد أجزاء الجسم كجزء من الكبد، أو فقد منفعة العضو لدى المجني عليه كفقده المرأة قدرتها على الحمل، أو فقد الرجل قدرته الجنسية أو قدرته على الإنجاب، أو إنقاص قدرة الجهاز التنفسي على العمل بشكل سليم.

ولا يؤثر في مسؤولية الجاني أن يكون العضو الذي تم فقد منفعته كان ضعيفاً قبل تدخل الجاني بنقل الفيروس إلى المجني عليه، ما دام ذلك قد أدى إلى فقد المنفعة تماماً.

وتعد جنائية إحداث العاهة متوفرة، إذا ترتب على نقل الفيروس اختلال الجهاز المناعي لدى المجني عليه، كأن يؤدي ذلك إلى فقد منفعة هذا الجهاز، أو تقليل قوة المقاومة الطبيعية لديه^(١٤٥)، أو إذا أدى نقل الفيروس إلى خلل في الوظائف التي يؤديها الكبد مما يجعله غير قادر على أداء أعماله أسوة بالأشخاص العاديين^(١٤٦)، أو أدى نقل الفيروس إلى فقد حاسة الشم أو التذوق لدى المجني عليه بصورة دائمة، أو أدى ذلك إلى إضعافها بصورة دائمة وبنسبة تقدرها محكمة الموضوع.

■ **القصد الجنائي:** يتوفر القصد الجنائي في جريمة نقل فيروس كورونا المستجد المفضي إلى إحداث عاهة مستديمة في تعمد الاعتداء على سلامة الجسم أو صحته، وذلك عن طريق نقل الجاني الفيروس إلى المجني عليه وهو عالم بما يترتب على ذلك من نتائج، ويسأل عن إحداث العاهة المستديمة بوصفها نتيجة محتملة للفعل الذي ارتكبه عمداً.

(١٤٥) د. فتوح الشاذلي، أبحاث في القانون الجنائي والإيدز، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١م، ص ١٢٩، د. محمد صادق صبور، الأمراض المعدية ماهيتها وحاضرها ومستقبلها، دار المعارف القاهرة ١٩٩٠م، الطبعة الأولى، ص ١١٨.
(١٤٦) د. سعيد صالح شكطي، المرجع السابق، ص ١٥٥.

أما إذا قصد الجاني بنقل الفيروس إحداث العاهة المستديمة ابتداءً، فإن القصد الجنائي يكون متوفراً من باب أولى، كما يمكن تصور الشروع، إذا اتجه قصد الجاني إلى العاهة ولم تكتمل جريمته لسبب خارج عن إرادته.

الفرع الرابع العقوبة المقررة

يعاقب على جريمة إحداث عاهة مستديمة عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد بوصفها جنائية إعطاء مواد ضارة نتج عنها عاهة مستديمة، بالسجن من ثلاث إلى خمس سنوات، وإذا كان الفعل صادراً عن سبق إصرار أو ترصد فيحكم بالسجن المشدد من ثلاث إلى عشر سنوات، وبضاعف الحد الأقصى للعقوبات، إذا ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي، وذلك كله وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٤٠) عقوبات. كما عاقب على هذه الجريمة المشرع العماني من خلال نص المادة (٣٠٧) من قانون الجزاء، بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على سبع سنوات. ومن الجدير بالذكر أن المشرع العماني لم يشر إلى اقتران هذه الجريمة بظرف من الظروف المشددة كسبق الإصرار أو التردد، كما فعل في جنائية القتل العمد، أو أن ارتكاب الجريمة كان تنفيذاً لغرض إرهابي كما نص على ذلك المشرع المصري، وفي تقديري أنه كان يتوجب عليه ذلك لخطورة هذا النوع من الجرائم وإمكانية تصور اقترانها بتلك الظروف المشددة.

المطلب الثالث

نقل فيروس كورونا المستجد بوصفه إيذاء أفضى إلى الموت

تنص المادة (٢٣٦) عقوبات، على أنه: "كل من جرح أو ضرب أحداً عمداً أو أعطاه مواد ضارة، ولم يقصد من ذلك قتلاً، ولكنه أفضى إلى الموت، يعاقب بالسجن المشدد أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع. وأما إذا سبق ذلك إصرار أو ترصد فتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن، وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن، إذا ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي، فإذا كانت مسبقة بإصرار أو ترصد، تكون العقوبة السجن المؤبد أو المشدد".

وبقابل ذلك، ما نص عليه المشرع العماني في المادة (٣٠٦) من قانون الجزاء، على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات كل من اعتدى على سلامة إنسان بأي وسيلة كانت، ولو لم يقصد من ذلك قتله،

ولكن أفضى الاعتداء إلى الموت، ويجب ألا تقل العقوبة عن سبع سنوات، إذا اقترن الفعل بإحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٠٢) من هذا القانون".

الفرع الأول

القواعد العامة في شأن الإيذاء المفضي إلى الموت

من خلال النصوص السابقة، م ٢٣٦ عقوبات، م ٣٠٦ جزاء، تتميز هذه الجريمة بأمرين: الوفاة، واتجاه قصد الجاني إلى صورة من الإيذاء (الضرب - الجرح - إعطاء المواد الضارة) دون الموت.

فإحداث الوفاة لم يكن محل استهداف أصلاً من قبل الجاني، وإن كان بين الوفاة وبين مسلكه اتصال العلة بالمعلول؛ تبعاً لأن هذا المسلك كان رعونة في توجيه الضربة أو إحداث الجرح أو في إعطاء المادة الضارة، كان من شأنها أن تجاوز الفعل الغرض المقصود منه أصلاً.

ويلاحظ أيضاً أن الجريمة عمدية فيما يتعلق بصورة الإيذاء، وغير عمدية فيما يتعلق بحدوث الموت، لأنه إن كانت الجريمة في صدد إحداث الموت عمدية، تحققت جناية القتل العمد لا الجناية التي نحن بصددتها.

كما أن الشروع غير متصور في هذه الجريمة؛ لأنه ما دام حدوث الموت غير مقصود فيها، فإنه لا يتصور شروع في إحداثه من جانب من لم يكن قاصداً له، وإنما الاشتراك في الجريمة متصور على صورة الاتفاق أو التحريض أو المساعدة على الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة دون قصد القتل، وكما يسأل الفاعل عن الوفاة رغم أنه لم يقصدها، يسأل عنها الشريك كذلك رغم عدم قصده إياها^(١٤٧).

■ **السلوك الإجرامي والنتيجة:** الفعل المادي المكون لهذه الجناية هو قيام الفاعل بارتكاب صورة من صور الإيذاء (الضرب - الجرح - إعطاء المواد الضارة) الذي يتحقق به المساس بسلامة جسم المجني عليه.

وحديثنا يركز أساساً على إعطاء المواد الضارة باعتباره النموذج القانوني المحقق لجريمة نقل فيروس كورونا المستجد إلى شخص غير مصاب، ينشأ عنه موت هذا الشخص، فلا يتحقق الركن المادي للجناية إلا بوفاة المجني عليه نتيجة لهذا السلوك، وإلا اقتصرت الجريمة على جنحة الإيذاء التي سبق لنا التعرض لها، ولا عبرة بتاريخ حدوث الوفاة، إذ يستوي حصولها بعد الفعل مباشرة أو بعد مدة من الزمن طال أو قصرت.

(١٤٧) للمزيد انظر: د. رمسيس بهنام، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٨٨٦.

وعلى ذلك يتعين قيام الجاني بممارسة نشاطه الإجرامي وهو إعطاء المادة الضارة التي تسببت في وفاة المجني عليه، بالرغم من أنه لم يكن قاصداً تحقيق هذه النتيجة.

■ **رابطة السببية:** يلزم لقيام المسؤولية الجنائية عن السلوك الإجرامي الذي قام به الجاني والنتيجة التي حدثت (الوفاة)، أن تتوفر بين سلوكه وبين وفاة المجني عليه رابطة السببية، وقد قضي بأنه لا يكفي في الحكم بيان الإصابات التي حدثت بالمجني عليه دون ربط بينها وبين وفاته^(١٤٨).

ووفقاً لما استقر عليه قضاء محكمة النقض^(١٤٩)، يكون المتهم مسئولاً عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامي ما لم تتدخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين فعله والنتيجة.

كما قضت المحكمة العليا العمانية بأنه: "جريمة الإيذاء تقوم على ركن مادي قوامه سلوك الجاني المتمثل في الضرب أو الجرح أو الإيذاء الذي يؤدي إلى المساس بسلامة المجني عليه وقيام رابطة سببية بين فعله والنتيجة المترتبة عليه..."^(١٥٠).

كما قضت بأن: "الجاني في جريمة الضرب أو إحداث جرح عمداً يكون مسئولاً عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامي، ولو كانت عن طريق غير مباشر ما لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية بين فعله والنتيجة"^(١٥١).

وعلى ذلك فإن رابطة السببية بين فعل الجاني وبين النتيجة المعاقب عليها تعد قائمة، مهما تداخلت بينهما من عوامل أجنبية، طالما كانت مألوفة متفقة والسير العادي للأمر، سواء توقعها الجاني بالفعل أم لا^(١٥٢)، فالتراخي في العلاج أو الإهمال فيه من قبل المجني عليه لا يعد سبباً قاطعاً لعلاقة السببية، ما لم يثبت أنه كان متعمداً لتجسيم المسؤولية الجنائية^(١٥٣)، كما أن مرض المجني عليه السابق لا يعد كذلك^(١٥٤).

^(١٤٨) نقض ٧ نوفمبر ١٩٧٠م، مجموعة أحكام النقض، س ١١، رقم ١٤٧، ص ٧٧١، ونقض ٢٧ ديسمبر ١٩٧٦م، س ٢٧، رقم ٢٣١، ص ١٠٢٥، ونقض ٢٢ مايو ١٩٧٧م، س ٢٨، رقم ١٣٤، ص ٦٣٩.

^(١٤٩) نقض أول فبراير ١٩٩٥م، أحكام النقض، س ٤٦، رقم ٥٦، ص ٣٧٥، ونقض ٤ أكتوبر ١٩٩٩م، س ٥٠، رقم ١١٥، ص ٤٩٨.

^(١٥٠) الطعن رقم ٢٠٠٥/٥٠، عليا جزائية، جلسة ٨ مارس ٢٠٠٥م، منشورات س ٥، ص ١٨١.

^(١٥١) الطعن رقم ٢٠٠٩/١٣١، عليا جزائية، جلسة ٢ من يونيو ٢٠٠٩م، منشورات س ٩، ص ٦٦٨.

^(١٥٢) د. رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ١٨٣.

^(١٥٣) نقض ٨ نوفمبر ١٩٤٩م، مجموعة أحكام النقض، س ١، رقم ١٨، ص ٥١، ونقض ٨ نوفمبر

١٩٧٦م، س ٢٧، رقم ١٩٤، ص ٨٥٨.

^(١٥٤) نقض ٩ نوفمبر ١٩٣٦م، مجموعة القواعد، ج ٤، رقم ٩، ص ٩، ١٠.

■ **القصد الجنائي:** هذه الجريمة عمدية، بمعنى تعمد الجاني صورة من صور الإيذاء (الضرب - الجرح - إعطاء المواد الضارة)، وهو يعلم أنه يترتب عليه المساس بسلامة جسم المجني عليه أو صحته^(١٥٥)، ويجب ألا يتجه القصد الجنائي فيها إلى إحداث النتيجة، وهي الوفاة، وإلا أصبحت الجريمة قتلاً عمداً، وكل ما يشترط هو أن يتجه قصد الجاني إلى إحداث الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة، ومتى تحقق قصد المساس بجسم المجني عليه إيذاء له، فلا عبرة بالباعث على ذلك.

ولا يشترط لتوفر الركن المعنوي لهذه الجريمة قصد خاص، إذ يكفي بالقصد العام المكون من عنصري العلم والإرادة، أي أن يعلم الجاني أن ما يقوم به يشكل مساساً بسلامة جسم المجني عليه على النحو الذي يجرمه المشرع، وأن يكون هذا الفعل قد تم بإرادته الحرة الواعية دون ضغط أو إكراه، وقد قضت المحكمة العليا العمانية بأنه: "جريمة الإيذاء تقوم على ركن مادي قوامه...، ويتوفر القصد الجنائي، كلما ارتكب الجاني الفعل وهو عالم بأركان الجريمة، واتجهت إرادته إلى تحقيق الفعل والنتيجة، ولا تلتزم المحكمة بالتحدث استقلالاً عن القصد الجنائي في هذه الجرائم بل يكفي أن يكون القصد مستفاداً من وقائع الدعوى كما أوردها الحكم"^(١٥٦).

كما قضت بأن: "جريمة الضرب لا تتطلب توفر قصد جنائي خاص، بل يكفي لتوفر القصد الجنائي فيها تعمد الضرب وهو ما خلص إليه الحكم...."^(١٥٧).

والواقع من الأمر أن هذه الجريمة هي من الجرائم المتعدية القصد، بمعنى أنها تقع بحصول نتيجة جسيمة (الموت) لم يتجه إليها قصد الجاني، ويتميز القصد الجنائي في هذه الجريمة بما يأتي:

أولاً: أن القصد يتجه إلى وقوع النتيجة البسيطة وهي صورة من صور الإيذاء (الضرب - الجرح - إعطاء المواد الضارة).

ثانياً: أنه لا يتجه إلى وقوع النتيجة الجسيمة (الموت)، لكن الجاني يسأل عنها، بشرط توفر علاقة السببية على النحو الذي أوضحناه سابقاً.

(١٥٥) نقض ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٠، مجموعة أحكام النقض، س ٥١، رقم ١٥٤، ص ٧٧٨.

(١٥٦) الطعن رقم ٢٠٠٥/٥٠، السابق الإشارة إليه.

(١٥٧) الطعن رقم ٢٠٠٩/١٣١، السابق الإشارة إليه.

الفرع الثاني تحقق الإيذاء المفضي إلى الموت عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد

بعد أن استعرضنا جانباً من القواعد العامة المتعلقة بجريمة الإيذاء المفضي إلى الموت، المنصوص عليها من خلال المادة (٢٣٦) من قانون العقوبات المصري، والمادة (٣٠٦) من قانون الجزاء العماني، يمكن القول إن جريمة نقل فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) تعد من جرائم الإيذاء المفضي إلى الموت، وتتحقق صورته من خلال إعطاء المواد الضارة التي تعد إحدى صور جرائم الإيذاء.

وبتعيين لتحقيق ذلك أن يكون المجني عليه إنساناً خالياً من الفيروسات المعدية وبالأخص منها فيروس كورونا المستجد، وذلك وقت مباشرة الجاني سلوكه الإجرامي بنقل الفيروس إليه، ويعد ذلك شرطاً مفترضاً.

كما يتعين أن يكون الجاني قد باشر سلوكه الإجرامي بنقل الفيروس إلى المجني عليه عمداً قاصداً بذلك المساس بسلامة جسمه أو صحته دون أن يكون قاصداً الموت.

ولا يهم في نظر المشرع الوسيلة التي استخدمها الجاني لنقل هذا الفيروس، سواء تم ذلك عن طريق الحقن أو نقل الدم الملوث بالفيروس، أم عن طريق اللمس أو التقبيل أو السعال أو العطاس في وجه المجني عليه، أم عن طريق إنزال لعابه المحمل بالفيروس على أدوات يستخدمها المجني عليه أم على ملابسه أم غير ذلك من الصور التي سبق أن أشرنا إليها عند حديثنا عن الركن المادي لجريمة القتل العمد، والركن المادي لجريمة الإيذاء في صورته البسيطة، من هذه الدراسة. وعلى ذلك يكفي لتوفر الركن المادي لجريمة الإيذاء المفضي إلى الموت عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد، أن يتعمد الجاني القيام بهذا الفعل وتحقيق صورة الإيذاء الخاصة بإعطاء مادة ضارة هي فيروس كورونا المستجد.

ويشترط لتحقيق الركن المادي لهذه الجريمة حدوث الوفاة نتيجة نقل الفيروس إلى المجني عليه الذي لم يكن حاملاً له وقت مباشرة الجاني لهذا النشاط الإجرامي، وحدث الوفاة تعد نتيجة غير مقصودة من قبل الجاني، فهو قد قصد مجرد الإيذاء البدني أو المساس بسلامة المجني عليه أو صحته دون قصد القتل، ومع ذلك تحققت النتيجة، فهذه الجريمة تتميز بأنها "متعدية القصد" كما ذكرنا في القواعد العامة.

وبكفي في ذلك توفر رابطة السببية بين فعل الجاني (نقل الفيروس) والنتيجة غير المقصودة (الوفاة)؛ حتى تتحقق المسؤولية الجنائية عن هذه الجريمة، وليس خروجاً على مقتضى العدالة الجنائية أن يسأل الفاعل عن موت لم يكن يقصده؛ ذلك؛ لأن

المسؤولية الجنائية عن إعطاء المادة الضارة (نقل الفيروس) المفضي إلى الموت يلزم لها حتماً أن يكون سلوك الفاعل هو السبب القانوني للنتيجة المعاقب عليها (وهي هنا الموت)، ويعد سلوك الفاعل سبباً قانونياً للوفاة حين يكون صالحاً لإحداثها، أي حين يكون متضمناً خطرهما، وقد ثبت علمياً أن فيروس كورونا المستجد (كوفيد - ١٩) ينتج عنه حدوث الوفاة، إذا أصيب به الإنسان.

وعلى ذلك فقيام علاقة السببية بين نقل الفيروس والنتيجة غير المقصودة (الوفاة) يعد شرطاً لازماً لقيام المسؤولية الجنائية، ولا يقدر في ذلك تداخل عوامل أخرى، طالما كانت مألوفة متفقة والسير العادي للأمر كضعف المجني عليه للشيوخوخة أو إصابته بمرض سابق على نقل الفيروس إليه كالتهاب الكبد أو ارتفاع ضغط الدم أو مرض القلب أو السكري أو غير ذلك من الأمراض التي لا تعد من قبيل الفيروسات القاتلة، فعلى الرغم من سبق إصابة المجني عليه ببعض هذه الأمراض إلا أن ذلك لا يعد قاطعاً لربطة السببية بين نقل الفيروس والنتيجة غير المقصودة وهي الوفاة، كما لا يقدر في ذلك إهمال المجني عليه العلاج اللازم بعد الإصابة بالفيروس.

■ **القصد الجنائي:** هذه الجريمة عمدية، يلزم توفر القصد الجنائي العام حتى تقوم مسؤولية الجاني عنها، ولا يشترط توفر القصد الخاص.

وعلى ذلك يتعين علم الجاني أنه يقوم بارتكاب سلوك مجرم قانوناً وهو نقل فيروس كورونا المستجد إلى شخص آخر غير مصاب به، وأنه يقصد بذلك إيذاء هذا الشخص أو المساس بسلامته الجسدية أو صحته. دون أن يكون قاصداً إزهاق روحه، وإلا أصبحت الجريمة قتلاً عمداً.

كما يتعين توفر الإرادة الحرة الواعية لدى الجاني، دون أن يكرهه أحد على نقل الفيروس إلى المجني عليه، وإلا انتفت مسؤوليته الجنائية عن هذا الفعل. ولا عبرة بالباعث الذي دفع الجاني إلى القيام بذلك، متى تحقق قصد المساس بجسم المجني عليه وإيذاؤه بنقل الفيروس إليه، فتعد الجريمة متوفرة حتى ولو رتب المشرع الجنائي بعض الآثار على كون الباعث شريفاً أم لا؛ لأن ذلك يؤثر في تقدير العقوبة دون قيام المسؤولية الجنائية عن هذا الفعل.

الفرع الثالث

العقوبة المقررة

إن جريمة الإيذاء المفضي إلى الموت عن طريق نقل فيروس كورونا المستجد ينطبق عليها النص العقابي الخاص بجريمة إعطاء المواد الضارة المفضية إلى الموت، المتمثلة في المادة (٢٣٦) عقوبات مصري، والمادة (٣٠٦) جزاء عماني

الخاصة بالاعتداء على سلامة الإنسان المفضي إلى الموت، وسوف نزيد الأمر
إيضاحاً من خلال ما يأتي:

أولاً- العقوبة المقررة في قانون العقوبات المصري: يعاقب على هذه الجريمة بالسجن
المشدد أو السجن من ثلاث إلى سبع سنوات^(١٥٨)، فإذا سبق ذلك إصرار أو ترصد
تكون العقوبة السجن المشدد أو السجن، وتكون العقوبة السجن المشدد أو السجن إذا
ارتكبت الجريمة تنفيذاً لغرض إرهابي، فإذا كانت مقترنة بسبق إصرار أو ترصد، تكون
العقوبة السجن المؤبد أو المشدد، طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٣٦) عقوبات.

وقد سبق لنا القول، إن الشروع غير متصور في هذه الجريمة؛ لأن الشروع يقتضي
إحداث النتيجة الجسيمة (الموت) وهو ما لا يجوز في هذه الجريمة؛ لأن الجاني قصد
الإيذاء بنقل الفيروس إلى المجني عليه دون قصد النتيجة التي حدثت وهي الوفاة.

ثانياً- العقوبة المقررة في قانون الجزاء العماني: عاقب المشرع العماني على جريمة
الاعتداء على سلامة الإنسان المفضي إلى الموت دون قصد؛ -باعتبارها جنائية-،
بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات، بمقتضى المادة
١/٣٠٦ من قانون الجزاء.

ورفع الحد الأقصى للعقوبة على ألا تقل عن سبع سنوات، إذا اقترن الفعل بإحدى
الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٠٢) من قانون الجزاء، وهذه الحالات هي:

- أ- سبق الإصرار أو التردد.
- ب- إذا وقع القتل على أحد أصول الجاني.
- ج- إذا وقع القتل باستعمال التعذيب أو مادة سامة أو متفجرة.
- د- إذا كان القتل تمهيداً لجنائية أو جنحة أو مقترناً أو مرتبطاً بهما.
- هـ- إذا وقع القتل على موظف عام في أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته.
- و- لسبب دنيء.
- ز- على شخصين أو أكثر.

^(١٥٨) تنص المادة ١٤ عقوبات على أنه: "السجن المؤبد والسجن المشدد هما وضع المحكوم عليه
في أحد السجون المخصصة لذلك قانوناً، وتشغيله داخلها في الأعمال التي تعينها الحكومة، وذلك
مدة حياته إذا كانت العقوبة مؤبدة، أو المدة المحكوم بها إذا كانت مشددة. ولا يجوز أن تنقص مدة
عقوبة السجن المشدد عن ثلاث سنين ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال الخاصة
المنصوص عليها قانوناً". هذه المادة مستبدلة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ بتعديل أحكام قانون
العقوبات.

وتنص المادة ١٦ عقوبات على أنه: "عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون
العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها
عليه، ولا يجوز أن تنقص تلك المدة عن ثلاث سنين ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في
الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانوناً".





المعهد القضائي
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Quarterly)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- Pre-emption in Oman Civil Transaction Law

Dr. Ibrahim Abdullah Salim Al-Ghafri

- The Role of Lease Disputes Committee in Vacating Leased Premises
(A Study in Bahranini Law)

Dr. Abdel Azize Hassan Saleh

- The Problem of Criminalising Postdated Cheques in Omani Law

Dr. Khalid Ahmed Al-Shaabi

- The Authority of the Administrative Judge to Oblinge the Administration
to Disclose the Reason for the Decision

Dr. Haitham Elsayed Abdelwahed Ibrahim

- Criminal Responsibility for Transmittting the Novel Coronavirus (COVID-19)
in Egypt and Omani Legislation - An Analytical and Comparative Rooting
Study (Part One)

Dr. Hamdi Mohamed Mahmud Hussein